



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO

LUIZ ANTÔNIO DE ALCÂNTARA SANTOS

**A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CONDICIONANTE À PRESUNÇÃO
DE VERACIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS**

São Cristóvão
2024

LUIZ ANTÔNIO DE ALCÂNTARA SANTOS

**A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CONDICIONANTE À PRESUNÇÃO
DE VERACIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe — na área de concentração Constitucionalização do Direito, linha de pesquisa Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania: aspectos teóricos e metodológicos, sob a orientação do Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso — como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

São Cristóvão
2024

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE

S237d Santos, Luiz Antônio de Alcântara
A dignidade da pessoa humana como condicionante à presunção de veracidade dos atos administrativos / Luiz Antônio de Alcântara Santos ; orientador Henrique Ribeiro Cardoso. – São Cristóvão, SE, 2024.
122 f. : il.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, 2024.

1. Direitos fundamentais. 2. Dignidade (Direito). 3. Atos administrativos. 4. Legitimidade (Direito). 5. Segurança jurídica. I. Cardoso, Henrique Ribeiro, orient. II. Título.

CDU 342.7

LUIZ ANTÔNIO DE ALCÂNTARA SANTOS

**A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CONDICIONANTE À PRESUNÇÃO
DE VERACIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS**

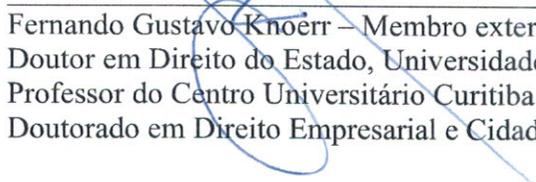
Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito da Universidade Federal de Sergipe.

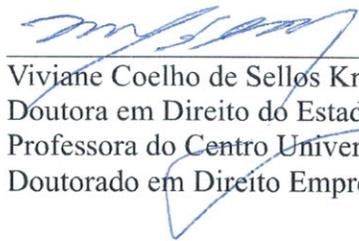
São Cristóvão, 01 de março de 2024.

Banca examinadora:


Henrique Ribeiro Cardoso – Presidente / Orientador
Doutor em Direito, Estado e Cidadania, Universidade Gama Filho (UGF/RJ)
Professor Adjunto da Universidade Federal de Sergipe (UFS) – Programa de Pós-graduação em Direito (PRODIR)


Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias – Membro interno
Doutora em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)
Professora Associada da Universidade Federal de Sergipe (UFS) – Programa de Pós-graduação em Direito (PRODIR)


Fernando Gustavo Knoerr – Membro externo
Doutor em Direito do Estado, Universidade Federal do Paraná (UFPR)
Professor do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) – Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania


Viviane Coelho de Sellos Knoerr – Membro externo
Doutora em Direito do Estado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)
Professora do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) – Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania

O que quer que faças ou digas, tu deves ser bom. Não por causa de qualquer homem, mas por causa da tua própria natureza. É como se o ouro, a esmeralda ou a ametista estivessem sempre dizendo a si mesmas: o que quer que o homem faça ou diga, ainda devo ser uma esmeralda e manter a minha cor.

(Meditações de Marco Aurélio – Sétimo livro)

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ser meu refúgio e fortaleza, dando-me o suporte necessário a alcançar todos os objetivos da minha vida.

À Christian Maria (*In Memoriam*), minha mãe, e Judith (*In Memoriam*), minha avó, por todo o esforço, carinho e amor dedicados ao meu desenvolvimento, antes e depois de suas partidas.

À Giuliana, minha irmã, pelas inúmeras conversas e oportunidades de apoio mútuo, acreditando em cada projeto meu.

À Naiara, minha esposa, e a Estêvão e Miguel, meus filhos, por serem o meu porto seguro, constituindo bênção de amor em minha jornada e me oportunizando, em cada dia, o crescimento e aprendizado que tenho buscado.

A meu orientador, Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso, por ter sido mais que um mestre acadêmico, ajudando-me a ampliar a visão sobre o que está além da técnica no Direito.

RESUMO

O presente trabalho consistirá na análise da presunção de veracidade dos atos administrativos no Estado Democrático de Direito, à luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, considerando as repercussões deste enquanto núcleo axiológico do ordenamento jurídico brasileiro. Além da necessária investigação dos aspectos históricos e filosóficos que levaram aos fundamentos da supremacia do interesse público e da presunção de legitimidade atribuída aos atos do ente administrador (o Estado), a pesquisa atingirá a exploração da tendência de otimização das normas de direitos fundamentais, imposta pelos valores abrigados na Constituição brasileira de 1988, e as implicações do direito ao devido processo legal num estado que tem por pressupostos a democracia e o Estado de Direito. A consecução desses objetivos fará uso do método dedutivo para a análise e dissecação dos conceitos e normas jurídicas que envolvem o tema, o que permitirá mensurar a implicação de cada norma no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, o método indutivo servirá para identificar se há colisão entre o interesse público que sustenta a aplicação da presunção de veracidade no Estado Democrático de Direito e a preservação de direitos inerentes à Dignidade da Pessoa Humana, bem como qual o tratamento conferido pelo Direito a tal choque. A metodologia se valerá ainda da listagem dos conceitos necessários, bem como da definição dos contornos da possível colisão indicada, procedendo-se à discussão do conteúdo produzido através do método dialético, a fim de alcançar os objetivos do trabalho. Na busca pela identificação de quais seriam as condições que a aplicação da presunção de veracidade precisaria ter para garantir o respeito à Dignidade da Pessoa Humana e aos direitos por ela projetados, o trabalho visa à sugestão de balizas que poderão contribuir para a convivência harmônica dessa tradicional prerrogativa da Administração Pública com direitos fundamentais no atual regime político-jurídico brasileiro.

Palavras-Chave: Dignidade da Pessoa Humana; Direitos fundamentais; Atos administrativos; Presunção de veracidade; Condições.

ABSTRACT

The present paper will consist of analyzing the presumption of truthfulness of administrative acts in the Democratic State of Law, in light of the Principle of Human Dignity, considering the repercussions of this as an axiological core of the Brazilian legal system. In addition to the necessary investigation of the historical and philosophical aspects that led to the foundations of the supremacy of the public interest and the presumption of legitimacy attributed to the acts of the administrative entity (the State), the research will explore the tendency to optimize the norms of fundamental rights, imposed for the values enshrined in the Brazilian Constitution of 1988, and the implications of the right to due legal process in a state that presupposes democracy and the Rule of Law. The achievement of these objectives will make use of the deductive method for the analysis and dissection of the concepts and legal norms that involve the topic, which will allow measuring the implication of each norm in the Brazilian legal system. Furthermore, the inductive method will serve to identify whether there is a collision between the public interest that supports the application of the presumption of truthfulness in the Democratic Rule of Law and the preservation of rights inherent to the Dignity of the Human Person, as well as the treatment conferred by the Law to such a shock. The methodology will also use the list of necessary concepts, as well as the definition of the contours of the possible collision indicated, proceeding to the discussion of the content produced through the dialectical method, in order to achieve the objectives of the paper. In the search for identifying what would be the conditions that the application of the presumption of truthfulness would need to have to guarantee respect for the Dignity of the Human Person and the rights projected by it, the paper aims to suggest guidelines that could contribute to the harmonious coexistence of this traditional prerogative of the Public Administration with fundamental rights in the current Brazilian political-legal regime.

Keywords: Human Dignity; Fundamental rights; Administrative acts; Presumption of truthfulness; Conditions.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CPC – Código de Processo Civil

CTB – Código de Trânsito Brasileiro

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

LAI – Lei de Acesso à Informação

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCU – Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 A ORIGEM DAS PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	13
2.1 A lógica da supremacia do interesse público.....	13
2.2 A origem da Administração Pública e do Direito Administrativo.....	21
2.3 A prerrogativa da presunção de veracidade e o seu fundamento.....	32
3 UM DIREITO ADMINISTRATIVO DEMOCRÁTICO A PARTIR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	40
3.1 A constitucionalização do Direito Administrativo e a Constituição Federal de 1988.....	41
3.2 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	51
3.2.1 A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais.....	56
3.2.2 A função processual da Dignidade da Pessoa Humana.....	61
4 INTERESSE PÚBLICO <i>VERSUS</i> DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	70
4.1 O conflito aparente.....	70
4.2 Proporcionalidade e consequencialismo como técnicas.....	77
4.3 A segurança jurídica para o cidadão e o conflito.....	89
5 CONDIÇÕES DA PRESUNÇÃO DE VERACIDADE À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	93
5.1 A colisão entre a presunção de veracidade e os direitos fundamentais: a máxima da proporcionalidade aplicada.....	94
5.2 A condição da Publicidade.....	102
5.3 A condição da Urgência.....	106
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	110
REFERÊNCIAS.....	113

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho consistirá na análise da presunção de veracidade dos atos administrativos no Estado Democrático de Direito, à luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, considerando as repercussões deste enquanto núcleo axiológico do ordenamento jurídico brasileiro. A investigação da origem e dos fundamentos da supremacia do interesse público, através das premissas filosóficas que embasaram a criação da Administração Pública, é essencial para compreender como o Estado brasileiro extrai da vontade popular a legitimidade para a sua atuação, bem como a forma como essa supremacia se insere no ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito e o papel que ela desempenha.

Das características que fundamentam a atuação estatal, a supremacia do interesse público é a que serve de pilar de sustentação para todas as qualidades e prerrogativas administrativas, constituindo, em inúmeras situações, o fator jurídico decisório a pesar a favor da Administração diante de contenda com o cidadão. Ao mesmo tempo em que serve como justificativa para o controle exercido pelo estado, permitindo a restrição de direitos em prol do bem comum, esse princípio dá margem ao exercício arbitrário do poder, viabilizando que práticas de regimes absolutistas se materializem, mesmo no Estado de Direito, com nova roupagem, o que demonstra que o tema é de discussão indispensável à evolução dos direitos fundamentais. Ademais, o próprio amadurecimento da democracia brasileira e do Direito Administrativo nacional carecem da análise da receptividade ou não, pelo atual ordenamento jurídico, das prerrogativas adotadas pela Administração Pública desde a sua origem.

O trabalho será desenvolvido através da análise dos fundamentos jurídicos e filosóficos que acompanharam a proposta contratualista de criação do Estado a partir da cessão parcial de poderes individuais e do nascimento do Direito Administrativo, o que permitirá conhecer a origem da noção de supremacia do interesse público, da presunção de veracidade dos atos administrativos e a lógica por trás do seu funcionamento. Além disso, serão investigadas quais foram as marcas deixadas por esse processo histórico no regime jurídico criado para a Administração Pública brasileira.

Levantadas as bases necessárias à compreensão da supremacia do interesse público e da prerrogativa estatal em foco, a análise partirá para a investigação da sua recepção no regime político-jurídico do Estado Democrático de Direito, que tem a dignidade da pessoa humana enquanto núcleo axiológico normativo, do qual emanam a obrigação de respeito e maximização dos direitos fundamentais.

Para tal, o trabalho se dedicará ao enfrentamento de questões ainda não satisfatoriamente resolvidas na doutrina e na jurisprudência brasileiras e estrangeiras. Qual é a natureza jurídica da supremacia do interesse público? A prerrogativa da presunção de veracidade dos atos da Administração Pública é compatível com os preceitos do Estado Democrático de Direito brasileiro e, em especial, com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana? É possível garantir efetividade ao direito à ampla defesa e ao devido processo legal com a aplicação da presunção de veracidade dos atos administrativos? Quais seriam as condições impostas à referida prerrogativa quando o interesse público que a legitima está em colisão com direitos derivados do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana?

A consecução desses objetivos fará uso do método dedutivo para a análise e dissecação dos conceitos e normas jurídicas que envolvem o tema, o que permitirá mensurar a implicação de cada norma no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, o método indutivo servirá para identificar se há conflito entre a aplicação da presunção de veracidade no Estado Democrático de Direito e a preservação de direitos inerentes à Dignidade da Pessoa Humana, bem como qual o tratamento conferido pelo Direito brasileiro a tal choque. A metodologia se valerá ainda da listagem dos conceitos necessários, bem como da definição dos contornos do possível conflito indicado, procedendo-se à discussão do conteúdo produzido através do método dialético, a fim de alcançar os objetivos do trabalho.

Na busca pela identificação de quais seriam as condições que a aplicação da presunção de veracidade precisaria ter para garantir o respeito à Dignidade da Pessoa Humana e aos direitos por ela projetados, o trabalho se dedicará à sugestão de balizas que poderão contribuir para a convivência harmônica dessa tradicional prerrogativa da Administração Pública com direitos individuais da maior hierarquia existente no atual regime político-jurídico brasileiro, de modo a afastar o seu uso do abuso.

Por fim, buscar-se-á a contribuição para a compreensão de qual é o papel desempenhando por essa prerrogativa na atual ordem jurídica brasileira, bem como a forma como o exercício da atividade administrativa deve ser orientado para que o poder estatal esteja respaldado pela legitimação concedida pelo titular do poder, que é o povo. Espera-se contribuir para a evolução do Direito Administrativo brasileiro, no que diz respeito à conformação da presunção de veracidade dos atos administrativos aos princípios e valores abrigados na Constituição vigente, somando-se a outras obras doutrinárias já consagradas sobre o tema, em esforço que se alinha aos objetivos do movimento há muito iniciado de constitucionalização desse ramo da ciência jurídica.

2 A ORIGEM DAS PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Estado é fruto de uma longa construção histórica baseada na necessidade humana de estabelecer um modelo de convivência que proporcionasse segurança em seus múltiplos aspectos. Desde a origem primitiva da estrutura embrionária que viria a ser o Estado, nos primórdios das civilizações, até o atual modelo de Estado de Direito, essa entidade carrega consigo prerrogativas inerentes à cessão do poder pelos integrantes da sociedade, justificadas pela necessidade de manter uma hierarquia em relação aos indivíduos e de tornar viável o seu funcionamento enquanto entidade de governo da coletividade.

Este capítulo é dedicado ao estudo da origem e dos fundamentos filosóficos do Estado¹ e de suas prerrogativas de poder, a fim de tornar possível a identificação dos seus papéis no atual sistema jurídico brasileiro.

2.1 A lógica da supremacia do interesse público

O Estado, definido pela visão sociológica weberiana como a comunidade humana que pretende, com êxito, o monopólio do uso legítimo da força física dentro de um determinado território², encontrará as suas origens mais remotas na natureza gregária da pessoa humana. Essa necessidade humana de viver em grupo, tanto objetivando à proteção de todos quanto à paz nas relações interpessoais, fez com que surgissem as primeiras sociedades, estabelecendo, seja pelos valores éticos ou por formas de controle com o uso da força, limites à ação de seus integrantes.

Centrada no berço das sociedades, a família contém em sua composição estrutural a mesma lógica na qual se funda a organização do Estado. Como explica Rousseau, na família o homem faz ceder a sua liberdade natural originalmente pela necessidade de sobrevivência; após o alcance da independência das partes, sendo os filhos capazes de zelar pela própria conservação, a família só se mantém por convenção³. A divergência, para esse filósofo, é que “na família, o amor dos pais pelos filhos vale pelos cuidados que dispensa a eles, enquanto, no Estado, o prazer de comandar substitui esse amor, que o chefe não tem por seu povo”⁴.

¹ Valendo-se do aprofundamento de ideias sobre a origem do Estado e as teorias contratualistas sucintamente desenvolvidas em SANTOS, Luiz Antônio de Alcântara. **Limites da presunção de veracidade no Estado Democrático de Direito**. Orientador: Lucas Hayne Dantas Barreto. 2011. 25 f. Monografia/Artigo (Graduação em Direito). Faculdade Ruy Barbosa, Salvador, 2011. p. 3-5

² WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. 5 ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982. p. 98

³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2019. p. 24

⁴ Ibidem. p. 24

Seja na família ou na sociedade, as relações de grupo sempre conduziram à definição de uma figura gestora. Isto porque é inerente a qualquer grupo social a tomada de decisões vinculativas para todos os seus integrantes, visando à proteção coletiva, a sobrevivência e a convivência harmônica das pessoas que o compõem⁵. As primeiras reminiscências da necessidade política desse elemento gestor que viria a ser, no futuro, o Estado, encontram-se no Neolítico, conhecido como Período da Pedra Polida, estágio da história que foi marcado por relevantes mudanças na organização social humana e nas formas de produção da subsistência⁶. Em tal período, identifica-se o registro da constituição, na sociedade, da figura de um chefe, com a finalidade de poder agir em defesa da comunidade, diante de um inimigo, bem como para dirigir os esforços na obtenção de sua subsistência, o que caracterizou a instituição de uma autoridade política⁷.

Com a definição dessa proposta de liderança como parte integrante da cultura organizacional primitiva, “consolidar-se-ia, com o tempo, a figura do chefe e de seus auxiliares mais próximos, e surgiria, como representante do poder espiritual, a casta sacerdotal, aliada e suporte dos detentores do poder político”⁸. Formou-se naquele período, nas primeiras grandes sociedades das quais se tem documentação histórica suficiente, a estrutura básica do poder que sustentaria predominantemente os arranjos da humanidade até o surgimento do Estado Moderno, no século XV, com o fim do sistema feudal.

Como consequência inevitável, a relação entre a figura do chefe (administrador) e a do chefiado (administrado) — na qual se inclui a existente entre o Estado e o cidadão — sempre pressupôs algum grau de subordinação, não de natureza funcional, mas originária do consenso quanto aos objetivos daquela coletividade. Não fosse por isso, seria impossível promover um mínimo de estabilidade nas relações existentes no grupo social através da criação de condições de segurança para direitos, uma vez que cada ser humano, em sua natureza, é dotado de livre arbítrio, o que geraria divergências insolúveis quanto às decisões de grupo.

Para dar conta desse fenômeno da convivência social e superar o estado caótico provocado pela ausência de condições de segurança a direitos e de limites ao livre arbítrio, filósofos como Platão sugeriram que para alcançar interesses coletivos era indispensável a renúncia de poder por parte dos interessados⁹, uma diminuição de suas liberdades. Mais tarde,

⁵ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 30

⁶ ROSA, Carlos Augusto de Proença. **História da Ciência**: da Antiguidade ao Renascimento Científico. 2 ed. Brasília: FUNAG, 2012. p. 41-42

⁷ Ibidem. p. 44

⁸ Ibidem. p. 44

⁹ PLATÃO. **A República**. Trad. Edson Bini. 3 ed. São Paulo: Edipro, 2019. p. 331

no século XVII, dando início à linha de pensamento dos filósofos contratualistas, Thomas Hobbes fez a defesa de que os desejos de vida fácil, de satisfação dos seus prazeres, o medo da morte e dos ferimentos faria com que o homem renunciasse à proteção que poderia esperar de seu próprio esforço e labor¹⁰.

Ao analisar o homem em seu estado de natureza, Hobbes defende que “quando não existe um poder comum capaz de manter os homens numa atitude de respeito, temos a condição do que denominamos guerra; uma guerra de todos contra todos”¹¹. Para ele, a vontade humana livre de qualquer submissão era incapaz de promover a paz coletiva, a harmonia das relações entre os indivíduos. Daí a sua proposta de restrição das liberdades individuais, através da instituição de um poder visível, o Estado, resultante da vontade humana de abandonar a condição de guerra e cuja missão primária seria a de forçar a todos, por temor à punição, a cumprirem seus pactos e a observarem as leis naturais¹².

John Locke, partindo da concepção de igualdade e independência entre os homens quanto à sua origem em um Criador todo-poderoso e infinitamente sábio, concluiu que, dotados de faculdades similares, dividindo tudo em uma única comunidade da natureza, não se poderia conceber que existisse entre os homens uma hierarquia que os autorizasse à destruição uns dos outros, como se tivessem sido feitos para servir de instrumento às necessidades uns dos outros¹³. Por essa visão, defendeu que não só a autoconservação era uma obrigação dos homens, mas a conservação do próximo e de toda a coletividade, sempre que possível, era uma lei integrante do direito natural¹⁴.

Ao tratar do início das sociedades políticas, sugerindo que a constituição de um governo derivaria de uma opção e não de uma necessidade dos homens — que seriam suficientemente capazes de viver sem tal governo através do respeito às leis naturais — Locke fundamentou que isso poderia se dar unicamente por meio de um “acordo com outros homens para se associarem e se unirem em uma comunidade para uma vida confortável, segura e pacífica uns com os outros, desfrutando com segurança de suas propriedades e melhor protegidos contra aqueles que não são daquela comunidade”¹⁵, consumando o viés contratualista de sua proposta

¹⁰ HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 89

¹¹ Ibidem. p. 108

¹² Ibidem. p. 138

¹³ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 84

¹⁴ Ibidem. p. 85

¹⁵ Ibidem. p. 139

filosófica nos mesmos fins que seu predecessor teórico, ou seja, na ideia de uma instituição governante capaz de gerenciar conflitos e promover a paz.

Rousseau, aperfeiçoando a lógica dos contratualistas que o precederam, consumou essa ideia através da sugestão de um pacto social em que propôs “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, ao unir-se a todos, obedeça somente a si mesmo e continue tão livre quanto antes”¹⁶. Para esse filósofo, o motivo da instituição desse governo resultaria da vitória dos obstáculos prejudiciais à conservação do homem no estado de natureza, que imporiam o fim desse estado primitivo para dar lugar a uma nova forma de ser da espécie humana, evitando a sua extinção¹⁷.

Acerca das propostas contratualistas, verifica-se que Georg Friedrich Hegel dedicou parte de suas obras à análise crítica das teorias anteriormente descritas, apontando ora para o acerto sobre as conclusões de Hobbes quanto ao estado de natureza do homem ser de permanente luta pela sobrevivência, ora para a suposta contradição contida no fato do Estado, criado pela liberdade dos homens, tornar-se um cerceador de liberdades¹⁸; dentre outros aspectos.

O crucial é que, para Hegel, “não basta aceitar o direito, a liberdade individual, como momentos necessários para a fundação da vida social e política”¹⁹. Pela sua natureza dada à sociabilidade, a pessoa humana necessita de reconhecimento através de relações de interação com o outro, e é essa busca por reconhecimento na intersubjetividade que irá compor o estado de natureza²⁰, segundo esse filósofo alemão. Apesar das críticas às teorias contratualistas que o precederam, justifica-se também, pela lógica desse pensamento, a necessidade de uma entidade pacificadora dessas relações intersubjetivas.

Immanuel Kant também contribuiu substancialmente para a consolidação da ideia do contrato social a partir da equalização das liberdades individuais, ao defender a sua utopia de uma paz perpétua entre os Estados. Ao propor uma constituição civil republicana para o Estado, este pensador do iluminismo alemão sugeriu a sua fundação a partir de premissas simétricas às defendidas pela proposta contratualista rousseauiana²¹:

¹⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2019. p. 33

¹⁷ *Ibidem*. p. 32

¹⁸ ARAÚJO NETO, José Aldo Camurça de. O contratualismo na perspectiva crítica de Hegel. **Intuitio**, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 75-90, jul. 2011. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuitio/article/view/7729>. Acesso em: 15 jul. 2023.

¹⁹ *Ibidem*. p. 90

²⁰ *Ibidem*. p. 87

²¹ KANT, Immanuel. **À paz perpétua: Um Projecto Filosófico**. Trad. Artur Mourão. Covilhã: LusoSofia, 2008. p. 11

A constituição fundada, primeiro, segundo os princípios da liberdade dos membros de uma sociedade (enquanto homens); em segundo lugar, em conformidade com os princípios da dependência de todos em relação a uma única legislação comum (enquanto súbditos); e, em terceiro lugar, segundo a lei da igualdade dos mesmos (enquanto cidadãos), é a única que deriva da ideia do contrato originário, em que se deve fundar toda a legislação jurídica de um povo – é a constituição republicana.

Por todos esses fundamentos filosóficos, verifica-se que a cessão de poder a um ente administrador, em princípio, seria a solução para alcançar a estabilidade nas relações em sociedade. Entretanto, apesar dessa lógica, melhor desenvolvida por Rousseau, cair como uma luva em um raciocínio apartado da consideração do ímpeto humano pelo poder — já que pressupõe que todos cederão igual parcela de poder e serão defendidos em seus direitos igualmente (tratamento isonômico) — o mesmo não se verifica quando a natureza humana é considerada, razão pela qual diversas sociedades adotaram caminhos e formas diferentes quanto à administração do grupo social.

Essa desconsideração do ímpeto humano pelo poder, na proposta contratualista, é bem exemplificada pelo próprio Rousseau quando ele sugeriu a cessão total dos direitos do sócio, ao concluir que “como cada um se dá por inteiro, a condição é igual para todos e, sendo igual a condição para todos, ninguém tem interesse em torná-la onerosa aos outros”²². Ao contrário desse entendimento, a história revela exemplos incontáveis do uso do poder para o favorecimento pessoal e de grupos determinados, em detrimento do restante da coletividade integrante de um mesmo povo, o que demonstra que esse aspecto matemático desenvolvido na teoria filosófica contratualista de Rousseau é insustentável.

Não se faz referência, neste ponto, à transferência total de poder em regimes totalitaristas, pois, em verdade, nesses regimes não há uma cessão de poderes ou direitos, e sim a tomada ou supressão deles pelo uso da força. A imposição de decisões vinculativas à sociedade, nesses regimes, geralmente se encontra aliada a uma ideologia de dominação que permite ao detentor do poder manter o controle social por longo prazo, a fim de que ele possa ditar as diretrizes da vida pública e privada de acordo com seus caprichos e interesses, bem como com os do grupo favorecido que compõe a sua base de sustentação.

É nos regimes democráticos, inspirados na proposta rousseauiana do contrato social, que a análise de cessão de poder e direitos em favor da paz social se mostra útil ao entendimento da origem da supremacia do interesse público e da própria Administração Pública, esta última como sendo, objetivamente, a “atividade administrativa exercida pelo Estado e por seus órgãos

²² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2019. p. 33

e agentes” e, subjetivamente, como o “conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que tenham a incumbência de executar as atividades administrativas”²³. Ao descrever o que seria a democracia, Norberto Bobbio é preciso ao afirmar que só é possível considerar um regime político-jurídico como democrático se nele houver garantias de eficácia dos direitos invioláveis do indivíduo, os direitos fundamentais²⁴.

Para esse filósofo, a existência de tais condições obriga a Administração a atuar dentro das mesmas balizas que orientaram a construção do Estado de Direito, “do Estado que não apenas exerce o poder sub lege, mas o exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos ‘invioláveis’ do indivíduo”²⁵. Por tais fundamentos, o regime democrático não é compatível com a sugestão de Rousseau de cessão total de direitos, mas de uma cessão parcial de poderes individuais, reservando ao cidadão aqueles indispensáveis à manutenção da titularidade do poder estatal e inerentes à sua condição humana, o que constitui a essência da democracia²⁶.

Considerando que o objetivo dessa transferência de poder é o funcionamento estável da sociedade, proporcionando segurança aos cidadãos, há ainda um elemento essencial, indicado por Rousseau no pacto social, que é indispensável para que ocorra a efetiva gestão social. Sem ele, não haveria contrato social efetivo, na medida em que o exercício das liberdades individuais não encontraria limites, carecendo a harmonia das relações e a segurança jurídica da perene conveniência e boa vontade de todos.

A Administração Pública, para governar, extrai a legitimidade para a sua atuação da vontade popular, erguendo-se o aparato estatal sobre uma base sem a qual o sistema administrativo se tornaria disfuncional, que é a subordinação de todos ao controle do Estado. Esse elemento de sustentação, inclusive, funciona como um verdadeiro indicativo da satisfação de necessidades sociais, na medida em que altos índices de insubordinação sugerem a insatisfação com a forma como a gestão social tem sido conduzida.

Com a subordinação do cidadão ao controle exercido pelo Estado, cabe ao exercício da atividade administrativa representar o denominado interesse público, cuja conceituação merece

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Revista, ampliada e atualizada até 31.12.2010. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 10

²⁴ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 32

²⁵ *Ibidem*. p. 32

²⁶ Numa análise prática e pontual do ordenamento jurídico brasileiro, deve-se atentar para o motivo que levou a Constituição Federal de 1988, em seu preâmbulo, a enunciar a instituição de um Estado democrático, definindo como fundamentos da república a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, incisos II e III), e abrigando em seu texto normas principiológicas de direitos fundamentais que, como ensina Robert Alexy e será tratado mais adiante neste trabalho, caracterizam mandamentos de otimização, emanando a ordem de expansão contínua dessa categoria de direitos, considerando-se as circunstâncias fáticas e jurídicas que operem para tanto.

uma breve análise. A doutrina brasileira costuma indicar a existência de duas dimensões desse interesse, classificando-as em interesse público primário — que seria aquele composto pelas necessidades da sociedade, ou seja, dos cidadãos que integram o grupo social — e em interesse público secundário, que diz respeito às necessidades da máquina estatal²⁷.

Apesar disso, o entendimento já pacificado de que o interesse público secundário não pode existir desconectado do atendimento às finalidades do primário deixa claro que há apenas um interesse público (o traduzido na dimensão primária), movimentando-se a atividade da Administração, através da instituição de tributos, do exercício do poder de polícia e de outras medidas, para ter e criar as condições necessárias à satisfação desse interesse social.

Essa conclusão fica clara no ensinamento de Luís Roberto Barroso, que explica o porquê do interesse público primário desfrutar de supremacia²⁸:

O interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em determinada relação jurídica – quer se trate da União, quer se trate do Estado-membro, do Município ou de suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas. O interesse público primário, consubstanciado em valores fundamentais como justiça e segurança, há de desfrutar de supremacia em um sistema constitucional democrático. [...] O interesse público primário desfruta de supremacia porque não é passível de ponderação; ele é o parâmetro da ponderação.

Com vistas à concretização dos objetivos da sociedade, o cidadão se subordina ao controle estatal, em reverência à supremacia do interesse público, a qual é condição de existência da própria sociedade, como conclui Celso Antônio Bandeira de Mello²⁹, para quem o interesse público corresponde ao “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”³⁰.

Por esse motivo é que a atuação do Estado carrega consigo todos os poderes e prerrogativas de supremacia estabelecidos pela ordem jurídica, qualidades essas que acompanham os atos administrativos, a exemplo do atributo da exigibilidade, por meio do qual

²⁷ CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 6 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 61-62

²⁸ BARROSO apud RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse Público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.); RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 113

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 99

³⁰ *Ibidem*. p. 62

o Estado pode obrigar o particular à obediência, já que se pressupõe que, na sua atuação, persegue-se a concretização dos interesses de toda a coletividade.

Essa foi a construção e sustentação originária da supremacia do interesse público. Entendia-se pela necessidade da supremacia, uma posição de vantagem em relação aos interesses particulares, para garantir que a lógica contratualista da submissão se tornasse funcional diante de divergências na relação Estado-cidadão. Entretanto, atualmente algumas críticas robustas têm sido feitas pela doutrina ao significado do que se convencionou denominar de supremacia do interesse público sobre o privado (ou “princípio” da supremacia do interesse público sobre o privado).

Humberto Ávila ressalta que esse “princípio” (para ele não é uma norma principiológica) não corresponde ao bem comum — argumento invocado usualmente para justificar a incidência desse “princípio” — já que o bem comum diria respeito à composição harmônica do bem de cada um com o bem de todos, e não o direcionamento dessa composição em favor do “interesse público”³¹. Também não haveria, segundo ele, uma relação de supremacia de tal princípio em relação aos interesses privados, já que conceitualmente e normativamente, sob o ângulo da atividade administrativa, o interesse público não poderia ser descrito separadamente dos interesses privados³².

Apesar da pertinência das reflexões induzidas por Ávila, que serão objeto de análise mais profunda adiante ao tratar do conflito entre o interesse público e os direitos fundamentais, verifica-se o importante papel desempenhado pelo interesse público como fundamento e missão do Estado — o que não é refutado pelo mencionado jurista — desde a origem da proposta contratualista até os dias atuais. No ordenamento jurídico brasileiro, há quem sustente que ele assume a posição de supremacia sob a forma de princípio constitucional implícito, e por mais paradoxal que possa parecer, como explica Daniel Wunder Hachem, o interesse público serve para legitimar e, simultaneamente, para limitar o exercício do poder³³.

Trazidas as premissas sobre as concepções que deram origem à ideia do Estado e à noção de interesse público, mostra-se pertinente a verificação do contexto de nascimento do Direito Administrativo.

³¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 11, set./out./nov., 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 15 de jul. 2023. p. 3

³² *Ibidem*. p. 28

³³ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 115

2.2 A origem da Administração Pública e do Direito Administrativo

O Direito Público, enquanto campo jurídico dedicado à regulação dos interesses da sociedade como um todo, composto por normas que visam a disciplinar as relações jurídicas em que o Estado figura como parte³⁴, preexistiu ao Direito Administrativo e à formação do Estado de Direito. Nos séculos marcados pelo regime de Estado de polícia, no qual o exercício da soberania não encontrava limites ao agir, apesar de não existir propriamente uma ciência do conhecimento do Direito Público, o princípio de poder ilimitado e as normas por ele emanadas constituíam um certo ordenamento positivo, como assinala Agustín Gordillo³⁵.

Para a maior parte da doutrina brasileira, origem do Direito Administrativo, como ramo independente do Direito, situa-se entre o fim do século XVIII e início do século XIX³⁶, período marcado por diversas reformas nas estruturas de governo de sociedades ocidentais, promovidas pela eclosão de revoluções político-ideológicas como a americana (1776), que resultou na Declaração da Virgínia, e a francesa (1789), da qual se originou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ambas dedicadas ao reconhecimento e positivação de direitos e garantias individuais.

