

JOÃO ALVES CANGERANA JUNIOR

Conteúdo Jurídico da Presunção de Legitimidade dos
Atos Administrativos.

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

COGEAE/PUC.
São Paulo, 2011

JOÃO ALVES CANGERANA JUNIOR

Conteúdo Jurídico da Presunção de Legitimidade dos Atos Administrativos.

Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão do curso de especialização em direito administrativo, sob orientação da Professora Luciana Santana Nardi.

COGEAE/PUC.
São Paulo, 2011

DEDICATÓRIA

A meu pai João Alves Cangerana, Coronel da Reserva da Polícia Militar do Estado de São Paulo, que me indicou o caminho da busca por uma sociedade melhor.

A minha mãe Alice e minha esposa Heloisa, pelo apoio incondicional e incentivo durante a longa jornada.

A meu filho Heitor Augusto, minha principal razão para buscar a construção de uma sociedade melhor.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, Professora
Luciana Santana Nardi, pelo apoio e incentivo de
valor inestimável.

"... pois estas verdades dizem respeito a tudo o que há, e não a algum gênero especial distinto dos outros. E todos os homens as usam, por serem verdades do ser enquanto ser... Pois um princípio que deve ser aceito por todo aquele que compreenda qualquer coisa que seja não é uma hipótese... Evidentemente, tal princípio será o mais certo de todos. Que princípio é esse, veremos agora: é aquele segundo o qual o mesmo atributo não pode pertencer e não pertencer simultaneamente ao mesmo sujeito no que se refere ao mesmo aspecto..."

Metafísica - Aristóteles.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar o conteúdo jurídico da presunção de legitimidade do ato administrativo, partindo da sua relevância normativa no estudo dos princípios gerais de direito e dos princípios estruturais relativos a direitos fundamentais, concluindo com o sentido, alcance, limites e consequências deste importante instituto do direito administrativo. Presunção de legitimidade do ato administrativo que possibilita a atuação concreta da Administração Pública, pois de outra forma, considerando que seus atos não sejam presumidamente legítimos, não poderiam impor obrigações aos administrados e sua simples oposição paralisaria os efeitos da ação administrativa, que ficaria dependente da apreciação do Poder Judiciário, sob pena de perecer a iniciativa ou de imobilizar a Administração, com o decorrente prejuízo a toda sociedade, em outra perspectiva a ausência da presunção de legitimidade do ato administrativo levaria a completa falta de segurança jurídica aos administrados diante das decisões exaradas pela Administração Pública. Apesar de tão importante instituto jurídico não ter recebido o tratamento adequado que sua amplitude impõe por ter sido visto como instrumento de blindagem do Estado, o estudo de sua real delimitação perante o princípio da motivação é extremamente necessário para a compreensão do direito administrativo.

Palavras chave: Presunção de legitimidade do ato administrativo, conteúdo jurídico, princípios gerais de direito, motivação.

SUMÁRIO

Introdução	9
Capítulo I	17
Teoria do Ato Administrativo	17
Conceito de Ato administrativo.....	18
Requisitos e elementos dos atos administrativos	22
Atributos do Ato Administrativo	29
Capítulo II	36
Normas Jurídicas e Atributos do Ato Administrativo	36
Distinção entre Normas Jurídicas e Atributos do Ato Administrativo	38
Distinção das normas jurídicas	42
Princípios gerais de direito e princípios estruturais relativos a direitos fundamentais.....	46
Caracterização da Presunção de Legitimidade dos atos administrativos como norma jurídica	53
Capítulo III	54
Presunção de Legitimidade do Ato Administrativo	54
Denominação e definição	56
Fundamentação.....	61
Abrangência	66
Limites e consequências	67
Conflito com a presunção de inocência	70
Presunção de legitimidade e direito de resistência quanto aos atos manifestamente ilegais	73
Jurisprudência nacional sobre a presunção de legitimidade dos atos administrativos	75
Conclusão	78
Bibliografia	85

Introdução

O ato administrativo é a principal manifestação do regime jurídico administrativo¹. Seu entendimento é de vital importância para o desenvolvimento da ciência jurídica que regula a função administrativa do Estado, sendo que uma compreensão equivocada deste instituto pode dar margem a uma visão jurídica ideológica que fragiliza a sociedade democrática.

Para atender ao rigor científico que deve revestir o estudo de tão importante instituto é necessária a perfeita adequação do ordenamento jurídico posto com a realidade fática que envolve as manifestações do Estado, em especial com a Constituição Federal que rege nosso país.

Nesse contexto, tradicionalmente, são estabelecidos pela doutrina, como atributos do ato administrativo, a presunção de legitimidade e veracidade, a imperatividade, a executoriedade e a exigibilidade, como se verificará no desenvolvimento deste trabalho. Tais atributos são necessários para o perfeito funcionamento da máquina estatal, que deve agir na maioria das vezes de forma concreta, não podendo aguardar que o direito seja interpretado pelo Judiciário, sob pena de perecer a iniciativa ou de imobilizar a Administração Pública, com o decorrente prejuízo a toda sociedade pela impossibilidade de sua atuação.

A presunção de legitimidade assume então um importante papel para possibilitar a atuação da Administração Pública, sendo até mesmo fonte dos demais atributos, como corretamente afirmou Oswaldo Aranha Bandeira de Melo ao explicar que a “*idoneidade jurídica do ato administrativo de ser exigível*

¹ Celso Antonio Bandeira de Mello em depoimento magistral ao site Direto do Estado, em http://www.direitodoestado.com.br/dm.asp?num_id=0, ao tratar de sua linha de pesquisa declara a importância de ato administrativo, ao citar Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que dizia “Quem conhece ato administrativo, conhece o direito administrativo, porque tudo se realiza através do ato administrativo”.

*deflui da presunção*², ou seja, por se presumirem legais e verdadeiros é que os atos administrativos podem ser autoexecutáveis e/ou exigíveis e dotados de imperatividade.

A presunção de legitimidade, além de dar suporte à atuação concreta da Administração, impõe ao administrado a inversão do ônus da prova, outra característica decorrente do rito processual do regime jurídico administrativo, porém tal inversão não afasta as consequências de obediência ao princípio da motivação³, princípio presente em nosso ordenamento com fundamento na democracia em que o povo é o titular do poder, conforme leciona Celso Antonio Bandeira de Mello⁴.

Princípio este que não se refere somente às questões legais que motivam a criação do ato, mas também e principalmente, se além à realidade fática⁵. Motivo que é um importante pressuposto de validade do ato administrativo, como se verá no próximo capítulo deste trabalho.

Desta forma, apesar de existir a inversão do ônus da prova como decorrência da presunção de legitimidade do ato administrativo no processo administrativo e judicial, tal dispositivo não possibilita que a Administração se exima de apresentar as provas que possui, ou deixe de buscar a elucidação da verdade material, aliás, busca esta que pode caracterizar um princípio que rege o Processo Administrativo⁶.

² Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Princípios Gerais de Direito Administrativo, p. 615.

³ O art. 2º da Lei 9784 de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

⁴ Ibidem, p.112 e 113.

⁵ O inciso VII do parágrafo único do art. 2º da citada lei, dispõe: “Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:” “VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”.

⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello relaciona como Princípio do Processo Administrativo, o da busca da verdade material. (Curso de Direito Administrativo, p. 497).

O principal objetivo do presente trabalho é estabelecer o conteúdo jurídico da presunção de legitimidade dos atos administrativos, abordando o seu sentido, alcance, limites e consequências.

A presunção de legitimidade do ato administrativo é definida tradicionalmente como atributo do ato administrativo.

Maria Sylvia Zanella di Pietro⁷, ao tratar da produção de efeitos do ato administrativo, salienta que o ato administrativo por ser espécie de ato jurídico, seus atributos inerentes servem para distinguir dos demais atos de direito privado, considerando a presunção de legitimidade ou de veracidade, a imperatividade, a exigibilidade e a autoexecutoriedade como atributos por corresponderem às prerrogativas do poder público que o colocam em posição de supremacia sobre o interesse particular.

Hely Lopes Meirelles⁸, sobre o tema registrou no mesmo sentido que os atos administrativos por emanarem do poder público gozam dos atributos: presunção de legitimidade, imperatividade e autoexecutoriedade, que os distinguem dos atos de direito privado, emprestando características próprias e condições peculiares de atuação.

Diógenes Gasparini⁹ também considera a presunção de legitimidade atributo do ato em decorrência do tratamento distinto dispensado pela ordem jurídica aos interesses públicos e privados, acrescentando serem atributos também a imperatividade, a exigibilidade e a autoexecutoriedade.

Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁰ adota o mesmo entendimento quanto à presunção de legitimidade ser atributo do ato administrativo, fazendo,

⁷ Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 186.

⁸ Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 168.

⁹ Diógenes Gasparini. *Direito Administrativo*, p.74.

¹⁰ Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 412 e 413.

porém, a distinção entre os atos administrativos restritivos e ampliativos de direito, considerando que determinados atributos só têm motivo de existir quando o Poder Público expede atos que condicionam, restringem ou se impõe à situação jurídica dos administrados, o que não se aplica logicamente nos casos em que amplia sua esfera jurídica. O autor também faz a ressalva que a presunção de legitimidade é um atributo que abrange tanto os atos ampliativos quanto os restritivos de direito.

Luis Manuel Fonseca Pires¹¹, sobre o tema, também adota posição similar, no sentido de que os atributos do ato retiram seu fundamento de validade do regime jurídico administrativo e considerando a presunção de legitimidade e veracidade como um desses atributos.

Ney José de Freitas¹², em tese de doutoramento específica sobre o tema, aborda a necessidade de se amenizar a carga forte que se atribuiu a esta presunção, mitigando seus efeitos, também adota o entendimento da presunção de validade do ato administrativo (denominação preferida pelo autor) ser atributo do ato administrativo.

Apresentando uma posição diversa em relação à existência de atributos do ato administrativo, Marçal Justen Filho¹³ explanou sobre o tema:

Os chamados “atributos” do ato administrativo (presunção de legitimidade – e de regularidade -, imperatividade e auto-executoriedade) foram concebidos durante período pretérito. Essa versão tradicional reflete a influência de concepções não democráticas do Estado. Há forte resquício das teorias políticas anteriores à instauração de um Estado Democrático de Direito, que identificavam a atividade administrativa como manifestação da “soberania” estatal. Como decorrência, o ato administrativo traduzia as “prerrogativas” do Estado, impondo-se ao particular pela utilização da força e da violência.

¹¹ Luis Manuel Fonseca Pires, Limitações Administrativas à Liberdade e à Propriedade, Ney José de Freitas, Ato Administrativo, Presunção de Validade e a Questão do Ônus da Prova, p.65 e 66.

¹² Ney José de Freitas, Ato Administrativo, Presunção de Validade e a Questão do Ônus da Prova, p. 95.

¹³ Marçal Justem Filho, Curso de Direito Administrativo, p. 279 e 280.

A implantação de uma democracia republicana afeta essas concepções, mesmo quando não acarrete sua eliminação. Ou seja, o estudo dos atributos peculiares do ato administrativo tem de refletir os princípios inerentes à organização democrática do poder estatal.

A mais fundamental ressalva a fazer reside em que os ditos “atributos” não são um efeito inerente ao ato administrativo, nem uma decorrência da qualidade estatal do agente que produz. Tais atributos são uma decorrência do direito, o que significa uma inafastável compatibilidade com a Constituição. É o direito que prevê e delimita os ditos efeitos, por reputar que tal se faz necessário para o bom desempenho da função administrativa. Portanto, aquilo que o direito não poderia atribuir ao Estado não pode ser extraído como “atributo” próprio do ato administrativo.

Augustin Gordillo¹⁴, em seu “Tratado de Derecho Administrativo”, reserva um capítulo sobre o tema e aborda a importância de se fazer uma releitura sobre a presunção de legitimidade no direito argentino, limitando a questão da presunção com alcance apenas aos atos regulares que não apresentem nulidade manifesta. Entende a presunção de legitimidade como característica do ato, elencando também a executoriedade (que subdivide em exigibilidade e executoriedade propriamente dita), estabilidade e impugnabilidade como características do ato administrativo.

Com a devida ressalva que se deve ter ao analisar a doutrina estrangeira, que possui uma interpretação semântica própria e um contexto jurídico positivo diferente do nosso, como é o caso do direito argentino, em que o decreto-lei 19.549/72, em seu artigo 12, primeira parte, declara “El acto administrativo goza de presunción de legitimidad”, contexto distinto em uma sociedade distinta, mas que serve para compreender que a característica do ato presunção de legitimidade no direito argentino é norma jurídica, positivada em seu ordenamento.

¹⁴Augustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, p. V-1: “Hay mucha dispersión en doctrina acerca de cuales serían los caracteres de acto administrativo, generalmente enunciados como presunción de legitimidad (o executoriedad) y executoriedad (o ejecución de oficio por la administración): ambos a su vez muy cuestionados. En cualquier caso, corresponde considerar dos caracteres más, fundamentales para el Estado de derecho: estabilidad e impugnabilidad.”