Destacou-se, nesse período, a obra de Montesquieu, segundo a qual em todo Estado existiriam três tipos de poder: o de criar leis, corrigi-las e anulá-las, designado por ele de legislativo; o de fazer paz ou guerra, enviar ou receber embaixadas, instaurar a segurança, prevenir invasões, denominado por ele de poder executivo do Estado; e o de castigar os crimes e resolver as querelas particulares, denominado por ele de poder de julgar³⁷. Essa teoria tripartite, apesar da sua inspiração em precedentes filosóficos, foi a primeira proposta consagrada a individualizar, de forma didática, a forma de manifestação do poder estatal (ou conjunto de atribuições) do que viria a se chamar futuramente de Administração Pública.

Aqui cabe a ressalva de que o Poder Executivo, em seu formato atual brasileiro, não corresponde ao que se designa por Administração Pública, já que, mesmo no âmbito dos demais poderes (Legislativo e Judiciário), há o nítido exercício de atribuições administrativas típicas, com inúmeros atos que não dizem respeito, direta ou indiretamente, ao poder de julgar ou de legislar. Ao admitir ou demitir servidores públicos; ao contratar; ao exercer, em geral, os

³⁴ CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 6 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 35

³⁵ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas**: parte general. 1 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017. p. II-2

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 1

³⁷ MONTESQUIEU, Barão de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 167-168

poderes hierárquico, disciplinar, de polícia e regulamentar (ou normativo), todo e qualquer Poder do Estado está agindo e se exteriorizando enquanto Administração Pública, ainda que seja ele o Legislativo ou o Judiciário. Desse modo, o raciocínio contido na proposta de Montesquieu, ao definir uma das formas de manifestação do poder como sendo o “executivo do Estado”, guarda maior correspondência com a noção de Administração Pública — que compõe todo o Estado — do que a definição moderna do Poder Executivo, que diz respeito a apenas uma parte do Estado.

Pela análise do período histórico mencionado, verifica-se que o nascimento do Direito Administrativo, naquele momento, enquanto ramo da ciência jurídica, encontra seu motivo no fato de que até então havia uma predominância de formas de governo totalitaristas, a exemplo das monarquias absolutas, nas quais quem detinha o poder não reconhecia limites à sua atuação, não se submetendo à lei. Como já dito, nesses regimes sequer se podia identificar uma cessão de poderes pelo cidadão, pois o que havia era a usurpação destes por quem detinha o poder de mando, a fim de manter o *status quo*.

Numa análise reflexiva desse momento histórico, havia uma cultura estabelecida quanto à forma de governo, que durou por séculos, fixando uma forma de percepção do exercício do poder de gestão que não desapareceria por completo, de imediato, por mais importantes que tenham sido os movimentos revolucionários do período, impulsionados por ideais iluministas. Como ressalta Jose Luiz Borges Horta ao se referir aos dois séculos que sucederam ao fim da Idade Média (séculos XVI e XVII), “enriquecidas, as coroas patrocinaram zelosamente significativa parcela da intelectualidade, estimulando um culto ao poder”³⁸. Não parece razoável a conclusão de que essa forma de perceber o poder sumiria completamente, sem deixar qualquer resquício, com o fim do absolutismo no século XVIII e a afirmação do Estado de Direito. Afinal, a vida, se analisada sob o prisma sociológico, não dá saltos.

Se por um lado é inegável que o reconhecimento de direitos fundamentais foi um avanço subversivo em relação à ordem totalitária à época vigente, por outro se verifica que inúmeras características dessas formas de governo serviram de espelho para a então nascente forma de Administração Pública. Como conclui Paulo Otero sobre a gênese do Direito Administrativo na França, o que se operou foi a violação de postulados nucleares do princípio da separação de poderes, na medida em que a criação de um regime jurídico especial para a Administração Pública não foi o resultado de uma vontade expressa pelo Poder Legislativo, pela lei ou pelo parlamento, mas sim de uma intervenção decisória autovinculativa do próprio Executivo sob

³⁸ HORTA, José Luiz Borges. **História do Estado de Direito**. São Paulo: Alameda, 2011. p. 56

proposta do Conselho de Estado, Poder ao qual teria sido reservada, no sistema contencioso do administrador-juiz francês, a última palavra sobre a competência do Conselho de Estado³⁹.

A doutrina brasileira reverencia tais conclusões através das lições de Gustavo Binbenbojm, que enfatiza nesse processo de criação do Direito Administrativo a intenção de preservar características comuns do Antigo Regime⁴⁰:

O surgimento do direito administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras), representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação. A juridicização embrionária da Administração Pública não logrou subordiná-la ao direito; ao revés, serviu-lhe apenas de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos.

Para Odete Medauar, ao se referir à obra de Pierre Legendre, uma das bases do sistema francês emergente da revolução foi obra de juristas formados no Antigo Regime, como Thouret, Barnace e Ricard de Nimes, que desde 1789 formularam o princípio segundo o qual “julgar a Administração é administrar”⁴¹. Ressalta ainda a publicista brasileira a existência de norma jurídica francesa, na Lei de 22 de dezembro de 1789, cuja prescrição era a de que “as administrações de departamentos e distritos não poderão ser perturbadas no exercício de suas funções administrativas por nenhum ato do poder judiciário”⁴².

Essas narrativas da origem do Direito Administrativo explicam o porquê da defesa de uma insindicabilidade do mérito administrativo, embasada na sistemática da independência entre os Poderes, a fim de afastar a liberdade decisória da Administração do controle judicial. A própria cultura da época quanto à forma de administrar, como dito, ainda respirava o ar de uma potência gestora com ampla liberdade de atuação administrativa, a qual seria capaz de lidar com novas demandas sociais que se apresentassem exigindo uma rápida resposta do Estado, capacidade essa que o legislador não possui. Esse contexto resultou num maior protagonismo ou ativismo dos órgãos administrativos na aplicação ou realização constitutiva do direito, como ensina Paulo Otero, e teve como produto a instituição de um modelo em que a Administração seria julgadora de si mesma⁴³.

³⁹ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003. p. 271

⁴⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 11

⁴¹ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. 3 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 21

⁴² Ibidem. p. 21

⁴³ OTERO, ob. cit., p. 292

A grande divergência na doutrina nacional a essas conclusões surge quando são questionadas as razões jurídico-sociais que levaram o Conselho de Estado francês à elaboração de normas especiais para a Administração Pública. Em visão oposta sobre as origens do Direito Administrativo, verifica-se a defesa na doutrina brasileira de que não existe uma “ilusão garantística da gênese do Direito Administrativo”, calcada na sua criação fora do Parlamento, pelo Conselho de Estado francês.

Para Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem, era do interesse dos revolucionários franceses a criação de um sistema que não caísse nas mãos dos magistrados, pois “acreditava-se que a liberdade estaria muito mais garantida se ao Judiciário não fosse conferida a prerrogativa de se imiscuir no trabalho legítimo dos representantes da vontade popular”⁴⁴. Isso porque, na França dos séculos XVII e XVIII, apenas a aristocracia era defendida pelos magistrados, inclusive contra os arbítrios do rei⁴⁵. Assim, a insindicabilidade da decisão administrativa seria uma medida de defesa para o povo, uma aposta da intenção de não reprodução do contexto de arbítrio do antigo regime absolutista por outras vias.

Por mais que possam ser discutíveis, à luz da história, os motivos que de fato levaram, naquela época, à não submissão da liberdade decisória da Administração Pública ao controle judicial comum, constata-se que essa falta de controle corresponde à mesma forma de perceber e conduzir o poder gestor por parte da figura detentora de poder no absolutismo, agora legitimada no âmbito do Estado de Direito, ou seja, uma reprodução do velho *modus operandi* por novas razões, num novo contexto.

No Brasil, o Direito Administrativo vai encontrar o embrião do seu futuro objeto de estudo na Constituição de 1824, Carta política do período do Império cuja vigência teve a maior duração na história brasileira (65 anos). Sob o seu texto, que sofreu apenas uma emenda, processou-se, sem riscos de graves rupturas, a evolução histórica de toda a Monarquia no país⁴⁶. O seu Artigo 102, dedicado à definição das atribuições do Imperador, ressalta o posicionamento estrutural do Chefe do Poder Executivo, enunciando o exercício de tal Poder através dos Ministros de Estado⁴⁷. Além disso, o mencionado dispositivo, em seus incisos, também prevê uma série de atos administrativos de nomeação, convocação, provimento de cargos, direção,

⁴⁴ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.); RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 50

⁴⁵ Ibidem. p. 50

⁴⁶ NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições brasileiras: 1824**. 3 ed. Vol. I. Brasília: Senado Federal, 2012. p. 10

⁴⁷ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (De 25 De Março De 1824)**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm Acesso em: 17 jul. 2023.

celebração de tratados internacionais, concessão de títulos e expedição de decretos, deixando em relevo que, ao menos sob o ponto de vista da norma jurídica, o Direito Administrativo se encontrava em processo de gestação no país, o que já não se pode afirmar, em mesmo grau, enquanto ao ramo da ciência jurídica, nem quanto à submissão completa do Estado à lei.

Apesar da previsão expressa do Executivo na Constituição de 1824, não será esse Poder que chamará mais a atenção para as suas peculiaridades. O denominado Poder Moderador, consignado nos Artigos 98 a 101 do documento e exercido privativamente pelo Imperador, apresenta-se literalmente como a chave de toda a organização política, destinado a velar incessantemente pela independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes⁴⁸. Esse Poder, ao mesmo tempo que possui atribuições típicas do Executivo — a exemplo da nomeação e demissão de agentes públicos — encontra-se imune à responsabilização (insindicabilidade dos seus atos) e torna o soberano inviolável por parte de qualquer outro Poder (artigo 99), além de lhe atribuir o status de sagrado, comum aos regimes absolutistas marcados pela forte influência da Igreja no poder.

Ainda que não tenha sido estranha para o contexto do regime político vigente à época (monarquia constitucional), a proposta do Poder Moderador constituiu um artifício de adaptação da teoria tripartite do poder desenhada por Montesquieu à figura de poder absoluto do Imperador, sugerindo, a um só tempo, que os demais Poderes seriam incapazes de conviver em equilíbrio e harmonia, e que por isso necessitariam de um mecanismo de regulação do sistema de tripartição. Desse modo, percebe-se que, mesmo sob a influência dos ideais de separação dos poderes do Estado — que compuseram o arcabouço ideológico iluminista que serviu de combustível para a instauração do Estado de Direito francês — as primeiras normas constitucionais sobre a Administração Pública brasileira tiveram a sua formulação completamente enviesada, inclinando-se mais para a reprodução de prerrogativas absolutistas do que para a construção de um novo modelo de administração do poder. Era a garantia de sobrevivência do regime monárquico brasileiro.

O Poder Moderador ainda contou com a figura de apoio do Conselho de Estado criado pela Lei nº 234, de 23 de novembro de 1841. Órgão colegiado composto por membros designados pelo Imperador, esse Conselho, apesar de não guardar simetria de proposta com o *Conseil d'État* francês, tinha como incumbência responder à consulta do soberano sobre

⁴⁸ BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil (De 25 De Março De 1824)**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm Acesso em: 17 jul. 2023.

“conflictos de jurisdição entre as Autoridades Administrativas, e entre estas, e as Judiciarias”⁴⁹, denunciando a preocupação de resguardar a atuação da Administração na época, tanto em relação aos conflitos no âmbito interno (entre as autoridades administrativas), quanto em relação aos conflitos com o Poder Judiciário.

Sendo o Poder Moderador, naquele contexto, nada mais do que uma versão otimizada e invulnerável do Executivo — guardadas as devidas ponderações sobre o papel e limites do Executivo no regime de Estado de Direito — e sendo ambos os poderes chefiados pelo Imperador, tratava-se, na última hipótese de conflito mencionada, do Executivo definindo os conflitos entre ele próprio e o Judiciário, ou seja, no que diz respeito à atuação administrativa, a última palavra era da Administração, o que não traduz nenhuma surpresa para o regime da época.

Enquanto ramo do conhecimento jurídico, o Direito Administrativo brasileiro vai encontrar as suas primeiras construções referenciando predominantemente a doutrina estrangeira, especialmente a francesa. As obras de Vicente Pereira do Rego (1857), José Antônio Pimenta Bueno (1857), Prudêncio Giraldes Tavares da Veiga Cabral (1859), Paulino José Soares de Sousa (1862 e 1865), Francisco Maria de Souza Furtado de Mendonça (1865) e Antônio Joaquim Ribas (1866), que compuseram o primeiro acervo brasileiro dedicado ao estudo dessa subárea do Direito, trazem diversas referências a doutrinadores franceses, portugueses, ingleses e americanos⁵⁰. Só com a obra de José Rubino de Oliveira (1884) haverá, pela primeira vez no país, um maior número de referências à doutrina brasileira, devendo-se considerar que os doutrinadores nacionais por ele referenciados fizeram uso da doutrina francesa como principal referência teórica⁵¹.

Nessa cronologia, observa-se que o evento da Proclamação da República em 1889, pela ruptura de regime que provocou, proporcionou ao Brasil pela primeira vez uma abertura de caminho para a construção efetiva de um modelo de Administração Pública que não estivesse inteiramente voltado à manutenção de um regime absolutista, viabilizando a consolidação do Estado de Direito no país. Nascia, então, efetivamente, o Direito Administrativo no Brasil, já que, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello ao se referir ao seu advento na França,

⁴⁹ BRASIL. **Lei nº 234, de 23 de novembro de 1841**. Criando um Conselho de Estado. Rio de Janeiro, 1841. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim234.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%20234%2C%20DE%2023%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201841.&text=Criando%20um%20Conselho%20de%20Estado,N%C3%B3s%20Queremos%20a%20Lei%20seguinte Acesso em: 17 jul. 2023.

⁵⁰ GUANDALINI JÚNIOR, Walter. **Raízes históricas do Direito Administrativo brasileiro**: fontes do Direito Administrativo na doutrina brasileira do século XIX (1857-1884). 1 ed. Curitiba: Appris, 2019. p. 28 e seg.

⁵¹ *Ibidem*. p. 87-88

“nada semelhante àquilo que chamamos de Direito Administrativo existia no período histórico que precede a submissão do Estado à ordem jurídica”⁵². A República Velha, como ficou conhecido esse período até 1930, deu origem à segunda Constituição brasileira, a primeira em que o sistema tripartite não contava com a ingerência do Poder Moderador, que foi extinto.

A Carta Magna de 1891, espelhada na Constituição americana de 1787 e promulgada por um Congresso Constituinte, anunciou um regime democrático e representativo, instituindo uma república federativa e introduzindo o sistema presidencialista adotado até os dias atuais no país. O Poder Executivo, base motriz da Administração Pública, encontra-se estruturado nessa Carta com uma seção inteira a ele dedicada (Seção II), prevendo as suas atribuições, composição e consignando expressamente a submissão do Presidente da República à lei, através da apuração de crimes comuns e de responsabilidade, deflagrada pela Câmara (Artigo 53)⁵³.

O Poder Judiciário teve um limite de não intervenção em algumas matérias de mérito eminentemente político claramente traçado pelo §5º do Artigo 60 da Constituição de 1891. Nesse dispositivo, a insindicabilidade de importantes atos da Administração Pública foi consignada com os seguintes contornos:

Nenhum recurso judicial é permitido, para a justiça federal ou local, contra a intervenção nos Estados, a declaração do estado de sitio e a verificação de poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade e a perda de mandato dos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual; assim como, na vigência do estado de sitio, não poderão os tribunais conhecer dos actos praticados em virtude delle pelo Poder Legislativo ou Executivo.⁵⁴

Além disso, apesar da proposta democrática, o direito a voto no período era negado constitucionalmente a cidadãos menores de 21 anos, aos mendigos (expressão utilizada à época pela norma), analfabetos, militares praças e sacerdotes integrantes de organizações religiosas sujeitas à voto de obediência, regra ou estatuto que importasse a renúncia da liberdade individual (Artigo 70)⁵⁵. Esses diversos elementos traduziam o fato de que a Administração Pública no período, apesar da abertura do regime, havia sido moldada para atender aos interesses das oligarquias, como explica Frederico Lustosa da Costa:

⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 47

⁵³ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm Acesso em: 17 jul. 2023.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*.

A República federalista, com estados politicamente autônomos, consagrou um novo pacto político que acomodava os interesses das elites econômicas do Centro-Sul e do resto do país. O governo federal ocupava-se de assegurar a defesa e a estabilidade e proteger os interesses da agricultura exportadora através do câmbio e da política de estoques, com reduzida interferência nos assuntos “internos” dos demais estados. Lá vicejavam os mandões locais, grandes proprietários de terra e senhores do voto de cabresto, e as grandes oligarquias, que controlavam as eleições e os governos estaduais e asseguravam as maiorias que apoiavam o governo federal. A política dos governadores garantia a alternância na presidência da República de representantes de São Paulo e Minas Gerais. Esse sistema era marcado pela instabilidade dos governos estaduais passíveis de serem derrubados e substituídos em função da emergência de novas oligarquias.⁵⁶

Somando-se esse contexto estrutural do poder — que muito desfavorecia as classes sociais não integrantes das oligarquias — com os efeitos da crise econômica de 1929 e o enfraquecimento dos produtores de café, criou-se o cenário para a ocorrência da Revolução de 1930, que resultou no golpe de Estado daquele mesmo ano, culminando na chegada ao poder de Getúlio Vargas após o exílio do eleito Júlio Prestes. Era o fim da República Velha, mas era também o início de um processo de concentração de poderes no Executivo federal, em consequência da dissolução dos corpos legislativos e da nomeação de interventores para os governos estaduais, especialmente de lideranças militares⁵⁷. Ficava claro, pelas idas e vindas provocadas pelos diversos regimes, que a Administração Pública brasileira vivenciava promessas e retrocessos, em ondas com ares de avanço e ações de retomada, com diversos arquétipos para as normas que a estruturavam nesses movimentos políticos.

Após a malsucedida empreitada da Revolução de 1932, consistente numa tentativa de retomada do poder pelas oligarquias paulistas, a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte deu fruto à Constituição de 1934, que estabeleceu direitos e garantias individuais, restaurou o poder Legislativo e conferiu aos estados a autonomia que lhes havia sido furtada pelas intervenções⁵⁸. Uma análise do texto constitucional revela, desde o início (Capítulo I do Título I), a ênfase dada à divisão de competências, atribuições e domínios entre a União e os Estados, com protagonismo para a União⁵⁹.

Aponta ainda Frederico Lustosa da Costa que essa Constituição “inaugurou o federalismo cooperativo, com a repartição dos tributos, beneficiando inclusive os municípios, e a coordenação de ações entre as três esferas de governo”⁶⁰. Entretanto, em sentido contrário

⁵⁶ COSTA, Frederico Lustosa. Brasil: 200 Anos de Estado; 200 Anos de Administração Pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública** (Impresso), v. 42, p. 829-874, 2008. p. 839-840

⁵⁷ Ibidem. p. 843

⁵⁸ Ibidem. p. 843

⁵⁹ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm Acesso em: 18 jul. 2023.

⁶⁰ COSTA, ob. cit., p. 843.

aos diversos avanços anunciados, foi mantida a tônica das Constituições anteriores da insindicabilidade de atos da Administração Pública de mérito eminentemente político, pelo Artigo 68, que firmou que “é vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”⁶¹, sendo esse um impeditivo genérico e passível de abarcar uma amplitude indefinível de atos administrativos.

Mais tarde, com o golpe militar de 10 de novembro de 1937, liderado pelo Presidente da República Getúlio Vargas, foi editada a Constituição de 1937, que dissolveu a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembleias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais (Artigo 178), concentrando no Presidente da República o poder de expedição de decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União (Artigo 180), até que fosse reestruturado o Legislativo. Manteve-se no texto dessa Constituição a mesma disposição do Artigo 68 da Constituição anterior, definindo que “é vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas” (Artigo 94)⁶².

Apesar da origem autoritária dessa Constituição e do regime, foi sob a sua vigência que se consumou a base sólida da Administração Pública brasileira, orientada pela padronização, prescrição e pelo controle, com investimento no tripé material, pessoal e recursos financeiros⁶³. Observa-se também que durante o Estado Novo, nome atribuído ao período, criou-se em cada estado um Departamento Administrativo, órgão colegiado e com composição técnica, subordinado ao Ministério da Justiça, com Diretor nomeado pelo Presidente da República, que funcionava como câmara de revisão das decisões do próprio interventor no estado, igualmente nomeado pelo Presidente⁶⁴. Era a já conhecida proposta da Administração julgar a si própria, característica de regimes absolutistas.

Com a perda de apoio dos militares, Getúlio Vargas foi forçado a renunciar à Presidência da República, instaurando um governo interino, que foi seguido pela eleição de Eurico Gaspar Dutra à Presidência e pela promulgação da Constituição de 1946 através de uma Assembleia Constituinte. No bojo da nova Constituição, nota-se que não constava mais o mencionado dispositivo normativo que impedia o Judiciário de conhecer de questões exclusivamente políticas, presente nas duas Constituições imediatamente antecedentes. Verifica-se ainda a

⁶¹ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm Acesso em: 18 jul. 2023.

⁶² BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm Acesso em: 18 jul. 2023.

⁶³ LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil. As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos. **Revista do Serviço Público**, v. 49, n. 2, p. 5-32, abr./jun. 1998. p. 6

⁶⁴ *Ibidem*. p. 7

inserção no rol dos direitos e garantias individuais da previsão de que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (Artigo 141, §4º)⁶⁵.

Na Quarta República, nome pelo qual ficou conhecido o período compreendido de 1946 até o golpe militar de 1964, a administração pública brasileira não passou por modificações significativas — apesar dos vários projetos de reforma administrativa não aprovados pelo Legislativo — exceto pela tendência, já estabelecida durante a vigência da Constituição de 1937, de criação de novos órgãos nas administrações direta e indireta⁶⁶. É durante o governo militar que a reforma administrativa vai ganhar protagonismo, através do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, formulado por estudos que tiveram como base os quatro projetos preparados pelo Ministro extraordinário para a Reforma Administrativa durante o governo precedente de João Goulart⁶⁷.

Como ressalta Beatriz Wahrlich, a definição dos princípios fundamentais do planejamento (que constitui o princípio dominante), descentralização, delegação de autoridade, coordenação e controle (Artigo 6º); a expansão das empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas), bem como de órgãos independentes (fundações públicas) e semi-independentes (autarquias); a necessidade de fortalecimento e expansão do sistema do mérito, sobre o qual se estabeleciam diversas regras; diretrizes gerais para um novo Plano de Classificação de Cargos; o reagrupamento de departamentos, divisões e serviços em 16 ministérios⁶⁸; todas essas ações compuseram o conjunto da reforma administrativa deflagrada pelo Decreto-Lei nº 200/1967.

De 1979 a 1982, a desburocratização e a desestatização se tornaram duas agendas prioritárias do governo, que buscava aumentar a eficiência, a eficácia e a sensibilidade da administração pública e fortalecer o sistema de livre empresa, atribuindo um foco ao usuário do serviço público que não existiu em governos passados, além de reclamar, da burocracia, uma mudança de comportamento⁶⁹. Paralelamente, observa que esse mesmo regime ditatorial, que promoveu relevantes progressos na reestruturação da Administração Pública brasileira, foi também o regime que, através do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968 (Artigos 10 e 11), excluiu de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com tal Ato

⁶⁵ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm Acesso em: 19 jul. 2023.

⁶⁶ LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil. As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos. **Revista do Serviço Público**, v. 49, n. 2, p. 5-32, abr./jun. 1998. p. 9

⁶⁷ WARLICH, Beatriz. A reforma administrativa no Brasil: experiência anterior, situação atual e perspectivas. Uma apreciação geral. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, p. 49-59, jan./mar. 1984. p. 52

⁶⁸ Ibidem. p. 52

⁶⁹ Ibidem. p. 53

institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos, além de suspender a garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular⁷⁰.

Era um ataque frontal ao interesse do cidadão de se valer do Judiciário para resguardar seus direitos perante os atos praticados pela Administração Pública, promovendo uma reiteração da insindicabilidade dos atos administrativos, em moldes semelhantes aos adotados por alguns dos governos brasileiros precedentes. Isso durante a vigência — como ressaltado expressamente pelo próprio Ato Institucional nº 5 — da Constituição de 1967, que previa em seu rol de direitos e garantias individuais a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes (Artigo 150, §15)⁷¹.

Uma análise às Constituições brasileiras anteriores à de 1988, a partir da editada em 1934, revela que, mesmo esse direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, reconhecido desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, não era expressamente garantido no âmbito de processos administrativos, já que essas Cartas foram gradualmente evoluindo da previsão expressa apenas quanto à ampla defesa, para abranger também o contraditório, bem como para aplicar tais direitos a outros processos além dos de natureza penal⁷².

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF) foi a primeira a prever tal direito de forma abrangente, englobando qualquer processo judicial ou administrativo e unindo o contraditório e a ampla defesa como elementos integrantes de uma única norma fundamental (Artigo 5º, inciso LV)⁷³. Assim, só em 1988 o ordenamento jurídico brasileiro garantiu expressamente ao cidadão que a juridicidade administrativa respeitasse um direito tão basilar de sua defesa, demora essa que, dentre outros motivos, foi influenciada pela herança jurídica ideológica de intangibilidade da atividade administrativa, comum nos regimes absolutistas, e pelas diversas idas e vindas, avanços e retrocessos, da Administração Pública brasileira.

Esse processo de “modernização” do Direito Administrativo brasileiro, inclusive, também teve reflexos para além da proteção de direitos do cidadão. A própria organização da atividade administrativa, antes centrada no modelo de um Executivo unitário, passou a se

⁷⁰ BRASIL. **Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968**. Brasília, 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm Acesso em: 22 jul. 2023.

⁷¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm Acesso em: 22 jul. 2023.

⁷² GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. **Contraditório e Ampla Defesa**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 26

⁷³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 23 jul. 2023.

espelhar na constituição de uma Administração Pública policêntrica, legando ao país um leque de autoridades autônomas em relação ao Poder Executivo, através das agências reguladoras⁷⁴. A novidade, em relação ao modelo passado, é que a segurança jurídica proposta para essas autoridades exercerem a sua autonomia de forma técnica conta com previsões legais bem robustas, a exemplo da manutenção do salário pelo período de doze meses após o fim do mandato e do impedimento à exoneração por vontade exclusiva do Presidente da República, essa última impensável em regimes anteriores.

Outra proposta revolucionária que tem se avolumado, ainda que timidamente, no meio jurídico, é a possibilidade do exercício do poder de polícia por particulares, com vistas ao atendimento eficiente do interesse público em atividades ou serviços eminentemente públicos. Aqui, o elemento cultural da visão de que o uso da força deve se dar de maneira exclusiva pelo Estado impera com extrema influência, pois de fato é estranho conceber, após tantos séculos de costume, que o particular exerça um poder eminentemente estatal sobre outro particular, apesar de já existirem exemplos disso no Brasil⁷⁵. Entretanto, considerando o fato de que há o silêncio do texto constitucional acerca da proibição ou autorização do exercício do poder de polícia por entes privados, daí não se pode concluir pela impossibilidade de sua delegação ou da permissão genérica para que ela ocorra⁷⁶.

Desse modo, apesar dos traumas provocados pela origem do Direito Administrativo, observa-se que tem ocorrido o movimento por melhorias na forma de exercício do poder estatal que sejam capazes de suprir demandas variadas de uma sociedade cada vez mais dinâmica e tecnológica, também mais consciente e exigente quanto aos seus direitos, forçando o rompimento com antigos conceitos que ergueram o Estado e o sustentaram.

2.3 A prerrogativa da presunção de veracidade e o seu fundamento

É assente na doutrina brasileira que, em razão das características singulares da atividade da Administração Pública — a ser desempenhada com vistas à concretização do interesse público — justifica-se a necessidade de garantias inerentes à função administrativa, as denominadas prerrogativas, que são condições especiais indispensáveis à consecução dos seus

⁷⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 42

⁷⁵ A exemplo da Ordem dos Advogados do Brasil, que possui natureza jurídica de autarquia *sui generis*, não se submetendo ao controle estatal como outras autarquias de idêntica função (conselhos de classe) são obrigadas a fazê-lo, e das autoridades portuárias, entidades essas que exercem poder de polícia.

⁷⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 3. ed. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 286

objetivos funcionais⁷⁷. Da lição formulada pelo legado doutrinário de Hely Lopes Meirelles, pode-se concluir que Estados de Direito e Democráticos como o brasileiro não reconhecem privilégios pessoais; só admitem prerrogativas funcionais, na medida em que uma sociedade democrática veda o personalismo e deve assegurar a todos o acesso às oportunidades⁷⁸.

Tecnicamente, prerrogativas possuem significado diferente dos privilégios, por mais que o uso comum dessas expressões possa conduzir à ideia de que são sinônimos no âmbito jurídico. Apesar de ambos, em termos práticos, produzirem vantagens, as prerrogativas se assentam na sua imprescindibilidade para a consecução de um fim público legalmente estabelecido — sem as prerrogativas esse fim não seria alcançado ou seria tortuoso o seu alcance — e o seu exercício está indissociavelmente vinculado à estrita finalidade imposta pela lei que as legitima, com permanente obediência aos princípios constitucionais. Já os privilégios são concessões individuais que não guardam relação com a estrita necessidade funcional ou o interesse público.

Consoante com a lição de José Cretella Júnior, as prerrogativas públicas são as circunstâncias favoráveis ou propícias, que os sistemas jurídicos atribuem às pessoas jurídicas a fim de que, do melhor modo e com a maior economia possível, possam concretizar o interesse público, através de limitações impostas ao interesse do particular⁷⁹. Em contrapeso na balança, a Administração Pública está sujeita a inúmeras restrições ou imposições, não verificáveis nas relações jurídicas do direito privado⁸⁰, o que reforça o distanciamento entre as prerrogativas e os privilégios propriamente ditos. As prerrogativas e sujeições especiais da Administração encontram o seu porquê no interesse público que as justifica⁸¹.

Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello traz uma lição breve e elucidativa:

Tendo em vista os interesses que lhe cumpre proteger, realizar e assegurar, a Administração está adornada de prerrogativas que lhe são conferidas pelo sistema normativo a fim de que sua atuação possa objetivar eficazmente os escopos consagrados como próprios da coletividade - internos ao setor público. Nenhum desses poderes, juridicamente regulados, sublinhe-se, constitui-se em benefícios conferidos à Administração, por ser órgão do poder. Não há, no Estado de Direito, privilégios atribuídos à “força governante” (para usar uma desataviada mas realista expressão de Duguit) pelo mero fato de ser a força governante.⁸²

⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 421

⁷⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 115

⁷⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. Prerrogativas e sujeições da Administração Pública. **Revista De Direito Administrativo**, 103, p. 16–32, jan./mar. 1971. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/35280/34070> Acesso em: 02 jan. 2024. p. 19

⁸⁰ *Ibidem*. p. 18

⁸¹ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 115

⁸² MELLO, ob. cit., p. 421

Após a revolução francesa, o desafio do jovem Estado de Direito, como aponta Andreas Krell, foi conciliar a tradicional liberdade decisória do Poder Executivo com a observância do princípio da legalidade⁸³. Os narrados efeitos autocráticos do embrião do Direito Administrativo, que alcançaram a instituição do atual regime da Administração Pública brasileira, deixaram uma herança de prerrogativas que, pela sua essência, carecem de limites que vêm sendo reconhecidos e impostos aos poucos pelo ordenamento jurídico e pela doutrina e jurisprudência nacionais. A discricionariedade administrativa, por exemplo, que há menos de três décadas era vista como inacessível ao Judiciário, hoje já é tratada sob a ótica dos graus de vinculação à juridicidade, que considera, dentre outros fatores, que quanto maior for o grau de restrição imposto a direitos fundamentais, mais intenso deve ser o grau do controle judicial⁸⁴.

Outro exemplo desse mesmo aspecto, talvez o mais forte na atualidade, é a presunção de legitimidade dos atos administrativos, na qual se inclui a presunção de veracidade dos atos. Trata-se de uma nova nomenclatura para uma antiga qualidade dos atos de poder, muito característica dos regimes absolutistas, que sustentavam dogmas como a máxima inglesa *the king can do no wrong* (o rei não pode errar) e máxima francesa *le roi ne peut mal faire* (o rei não pode fazer nada errado), que consagravam a ideia da ausência de falhas no exercício do poder soberano⁸⁵, de modo que se justificasse a falta de controle sobre ele.

Essa qualidade da incontestabilidade ultrapassava a figura do soberano, alcançando seus representantes, documentos em que fossem fixados selos oficiais, bem como, em alguns contextos, aqueles que estivessem na posse legítima de objetos sabidamente de uso exclusivo do soberano (como anéis e medalhões reais). A noção de fé pública vem desse contexto, significando a presunção de veracidade a ser considerada por todos, indistintamente. No Brasil, essa qualidade que reveste atos e documentos praticados ou chancelados pelo Estado é tão sedimentada que os serviços notariais e de registro, que são exercidos em caráter privado (Artigo 236 da Constituição de 1988) por delegatários dotados de fé pública, como prevê o Artigo 3º da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994⁸⁶, produzem documentos dotados de fé pública.

⁸³ KRELL apud BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 196

⁸⁴ Ibidem. p. 240

⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 1

⁸⁶ BRASIL. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro (Lei dos cartórios). Brasília, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18935.htm Acesso em: 23 jul. 2023.