Ainda no direito argentino, Roberto Dromi¹⁵ expõe como características jurídicas essenciais do ato administrativo regular: a legitimidade, executividade, executoriedade, estabilidade e impugnabilidade, definindo a presunção de legitimidade como presunção de validade do ato administrativo, enquanto sua possível nulidade não tenha sido declarada por autoridade competente.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, em notória explanação sobre o tema¹⁶, trata das espécies de ato administrativo e dos modos diferentes de sua efetivação e, ao abordar os atos restritivos de direito, qualifica os atributos como instrumentos de eficácia:

Os atos administrativos da última espécie, por traçarem barreira à ação dos particulares, às vezes não são obedecidos por eles. Porém, sua eficácia, uma vez perfeito o ato, não pode ser obstada por terceiros; e, se não for espontaneamente respeitado, cabe a própria Administração Pública exigir seu cumprimento. Conseqüentemente, de moto próprio realiza sua efetivação ou, então, vale-se de ação judicial adequada perante o Judiciário.

*A exigibilidade ou a imperatividade do ato administrativo consiste na qualidade inerente ao ato administrativo de atuar de modo executivo, ou melhor, de obrigar terceiro a se comportar de conformidade com o por ele disposto, a se sujeitar aos seus ditames. Na verdade, a idoneidade jurídica do ato administrativo de ser exigível deflui da presunção, que ele tem, de verdade, salvo prova em contrário, com referência a terceiros, órgãos da Administração ou particulares, sem necessidade de juízo probatório preventivo da sua validade. É o chamado (**'privilège du préalable'**).*

Os apontamentos doutrinários de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello indicam que a presunção de legitimidade ou de veracidade dos atos administrativos, como instrumento para a sua eficácia, deva ser considerada como princípio jurídico. Neste sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello ao

¹⁵ Roberto Dromi, Derecho Administrativo, p. 224 e 225: “Presunción de Legitimidad. Es la presunción de validez de lacto adminiistrativo mientras su posible nulidad no haya sido declarada por auoridad competente”.

¹⁶ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Princípios Gerais de Direito Administrativo, p. 614 e 615.

tratar da teoria do funcionário de fato, elenca a presunção de legitimidade como princípio jurídico¹⁷.

Ao suscitar uma tensão entre o princípio da presunção da inocência e a presunção de legitimidade de provas acusatórias, Fabio de Medina Osório¹⁸ apresenta a noção de conflito aparente de normas de princípio.

A análise de Fabio de Medina Osório decorre da conclusão de que a presunção de legitimidade ou veracidade dos atos administrativos tem como consequência a inversão do ônus da prova. Ao explanar sobre o princípio da Supremacia do interesse público sobre o privado, Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁹ adverte que tal inversão deva ser restrita somente a função administrativa:

No campo da Administração, deste princípio procedem as seguintes conseqüências ou princípios subordinados:

a) posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares;

b) posição de supremacia do órgão nas mesmas relações.

(a) Esta posição privilegiada encarna benefícios que a ordem jurídica confere a fim de assegurar conveniente proteção aos interesses públicos instrumentando os órgãos que os representam para um bom, fácil, expedito e resguardado desempenho de sua missão. Traduz-se em privilégios que lhes são atribuídos. Os efeitos desta posição são de diversa ordem e manifestam-se em diferentes campos.

Não cabem aqui delongas a respeito. Convém, entretanto, lembrar, sem comentários e precisões maiores, alguns exemplos: a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos (a qual segundo entendemos, só vige enquanto não contidos em juízo, ressalvados os casos expressos em lei).

¹⁷ Celso Antonio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, p. 244: “De passagem, anote-se que o defeito invalidante da investidura de um agente não acarreta, só por só, a invalidade dos atos que este praticou. É a conhecida teoria do “funcionário de fato” (ou “agente público de fato”). “Funcionário de Fato” é aquele cuja investidura foi irregular, mas cuja situação tem a aparência de legalidade. Em nome do princípio da aparência, da boa-fé dos administrados, da segurança jurídica e do **princípio da presunção de legalidade** dos atos administrativos reputam-se válidos os atos por ele praticados, se por outra razão não forem viciados.” Grifo meu.

¹⁸ Fabio de Medina Osório, Direito Administrativo Sancionador, p. 392: “Um dos problemas fundamentais que suscita o princípio da presunção de inocência é, sem dúvida, a questão da tensão entre presunção de veracidade de determinados atos administrativos e seus efeitos nos direitos dos acusados em geral. Tal tensão pode projetar-se não apenas nos processos administrativos, mas nos judiciais, em que se busca o controle dos atos administrativos.”

¹⁹ Celso Antonio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo, pág. 66.

Maria Sylvia Zanella de Pietro conclui, ao tratar sobre a presunção, que ela se divide em presunção de legitimidade e presunção de veracidade, sendo que a inversão do ônus da prova seria consequência da presunção de veracidade, por tratar de aspectos fáticos relacionados à prova, pois para nulidade do ato em confronto com a lei basta a apreciação do juiz, não necessitando da apresentação de provas²⁰.

Da matéria exposta, depara-se com as seguintes indagações:

- a) A presunção de legitimidade ou de veracidade dos atos administrativos é princípio jurídico, atributo do ato, ou ambos?
- b) Qual o alcance e os limites para as conseqüências jurídicas desta presunção e quais implicações decorrem destes entendimentos?
- c) Qual o modelo que nossa jurisprudência vem adotando atualmente?

Para chegar à resposta dessas questões, o presente trabalho será dividido em quatro capítulos, sendo que o primeiro estudará a teoria do ato administrativo; o segundo fará a distinção entre normas jurídicas e atributos do ato administrativo; o terceiro trará um estudo conceitual sobre a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos, abordando sua denominação, conceito, fundamentos, abrangência, sentido e fará uma análise da jurisprudência nacional sobre o tema e o último capítulo será reservado às conclusões do que foi apresentado.

²⁰ Maria Sylvia Zanella di Pietro. Direito Administrativo, 21ª edição, pág. 188: “A presunção de veracidade inverte o ônus da prova; é errado afirmar que a presunção de legitimidade produz este efeito, uma vez que, quando se trata de confronto entre ato e lei, não há matéria de fato a ser produzida; neste caso, o efeito é apenas o anterior, ou seja, o juiz só apreciará a nulidade a ser argüida pela parte.”

Capítulo I

Teoria do Ato Administrativo

O presente capítulo busca esclarecer qual o contexto em que será empregada a noção de uma teoria do ato administrativo em relação à presunção de legitimidade, trazendo o conceito de ato administrativo, dissecando seus requisitos em paralelo à sua invalidação e apontando algumas de suas características, comumente denominadas atributos.

Para compreender a real dimensão da presunção de legitimidade, é necessário partir de uma base sólida construída através do conhecimento do ato administrativo que, dada sua natureza complementar ao direito, sempre restrito à imposição do Princípio da Legalidade, não deve ser entendido como norma jurídica, mas sim como meio de sua efetivação por impor uma obrigação advinda da lei.

A doutrina do direito administrativo se desenvolve fartamente em relação à construção de uma teoria que comporte todos os aspectos relacionados ao ato administrativo começando pela difícil tarefa que seria a sua conceituação.

Partindo do conceito de ato administrativo, a sua eficácia e por sua vez a efetividade de todo ordenamento jurídico repousa na correlação entre seus pressupostos de existência, seus pressupostos de validade e elementos com a noção de perfeição e validade.

Concluindo o capítulo serão apresentadas as características do ato administrativo que, como será verificado, não se originam no ato em si, mas decorrem do regime jurídico ao qual está submetido.

Conceito de Ato administrativo

O ato administrativo, por ser categoria de ato jurídico, deve ser delimitado como manifestação de vontade da Administração Pública em contraposição aos fatos jurídicos que não apresentam o aspecto volitivo.

Neste sentido, Miguel Reale²¹ conceitua fato jurídico como um fato juridicamente qualificado, evento ao qual as normas jurídicas já atribuíram determinadas consequências, dando desta forma sua configuração e o tipificando. Remata com o entendimento de que fato jurídico é todo e qualquer fato, de ordem física ou social, inserido em uma estrutura normativa.

O citado autor também diferencia ato de fato, explicitando que fato em sentido estrito é um acontecimento natural não volitivo e o ato é um fato resultante da volição humana (comportamento)²².

Mesmo essa simples afirmação encontra dificuldades de sustentação com relação aos atos materiais, pois, apesar de serem considerados fatos jurídicos, apresentam características próprias dos atos administrativos, como no exemplo célebre da central controladora de semáforos, comandada por um computador que controle as cores dos semáforos de acordo com o nível de congestionamento determinado por um radar²³.

O problema suscitado encontra resposta na própria definição de conceitos jurídicos como proposto por Celso Antonio Bandeira de Mello²⁴, no sentido de que:

O conceito é uma delimitação de objetos de pensamento sintetizados sob um signo breve adotado para nomeá-los (uma palavra). Ora, nada constrange logicamente um estudioso a

²¹Miguel Reale - Lições Preliminares de Direito, p. 200.

²² Ibidem, p. 373 e 374.

²³ Celso Antonio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, p 335.

²⁴ Ibidem, p. 359 a 362.

proceder tal delimitação de maneira coincidente com a realizada por outro jurista”, sendo que o critério que deve nortear os conceitos jurídicos é o da utilidade (funcionalidade ou operatividade), nas palavras do autor “não há um conceito verdadeiro ou falso. Portanto deve-se procurar adotar um que seja o mais possível útil para os fins que se propõe o estudioso²⁵.

Partindo desta análise, Celso Antonio Bandeira de Mello conceitua ato administrativo em conceito amplo e conceito estrito²⁶. No sentido amplo para o autor ato administrativo é uma declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como por exemplo, um concessionário de serviço público), 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 jurisdicional. Já no sentido estrito é uma *declaração unilateral do Estado nos exercícios de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.*

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello propõe uma nova denominação para os atos administrativos em sentido estrito, que, apesar de não ter criado eco na doutrina brasileira, seria extremamente útil e evitaria incompreensões geradas pelas características diversas de atos gerais e unilaterais ou concretos e abstratos, a denominação proposta seria a de atos executivos:

Embora perfeitamente exata a denominação ato executivo para cognominar essa espécie de ato, foi repudiada e substituída pela de ato administrativo. Pretende-se que aquela não conota satisfatoriamente seu objeto, porquanto o ato administrativo não se reduz à execução autômata da lei, sendo que, na maioria das vezes, há largo campo de apreciação discricionária, não só quanto ao momento azado para praticá-lo, como sobre seu próprio

²⁵ Celso Antonio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, p. 376.

²⁶ Ibidem p. 380, 381 e 382.

conteúdo. Mas a expressão “ato executivo” não significa ato de execução autômata, e, tão somente, de execução de outro ato. Ora, o chamado ato administrativo, em sentido estrito e ordinário, acima definido, só pode ser praticado nos termos da lei, para realizar preceito normativo. Preferível, portanto seria a adoção da expressão “ato executivo”, como espécie do gênero “ato administrativo”, que se reservaria apenas para o sentido lato, envolvendo este e o normativo²⁷.

Para o estudo em questão deve-se analisar um conceito amplo de ato administrativo, pois a presunção de legitimidade dos atos administrativos não se limita aos atos dotados de concreção e unilateralidade e se limita à função administrativa, encontrando guarida também nos atos típicos das funções política, legislativa e jurisdicional, como se verá no capítulo III deste estudo.

Do conceito de ato administrativo é importante ressaltar que, independentemente do sentido adotado, uma de suas características de maior relevância e que deve pautar sua conceituação é a dependência obrigatória do ato ter pertinência com a função administrativa.

O ato administrativo é uma declaração do Estado e conseqüentemente manifestação de seus agentes que são instrumentos expressivos de sua vontade ou ação²⁸.

O conceito de ato administrativo apresentado por Celso Antonio Bandeira de Mello atende às necessidades técnicas jurídicas para a elaboração deste estudo, com a ressalva de que os atos administrativos em sentido estrito serão denominados atos executivos, para evitar confusão bastante comum nos estudos sobre ato administrativo.

²⁷ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 477.

²⁸ Celso Antonio Bandeira de Mello ao conceituar agente público se refere ao agente como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação. *Curso de Direito Administrativo*, p. 243.

A seguir estudar-se-á os requisitos e elementos que devem compor os atos administrativos e sua relação com a perfeição, validade e eficácia.

Requisitos e elementos dos atos administrativos

Apesar da composição do ato administrativo não receber um tratamento único na doutrina nacional, havendo posições divergentes, o entendimento que o ato deva ser analisado não somente em relação aos seus elementos internos, mas também, às condições de sua criação, existência e validade leva à conclusão lógica de separação entre elementos e pressupostos.

Weida Zancaner²⁹, ao tratar da diferença entre os conceitos de “perfeição” e “validade” e o posicionamento de Zanobini e Celso Antonio, aborda a distinção de elementos e pressupostos do ato administrativo no seguinte sentido:

- Elementos: o Conteúdo e a Forma;
- Pressupostos de Existência: o Objeto e a Pertinência do ato ao exercício a Função Administrativa e
- Pressupostos de Validade: Subjetivo, Objetivo, Teleológico, Lógico e Formalístico, fazendo o devido reparo no sentido de ser o objeto desmembrado do conteúdo, alterando desta

²⁹ Weida Zancaner, Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos, p. 35 e 36. “Esta distinção entre elementos e pressupostos do ato administrativo, tal como sustentada por Celso Antonio Bandeira de Mello, e que sufraga a distinção entre perfeição e validade, em nosso entender merece acolhida, inobstante os pequenos reparos que se lhe deve fazer.”

“Os elementos do ato administrativo, consoante ensinamento de Celso Antonio Bandeira de Mello, são: conteúdo e forma.”

“O conteúdo é aquilo que o ato dispõe, isto é, a enunciação da modificação pretendida pelo ato na ordem jurídica, e nele encontra-se implícito o objeto do ato, pois conforme ensina o jurista, quem dispõe tem que dispor sobre alguma coisa. A forma, por sua vez, é a exteriorização do conteúdo.”

“Acordamos com o jurista; todavia, preferimos desmembrar o conteúdo do objeto do ato, por entendermos que a subsunção da noção de objeto à noção de conteúdo poderá levar-nos, algumas vezes, a situação de difícil compreensão.”

forma, posição antes adotada por Celso Antonio Bandeira de Mello³⁰.

Essa divisão proposta facilita a compreensão de perfeição e validade do ato. São perfeitos os atos dotados dos elementos e pressupostos de existência, cuja ausência considera-se inexistente. Já quando os atos possuírem os pressupostos de validade, serão considerados válidos e, no caso de ausência de um ou mais destes pressupostos, o ato poderá ser invalidado. A ausência de um ou mais pressupostos de validade pode gerar atos nulos, anuláveis ou irregulares.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello³¹, perfeição significa que as fases necessárias à produção do ato foram esgotadas e a validade acontece quando o ato administrativo for expedido em absoluta conformidade como o sistema normativo.

Com relação a atos inexistentes, nulos, anuláveis e irregulares, Celso Antonio Bandeira de Mello entende que os atos inexistentes assistam ao campo do impossível jurídico, comportamentos inadmissíveis radicalmente pelo Direito, citando como exemplo os crimes cometidos pela Administração Pública, já os atos nulos seriam aqueles assim declarados pelo direito e que sua convalidação fosse racionalmente impossível, pois sempre que se tentasse reproduzir o ato, ele manteria o vício e os atos anuláveis da mesma forma seriam aqueles que a lei assim o declare, porém sua reprodução pode ocorrer sem vício³².

³⁰ Celso Antonio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo, p. 389 e 390.

³¹ *Ibidem*, p. 382.

³² *Ibidem*, p. 470 e 471.

Os atos irregulares por sua vez seriam aqueles com vícios materiais de menor importância, irrelevantes, com defeito na formalização ou transgressão de normas de padronização interna dos instrumentos que se veiculam os atos administrativos³³.

Cabe agora fazer uma breve análise dos pressupostos de validade, subjetivo, objetivo, teleológico, lógico e formalístico, para compreender a presunção de legitimidade, por ser prioritariamente nesses pressupostos em que ela reside.

Os atos administrativos que possuem vícios nos elementos ou pressupostos de existência, quando manifestos (em geral tais vícios do ato o são), apesar de poderem gerar efeitos, não poderiam ser abarcados pela presunção de legitimidade, cabendo na atuação autoexecutória da Administração o direito de resistência por parte do administrado.

O pressuposto subjetivo se refere a quem produz o ato, com a advertência de atentar para a capacidade, competência, quantidade de atribuições do órgão e os óbices à sua atuação no caso concreto³⁴.

Tal pressuposto de validade, em consequência da presunção de legitimidade dos atos administrativos, com relação principalmente aos atos ampliativos de direitos, em que o administrado encontre-se de boa-fé, no caso de vício, deverá levar a Administração Pública à obrigação de convalidar o ato viciado³⁵.

³³ Celso Antonio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo, p. 463. “Atos irregulares são aqueles padecentes de vícios materiais irrelevantes, reconhecíveis de plano, ou incursos em formalização defeituosa consistente em transgressão de normas cujo real alcance é meramente o de impor a padronização interna dos instrumentos pelos quais se veiculam os atos administrativos.”

³⁴ *Ibidem*, p. 391.

³⁵ Vide nota de rodapé nº 15, em relação à teoria do funcionário de fato e as conclusões de Weida Zancaner quanto ao dever de convalidar da Administração, “Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos”, p. 64 a 70.

O pressuposto objetivo por sua vez se subdivide em motivo e requisitos procedimentais, sendo o motivo o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato³⁶, cabendo esclarecer que, como pressuposto de validade, o motivo somente se refere a questões de fato concretas e não relativas às situações abstratas prevista na lei, pois a conformidade do ato administrativo com a lei de forma ampla só se encontra completa no atendimento de todos os pressupostos de validade.

Daí a distinção necessária entre motivação e motivo do ato, pois a motivação como princípio jurídico acarreta o dever de fundamentar o ato administrativo em relação aos motivos de fato e de direito que levaram a sua criação e a falta de motivação leva a invalidação do ato administrativo (teoria dos motivos determinantes), como se verá de forma mais abrangente no quarto capítulo deste trabalho em relação à inversão do ônus da prova decorrente da presunção de legitimidade dos atos administrativos.

Os requisitos procedimentais se referem ao atendimento da realização dos atos precedentes no processo de obtenção do ato administrativo, como bem observa Marçal Justem Filho que *“é relevante ter em mente que os conceitos de atividades e de procedimentos tornaram-se nucleares inclusive no tocante à produção de atos administrativos específicos.”*³⁷

O processo administrativo é importante garantia dos direitos dos administrados, pois o atendimento de seu formalismo impede que a Administração Pública adote medidas precipitadas ou arbitrárias, resguardando o direito dos administrados e trazendo maior transparência na fundamentação

³⁶ Celso Antonio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, p. 391.

³⁷ Marçal Justem Filho, Curso de Direito Administrativo, p. 211 e 212.

dos atos administrativos, desta forma possibilitando que a Administração adote sempre a melhor medida na situação concreta.

A Administração Pública, por força dos princípios constitucionais da publicidade, da eficiência e do princípio republicano, sempre que possível, deve preceder às decisões administrativas de um processo formal.

Neste sentido, o pressuposto de atendimento aos requisitos procedimentais é um importante instrumento para aferir a validade do ato administrativo.

O pressuposto teleológico se refere ao atendimento da finalidade almejada pelo ato administrativo de acordo com a norma legal que lhe confere legitimidade.

Cabe fazer a distinção de finalidade e fim no contexto deste importante princípio jurídico, consequência implícita do princípio constitucional da legalidade e positivado em nosso ordenamento no art. 2 da Lei 9784/99³⁸ (Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal).

Tal princípio pode ser caracterizado pelo atendimento da finalidade que se destina a norma legal ou o fim que se objetiva com o ordenamento jurídico que é o atendimento do Interesse Público³⁹.

Nas palavras de Rudolf von Ihering⁴⁰: “A idéia de direito encerra uma antítese, da qual jamais se pode, absolutamente separar: a luta e a paz; a paz é o termo do direito, a luta é o meio de obtê-lo.”, ou seja, o fim a que se destina

³⁸ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, **finalidade**, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

³⁹ Celso Antonio Bandeira de Mello, *ibid.*, p. 401, ao tratar do desvio de poder o autor faz a seguinte distinção: “De dois modos pode manifestar-se o desvio de poder: a) quando o agente busca uma finalidade alheia ao interesse público (...) b) quando o agente busca uma finalidade – ainda que de interesse público – alheia a “categoria” do ato que utilizou...”.

⁴⁰ Rudolf von Ihering, *A luta pelo Direito*, p. 197.

o direito é a paz na sociedade, que só pode ser alcançada atendendo ao interesse público, neste sentido todas as normas jurídicas tem uma mesma finalidade.

Em relação à finalidade do ato, Luis Manuel Fonseca Pires utiliza a divisão da finalidade do ato administrativo em sentido amplo e estrito⁴¹, sendo que no sentido amplo o ato administrativo almeja o interesse público e em sentido estrito cada ato tem por finalidade um resultado específico.

No contexto apresentado, verifica-se que o pressuposto teleológico se refere somente à finalidade em sentido estrito, pois quando não há atendimento ao interesse público (sentido amplo da finalidade) o ato administrativo não possui o pressuposto de existência referente à pertinência a função administrativa e conseqüentemente deveria ser considerado ato inexistente dentro dos parâmetros apresentados neste estudo.

O pressuposto lógico se refere à causa do ato, conforme define Celso Antonio Bandeira de Mello⁴²: “a correlação lógica entre o pressuposto motivo e o conteúdo do ato em função da finalidade tipológica do ato”.

Este pressuposto leva a interpretação do ato administrativo sobre os parâmetros estabelecidos nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade⁴³, em resumida análise uma verificação da necessidade, adequação e proporcionalidade estrita do ato administrativo.

⁴¹ Luis Manuel Fonseca Pires, Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa: Dos conceitos Jurídicos Indeterminados às Políticas Públicas, p. 211

⁴² Celso Antonio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, p. 402.

⁴³ Conforme ensina José Roberto Pimenta Oliveira, Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro, p. 285: “Se a razoabilidade, com sua normatividade principiológica, representa a imposição, na emanção dos atos administrativos (em sentido amplo), do respeito a uma lógica jurídica diferenciada na atividade cognitiva e decisória no processo de interpretação-aplicação do direito administrativo, mediante atenta avaliação do plexo de princípios, valores, bens e direitos nele envolvidos, a proporcionalidade desvenda um dos importantes meios de racionalização do princípio em foco.”

Por fim, o último pressuposto a ser estudado é o pressuposto formalístico, que se refere à formalização do ato, sua maneira específica de ser expresso que difere do elemento forma que representa a exteriorização do ato, independentemente de como foi estabelecida. A violação de tal pressuposto tem como consequência o estabelecimento de irregularidade no ato administrativo, irregularidade que no direito pátrio não leva a invalidação do ato⁴⁴, sendo que um importante argumento para a manutenção da validade dos atos irregulares é o da presunção de legitimidade dos atos administrativos.

⁴⁴ Celso Antonio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, p. 463: “Assim as regras atinentes a tal aspecto não têm relevância jurídica externa, mas puramente interna, razão pela qual a violação delas só pode acarretar sanções administrativas para os agentes que as desatenderem, mas em nada interfere com a validade do ato.”

Atributos do Ato Administrativo

Os atributos do ato administrativo foram definidos e estudados pela doutrina com o objetivo de distinguir os atos de direito privado dos atos administrativos⁴⁵, porém, após um estudo mais detalhado da questão, verifica-se que tais atributos não estão presentes em todos os atos administrativos⁴⁶, excetuando a presunção de legitimidade que, por sua vez, tem uma dimensão maior dentro do ordenamento jurídico, não se restringindo somente aos atos administrativos.

Tal constatação demonstra que o estudo dos atributos como forma de distinção entre atos jurídicos de direito privado e atos administrativos não seria, para este fim, de grande utilidade, pois os atributos imperatividade, exigibilidade e autoexecutoriedade não seriam um parâmetro de distinção para todos os atos, restringindo-se aos atos restritivos de direitos, e a presunção de legitimidade abarcaria os atos das demais funções estatais conforme será demonstrado no estudo sobre a abrangência da presunção no capítulo III deste trabalho. O fator de discriminação utilizado não contempla a generalidade do conceito de ato administrativo, não apresentando desta forma a exatidão necessária para realizar tal distinção, considerando também que alguns destes atributos encontram guarida em figuras do direito privado, como por exemplo, a legítima defesa e o estado de necessidade (art. 188, I e II, do Código Civil), o desforço imediato (art 1210, d 1º, do Código Civil) e a possibilidade do proprietário de terreno invadido pelas raízes e ramos de árvore que ultrapassem o limite divisório de cortá-los (art. 1283 do Código Civil).

⁴⁵ Neste sentido Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 207; Luis Manuel Fonseca Pires, *Limitações Administrativas à Liberdade e à Propriedade*, p. 65; Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 158; Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo*, p. 74.

⁴⁶ Nota de rodapé 09.

Por esses motivos a constatação da existência de tais atributos não deve ser estudada como forma de distinção de atos jurídicos de direito privado e atos administrativos, sendo que tal forma de distinção pode levar à conclusão errada que as relações entre a Administração Pública e os administrados são baseadas em “poderes comandantes” numa clara inversão ao modelo democrático de nosso país.

O motivo do estudo de tais atributos, restritos a sua devida dimensão, é uma decorrência do regime jurídico administrativo que, para o desenvolvimento pleno no plano da eficácia de seus atos, necessita que sua atuação, nestas situações específicas, não seja interrompida pela análise judicial, pois de outra forma seria impossível para a Administração Pública desenvolver as suas atividades.