Das prerrogativas integrantes do regime jurídico-administrativo, a mencionada presunção de legitimidade desponta como um dos alicerces da confiança depositada no Estado pelo titular do poder, tendo por finalidade a promoção da celeridade dos atos administrativos, considerando a disfuncionalidade operacional que haveria se eles sempre dependessem da confirmação prévia de seus motivos para serem executados ou exigíveis.

É uma prerrogativa clássica, posicionada como uma garantia da satisfação do interesse público, sendo “inerente à ideia de ‘poder’ como um dos elementos integrantes do conceito de Estado, e sem o qual este não assumiria a sua posição de supremacia sobre o particular”⁸⁷. Pela forma como atua no sistema jurídico brasileiro, essa prerrogativa é o maior instrumento normativo mantenedor da soberania estatal, sem a qual, como conclui Marçal Justen Filho, seria impossível ao estado cumprir suas funções administrativas, pois estaria em situação idêntica àquela dos particulares, ou seja, disputando com estes pela manutenção da ordem⁸⁸.

É por essa mesma razão que tal prerrogativa é complementar e indispensável ao atributo da autoexecutoriedade (na qual se inclui a exigibilidade) dos atos administrativos, pois, se os atos administrativos, ao ganharem existência, são imperativos e podem ser exigíveis (tornam-se obrigatórios e executáveis), há de militar em seu favor a presunção *iuris tantum* de legalidade⁸⁹. Como assinala Matheus Carvalho acerca da funcionalidade prática dessa prerrogativa, “até prova em contrário — uma vez que a presunção é relativa ou *iuris tantum* — o ato administrativo estampa uma situação de fato real, ou seja, o ato goza de fé pública e os fatos apresentados em sua prática presumem-se verdadeiros”⁹⁰. Sobre esse aspecto, um precedente da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em decisão unânime, traz ensinamentos didáticos, resumindo o posicionamento da jurisprudência nacional predominante sobre tal prerrogativa:

No caso, verifica-se a ocorrência de grave lesão aos bens tutelados pela lei de regência, porquanto se demonstrou que a desconsideração da presunção de legitimidade e veracidade de que gozam as certidões públicas atinge o interesse público já que tem potencial para causar prejuízo à ordem pública em sua vertente administrativa.

As certidões produzidas pela municipalidade gozam de fé pública e somente excepcionalmente, por meio de prova inequívoca e irrefutável, pode ter abalada sua presunção *iuris tantum* de legitimidade e veracidade. Sabe-se que a presunção de legitimidade significa dizer que os atos praticados pela administração pública são emitidos em conformidade com a lei, até prova em contrário. Por sua vez, a presunção

⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 198

⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 300

⁸⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 171

⁹⁰ CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 6 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 284

de veracidade significa dizer que os fatos alegados pela administração são presumidamente verdadeiros.

Por fim, pode-se concluir que desconsiderar a presunção *juris tantum* de legitimidade e veracidade de certidão pública municipal significa inverter a lógica administrativa de atribuição de prerrogativas ao Estado, que emergem do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Tal proceder abala a credibilidade do ente público municipal, que não pode ter sua imagem institucional fragilizada e posta em dúvida; senão toda e qualquer certidão emitida pelo município poderá agora ser objeto de questionamento judicial, o que pode gerar efeito multiplicador extremamente prejudicial ao funcionamento regular e eficiente da administração.

Caso as certidões produzidas pela municipalidade forem destituídas de sua presunção de legitimidade e veracidade, haverá desvirtuamento da lógica do regime jurídico administrativo, em flagrante prejuízo ao funcionamento contínuo e satisfatório das atribuições municipais. Tal prática poderia levar ao travamento de toda a gama de atividades administrativas municipais em decorrência de judicializações que pudessem invalidar as certidões ao retirar seu atributo da presunção de legitimidade e veracidade.⁹¹

O entendimento exposto consagra a aplicação do cânone da presunção de veracidade atos administrativos na exata forma em que ele se firmou na cultura jurídica. Há muito já se anunciava na doutrina que os atos administrativos, qualquer que seja sua categoria ou espécie, nascem com a presunção de legitimidade, independentemente de norma legal que a estabeleça, e que a presunção de veracidade a ela inerente se refere aos fatos alegados e afirmados pela Administração para a prática do ato, os quais são tidos e havidos como verdadeiros até prova em contrário⁹².

Aqui é importante uma distinção, mesmo que seja pacífica na doutrina a relação imbricada entre as presunções de legitimidade e veracidade. A presunção de legitimidade, ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, diz respeito à conformidade do ato com a lei, ou seja, até prova em contrário, presume-se que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei⁹³. Já a presunção de veracidade diz respeito aos fatos, presumindo-se, por este atributo,

⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Agravo Interno nos Embargos de Declaração na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 2.819/MA (2020/0285956-5)**. Agravos Internos na Suspensão de Liminar e de Sentença. Julgamento das contas de gestores municipais pelo Tribunal de Contas Estadual. Certidão pública municipal de inexistência de portarias de nomeação do gestor municipal como ordenador de despesa. Presunção de legitimidade e veracidade das certidões públicas municipais. Fé pública. Comprovação inequívoca de violação aos bens jurídicos tutelados pela legislação de regência. Improvimento dos Agravos. Recorrente: Estado do Maranhão. Recorrido: Município de Magalhães de Almeida. Relatora: Min. Humberto Martins, 02 de fevereiro de 2022. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=144810151®istro_numero=202002859565&peticao_numero=202100237652&publicacao_data=20220211&formato=PDF Acesso em: 23 jul. 2023. p. 5-6

⁹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 182

⁹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 197

até prova em contrário, que são verdadeiros os fatos alegados pela Administração na prática do ato⁹⁴.

Outro ponto a ser considerado, e que delinea com clareza o objeto de incidência da prerrogativa da presunção de veracidade que se analisa, é a diferença entre ato administrativo e ato da Administração. É que dentro da grande matriz dos atos da Administração há várias categorias. Na didática lição de Matheus Carvalho, há aqueles que são regidos pelo direito privado (atos privados), nos quais a Administração atua sem suas prerrogativas; há os de mera execução de atividade em que não há manifestação de vontade do Estado (atos materiais), também chamados de fatos administrativos, consistindo apenas na consumação do que já foi definido por um ato administrativo; há os atos políticos ou de governo, que são exercidos pelo Estado no exercício da função política⁹⁵, não podendo ser considerados atos da Administração; e existem os atos administrativos propriamente ditos, por meio dos quais a Administração atua, no exercício de sua função administrativa, sob o regime de direito público, ensejando manifestação de vontade do Estado ou de quem lhe faça as vezes⁹⁶.

Celso Antônio define essa última categoria, o ato administrativo propriamente dito, como a declaração do Estado, no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional⁹⁷. Por serem muitas as metodologias didáticas de classificação dos atos administrativos, atraem a atenção especial deste trabalho os classificados pela doutrina como atos restritivos quanto aos resultados sobre a esfera jurídica dos administrados, nos quais se incluem os atos sancionatórios⁹⁸, destinados à imposição de sanção aos agentes públicos ou aos particulares pela prática de condutas contrárias à lei e aos princípios jurídicos. Estes englobam a maior parte das contestações ao ato administrativo em que se discute a aplicação processual da presunção de veracidade.

Superadas as necessárias distinções, verifica-se que, apesar de possuir uma razão de ser para permitir a operabilidade administrativa em inúmeras situações, a presunção de legitimidade, quanto à dimensão da veracidade do ato administrativo, tem figurado em diversos

⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 198

⁹⁵ No entendimento de José dos Santos Carvalho Filho, os atos políticos ou de governo sequer se enquadrariam na matriz dos atos da Administração, pois resultam diretamente de normas constitucionais e alcançam maior liberdade de ação, sendo que o caráter governamental sobreleva ao administrativo. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª ed. Revista, ampliada e atualizada até 31.12.2010. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 90

⁹⁶ CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 6 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 257-258

⁹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 389

⁹⁸ *Ibidem*. p. 429

casos apenas como argumento silenciador da contestação do cidadão⁹⁹, violando direitos fundamentais como o contraditório e a ampla defesa e permitindo que a atividade administrativa do Estado atue fora de controle quanto ao ato impugnado. Isso, diga-se, mesmo diante dessa categoria de direito, que é complementar ao devido processo legal, uma projeção principiológica da dignidade da pessoa humana, como ensina Ricardo Maurício Freira Soares, “despontando como instrumento capaz de materializar e tutelar, nas lides concretas, o respeito à existência digna, síntese da imensa totalidade dos direitos fundamentais dos cidadãos”¹⁰⁰.

Acerca das causas primeiras desse problema, Agustín Gordillo faz uma advertência essencial sobre a tendência de crer cegamente naquilo que declara aquele exerce o poder:

Debe por lo tanto evitarse el error común de creer que todo lo que la autoridad disse es cierto, por el solo hecho de que lo diga, confundiendo entonces presunción de legitimidade con verdade lisa y llana, lo que resulta no sólo logicamente insostenible sino también un error político sustancial en matéria de derecho político y administrativo, que pagamos caro en una sociedad cada vez más permeada de autoritarismo.¹⁰¹

Essa advertência se aplica a múltiplas situações, não só àquelas motivadas pelo autoritarismo, mas pelo erro inconsciente humano, seja ele induzido por terceiros ou não. Autos de infração lavrados por autoridades em exercício de poder de polícia; emissão de declarações, certidões, atestados, escrituras, documentos identidade; atos de Oficiais de Justiça; autos de prisão em flagrante; atos de fechamento de estabelecimento comercial; diversos são os atos administrativos que podem ser praticados com erro substancial quanto aos fatos (ou supostos fatos) e informações que motivaram a sua edição por agentes públicos, assim como muitas são as razões que levaram a esses erros. E em todos os casos, enquanto existir, o ato será presumido verdadeiro e exigível, produzindo efeitos, salvo se estes vierem a ser suspensos por decisão judicial.

Em regra, nas situações em que tal prerrogativa desponta como o único argumento da administração e o ato administrativo encontra respaldo apenas na palavra do agente público, verificar-se-á uma exigência da constituição, pelo cidadão, de uma prova negativa do fato, caracterizando a denominada inversão do ônus da prova quanto à alegada ilegalidade do ato. Como elucidada a doutrina de Hely Lopes Meirelles em trecho referenciado como um mantra em

⁹⁹ A exemplo dos autos de infração de trânsito lavrados apenas com base na palavra do agente público, sem outras provas que sustentem a infração (foto, filmagem, etc).

¹⁰⁰ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 164

¹⁰¹ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas**: parte general. 1 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017. p. I-39

diversos julgados, “cuide-se de arguição de nulidade do ato por vício formal ou ideológico ou de motivo, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até sua anulação o ato terá plena eficácia”¹⁰².

Essa prova, quando não é impossível de ser realizada — inviabilidade que pode se dar pelo conhecimento do ato muito após o suposto fato a que ele faz referência — mostra-se, em vários casos, muito difícil de ser produzida, resultando no cerceamento de direitos em situações que ou produzem efetivamente uma injustiça pela ausência de motivo para a prática do ato (hipótese em que o fato não ocorreu) ou violam o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, na medida em que tolhem o cidadão de qualquer reação, inclusive a de concordância e aceitação, diante da supremacia do Estado.

A impossibilidade ou extrema dificuldade de realização da prova negativa da existência do fato, que diverge das hipóteses em que tal prova é circunstancialmente possível, há muito vem sendo tratada pela doutrina sob a nomenclatura de “prova diabólica”, por inserir o cidadão num contexto em que apenas através de meios mágicos (ou “diabólicos”) ele conseguiria constituir os elementos probatórios, já que as circunstâncias da realidade jamais o permitiriam. É contexto que será melhor trabalhado adiante, quando se tratar da função processual da dignidade da pessoa humana, considerando a relação da imposição de tal ônus da prova com as garantias processuais do contraditório e da ampla defesa.

Esse efeito da presunção de veracidade já encontra impugnação por parte de certos autores há algumas décadas. Agustín Gordillo lembra das lições de Giuseppino Treves, segundo as quais a presunção de legitimidade do ato administrativo importa uma *relevatio ad onere agendi*, mas nunca uma *relevatio ad onere probandi*; daí se pode concluir, como aduz Gian Micheli, que apenas por si própria a presunção de legitimidade não é suficiente para formar a convicção do juiz em caso de falta de elementos instrucionais e que não se pode firmar um princípio de que “na dúvida, a favor do Estado”, mas num estado democrático segundo o qual “na dúvida, a favor da liberdade”¹⁰³, a favor do cidadão. Entretanto, os ventos no Estado brasileiro continuam a soprar a favor da prerrogativa estatal, mesmo nos casos de colisão com direitos fundamentais, com exceções que só justificam essa regra.

Percebe-se por esses diversos contextos de incidência da presunção de veracidade que essa prerrogativa, se utilizada da forma que tradicionalmente vem sendo operada na via

¹⁰² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 183

¹⁰³ GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo 3: El Acto Administrativo. 10 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2011. p. V-23

processual administrativa e em âmbito judicial, continuará a produzir situações de violação a direitos e garantias fundamentais. Uma Administração Pública inserida no contexto de um Estado de Direito democrático tem por dever reexaminar os seus pressupostos de poder, já que construídos secularmente em regimes que assumiram a forma do Estado de Polícia e de arquétipos voltados ao favorecimento de oligarquias. E isso só se mostra possível através de uma resignificação do próprio Direito Administrativo.

3 UM DIREITO ADMINISTRATIVO DEMOCRÁTICO A PARTIR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O contexto de nascimento do Direito Administrativo, como analisado, foi marcado pela presença de concepções de uso do poder que não estavam permeadas por uma cultura estabilizada de reconhecimento e concretização de direitos individuais, comum nos regimes democráticos. Entretanto, o constitucionalismo embrionário das mesmas circunstâncias históricas — a própria Revolução Francesa de 1789 — germinou, promovendo resultados que proporcionaram a evolução do Direito Constitucional e das Constituições enquanto documento matriz da ordem social e do estado, que não se resumiram a cristalizar uma declaração de direitos.

Como aponta Ricardo Maurício Freire Soares ao se referir ao neoconstitucionalismo, uma das grandes mudanças ocorridas no Direito Constitucional durante o século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica, em superação ao modelo no qual ela era vista como um mero convite político à atuação dos Poderes Públicos¹⁰⁴. É que a força normativa da Constituição, em relação às normas infraconstitucionais, traduz uma quebra do que se poderia chamar de zona de conforto, induzindo a uma vinculante conformação de toda a ordem jurídica aos valores abrigados na Carta, inclusive quanto a eventuais mutações do seu sentido normativo e à máxima efetividade de mandamentos de otimização nela contidos.

Konrad Hesse, ao analisar esse fenômeno se baseando nas lições de Walter Burckhardt, consagrou o entendimento de que aquilo que é identificado como vontade da norma constitucional deve ser honestamente preservado, mesmo que para isso seja necessário o sacrifício de benefícios ou vantagens justas¹⁰⁵. Neste cenário, nenhum ramo da ciência jurídica,

¹⁰⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 124

¹⁰⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 22

por mais peculiar que fosse, está fora do alcance da influência cogente da Constituição, razão pela qual o contato do Direito Constitucional e com o Direito Administrativo tem produzido neste último uma autocrítica e uma revisão de conceitos, inclusive os nucleares de sua dogmática¹⁰⁶, o que transforma a própria concepção da razão de ser de seus institutos, não mais centrados nos poderes da Administração, e sim na sua missão para com os cidadãos.

Este capítulo é dedicado à análise dessa transformação do Direito Administrativo brasileiro, em virtude do processo de constitucionalização do Direito, à luz dos valores normativos abrigados na Constituição Federal de 1988, em especial o do princípio da dignidade da pessoa humana.

3.1 A constitucionalização do Direito Administrativo e a Constituição Federal de 1988

A promulgação da Constituição Federal de 1988 inaugurou não só uma nova era para o Brasil do ponto de vista da nascente ordem jurídica; ela plantou as sementes para a germinação de uma nova cultura, centrada na primazia da concretização de direitos fundamentais. Desde o preâmbulo e o *caput* de seu primeiro artigo, a firmatura do Estado Democrático de Direito é suficiente à leitura de que se almejava a constituição de um projeto moral de autogoverno coletivo, que pressupunha cidadãos que fossem não apenas os destinatários, mas também os autores das normas gerais de conduta e das estruturas jurídico-políticas do Estado¹⁰⁷.

Esse ambicioso desejo, contudo, não seria concretizado apenas através do texto constitucional. Muito antes da promulgação da Constituição vigente, já existia a atenção para uma das disfunções históricas mais graves do constitucionalismo brasileiro, que é a “insinceridade normativa”, consubstanciada pela previsão constitucional de promessas que de antemão se sabia que não seriam cumpridas¹⁰⁸. Com a opção de elaborar uma constituição, ao mesmo tempo, analítica, dirigente e protetora de uma vasta gama de direitos fundamentais, essa preocupação deveria ser ainda maior. Por essa razão, ganhou força na década de 80 século passado a denominada doutrina brasileira da efetividade, articulando um movimento cuja essência foi tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa¹⁰⁹.

¹⁰⁶ MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 232

¹⁰⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 50

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. Trinta e cinco anos da Constituição de 1988: as voltas que o mundo dá. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 28, n. 2, p. 07-49, mai./ago. 2023. p. 22-23

¹⁰⁹ *Ibidem*. p. 23

Para esse fim, a centralidade do papel do Judiciário na concretização da Constituição em situações de violação de um de seus mandamentos foi estabelecida, através do provimento, pela ordem jurídica, de mecanismos adequados de tutela — por meio da ação e da jurisdição — disciplinando os remédios jurídicos próprios e a atuação efetiva de juízes e tribunais¹¹⁰. Entretanto, as funções judiciais do Estado não foram as únicas impactadas de maneira significativa pelo redesenho do seu papel constitucional. Como assinala Cláudio Ari Mello, o contato com o direito constitucional tem produzido uma autocrítica do Direito Administrativo e uma revisão de seus institutos nucleares, dentre os quais a doutrina da discricionariedade administrativa¹¹¹, sendo esse fenômeno fruto do processo de constitucionalização do Direito.

Explica Gustavo Binbenojm que a constitucionalização do Direito Administrativo designa não apenas a previsão dos grandes princípios e de algumas regras da disciplina no texto constitucional, mas sobretudo a impregnação da dogmática administrativa pelos vetores axiológicos da Lei Maior, propiciando uma releitura de seus institutos, categorias operativas e formas organizacionais¹¹². No capítulo anterior, buscou-se sintetizar um panorama da formação do Direito Administrativo brasileiro que explicasse a conformação de alguns de seus institutos, especialmente os voltados à proteção das prerrogativas da Administração Pública, sob os mesmos moldes em que eles foram criados em regime totalitarista conferindo primazia à preservação da autoridade estatal.

Embora o Direito Administrativo tenha tido um desenvolvimento associado à afirmação do Estado de Direito, da separação dos poderes e dos direitos humanos, sua estrutura dogmática jamais refletiu, de modo fidedigno, o discurso garantístico e liberal que permeou a sua criação¹¹³. Apesar do processo de constitucionalização do direito ter sua origem radicada no pós segunda guerra mundial, no Brasil é a Constituição de 1988 que de fato recepcionará este processo. A simples análise da topografia do texto constitucional, identificando a localização dos direitos fundamentais antes mesmo da organização do Estado, induz à conclusão de que a atual ordem jurídica constitucional exige que se interprete a atuação estatal à luz dos direitos fundamentais e não o contrário¹¹⁴.

¹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Trinta e cinco anos da Constituição de 1988: as voltas que o mundo dá. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 28, n. 2, p. 07-49, mai./ago. 2023. p. 23

¹¹¹ MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 232

¹¹² BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 3. ed. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 38

¹¹³ *Ibidem*. p. 38-39

¹¹⁴ MAFFINI, Rafael da Cás. O Direito Administrativo nos quinze anos da Constituição Federal. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 2, abr./jun., 2005. p. 3

Somando-se a isso o fato de que o texto constitucional traça não só diretrizes específicas à atuação da Administração Pública — como os princípios expressos no *caput* do Art. 37 — mas um manancial de balizas definidoras sobre cargos, funções, serviços, servidores, benefícios previdenciários, autonomia gerencial e orçamentária, dentre outros aspectos inerentes à atividade administrativa, verifica-se que, pela sua força normativa, operou-se o que Paulo Otero definiu por rotura do mito da onipotência da lei face à Administração Pública e da conseqüente menoridade ou inferioridade da Constituição perante a lei no âmbito da função administrativa¹¹⁵. A lição do doutrinador português é esclarecedora a esse respeito:

Em vez da eficácia operativa das normas constitucionais estar sempre dependente da lei na sua vinculatividade para a Administração Pública, tal como se encontra subjacente ao pensamento liberal oitocentista, a lei deixou de ter hoje o monopólio habilitante da actividade administrativa, registrando-se que a aplicação da Constituição à Administração Pública e pela Administração Pública não exige necessariamente a mediação legislativa.

Houve aqui como que um processo de autodeterminação constitucional face ao poder legislativo nas suas relações com o poder administrativo: a Constituição emancipou-se da lei no seu relacionamento com a Administração Pública, passando a consagrar preceitos que, sem dependência de intervenção do legislador, vinculam directa e imediatamente as autoridades administrativas.¹¹⁶

Essa foi a sistemática imposta pela Constituição de 1988, ressalvados os casos em que ela própria, expressamente, consigna a dependência de regulamentação legislativa para conferir operabilidade aos comandos jurídicos constitucionais (as normas de eficácia limitada). Para além disso, os dois pilares estruturantes do Estado constitucional contemporâneo, que são o sistema democrático e o sistema de direitos fundamentais, viabilizaram, respectivamente, a autodeterminação coletiva e a autodeterminação individual, sendo ambas manifestações da autonomia pública e privada dos cidadãos, essenciais para a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana¹¹⁷.

Questão crucial a este trabalho, que sofreu uma mutação em seu significado e implicações no ordenamento jurídico a partir dos influxos promovidos pela Constituição, diz respeito ao interesse público, cuja lógica da sua histórica supremacia e as concepções basilares já foram objeto de análise sucinta em capítulo anterior, tendo sido reconhecida a sua natureza jurídica de princípio constitucional implícito. Ao se fundar o regime jurídico-administrativo em

¹¹⁵ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003. p. 735

¹¹⁶ *Ibidem*. p. 735

¹¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 3. ed. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 46

um equilíbrio entre prerrogativas e sujeições que são endereçadas à Administração Pública pelo ordenamento jurídico, como forma de garantir a satisfação do interesse público¹¹⁸, nota-se que a identificação do que corresponde ao interesse público, nesse sistema, é crucial, daí o porquê da afirmação de parte da doutrina de que esse “princípio” seria um mandamento nuclear do sistema jurídico-administrativo¹¹⁹.

Reconhece-se que a doutrina brasileira diverge sobre a supremacia do interesse público ostentar ou não a natureza jurídica de princípio¹²⁰, como suscitado anteriormente. Para Daniel Wunder Hachem, em obra de minucioso trabalho a esse respeito, a supremacia do interesse público ostenta a natureza de princípio constitucional implícito, dentre outras razões, por ser necessário existir um fundamento que legitime constitucionalmente as prerrogativas e sujeições especiais da Administração. Nas palavras do insigne jurista:

Todos esses privilégios e prerrogativas, que são, respectivamente, usufruídos e manejadas pela Administração Pública brasileira, requerem um amparo constitucional que avalize juridicamente as leis que os instituem, nos casos em que houver, e exigem uma norma jurídica que os legitime, nas situações em que a lei não os prevê.¹²¹

Em sua sustentação, concorrem ainda para a tese defendida os argumentos de que tal “princípio” decorreria do Art. 3º, inciso IV e do Art. 66, §1º da Constituição, e de uma interpretação sistemática do texto constitucional, sendo que a melhor forma de interpretar o sentido da expressão “promover o bem de todos”, contida no primeiro dispositivo mencionado, corresponderia a reconhecer nesse comando o princípio constitucional da supremacia do interesse público¹²². O segundo dispositivo constitucional aludido traz expressamente a contrariedade ao interesse público e a inconstitucionalidade como fundamentos do veto presidencial a projeto de lei, sustentando o jurista que aí estariam consubstanciados, respectivamente, o princípio da supremacia do interesse público e o princípio da supremacia constitucional¹²³.

Recorrendo à interpretação sistemática da Constituição, Daniel Hachem faz referência a inúmeros dispositivos constitucionais que evidenciarão a existência do dito princípio, citando a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III), cuja proteção demanda ações estatais que coíbam a prevalência do individualismo exacerbado, a função social da propriedade (Art. 5º,

¹¹⁸ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 145

¹¹⁹ Ibidem. p. 144

¹²⁰ Conforme fundamentos debatidos nas obras já referenciadas de Humberto Ávila e de Daniel Hachem.

¹²¹ HACHEM, ob. cit., p. 119

¹²² HACHEM, ob. cit., p. 121

¹²³ HACHEM, ob. cit., p. 123

XXIII), a autorização para a desapropriação (Art. 5º, XXIV), dentre outros que enalteceriam a existência de um princípio da supremacia do interesse público sobre o privado¹²⁴.

Em oposição a esse entendimento, Humberto Ávila aponta para a inexistência da natureza jurídica de princípio, buscando na Teoria Geral do Direito a distinção basilar entre princípios e regras, aduzindo que: sua descrição abstrata não permite uma concretização em princípio gradual, pois a prevalência é a única possibilidade (ou grau) normal de sua aplicação, e todas as outras possibilidades de concretização somente consistiriam em exceções e, não, graus; sua descrição abstrata permite apenas uma medida de concretização, a referida prevalência, em princípio independente das possibilidades fáticas e normativas; 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, sem que diferentes opções de solução e uma máxima realização das normas em conflito (e dos interesses que elas resguardam) sejam ponderadas; uma tensão entre os princípios não se apresenta de modo principal, pois a solução de qualquer colisão se dá mediante regras de prevalência, estabelecidas *a priori* e não *a ex post*, em favor do interesse público, que possui abstrata prioridade e é principalmente independente dos interesses privados correlacionados¹²⁵.

Apontando ser a supremacia do interesse público uma regra abstrata de preferência no caso de colisão, Ávila defende que, em vez de uma relação abstrata de prevalência absoluta, deve ser descrita uma relação concreta de prevalência relativa, cujo conteúdo dependerá das circunstâncias do caso e cujos efeitos só serão desencadeados caso verificadas as condições de prevalência do princípio envolvido¹²⁶. Recorrendo à análise sistemática do Direito, o eminente jurista sustenta que a Constituição institui e protege de tal forma o sistema de garantias fundamentais, centrado na dignidade da pessoa humana, que, caso se tratasse de uma regra abstrata e relativa de prevalência, seria em favor dos direitos privados em vez dos públicos¹²⁷.

Além disso, verifica-se que o interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins, daí deduzindo-se que elementos privados estão incluídos nos próprios fins estatais, sendo inseparáveis, razão pela qual não pode existir contradição entre ambos ou

¹²⁴ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 125-127

¹²⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, set./out./nov., 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 15 de jul. 2023. p. 9-10

¹²⁶ *Ibidem*. p. 10

¹²⁷ *Ibidem*. p. 11

prevalência de um sobre o outro¹²⁸. Outro argumento apontado por Ávila diz respeito à parcial incompatibilidade com postulados normativos extraídos das normas constitucionais, especialmente os da proporcionalidade e da concordância prática, pois enquanto estes postulados direcionariam a interpretação para a máxima realização dos interesses envolvidos, o dito “princípio” da supremacia do interesse público direcionaria a interpretação para a supremacia na relação entre os interesses¹²⁹.

Fábio Medina Osório, por sua vez, entende que, se considerada a Teoria dos Direitos Fundamentais da doutrina alemã de Robert Alexy, a superioridade do interesse público sobre o privado seria, rigorosamente, um princípio, em numerosos casos, mas também poderia ser uma regra constitucional de prevalência automática em tantos outros, sobretudo quando essa norma definisse finalisticamente o interesse público a ser perseguido pelos agentes públicos e não houvesse espaço para alternativas¹³⁰. Desse modo, caracterizaria uma norma constitucional implícita que incide no Direito Administrativo brasileiro, ora como regra, ora como princípio, produzindo importantes consequências normativas na ordem jurídica, não se restringindo a figurar como mera causa sociopolítica de outras normas jurídicas¹³¹.

Fato é que, se as prerrogativas decorrem dessa supremacia e ela ostentasse a natureza de princípio, tais prerrogativas não seriam ponderáveis com o postulado proporcionalidade, a menos que se admitisse a supressão da supremacia e existisse apenas um “princípio do interesse público”. Um princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado superaria a própria dignidade da pessoa humana, assumindo, mais do que esta (ou em lugar desta) o papel de centralidade no ordenamento jurídico. Em conformidade com as conclusões de Gustavo Binbenbojm, isso não seria um princípio jurídico — já que se prestaria a afirmar que o que há de prevalecer sempre prevalecerá — mas sim uma tautologia¹³², ou seja, em termos práticos, um princípio absoluto.

Daí porque se mostra mais adequada aos contornos do ordenamento jurídico brasileiro a percepção de que se trata de uma regra constitucional de prevalência, que estabelece uma relação concreta de preferência relativa, cujo conteúdo dependerá das circunstâncias do caso, a

¹²⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 11, set./out./nov., 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 15 de jul. 2023. p. 13-14

¹²⁹ Ibidem. p. 14-15

¹³⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 220, p. 69-107, abr./jun. 2000. p. 102

¹³¹ Ibidem. p. 105

¹³² BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 102

partir do postulado da proporcionalidade. Entretanto, a questão teórica verdadeira, importante ao Direito Administrativo, não diz respeito à prevalência, e sim ao conteúdo do que deve prevalecer¹³³. Num Estado Democrático de Direito, esse conteúdo é delimitado de forma peculiar, superando as concepções tradicionais de interesse público que se consolidaram ao longo da história.

Assinala José Afonso da Silva que a democracia é um “instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem”¹³⁴, o que é congruente com a origem etimológica dessa expressão, que vem do grego *dēmokratía*, significando a forma de governo em que a soberania é exercida pelo povo¹³⁵. A Constituição de 1988 não deixa dúvidas a esse respeito, prevendo no parágrafo único do Art. 1º que todo o poder emana do povo. É regime, então, que se contrapõe a todas as formas de governo autocrático, caracterizado por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos, como assinala Norberto Bobbio¹³⁶.

Característica marcante desse regime é a sua construção histórica. Isso porque a democracia não é um dado, uma aquisição gratuita oriunda de alguma benesse, que tenha dependido da boa vontade de quem se encontrava no poder em regimes totalitários, e sim um “processo de afirmação do povo e garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história”¹³⁷. Dessa característica decorre o fato de que há entre direitos fundamentais e democracia uma relação de interdependência ou reciprocidade, emergindo o Estado Democrático de Direito da conjugação desses dois elementos, estruturado como conjunto de instituições jurídico-políticas erigidas sob o fundamento e para a finalidade de proteger e promover a dignidade da pessoa humana¹³⁸.

Essa qualidade notória da pessoa humana, que merece uma análise mais aprofundada a ser desenvolvida nos subitens seguintes deste capítulo, influencia diretamente no significado de interesse público na ordem jurídica brasileira, na medida em que suas projeções, que são os direitos fundamentais, como aduz Bobbio, são o pressuposto necessário para o correto

¹³³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 102

¹³⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 125-126

¹³⁵ MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=democracia> Acesso em: 04 jan. 2024.

¹³⁶ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 30

¹³⁷ SILVA, ob. cit., p. 126

¹³⁸ BINENBOJM, ob. cit., p. 50-51

funcionamento dos próprios mecanismos predominantemente procedimentais que caracterizam um regime democrático, assumindo assim não o simples papel de regras do jogo, mas de regras preliminares que permitem o desenrolar do jogo¹³⁹.

A partir dessa compreensão, partindo da premissa de que interesses privados e coletivos coexistem como objeto tutelado pela Constituição, é possível concluir que o interesse público corresponde a uma expressão genérica que contém essas duas modalidades de interesses, do que resulta a impossibilidade de definir uma prevalência teórica e antecipada de uns sobre os outros¹⁴⁰. Ademais, outra dedução é possível: a de que a máxima preservação dos direitos individuais constitui porção do próprio interesse público, já que são metas gerais da sociedade política, juridicamente estabelecidas, a viabilidade do funcionamento da Administração, mediante a instituição de prerrogativas, e a preservação e promoção máximas possíveis de direitos particulares¹⁴¹. Também congruente com esse entendimento é a lição de Marçal Justen Filho:

A desvinculação entre a dimensão individual e o interesse público contém o germe do autoritarismo. É o primeiro passo para o reconhecimento de interesses supraindividuais, de configuração totalitária e cuja lamentável afirmação se verificou nos regimes do nacional-socialismo alemão e do stalinismo.¹⁴²

No Estado Democrático de Direito brasileiro, a relação imbricada entre interesse público e direitos fundamentais resulta num fazer da Administração Pública que não se conforme apenas com o atendimento à lei, mas também à Constituição, extraindo da imperatividade dos princípios constitucionais o sentido da sua máxima concretização possível e, também, a legitimidade para a sua atuação. Desse modo, especialmente considerando os casos concretos em que as prerrogativas da Administração — que decorrem do interesse público — constituem oposição ao sentido concretizador de direitos fundamentais do cidadão, a ponderação se impõe como um dever, a fim de identificar qual a prevalência adequada ao caso. Supera-se, assim, a cômoda e arbitrária posição tradicional de prevalência das prerrogativas a qualquer custo.