Apesar de não ser pacífica a adoção pela doutrina de quais seriam os atributos do ato administrativo, serão objeto de análise neste estudo, conforme já exposto, os atributos, imperatividade, autoexecutoriedade e exigibilidade, por entender que neste contexto tais atributos abrangeriam esta necessidade de atuação da Administração Pública.

Maria Sylvia Zanella de Pietro acrescenta como atributo a tipicidade⁴⁷, no sentido que a Administração em seus atos unilaterais deve em obediência ao princípio da legalidade, somente realizar atos definidos em lei, com a ressalva aos contratos administrativos que não se submetem a tal obrigação.

A tipicidade é sim o grande fator de distinção entre os atos jurídicos de direito privado e os atos administrativos, sendo que, com base no princípio

⁴⁷ Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 190 e 191.

da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei determina dentro de princípios constitucionais e desta forma se distingue dos atos de direito privado pautados na autonomia da vontade do particular. Quanto aos contratos administrativos, adotando o entendimento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello de serem eles atos unilaterais ou convencionais, precedidos de contrato sobre a equação econômico-financeira⁴⁸ também estariam sujeitos a tal atributo, sendo típicos conforme a imposição do princípio da legalidade à Administração Pública.

A presunção de legitimidade do ato administrativo, tema deste trabalho, será objeto de estudo nos próximos capítulos.

A imperatividade é o atributo do ato de se impor unilateralmente aos administrados. Para Celso Antonio Bandeira de Mello⁴⁹ “é a qualidade pela qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância”, para Luis Manuel Fonseca Pires tal atributo é característica comum nos atos emitidos pelo Estado, por serem comandos complementares a lei, que é sua fonte primária⁵⁰, decorrência da característica essencial genérica da norma jurídica se referindo a entendimento adotado por Maria Helena Diniz⁵¹.

Partindo da imperatividade, o ato administrativo como consequência pode possuir os dois outros atributos: a exigibilidade e a executoriedade, ambos se referem ao meio do qual o Estado fará com que se cumpra à obrigação imposta, sendo a exigibilidade *“a qualidade em virtude da qual o Estado, no exercício da função administrativa, pode exigir de terceiros o*

⁴⁸ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Princípios Gerais de Direito Administrativo, p. 693.

⁴⁹ Celso Antonio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, p. 413.

⁵⁰ PIREZ, Luis Manuel Fonseca. Limitações Administrativas à liberdade e à propriedade, p.81.

⁵¹ Ibidem, p.83.

cumprimento, a observância, das obrigações que impôs”⁵² e a autoexecutoriedade “é a qualidade pela qual o poder público pode compelir materialmente o administrado”⁵³.

A imperatividade é a imposição da obrigação que advém da lei e a auto-executoriedade e a exigibilidade são os meios que o Estado se vale para atingir sua eficácia, cumprindo assim com a produção de seus efeitos. Tais atributos possibilitam que a Administração Pública faça cumprir a obrigação que impôs sem a necessidade de prévia autorização judicial.

Atuação esta que só é possível se os atos administrativos forem previamente reconhecidos em conformidade com o direito e motivados por fatos verdadeiros, neste entendimento, a compreensão lógica é que a presunção de legitimidade dos atos administrativos é que possibilita a existência dos demais atributos.

Do exposto e considerando as características definidas desses atributos, pode se concluir que a imperatividade, autoexecutoriedade e exigibilidade se referem somente aos atos administrativos restritivos de direitos, conforme delimitado por Celso Antonio Bandeira de Mello⁵⁴, sendo certo também que se pode observar que a executoriedade e exigibilidade devem se ater aos atos executivos, dada sua atuação concreta, e não aos atos administrativos de forma geral, abrangendo também os normativos (gerais e abstratos).

A atividade normativa do regulamento existe para o fiel cumprimento da lei (art. 5 II e art. 84 IV da CF) e se dirige à Administração Pública e não à sociedade em geral, conclusão que se depreende do conceito de regulamento

⁵² Celso Antonio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, p. 413.

⁵³ Idem.

⁵⁴ Vide nota de rodapé 09.

de Celso Antonio Bandeira de Mello, que define o regulamento como um *“ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja atuação demande atuação da Administração Pública.”*⁵⁵

A Professora Luciana Sant’Ana Nardi⁵⁶ em monografia sobre discricionariedade administrativa e discricionariedade técnica registrou:

O regulamento só tem cabimento quando a lei pressupõe, para sua execução, a instauração de relações entre a Administração e os administrados cuja disciplina comporta certa discricionariedade administrativa, e isto ocorre em dois casos: (a) sempre que necessário um regramento procedimental que disponha sobre a conduta que órgãos e agentes administrativos deverão observar e fazer observar; e (b) quando a lei comportar expressões vagas que pressupõe uma averiguação técnica a serem fixadas em nível administrativo.

Partindo do princípio constitucional que somente por lei se poderá obrigar o cidadão a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa e que por esse motivo os regulamentos existem para sua fiel execução, conclui se que os regulamentos não impõem obrigações diretas para a sociedade, mas servem para atender ao princípio da impessoalidade dispondo de forma uniforme como deve atuar a Administração Pública.

No entendimento de Luciano Ferreira Leite, o regulamento administrativo no direito brasileiro:

*é ato unilateral, geral e abstrato (excepcionalmente concreto), expedido pelos Chefes do Executivo da União, Estados e Municípios, o qual impõe restrição ao agir das autoridades administrativas, estreitando as possibilidades previstas em lei e obrigando as autoridades incumbidas de cumpri-lo, tendo como finalidade propiciar condições para a fiel execução das leis, na conformidade do interesse público.*⁵⁷

⁵⁵ Celso Antonio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, p. 339.

⁵⁶ Luciana Sant’Ana Nardi, Discricionariedade Administrativa e Discricionariedade Técnica, p.93.

⁵⁷ Luciano Ferreira Leite, O regulamento no direito brasileiro, p. 43.

O mesmo autor também esclarece que a única distinção entre os regulamentos e os demais atos gerais e abstratos consiste no fato de ser o regulamento privativo do Chefe do Poder Executivo Federal, Estadual ou Municipal, conforme o plexo de competências outorgado a cada um deles⁵⁸.

As obrigações são criadas pela Lei e devido à impossibilidade de antever todas as situações fáticas por ela abrangidas, necessita que para a sua atuação concreta a Administração Pública possua margem discricionária para criação de seus regulamentos que, ao impor sua forma de atuação, cria na sociedade os parâmetros para o cumprimento da obrigação legal.

Neste sentido, o regulamento não impõe diretamente o dever ao administrado, mas sim ao estabelecer a forma como a Administração irá atuar; indiretamente, leva o cidadão a cumprir a obrigação prevista na lei nos parâmetros traçados pela Administração. Exemplificando desta forma não é a resolução 277 do CONTRAN que cria a obrigação do uso de assento especial para menores de dez anos, mas é a lei (Código de Trânsito Brasileiro), sendo que a resolução ao estabelecer as condições mínimas de segurança para o transporte de passageiros dita os parâmetros para o cumprimento da lei, estabelecendo a forma como a Administração Pública irá fiscalizar a sociedade.

Por este motivo os regulamentos como atos administrativos gerais e abstratos não são dotados de autoexecutoriedade ou exigibilidade, exceção se faz aos regulamentos com efeitos concretos, porém tais regulamentos obviamente não são atos abstratos.

Por agirem de forma em geral abstrata, os atos normativos não podem ser dotados dos mesmos atributos que atos executivos, pois de outra

⁵⁸ Idem p. 28.

forma a Administração Pública faria a função do legislativo, porém sem atender ao princípio democrático.

Já a figura do contrato administrativo inexistente com o contorno jurídico dado ao contrato de direito civil. Conforme o entendimento já exposto, o contrato administrativo nada mais é que atos administrativos unilaterais ou convencionais, precedidos de contrato sobre a equação econômico-financeira, sendo o ato jurídico principal complementado pelo contrato que figura como adjeto⁵⁹ e, desta forma, estabelece, conforme o previsto em lei, as condições da realização do serviço ou obra pública de forma abstrata por anteceder a situação fática concreta, tais imposições por restringirem direitos e se dirigirem ao administrado podem conter os atributos da imperatividade e exigibilidade.

⁵⁹ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 689 e 693.

Capítulo II

Normas Jurídicas e Atributos do Ato Administrativo

Como constatado no capítulo anterior, os atributos do ato administrativo não devem ser estudados como consequência do ato, mas sim do próprio ordenamento jurídico e por esse motivo é necessário distinguir tais atributos das normas jurídicas.

Partindo deste entendimento, os atributos imperatividade, autoexecutoriedade e exigibilidade só existem como consequência de outra norma jurídica específica, não existindo quando a norma não determine que a Administração Pública deva assim proceder.

Como decorrência do ordenamento jurídico, os atributos do ato administrativo buscam seu fundamento último em princípios e regras de nosso direito e se relacionam com as normas jurídicas por caracterizarem um “fato-concreto” decorrente do fim do processo normativo.

A autoexecutoriedade, a imperatividade e a exigibilidade são características de atuação da Administração Pública em atos restritivos de direitos dos administrados e busca uma ação concreta complementar a lei sem a necessidade de decisão judicial, ou seja, tais atributos se apresentam como instrumento de eficácia da norma no plano concreto.

A presunção de legitimidade difere dos atributos autoexecutoriedade, exigibilidade e imperatividade, por ser fonte destes atributos, motivo de sua eficácia e de possuir ampla abrangência no ordenamento jurídico.

Do exposto pode se verificar que a presunção de legitimidade dos atos administrativos não figura somente como consequência jurídica ou

característica da atuação concreta da Administração Pública, mas também possui grande relevância normativa.

Para chegar à caracterização da presunção de legitimidade é necessário analisar a distinção entre norma jurídica e atributos do ato administrativo, bem como as diferenças entre as normas de regra e de princípio, finalizando com a correlação dos princípios gerais de direito e os princípios estruturais relativos a direitos fundamentais.

Distinção entre Normas Jurídicas e Atributos do Ato Administrativo

As normas segundo Miguel Reale⁶⁰ se referem a uma “*estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória*”.

Norberto Bobbio⁶¹, ao tratar do tema referente ao positivismo jurídico, nas explicações sobre a teoria imperativista da norma jurídica na fase do imperativismo crítico (em que ressalta que um de seus maiores expoentes é Hans Kelsen), qualifica a norma jurídica como um imperativo hipotético que se dirige não aos cidadãos, mas aos juízes, ou seja, um meio em que o imperativo categórico seria o fim.

Maria Helena Diniz⁶² define norma jurídica como “imperativo autorizante” por entender que a imperatividade da norma a inclui no grupo de normas éticas que regem a conduta humana e desta forma a diferencia das leis físico-naturais, já o adjetivo “autorizante” indica sua diferença específica de forma distinta das demais normas. Por ser jurídica a norma é autorizante.

Para Robert Alexy, adotando a definição de Alf Ross, por abranger tanto a questão semântica quanto a questão relativa à validade “*uma norma é uma diretiva que corresponde a certos fatos sociais de forma tal que o modelo de conduta expresso na norma (1) é geralmente seguido pelos membros da sociedade, e (2) é encarado por eles como vinculante (valido)*”⁶³

Considerando os três grupos distintos de conceitos práticos, conforme proposto por Alexy⁶⁴, ou seja, conceitos práticos deontológicos,

⁶⁰ Miguel Reale, Lições Preliminares de Direito, p. 95.

⁶¹ Norberto Bobbio, O positivismo jurídico, lições de filosofia do direito, p. 195.

⁶² Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, p. 35.

⁶³ Robert Alexy, Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 58, apud Alf Ross, Directives and Norms, p. 93.

⁶⁴ Robert Alexy, Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 145 e 146.

axiológicos e antropológicos, a definição de norma pertence ao âmbito deontológico, por caracterizar um conceito deôntico básico de dever ou dever-ser.

Já os conceitos axiológicos decorrem da diversidade de critérios por meio do qual algo pode ser classificado como bom e os conceitos antropológicos são conceitos de vontade, necessidade, decisão e ação.

Apesar de existirem várias conceituações de norma jurídica, há uma proposição presente em quase todas as definições que é o caráter deôntico da norma jurídica. Para o presente estudo o entendimento de que toda e qualquer norma jurídica pertence ao âmbito deontológico facilitará a compreensão da diferença entre a presunção de legitimidade e os demais atributos do ato.

Os atributos do ato administrativo autoexecutoriedade e exigibilidade não expressam de forma preponderante um conceito deôntico básico de dever ou dever-ser pois, na verdade, são uma consequência fática da norma, presente na atuação concreta da Administração Pública. Nada mais são que instrumentos característicos da eficácia das normas, necessários para atuação do Estado, porém não preponderantemente pertencentes ao âmbito deontológico conforme definido.