Não se está, com isso, firmando a defesa de que os interesses particulares se sobreponham, em qualquer contexto, aos interesses coletivos. A defesa disso seria a decretação da insustentabilidade da existência da sociedade, e há claras situações em que o texto

¹³⁹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 32

¹⁴⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 104-105

¹⁴¹ Ibidem. p. 114

¹⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 64

constitucional exprime a decisão de que os interesses coletivos devem prevalecer sobre direitos fundamentais¹⁴³. O que se almeja, em atenção ao claro protagonismo conferido pela Constituição à proteção da dignidade da pessoa humana, é que o tensionamento entre o interesse público e o interesse privado seja resolvido pelas lentes hermenêuticas adequadas, através da proporcionalidade, e não de um simulacro de solução em que uma pré-determinada supremacia já desponte vencedora por antecipação.

Outra questão de importante compreensão, para os fins deste trabalho, acerca da influência da Constituição de 1988 sobre o Direito Administrativo diz respeito à moralidade administrativa, definida como princípio pelo *caput* do Art. 37 da Carta. De acordo com este princípio, a Administração e seus agentes devem atuar em conformidade com princípios éticos, e violá-los implicaria numa violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que sujeita a conduta viciada à invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica¹⁴⁴. Adverte-se, entretanto, que essa moral não se confunde com a moral comum; corresponde à moral jurídica, extraída do conjunto de regras de conduta que compõem a disciplina interior da Administração Pública¹⁴⁵.

Historicamente, pelo fato de o princípio da moralidade administrativa traduzir uma delimitação genérica e imprecisa em seu significado, houve o seu estreitamento, na análise de situações concretas, à noção de fiel cumprimento das normas jurídicas, o que já é um papel assumido pelo princípio da legalidade. A lição de Maria Sylvia é categórica a esse respeito, ao afirmar que embora não se identifique com a legalidade (porque a lei pode ser imoral e a moral pode ultrapassar o âmbito da lei), a imoralidade administrativa produz efeitos jurídicos, porque resulta na invalidade do ato, que pode ser decretada pela própria Administração ou pelo Judiciário¹⁴⁶.

Para Celso Antônio, os deveres de lealdade e boa-fé contidos no princípio da moralidade administrativa impõem à Administração Pública um agir em relação aos cidadãos com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, dotado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos¹⁴⁷. Ora, se assim o é, a conduta de se valer da presunção de veracidade como

¹⁴³ Os próprios dispositivos constitucionais mencionados por Daniel Wunder Hachem, anteriormente transcritos, servem de exemplo a esse respeito.

¹⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 122

¹⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 94

¹⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 78

¹⁴⁷ MELLO, ob. cit., p. 122-123

argumento processual, em âmbito administrativo ou judicial, para justificar a não exibição dos elementos probatórios que testificam a veracidade do ato e estão à disposição da Administração, é uma escancarada ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

Ao mesmo tempo em que essa conduta se atrela à astúcia, ao ter em vista uma vantagem processual contrária ao que preconiza o poder-dever de autotutela e em detrimento do exercício de garantias processuais fundamentais do cidadão¹⁴⁸, caracteriza um ardil orquestrado com o fim de prevalência de uma suposta verdade que não aceita se submeter ao crivo da contestação, remontando às antigas práticas do Estado de polícia. Além disso, na atualidade, ela caminha na contramão de todo o esforço que tem sido produzido, sob os impulsos do princípio da moralidade administrativa, para constituir uma Administração que preserve a sua integridade pública e enxergue no cidadão um colaborador para o controle da sua atividade.

Essa integridade, que diz respeito à adesão persistente a valores, princípios e normas éticas, é compreendida como vital para a governança pública, salvaguardando o interesse público e reforçando valores fundamentais como o compromisso com uma democracia pluralista baseada no Estado de Direito e no respeito dos direitos humanos¹⁴⁹. É o mesmo sentido da moralidade indicado por Daniel Sarmiento, que não funciona apenas como um limite externo para a interpretação constitucional, para ser mobilizado em casos extremos, mas como um norte importante, que orienta o intérprete a buscar a solução mais justa no âmbito das possibilidades do texto e do sistema normativo¹⁵⁰. Daí o porquê dessa moralidade pública, voltada à conformação das instituições e práticas sociais vigentes em uma comunidade, não se confundir com a moralidade privada, destinada a definir modelos de virtude ou de “vida boa” para as pessoas¹⁵¹.

Desse modo, talvez o maior legado promovido, no Estado brasileiro, pelo processo de democratização do Direito Administrativo, a partir da Constituição de 1988, tenha sido justamente de ampliar as lentes de leitura da atividade administrativa para enxergar, além da conformação com a lei, a aderência de suas práticas às normas constitucionais, percebendo a Constituição como fonte direta da legitimação de seus atos administrativos, e não só como argumento de piso das disposições legais que regulamentam o seu fazer. Um Direito Administrativo Democrático é, antes de um direito submetido à lei, um direito que concretiza

¹⁴⁸ Tema que será tratado adiante ao se analisar a função processual da dignidade da pessoa humana.

¹⁴⁹ OCDE. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Recomendação do Conselho da OCDE sobre Integridade Pública**, 2017. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-brazilian-portuguese.pdf>. Acesso em: nov. 2020. p. 6

¹⁵⁰ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 83

¹⁵¹ *Ibidem*. p. 83-84

fielmente a Constituição, e isso exige uma postura ativa dos agentes públicos que seja capaz de vencer o comodismo arraigado no hábito secular de um agir satisfeito com a simplicidade solucionadora da lei infraconstitucional.

3.2 O princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana, muito antes de se tornar uma norma jurídica principiológica, traduziu a defesa do reconhecimento da individualidade humana como superior a todas as coisas reconhecidamente existentes, permitindo a dissociação do valor humano, que é inestimável, da valoração comum quantificável e atribuível ao que é passível de apropriação. Immanuel Kant immortalizou esse entendimento através da célebre lição, segundo a qual “no reino dos fins tudo tem ou bem um *preço* ou bem uma *dignidade*. O que tem preço, em seu lugar também se pode pôr outra coisa, enquanto *equivalente*; mas o que se eleva acima de todo preço, não permitindo, por conseguinte, qualquer equivalente, tem uma dignidade”¹⁵². Resumia-se, em termos didático-filosóficos, o entendimento de que o ser humano é um fim em si mesmo, possuindo uma qualidade intrínseca que o torna insuscetível de se converter em meio ou instrumento para a realização de interesses econômicos, políticos e ideológicos¹⁵³.

A proposta do jusnaturalismo racionalista do século XVIII, produzida pelo movimento iluminista, ao voltar a sua atenção para a pessoa humana e para o seu potencial racional, já apontava para a existência de direitos naturais ou inatos, titularizados por todo e qualquer indivíduo, a serem obrigatoriamente respeitados até mesmo pelo Estado, sob pena do direito positivo corporificar a injustiça¹⁵⁴. Essa militância constituiu a vanguarda da luta pela consolidação de um aspecto da dignidade da pessoa humana cujos interesses macabros das elites rejeitavam: a igualdade de direitos.

Daniel Sarmento considera que “o discurso iluminista dos *direitos naturais*, anteriores e superiores ao Estado e fundados na razão, tinha grande potencial igualitário, pois tais direitos eram hipoteticamente universais — eram os *direitos do Homem*”¹⁵⁵, ressalvado o caráter sexista dessa última expressão, que foi alvo de justas críticas à época, que visavam à extensão às mulheres dos direitos contidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão,

¹⁵² KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009. p. 265

¹⁵³ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 142

¹⁵⁴ Ibidem. p. 37

¹⁵⁵ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 43

de 1789, como ponderado pelo mencionado jurista¹⁵⁶. Apesar do contexto cultural e da organização social daquele contexto histórico, o pressuposto da igualdade era óbvio se analisada a essência do que se estava proclamando com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana. O próprio Direito se desenvolve porque os homens são desiguais e aspiram à igualdade, inclinando-se para a felicidade e querendo ser cada vez mais eles mesmos, ao mesmo tempo em que almejam a certa tábua igual de valores¹⁵⁷.

É que a dignidade humana não trata de um aspecto particular da existência como o fazem outros direitos humanos, mas sim de uma qualidade inerente a todo ser humano, constituindo um valor que identifica o ser humano como tal¹⁵⁸. E sendo fruto de uma construção histórica marcada pelo dinamismo da evolução social e do progressivo reconhecimento de direitos que integram o conjunto que é essa qualidade humana, “o conceito de dignidade humana é polissêmico e aberto, em permanente processo de desenvolvimento e construção”¹⁵⁹, como assinala André de Carvalho Ramos, que ressalta dois elementos que caracterizam essa dignidade.

O primeiro dos elementos, o negativo, consiste na proibição de se impor tratamento ofensivo, degradante ou ainda discriminação odiosa a um ser humano¹⁶⁰, caracterizando uma obrigação de não fazer, um respeito à integridade física, psíquica, social e moral de um indivíduo. Pelos eventos históricos e formas de governo sucintamente mencionados no capítulo anterior, que podem ser acrescentados pelas práticas horrendas da escravidão e do holocausto, é irrefutável que a existência digna de um ser humano imponha sobre o Estado e sobre outros particulares um dever de abstenção de ações que lesionem ou ameacem lesionar os aspectos da integridade humana descritos.

Não é por outra razão que o nascimento do Estado de Direito, que submeteu o exercício do poder estatal ao império da lei atribuindo limites à ingerência na vida dos cidadãos, deu-se no mesmo período de eclosões revolucionárias em que foi formulada a dignidade da pessoa humana. Ingo Wolfgang Sarlet, ao propor um conceito sobre a dignidade da pessoa humana, também ressalta essa implicação elemental da dignidade humana para o Estado e para a sociedade:

¹⁵⁶ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 43

¹⁵⁷ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 130

¹⁵⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 9 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 87

¹⁵⁹ Ibidem. p. 87

¹⁶⁰ Ibidem. p. 87

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida a cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.¹⁶¹

Pela conceituação acima é possível inferir o segundo elemento integrante dessa qualidade humana, o positivo, que consagra a defesa da existência de condições materiais mínimas de sobrevivência a cada ser humano¹⁶². Proclamar direitos, apesar de ser um marco importante, não basta; é preciso um fazer consumado através de prestações positivas, o que encontra uma série de dificuldades que vão desde a vontade política de implementação do direito, até a inexistência de condições materiais necessárias à satisfação integral de todas as carências dessa natureza. Desde a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos — aprovada pela Resolução 217 A III da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro 1948 — há um documento internacional central com força normativa que reconhece uma série de direitos humanos, que são partes integrantes da dignidade da pessoa humana, e nem por isso a maioria das nações do mundo signatárias da Declaração conseguiram alcançar altos graus de concretização das condições existenciais mínimas lá consignadas.

Mesmo com o processo de constitucionalização dos direitos proclamados na DUDH, atribuindo-lhes a força de direitos fundamentais de hierarquia constitucional, ainda é longo o caminho a ser percorrido por países como o Brasil, signatário da Declaração, quanto à concretização desses direitos que consagram a existência digna. Isso, diga-se, em um ordenamento jurídico firmado na aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, como preconiza o §1º do Art. 5º da Constituição Federal de 1988¹⁶³, apesar de se reconhecer a questão de que determinadas normas constitucionais brasileiras, em virtude da ausência de normatividade suficiente, não estão em condições de gerar, de forma imediata, seus principais efeitos, dependendo do legislador ordinário (as normas de eficácia limitada ou reduzida)¹⁶⁴.

¹⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 70-71

¹⁶² RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 9 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 87

¹⁶³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm Acesso em: 23 jul. 2023.

¹⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13 ed. rev. e atual. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 259

Sob uma nova perspectiva da explicação didática contida nesses dois elementos, ainda nas lições de André de Carvalho Ramos, constata-se que estão embutidos na dignidade humana dois deveres impostos ao Estado com a finalidade de sua proteção, sendo o primeiro deles parte integrante do objeto deste estudo:

O dever de respeito, que consiste na imposição de limites à ação estatal, ou seja, é a dignidade um *limite* para a ação dos poderes públicos. Há também o *dever de garantia*, que consiste no conjunto de ações de promoção da dignidade humana por meio do fornecimento de condições materiais ideais para seu florescimento.¹⁶⁵

O fato é que, apesar dessa qualidade da pessoa humana também constituir uma obrigação de respeito recíproco entre todos os cidadãos (reconhecimento intersubjetivo), que é um dever comunitário — já que “respeitar o outro significa compreendê-lo enquanto coparticipante da vida comunitária”¹⁶⁶ — o principal destinatário condicionado pelo conteúdo da dignidade da pessoa humana é o Estado, já que é o único autorizado a promover o uso da força e a restrição de direitos em prol da estabilidade social e da preservação dos valores e anseio coletivos.

Após essas premissas teóricas, verifica-se que, apesar da dignidade da pessoa humana ser fruto de uma construção cultural fluida e multiforme, que exprime e sintetiza, em cada tempo e espaço, o mosaico dos direitos humanos fundamentais¹⁶⁷, a sua natureza jurídica, no ordenamento brasileiro, é precisa e sólida, sendo a de princípio jurídico constitucional e figurando como fundamento da República (Art. 1º, inciso III da Constituição)¹⁶⁸.

Da sua natureza de norma principiológica decorrem alguns papéis, apontados por Luís Roberto Barroso como sendo o de funcionar como fonte de direitos e de deveres, bem como o papel interpretativo, decorrente do fato dela ser núcleo dos direitos fundamentais, necessariamente informando a interpretação de tais direitos constitucionais, ajudando a definir o seu sentido nos casos concretos, bem como orientando a melhor decisão em situações de lacunas normativas, ambiguidades de sentido, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas¹⁶⁹.

¹⁶⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 9 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 88

¹⁶⁶ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 143

¹⁶⁷ Ibidem. p. 144

¹⁶⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 23 jul. 2023.

¹⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. "Aqui, lá e em todo lugar": A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 50, p. 95-147, out./dez. 2013. p. 117

Uma outra função desse princípio, explicada por Daniel Sarmiento, é a de legitimação do Estado e da ordem jurídica, na medida em que confere a eles fundamento moral ao estabelecer que existem em razão da pessoa humana, e não o contrário, fazendo com que passem a se amparar em duas ideias fundamentais: democracia e respeito aos direitos humanos¹⁷⁰. Desdobra-se dessa lógica um outro papel do princípio da dignidade da pessoa humana, que é o funcionar como parâmetro para controle de atos estatais, sejam eles normativos, administrativos ou jurisdicionais¹⁷¹. E essa funcionalidade reforça a substância do seu conteúdo normativo, já que tal controle dispensa a complementação de direitos fundamentais específicos ou de normas infraconstitucionais, sendo a incompatibilidade com o princípio suficiente ao reconhecimento da invalidade desses atos¹⁷².

Neste contexto, percebe-se que o posicionamento da dignidade da pessoa humana enquanto núcleo axiológico-normativo de todo o ordenamento jurídico traz consequências inafastáveis à atividade estatal, obrigando a um ininterrupto respeito aos elementos que compõem a sua substância, sob pena de se desviar a atividade do Estado da sua razão de ser, que é a proteção da pessoa humana. Por mais que não seja um valor (e princípio) absoluto¹⁷³, essa dignidade pode ser percebida como ramificada e conectada a toda a ordem jurídica e social brasileira, de modo que nada dela se desvincula em absoluto, seja nas relações entre o cidadão e o Estado, seja nas relações entre particulares.

Isso repele a ideia dessa dignidade figurar como um mero recurso retórico ilustrativo, o que infelizmente se deu nas últimas décadas na prática jurídica brasileira, quer pela falta de cuidado decorrente do deslumbre de muitos com a sua proposta, quer pelo pouco aprofundamento sobre o seu estudo, pondo em risco a preciosidade da sua importância. Em matéria de trivialização do uso da dignidade da pessoa humana, se ela é invocada de maneira inflacionada, em hipóteses banais, promove-se a sua desvalorização, uma “fadiga” que resultará, nos casos de lesão grave à dignidade humana, em uma não atribuição de importância ao ato de invocá-la como recurso¹⁷⁴.

Outra questão de relevante observação é o fato de dignidade da pessoa humana não ser um direito fundamental, apesar da sua íntima relação com essa categoria de direitos. Como

¹⁷⁰ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 91

¹⁷¹ *Ibidem*. p. 97

¹⁷² *Ibidem*. p. 97

¹⁷³ Já que existem situações em que ela terá que ceder, ao menos parcialmente, quanto a um ou mais indivíduos, em prol dos interesses coletivos embutidos nas normas jurídicas vigentes. Ver considerações nas obras de Luís Roberto Barroso (p. 115) e Daniel Sarmiento (p. 111) citadas neste subitem do capítulo.

¹⁷⁴ SARMENTO, ob. cit., p. 336-337

conclui Daniel Sarmento, “se ela é o fundamento de todos os direitos materialmente fundamentais, fica contraditório concebê-la também como um direito fundamental autônomo”¹⁷⁵. Além disso, tal hipótese, se precedente fosse, permitiria a ponderação através de sopesamento, no caso de alegada colisão (porque real colisão não existiria), entre direitos fundamentais específicos e a própria dignidade da pessoa humana, parecendo no mínimo contraditório aceitar que haveria sentido na dignidade ceder, em determinado caso, para que uma projeção material sua prevalecesse, na medida em que a concretização dessa projeção é a concretização da própria dignidade.

Chama a atenção, a esse respeito, as considerações de Ingo Sarlet, que ao tempo em que reconhece a natureza jurídica de princípio fundamental da dignidade da pessoa humana pelo seu posicionamento no Art. 1º, inciso III da Constituição, adverte que, não se cuidando, portanto, de autêntico e típico direito fundamental, tal não significa, por outro lado, que desse princípio fundamental não possam ser deduzidas posições jurídico-fundamentais não escritas, inclusive de natureza subjetiva, o que foi expressamente abrangido pelo §2º do Art. 5º da Constituição¹⁷⁶.

Levantadas as premissas teóricas sobre a dignidade da pessoa humana importantes à proposta deste trabalho, constata-se que a compreensão do relacionamento entre esse princípio e os direitos que o materializam é indispensável para os objetivos a que se propõe o estudo, o que será tarefa desempenhada no tópico seguinte.

3.2.1 A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais

Estabelecido o posicionamento da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico pátrio, a suas funções e o seu significado, é importante considerar a peculiar relação que ela possui com os direitos fundamentais, especialmente considerando a opção do poder constituinte originário de proteger com o manto da imutabilidade essa categoria de direitos, definindo-os como integrantes das cláusulas pétreas (Art. 60, §4º inciso IV da Constituição)¹⁷⁷.

O advento da DUDH após a segunda grande guerra mundial trouxe significativas e irreversíveis transformações não só no âmbito das relações internacionais, mas para os

¹⁷⁵ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 102

¹⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. rev. e atual. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 106

¹⁷⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 23 jul. 2023.

ordenamentos jurídicos internos das nações. Essa Declaração, ao enunciar um rol de trinta dispositivos normativos, grande parte deles contendo mais de um direito humano inerente à dignidade proclamada desde o seu preâmbulo, consolidou, enquanto documento matriz, naquele momento histórico, as diretrizes quanto ao mínimo a ser garantido pelas ordens internas, que foi sendo acrescido ao longo dos anos pelos tratados e convenções internacionais promulgados.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 recepcionou, inclusive sob os mesmos termos, esses direitos, não apenas no vasto rol que compõe o Título II, dedicado aos direitos e garantias fundamentais, mas em outros dispositivos do texto constitucional, sendo o critério definidor desse *status* a natureza do conteúdo do direito contido na norma, independentemente da sua localização textual, a exemplo do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no Art. 225, indispensável à existência humana sadia. Além disso, do conceito material de Constituição (e de direitos fundamentais) resulta que existem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo¹⁷⁸.

Esse protagonismo conferido pela Constituição aos direitos fundamentais, que foi inovador para o histórico nacional, decorre tanto do contexto em que se deu a sua promulgação — imediatamente posterior ao regime ditatorial militar mencionado no segundo capítulo deste trabalho — como da decisão de estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, o que certamente foi influenciado pelas circunstâncias históricas descritas e pelo debate democrático promovido na Assembleia Constituinte para a edição dessa Carta Política.

Neste ponto, importam algumas considerações a respeito das terminologias adotadas para a referência a essa categoria especial de direitos. Consolidou-se o entendimento na doutrina de que a expressão “direitos humanos” serve para referenciar os direitos estabelecidos pelo Direito Internacional em tratados e demais normas internacionais sobre o assunto, enquanto a expressão “direitos fundamentais” delimitaria aqueles direitos reconhecidos e positivados pelo Direito Constitucional de um determinado Estado, havendo ainda quem opte, atualmente, por utilizar a expressão “direitos humanos fundamentais” ou “direitos fundamentais do homem”¹⁷⁹.

Essa separação didática ainda viva, fruto de longos debates e evoluções terminológicas que passaram pela concepção jusnaturalista do “direito natural”, tratado anteriormente, e por expressões que melhor identificavam apenas alguns grupos temáticos desses direitos, é diluída se observada a essência do que se propõe proteger com a sua inserção em normas jurídicas,

¹⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. rev. e atual. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 80

¹⁷⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 9 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 58-59

sendo uma análise comparativa entre a Constituição vigente, a DUDH e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) suficiente à percepção da ausência de diferenças a esse respeito.

O que muda, quanto à localização documental das normas contendo esses direitos, são as consequências práticas, para pessoa humana, de acionar a exigibilidade da sua observância, pois, ainda que o caráter da universalidade dos direitos humanos — firmado na comunidade internacional originalmente pela DUDH — resulte na sua exigência independentemente do que conste expressamente protegido pelo domínio reservado a um determinado Estado em razão de sua soberania, a ausência de um aparato estatal interno disponível à proteção daquele direito implicará na busca subsidiária, não fácil, da jurisdição dos Tribunais internacionais de proteção aos direitos humanos.

No caso do ordenamento brasileiro, felizmente, o constituinte foi sábio ao enxergar que, pelo fato desses direitos acompanharem a evolução social, futuros tratados promoveriam tanto novos reconhecimentos de direitos quanto a reconfiguração dos já declarados (maximizando o seu sentido normativo ou estabelecendo outras garantias ao seu cumprimento), razão pela qual foi inserida a solução do §3º do Art. 5º da Constituição, permitindo a recepção, na ordem jurídica interna, desses direitos com a hierarquia de norma constitucional, desde que aprovados em cada Casa do Congresso Nacional com o mesmo quórum atribuído às emendas constitucionais¹⁸⁰. O que não impede, obviamente, que sejam feitos novos reconhecimentos de direitos fundamentais pela ordem interna, independentemente da sua inexistência em documentos internacionais.

É que os direitos fundamentais são dotados da mesma característica evolutiva e progressiva que possui a dignidade da pessoa humana, a qual funciona, em relação a eles, como fonte de sustentação indissociável, o seu fundamento. Ingo Sarlet, ao tecer considerações sobre a existência de um sistema de direitos fundamentais, ressalta que ele necessariamente será, “não propriamente um sistema lógico-dedutivo (autônomo e autossuficiente), mas, sim, um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante”¹⁸¹. Se afirma o ditado popular que “quem sai aos seus não degenera” — significando que guardar congruência com a boa essência transmitida pela sua origem costuma trazer bons resultados — o mesmo ocorre na

¹⁸⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 23 jul. 2023.

¹⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13 ed. rev. e atual. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 73

relação entre a dignidade da pessoa humana e as suas projeções, que são os direitos fundamentais.

Uma característica singular dos direitos fundamentais, decorrente principalmente do princípio da dignidade da pessoa humana, é a vedação do retrocesso, denominada pela doutrina estrangeira de efeito *cliquet*, da qual deflui a afirmação de que as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser elididas pela supressão de normas jurídicas progressistas¹⁸². Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos são elucidativos na explicação proposta a esse respeito:

A vedação *do retrocesso*, por fim, é uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais. Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais (isto é: freqüentemente, os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio da legislação ordinária) e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais. Partindo desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar. Não se trata, é bom observar, da substituição de uma forma de atingir o fim constitucional por outra, que se entenda mais apropriada. A questão que se põe é a da revogação pura e simples da norma infraconstitucional, pela qual o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente.¹⁸³

Se os direitos fundamentais são projeções da dignidade da pessoa humana, extraindo dela o seu fundamento, admitir tal retrocesso resultaria na aceitação da diminuição dessa dignidade e, simultaneamente, na atenuação do principal fundamento da República Federativa do Brasil. Daí se extrai a conclusão de que, no contexto brasileiro, o princípio da vedação do retrocesso é um mecanismo de preservação da própria razão de ser do Estado, do seu pilar central de sustentação.

Como elucidada a doutrina pátria, a negativa de reconhecimento à ideia de vedação do retrocesso significaria aceitar, em última instância, que órgãos estatais, a respeito de estarem subordinados aos direitos fundamentais que integram a dignidade da pessoa humana, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões, motivados por casuísmos políticos, mesmo em

¹⁸² SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 158

¹⁸³ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf Acesso em: 30 dez. 2023. p. 59

situações de claro desrespeito ao conteúdo da Constituição brasileira e à vontade expressa pelo Legislativo Constituinte originário¹⁸⁴.

Além desse sentido negativo (de não retroagir), a vedação do retrocesso ainda impõe um dever positivo ao Estado, conferindo aos agentes públicos a obrigação de catalisar o progresso social, por meio de medidas concretizadoras nos planos legislativo, administrativo e jurisdicional, proibindo-se, assim, as omissões estatais que ocasionem retrocesso social¹⁸⁵. Contextos há, como será analisado mais adiante, em que a própria postura cômoda da Administração Pública de invocar prerrogativas na tentativa de proteção da validade de seus atos, mesmo quando em situação de clara e recorrente ofensa a direitos fundamentais abrangendo toda uma coletividade, constitui uma ofensa a esse dever, já que ela se omite do seu papel de adotar medidas que promovam a reformulação de suas práticas para salvaguardar tais direitos, incorrendo, por se situar em zona ilegal de conforto, em retrocesso social.

Por serem projeção da mesma qualidade humana, os direitos fundamentais exigem, em algumas situações concretas, exercícios hermenêuticos apurados, que não abrangem apenas as situações de colisão, em que haveria oposição normativa — as quais seriam objeto da ponderação com a técnica do sopesamento para encontrar a melhor solução possível para o caso — mas dizem respeito ao que a doutrina costuma designar por situações de concorrência. Nestas circunstâncias, as normas não são antagônicas no caso concreto, mas convergentes, por vezes se reforçando mutuamente, havendo tanto contextos em que não há necessidade de decidir qual delas incidirá quanto aqueles em que existem diferenças entre os respectivos contornos normativos, demandando uma decisão sobre qual dos direitos será aplicado¹⁸⁶.

Para as que demandam tal decisão, quando as normas possuem uma relação de especialidade, a própria especialidade costuma solucionar a questão, elegendo-se a norma que de maneira mais singular trate do caso concreto; do contrário, inexistindo relação de especialidade, dois são os critérios que podem ser utilizados, sendo eles o da preferência da norma mais protetiva para o titular do direito fundamental, e o da aplicação do direito que mais tenha pertinência em relação ao caso, consideradas todas as suas especificidades¹⁸⁷.

É o que ocorre, por exemplo, quando a Administração Pública exerce o seu poder de polícia lavrando um auto de infração e impondo ao cidadão uma multa, ato que ostenta a

¹⁸⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 159

¹⁸⁵ Ibidem. p. 160

¹⁸⁶ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 339

¹⁸⁷ Ibidem. p. 339

presunção de veracidade, e quando contestado o ato, não é oportunizado o acesso aos elementos que sustentem a veracidade (fotografia, laudos, relatórios de inspeção, etc). Nessas hipóteses, tanto o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa (Art. 5º, inciso LV) quanto o direito ao acesso à informação (Art. 5º, incisos XIV e XXXIII), ambos expressamente protegidos pela Constituição, são ofendidos, possuindo uma relação de reforço mútuo no caso concreto.

Neste exemplo, considerando que a ação de contestar o ato administrativo pressupõe um processo administrativo ou judicial, o direito ao contraditório e à ampla defesa seria o escolhido pelo critério da especialidade. Contudo, tratando-se de medidas preparatórias para a contestação do ato, pré-processuais, por mais que a finalidade última do pedido de acesso à informação fosse a verificação das circunstâncias necessárias ao exercício do contraditório e da ampla defesa (o motivo do pedido), o direito fundamental ao acesso à informação seria o eleito pelo critério da especialidade, devendo-se considerar, inclusive, que não seria exigível a motivação dessa solicitação, por força do disposto no Art. 10, §3º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação)¹⁸⁸. São aspectos que guardam relação direta com uma das condições da presunção de veracidade dos atos administrativos, a ser analisada no último capítulo.

Pelas análises feitas sobre a relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, trazendo o suporte teórico entre a fonte e suas projeções, importa à proposta deste trabalho tratar da função específica desempenhada pela dignidade da pessoa humana no âmbito processual, pois nela dois direitos gêmeos bivitelinos e um terceiro irmão assumem o protagonismo da materialização desse princípio, constituindo uma condição à presunção de veracidade dos atos administrativos.

3.2.2 A função processual da Dignidade da Pessoa Humana

Por emanarem da mesma matriz, que é o princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais poderiam ser considerados irmãos da mesma família, contribuindo para o esforço comum de garantir à pessoa a sua existência digna, pondo-a a salvo de ingerências indevidas sobre a sua liberdade e de lesões a direitos essenciais seus, como já explicado

¹⁸⁸ BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm Acesso em: 31 dez. 2023.

anteriormente. Entretanto, a relação que o direito ao contraditório e o direito à ampla defesa possuem é tão íntima que associá-la à gemelaridade não seria nenhum exagero, ainda que consideradas as diferentes feições de cada um deles, sendo ambos indispensáveis à concretização de um terceiro direito irmão, o devido processo legal. A explicação requer a compreensão da função processual desempenhada pelo princípio raiz.

O Art. 5º, inciso LIV da Constituição é preciso ao consagrar um direito muito caro à pessoa humana, especialmente considerando as praticadas deflagradas por regimes ditatoriais do passado. Em seu texto, consigna-se que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”¹⁸⁹, sendo uma máxima aplicável aos processos de qualquer natureza, inclusive aos administrativos. Aqui, é preciso considerar que o vocábulo “processo” deve alcançar semanticamente os processos negocial, administrativo ou legislativo, já que a exteriorização de qualquer direito exige um procedimento adequado e legítimo, dissolvendo, assim, as supostas fronteiras entre o direito substancial e direito processual¹⁹⁰.

A positivação desse direito fundamental, que ostenta o *status* de princípio constitucional, não foi nenhuma novidade do ponto de vista histórico da humanidade. Desde a aclamada Magna Carta de 1215, outorgada sob pressão pelo Rei João Sem Terra na Inglaterra, a referência normativa expressa ao devido processo legal existiu, exprimindo o mesmo sentido através dos termos “ninguém poderá ser preso, ou detido ou despojado de seus bens, costumes e liberdade, senão em virtude de julgamento de seus pares, segundo as leis do país” (Art. 48)¹⁹¹.

A relação entre o sentido ético-jurídico da dignidade da pessoa humana e o devido processo legal já foi suscitada em capítulo anterior, através da rápida menção à lição de Ricardo Maurício Freire Soares, reiterada em outra obra, segundo a qual o *due process of law* consiste numa projeção principiológica da cláusula mais genérica dessa dignidade, operando efeitos práticos em situações concretas¹⁹². Nesse sentido, pode-se concluir que:

A principiologia constitucional exerce influência no campo processual, de molde a tornar o processo um fenômeno confiável, efetivo, seguro, célere, parcimonioso, equitativo, visto que o processo deve estar pautado pelos princípios constitucionais processuais, bem como pelas garantias constitucionais asseguradas ao cidadão,

¹⁸⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 23 jul. 2023.

¹⁹⁰ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Teoria Geral do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 307

¹⁹¹ CARDOSO, Antônio Manoel Bandeira. A Magna Carta: conceituação e antecedentes. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 23, n. 91, p. 135-140, jul./set. 1986. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182020/000113791.pdf> Acesso em: 31 dez. 2023. p. 140

¹⁹² SOARES, ob. cit., p. 287

tendentes a materializar o valor da dignidade da pessoa humana e, portanto, o direito justo.¹⁹³

Ao obrigar a autoridade presidente do processo, no caso concreto, a observar os princípios processuais na condução do instrumento estatal oferecido aos jurisdicionados para a tutela de seus direitos materiais, o devido processo legal se torna indissociável da ideia de um processo justo, que permite a ampla participação das partes e a efetiva proteção de seus direitos¹⁹⁴. Assume, assim, o papel de diretriz representante fiel da dignidade da pessoa humana no âmbito de qualquer processo tutelado ou regulado pelo Estado, permitindo que o direito processual seja um meio harmonizado com a Constituição para a consecução do fim último de promover a estabilidade social e a concretização de interesses legítimos dos cidadãos.

Num efeito confluyente com a projeção advinda da dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, pela sua natureza de supraprincípio processual (um princípio-base)¹⁹⁵ e por carecer de elementos objetivos para a sua concretização, também projeta garantias processuais formais, na condição de subprincípios, destacando a doutrina algumas delas, dentre as quais são identificados o contraditório e a ampla defesa¹⁹⁶. Por opção do poder constituinte originário, essas duas garantias constitucionais constam escritas conjuntamente num único dispositivo constitucional (Art. 5º, inciso LV), e isso não se dá em vão.