Maria Helena Diniz ao tratar do conceito de norma jurídica conclui que “a exigibilidade, coação e coatividade não são notas integrantes da norma jurídica, mas apenas corolários do autorizamento, que é a sua essência específica inerente a todas as formas de ordenação jurídica da conduta humana” e “que só a imperatividade e o autorizamento constituem a essência

da norma jurídica”⁶⁵, desta forma os atributos estariam implícitos na essência do conceito de norma jurídica.

Adotando o significado da palavra de De Plácido e Silva ⁶⁶, os atributos não devem ser considerados como norma jurídica, mas sim como componentes ou conseqüências da norma:

ATRIBUTO. Assim se diz de tudo o que é próprio, é qualidade, ou inerente a uma função, a um cargo ou a uma coisa.

O poder de julgar é atributo do juiz. O poder de elaborar leis é atributo das assembléias legislativas. Ou o direito de fruir ou usar uma propriedade é atributo de quem tem o seu domínio útil ou indireto. É, assim, a qualidade que se mostra própria em relação às atribuições que são asseguradas ou conferidas à pessoa ou à entidade jurídica. Em conseqüência se indica um dos elementos ao exercício de uma atividade ou à fruição de um direito.

O atributo como conseqüência do ordenamento e como característica própria do ato administrativo, só tem relevância no tocante ao fato jurídico criado como efeito. Neste sentido esclarece Miguel Reale:

O fato, em suma, figura, primeiro, como espécie de fato prevista na norma (Fattispecie, Tatbestand) e, depois, como efeito juridicamente qualificado, em virtude da correspondência do fato concreto ao fato-tipo genericamente modelado na regra de direito: desse modo, o fato está no início e no fim do processo normativo, como fato-tipo, previsto em regra, e como fato concreto, no momento de sua aplicação.⁶⁷

A subsunção do fato à norma gera o seguinte esquema: Se F é, C deve ser – Se não C, M deve ser. (onde F é fato, C é conseqüência e M é medida a ser adotada no inadimplemento da norma, poderia se utilizar sanção punitiva).

Os atributos auto-executoriedade e exigibilidade estão restritos ao inadimplemento da norma. Já a imperatividade refere-se à própria definição de norma, por ser objetiva e obrigatória, ou seja, a norma tem a capacidade de se impor a terceiros independentemente de sua vontade, característica que

⁶⁵ Maria Helena Diniz, Conceito de Norma Jurídica como problema de essência, p. 151.

⁶⁶ De Plácido e Silva – Vocabulário Jurídico.

⁶⁷ Miguel Reale, Lições Preliminares de Direito, p. 200 e 201.

abrange os atos administrativos por serem “*providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento*”⁶⁸.

A presunção de legitimidade do ato administrativo, apesar de poder ser considerada característica do ato, possui uma grande relevância normativa, estando no plano do dever ser, pertencente ao âmbito deontológico. De forma diversa da imperatividade, autoexecutoriedade e exigibilidade, a presunção de legitimidade se apresenta como fundamento das demais características do ato administrativo na atuação concreta da administração e também como norma jurídica nos processos administrativos e judiciais com a conseqüente inversão do ônus da prova restrita aos parâmetros trazidos pelo princípio da motivação, apresentando ainda a característica da normatividade com a possibilidade de convalidação dos atos administrativos em virtude da conseqüente estabilidade decorrente de seu teor, como se verá no próximo capítulo.

Estabelecido o caráter deôntico da presunção resta verificar na estrutura teórico-estrutural das normas jurídicas em qual espécie deva ser distinguida.

⁶⁸ Celso Antonio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, p. 380.

Distinção das normas jurídicas

Paulo Bonavides⁶⁹, em seu Curso de Direito Constitucional, fazendo alusão a Betti, apresenta a evolução histórica do conceito de princípios e chega à conclusão de que as normas jurídicas compreendem princípios e regras:

Tendo ocorrido já tanto aquela maturidade do processo histórico como a sua evolução terminal – a que se reportou o conspícuo Jurista – faz-se, agora, de todo o ponto possível asseverar, a exemplo de Esser, Alexy, Dworkin e Crisafulli, que os princípios são normas e as normas compreendem igualmente princípios e regras.

Para Juarez Freitas⁷⁰, o conceito de sistema jurídico comporta princípios fundamentais, regras e valores, adotando um “conceito harmônico com a racionalidade intersubjetiva e com a dialética circularidade hermenêutica”.

Giovani Bigolin⁷¹ caracteriza o sistema jurídico no estado democrático de direito brasileiro como um sistema normativo aberto de regras e de princípios, adotando o entendimento de Canotillho.

Em nosso ordenamento é possível utilizar a diferenciação teórico-estrutural das normas jurídicas em regras e princípios, adotando o critério de distinção aplicado por Robert Alexy⁷², em que princípios e regras podem ser reunidos sob o conceito de norma:

A distinção entre regras e princípios não é nova. Mas, a despeito de sua longevidade e de sua utilização freqüente, a seu respeito imperam falta de clareza e polêmica. Há uma pluralidade desconcertante de critérios distintos, a delimitação em relação a outras coisas – como valores – é obscura e a terminologia vacilante.

⁶⁹ Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, p. 271.

⁷⁰ Juarez Freitas, A interpretação sistemática do direito, p. 54. Para o autor entende apropriado conceituar sistema jurídico como: “*uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.*”

⁷¹ Giovani Bigolin, Segurança Jurídica: A estabilização do ato administrativo, p. 66, apud Canotillho, J. J. Gomes. Direito Constitucional, p. 1143-5.

⁷² Robert Alexy, Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 86 e 87.

Com frequência, não são regra e princípio, mas norma e princípio ou norma e máxima, que são contrapostos. Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.

Partindo desta divisão das normas jurídicas, resta estabelecer as distinções entre princípios e regras. Para Ronald Dworkin⁷³, a diferença é de natureza lógica, pois as regras, de forma diversa dos princípios jurídicos, são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada.

Robert Alexy⁷⁴ entende que princípios são mandamentos de otimização, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Regras são normas que sempre são satisfeitas ou não satisfeitas.

A forma de distinção adotada por Alexy e Dworkin, apesar das teorias serem distintas, principalmente sob o aspecto dos princípios serem caracterizados por Alexy como mandamentos de otimização, apresenta um importante ponto de convergência que é a tese de separação qualitativa entre regras e princípios, distinção de caráter lógico.

A tese mais difundida no Brasil⁷⁵ admite a distinção quanto ao grau, seja de generalidade, abstração ou fundamentalidade. Celso Antonio Bandeira de Mello adota a distinção de grau entre princípios e regras, sendo:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre

⁷³ Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*, p. 39. Para o autor: “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.”

⁷⁴ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 90 e 91.

⁷⁵ Virgílio Afonso da Silva, *PRINCÍPIOS E REGRAS: mitos e equívocos acerca de uma distinção*, p. 609.

diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico⁷⁶.

José Afonso da Silva acompanha o entendimento de Celso Antonio quanto à fundamentalidade dos princípios por serem mandamentos nucleares do sistema, ressaltando entender que princípios não são normas e sim “ordenações que se irradiam e imantam o sistema de normas”⁷⁷.

Partindo da distinção de grau, é possível compreender a formulação de nosso ordenamento que declara, por exemplo, no art. 37 da Constituição que a Administração Pública obedecerá ao princípio da legalidade, cuja estrutura lógica representa uma regra jurídica no entendimento de Alexy⁷⁸ por ser uma norma que sempre é satisfeita ou não satisfeita, não se adequando como mandamento de otimização.

Porém é inegável que também em nosso ordenamento há normas que correspondem à estrutura lógica proposta por Alexy. Por esse motivo a doutrina e jurisprudência nacional têm se apresentado favorável a este entendimento, como explica Fabio Konder Comparato⁷⁹:

A noção de princípio jurídico conhece, atualmente, notável desenvolvimento e precisão técnica. Até a pouco, falava-se em “princípios gerais de direito”, atribuindo-se-lhes mera função de fonte supletiva do direito positivo. Hoje, como reconhece a quase unanimidade dos autores, os princípios situam-se no mais elevado nível hierárquico do ordenamento jurídico.

Trata-se, antes de mais nada, de normas e não de meras diretrizes programáticas, ou ideais éticos políticos.

⁷⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, p. 53.

⁷⁷ José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 91 e 92

⁷⁸ Virgílio Afonso da Silva, PRINCÍPIOS E REGRAS: mitos e equívocos acerca de uma distinção, p. 613.

⁷⁹ Fabio Konder Comparato, Rumo à Justiça, p. 56

A distinção de regras e princípios será apresentada pelas características: “a) maior amplitude do seu campo de incidência; b) maior força jurídica; c) permanência em vigor em caso de conflito normativo.”⁸⁰

Por se tratar de estruturas distintas, a questão que se apresenta é a utilização correta de nomenclatura para harmonizar as duas correntes doutrinárias.

O presente estudo adotará o termo “princípios gerais de direito” para abarcar os princípios que utilizam somente a distinção de grau e “princípios estruturais relativos a direitos fundamentais” quando significarem mandamentos de otimização, ou seja, no âmbito qualitativo o que não for mandamento de otimização é mandamento definitivo, tais mandamentos com similar estrutura podem ser divididos em relação ao grau em princípios gerais e regras.

⁸⁰ Ibidem, p. 58.

Princípios gerais de direito e princípios estruturais relativos a direitos fundamentais

Importante salientar que a distinção proposta visa atender à necessidade estabelecida por este estudo, não esgotando e nem se aprofundando em uma formulação teórica dos princípios em nosso ordenamento.

Os princípios gerais a que se refere o presente trabalho são mandamentos definitivos no âmbito estrutural e se distinguem das regras devido a sua fundamentalidade dentro do ordenamento jurídico, ou seja, a sua distinção de grau.

O art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 dispõe que :

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁸¹, a locução princípios gerais de direito engloba duas ordens de princípios gerais: “(a) os de dado direito positivo; (b) os de dada época de estágio de direito”, conciliando desta forma as correntes positivistas e jusnaturalistas.

Para o autor⁸², a primeira ordem de princípios gerais decorre dos textos legais de dado Estado, de seu sistema normativo para informar o regime jurídico imperante, servindo como elemento para aplicação da analogia. Já a segunda ordem são as regras éticas que informam o direito positivo como mínimo de moralidade que circunda o preceito legal, “encerram normas jurídicas universais, expressão de proteção do gênero humano na realização do direito”.

⁸¹ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Princípios Gerais de Direito Administrativo, p. 418 e 419.

⁸² Ibid. p. 419 e 420.

Visto que nos dias atuais a posição dos princípios gerais de direito passou a ser ocupada pelas normas constitucionais, notadamente, pelos direitos fundamentais, a utilização dos princípios gerais não deve ser feita de forma subsidiária como apregoa a Lei de Introdução ao Código Civil, mas sob “à luz dos princípios constitucionalizados”.

Nas palavras do Caio Mário⁸³:

É a visão de um direito “constitucionalizado”, portador da tábua axiológica estabelecida pelo legislador constitucional e válida para todos os ramos do Direito, inclusive para o direito civil.

Os princípios gerais de direito quando expressos ou implícitos no ordenamento jurídico passam a ter sua aplicação de forma analógica ao dispositivo legal interpretado ou diretamente dado a sua normatividade. Para Paulo Bonavides⁸⁴, ao analisar a contribuição de Crisafulli para a normatividade dos princípios, adota semelhante entendimento ao transcrever as palavras do constitucionalista italiano “os princípios são normas escritas e não escritas, das quais logicamente derivam as normas particulares (também escritas e não escritas) e às quais inversamente se chega partindo destas últimas”.

A distinção de grau não exclui a conclusão de serem os princípios normas jurídicas. De fato, a doutrina nacional tem adotado este entendimento, como salienta Virgílio Afonso da Silva⁸⁵:

"Princípios" são, tradicionalmente, definidos como “mandamentos nucleares” ou “disposições fundamentais” de um sistema, ou ainda como “núcleos de condensações”. A nomenclatura pode variar um pouco de autor para autor - e são vários os que se dedicaram ao problema dos princípios jurídicos no Brasil - mas a idéia costuma ser a mesma: princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema, enquanto que as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental. No âmbito dessa distinção, são inúmeras as tentativas de classificação dos princípios constitucionais. Canotilho, por exemplo, fala de princípios

⁸³ Ibid, p. 75.

⁸⁴ Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, p. 273.

⁸⁵ Virgílio Afonso da Silva, PRINCÍPIOS E REGRAS: mitos e equívocos acerca de uma distinção, p. 612.

jurídicos fundamentais, princípios políticos constitucionalmente conformadores, princípios constitucionais impositivos e princípios-garantia. José Afonso da Silva, por sua vez, fala em princípios constitucionais fundamentais e princípios constitucionais gerais. Jorge Miranda fala, ainda, em princípios axiológicos fundamentais, princípios político-constitucionais e princípios constitucionais instrumentais. Luís Roberto Barroso, por fim, fala em princípios fundamentais, princípios gerais e princípios setoriais.

A fundamentalidade dos princípios não implica inexistência da tese que compreende os princípios como mandamentos de otimização. Neste sentido é possível fazer duas distinções: (a) a primeira que considera que tais normas sempre são satisfeitas ou não satisfeitas, observada a diferença de grau em relação às demais regras e (b) a segunda que considera que tais normas devem ser realizadas na maior medida do possível, como por exemplo, o princípio do direito a moradia pode ser implementado dentro das possibilidades de atendimento do Estado.

Para este estudo será considerado “princípio geral de direito” a primeira categoria e “princípios estruturais relativos a direitos fundamentais” a segunda.

Os “princípios estruturais relativos a direitos fundamentais” partindo da interpretação do disposto no parágrafo 1º do art 5º da Constituição Federal têm sua aplicação imediata. A Constituição, desta forma, fortalece o entendimento de que os princípios implícitos em nosso ordenamento são eficazes e que as normas de direito fundamental têm sua aplicação imediata, independentemente do estabelecimento de novas leis e regulamentos.

Utilizando a teoria lógico-estrutural qualitativa de Alexy⁸⁶ é possível distinguir os princípios das regras sobre três fundamentos:

⁸⁶ Robert Alexy, Três escritos sobre los derechos fundamentales y la teoria de los principios, p. 95 a 103.

a) os princípios são mandamentos de otimização e desta forma podem ser cumpridos em diferentes medidas, já as regras são mandamentos definitivos;

b) o princípio permanece em vigor no caso de colisão. Já as regras, em caso de conflito normativo sem cláusula de exceção ficam invalidadas;

c) Aplicação da lei de ponderação no caso concreto.

Tais distinções são válidas quanto aos “princípios estruturais referentes a direitos fundamentais” porém não se aplicam aos princípios gerais de direito que diferem das regras em relação ao grau e não à sua estrutura.

Os princípios gerais de direito, por ser fundamento do sistema jurídico, apresentam um maior poder normativo, como explica Celso Antonio Bandeira de Mello:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão a seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.⁸⁷

A existência de categorias distintas de princípios, desde que compreendido a natureza de cada uma, não significa a vulgarização do tema, pois é impossível a expropriação do direito de uso desta expressão para que se torne admissível somente uma acepção, como adverte Celso Antonio em nota de rodapé feita sobre o texto citado. Neste sentido, havendo a correta delimitação de cada categoria é possível harmonizar a compreensão das duas teorias, no que implicaria a possibilidade de um princípio tanto ser mandamento nuclear como mandamento de otimização ao mesmo tempo, sendo que tal possibilidade não exclui a outra. No sentido contrário, o princípio entendido

⁸⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, p. 53.

como mandamento de otimização pode não ser um mandamento nuclear do sistema.

A denominação proposta para este trabalho implica que no plano qualitativo os “princípios gerais de direito” devem ser entendidos com a mesma estrutura de regras, com a distinção de grau por serem normas fundamentais do sistema.

Já os “princípios estruturais referentes a direitos fundamentais” que, como mandamento de otimização apresentam um dado “peso” como norma, permite que sua realização não seja definitiva mas, na melhor medida, no ensinamento de Dworkin: “Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância”⁸⁸.

A divisão proposta implica que somente os princípios relativos a direitos fundamentais é que devem ser considerados mandamentos de otimização, já os demais princípios devem ser compreendidos como mandamentos definitivos.

Tais assertivas levam à compreensão de que os princípios que regem a Administração Pública devem ser entendidos como princípios gerais, ou seja, mandamentos definitivos, não cabendo nesses casos o entendimento de mandamento de otimização dos princípios estruturais relativos a direitos fundamentais, por serem normas impostas pelo Estado para si próprio.

Ao caracterizar os direitos fundamentais como “direitos a algo”, Alexy⁸⁹ utiliza a seguinte fórmula para estabelecer esta relação normativa entre três elementos:

⁸⁸ Ronald Dworkin, Levando os direitos a sério, p. 42.

⁸⁹ Robert Alexy, Três escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, p. 19 e 20.

(RabG) - onde “a” é o titular do direito, “b” o destinatário e “G” o objeto, sendo “R” o operador.

Contextualizando que por “a” se entende o cidadão, “b” o Estado e “G” a omissão em intervir na vida, na liberdade ou na propriedade, caso “a” e “b” sejam cidadãos se abandonaria o âmbito do direito público e dos direitos fundamentais e ingressaria no do direito privado.

Partindo do mesmo raciocínio caso não figure como titular do direito o cidadão, tal relação não se refere a direitos fundamentais, ou seja, a imposição do Estado para com ele mesmo não deve ser entendida como uma norma de direito fundamental.

Para Alexy é possível conceituar direito fundamental nas concepções formal, material e procedimental⁹⁰, sendo que na variante formal, direitos fundamentais são todos os direitos catalogados como tal pela própria constituição. Na variante material de acordo com Schmitt, somente os direitos humanos de liberdade do indivíduo são direitos fundamentais em sentido próprio e a variante procedimental englobaria elementos formais e materiais.

Paulo Bonavides⁹¹ entende que os direitos fundamentais almejam “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana”, sendo esta uma ascepção lata do termo. De forma mais restrita, pode se entender que “direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”.

O autor em seguida apresenta um estudo da evolução dos direitos fundamentais de primeira a quarta geração concluindo, com a nova universalidade dos direitos humanos fundamentais, o seguinte entendimento:

⁹⁰ Robert Alexy, Três escritos sobre los derechos fundamentales y la teoria de los principios, p. 21 a 30.

⁹¹ Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, p. 560.

A nova universalidade dos direitos fundamentais os coloca assim, desde o princípio, num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia. É a universalidade que não exclui os direitos da liberdade, mas primeiro os fortalece com as expectativas e os pressupostos de melhor concretizá-los mediante a efetiva adoção dos direitos de igualdade e fraternidade.⁹²

Considerando o relevo tomado pelo conceito de direitos fundamentais é possível concluir que tais direitos, principalmente sob seu contexto universal que integra as quatro gerações de sua evolução, devem ser objetivados pelo Estado, porém sua concretização é dinâmica, levando a doutrina e jurisprudência nacional a considerar a teoria estrutural/qualitativa dos princípios como uma forma de atender às garantias de sua eficácia.

Por esse motivo, deve se limitar o emprego de tal teoria aos direitos fundamentais não podendo ser caracterizados todos os princípios jurídicos como mandamentos de otimização, sem contudo tais princípios perderem sua normatividade como mandamentos definitivos.

Estabelecida a diferença estrutural/qualitativa e de fundamentalidade dos princípios, admite-se a possibilidade de coexistência das duas correntes doutrinárias sem por este motivo realizar a junção das teorias, o que levaria a um sincretismo metodológico, como adverte Virgílio Afonso⁹³: "Esse sincretismo metodológico, em termos simples, consiste na adoção de teorias incompatíveis, como se compatíveis fossem.", torna-se possível estabelecer a caracterização da presunção de legitimidade como norma jurídica.

⁹² Ibidem, p. 573.

⁹³ Virgílio Afonso da Silva, PRINCÍPIOS E REGRAS: mitos e equívocos acerca de uma distinção, p. 625.

Caracterização da Presunção de Legitimidade dos atos administrativos como norma jurídica

A presunção de legitimidade, dado o seu caráter deôntico, ou seja, sua existência no plano do dever ser, pode ser caracterizada como norma jurídica. Tal afirmação encontra acolhida na sua existência como fundamento dos demais atributos, na possibilidade de convalidação dos atos administrativos baseados na estabilidade conferida pela presunção de legitimidade, bem como nos processos judiciais e administrativos com a inversão do ônus da prova estrita aos limites estabelecidos pelo princípio da motivação.

Não se apresentando como direito em que o cidadão é titular, excluída desta forma como direito fundamental, porém dada sua fundamentalidade, ou seja, sua distinção de grau em relação às regras jurídicas, a presunção de legitimidade pode ser caracterizada como princípio geral de direito.

Capítulo III

Presunção de Legitimidade do Ato Administrativo

Antes de prosseguir com o estudo do conteúdo jurídico da presunção de legitimidade dos atos administrativos é necessário fazer algumas considerações referentes ao entendimento contrário de ser a presunção uma norma jurídica.

O entendimento contrário levaria a conclusão da presunção de legitimidade não ser fundamento dos demais atributos. Partindo deste entendimento, seria necessário que todos os atos restritivos de direitos dos administrados passassem pela interpretação do judiciário, pois de outra forma a Administração Pública não poderia agir, considerando que seus atos não são presumidamente legítimos, tais atos não poderiam impor obrigações aos administrados e sua simples oposição paralisaria os efeitos da ação administrativa.

De que outra forma a Administração pode fazer com que se cumpram as obrigações que impôs e exigiu se tais atos não forem considerados em conformidade com a lei e baseados em fatos verdadeiros?

Adotar tal entendimento levaria à paralisia do aparelho estatal e geraria uma grande insegurança jurídica na sociedade, não sendo uma mera questão psicológica, mas sim uma questão de prática jurídica.

A mitigação da inversão do ônus da prova pode levar ao entendimento que a presunção de legitimidade não deva ser considerada fundamento da autoexecutoriedade, conforme sustenta Rodrigo Bordalo

Rodrigues⁹⁴. Tal entendimento cumpre a função de restringir os “poderes” da Administração Pública que de forma contrária poderia agir livremente sem a necessidade de apresentar provas na esfera administrativa ou principalmente na esfera judicial.

Como se verá no presente capítulo, a inversão do ônus da prova é restrita pelo princípio da motivação, não deixando desta forma que a Administração se apresente como a “dona da verdade”, não necessitando apresentar prova de seus atos.

Não é mitigação do princípio jurídico, mas sim o contorno devido dado pelo ordenamento jurídico à noção propedêutica que encerra a presunção de legitimidade.

É necessário que se estabeleça as limitações que restringem tal princípio, mas alegar sua inexistência como norma jurídica, levaria a conclusão da impossibilidade da Administração agir de forma independente ao Judiciário, que teria desta forma o monopólio da aplicação do direito para a sociedade.

Por outro lado, negar seu valor normativo levaria também à impossibilidade de convalidação dos atos administrativos baseados neste princípio, deixando o cidadão à mercê das mudanças de interpretação da lei que a Administração adote, ou pior, lesando a boa fé dos administrados com os erros da própria Administração.

No presente capítulo, será estudado o conteúdo da presunção de legitimidade, partindo da sua denominação e abarcando seu fundamento, sua abrangência, seu sentido, consequências e o direito de resistência quanto a atos manifestamente ilegais.

⁹⁴ Rodrigo Bordalo Rodrigues, Autoexecutoriedade do ato administrativo, p.111 a 116.

Denominação e definição

Ao tratar do tema, Maria Sylvia Zanella di Pietro faz coerente observação quanto à denominação da presunção de legitimidade:

Embora se fale em presunção de legitimidade ou de veracidade como se fossem expressões com o mesmo significado, as duas podem ser desdobradas, por abrangerem situações diferentes. A presunção de legitimidade diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei.”

“A presunção de veracidade diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Assim ocorre com relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, todos dotados de fé pública.”⁹⁵

Ney José de Freitas, por sua vez, em trabalho monográfico sobre o tema, utiliza a denominação “Presunção de Validade do ato administrativo”, por entender que dada à amplitude da expressão legitimidade, tal denominação pode gerar equívocos e prejudicar a comunicação⁹⁶.

Nestor Luis Montezanti adota esta mesma denominação, por entender que dizer que o ato se presume legítimo é ir demasiadamente longe, já que, segundo o autor, nem sequer a lei goza de tal presunção, adotando a denominação presunção de validade como Garcia de Enterría y Fernandez por entender que resulta mais perfeita, menos teórica e mais precisa do que se quer significar com esta problemática expressão⁹⁷.

A primeira questão suscitada é qual a denominação adequada a este instituto do direito: presunção de validade, presunção de legalidade, presunção de legitimidade ou presunção de veracidade, ou adotar a premissa exposta de serem dois institutos distintos um jurídico e o outro fático.

⁹⁵ Maria Sylvia Zanella di Pietro, Direito Administrativo, p. 186 e 187.

⁹⁶ Ney José de Freitas, Ato administrativo Presunção de Validade e a Questão do Ônus da Prova, p. 116.

⁹⁷ Nestor Luis Montezanti, Suspensión Del acto administrativo, p.11.

Para analisar esta questão é necessário diferenciar em primeiro lugar legalidade e legitimidade, sendo para De Plácido e Silva, em seu Vocabulário Jurídico⁹⁸:

LEGALIDADE – Derivado do latim , de legalis, quer exprimir a situação da coisa ou do ato, que se mostra dentro da ordem jurídica ou é decorrente de preceitos de lei.

É, pois, a ação exercida dentro da ordem jurídica ou na conformidade das regras e solenidades prescritas em lei.

A legalidade do ato, assim, decorre em ter sido executado consoante as formalidades e exigências legais, ou segundo os requisitos legalmente instituídos.

Por vezes, legalidade quer exprimir as próprias solenidades ou formalidades legais. E assim se diz: é feito ou foi feito com todas as legalidades, isto é, com atenção a todos os desejos ou requisitos da lei.