Explica Helena de Toledo Coelho Gonçalves que ambas (contraditório e ampla defesa) se equivalem, pois a ampla defesa implica o contraditório e este pressupõe o direito de alguém se defender contra acusações, as quais devem ser provadas¹⁹⁷. Entretanto, enquanto no contraditório prevalecem os aspectos jurídico-formais manifestos na processualística, na ampla defesa prevalecem os aspectos jurídico-materiais, consubstanciados nos valores éticos e morais respectivamente consagrados, já que essa última caracteriza uma valoração individual que leva o titular a procurar os meios de fazê-la valer, o que exige o exercício dos atos jurídicos característicos do contraditório¹⁹⁸.

Pelas lições de Daniel Neves, o princípio do contraditório é formado por dois elementos, que são a informação e a possibilidade de reação¹⁹⁹. A informação exigida por esse princípio está associada à necessidade de a parte ter conhecimento do que está ocorrendo no processo

¹⁹³ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Teoria Geral do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 308

¹⁹⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 78

¹⁹⁵ Ibidem. p. 77

¹⁹⁶ SOARES, ob. cit., p. 288

¹⁹⁷ GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. **Contraditório e Ampla Defesa**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 43

¹⁹⁸ Ibidem. p. 44

¹⁹⁹ NEVES, ob. cit., p. 79

para que possa adotar uma posição — positiva ou negativa — a esse respeito, ferindo tal princípio qualquer previsão legal que exija um comportamento da parte sem instrumentalizar formas para que tome conhecimento da situação processual²⁰⁰. Sobre a possibilidade de reação, ela dependerá da opção da parte de reagir ou se omitir, estando garantido o contraditório, quanto aos direitos disponíveis, ainda que a parte opte pela não reação, e quanto aos direitos indisponíveis, caso a parte opte por não reagir, estará respeitado o princípio com a criação de uma ficção jurídica de que houve a reação, já que ela, neste último caso, é indispensável²⁰¹.

Para além desses elementos, verifica-se que o contraditório não é simples requisito formal de validação dos pronunciamentos decisórios, assumindo, por força dos princípios constitucionais, uma dimensão de efetiva participação processual, mediante as garantias de influência e não surpresa²⁰². Por essa razão, à parte integrante do processo deve ser assegurado que seus argumentos sejam efetivamente considerados pela autoridade julgadora e que a fundamentação das decisões não contenha argumentos estranhos à interação havida entre os sujeitos processuais²⁰³.

Neste ponto, é importante retomar a análise, apenas anunciada no segundo capítulo, de um primeiro problema que diz respeito à consequência processual da presunção de veracidade dos atos administrativos, nas hipóteses em que não há a apresentação, pela Administração Pública, de elementos probatórios que sustentem a veracidade do ato. Como dito, trata-se de situação que impõe a denominada prova negativa ao cidadão na relação processual já que o ato administrativo goza de fé pública, ostentando a ficção jurídica do manto da verdade.

Ao analisar os efeitos da presunção de veracidade, Maria Sylvia afirma que essa prerrogativa inverte o ônus da prova, sendo um erro afirmar que tal inversão decorreria da presunção de legitimidade, já que, quando se trata de confronto entre o ato e a lei, não há matéria de fato a ser produzida²⁰⁴. No processo civil, o §1º do Art. 373 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil - CPC) traz uma via de solução para essa hipótese, prevendo a autorização para que o juiz atribua o ônus da prova de modo diverso do disposto no *caput*

²⁰⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 79

²⁰¹ *Ibidem*. p. 80

²⁰² PINHEIRO, Guilherme César. Fundamentos teóricos e aspectos técnicos do direito à ampla defesa. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 59, n. 233, p. 99-115, jan./mar. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/59/233/ri/v59_n233_p99.pdf Acesso em: 01 jan. 2024. p. 104

²⁰³ *Ibidem*. p. 104

²⁰⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 199

desse artigo²⁰⁵, que no caso do cidadão (autor) contestante do ato administrativo se referiria à mencionada prova negativa.

A solução analisada diz respeito à modalidade de *inversão judicial* do ônus da prova, que diferentemente da *inversão legal* (que opera por definição específica da lei e dispensa análise de circunstâncias para tal) e da *inversão convencional* (que decorre de acordo de vontades das partes nos limites da lei), depende do exercício hermenêutico do juiz, que deverá analisar o caso concreto para identificar o preenchimento dos requisitos legais²⁰⁶. O problema é que o inciso IV do Art. 374 consigna que não dependem de prova os fatos “em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”, firmando aí um pilar processual de reforço à prerrogativa sob análise.

A questão é que o CPC vigente foi editado em 2015 já sob os influxos de uma cultura jurídica ambientada na Constituição Cidadã²⁰⁷, mais consciente sobre o papel e as consequências dos princípios constitucionais no ordenamento jurídico, inclusive no que diz respeito à função do processo enquanto instrumento concretizador do direito material e dos valores abrigados na Constituição. Não é por outra razão que em seu Art. 1º já se anuncia que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição, no que é complementado pelo Art. 8º, com a definição de que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”²⁰⁸.

É que a dignidade da pessoa humana é o que dita o sentido do processo civil. Conforme lição de Marinoni, Mitidiero e Arenhart ao comentar o papel desse princípio matriz no atual sistema processualista civil:

[...] a dignidade da pessoa humana determina a compreensão do processo civil como um meio para tutela dos direitos. Vale dizer: o processo civil não pode ser visto como um instrumento a serviço do Estado, como um instrumento que não se encontre orientado à realização dos fins da pessoa humana. Em outras palavras, o processo civil serve para realização dos direitos e para orientação das pessoas a respeito do significado do direito.²⁰⁹

²⁰⁵ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Acesso em: 02 jan. 2024.

²⁰⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 481

²⁰⁷ Apelido atribuído à Carta pelo Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães.

²⁰⁸ BRASIL, ob. cit.

²⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 25.

Se o processo deve ser orientado à tutela de direitos e o cidadão busca o Judiciário para contestar um ato administrativo restritivo ou ofensivo a direitos seus, o mínimo que se espera é que, nesse rito concretizador, as garantias decorrentes do princípio do devido processo legal, que são o contraditório e a ampla defesa, de fato existam e não constituam mera formalidade destituída de efeito prático. Como prevê o Art. 7º do CPC, deve ser assegurado às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais (o que tem sido chamado de princípio da paridade de armas), competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Essa isonomia de tratamento processual, que visa ao equilíbrio, ao se deparar com a situação de contestação judicial de atos administrativos — em ação ajuizada contra a pessoa jurídica de direito público da qual faz parte a autoridade praticante do ato — exige que Administração Pública traga aos autos, voluntariamente ou por força da inversão judicial do ônus da prova, os elementos probatórios que sustentam a verdade presumida. Desse modo, o poder do juiz de atribuição da prova de modo diverso, previsto do §1º do Art. 373 do CPC, pela força imprimida pelas mencionadas garantias processuais inerentes à dignidade da pessoa humana, caracterizará um dever nesses casos.

A imposição de uma prova negativa ao cidadão, seguindo a regra básica do inciso I do Art. 373, e o disposto no inciso IV do Art. 374, ambos do CPC, promove uma verdadeira blindagem à contestação dos atos administrativos, na maioria dos casos inviabilizando o exercício efetivo do contraditório e da ampla defesa, na medida em que ele sequer poderá ter acesso ao que dispõe a Administração Pública de elementos inerentes à verdade do ato para poder decidir como reagir a esse respeito.

Por mais que se conheça a defesa, na doutrina processualista, de que apenas as situações de fatos negativos indeterminados (fatos absolutamente negativos) seriam marcadas pela impossibilidade de produção da prova, e que quanto a fatos negativos determinados tal produção não seria difícil — bastando a prova de um fato positivo determinado incompatível logicamente com o fato negativo²¹⁰ — essa ideia não se sustenta minimamente diante de muitas situações que envolvem a prática de atos administrativos sancionadores, bastando o exemplo do auto de infração pelo estacionamento de veículo automotor em local irregular, desacompanhado de imagem probatória da infração, para fazer frente a tal afirmativa.

Se cidadão houver estacionado regularmente, dentro dos limites da faixa de estacionamento pintada no chão, e for lavrado indevidamente o auto atestando o estacionamento

²¹⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 481

irregular, onde haveria a facilidade para a defesa com o recebimento da notificação desse auto duas ou mais semanas após o fato? Exceto na hipótese de existirem câmeras no local, das imagens ainda estarem disponíveis em armazenamento e de também serem fornecidas sem obstáculos (o que não costuma ser fácil), a prova é impossível ou de extrema dificuldade. Será a palavra do agente de trânsito, dotada de fé pública, contra a palavra do cidadão condutor do veículo.

Daí o porquê da lição de Lúcia Valle Figueiredo ser preciosa, firmando categoricamente a necessidade da inversão do ônus da prova nesses contextos:

De outra parte, se a regra de que a prova é de quem alega não fosse invertida, teríamos, muitas vezes, a determinação feita ao administrado de prova impossível, por exemplo, da inocorrência da situação de fato. A prerrogativa de tal importância — presunção de legalidade — deve necessariamente corresponder, se houver confronto, a inversão do *onus probandi*. Isso, é claro, em princípio. Trazemos agora a contexto a aplicação de sanções. Muita vez torna-se difícil — ou quase impossível — provar que o sancionado não incorreu nos pressupostos da sanção (a prova seria negativa). Caberá, destarte, à Administração provar cabalmente os fatos que a teriam conduzido à sanção, até mesmo porque, em face da atuação sancionatória, vige, em sua plenitude, o inciso LIV, art. 5º do texto constitucional.²¹¹

Nesses contextos analisados, o que melhor se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana a esse respeito, em matéria processual, é a conclusão de Ney José de Freitas, segundo a qual “a impugnação pulveriza e elimina a presunção de validade, e daí em diante a questão será resolvida no sítio da teoria geral da prova”²¹². Se considerado o espaço jurídico da lide enquanto campo restritivo dos efeitos dessa elisão da presunção de veracidade até final decisão, de fato, é o que precisa existir para que o processo não se converta em instrumento da convalidação de injustiças com um contraditório meramente formal e uma ampla defesa mutilada pela proteção das prerrogativas da Administração Pública, do que constituirá exceção as situações em que ficar demonstrado no processo que o cidadão tinha condições de produzir a prova negativa sem dificuldade, como será demonstrado no capítulo final.

Por essa razão, não se entende razoável concluir que a presunção de veracidade é de aplicação absolutamente incompatível em âmbito processual, pois, pelo crivo da proporcionalidade (a ser trabalhado adiante), ela pode vir a prevalecer, se ficar demonstrado no processo que o cidadão teria condições de fazer prova negativa do fato sem dificuldade. Por exemplo, cita-se a hipótese de o cidadão negar a existência do fato que teria motivado a

²¹¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 172

²¹² FREITAS apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 423

lavratura de um auto de infração informando no processo que não estava no local da suposta infração de trânsito na data indicada no auto (mês imediatamente anterior), pois se encontrava viajando, em outro estado, a trabalho pela empresa da qual é empregado, com aquele mesmo veículo automotor (seu único). Nessa hipótese, os colegas de trabalho, os registros da viagem na empresa empregadora, a ficha de entrada, saída e estacionamento em hotel em que constem a placa do veículo, as faturas de consumo e transações de pagamento em estabelecimentos comerciais ou postos de combustível, dentre outros, afastariam a dificuldade de produção da prova negativa. Contudo, reconhece-se, como já explicado anteriormente, que essa é uma excepcionalidade, sendo a regra a dificuldade ou impossibilidade de prova do fato negativo.

Apesar dos argumentos analisados terem guardado referência direta ao processo civil e seus dispositivos normativos, o mesmo raciocínio pode ser aplicado, sem embargos, ao processo administrativo, considerando a disposição literal do Art. 5º, inciso LV da Constituição. Há muito Adolf Merkl já sinalizava que, apesar da explicação histórica da limitação do conceito de processo à Justiça — porque dentro desta função estatal se acham as raízes do processo e dentro desta ele foi elaborado tecnicamente — do ponto de vista jurídico-teórico não é sustentável essa redução, porque o processo, por sua própria natureza, pode ocorrer em todas as funções estatais, possibilidade que vai se atualizando cada vez mais²¹³.

A percepção de que o processo administrativo também é espaço onde as garantias processuais do cidadão devem ser preservadas diante da aplicação da presunção de veracidade dos atos administrativos não constitui nenhuma novidade na doutrina brasileira. Demian Guedes já assinalava, com singular propriedade, que o processo administrativo — dada a sua relevância histórica e seu estatuto constitucional — não pode ser transfigurado por uma irracional distribuição do ônus da prova, que termina por transformá-lo em um instrumento de autolegitimação das alegações estatais²¹⁴.

É importante considerar que o processo administrativo costuma ser o instrumento procedimental para a formulação dos atos administrativos. Como explica Celso Antônio, o ato administrativo não surge do nada e não é aleatório, fortuito, de modo que para que se produza uma decisão final, cumpre que a Administração haja sido provocada por alguém ou, então, se está a atuar de ofício, que haja ocorrido algum evento justificador de sua atuação, e a verificação desse evento, com a avaliação de suas nuances e, quando pertinente, manifestação das partes

²¹³ MERKL apud MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. 3 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 286

²¹⁴ GUEDES, Demian. **Processo administrativo e democracia: uma reavaliação da presunção de veracidade**. Orientador: Leonardo Greco. 2007. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2007. p. 126

interessadas e adoção das diligências necessárias, comporá o *iter* de formulação do ato administrativo²¹⁵.

Se assim o é, conveniência maior não há do que viabilizar ao cidadão um contraditório efetivo e a sua ampla defesa no âmbito de um processo de igual natureza, na esfera administrativa, em que a Administração Pública assuma o dever de promover a exibição de todos os elementos probatórios que possui com nível de acesso público, que possam sustentar a veracidade do ato, apesar de inexistir norma que preveja especificamente tal ônus da prova no âmbito administrativo. Estaria, a um só tempo, permitindo o controle social da atividade administrativa, promovendo a colaboração de terceiros na consecução do dever de rever os atos identificados como inválidos²¹⁶ e protegendo as garantias fundamentais do cidadão no domínio processual, ao lhes conferir efetividade.

Em conclusão semelhante sobre a presença do cidadão no circuito formativo da decisão administrativa, Celso Antônio aduz que com isto também se enseja maior descortino para as atuações da Administração, pois esta agirá informada, também, pela perspectiva exibida pelo interessado, o qual pode acender luzes prestantes para a avaliação mais completa do assunto que esteja em causa²¹⁷.

Na arquitetura do ordenamento jurídico brasileiro, apesar da opção pelo regime de jurisdição única calçada no Judiciário, verifica-se que o processo administrativo desempenha papel crucial na concretização de direitos, inclusive os de natureza fundamental. Essa compreensão é congruente com o que dispõe a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. O *caput* do seu Art. 2º prevê expressamente o contraditório enquanto princípio a ser observado pela Administração, e o inciso I do parágrafo único desse mesmo dispositivo consolida que serão observados, entre outros, os critérios de atuação conforme a lei e o Direito. Ora, não existe atuação em conformidade com o Direito, sob a vigência da Constituição Federal de 1988, que desconsidere a concretização dos princípios constitucionais e sobretudo dos direitos fundamentais.

Como assevera Canotilho, do princípio do Estado de Direito pode ser deduzida, sem dúvida, a exigência de um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização

²¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 499

²¹⁶ Em razão de seu poder-dever de autotutela, a Administração Pública deve zelar pela legalidade dos próprios atos, promovendo a anulação daqueles editados em desconformidade com a lei. As Súmulas nº 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal consagram esse entendimento.

²¹⁷ MELLO, ob. cit., p. 505

do direito; a exigência de um procedimento juridicamente adequado para o desenvolvimento da atividade administrativa considera-se como dimensão insubstituível da administração do Estado de Direito Democrático²¹⁸. Por essa razão, desempenhando o princípio da dignidade da pessoa humana uma função processual de defesa do cidadão, e exigindo, ao mesmo tempo, a efetividade da proteção de garantias como o contraditório e a ampla defesa, bem como a condução procedimental almejando o direito justo, é de se reconhecer que, no processo administrativo, também é aplicável o dito deslocamento do ônus da prova, estando obrigada a Administração a apresentar ao cidadão os elementos probatórios que sustentam a veracidade do ato administrativo.

4 INTERESSE PÚBLICO VERSUS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A análise desenvolvida nos capítulos anteriores, trabalhando os contornos e consequências que envolvem o interesse público e os direitos fundamentais, dá conta de anunciar uma emergente questão: a do “conflito” entre interesses da coletividade e os interesses individuais e particulares. Como dito, na configuração disposta do ordenamento jurídico brasileiro, não se verifica espaço para a compatibilidade da existência de um princípio da supremacia do interesse público. Disso, entretanto, não se pode concluir que o interesse público não venha a prevalecer sobre o privado em inúmeras situações, algumas delas, inclusive, constitucionalmente estabelecidas de forma expressa, como foi explicado.

O que exige a atenção, neste ponto, é se de fato há um conflito entre interesse público e interesses particulares, ou, de forma mais específica, no que interessa a este trabalho, se há conflito entre interesse público e direitos fundamentais, e, caso existente, qual seria a forma de solucioná-lo. Este capítulo é dedicado à compreensão sobre a existência ou não desse conflito, as suas implicações e formas de solução.

4.1 O conflito aparente

A verificação da real existência de um conflito entre o interesse público e direitos fundamentais exige uma dupla tarefa: a análise do significado de interesse público e suas formas de manifestação, e a análise de situações concretas que exemplifiquem o que está em jogo nos lados opostos da lide. O significado de interesse público já foi trabalhado em capítulos anteriores, tendo se afirmado que nele estava integrada a satisfação de direitos fundamentais,

²¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 274-275

correspondendo ao que Luís Roberto Barroso definiu como interesse público primário, qual seja, “a melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover”²¹⁹, citando-se aqui outra fonte em que o jurista expressa o mesmo entendimento, agora imbuído do viés da ponderação.

O definido pelo mencionado doutrinador como sendo uma segunda dimensão do interesse público (interesse público secundário), na verdade, é o interesse do Estado enquanto máquina pública, o qual, como foi sustentado, não corresponde ao interesse público, apesar de existir e ter a sua função, considerando a natureza de pessoas jurídicas que ostentam as suas instituições. A questão que interessa a este trabalho, então, repousa sobre o que Barroso indica corresponder ao interesse público primário, ou seja, ao interesse público propriamente dito, para o que o insigne jurista aponta o caminho da ponderação como solução às situações em que entrar em rota de colisão com interesses particulares.

O fato que é o interesse público assume formas de manifestação bem peculiares, como a verificada no Art. 93, inciso IX da Constituição, que prevê a possibilidade da lei criar exceção à regra dos julgamentos do Judiciário serem públicos, mediante a limitação da presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação²²⁰. Trata-se de singular situação em que o interesse público, consubstanciado no acesso da coletividade à informação, é constitucionalmente definido como fundamento de prevalência sobre o direito fundamental à intimidade do cidadão que é parte no processo judicial.

O caso é de solução relativamente fácil, pois a própria Constituição, de forma expressa e específica, estabeleceu as condições solucionadoras do conflito no dispositivo mencionado. Não fosse pela liberdade de regulamentação concedida ao Legislativo, a dificuldade surgiria quando fosse confrontado o mencionado dispositivo com o que dispõe o inciso LX do Art. 5º a própria Carta, segundo o qual a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem²²¹.

²¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Prefácio à obra *Interesses Públicos versus Interesses Privados*. In: SARMENTO, Daniel (org). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. XII-XIV.

²²⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 23 jul. 2023.

²²¹ *Ibidem*.

Apesar da expressão “interesse social” contida na norma não corresponder literalmente a interesse público, o significado aferível é o mesmo. Há, pois, duas normas constitucionais incidentes sobre a mesma situação em abstrato — a publicidade dos julgamentos em processo judicial — que definem o interesse público como fundamento tanto para a restrição da publicidade, quanto para a prevalência da publicidade sobre a intimidade da parte processual. Desse problema se pode extrair que só será possível definir efetivamente o que corresponde ao interesse público a partir da ponderação, exercício este que, no exemplo sob análise, foi legado ao Legislativo, para que regulamentasse a matéria. Como propõe Binjenbojm, é o postulado da proporcionalidade que, na verdade, explica como se define o que é interesse público, em cada caso²²².

Isso fica claro quando são analisados os precedentes judiciais brasileiros envolvendo a utilização do interesse público tanto para motivar decisões de respeito à publicidade dos autos processuais quanto para fundamentar a imposição de sigilo. No exemplo abaixo, que diz respeito à análise de situação concreta que demonstra o que está em jogo nos lados opostos da lide, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça apreciava um recurso com pedido do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul para que a sessão do tribunal do júri não fosse realizada de portas fechadas — em caso envolvendo homicídio qualificado, estupro de vulnerável e ocultação de cadáver — e o interesse público serviu de justificativa para embasar a decisão de imposição do segredo de justiça, restringindo o acesso à sessão do tribunal do júri, como se pode inferir da ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO, ESTUPRO DE VULNERÁVEL E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. PLEITO PARA QUE A SESSÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI NÃO SEJA REALIZADA DE PORTAS FECHADAS. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. PASSÍVEL DE LIMITAÇÕES OU RESTRIÇÕES PARA GARANTIR A INTIMIDADE, O INTERESSE PÚBLICO OU A INTEGRIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Conquanto o princípio constitucional da publicidade dos atos processuais seja a regra, esse é passível de sofrer restrições para, tal qual no caso concreto, preservar o interesse público ou a integridade e intimidade das partes.

2. O segredo de justiça previsto no art. 234-B do Código Penal deve se dar integralmente, se estendendo ao processo como um todo, não prevendo distinção entre Réu e Vítima.

3. Agravo regimental desprovido.²²³

²²² BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 102

²²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.676.136/RS (2020/0058487-0)**. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Penal. Homicídio

Pela fundamentação do voto, aprovado por unanimidade, apesar da ausência de argumentos que permitissem aferir com maiores detalhes os critérios específicos adotados pela Corte para a ponderação entre os interesses colidentes, verifica-se que o juízo de primeiro grau fundamentou a decisão na necessidade processual de que fosse tomado o depoimento de menor de idade e da inexorável referência à vítima fatal — também menor impúbere — e aos abusos que ambas sofreram por parte do acusado²²⁴. Assim, constata-se que o interesse público, neste exemplo, convergiu para o interesse privado individual da depoente, somando-se à preservação dos seus direitos fundamentais à preservação da intimidade, da integridade psíquica e da segurança, dentro do possível para o caso concreto.

Em outro exemplo de precedente judicial, a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, em decisão unânime, fez uso do interesse público para fundamentar o respeito à regra constitucionalmente estabelecida de publicidade dos atos processuais:

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO PRATICADO POR JUIZ DE DIREITO. PROCESSO PENAL. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. OBEDIÊNCIA A REGRA CONSTITUCIONAL DA PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS. INEXISTÊNCIA DE IMPOSIÇÃO LEGAL DE SIGILO AOS AUTOS QUE TRAMITAM PERANTE VARAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. INAPLICABILIDADE DO ART. 181 DO NCPC. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ORDEM DENEGADA.

1. Os processos afetos ao Juizado de Violência doméstica e familiar devem obediência à regra constitucional de publicidade dos atos processuais, a qual só cederá, excepcionalmente, nos termos do §1º do art. 792 do CPP, diante de possível escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, uma vez que a Lei 11.343/06 não garante o sigredo de justiça aos litigantes.
2. O Código de Processo Penal conferiu, à autoridade judiciária, poderes discricionários para definir, em cada caso, qual a medida de sigilo necessária diante das peculiaridades do caso concreto.
3. O art. 189 do Novo Código de Processo Civil, que impõe sigredo de justiça aos processos afetos ao direito de família dentre outros, não alcança os processos instaurados em decorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher, que segue a lógica do processo penal.

qualificado, estupro de vulnerável e ocultação de cadáver. Pleito para que a sessão do tribunal do júri não seja realizada de portas fechadas. Princípio da publicidade. Passível de limitações ou restrições para garantir a intimidade, o interesse público ou a integridade. Precedentes. Agravo Regimental desprovido. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relatora: Min. Laurita Vaz, 30 de junho de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000584870&dt_publicacao=13/08/2020 Acesso em: 06 jan. 2024.

²²⁴ Ibidem. p. 3

4. A instauração de todo processo de natureza criminal gera inconveniente para as partes envolvidas, contudo esse efeito indesejado não pode esvaziar o princípio constitucional da publicidade, retirando, pois, de toda a comunidade o poder de fiscalizar os atos praticados pelo Poder Judiciário, o qual encontra sua legitimidade democrática - uma vez que os seus membros não são eleitos - notadamente no dever de fundamentação das decisões, bem como na transparência dos seus atos (CRFB, art. 93, IX).

5. Inexistindo fator de discriminação que justifique tratamento jurídico diferenciado, deve-se manter a aplicação da regra constitucional da publicidade ampla, portanto, não há falar em direito líquido e certo ao sigilo dos autos, tanto em relação à Medida Protetiva de Urgência alhures referida, quanto ao presente writ.

6. A suposta ofendida não é parte legítima para figurar no pólo passivo do presente remédio constitucional, sobretudo porque a segurança buscada pelo Impetrante não depende de qualquer comportamento dela, nem afeta a posição jurídica de vítima ostentada por ela. Portanto, não se mostra adequado falar em litisconsórcio passivo necessário.

7. Ordem denegada.²²⁵

Pela análise da fundamentação do voto, verifica-se que o interesse público ficou caracterizado, no caso concreto, como correspondente ao direito da coletividade de acesso à informação (centrado no Art. 5º, inciso XIV da Constituição), a fim de que pudesse ser feito o controle social dos atos praticados pelo Judiciário. Neste exemplo, o interesse público foi ponderado com o “risco iminente de violação dos direitos fundamentais, no tocante à intimidade, à vida privada e à honra do cidadão”²²⁶ (Art. 5º, inciso X da Constituição), alegado pelo cidadão, tendo prevalecido sobre estes direitos.

A partir análise dos julgados anteriormente expostos e dos fundamentos levantados acerca do significado de interesse público ao longo deste trabalho, pode-se inferir que este interesse, enquanto conceito jurídico indeterminado categórico, estará a representar nas lides concretas, diretamente, direitos fundamentais da coletividade, de modo que a rota de colisão observada em inúmeras situações — aquela em que o interesse público não reforça o interesse individual em litígio — pode ser lida como um conflito entre direitos fundamentais transindividuais ou individuais homogêneos e os direitos fundamentais de determinada pessoa.

²²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (Câmara Criminal). **Mandado de Segurança Criminal nº 1180679 (0706689-86.2019.8.07.0000)**. Mandado de Segurança. Ato praticado por Juiz de Direito. Processo penal. Medida protetiva de urgência. Obediência a regra constitucional da publicidade dos atos processuais. Inexistência de imposição legal de sigilo aos autos que tramitam perante Varas de Violência Doméstica e Familiar. Inaplicabilidade do art. 181 do NCPC. Ausência de direito líquido e certo. Ordem denegada. Impetrante: Juliano Martins de Godoy. Impetrado: Juiz de Direito do 3º Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Brasília/DF. Relator: Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior, 24 de junho de 2019. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao>. VisaoBuscaAcordao Acesso em: 06 jan. 2024.

²²⁶ Ibidem. p. 2

Superada a análise do significado de interesse público e suas formas de manifestação, bem como a verificação de situações concretas que exemplificaram o que está em jogo nos lados opostos da lide, uma última premissa teórica é indispensável ao tratamento do conflito: a compreensão da natureza das normas de direitos fundamentais. É preciso considerar que, na ordem jurídica brasileira, os direitos fundamentais possuem a natureza de normas principiológicas, as quais carregam, segundo a doutrina de Robert Alexy, mandamentos de otimização, caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende apenas das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas²²⁷.

Deve-se levar em conta ainda que, para esse doutrinador alemão, as disposições de direitos fundamentais podem ser consideradas não somente como uma positivação e uma decisão em favor de princípios, mas também como a expressão de uma tentativa de estabelecer determinações em face das exigências de princípios contrapostos, colidentes, situação nas quais delas não é estabelecido apenas um princípio, mas também uma regra²²⁸. Como explica Alexy ao tratar da possibilidade de duplo caráter dessas normas:

De início elas são *ou* regras (normalmente incompletas) ou princípios. Mas as normas de direitos fundamentais adquirem um caráter duplo se forem construídas de forma a que ambos os níveis sejam nela reunidos. Uma tal vinculação de ambos os níveis surge quando na formulação da norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios, que, por isso, está sujeita a sopesamentos.²²⁹

Se regras fossem, pura e simplesmente, os direitos fundamentais atenderiam à lógica do tudo ou nada, da sua satisfação ou não satisfação, o que implicaria na admissão da hipótese de declaração de invalidade de um direito fundamental em caso de colisão com direito da mesma natureza, como se pode inferir da explicação do mencionado jurista alemão acerca do conflito entre regras²³⁰. Tal hipótese, além de caracterizar um retrocesso em matéria de reconhecimento de direitos fundamentais, resultaria numa inevitável ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que essa qualidade tão crucial ao ordenamento jurídico brasileiro estaria sendo diminuída, ao perder juridicamente uma de suas projeções concretizadoras.

Humberto Ávila é preciso e simultaneamente minucioso ao explicar que os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de

²²⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 90

²²⁸ Ibidem. p. 139

²²⁹ Ibidem. p. 141

²³⁰ Ibidem. p. 92

complementaridade e de parcialidade, os quais demandam, para a sua aplicação, uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção²³¹. Já as regras, segundo ele, seriam normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição da norma e a construção conceitual dos fatos²³².

O crucial, que se depreende dessas definições conceituais, é o papel pragmático dos fins das normas principiológicas, assentado na função diretiva para a determinação da conduta, tendo por objeto o conteúdo desejado; daí resulta que o fim estabelece um estado ideal de coisas a ser alcançado, como forma geral para enquadrar os vários conteúdos de um fim²³³. Essa compreensão é indispensável para reconhecer que a colisão entre normas principiológicas não tem como consequência a invalidação de uma delas, já que não estabelecem um ponto final e possuem vários conteúdos realizáveis em graus múltiplos.

Como aponta Alexy, se há a colisão entre dois princípios, um deles terá que ceder, mas isso não significa que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção (como acontece com o nível das regras); consuma-se a precedência de um deles, em face do outro, sob determinadas condições, não havendo impedimento para que, em condições diferentes nas quais haja a colisão entre esses mesmos princípios essa precedência seja resolvida de forma oposta²³⁴.

Daí o porquê de se reconhecer, na doutrina, que entre princípios não se trata de um conflito propriamente dito, já que não há a invalidação de uma das normas, e sim de um conflito aparente, uma colisão, tensionamento que exige a definição da prevalência de uma das normas na situação prática, através da ponderação. Designada tecnicamente de antinomia imprópria principiológica, essa colisão sinaliza soluções diversas para o intérprete/aplicador do direito, tendo sido utilizada, durante muito tempo, sob a vigência de uma visão positivista do direito, a subsunção como fórmula típica de aplicação normativa, caracterizada por uma operação meramente formal e lógico-dedutiva²³⁵.

²³¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 21 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022. p. 106

²³² Ibidem. p. 106

²³³ Ibidem. p. 107

²³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 93

²³⁵ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Teoria Geral do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 127-129

Com os influxos promovidos pela dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico, sob a influência da consagrada técnica do sopesamento desenvolvida pelo Tribunal Constitucional alemão e explicada por Alexy para lidar com situações de colisão entre princípios, a ponderação se consolidou no Brasil como o método hermenêutico mais adequado e tendente à satisfação dos ideais de justiça e estabilidade, sendo largamente utilizada, tanto por juízes singulares quanto por tribunais, incluindo-se a Suprema Corte guardiã da Constituição. Adiante estão os fundamentos da ponderação e do postulado da proporcionalidade que a orienta, bem como da tendência de uso do consequencialismo como técnica de decidir.

4.2 Proporcionalidade e consequencialismo como técnicas

A compreensão da utilidade e da funcionalidade da proporcionalidade e do consequencialismo enquanto técnicas hermenêuticas para se encontrar uma solução exige a noção, ainda que sucinta, do que seria a reiteradamente citada ponderação. Esse método, destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam — como bens, valores, princípios, fins, interesses — sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento, para ter uma utilidade relevante na aplicação do Direito, precisa ser estruturado por critérios, como a proporcionalidade²³⁶ e o consequencialismo jurídico.

À semelhança de uma operação matemática habitualmente utilizada para alcançar resultados, esse método se mantém à espera de elementos extraídos das situações (que no caso da ponderação, para o Direito, são casos concretos), a fim de que a sua operabilidade possa ocorrer, contribuindo para o alcance de soluções jurídicas a serem implementadas. Daí o porquê da ponderação, como simples método ou ideia geral despida de critérios formais ou materiais, ser muito mais ampla que a proporcionalidade²³⁷.

Convergente com o caráter ou qualidade do que é proporcional e constituindo uma disposição equilibrada e harmônica²³⁸, a proporcionalidade se faz presente no ordenamento jurídico brasileiro por decorrer dos princípios constitucionais sob o imperativo da dignidade da pessoa humana, caracterizando o que Humberto Ávila classifica como um *postulado específico*, que exige o relacionamento entre determinados elementos, pautando-se por critérios específicos²³⁹. Ela somente é aplicável às situações em que exista uma relação de causalidade

²³⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 21 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022. p. 191-192

²³⁷ Ibidem. p. 192

²³⁸ MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=democracia> Acesso em: 04 jan. 2024.