Em outros casos, exprime o próprio poder legal: está contra a legalidade ou contra o poder legal, que é o poder legalmente instituído”.

“LEGITIMIDADE – Derivado de legitimo, exprime, em qualquer aspecto, a qualidade ou o caráter do que é legítimo ou se apresenta apoiado em lei.

A legitimidade, pois, pode referir-se às pessoas, às coisas ou aos atos, em virtude da qual se apresentam todos segundo as prestações legais ou consoante requisitos impostos legalmente, para que consigam os objetivos desejados ou obtenham os efeitos, que assinalam em lei.

Legitimidade. Nas ciências políticas a legitimidade do ato ou do agente refere-se à necessária qualidade para tornar válida a sua atuação em face dos demais cidadãos. Na CF/88, o art. 70 atribui ao Tribunal de Contas o poder de perquirir a legitimidade das despesas públicas, isto é, perquirir se o ato atende aos requisitos de satisfação do interesse público.

Dessas definições conclui-se que a legitimidade abarca tanto a questão do ato estar apoiado na lei quanto à aceitação de validade deste ato pela sociedade, ou seja, a legitimidade do ato o leva a estar em conformidade com o princípio da legalidade.

Maria Sylvia, ao tratar da evolução do princípio da legalidade desde o Estado de Polícia aos tempos atuais, esclarece sua real abrangência no Estado Democrático de Direito:

O princípio da legalidade vem agora expressamente previsto na Constituição entre aqueles a que se obriga a Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

⁹⁸ De Plácido e Silva – Vocabulário Jurídico.

Municípios (artigo 37 da Constituição Federal e artigo 111 da Constituição do Estado de São Paulo). Isto, no entanto, não significa que o constituinte tenha optado pelo mesmo formalismo originário do positivismo jurídico. Do próprio texto constitucional decorrem outros princípios que permitem afirmar o retorno (ou a tentativa de retorno) ao Estado de Direito, em substituição ao Estado legal.

E prossegue:

Preocupam-se os doutrinadores em realçar a importância dos princípios gerais de direito como fonte do direito administrativo. Até o preâmbulo das constituições passa a ser visto como tal precisamente pelo fato de consagrar valores por tanto tempo desvinculados do direito.

Todos esses valores são dirigidos ao legislador, ao magistrado e ao administrador público. A lei que os contrarie será inconstitucional. Eles atuam como limites à discricionariedade administrativa, os quais, se ultrapassados, configuram ato ilícito da Administração, passível de revisão pelo Poder Judiciário. A discricionariedade administrativa – como poder jurídico que é – não é limitada só pela lei, em sentido formal, mas pela idéia de justiça, com todos os valores que lhe são inerentes, declarados a partir do preâmbulo da Constituição.⁹⁹

Atualmente o princípio da legalidade engloba não só as disposições positivadas em lei, mas também os valores que advém dos princípios gerais de direito, valores que consubstanciam a ideia de justiça e por este motivo abarcam tanto a norma jurídica positivada nos textos legais como a realidade fática em que se subsume.

Miguel Reale defende a teoria tridimensional em que fato valor e norma se correlacionam na ciência jurídica:

Fato, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou o sociólogo do direito, ou pelo jurista como tal, ao passo que na tridimensionalidade genérica ou abstrata, caberia ao filósofo apenas o estudo do valor, ao sociólogo o do fato e ao jurista o da norma (tridimensionalidade como requisito essencial do direito).¹⁰⁰

E prossegue:

A norma jurídica, assim como todos os modelos jurídicos, não pode ser interpretada com abstração dos fatos e valores que condicionam seu advento, nem fatos e valores supervenientes, assim como da totalidade do ordenamento em que ela se

⁹⁹ Maria Sylvia Zanella di Pietro, Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988, p. 45 e 46.

¹⁰⁰ Miguel Reale, Teoria Tridimensional do Direito, p. 57.

insere, o que torna superados os esquemas lógicos tradicionais de compreensão do direito (elasticidade normativa e semântica jurídica).¹⁰¹

Ao adotar a visão tridimensional do direito, proposta por Miguel Reale, em que fato, valor e norma compõem a correlação necessária para a compreensão da ciência jurídica, pode se concluir que a obediência ao princípio da legalidade tem como consequência a aceitação da veracidade alegada na expedição de atos administrativos.

Fabio Konder Comparato, ao tratar do tema da questão da legitimidade, apresenta os dois aspectos que compõem a denominação:

Em sua essência, a noção de legitimidade corresponde à idéia de uma relação harmônica de uma instituição, uma pessoa, um ato determinado, com o seu fundamento ético, que pode ser um modelo pessoal, humano – herói, profeta ou super-homem – ou divino, ou então, da conformidade com conjunto de princípios e regras de comportamento.

Sob esse aspecto, portanto, a legitimidade nada mais é do que uma forma de justiça, e é precisamente nesse sentido que este último vocábulo é usado na Bíblia, com referência às relações de lahweh e o seu povo. Enquanto o povo é freqüentemente injusto, pela sua infidelidade à Lei, que é a própria expressão do Todo Poderoso, este, bem ao contrário, é um Deus eminentemente justo e verdadeiro, porque sempre fiel às suas promessas.

Mas ao lado desse aspecto objetivo da legitimidade fundada no respeito à Lei, transparece também, desde a mais remota antiguidade e mesmo nas sociedades primitivas, um outro sentido da relação de legitimidade, o qual se manifesta sobretudo, no campo político: é a aprovação, pelos governados, daqueles que detêm o poder.¹⁰²

O aspecto objetivo é o que compõe o princípio da legitimidade dos atos administrativos e o aspecto subjetivo é a base da fundamentação da existência deste princípio.

¹⁰¹ Ibidem, p. 62.

¹⁰² Fabio Konder Comparato, *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*, p. 593 e 594.

Norberto Bobbio¹⁰³ adota o entendimento que a legitimidade é decorrente do exercício do poder cuja titulação encontra-se alicerçada juridicamente, nos seguintes termos:

Na linguagem política, entende-se por legalidade um atributo e um requisito do poder, daí dizer-se que um poder é legal ou age legalmente ou tem o timbre da legalidade quando é exercido no âmbito ou de conformidade com leis estabelecidas ou pelo menos aceitas. Embora nem sempre se faça distinção, no uso comum e muitas vezes até no uso técnico, entre legalidade e legitimidade, costuma-se falar em legalidade quando se trata do exercício do poder e em legitimidade quando se trata de sua qualidade legal: o poder legítimo é um poder cuja titulação se encontra alicerçada juridicamente; o poder legal é um poder que está sendo exercido de conformidade com as leis. O contrário de um poder legítimo é um poder de fato; o contrário de um poder legal é um poder arbitrário.

Considerando a dimensão dessa norma jurídica em nosso ordenamento e partindo do entendimento de que a legitimidade engloba tanto a questão fática como a jurídica na relação entre o Estado e o cidadão no seu sentido objetivo e entre o cidadão e o Estado no seu sentido subjetivo, pois impõe ao cidadão a aceitação dos atos como legítimos e também compreende a necessária titulação do poder do Estado alicerçado juridicamente, a correta denominação deste princípio jurídico é presunção de legitimidade do ato administrativo.

Adequando a denominação ao caráter normativo deste instituto jurídico pode se definir a presunção de legitimidade dos atos administrativos como princípio geral de direito que confere as manifestações da Administração Pública aceitação em conformidade com o Direito, abarcando desta forma o aspecto fático e jurídico, presunção “jūris tantum”, ou seja, relativa, admitindo prova em contrário e não eximindo a Administração Pública de obediência ao princípio da motivação.

¹⁰³ Norberto Bobbio, Dicionário de Política, V.2, p. 674.

Fundamentação

Roberto Dromi apresenta a fundamentação formal e substancial deste instituto no direito argentino:

Fundamentos formales e sustanciales. Las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos, fundamentan formalmente la presunción. Este argumento se impone indiscutidamente con la sanción de las leyes de procedimiento administrativo que regulan orgánicamente los procedimientos y requisitos del acto; en suma, el origen, preparación y emisión de la voluntad administrativa.

En el orden sustancial, sólo la ley es fuente de la presunción de legitimidad. En consecuencia, con la consagración normativa de la presunción de legitimidad se disipan todas las posibles dudas interpretativas. Además, la presunción de legitimidad dos actos administrativos deriva del principio de interpretación constitucional que consagra la presunción de validez de los actos estatales.¹⁰⁴

A fundamentação formal se refere aos instrumentos que asseguram a obediência ao princípio da legalidade, como o atendimento ao rito processual e a formalização do ato.

Tal argumentação é importante, pois no seu sentido formal é a obediência ao rito processual que gera a presunção, em que o processo se apresenta como uma maior garantia ao direito do administrado.

Na fundamentação substancial, a presunção de legitimidade dos atos administrativos como decorrência de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, encontra guarida em dois princípios constitucionais: o princípio da legalidade e o da segurança jurídica.

Em conformidade com a definição apresentada pode se concluir que a presunção de legitimidade dos atos administrativos é composta por duas dimensões: legalidade e veracidade, correspondendo aos aspectos jurídicos e fáticos respectivamente.

¹⁰⁴ Roberto Dromi, Derecho Administrativo, p. 225.

A dimensão legalidade e a dimensão veracidade se originam na mesma fundamentação substancial que justifica sua existência sob a ótica jurídica ou fática.

O princípio jurídico da legalidade, com previsão no art. 37 caput da CF e estabelecido dentro do regime jurídico administrativo decorre do princípio da indisponibilidade do Interesse Público pela Administração¹⁰⁵.

Ao contrário do que se pode parecer, o princípio da legalidade e a consequência de serem os atos administrativos considerados conforme o direito não decorre da Supremacia do Interesse Público sobre o privado, mas sim de sua indisponibilidade por parte da Administração, desta forma os atributos do ato administrativo decorrentes da presunção de legitimidade, imperatividade, autoexecutoriedade e exigibilidade, têm como fundamento primeiro o dever da Administração de obediência ao interesse público primário¹⁰⁶ e não a posição de supremacia em relação ao particular.

Este entendimento parte do pressuposto de que no Estado Democrático de Direito legitimamente estabelecido prevalecem os interesses primários sobre os secundários.

Para Ney José de Freitas¹⁰⁷ aceitar o princípio da legalidade como fundamento da Presunção de Validade do ato administrativo é acreditar que o Estado sempre age em prol do interesse público, com suas palavras é “aceitar-com demasiada boa-fé – aquilo que o próprio Estado diz de si mesmo”

Adotar o entendimento de que o Estado não age sempre em prol do interesse público é contestar todos os mecanismos de garantia dos

¹⁰⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, p 75.

¹⁰⁶ Ibidem, p 65 a 69.

¹⁰⁷ Ney José de Freitas, Ato administrativo Presunção de Validade e a Questão do Ônus da Prova, p. 116.

administrados no modelo adotado em nosso país; é ignorar o fundamento formal da presunção de legitimidade dos atos administrativos; é considerar a exceção como regra, pois negar a obediência ao princípio da legalidade por parte da administração de forma a desconsiderar este fundamento da presunção é aceitar que a Administração age sempre de forma arbitrária.

Já o princípio da segurança jurídica atende aos seus dois aspectos, o subjetivo e o objetivo, conforme apregoa a doutrina alemã, no entendimento de Rafael Valim em sua tese “O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro.”¹⁰⁸

No aspecto objetivo, a Segurança Jurídica se atém ao respeito aos limites à retroatividade dos atos estatais e no aspecto subjetivo se refere na proteção à confiança dos cidadãos na conduta do Estado.

Giovani Bigolin¹⁰⁹ esclarece a demarcação dos dois aspectos do princípio da segurança jurídica, sendo:

1) natureza objetiva, que envolve os limites à retroatividade dos atos do Estado, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

2) natureza subjetiva, concernente à proteção à confiança das pessoas diante dos procedimentos e das condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.

O autor acrescenta que a natureza subjetiva impõe limitações ao Estado na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou atribui a ele consequências patrimoniais por essas alterações, em virtude da crença gerada nos beneficiários, ou na sociedade em geral, de que aqueles atos são legítimos.

¹⁰⁸ Rafael Valim, O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro, p. 54.

¹⁰⁹ Giovani Bigolin, Segurança Jurídica, a estabilização do ato administrativo, p. 79 e 80.

Ou seja, os fatos alegados pela administração devem ser considerados legais e verdadeiros respeitando o aspecto subjetivo do princípio da segurança jurídica, pois desta forma se protege a confiança dos cidadãos na conduta do Estado ao exarar atos administrativos e ao adotar o aspecto objetivo a proteção se faz em relação às mudanças de interpretação da administração que altere direitos adquiridos dos administrados, resguardando os efeitos do ato jurídico perfeito no caso de revogação.

O autor ressalta que a confiança legítima se apresenta em dois aspectos, o negativo e o positivo, ou seja, o aspecto negativo trata do dever de boa-fé da administração pública, que se desdobra em resguardar as situações de confiança na legitimidade dos atos administrativos e na regularidade de certa conduta, e o aspecto positivo se apresenta no dever de agir segundo impõe a boa-fé com comportamentos ativos e positivos de proteção.