²³⁹ ÁVILA, ob. cit., p. 191

entre um meio e um fim, estando a sua aplicabilidade condicionada à existência de elementos específicos (meio e fim)²⁴⁰.

Para Alexy, há uma estreita conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, de modo que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela, podendo-se concluir que a proporcionalidade é uma dedução da natureza dos princípios²⁴¹. Entretanto, adverte que ela não caracteriza um princípio, já que as máximas parciais da adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo; não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não, e sua não satisfação tem como consequência uma ilegalidade²⁴². A proporcionalidade, então, para Alexy, é uma regra orientadora da colisão entre normas principiológicas, da qual decorre que ou algo é proporcional, ou não.

Aqui, adota-se a natureza de postulado específico indicada pelo Humberto Ávila, por entender que é a que melhor corresponde à funcionalidade da proporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar dessa categorização, reconhece-se que grande parte da doutrina e da jurisprudência nacionais atribuem à proporcionalidade a natureza jurídica de princípio, declarando-a um princípio constitucional implícito, já que não há referências expressas a ela no texto constitucional²⁴³. Em decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), a expressão “princípio da proporcionalidade” é usual ao se referir a esse postulado, como se pode depreender do julgado abaixo, que exemplifica a questão, ao tempo em que explica a sua função sob o viés pragmático:

13. O exame da norma impugnada, tendo como parâmetro constitucional o princípio da proporcionalidade, torna indispensável a conceituação e o campo de incidência desse princípio como critério válido para o exercício do controle abstrato e concentrado das normas.

14. O princípio da proporcionalidade, capaz de integrar juridicamente situação que envolva direitos fundamentais conflitantes, incide quando houver medida concreta destinada a efetivar uma finalidade.

Referido princípio se desdobra em subprincípios pelos quais se revelam o princípio da adequação determinando que se observe, na espécie em exame, se a medida restritiva do direito fundamental é idônea a atingir a finalidade pretendida com a restrição; o princípio da necessidade, pelo qual, entre vários meios apropriados para a obtenção da finalidade objetivada, deve-se escolher o meio mais eficaz e menos

²⁴⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 21 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022. p. 191

²⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 116-117

²⁴² Ibidem. p. 117

²⁴³ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Teoria Geral do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 131

gravoso ao direito restringido; e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, pelo qual se deve atentar à justa medida entre a restrição e a finalidade dos princípios conflitantes.

[...]

A proporcionalidade, portanto, tem dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, quando determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de direito fundamental-social, quando o Estado abre mão do uso de sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos.²⁴⁴

A análise do julgado permite entender a utilidade prática, no exercício hermenêutico da ponderação, das já anunciadas três máximas parciais decorrentes do postulado da proporcionalidade — a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito — cuja forma de aplicação foi importada para o direito brasileiro através dos ensinamentos de Robert Alexy sobre a técnica do sopesamento. Importa, agora, entender o funcionamento de cada uma delas.

As máximas parciais da adequação e da necessidade expressam a exigência — contida na definição de princípio — de uma máxima realização em relação às possibilidades fáticas que se apresentam no caso sob análise²⁴⁵. A primeira delas, a máxima da adequação, diz respeito à compatibilidade entre os meios empregados e os fins que se deseja atingir, obrigando a medida a ser apropriada à concretização do fim buscado com a sua prática. Há uma inexorável relação de adequação entre o meio eleito e a sua finalidade. O critério negativo contido nessa máxima, apesar de não determinar tudo, exclui algumas coisas (aquilo que não é adequado), ajustando-se à ideia de uma ordem-moldura²⁴⁶.

A segunda máxima parcial, a da necessidade, exige que, dentre dois meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso, de maneira que uma posição pode ser melhorada sem que isso ocorra às custas da outra posição²⁴⁷.

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.031/DF – Distrito Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Requerimento de medida cautelar. Art. 8º da Lei n. 10.209/2001. Pagamento antecipado de vale-pedágio na contratação de serviços de transporte rodoviário de cargas. Indenização ao transportador, em caso de descumprimento da obrigação pelo contratante, em valor vinculado ao frete contratado. Alegada ofensa ao art. 1º e ao inc. LIV do art. 5º da Constituição da República. Legitimidade ativa ad causam. Limites de incidência do princípio da proporcionalidade como parâmetro constitucional de controle de constitucionalidade. Lecessidade de comprovação de abuso legislativo. Precedentes. Indenização legal que não se demonstra desarrazoada. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. Requerente: Confederação Nacional Da Indústria. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 27 de março de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752467725> Acesso em: 07 jan. 2024. p. 7-8

²⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 588

²⁴⁶ *Ibidem*. p. 590

²⁴⁷ *Ibidem*. p. 591

Alexy ressalta que dessa máxima não ocorre a eliminação de meios, como acontece com a da adequação; a sua consequência é a vedação de sacrifícios desnecessários aos direitos fundamentais, de modo que, ao se perseguir um objetivo escolhido, adote-se o meio mais suave, ou um igualmente suave, evitando-se a desnecessidade do meio mais grave²⁴⁸.

Diferentemente das duas máximas parciais antecedentes, que se referem às possibilidades fáticas, a proporcionalidade em sentido estrito diz respeito à exigência contida nos princípios (por mandamentos de otimização que são) de uma máxima realização possível em relação às possibilidades jurídicas existentes, que são determinadas, sobretudo, pelos princípios colidentes²⁴⁹. Expressando o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes, ela é idêntica à lei do sopesamento, que funciona seguindo a premissa de que “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”²⁵⁰. Como explica Alexy:

A lei do sopesamento mostra que ele pode ser dividido em três passos. No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio.²⁵¹

Para emoldurar a aplicação dessas três máximas, elege-se o caso em que se discutia a constitucionalidade da Lei Estadual nº 2.130/1993 (que previa a obrigatoriedade de prestação do serviço de empacotamento em supermercados), do Estado do Rio de Janeiro, junto ao STF, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, cuja ementa segue abaixo transcrita:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL. OBRIGATORIEDADE DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE EMPACOTAMENTO EM SUPERMERCADOS.

1. Em relação ao conhecimento da ação direta, decorrente de conversão de reclamação, são perfeitamente compreensíveis a controvérsia e a pretensão da requerente, relacionadas à invalidade da Lei estadual nº 2.130/1993 frente à Constituição. Além disso, não houve prejuízo ao contraditório, mesmo porque a requerente anexou à sua petição cópia da inicial da ADI 669, ajuizada contra lei anterior praticamente idêntica, que contém toda a argumentação necessária para o julgamento do mérito.

2. Acerca do vício formal, toda e qualquer obrigação imposta a agentes privados acabará produzindo, direta ou indiretamente, impactos sobre a atividade empresarial ou de ordem trabalhista. Sendo assim, não se vislumbra usurpação da competência

²⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 591

²⁴⁹ Ibidem. p. 593

²⁵⁰ Ibidem. p. 593

²⁵¹ Ibidem. p. 594

legislativa privativa da União, prevista no art. 22, I, da Constituição. Também não parece ser o caso de evidente invasão da competência dos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local, tal como disposto no art. 30, I, da CF/88, de que é exemplo a competência para disciplinar o horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais (Súmula Vinculante 38).

3. Por outro lado, a Lei nº 2.130/1993, do Estado do Rio de Janeiro, padece de vício material. Isso porque a restrição ao princípio da livre iniciativa, protegido pelo art. 170, caput, da Constituição, a pretexto de proteger os consumidores, não atende ao princípio da proporcionalidade, nas suas três dimensões: (i) adequação; (ii) necessidade; e (iii) proporcionalidade em sentido estrito.

4. A providência imposta pela lei estadual é inadequada porque a simples presença de um empacotador em supermercados não é uma medida que aumente a proteção dos direitos do consumidor, mas sim uma mera conveniência em benefício dos eventuais clientes. Trata-se também de medida desnecessária, pois a obrigação de contratar um empregado ou um fornecedor de mão-de-obra exclusivamente com essa finalidade poderia ser facilmente substituída por um processo mecânico. Por fim, as sanções impostas revelam a desproporcionalidade em sentido estrito, eis que capazes de verdadeiramente falir um supermercado de pequeno ou médio porte.

5. Procedência da ação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 2.130/1993, do Estado do Rio de Janeiro, confirmando-se a liminar deferida pelo Min. Sepúlveda Pertence.²⁵²

No caso, com a edição da mencionada lei estadual, encontravam-se em colisão o princípio da livre iniciativa, insculpido no *caput* do Art. 170 da CF, e o direito fundamental à proteção do consumidor (Art. 5º, inciso XXXII da CF). Analisado o caso sob o postulado da proporcionalidade, verifica-se, quanto à máxima parcial da adequação, que o meio escolhido (obrigar os supermercados a possuírem empacotadores de produtos) não se mostrou adequado ao fim de proteger o consumidor, pois não há qualquer lesão identificável a bem jurídico no fato do próprio consumidor ter que efetuar o empacotamento dos produtos que adquiriu no estabelecimento comercial. Os supermercados, inclusive, provavelmente buscariam repassar o custo da contratação de novos funcionários aos consumidores, através do aumento de preços dos produtos, de modo que a lei provocaria um prejuízo e não um benefício ao consumidor.

Se fosse uma lei editada sob o fundamento do Art. 9, inciso III da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que obriga à disponibilização de recursos humanos que garantam atendimento em igualdade de condições com as demais pessoas²⁵³, e a

²⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 907/RJ – Rio de Janeiro**. Direito constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei estadual. Obrigatoriedade de prestação do serviço de empacotamento em supermercados. Requerente: Confederação Nacional do Comércio - CNC. Interessado: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 01 de agosto de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur378051/false> Acesso em: 08 jan. 2024. p. 1-2

²⁵³ BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm Acesso em: 08 jan. 2024.

lei estadual fixasse a obrigação dos supermercados de disponibilizar funcionário para acompanhar ou empacotar a pessoa com deficiência que, ao chegar ao estabelecimento, indicasse a sua dificuldade ou impossibilidade de adquirir ou empacotar os produtos, poderia se falar em uma adequação do meio eleito ao fim protecionista almejado, pois de fato tal meio resultaria numa proteção a esse consumidor com deficiência, que teria a sua igualdade de condições de atendimento concretizada. Nessa hipótese, a presença do empacotador não seria, como entendido pelo STF no caso descrito, uma mera conveniência a esse consumidor.

Quanto à máxima da necessidade, nota-se que, em atenção ao que intencionou a lei estadual, existiam outras formas de proporcionar a conveniência do empacotamento ao consumidor (meios mecânicos em alguns dos caixas) sem colocar em risco a sobrevivência dos supermercados, especialmente os de pequeno e médio porte, para os quais a obrigação de contratação de empacotadores poderia pesar significativamente em razão dos encargos trabalhistas, podendo-se considerar que seriam vários funcionários, pela quantidade de caixas e limite de horas da jornada quanto ao horário comum de funcionamento desses estabelecimentos (manhã, tarde e parte da noite). A escolha da lei estadual foi a mais gravosa, se comparada com outros meios hábeis.

A proporcionalidade em sentido estrito também teve o mesmo desfecho. O grau de afetação do princípio da livre iniciativa, a ponto de pôr em risco de sobrevivência financeira os estabelecimentos comerciais (especialmente os de pequeno e médio porte), não encontrou a respectiva correspondência no grau de satisfação da proteção ao consumidor, pelos fundamentos já expostos. Desse modo, no caso sob análise, não restam dúvidas quanto à ofensa ao postulado constitucional da proporcionalidade, pois se a ausência de respeito qualquer uma das máximas é suficiente à caracterização da desproporcionalidade, a inobservância de todas elas torna a inconstitucionalidade evidente.

Compreendida a técnica de solução da colisão entre normas principiológicas que decorre do postulado da proporcionalidade, é preciso atentar para o fato de que é comum, na jurisprudência e doutrina nacionais, além da já aludida categorização da proporcionalidade como um princípio, a sua menção conjugada com o denominado princípio da razoabilidade, havendo ora referências que sugerem que se trata de um princípio único (princípio da razoabilidade/proporcionalidade), ora referências a uma conjugação entre eles que expressa uma relação de continência.

A esse respeito, Odete Medauar assinala que, enquanto a proporcionalidade se consolidou no ordenamento alemão e já recebera algum tratamento no direito francês, a razoabilidade se originou do direito anglo-americano, sendo invocada com frequência no direito

argentino²⁵⁴. À razoabilidade se costuma atribuir, em geral, o sentido de coerência lógica nas decisões administrativas, a ideia de adequação entre meios e fins, aparecendo em alguns estudos como a adequada consideração dos interesses direta ou indiretamente envolvidos na decisão²⁵⁵. Se for considerado esse o seu sentido, ela corresponderia à analisada máxima parcial da adequação, decorrente da proporcionalidade, e expressaria, assim, uma relação de continência em relação a esse postulado.

Celso Antônio, por sua vez, aponta o sentido da vinculação do dito princípio da razoabilidade à discricionariedade administrativa, cujo exercício terá que obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida²⁵⁶. Em suas palavras:

Pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas — e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis —, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricionariedade.²⁵⁷

Do entendimento desse referenciado publicista de que o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricionariedade) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas²⁵⁸, pode-se extrair duas conclusões: a de que a razoabilidade se fundamenta nos mesmos preceitos que arrimam constitucionalmente os princípios da legalidade (como aponta o próprio doutrinador)²⁵⁹, e a de que ela poderia coincidir tanto com a máxima parcial da adequação (escolha do meio adequado à finalidade legalmente prevista) quanto com a máxima da necessidade (por se buscar a providência “mais adequada” dentre as possíveis), a depender das circunstâncias do caso.

Verifica-se, assim, apesar da grande nebulosidade em torno da questão, que a razoabilidade, além de não poder ser adequadamente definida como um princípio propriamente dito — segundo as premissas teóricas explicadas anteriormente neste trabalho — pois guarda

²⁵⁴ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. 3 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 317

²⁵⁵ *Ibidem*. 318

²⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 111

²⁵⁷ *Ibidem*. p. 111

²⁵⁸ *Ibidem*. p. 111

²⁵⁹ *Ibidem*. p. 112

uma relação íntima (e até exata), a depender das circunstâncias, com a legalidade do ato discricionário ou com as máximas decorrentes da proporcionalidade, não seria nenhum absurdo afirmar, à luz dos entendimentos doutrinários até então expostos, que, na prática da comunidade jurídica brasileira, quanto ao que não diz respeito ao âmbito da legalidade, a razoabilidade estaria contida no postulado da proporcionalidade.

Humberto Ávila enfrenta a questão, estabelecendo uma distinção entre esses institutos. Categorizando-a como um postulado normativo específico (mesma categoria da proporcionalidade), cujas exigências já foram explicadas anteriormente, ele explica que a razoabilidade não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim, tal como faz o postulado da proporcionalidade²⁶⁰. A razoabilidade, ao assumir as feições do dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade), do dever de harmonização do Direito com suas condições externas (dever de congruência) e do dever de vinculação entre duas grandezas (dever de equivalência), explicadas pelo jurista²⁶¹, não trata de meios e fins, e sim da relação entre a medida adotada e o critério de diferenciação escolhido (que a dimensiona). Assim, razoabilidade e proporcionalidade são postulados distintos.

Definidos os contornos, a forma de aplicação e a utilidade da proporcionalidade para a solução de colisões entre princípios, importa considerar que a discricionariedade para sopesar não é aplicável apenas no âmbito da atividade judicial como técnica à identificação da melhor solução, alcançando também, de forma obrigatória e impositiva, a atividade administrativa, por força da vinculação do fazer da Administração Pública aos princípios constitucionais. Característica essa, diga-se, já consolidada pelo processo de constitucionalização do Direito Administrativo, ao menos do ponto de vista teórico. Desse modo, quando as circunstâncias exigirem, a proporcionalidade deve ser critério norteador preparatório à prática do ato administrativo, e não apenas em sede de controle judicial ou de autotutela administrativa de atos já concretizados.

Dito isso, verifica-se ainda no Judiciário nacional (especialmente no âmbito dos tribunais superiores), bem como na seara do controle administrativo, o crescente uso de um método argumentativo para a tomada de decisões complexas, usualmente envolvendo situações de colisão entre princípios ou interesses jurídicos da coletividade. Trata-se do que se convencionou chamar de consequencialismo jurídico, que segundo a definição de Ives Gandra da Silva Martins — que critica o seu uso por promover uma politização do Judiciário —

²⁶⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 21 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022. p. 209

²⁶¹ *Ibidem*. p. 209-210

corresponde à “adaptação das decisões às suas consequências na realidade para as quais são destinadas, com flexibilização do entendimento tecnológico das normas, na busca de uma justiça transcendente”²⁶².

Numa simplificação do consequencialismo jurídico brasileiro, trata-se de se preocupar com as consequências de determinada interpretação do Direito e, em sentido abrangente — que se confunde com o pragmatismo²⁶³ — de se preocupar com o contexto (contextualismo) e com as consequências (consequencialismo), sem buscar justificção para o Direito fora dele (antifundacionalismo)²⁶⁴. Nas palavras de Edilson Vitorelli:

O consequencialismo é uma designação geral para um feixe de concepções filosóficas distintas, que têm em comum a valoração de uma ação a partir dos seus resultados, não da qualidade intrínseca do agir. As concepções consequencialistas se opõem à vertente filosófica deontológica, que defende, pelo contrário, que o valor ou desvalor das ações é inerente e independente das suas consequências.²⁶⁵

A partir da inserção no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), das disposições contidas especialmente nos Arts. 20 e 21, pela alteração promovida através da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, institucionalizou-se no estado brasileiro, nos âmbitos judicial e administrativo, a consideração obrigatória das consequências práticas da decisão, vedando-se o seu proferimento unicamente com base em valores jurídicos abstratos²⁶⁶. Tornou-se impositiva a demonstração das máximas parciais da adequação e da necessidade quanto à medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas, cujos fundamentos deverão constar explicitamente na motivação.

No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP pelo STF, em que se discutia a possibilidade de execução provisória da pena após o julgamento de segunda instância, o Ministro Luís Roberto Barroso fez uso do consequencialismo jurídico na fundamentação de seu

²⁶² MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Supremo Tribunal Federal e o consequencialismo jurídico. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 76, p. 217-218, abr./jun. 2020. p. 217

²⁶³ De origem radicada nos Estados Unidos, no século XIX, com as obras de Charles Sander Peirce e William James, tendo por expoente na atualidade Richard Posner, o pragmatismo rejeita a possibilidade de estabelecer a verdade a partir de proposições metafísicas *a priori*, atribuindo-se apenas valor psicológico ou estético à metafísica. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 129-163, jan./abr. 2011. p. 131

²⁶⁴ MENDONÇA, José Vicente Santos de. O consequencialismo jurídico à brasileira: notas para um estudo do fenômeno. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 41, p. 1-12, 2022. p. 5

²⁶⁵ VITORELLI, Edilson. A lei de introdução às normas do direito brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. **Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná**, v. 7, n. 12, p. 35-58, mai./nov. 2020. p. 42

²⁶⁶ BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm Acesso em: 09 jan. 2024.

voto, tratando-o como uma característica do pragmatismo (que de fato é), com elementos argumentativos que permitem a análise da operabilidade dessa técnica hermenêutica:

42. O pragmatismo possui duas características que merecem destaque para os fins aqui visados: (i) o contextualismo, a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada; e (ii) o consequencialismo, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve merecer consideração especial do intérprete. Dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo.

43. Pois bem: o pragmatismo jurídico, que opera dentro dos sentidos possíveis da norma jurídica, oferece três argumentos que reforçam a necessidade de revisão da atual jurisprudência do STF quanto à impossibilidade de execução provisória da pena. Como já afirmado no início deste voto, a alteração, em 2009, da compreensão tradicional do STF sobre o tema, que vigia desde a promulgação da Constituição de 1988, produziu três efeitos negativos: o incentivo à interposição de recursos protelatórios, o reforço à seletividade do sistema penal e o agravamento do descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A reversão desse entendimento jurisprudencial pode, assim, contribuir para remediar tais efeitos perversos, promovendo (i) a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, (ii) a redução da seletividade do sistema penal, e (iii) a quebra do paradigma de impunidade.²⁶⁷

No trecho acima transcrito, nota-se a menção expressa às consequências advindas da decisão proferida pelo STF em 2009 acerca da mesma matéria, em que se firmou o entendimento pela impossibilidade de execução provisória da pena. Partindo dessa premissa contextual histórica, que deixou em relevo a desconsideração do consequencialismo na decisão de 2009, o referido ministro apontou as prováveis consequências de uma decisão de revisão do posicionamento da Suprema Corte acerca do assunto — a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, a redução da seletividade do sistema penal e a quebra do paradigma de impunidade — dedicando três páginas de seu voto a explicar detalhadamente os fundamentos de cada uma delas.

No âmbito do controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União (TCU), a consideração do consequencialismo jurídico como um dos critérios para a tomada de decisão também tem aparecido, com certa cautela quanto ao receio de seu uso como fator preponderante à decisão. O relatório apresentado nos autos do Processo TC 008.353/2023-9 por

²⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Habeas Corpus 126.292/SP – São Paulo**. Constitucional. Habeas corpus. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, Art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> Acesso em: 10 jan. 2024. p. 24-25

grupo de trabalho da Secretaria-Geral de Controle Externo do TCU, instituído para estudar a imputação de débitos às pessoas físicas no âmbito do Tribunal — considerando a capacidade de pagamento reduzida frente à pessoa jurídica — traz uma breve análise da importância da consideração do consequencialismo jurídico para nortear a decisão do TCU a respeito do tema:

8. Dessa maneira, apesar de compreendermos a problemática apresentada a este GT como eminentemente jurídica, não se ignora a possibilidade de realização de testes consequencialistas e de análise de dados, sob a ótica de que a esfera controladora não pode decidir apenas com base em valores abstratos, sem levar em conta as consequências práticas de suas decisões, nos termos do art. 20 da LINDB.

9. Dessa maneira, serão avaliadas as consequências práticas de eventual mudança de entendimento acerca da imputação do débito às pessoas físicas, perquirindo se elas de fato potencializariam o cumprimento dos fins constitucionais do TCU, se atuariam de forma equilibrada sobre os direitos fundamentais dos jurisdicionados, e se de fato poderiam maximizar a efetiva recuperação dos prejuízos causados aos cofres federais, tema que causa contínua preocupação ao sistema de controle externo, dada a conhecida disparidade entre os valores imputados pelo TCU aos responsáveis a título de dano ao erário e as quantias que são efetivamente recuperadas e reincorporadas aos cofres federais, seja administrativamente com os parcelamentos pagos perante o Tribunal, seja na esfera judicial, mediante a cobrança judicial do acórdão condenatório.

10. Tais análises práticas serão feitas sob o cuidado de que os valores abstratos presentes no sistema – defesa do erário, indisponibilidade do patrimônio público, integral reparação do dano, entre outros temas que serão abordados – possuem uma dimensão normativa, com sua finalidade de impor um estado ideal de coisas, de apontar para a potencialização de resultados que devem ser perseguidos por esta Corte de Contas e por todos os órgãos e agentes que militam no controle externo.

11. Assim, em tema de alta sensibilidade como o presente, o peso do pragmatismo e do consequencialismo deverá submetido ao crivo do sistema jurídico, sob pena se fragilizar a força normativa da Constituição e das leis. Mais do que se curvar à realidade, o sistema jurídico assume a função de vincular os agentes públicos e privados em torno de pautas definidas democraticamente pelo Parlamento, embora os avanços reais acabem ocorrendo por meio de passos modestos e mais lentos do que se esperaria.²⁶⁸

As preocupações demonstradas pelo relatório do órgão de controle externo do governo federal são válidas. Ao mesmo tempo em que o consequencialismo jurídico traduz uma preocupação com os efeitos práticos das decisões estatais, a fim de que não estejam desconectadas da realidade, a utilização das consequências pragmáticas como fundamento de decidir traz consigo um risco a ser objeto de atenção, que é o que Ronald Dworkin resumiu na

²⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão 1370/2023**. Condenação em débito de elevadíssimas quantias de pessoas físicas solidariamente com sociedades empresárias de grande porte. Montantes incompatíveis com o patrimônio esperado e/ou capacidade de pagamento de pessoas físicas. Realização de estudos por grupo de trabalho da SEGECEX. Ciência. Interessados: não há. Relator: Benjamin Zymler, 05 de setembro de 2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/consequencialismo%2520jur%25C3%25ADdico/%2520%2520%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1> Acesso em: 10 jan. 2024. p. 3

expressão “Direito sem direitos”, na medida em que o pragmatismo expressaria uma concepção cética do direito porque rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas genuínas, não estratégicas²⁶⁹.

Para esse jurista norte-americano, o pragmatismo rejeita que as pessoas podem claramente ter direitos, que prevalecem sobre aquilo que, de outra forma, asseguraria o melhor futuro à sociedade, ou seja, aquilo denominado de direitos atribuídos a uma pessoa, na concepção do pragmatismo jurídico, são apenas os auxiliares do melhor futuro: são instrumentos que construímos para esse fim, e não possuem força ou fundamento independentes²⁷⁰. Por essa visão, o consequencialismo jurídico retiraria o sentido decisório definido pelo legislador para a incursão do sentido preconizado pela autoridade decisora, seja ela judicial ou administrativa, a partir de suas concepções sobre quais consequências seriam melhores para a sociedade.

Numa visão mais conciliadora dessa técnica hermenêutica com a força do sistema normativo, Cass Sunstein aponta que existe um excelente argumento consequencialista a favor de tomar textos constitucionais como vinculativos, pois a interpretação impõe restrições ao que os juízes podem fazer; se os juízes não se fundamentarem no texto legislativo, o próprio Estado de direito estará em perigo, porque os juízes parecerão ter autoridade para fazer o que quiserem²⁷¹. As consequências de uma decisão, por maior atenção que exijam — e de fato devem exigir porque a aplicação do direito incide sobre a realidade e os efeitos sobre ela são o seu produto final — não autorizam o uso isolado do consequencialismo como fundamento de decidir num estado constitucional, sob pena de se deslegitimar a atividade decisória, na medida em que terá fugido do norte magnético criado pela Constituição e pelas normas infraconstitucionais que direcionam a tal sentido.

O provável impacto das consequências práticas de uma decisão deve ser objeto de análise hermenêutica no âmbito das normas constitucionais, da vontade expressa pelo legislador, e não em paralelo ou ao arrepio dessas forças. Dito isso, é possível identificar que a análise das consequências de uma decisão pode ser diretamente relacionada à verificação das máximas parciais da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, na medida em que a ponderação entre a gravidade das medidas e a mensuração do grau de satisfação de um princípio, através de uma decisão no caso concreto, exigem a consideração de suas

²⁶⁹ DWORKIN, Ronald Myles. **O Império do Direito**. Tradução por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 195

²⁷⁰ Ibidem. p. 195

²⁷¹ SUNSTEIN, Cass Robert. There is nothing that interpretation just is. **Constitutional Commentary**, University of Minnesota Law School, Minnesota, v. 30, n. 2, p. 193-212, 2015. p. 200

consequências, assim como a predição do grau de não satisfação do outro princípio colidente o requer. Desse modo, no caso de colisão entre normas principiológicas, é possível, e necessário, fazer uma análise das consequências da decisão sob a ótica das referidas máximas parciais, no âmbito da constatação da proporcionalidade.

4.3 A segurança jurídica para o cidadão e o conflito

A origem do Estado de Direito foi nutrida por uma estreita relação com a construção da proposta de estabilidade e previsibilidade nas relações jurídicas, sejam elas entre particulares, sejam entre estes e o Estado. O contexto pretérito à existência desse regime, marcado pela prática de atos imprevisíveis dos soberanos ou quem lhes representava — lesivos a interesses e expectativas individuais — afastava dos cidadãos um elemento essencial à vida, tanto individualmente considerada quanto ela em sociedade: a segurança. A lição de Antonio-Enrique Pérez Luño a esse respeito é preciosa:

A segurança constitui um desejo enraizado na vida psíquica do homem, que sente terror diante da insegurança de sua existência, diante da imprevisibilidade e incerteza a que está submetido. A exigência de segurança de orientação é, portanto, uma das necessidades humanas básicas que o Direito procura satisfazer através da dimensão jurídica da segurança.²⁷² (tradução nossa)

No amplo conceito de segurança e seus reflexos, para o Direito, inclui-se a segurança jurídica que, como assinala Odete Medauar, diz respeito à estabilidade das situações jurídicas, expressando a condição do indivíduo como sujeito ativo e passivo das relações sociais, quando podendo saber quais são as normas jurídicas vigentes, tem fundadas expectativas de que elas sejam cumpridas²⁷³. Exceto quanto ao viés de uma crença religiosa ou moral baseada na não resistência incondicional, não faria nenhum sentido o cidadão renunciar ao uso da força na defesa de seus interesses, submetendo-se às definições normativas que têm vigência sobre todos, se não houvesse ao menos uma promessa, acompanhada de esforços perceptíveis, para que a esfera mínima de sua integridade e os seus interesses reconhecidos por tais normas fossem efetivamente respeitados e assegurados.

²⁷² PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia. **Boletín de la Facultad de Derecho**, Sevilla, n. 15, 2000. p. 25

²⁷³ MEDAUAR, Odete. Segurança Jurídica e Confiança Legítima. In: **Cadernos da Escola de Direitos e Relações Internacionais da UniBrasil**, v. 1, n. 8, jan/jul 2008. ISSN-1678-2933. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/download/2593/2166> Acesso em: 12 jan. 2024. p. 228

Não foi por outra razão que o poder constituinte originário inseriu a segurança no preâmbulo da Constituição como algo a ser assegurado pelo Estado, bem como no *caput* do Art. 5º, deixando essa projeção essencial da dignidade da pessoa humana em relevo dentro da sua categoria singular dos direitos fundamentais. É notável que a segurança, nesses pontos do texto constitucional, tenha sido inserida de forma genérica, permitindo a sua interpretação como englobante de todos os sentidos que o substantivo segurança possui, tais como o de segurança física, psicológica, patrimonial, social e jurídica. Essa última dimensão da segurança, a jurídica, apesar de não mencionada literalmente, pode ser inferida de inúmeras normas constitucionais, especialmente as que consagram direitos fundamentais, como assinala Ingo Sarlet²⁷⁴.

Apesar de sua importância crucial para a ordem jurídica no Estado de Direito, não se identifica uma definição bem delimitada e ao mesmo tempo pacífica do que seria a segurança jurídica, talvez pela sua natureza de norma principiológica, produto de uma construção histórica, passível da influência promovida pela dinâmica das sociedades. Entretanto, a doutrina costuma concebê-la sob duas acepções, sendo uma objetiva e outra subjetiva. A primeira delas, a objetiva, explica Almiro do Couto e Silva, é aquela que estabelece limites à retroatividade dos atos do Estado, inclusive quanto aos de natureza legislativa, referindo-se à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, sabidamente protegidos no ordenamento brasileiro no art. 5º, inciso XXXVI da CF²⁷⁵.

Acerca dessa acepção, que segundo Maria Sylvia teria motivado a inclusão da segurança jurídica no *caput* do Art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999²⁷⁶, como um princípio a ser observado pela Administração, pode-se concluir que ela implica numa vedação à afetação de situações jurídicas já reconhecidas e consolidadas quando ocorrer a mudança de interpretação das normas legais no âmbito da Administração Pública, o que é comum de ocorrer²⁷⁷. Entretanto, como adverte a publicista, tal proibição não se estende aos atos praticados com a inobservância da lei, que caracterizam situação de ilegalidade a ser declarada retroativamente pela Administração — por imperativo da legalidade e o dever de autotutela — situação que não se enquadra na referida mudança de entendimento²⁷⁸. Daí se extrai a razão que

²⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, n. 21, p. 01-39, mar./mai. 2010. p. 6

²⁷⁵ SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da união (lei nº 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 271-315, jul./set. 2004. p. 273

²⁷⁶ A eminente jurista integrou a Comissão que elaborou o anteprojeto que teve por resultado a mencionada lei.

²⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 84

²⁷⁸ *Ibidem*. p. 84

há em se afirmar que “segurança jurídica, pois, não significa imutabilidade, mas sim um mínimo indispensável de previsibilidade, em patamares compatíveis com o dinamismo e o cosmopolitismo”²⁷⁹.

Em sua acepção subjetiva, a segurança jurídica assume o sentido da proteção da confiança dos cidadãos na atividade estatal, englobando seus atos, condutas e procedimentos²⁸⁰. Essa concepção pode ser extraída da essência contratualista já trabalhada em capítulo anterior, assumindo posição de destaque na defesa do cidadão diante da atuação estatal, o que levou à sua consolidação como um princípio (também implícito) dissociado do princípio da segurança jurídica, deixando para este apenas a acepção de natureza objetiva anteriormente analisada. Trata-se do princípio da proteção da confiança, que possui uma ligação visceral com a boa-fé, presente no agir honesto, dotado de lisura, respeitoso às normas jurídicas e à ética, qualidades essas que são esperadas do agente público na prática de seus atos (daí a confiança).

Afirma Almiro do Couto que, na Alemanha, onde o princípio da proteção da confiança teria nascido por construção jurisprudencial, ele se encontra predominantemente vinculado à questão da preservação dos atos inválidos, mesmo nulos de pleno direito, por ilegais ou inconstitucionais, ou, pelo menos, dos efeitos desses atos, quando indiscutível a boa-fé²⁸¹. Ou seja, uma proteção da confiança tão forte que, mesmo diante da clara ilegalidade, se presente a boa-fé do cidadão, o ato inválido seria conservado, já que ao particular não poderiam ser imputados os ônus do desvio de conduta promovido por aqueles de quem ele poderia esperar, legitimamente, a retidão de conduta e o fiel respeito às normas.

Lição singular a respeito das consequências do princípio da proteção da confiança e do princípio da segurança jurídica é a desenvolvida por Canotilho, que entende se tratarem e princípios individuais, mas correlacionados:

A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder — executivo, legislativo e judicial.²⁸²

²⁷⁹ FACHIN, Luís Edson. Segurança jurídica entre ouriços e raposas. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski (org.) et al. **Direito Civil Constitucional**: A resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 16

²⁸⁰ SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da união (lei nº 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 271-315, jul./set. 2004. p. 274

²⁸¹ Ibidem. p. 275

²⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 257

Elencadas essas premissas teóricas acerca da segurança jurídica e da proteção da confiança, importa considerar que a colisão entre o interesse público que sustenta a prerrogativa da presunção de veracidade e os direitos fundamentais do cidadão, se fosse orientada por uma regra de prevalência absoluta do interesse público sobre o privado (o que já foi rejeitado em capítulo anterior), causaria não apenas uma não satisfação de direitos fundamentais²⁸³, mas uma quebra imensurável à segurança jurídica do cidadão, deixando-o à mercê do Estado, que estaria representando uma “ditadura da coletividade” (ou da máquina estatal) em relação ao cidadão.

Em uma só situação, esvair-se-ia a confiança legítima nutrida pelo cidadão, fundada na expectativa de que as normas jurídicas (que no caso dos direitos fundamentais são da maior hierarquia possível) sejam cumpridas; de que a atividade estatal, com seus procedimentos, seus atos, a conduta de seus agentes e suas decisões não lesionará a esfera essencial de direitos que compõe a sua dignidade de pessoa humana sob uma justificativa escusa, não submetida ao crivo da ponderação com os valores máximos abrigados pelo documento matriz de toda a ordem jurídica.

Desse contexto delicado decorre que a sobrevivência da segurança jurídica do cidadão, e a efetiva proteção da confiança que ele pode depositar no Estado, dependem da sutil diferença que há entre um proceder estatal que se vale de argumentos de autoridade incondicionalmente e um agir focado na sua legitimação através dos ditames constitucionais. Uma investigação dos principais dispositivos da CF mencionados pela doutrina como fontes do princípio da segurança jurídica²⁸⁴ revela, sem grande esforço, que, ao mesmo tempo em que a ação estatal é o alvo central de tudo o que se construiu e se identificou, até então, sobre a segurança jurídica, não há uma quebra dessa segurança quando esse agir segue o condicionamento estabelecido pelas normas constitucionais, buscando nelas o seu fundamento maior.

À medida em que a atividade da Administração Pública agrega protagonismo à lei e relega a Constituição à coadjuvância inoperante, ela intensifica o seu perigoso abraço com a criação de contextos lesivos à segurança jurídica dos cidadãos. Por essa razão, seja viabilizando a concretização de direitos fundamentais através da sua atividade, seja fazendo uso da ponderação sob o postulado da proporcionalidade — a fim de encontrar uma solução através de um critério que decorre dos princípios constitucionais — a Administração agrega sentido à

²⁸³ O que em alguns casos poderá ocorrer em razão do contexto em que se afere a proporcionalidade, mas não por uma regra de prevalência absoluta.

²⁸⁴ Ver artigo de Ingo Sarlet já referenciado neste subitem do capítulo.

segurança, conferindo razões práticas ao sustento da teórica confiança a ser depositada no Estado.

Por mais que seja natural o tensionamento entre valores, direitos, interesses e bens em qualquer ordem jurídica que busca conciliar esses elementos em prol de uma coexistência harmônica, que preserve tanto a integridade do sistema quanto a estabilidade social, a efetiva consideração desses interesses, à luz do ordenamento, determinará o tom do regime político-jurídico. Em vez de decretar o não prevalecimento *prima facie* de interesses legítimos dos cidadãos, o que tornaria a segurança jurídica uma falácia, o Estado baseado na democracia e na submissão de todos à norma jurídica se encontra comprometido com o equacionamento dessas expectativas por ele reconhecidas.

Por tais motivos, pode-se inferir que os únicos meios à resolução de conflitos entre o interesse público e os direitos fundamentais que não promovem o descarte da segurança jurídica conferida aos cidadãos são aqueles consagrados pela própria Constituição, que ao instituir um Estado Democrático de Direito centrado na dignidade da pessoa humana, como já analisado, deixou como legado solucionador a ponderação.

5 CONDIÇÕES DA PRESUNÇÃO DE VERACIDADE À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Pelo estudo das referências teóricas levantadas ao longo dos capítulos anteriores, mostrou-se que a presunção de veracidade não pode ser aplicada processualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, sem atender a algumas condições de impostas pela dignidade da pessoa humana, notadamente quando o interesse público que a sustenta incorrer em rota de colisão com direitos fundamentais do cidadão. A ponderação dos direitos em questão — consubstanciados através de normas principiológicas — enquanto dever estatal destinado à preservação máxima possível dos valores abrigados na Constituição, requer a adoção de parâmetros, aqui denominados de condições, já que condicionam a aplicação processual da presunção de veracidade, ora exigindo que passem pelo crivo de algum parâmetro, ora impondo obrigações à Administração Pública.

Este capítulo é destinado à identificação de quais condições são impostas pela dignidade da pessoa humana, suas projeções e consequências à aplicação da prerrogativa estatal da presunção de veracidade no âmbito processual, seja ele judicial ou administrativo.

5.1 A colisão entre a presunção de veracidade e os direitos fundamentais: a máxima da proporcionalidade aplicada

A colisão entre os direitos fundamentais do cidadão e o interesse público que sustenta a prerrogativa da presunção de veracidade, como visto, pode ser solucionada pela ponderação, tendo como postulado constitucional norteador a proporcionalidade, que permitirá a identificação da prevalência do interesse público de concretizar o direito fundamental do cidadão em foco ou do interesse público de proteger os direitos transindividuais ou individuais homogêneos que justificam o uso da prerrogativa.

Isso porque a prerrogativa, enquanto uma manifestação do poder estatal legitimado através da persecução do interesse público, segue a mesma lógica aplicada ao uso do poder, o qual, segundo o entendimento da doutrina de Hely Lopes Meirelles, é confiado ao administrador público para ser usado em benefício da coletividade, mas usado nos justos limites que o bem-estar social exigir, de modo que a sua utilização desproporcional, o seu emprego arbitrário contra o administrado, constituem formas abusivas, não toleradas pelo Direito²⁸⁵. Fazer uso normalmente do poder é empregá-lo segundo as normas legais, a moral da instituição, a finalidade do ato e as exigências do interesse público; já abusar do poder é empregá-lo fora da lei, sem utilidade pública²⁸⁶.

Desse modo, quando contestado um ato administrativo e a presunção de sua veracidade incorrer em rota de colisão com direitos fundamentais, o sopesamento baseado na adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito permitirá identificar se a prevalência da aplicação da presunção de veracidade é proporcional ou não. Para esse fim, é preciso identificar as normas principiológicas em colisão, como foi feito nos exemplos dos precedentes judiciais elencados nos subitens do capítulo anterior.

É sabido que todo ato administrativo é dotado de presunção de veracidade, e que essa decorre da supremacia do interesse público. Ocorre que o interesse público que sustenta a referida presunção representa direitos transindividuais ou individuais homogêneos — que não dizem respeito a apenas um indivíduo singularmente considerado — sendo identificável como comum a todos os casos a segurança jurídica de toda a coletividade, já que há a expectativa (e necessidade) de que os atos administrativos sejam confiáveis, permitindo a imediata produção

²⁸⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 120

²⁸⁶ *Ibidem*. p. 120

de efeitos, a fim de que a atividade administrativa atenda aos anseios da eficiência e da efetividade.

Essa necessidade/expectativa também atende à concretização de outros direitos fundamentais, que dependam dos efeitos produzidos pelo ato para que sejam viabilizados os meios para a sua efetividade ou para efetivá-los em definitivo. Assim, não raro, o direito fundamental à segurança jurídica não irá pesar apenas a favor do cidadão litigante com a Administração, mas em ambos os lados da balança da colisão, em paralelo com outros possíveis direitos, os quais só poderão ser identificados à luz do caso concreto.

Já levantadas e trabalhadas as premissas teóricas pertinentes, sendo possível analisar a colisão em situação real entre o interesse público na aplicação da presunção de veracidade e os direitos fundamentais de determinado cidadão, elege-se um auto de infração lavrado com base em suposta violação ao art. 34, inciso VII, da Resolução nº 3.056, de 12 de março de 2009²⁸⁷, da Agência Nacional de Transportes Terrestres, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cuja ementa segue abaixo transcrita:

ANTT. ADMINISTRATIVO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. AUSÊNCIA DE PROVA DO COMETIMENTO DA INFRAÇÃO E DE MOTIVAÇÃO. NULIDADE.

1. Não basta, para sustentar a validade de auto de infração, o simples argumento, sem qualquer lastro probatório, de que os atos administrativos gozam de presunção de veracidade e legitimidade. Os atos sancionatórios da Administração Pública devem ser expedidos de forma suficientemente clara e lastreados em prova idônea.

2. O art. 50, II, da Lei nº 9.784/99, estabelece que os atos administrativos que "imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções" deverão ser motivados. O ato desprovido de motivação é ato insuscetível de compor objeto do controle analítico de legalidade exercido pelo Poder Judiciário, nos termos do art.53 da Lei 9.784/99, Sumula 473 do Supremo Tribunal Federal e art.2º da Lei 4.717/65.

3. Nulidade do auto de infração.²⁸⁸

Preliminarmente à análise, é importante registrar que o entendimento consignado no julgado de que a presunção de veracidade é insuficiente, se isoladamente considerada, para

²⁸⁷ Atualmente revogada pela Resolução nº 4.799, de 27 de julho de 2015, que por sua vez foi revogada pela Resolução nº 5.982, de 23 de junho de 2022, todas da mesma agência reguladora.

²⁸⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Quarta Turma). **Apelação Cível nº 5001450-36.2018.4.04.7105/RS**. ANTT. Administrativo. Presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos. Ausência de prova do cometimento da infração e de motivação. Nulidade. Recorrente: Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT. Recorrido: George Wisniewski. Relator: Des. Luís Alberto D Azevedo Aurvalle, 29 de maio de 2019. Disponível em: https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50014503620184047105&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=S&txtC have=&numPagina=1 Acesso em: 13 de jan. 2024.

sustentar a validade do ato administrativo sancionador, não é pacífico na jurisprudência brasileira, sendo comum identificar julgados que atribuem o ônus da prova negativa do fato ao impugnante (sustentando a prerrogativa inclusive como critério isolado de validade)²⁸⁹, mesmo diante da ausência de provas da Administração, diferentemente daqueles que consagram a conclusão expressa no precedente acima transcrito.

Sobre o caso, tratava-se da aplicação de ato sancionador pela suposta infração consistente em se evadir da fiscalização da atividade de transporte rodoviário de cargas. Como foi constatado pelo juízo de primeira instância, o auto de infração trazia como elementos de informação apenas “a lacônica expressão de que o condutor evadiu-se da fiscalização, sem descrever minimamente as circunstâncias do fato, o tipo de veículo e outras informações relevantes para conferir ao ato administrativo os atributos ordinários de presunção de legitimidade”²⁹⁰. A controvérsia em debate nos autos, precisamente indicada desde o início do voto, era se a mera presunção de legalidade e legitimidade do auto seria suficiente para manter a higidez do ato administrativo, diante da ausência de outros elementos probatórios.

De um lado, a presunção de veracidade nascida simultaneamente à lavratura do auto de infração representava o interesse público pela segurança da coletividade (Art. 5º, *caput* da CF), baseado na necessidade de que a atividade de fiscalização estatal produzisse os seus devidos efeitos, de que fosse garantido o cumprimento das normas de segurança no transporte veicular, inclusive com a imposição das sanções legalmente previstas para desestimular a reincidência, salvaguardando, por consequência de tais efeitos, outros direitos fundamentais proporcionados pela segurança no trânsito.

Do lado do cidadão, encontrava-se em foco o seu direito fundamental ao devido processo legal (Art. 5º, inciso LIV da CF), com o respeito das garantias processuais do contraditório e da ampla defesa (Art. 5º, inciso LV da CF) — que só seriam concretizáveis se houvesse meios que lhe permitisse uma efetiva reação à acusação contida no ato administrativo,

²⁸⁹ A título de exemplos: Apelação Cível nº 0062928-50.2018.8.21.7000 (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul); Agravo de Instrumento nº 2182323-67.2021.8.13.0000 (Tribunal de Justiça de Minas Gerais); Apelação Cível nº 0022669-91.2017.4.02.5001/ES (Tribunal Regional Federal da 2ª Região); Apelação Cível nº 5023900-08.2018.4.03.6100/SP (Tribunal Regional Federal da 3ª Região); Apelação Cível nº 0035696-22.2016.4.01.3800 (Tribunal Regional Federal da 1ª Região).

²⁹⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Quarta Turma). **Apelação Cível nº 5001450-36.2018.4.04.7105/RS**. ANTT. Administrativo. Presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos. Ausência de prova do cometimento da infração e de motivação. Nulidade. Recorrente: Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT. Recorrido: George Wisniewski. Relator: Des. Luís Alberto D Azevedo Aurvalle, 29 de maio de 2019. Disponível em: https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50014503620184047105&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=S&txtChave=&numPagina=1 Acesso em: 13 de jan. 2024. p. 1

tais como as imagens de câmeras que tivessem flagrado a suposta evasão à fiscalização — e também o direito à segurança jurídica (Art. 5º, *caput* da CF), este fundado na expectativa legítima de que os direitos decorrentes da sua dignidade de pessoa humana fossem efetivamente respeitados pelo Estado.

Analisando-se a proporcionalidade de uma aplicação processual da presunção de veracidade, estando em rota de colisão as normas principiológicas descritas, verifica-se que, quanto à máxima da adequação, pode-se entender que essa aplicação guarda uma correlação congruente com o seu fim, de que o ato administrativo sancionador produza os seus devidos efeitos e estes as devidas consequências concretizadoras do interesse público mencionado. Assim, a aplicação da presunção é um meio adequado ao alcance do fim a que ela se destina.

Importa considerar também que a não aplicação processual da presunção de veracidade não impediria que o mencionado fim fosse atingido, pois o ato administrativo continuaria válido e produzindo efeitos até que se decidisse (caso se decidisse) pela sua invalidade. No curso do processo, os elementos probatórios e de informação apresentados pelo cidadão (quando possível) e até mesmo uma confissão da conduta que ensejou a prática do ato podem resultar num reconhecimento da sua veracidade, daí porque a não aplicação processual da presunção também pode ser entendida como um meio capaz de produzir o fim mencionado.

No que diz respeito à máxima da necessidade, verifica-se que, entre os dois meios existentes, que são a aplicação processual da presunção de veracidade e a não aplicação dessa presunção, constata-se que a aplicação, no contexto do caso — que é de ausência de qualquer prova ou elemento robusto de informação que permita uma efetiva reação à acusação contida no ato — seria o meio mais gravoso ao cidadão, pois promoveria uma verdadeira aniquilação das garantias processuais do contraditório e da ampla defesa, e conseqüentemente da sua segurança jurídica, deixando-o sem qualquer possibilidade de reação à acusação da infração que lhe foi imputada no auto. Trata-se de um verdadeiro sacrifício desnecessário a direitos fundamentais, quando há um dever estatal (e também um interesse público) de busca pela verdade e da observância e real efetividade das normas constitucionais.

Já no que toca a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito, verifica-se que a aplicação da presunção de veracidade, no caso sob análise, ao mesmo tempo em que causa uma não satisfação em absoluto das garantias processuais do contraditório e da ampla defesa do cidadão, em pouco ou nada acresce o grau de satisfação dos direitos fundamentais da coletividade colidentes, pois não houve sequer abordagem posterior do veículo que permitisse constatar riscos concretos decorrentes de um sobrepeso da carga, por exemplo.

Numa análise consequencialista do caso, identifica-se que a não aplicação da presunção de veracidade, apesar de expor o ato à invalidação (como de fato restou reconhecido no processo), não desencadearia resultados práticos para além do cidadão autuado, em relação ao qual as consequências seriam positivas. A nível de consequências negativas, não se verifica nenhum dano concreto à coletividade em geral ou a terceiros individualmente considerados; há um possível estímulo à reincidência no descumprimento de normas de fiscalização, o que não assume um viés pragmático. Tratando-se de um ato sancionador, o suposto fato (a infração) já teria ocorrido. Além disso, ainda que se considere a hipótese de a evasão à fiscalização ter realmente existido, não foi possível constatar nenhum perigo concreto à segurança do transporte de cargas, o que existiria se fosse abordado o veículo posteriormente à evasão e detectada uma sobrecarga, como já dito anteriormente.

Pode-se deduzir, portanto, que a aplicação da presunção de veracidade à situação em foco, se tivesse ocorrido, caracterizaria uma ofensa à solução identificada através do postulado constitucional da proporcionalidade. Se o que efetivamente corresponde ao interesse público só é identificável, na prática, a partir da análise de cada situação em concreto, como foi sustentado ao longo deste trabalho a partir das referências doutrinárias adotadas, o interesse público no caso analisado se consubstanciava na efetiva satisfação dos direitos fundamentais do cidadão no âmbito processual, característica basilar de um Estado de Direito que prima pela busca da verdade e pela preservação da dignidade da pessoa humana.

Como já dito ao tratar da função processual da dignidade da pessoa humana, não se entende pela incompatibilidade absoluta da aplicação processual da presunção de veracidade, pois há casos em que a proporcionalidade resultará no interesse público da sua proteção. Para ilustrar hipótese de prevalência da presunção de veracidade em âmbito processual, elege-se um auto de infração de trânsito lavrado com base na infringência ao Art. 175 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro – CTB), em caso também apreciado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cuja sucinta ementa e o relatório trazem as seguintes informações, respectivamente:

ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE NÃO AFASTADAS. Inexistem nos autos elementos suficientes para afastar a presunção de veracidade e legitimidade de ato administrativo de infração de trânsito, não sendo possível, pois, sua desconstituição.

Narrou o demandante que foi autuado no dia 03/11/2017, às 22h25min, na BR-116, supostamente ter infringido o art. 175 do Código de Trânsito Brasileiro. Sustentou que é impossível a prática da conduta de arrancar bruscamente, já que o agente de trânsito refere que o ato foi praticado *ao passar pela viatura*. Sustenta que a arrancada brusca

demanda que o veículo esteja parado e posteriormente arranque. Alegou que, por ter descarga livre, sem silenciador, dada a velocidade em que estava, gerou confusão no agente de trânsito, por conta do ruído emitido pela descarga. Argumentou que não agiu com a intenção de exibicionismo, não havendo qualquer indicação neste sentido, e que a simples arrancada brusca, tal como está informada no auto de infração, não tem o condão de configurar a infração prevista no art. 175 do CTB, podendo ocorrer por mera inabilidade do condutor.²⁹¹

A proibição contida no dispositivo legal do CTB que descreve a infração consiste em “utilizar-se de veículo para demonstrar ou exibir manobra perigosa, mediante arrancada brusca, derrapagem ou frenagem com deslizamento ou arrastamento de pneus”²⁹². No auto de infração, consta a descrição do agente público da Polícia Rodoviária Federal de que teria havido a “utiliz veíc demonst/exibir manobra perigosa mediante arrancada brusca”, bem como os elementos de informação nas observações “rodas proeminentes excedendo o limite dos paralamas, tocando-os, o que compromete a segurança. descarga livre. ao passar pela vtr realizou arrancada brusca, acelerando a plena potência. só foi possível abordar devido fechamento do semáforo”²⁹³.

Nota-se que, neste caso, o cidadão não negou completamente o fato no processo, e sim que o ocorrido pudesse caracterizar a infração. Inclusive, diferentemente do primeiro caso analisado, neste houve a abordagem pessoal do condutor pelo agente público, imediatamente após a ocorrência. Pelas informações prestadas em juízo pelo cidadão, a discussão processual ficou circunstanciada na conduta da arrancada exigir que o veículo estivesse parado ou não, bem como na ocorrência ou não da intenção exibicionista da manobra.

Sobre isso, o juízo de primeira instância entendeu — o que foi confirmado pelo Tribunal — que “ainda que o autor alegue que a arrancada brusca pode ocorrer por imperícia, e não com a intenção de exibicionismo, tenho que não é seu caso, pois na inicial consta que o autor é piloto”²⁹⁴. Além disso, ficou consignado o entendimento judicial de que a arrancada brusca a que se refere o Art. 175 do CTB não exige que o veículo esteja parado, podendo ocorrer também quando o motorista acelera o veículo de forma abrupta e excessivamente²⁹⁵.

²⁹¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Terceira Turma). **Apelação Cível nº 5000306-18.2018.4.04.7108/RS**. Administrativo. Infração de trânsito. Anulação de ato administrativo. Presunção de legitimidade e veracidade não afastadas. Recorrente: Juvenal Raoni Sousa Flores. Recorrido: União. Relator: Des. Rogério Favreto, 22 de outubro de 2019. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40001416761&versao_gproc=3&crc_gproc=8092bbd0&termosPesquisados=anV2ZW5hbCBYbY9uaSBzb3VzYSBmbG9yZXMg Acesso em: 19 de jan. 2024.

²⁹² BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Brasília, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503compilado.htm Acesso em: 19 jan. 2024.

²⁹³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Terceira Turma). ob. cit., p. 2-3

²⁹⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Terceira Turma). ob. cit., p. 3

²⁹⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Terceira Turma). ob. cit., p. 3

Nesse contexto processual, é possível considerar que a presunção de veracidade representava o interesse público assentado em fim semelhante ao do caso anterior, o de proteger a segurança da coletividade no trânsito (Art. 5º, *caput* da CF), a fim de que o ato administrativo produzisse os seus efeitos, impondo-se a sanção de modo a promover o seu viés educativo e desestimulante à reincidência em ações que promovam perigo em via pública. Quanto ao cidadão, pesavam o respeito às garantias processuais do contraditório e da ampla defesa (Art. 5º, inciso LV da CF) e o direito à segurança jurídica (Art. 5º, *caput* da CF).

Pondo-se a aplicação processual da presunção de veracidade sob análise de proporcionalidade, quanto à máxima da adequação, pode-se entender o mesmo que o caso anterior, ou seja, a aplicação da presunção é meio capaz de produzir o fim desejado, de que o ato administrativo sancionador continue a produzir os seus devidos efeitos e estes as respectivas consequências concretizadoras do interesse público descrito. Já sobre a máxima da necessidade, constata-se que, diferentemente do caso anterior, a aplicação da presunção de veracidade não implicará numa violação das garantias processuais do contraditório e da ampla defesa, pois o próprio cidadão, ao reconhecer o fato e conduzir o processo, com as informações por ele prestadas, à discussão do conceito de arrancada e sua caracterização, esvaziou a sua necessidade de que a Administração provasse que o fato ocorreu para que ele pudesse se defender. Tanto é que, ao interpor Recurso Especial, aduziu que era desnecessário o reexame probatório:

Ou seja, a tese é unicamente de direito, não sendo necessária para sua apreciação qualquer apreciação além do que já consta no acórdão. A questão fática-probatória está incontroversa no acórdão e é suficiente para que possa o STJ cumprir sua missão constitucional de dar a correta interpretação ao art. 175 do Código de Trânsito Brasileiro.

A tese jurídica, pois, debatida no recurso especial cinge-se: É possível o cometimento da infração do art. 175 do CTB – arrancada brusca – com o veículo em andamento? Para tal apreciação, bastam os elementos já constantes no acórdão que julgou ou recurso de apelação" (fls. 263/265e).²⁹⁶

²⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Embargos Declaratórios no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1866367/RS (2021/0094170-2)**. Processual civil. Embargos Declaratórios no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Infração de trânsito. Art. 175 do CTB. Presunção de legitimidade e veracidade não afastadas. Alegada violação aos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015. Inexistência de vícios, no acórdão recorrido. Inconformismo. Controvérsia resolvida, pelo tribunal de origem, à luz das provas dos autos. Impossibilidade de revisão, na via especial. Agravo interno improvido. Embargos de declaração. Alegada violação ao art. 1.022 do CPC/2015. Vícios inexistentes. Inconformismo. Rejeição dos embargos de declaração. Recorrente: Juvenal Raoni Sousa Flores. Recorrido: União. Relatora: Min. Assusete Magalhães, 14 de fevereiro de 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100941702&dt_publicacao=16/02/2022 Acesso em: 19 jan. 2024. p. 2

Ainda que se considere que tais afirmações, nesses exatos termos, visavam ao afastamento da incidência do entendimento consolidado na Súmula nº 7 do STJ²⁹⁷, essa redução do caso ao enquadramento da arrancada, sem a negativa do fato, deu-se pelo próprio autor, desde as primeiras informações prestadas no processo. Diferentemente do outro auto de infração analisado, que não trouxe qualquer detalhe informacional que permitisse uma reação a nível de contraditório, o desse caso conteve um detalhamento específico sobre as características identificadas no veículo, que reforçaram a ocorrência da abordagem informada pelo agente público, a qual não foi negada pelo cidadão.

Por tais circunstâncias processuais, não se constata um cerceamento ao contraditório e à ampla defesa do cidadão nessa situação concreta, podendo-se concluir que tanto a aplicação processual da presunção de veracidade quanto a sua não aplicação se equivaleriam na análise da máxima parcial da necessidade, já que nenhuma delas se mostra mais gravosa a tais garantias processuais. Em relação à proporcionalidade em sentido estrito, a aplicação da presunção de veracidade, no processo, não diminuiria o grau de satisfação das garantias processuais fundamentais do cidadão, como explicado, e ao mesmo tempo, satisfaria o interesse público que sustenta a prerrogativa, a fim de que o ato continuasse a gerar seus efeitos e pudesse promover a proteção dos direitos já mencionados da coletividade. É contexto, assim, em que a aplicação da presunção de veracidade se mostra proporcional.

Deve-se considerar ainda que a não aplicação da presunção de veracidade, nesse caso concreto, levaria a uma insuficiência das informações prestadas pelo agente público no auto de infração para sustentar a veracidade do ato, obrigando a Administração a produzir uma prova que não possuía, já que o reconhecimento do fato, pelo cidadão, não se deu de forma precisa a ponto de caracterizar uma confissão, levando em conta que a capitulação do Art. 175 do CTB exige a intenção de demonstrar ou exhibir a manobra perigosa (uma arrancada acidental curta por um recém habilitado não caracterizaria a infração).

Não se tratava de situação em que a Administração omitiu, deliberadamente, informações que sabidamente possuía, ou que as informações indicadas na motivação do ato eram genéricas e lacônicas a ponto de não permitir defesa, ou ainda de um ato administrativo decorrente de uma fiscalização planejada (que permite uma preparação para a documentação do fato). A situação foi repentina, imprevista, em via pública, valendo-se o agente da descrição detalhada do que identificou para motivar a lavratura do auto, não tendo o fato sido apontado como inexistente pelo cidadão.

²⁹⁷ Que define que a pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.

Impedir a aplicação processual da presunção de veracidade, em absoluto, levaria a um impedimento de aplicação da lei a diversas situações que, como essa, são imprevisíveis aos agentes públicos, valendo-se eles dos recursos que dispõem para documentar o fato, que em inúmeras vezes, diga-se, é reconhecido pelo cidadão, que assume honestamente as consequências da lei. Por essa razão, ao mesmo tempo em que não se deseja que a aplicação da presunção de veracidade se converta em instrumento viabilizador de arbitrariedades, também não se almeja que a lei deixe de ser aplicada em contextos peculiares como o descrito.

Talvez a tecnologia e os recursos financeiros, conjuntamente e futuramente, permitam alcançar um estado em que se possa exigir da atividade administrativa que constitua prova em abundância de seus atos praticados em contextos imprevisíveis e não planejados, como o flagrante de uma arrancada em via pública em qualquer ângulo que ocorra em relação a uma viatura, gravado em vídeo a ponto de permitir até a medição da alteração da velocidade do veículo. Entretanto, é de se reconhecer que, no atual contexto, tal exigência resultaria numa inaplicabilidade da lei a uma série de condutas imprevisíveis à atividade estatal, o que promoveria um decréscimo à segurança da coletividade e à eficiência administrativa na coibição de infrações, razão pela qual o sopesamento destinado a identificar se é proporcional ou não a aplicação processual da presunção de veracidade se mostra o melhor instrumento a equacionar os direitos envolvidos, como uma condição decorrente da dignidade da pessoa humana.

5.2 A condição da Publicidade

Pressuposto de toda atividade de um Estado que se encontra submetida ao império das normas jurídicas, a publicidade foi erigida pela Constituição Federal de 1988 ao patamar de princípio regente da Administração Pública brasileira (Art. 37, *caput*). Por ela, os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os cidadãos, e isso porque constitui fundamento do princípio promover a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos²⁹⁸.

A exceção constitucionalmente prevista ao que preconiza o princípio da publicidade é o sigilo que seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (Art. 5º, inciso XXXIII), tais como as hipóteses que digam respeito à segurança nacional, investigações policiais ou interesse superior da Administração a ser preservado em processo previamente declarado sigiloso nos termos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991, da Lei nº 12.527, de 18 de

²⁹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Revista, ampliada e atualizada até 31.12.2010. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 23

novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI)²⁹⁹, e pelo Decreto nº 7.845, de 14 de novembro de 2012.

A lógica que fundamenta esse dever da publicidade não decorre de mera escolha específica a esse respeito do poder constituinte, e sim do regime democrático estabelecido no Brasil. Como enuncia Norberto Bobbio, um dos consensos de todos os discursos sobre a democracia consiste em afirmar que ela é o governo do “poder visível”, na qual “nada pode permanecer confinado no espaço do mistério”³⁰⁰. Por essa característica basilar, não pode haver, no Estado Democrático de Direito, o ocultamento aos cidadãos dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida³⁰¹.

Por essa razão, por mais que seja admissível a aplicação processual da presunção de veracidade em contextos em que o ato administrativo foi produzido sob as circunstâncias peculiares da imprevisibilidade do fato e da necessidade da atuação administrativa — desde que as informações na motivação do ato permitam a defesa do cidadão e não incorram em prejuízo à efetividade de suas garantias processuais³⁰² — o que se percebe corriqueiramente é um abuso da presunção de veracidade, ao sabor do arbítrio estatal, convertendo-a em instrumento que, em vez de salvaguardar o interesse público, protege interesses escusos ou o desleixo na prática do ato.

É o caso emblemático e habitual da expedição do auto de infração de trânsito por estacionamento irregular que incorra em uma das dezenas de hipóteses elencadas nos incisos do Art. 181 do CTB. Ora, desconhece-se agente público de trânsito, no país, que não possua um aparelho celular que contenha a tecnologia de câmera, e, ainda que houvesse, não se revela de grande custo à Administração equipar tais agentes com um aparelho simples para uso estritamente funcional. A infração descrita não constitui conduta repentina e executada em curto espaço de tempo como uma manobra irregular (a exemplo da arrancada analisada no subitem anterior), a ponto de não permitir o seu registro sem grande esforço. Já compõe a estrutura da notificação do auto de infração de trânsito o espaço para a imagem capturada por câmeras acopladas ao sensor de velocidade, que poderia servir de campo à inserção da imagem da infração capturada pelo agente.

²⁹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 100

³⁰⁰ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 98

³⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 117

³⁰² Como explicado no subitem anterior deste capítulo.

Neste contexto, por força do dever imposto pelo princípio da publicidade, deve-se reconhecer inadmissível, inclusive em âmbito administrativo, que a presunção de veracidade de tais autos de infração de trânsito, baseada apenas na palavra do agente (que geralmente só indica a capitulação da infração, a data, o horário e a placa do veículo), seja suficiente à sua sustentação diante da contestação do fato pelo cidadão, exceto se, por um cuidado singular, o agente houver incluído na motivação os dados de testemunhas do fato que permitam a sua identificação em âmbito processual, o que é uma raridade e ainda assim exigiria a verificação da satisfação do contraditório e da ampla defesa.

A prerrogativa estatal não pode funcionar como expressão de aquiescência ao desleixo, ao pouco esforço da Administração, onerando o cidadão com uma prova negativa de impossível ou difícil produção, quando o sentido da publicidade induz à diretriz de viabilização do controle da atividade administrativa, permitindo a aferição da legitimidade de suas práticas. Outra justificativa a esse entendimento, especialmente no que diz respeito aos atos sancionadores, pode ser extraída da lição de Celso Antônio acerca da exigência de voluntariedade para incursão na infração:

O Direito propõe-se a oferecer as pessoas uma garantia de segurança, assentada na previsibilidade de que certas condutas podem ou devem ser praticadas e suscitam dados efeitos, ao passo que outras não podem sê-lo, acarretando consequências diversas, gravosas para quem nelas incorrer. Donde, e de meridiana evidência que descaberia qualificar alguém como incurso em infração quando inexista a possibilidade de prévia ciência e prévia eleição, *in concreto*, do comportamento que o livraria da incidência na infração e, pois, na sujeição as sanções para tal caso previstas.³⁰³

Se é exigível a prévia ciência e a prévia eleição do comportamento que livraria o cidadão da incidência na infração, a fim de se caracterizar a voluntariedade, mostra-se incompatível com a pretensão punitiva do Estado e com dever de publicidade dos atos administrativos o reducionismo dos elementos de informação e documentação do ato a ponto de não permitir, em muitos casos, sequer a lembrança do cidadão de que o fato teria realmente ocorrido ou não, ou ainda (e mais grave) uma reação a nível de contraditório e ampla defesa.

O que se pretende com a imposição da sanção é “desestimular a prática daquelas condutas censuradas ou constranger ao cumprimento das obrigatórias”³⁰⁴, do que decorre que a ciência do cidadão sobre a conduta infratora não deve se dar apenas a nível de formalização da notificação, mas de conhecimento efetivo das circunstâncias do fato, o que não ocorre com uma

³⁰³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 871

³⁰⁴ *Ibidem*. p. 864-865

capitulação simplória da conduta no auto. A punição por um fato que não está no âmbito de consciência do cidadão não imprime nenhum viés educativo à sanção; promove a revolta e o sentimento de injustiça. Daí o porquê de o respeito à publicidade ser tão caro à atividade administrativa sancionadora.

Demian Guedes já apontava para a publicidade como um princípio condicionante da aplicação da presunção de veracidade, apesar de fazer uma defesa mais abrangente da limitação por ela imposta à prerrogativa, sustentando a incompatibilidade de sua aplicação no processo administrativo quando contestado o ato pelo cidadão. Para o insigne publicista, a opção por um Estado democrático tem como consequência a adoção de processos estatais igualmente democráticos, ou seja, processos nos quais publicidade e transparência sejam princípios fundamentais, possibilitando o seu controle pelo cidadão, através da exteriorização objetiva (prova) dos fatos que servem de fundamento para a atuação estatal³⁰⁵.

Concorda-se que a Administração tem o dever de exibir, no processo administrativo, todos os documentos e informações públicos dos quais dispõe e que sustentam a verdade do ato, viabilizando ao cidadão o controle da atividade administrativa e a tutela de direitos fundamentais. Entretanto, essa obrigação, na compreensão que aqui se desenvolve, não resulta num impedimento absoluto à aplicação da presunção de veracidade no âmbito do processo administrativo, pois há casos, como dito, em que a Administração realmente não teria condições de documentar o fato em abundância e a prova negativa não é de difícil ou impossível produção ao cidadão.

Destaca-se ainda, a respeito da publicidade, o fundamental papel desempenhado no ordenamento jurídico brasileiro pelas disposições da LAI, que disciplina o exercício do direito de acesso à informação em todos os três Poderes da República e nas entidades autônomas do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, nas esferas federal, estadual e municipal. Ao impor a observância de prazos para a resposta aos pedidos de acesso à informação, definir condições claras quanto às hipóteses de negativa de acesso e estabelecer a obrigação de transparência ativa de informações públicas, a aplicação dessa lei e seus respectivos atos regulamentadores vem promovendo, desde a sua edição, uma transformação muito significativa na transparência dos atos administrativos da Administração Pública brasileira, viabilizando

³⁰⁵ GUEDES, Demian. **Processo administrativo e democracia**: uma reavaliação da presunção de veracidade. Orientador: Leonardo Greco. 2007. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2007. p. 97

tanto o controle da atividade estatal quanto a tutela judicial e administrativa de direitos fundamentais³⁰⁶.

A publicidade é o que, numa primeira linha de análise, possibilita a defesa do cidadão diante de condutas arbitrárias do Estado. A sua ligação com a dignidade da pessoa humana é tão umbilical que seria inviável aferir se grande parte das projeções decorrentes desse princípio, que são os direitos fundamentais, estariam realmente sendo respeitadas sem que houvesse a publicidade dos atos administrativos. Por essa razão, ela condiciona a aplicação da presunção de veracidade, impondo um fazer administrativo baseado no respeito às garantias dos cidadãos.

5.3 A condição da Urgência

Fator singular a pesar a favor da aplicação da presunção de veracidade, pelo interesse público envolvido representar uma gama de direitos fundamentais transindividuais ou individuais homogêneos, diz respeito ao contexto de urgência que envolve a prática de certos atos administrativos, muito comum em situações como a da requisição administrativa. Impondo restrições ao direito fundamental à propriedade dos cidadãos (Art. 5º, *caput* da CF), essa requisição, explica Maria Sylvia, pode se apresentar de diferentes formas, incidindo ora sobre bens, móveis ou imóveis, ora sobre serviços, identificando-se, às vezes, com a ocupação temporária e assemelhando-se, em outras, à desapropriação³⁰⁷.

A própria Constituição, no rol de direitos fundamentais do Art. 5º, em seu inciso XXV, traz o fundamento desse ato administrativo que impõe restrições sobre a propriedade privada, consignando que “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”³⁰⁸. Além desse dispositivo, a própria função social da propriedade, prevista no inciso XXIII do Art. 5º e no inciso III do Art. 170 da CF, constitui fundamento para a prática desse ato administrativo, já que condiciona o direito de propriedade a atender a essa função, como pontua José dos Santos Carvalho Filho³⁰⁹.

³⁰⁶ A esse respeito, o Art. 21 da LAI, que reza que “não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais”, e o seu respectivo Parágrafo único, segundo o qual “as informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso”, firmam importantes pilares a favor da publicidade das informações e documentos que digam respeito à violação de direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana.

³⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 135

³⁰⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 23 jul. 2023.

³⁰⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Revista, ampliada e atualizada até 31.12.2010. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 724

Uma leitura do Decreto-lei nº 4.812, de 8 de outubro de 1942, que dispõe sobre a requisição de bens imóveis e móveis, necessários às forças armadas e à defesa passiva da população, permite a percepção, sem grande esforço, de que a requisição administrativa tem fundamento no interesse público de proteger direitos fundamentais transindividuais como a vida, a saúde, a segurança e outras projeções da dignidade da pessoa humana, sendo justificada pela urgência da necessidade dos recursos materiais (no caso dos bens) ou da força de trabalho (no caso dos serviços), traduzida pelo contexto de “perigo público iminente”.

Em caso que serve à compreensão da relação dessa urgência com a aplicação processual da presunção de veracidade, ao julgar o Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança nº 0494769-05.2017.8.13.0000, no qual se discutia a veracidade dos fatos que levaram à edição de um Decreto Municipal que constituiu a requisição administrativa sobre bens e serviços de uma Santa Casa de Misericórdia — almejando-se a concessão de liminar para suspender os efeitos da requisição administrativa — na fundamentação do voto da relatoria acolhido por unanimidade, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais firmou o seguinte entendimento:

Os trechos do Parecer/Seção/MS/MG nº 27/2016 acima transcritos demonstram o iminente perigo público, diante do constatado risco de fechamento da Santa Casa de Misericórdia de São Sebastião do Paraíso, o que prejudicaria a assistência médica hospitalar de 23 Municípios, especialmente na rede de urgência e emergência vinculada ao Sistema Único de Saúde.

Assim, tendo em vista a urgência da intervenção administrativa decorrente do iminente perigo público é razoável que essa se dê antes de oportunizado o contraditório e a ampla defesa ao Agravante, uma vez que tal medida visa evitar prejuízo à coletividade, o que não impede a submissão da questão ao Poder Judiciário, como ocorreu *in casu*, sendo possível inclusive a indenização do Agravante em caso de dano.

Em que pese a relevância das alegações do Agravante no tocante a incongruência das datas contidas no Parecer/Seção/MS/MG nº 27/2016, que teria sido concluído antes do término da Visita Técnica de Auditoria, bem como o fato de o Município possuir débito com a Santa Casa, neste momento processual, tais alegações não são suficientes para afastar a presunção de legalidade e veracidade do Decreto Municipal nº 4.865/2016, nem tampouco retiram o caráter de iminente perigo público que justificou a decretação da requisição administrativa.

No tocante às alegações do Agravante na exordial do Mandado de Segurança de imoralidade e ilegalidade no Decreto em razão do prévio conhecimento de sua futura nomeação pelo interventor, da realização de prévia e secreta reunião entre este, o Prefeito, o Secretário de Saúde, a Promotora de Justiça e o auditor do Ministério da Saúde anteriormente a edição do supracitado Decreto, bem como de retaliação de cunho político, tenho fundada dúvida acerca da efetiva desnecessidade de dilação probatória para que sejam apurados os fatos narrados.

Desta forma, estando presente o iminente perigo público que justificou a decretação da requisição administrativa, bem como não tendo sido demonstrado pelo Agravante fundamentação relevante para afastar a presunção de legalidade e veracidade do

Decreto Municipal nº 4.865/2016, deve ser mantida a decisão que indeferiu o pedido liminar³¹⁰.

A fundamentação do julgado denota o cuidado do Tribunal com a urgência contida no iminente perigo público que motivou a prática do ato administrativo de requisição. Mesmo com o reconhecimento da inconsistência de algumas das informações contidas no parecer que embasou, a nível de motivação, a prática do ato administrativo, os interesses envolvidos na situação demonstravam que a atenção para as consequências de uma possível concessão da liminar para suspender os efeitos do ato de requisição prevaleceu no caso, diante da urgência aludida e do provável prejuízo à coletividade.

Como pontuado pelo acórdão, a Santa Casa de Misericórdia de São Sebastião do Paraíso era referência para 23 municípios e, conforme consignado no Decreto Municipal, era o único hospital do município e polo regional para o atendimento da especialidade de cardiologia pelo SUS, pelo que o risco de seu fechamento configurava iminente perigo público. Neste contexto, a consubstanciar o interesse público que sustentava a presunção de veracidade, verificava-se a proteção do direito fundamental à vida e à saúde da coletividade de 23 (vinte e três) municípios cujas populações eram atendidas pela Santa Casa (respectivamente Art. 5º, *caput* e Art. 6º, *caput* da CF), baseado na necessidade de que o ato administrativo produzisse os seus efeitos, assegurando-se a continuidade do funcionamento do estabelecimento de saúde.

Do outro lado da lide, o cidadão nega a existência do fato, afirmando não haver iminente perigo público e alegando a violação do seu direito de defesa, do contraditório e do devido processo legal, porque a requisição administrativa teria sido decretada sem a precedência de um processo administrativo, dentre outras razões³¹¹. No sopesamento entre os princípios colidentes, a adequação da aplicação da presunção de veracidade ao fim desejado estaria presente. No que diz respeito à máxima da necessidade, verifica-se que a aplicação processual da presunção, ao mesmo tempo em que não inviabiliza ao cidadão uma prova negativa do fato do iminente perigo público decorrente do risco de fechamento da instituição pela má saúde financeira — já que era

³¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (3ª Câmara Cível). **Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança nº 1.0000.17.049476-9/001 (0494769-05.2017.8.13.0000)**. Agravo de instrumento. Mandado de segurança. Intervenção administrativa. Requisição de bens e serviços da Santa Casa de Misericórdia. Aditamento da inicial. Art. 1.015, do CPC. Rol taxativo. Ausência de previsão. Não conhecimento de parte do recurso. Pedido liminar. Decreto Municipal nº 4.865/2016. Presunção de Legalidade e Veracidade não elidida. Presença de Iminente Perigo Público. Art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009. Ausência de qualquer dos requisitos. Impossibilidade. Agravante: Flávio Westin. Agravado: Prefeito de São Sebastião do Paraíso. Relator: Des. Adriano de Mesquita Carneiro, 01 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/relatorioAcordao?numeroVerificador=10000170494769001201894898> Acesso em: 20 jan. 2024. p. 5

³¹¹ *Ibidem*. p. 2

o dirigente da instituição³¹² — protege os efeitos do ato administrativo e as consequências concretizadoras do direito transindividual à saúde deles advindos.

A aplicação da presunção também é proporcional em sentido estrito, na medida tende à satisfação dos direitos transindividuais mencionados sem incorrer numa diminuição ou não satisfação das garantias processuais do cidadão. Desse modo, não houve desproporcionalidade. A escolha do rito do Mandado de Segurança, que é incompatível com a dilação probatória, foi o que promoveu a limitação do exercício do contraditório e da ampla defesa do cidadão no contexto do caso, na medida em que algumas questões levantadas por ele necessitariam dessa dilação, como ficou compreendido pelo Tribunal no trecho do voto transcrito acima.

A análise do julgado releva que, apesar de não mencionado expressamente, o consequentialismo jurídico foi o critério preponderante à decisão construída, e a sua adoção foi motivada especialmente pelo fator da urgência que revestiu a medida administrativa da requisição. Entre a possibilidade de um cidadão estar correto em suas alegações (algumas das quais necessitavam de dilação probatória) e o risco iminente do fechamento de uma instituição de saúde da qual dependiam mais de duas dezenas de municípios da região; entre o direito fundamental de um, que não foi fulminado pela aplicação da presunção de veracidade, e os direitos fundamentais de milhares, que de fato dependiam da instituição de saúde; a balança do interesse público pendeu a favor da proteção coletividade, especialmente em razão da apontada urgência.

A requisição administrativa ilustra bem a característica da urgência na prática de atos administrativos, mas outros atos também são praticados nesse contexto, como a interdição de estabelecimento comercial por órgão de vigilância sanitária em razão da detecção, já na primeira inspeção, de risco grave e iminente à saúde pública; a interdição de imóvel pela defesa civil, baseada no risco iminente de acidentes; a medida administrativa de retenção do veículo prevista no Art. 165 do CTB, em razão do risco imediato à segurança no trânsito provocado pela direção sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência; dentre outros.

Nesses contextos, se ainda vigente o fator de urgência que ensejou a prática do ato administrativo, a aplicação processual da presunção de veracidade deverá levar em consideração as prováveis consequências da invalidação do ato administrativo, sopesando as normas principiológicas envolvidas. São as razões que levam à conclusão de que a urgência também exerce influência sobre a aplicação da prerrogativa estatal em foco.

³¹² Nas Santas Casas o dirigente é denominado de Provedor.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção do atual modelo de Administração Pública foi marcada pela assimilação de prerrogativas históricas que serviram outrora para reforçar características de expressão do poder em regimes totalitários, como a presunção de veracidade dos atos administrativos. O intercâmbio do Direito Administrativo brasileiro, em suas origens, com as referências doutrinárias de publicistas franceses da época, contribuiu para que houvesse um espelhamento da forma de compreensão sobre alguns institutos, permitindo que traços ideológicos da explicada “autoinsurgência” do Executivo francês fossem importados pela cultura jurídica nacional, firmando a concepção de uma atividade administrativa confortável com a extração de sua legitimidade apenas da objetividade solucionadora da lei e com o uso despreocupado de suas prerrogativas de poder.

Pelas singulares características que envolvem a atividade da Administração Pública, que direciona seus agentes e a prática de atos administrativos à consecução do interesse público, a existência de garantias inerentes à função administrativa se revelou uma necessidade, estritamente indispensável ao alcance do fim almejado pela sociedade. Neste contexto é que se mostrou inserida a presunção de veracidade atribuída aos atos administrativos, prerrogativa que extrai a sua legitimidade da supremacia do interesse público, como foi demonstrado.

Apesar de não ser pacífica a definição do que corresponderia a esse interesse, em razão da sua analisada natureza de conceito jurídico indeterminado, constatou-se que, sob o regime de um Estado Democrático de Direito, ele não deve ser confundido com o interesse da máquina estatal; encontra-se o seu sentido mais adequado ao posicionamento da dignidade da pessoa humana como núcleo axiológico-normativo do ordenamento jurídico, na satisfação última dos direitos fundamentais titularizados por toda a coletividade de cidadãos. Também por esse sentido, a supremacia do interesse público se revelou de natureza incompatível com a de uma norma principiológica, pois, nesta hipótese, estaria a decretar uma prevalência *prima facie* em caso de sua colisão com as normas de direitos fundamentais dos cidadãos, que possuem natureza de princípio ou híbrida, a depender de cada uma delas. É uma regra, portanto, a estabelecer uma prevalência relativa do interesse público em caso de colisão.

A dignidade da pessoa humana, que ostenta a natureza de princípio expresso na CF, ao tempo em que constitui a qualidade composta por um complexo de direitos fundamentais por ela projetados, promove efeitos práticos no âmbito dos processos judiciais e administrativos, direcionando, como visto na doutrina referenciada, à observância de garantias dos cidadãos que

rompem com a ideia de um procedimento isento da consideração das normas constitucionais e do seu fim maior, que é o da concretização do direito justo, conforme analisado.

Apesar do reconhecimento da indispensabilidade da presunção de veracidade para garantir a operabilidade da atividade administrativa, a promoção da segurança jurídica e a concretização do eficiência almejada nas funções desempenhadas pela Administração e seus respectivos resultados, verificou-se que, no âmbito processual, a aplicação dessa prerrogativa tem o potencial de gerar a colisão entre princípios representados pelo interesse público que a legitima e os direitos fundamentais do cidadão, decorrentes da sua dignidade de pessoa humana. Para solucionar essa questão, o uso da ponderação orientado pelo postulado da proporcionalidade — através das máximas parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito — mostrou-se uma técnica eficaz a garantir que a aplicação processual da referida prerrogativa ocorra de forma respeitosa aos princípios constitucionais.

Apesar de se reconhecer o crescente uso do consequencialismo jurídico enquanto técnica hermenêutica a orientar decisões judiciais no país (especialmente no âmbito dos Tribunais), identificou-se que a consideração isolada das consequências como critério de decisório promove um risco à proteção dos direitos fundamentais. A consideração do resultado pragmático de possível decisão, envolvendo a aplicação processual da presunção de veracidade do ato administrativo, também ocorre no âmbito de análise das máximas parciais da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, que permitem verificar a gravidade da aplicação e da não aplicação da presunção para a proteção dos direitos do cidadão, bem como a relação entre os graus de satisfação e não satisfação entre os princípios colidentes.

Utilizando a proporcionalidade como norteadora da ponderação, foi possível atingir soluções à aplicação processual da presunção de veracidade, afastando-a do uso para camuflar atos assentados no arbítrio e com mera aparência de legalidade, e simultaneamente garantindo a efetividade das garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa. Isso porque, em contextos em que a aplicação processual da presunção de veracidade resulta na imposição ao cidadão de uma prova negativa do fato que seja de difícil ou impossível produção, ele fica à mercê do Estado, cerceado em seu direito de defesa, passível de sofrer sanções por situações que sequer existem em seu âmbito de consciência, cuja existência não foi minimamente demonstrada pela Administração.

Além da ponderação sob a diretriz da proporcionalidade despontar como fator condicionante da aplicação da presunção de veracidade, verificou-se que o princípio da publicidade também cumpre importante papel nesse sentido, na medida em que o dever

constitucional de transparência dos atos e informações públicas impõe providências que viabilizam tanto o controle social da Administração Pública quanto a tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais. Outro elemento identificado, também a incidir sobre a aplicação da prerrogativa, diz respeito à urgência que envolve a prática do ato administrativo em contextos de iminente perigo público, nos quais o interesse público, por representar a necessidade de proteção de uma gama de direitos transindividuais ou individuais homogêneos, justifica a adoção de medidas restritivas sobre direitos fundamentais, inclusive com respaldo constitucional para tal.

A presunção de veracidade, cuja aplicação processual ainda produz injustiças em muitos casos por não prestar obediência a nenhum critério, pode e deve ser submetida ao crivo da proporcionalidade, a fim de sopesar os direitos transindividuais ou individuais homogêneos representados pelo interesse público que a sustenta e os direitos fundamentais do cidadão contestante do ato administrativo. Como, segundo lições de Gustavo Binbenbojm já citadas, o que realmente corresponde ao interesse público só é aferível na análise da situação concreta, e a satisfação de direitos fundamentais compõe o interesse público, a solução proposta para a mencionada colisão, utilizando-se o postulado da proporcionalidade, será sempre o real interesse público identificado em cada caso³¹³.

Consoante com as lições de Henrique Ribeiro Cardoso ao se referir à ponderação, a segurança e a previsibilidade jurídicas, tão caras à sociedade moderna do formalismo jurídico, passaram a contar, no atual estágio da sociedade reflexiva — impregnada pelo conceito de risco — com a busca da correção de decisões jurídicas como instrumento para sua consecução aproximada³¹⁴. A aplicação do Direito sobre a realidade nem sempre encontrará na lei soluções claras, objetivas e sistematicamente coerentes, havendo situações em que o esforço hermenêutico da ponderação será a luz ao final do túnel para a construção de uma decisão jurídica que se pautar pelo ideal de correção, como identificado nos casos analisados de aplicação da prerrogativa estatal.

A opção do poder constituinte pela dignidade da pessoa humana enquanto fundamento do Estado brasileiro deixou um legado que, ao mesmo tempo em que busca a preservação da estabilidade social através da satisfação de direitos fundamentais, obriga ao exercício de revisão de antigas práticas, de tradicionais institutos jurídicos. Não se trata simplesmente de demolir o

³¹³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 102

³¹⁴ CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e Argumentação: A Teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos**. 1. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2009. p. 244

tradicional, tal como se faz com um prédio físico em um terreno que se quer limpo para uma nova construção. A tarefa é de reforma, a partir dos pilares traçados pela Constituição como alicerces da estrutura de estado e sociedade projetadas, o que envolve a inspeção de posições historicamente constituídas, de funções habitualmente consolidadas, preservando-se o que é compatível, útil e funcional, mas alinhando-o ao projeto sob construção.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARAÚJO NETO, José Aldo Camurça de. O contratualismo na perspectiva crítica de Hegel. **Intuitio**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 75-90, jul. 2011. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuitio/article/view/7729>. Acesso em: 15 jul. 2023.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 11, set./out./nov., 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 15 de jul. 2023.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 21 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf Acesso em: 30 dez. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Prefácio à obra Interesses Públicos versus Interesses Privados. In: SARMENTO, Daniel (org). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Trinta e cinco anos da Constituição de 1988: as voltas que o mundo dá. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 28, n. 2, p. 07-49, mai./ago. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. "Aqui, lá e em todo lugar": A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 50, p. 95-147, out./dez. 2013.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. 3. ed. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2 Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BRASIL. **Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968**. Brasília, 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm Acesso em: 22 jul. 2023.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm Acesso em: 18 jul. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm Acesso em: 22 jul. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 23 jul. 2023.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm Acesso em: 18 jul. 2023.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm Acesso em: 19 jul. 2023.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm Acesso em: 17 jul. 2023.

BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de Março de 1824)**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm Acesso em: 17 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm Acesso em: 09 jan. 2024.

BRASIL. **Lei nº 234, de 23 de novembro de 1841**. Criando um Conselho de Estado. Rio de Janeiro, 1841. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim234.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%202

34%2C%20DE%2023%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201841.&text=Criando%20um%20Conselho%20de%20Estado,N%C3%B3s%20Queremos%20a%20Lei%20seguinte Acesso em: 17 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994.** Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro (Lei dos cartórios). Brasília, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18935.htm Acesso em: 23 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997.** Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Brasília, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503compilado.htm Acesso em: 19 jan. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm Acesso em: 31 dez. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Acesso em: 02 jan. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm Acesso em: 08 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Agravo Interno nos Embargos de Declaração na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 2.819/MA (2020/0285956-5).** Agravos Internos na Suspensão de Liminar e de Sentença. Julgamento das contas de gestores municipais pelo Tribunal de Contas Estadual. Certidão pública municipal de inexistência de portarias de nomeação do gestor municipal como ordenador de despesa. Presunção de legitimidade e veracidade das certidões públicas municipais. Fé pública. Comprovação inequívoca de violação aos bens jurídicos tutelados pela legislação de regência. Improvimento dos Agravos. Recorrente: Estado do Maranhão. Recorrido: Município de Magalhães de Almeida. Relatora: Min. Humberto Martins, 02 de fevereiro de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=144810151®istro_numero=202002859565&peticao_numero=202100237652&publicacao_data=20220211&formato=PDF Acesso em: 23 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Embargos Declaratórios no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1866367/RS (2021/0094170-2).** Processual civil. Embargos Declaratórios no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Infração de trânsito. Art. 175 do CTB. Presunção de legitimidade e veracidade não afastadas. Alegada violação aos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015. Inexistência de vícios, no acórdão recorrido. Inconformismo. Controvérsia resolvida, pelo tribunal de origem, à luz das provas dos autos. Impossibilidade de revisão, na via especial. Agravo interno improvido. Embargos

de declaração. Alegada violação ao art. 1.022 do CPC/2015. Vícios inexistentes. Inconformismo. Rejeição dos embargos de declaração. Recorrente: Juvenal Raoni Sousa Flores. Recorrido: União. Relatora: Min. Assusete Magalhães, 14 de fevereiro de 2022. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100941702&dt_publicacao=16/02/2022 Acesso em: 19 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.676.136/RS (2020/0058487-0)**. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Penal. Homicídio qualificado, estupro de vulnerável e ocultação de cadáver. Pleito para que a sessão do tribunal do júri não seja realizada de portas fechadas. Princípio da publicidade. Passível de limitações ou restrições para garantir a intimidade, o interesse público ou a integridade. Precedentes. Agravo Regimental desprovido. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relatora: Min. Laurita Vaz, 30 de junho de 2020. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000584870&dt_publicacao=13/08/2020 Acesso em: 06 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 907/RJ – Rio de Janeiro**. Direito constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei estadual. Obrigatoriedade de prestação do serviço de empacotamento em supermercados. Requerente: Confederação Nacional do Comércio - CNC. Interessado: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 01 de agosto de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur378051/false> Acesso em: 08 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.031/DF – Distrito Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Requerimento de medida cautelar. Art. 8º da Lei n. 10.209/2001. Pagamento antecipado de vale-pedágio na contratação de serviços de transporte rodoviário de cargas. Indenização ao transportador, em caso de descumprimento da obrigação pelo contratante, em valor vinculado ao frete contratado. Alegada ofensa ao art. 1º e ao inc. LIV do art. 5º da Constituição da República. Legitimidade ativa ad causam. Limites de incidência do princípio da proporcionalidade como parâmetro constitucional de controle de constitucionalidade. Lecessidade de comprovação de abuso legislativo. Precedentes. Indenização legal que não se demonstra desarrazoada. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. Requerente: Confederação Nacional Da Indústria. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 27 de março de 2020. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752467725> Acesso em: 07 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Habeas Corpus 126.292/SP – São Paulo**. Constitucional. Habeas corpus. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, Art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> Acesso em: 10 jan. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão 1370/2023**. Condenação em débito de elevadíssimas quantias de pessoas físicas solidariamente com sociedades empresárias de grande porte. Montantes incompatíveis com o patrimônio esperado e/ou capacidade de pagamento de pessoas físicas. Realização de estudos por grupo de trabalho da SEGECEX. Ciência. Interessados: não há. Relator: Benjamin Zymler, 05 de setembro de 2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/consequencialismo%2520jur%25C3%25ADdico/%2520%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1> Acesso em: 10 jan. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (3ª Câmara Cível). **Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança nº 1.0000.17.049476-9/001 (0494769-05.2017.8.13.0000)**. Agravo de instrumento. Mandado de segurança. Intervenção administrativa. Requisição de bens e serviços da Santa Casa de Misericórdia. Aditamento da inicial. Art. 1.015, do CPC. Rol taxativo. Ausência de previsão. Não conhecimento de parte do recurso. Pedido liminar. Decreto Municipal nº 4.865/2016. Presunção de Legalidade e Veracidade não elidida. Presença de Iminente Perigo Público. Art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009. Ausência de qualquer dos requisitos. Impossibilidade. Agravante: Flávio Westin. Agravado: Prefeito de São Sebastião do Paraíso. Relator: Des. Adriano de Mesquita Carneiro, 01 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/relatorioAcordao?numeroVerificador=10000170494769001201894898> Acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (Câmara Criminal). **Mandado de Segurança Criminal nº 1180679 (0706689-86.2019.8.07.0000)**. Mandado de Segurança. Ato praticado por Juiz de Direito. Processo penal. Medida protetiva de urgência. Obediência a regra constitucional da publicidade dos atos processuais. Inexistência de imposição legal de sigilo aos autos que tramitam perante Varas de Violência Doméstica e Familiar. Inaplicabilidade do art. 181 do NCPC. Ausência de direito líquido e certo. Ordem denegada. Impetrante: Juliano Martins de Godoy. Impetrado: Juiz de Direito do 3º Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Brasília/DF. Relator: Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior, 24 de junho de 2019. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao> Acesso em: 06 jan. 2024.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Terceira Turma). **Apelação Cível nº 5000306-18.2018.4.04.7108/RS**. Administrativo. Infração de trânsito. Anulação de ato administrativo. Presunção de legitimidade e veracidade não afastadas. Recorrente: Juvenal Raoni Sousa Flores. Recorrido: União. Relator: Des. Rogério Favreto, 22 de outubro de 2019. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40001416761&versao_gproc=3&crc_gproc=8092bbd0&termosPesquisados=anV2ZW5hbCBYWW9uaSBzb3VzYSBmbG9yZXMg Acesso em: 19 de jan. 2024.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Quarta Turma). **Apelação Cível nº 5001450-36.2018.4.04.7105/RS**. ANTT. Administrativo. Presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos. Ausência de prova do cometimento da infração e de motivação. Nulidade. Recorrente: Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT. Recorrido: George Wisniewski. Relator: Des. Luís Alberto D Azevedo Aurvalle, 29 de maio

de 2019. Disponível em:

https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50014503620184047105&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=S&txtChave=&numPagina=1 Acesso em: 13 de jan. 2024.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Antônio Manoel Bandeira. A Magna Carta: conceituação e antecedentes. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 23, n. 91, p. 135-140, jul./set. 1986. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182020/000113791.pdf> Acesso em: 31 dez. 2023.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e Argumentação: A Teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos**. 1. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª ed. Revista, ampliada e atualizada até 31.12.2010. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 6 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

COSTA, Frederico Lustosa. Brasil: 200 Anos de Estado; 200 Anos de Administração Pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública** (Impresso), v. 42, p. 829-874, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. Prerrogativas e sujeições da administração pública. **Revista De Direito Administrativo**, 103, p. 16-32, jan./mar., 1971. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/35280/34070> Acesso em: 02 jan. 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DWORKIN, Ronald Myles. **O Império do Direito**. Tradução por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FACHIN, Luís Edson. Segurança jurídica entre ouriços e raposas. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski (org.) et al. **Direito Civil Constitucional: A resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

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

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

GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. **Contraditório e Ampla Defesa**. Curitiba: Juruá, 2010.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo 3: El Acto Administrativo. 10 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2011.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas: parte general**. 1 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017.

GUANDALINI JÚNIOR, Walter. **Raízes históricas do Direito Administrativo brasileiro: fontes do Direito Administrativo na doutrina brasileira do século XIX (1857-1884)**. 1 ed. Curitiba: Appris, 2019.

GUEDES, Demian. **Processo administrativo e democracia: uma reavaliação da presunção de veracidade**. Orientador: Leonardo Greco. 2007. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2007.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2014.

HORTA, José Luiz Borges. **História do Estado de Direito**. São Paulo: Alameda, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua: Um Projecto Filosófico**. Trad. Artur Mourão. Covilhã: LusoSofia, 2008.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.

LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil. As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos. **Revista do Serviço Público**, v. 49, n. 2, p. 5-32, abr./jun. 1998.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Petrópolis: Vozes, 1994.

MAFFINI, Rafael da Cás. O Direito Administrativo nos quinze anos da Constituição Federal. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 2, abr./jun., 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Supremo Tribunal Federal e o consequencialismo jurídico. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 76, p. 217-218, abr./jun. 2020.

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

MEDAUAR, Odete. Segurança Jurídica e Confiança Legítima. *In: Cadernos da Escola de Direitos e Relações Internacionais da UniBrasil*, v. 1, n. 8, jan/jul 2008. ISSN-1678-2933. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/download/2593/2166> Acesso em: 12 jan. 2024.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. O consequencialismo jurídico à brasileira: notas para um estudo do fenômeno. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 41, p. 1-12, 2022.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=democracia> Acesso em: 04 jan. 2024.

MONTESQUIEU, Barão de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições brasileiras: 1824**. 3 ed. Vol. I. Brasília: Senado Federal, 2012.

OCDE. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Recomendação do Conselho da OCDE sobre Integridade Pública**, 2017. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-brazilian-portuguese.pdf>. Acesso em: nov. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 129-163, jan./abr. 2011.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 220, p. 69-107, abr./jun. 2000.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia. **Boletín de la Facultad de Derecho**, Sevilla, n. 15, 2000.

PINHEIRO, Guilherme César. Fundamentos teóricos e aspectos técnicos do direito à ampla defesa. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 59, n. 233, p. 99-115, jan./mar. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p99.pdf Acesso em: 01 jan. 2024.

PLATÃO. **A República**. Trad. Edson Bini. 3 ed. São Paulo: Edipro, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 9 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse Público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.); RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

ROSA, Carlos Augusto de Proença. **História da Ciência**: da Antiguidade ao Renascimento Científico. 2 ed. Brasília: FUNAG, 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2019.

SANTOS, Luiz Antônio de Alcântara. **Limites da presunção de veracidade no Estado Democrático de Direito**. Orientador: Lucas Hayne Dantas Barreto. 2011. 25 f. Monografia/Artigo (Graduação em Direito). Faculdade Ruy Barbosa, Salvador, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, n. 21, p. 01-39, mar./mai. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. rev. e atual. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da união (lei nº 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 271-315, jul./set. 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Teoria Geral do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010.

SUNSTEIN, Cass Robert. There is nothing that interpretation just is. **Constitutional Commentary**, University of Minnesota Law School, Minnesota, v. 30, n. 2, p. 193-212, 2015.

VITORELLI, Edilson. A lei de introdução às normas do direito brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. **Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná**, v. 7, n. 12, p. 35-58, mai./nov. 2020.

WARLICH, Beatriz. A reforma administrativa no Brasil: experiência anterior, situação atual e perspectivas. Uma apreciação geral. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, p. 49-59, jan./mar. 1984.

WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. 5 ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982.