Celso Antonio Bandeira de Mello, em relação ao aspecto subjetivo, averbou:

Anote-se derradeiramente que, mesmo se não existisse a presunção de legitimidade dos atos administrativos, o administrado não teria que arcar com conseqüências patrimoniais gravosas resultantes de falhas administrativas, salvo se fosse seu dever assumir – mais que uma atividade neutra, carente de predicação sobre a lisura dos comportamentos administrativos – uma posição de suspicácia rotineira quanto a legitimidade das condutas da administração. Em suma, a menos que existisse um insólito princípio da presunção de ilegalidade dos atos administrativos, descaberia agravar o administrado em nome de defeitos irrogáveis à contraparte pública¹¹⁰.

Augustin Gordillo ao examinar o caso Pustelnick aborda o tema da irretroatividade quando os atos não são manifestamente viciados, citando a decisão da corte suprema de seu país:

no le es dable al poder jurisdiccional calificar retroativamente como irregular um acto que aunque los jueces valoren inválido

¹¹⁰ Celso Antonio Bandeira de Mello, Grandes Temas de Direito Administrativo, p. 176.

*en sus sentencias era aparentemente válido y regular al momento de dictarse.*¹¹¹

Do exposto conclui-se que o fundamento da presunção de legitimidade dos atos administrativos se baseia no princípio da legalidade, ou seja, por exarar atos complementares à lei, agindo no seu cumprimento de forma sistemática. Tais atos devem ser presumidos em conformidade com o Direito, abarcando desta forma a dimensão fática.

O princípio da segurança jurídica também é fundamento da presunção, pois a proteção à boa-fé dos administrados, confiança legítima que corresponde ao aspecto subjetivo negativo deste princípio jurídico, bem como a proteção intertemporal do direito adquirido e efeitos do ato jurídico perfeito no caso de revogação, corroboram a necessidade da existência deste princípio jurídico.

¹¹¹ Augustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, p. V-8.

Abrangência

A presunção de legitimidade por ser conceito geral de Direito não se limita aos atos administrativos somente, encontrando guarida também nos atos típicos das funções política, legislativa e jurisdicional. Tal abrangência é necessária para o correto funcionamento das Instituições do Estado, sendo que os fundamentos jurídicos que sustentam a presunção de legitimidade dos atos administrativos se aplicam de igual forma para toda a estrutura do Estado.

Adota também este entendimento Roberto Dromi¹¹², no sentido de que a presunção de legitimidade dos atos administrativos decorre da interpretação constitucional que consagra a presunção de validade dos atos Estatais.

Maria Sylvia Zanella di Pietro entende que a presunção abarca inclusive os atos de direito privado da Administração Pública:

Quanto ao alcance da presunção, cabe ressaltar que ela existe, com as limitações já analisadas, em todos os atos da Administração, inclusive os de direito privado, pois se trata de prerrogativa inerente ao Poder Público, presente em todos os atos do Estado, qualquer que seja a sua natureza.¹¹³

No exercício da função administrativa, a presunção de legitimidade não se refere apenas aos atos restritivos de direito, mas também engloba os atos ampliativos de direitos.

Abrangendo tanto os atos executivos como administrativos: regulamentos e contratos, atende desta forma a todas as manifestações da Administração Pública.

¹¹² Vide nota de rodapé 107.

¹¹³ Maria Sylvia Zanella di Pietro, Direito Administrativo, p. 188.

Limites e consequências

Como limite, a presunção de legitimidade dos atos administrativos admite provas em contrário em relação aos fatos apresentados e também nova fundamentação jurídica em relação ao entendimento expressado pela Administração Pública, ou seja, tanto a dimensão fática como a jurídica podem ser contestadas nas esferas administrativas e judicial.

Maria Sylvia Zanella di Pietro¹¹⁴ entende que, com relação dimensão legal da presunção, não caberia prova em contrário. Obviamente não cabe prova em relação à fundamentação jurídica, porém o administrado pode apresentar argumentos que demonstrem o erro de fundamentação da Administração, ou inclusive provas que comprovem o vício de intenção da Administração Pública, caracterizando o desvio de finalidade.

A presunção de legitimidade dos atos administrativos não exige da Administração Pública o dever de obediência ao princípio da motivação e nem afasta as garantias Constitucionais da obrigatoriedade do processo administrativo.

O princípio da motivação decorre do próprio modelo de Estado adotado em nosso país, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello¹¹⁵:

O fundamento constitucional da obrigação de motivar está – como se esclarece em seguida – implícito tanto no art. 1º, II, que indica a cidadania como um dos fundamentos da República, quanto no parágrafo único deste preceptivo, segundo o qual todo poder emana do povo, como ainda no art. 5º, XXXV, que assegura o direito à apreciação judicial nos casos de ameaça ou lesão a direito.

Vladimir da Rocha França adota o entendimento da correlação manifesta entre a necessidade de fundamentação dos atos estatais e o Estado

¹¹⁴ Maria Sylvia Zanella di Pietro, Direito Administrativo, p. 188.

¹¹⁵ Celso Antonio Bandeira de Mello, Grandes Temas de Direito Administrativo, p. 112 e 113.

Democrático de Direito¹¹⁶, que o dever de motivação é originado no princípio da motivação¹¹⁷ e que a obrigatoriedade de sua fundamentação está relacionada à sua relevância para o atendimento do estado de coisas prescrito por este princípio¹¹⁸, sendo afastada esta obrigatoriedade quando o interesse tutelado pelo ato administrativo a torne:

- (i) Desnecessária;
- (ii) Impossível;
- (iii) Impraticável;
- (iv) Inconveniente; ou
- (v) Inadmissível.¹¹⁹

Nos casos em que a fundamentação do ato se apresente impraticável, impossível ou inconveniente antes da realização do ato administrativo, dada suas características de execução imediata, tal justificativa não exime o dever da Administração Pública de apresentar posteriormente os motivos da decisão tomada.

A motivação é o primeiro critério na averiguação entre a discricionariedade ou arbitrariedade por parte da Administração Pública, no entendimento de Tomas R. Fernandez¹²⁰, pois se não há motivação que sustente o ato no exercício de competência discricionária, seu único apoio é a vontade de quem o adota.

O princípio da motivação confere o derradeiro limite a ser estabelecido ao fundamento substancial do princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos, sendo o dever de motivar uma imposição

¹¹⁶ Vladimir da Rocha França, *Estrutura e Motivação do Ato Administrativo*, p. 93.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 99.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 105.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 106.

¹²⁰ Thomas R Fernandez, *De la arbitrariedad de la administracion*, p. 82.

à Administração Pública de forma a satisfazer o regime democrático estabelecido em nosso país.

Já em seu fundamento formal nossa lei maior estabelece a obrigatoriedade do processo administrativo nos incisos LV e LVI do art. 5º:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

O processo administrativo como fundamento formal da presunção de legitimidade estabelece outro importante limite à presunção de legitimidade para garantia dos direitos dos administrados, pois tais atos administrativos que privam os administrados de sua liberdade ou bens, só serão considerados legais e verdadeiros após o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Como consequências da presunção de legitimidade dos atos administrativos, a Administração Pública pode atuar diretamente na sociedade impondo, exigindo e até mesmo coagindo o atendimento de obrigação decorrente de lei, bem como dentro destes limites estabelecidos o ordenamento jurídico possibilita a inversão do ônus da prova.

Entendimento também adotado por Tomas R. Fernandez, na doutrina espanhola:

La presunción de legalidad de los actos administrativos responde, como es notorio, a una finalidad fundamental: asegurar la ejecutividad de éstos y evitar el riesgo de que la simple oposición de un particular pueda paralizar los efectos de la acción administrativa dejando ésta, en consecuencia, al arbitrio de aquél. Su efecto esencial, en consecuencia, consiste en trasladar al afectado por dichos actos la carga de impugnarlos y promover el correspondiente proceso, que, por lo demás, no produce por sí solo efectos suspensivos.¹²¹

¹²¹ Thomas R Fernandez, De la arbitrariedad de la administracion, p. 87.

Conflito com a presunção de inocência

Verifica-se que nos processos administrativos pode existir um aparente conflito entre os princípios da presunção de inocência e da presunção de legitimidade dos atos administrativos.

Sobre este tema Fabio Medina Osório dissertou:

A inocência se presume até certo ponto, vale ressaltar com insistência, mesmo porque a terminologia mais apropriada talvez não fosse esta, mas sim aquela referente ao estado jurídico de inocência. Há circunstâncias – fáticas ou jurídicas – que podem inverter essa presunção, criando aos acusados uma necessidade de provar determinadas circunstâncias, fatos, situações, eis uma assertiva incontestável. As provas acusatórias podem ostentar presunção de legitimidade e veracidade dos fatos nelas espelhados. De igual modo, certas presunções emergem diretamente de determinados acontecimentos, fatos ou situações.¹²²

O conflito aparente entre estes princípios se apresenta em três cenários distintos: o primeiro quando a Administração Pública possui condições de apresentar provas do alegado; o segundo cenário é quando da impossibilidade da apresentação de provas por parte da Administração Pública e com possível comprovação por parte do administrado e o terceiro cenário é quando da impossibilidade de apresentação de provas tanto pela Administração quanto pelo administrado.

No primeiro cenário, o princípio da motivação impõe a obrigatoriedade da Administração de apresentar todos os fundamentos que levaram a elaboração do ato administrativo, não podendo se eximir desta obrigatoriedade de apresentação de provas ou de produzir provas que sejam de sua alçada, sob pena de incorrer em abuso de autoridade ou improbidade administrativa.

¹²² Fábio Medina Osório, Direito Administrativo Sancionador, p. 392.

No segundo cenário, quando atendidas às limitações impostas à presunção de legitimidade e restar ainda a apresentação de novas provas cuja comprovação se faz impossível pela Administração Pública e que tal comprovação seja possível ao administrado, o silêncio do administrado com base na presunção de inocência não pode prevalecer como comprovação de sua defesa.

Tal princípio não é absoluto como explica Fabio Medina, sendo possível aceitar presunções contrárias ao interesse dos acusados em geral, dependendo da razoabilidade das exigências¹²³. Nestas situações prevalece o princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos.

Resta a terceira possibilidade que seria quando a prova é impossível tanto para a Administração Pública quanto para o administrado. Nestes casos, Ney José de Freitas¹²⁴ entende que não deva haver presunção de legitimidade, prevalecendo assim a presunção de inocência.

Data vênia, aceitar tal afirmação levaria a impossibilidade de atuação da Administração Pública em vários campos do exercício da função administrativa, em que sua atividade fiscalizadora muitas vezes deve levar em consideração a palavra do agente como prova, como por exemplo, nas fiscalizações de trânsito, fiscalizações ambientais etc.

No caso de prova impossível, prevalece o princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos, sendo que o fundamento formal de sua existência deve servir de garantia aos administrados contra eventuais desmandos por parte da Administração Pública.

¹²³ Fábio Medina Osório, *Direito Administrativo Sancionador*, p. 393.

¹²⁴ Ney José de Freitas, *Ato administrativo Presunção de Validade e a Questão do Ônus da Prova*, p. 134 a 136.

Não é a negação do princípio jurídico da presunção de legitimidade que evitará o cometimento de abusos da Administração, mas sim o aperfeiçoamento dos procedimentos e processos que antecedem a realização dos atos que garantem os direitos dos administrados.

Presunção de legitimidade e direito de resistência quanto aos atos manifestamente ilegais

A última questão a ser tratada em relação ao conteúdo jurídico da presunção de legitimidade dos atos administrativos é sua manutenção em caso de atos manifestamente ilegais.

Augustín Gordillo sobre este tema considera que tais atos não devem ser presumidos legítimos:

... si un acto tiene un vicio que no es manifiesto o aparente, es plausible que deba considerárselo, en principio y provisoriamente (hasta La autoridad competente resuelva lo contrario), legítimo; si, en cambio, el vicio es claro y evidente, no podría presumirse que el acto es – a pesar de esse vicio manifiesto válido; ello equivaldría tanto como cerrar los ojos ante la realidad, como decir “el sol brilla, pero presumo que no brilla.”¹²⁵

Celso Antonio Bandeira de Mello diferencia a resistência simples, em que o administrado deixa de cumprir determinação administrativa, e a resistência “manu militari” na qual o administrado opõe força física contra a executoriedade administrativa, ressaltando que *“reconhecer direito de resistência com tal postura seria erigir o administrado em árbitro, conquanto provisório, da legitimidade do ato administrativo”*¹²⁶.

O autor leciona¹²⁷ não haver direito de resistência quanto a atos nulos ou anuláveis, sendo restrito tal direito aos atos inexistentes que em sua concepção configuram prática criminosa por parte da Administração, podendo o administrado irrestritamente, inclusive com “manu militari”, resistir a tal ato na qualidade de vítima.

¹²⁵ Augustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, p. V-4.

¹²⁶ Celso Antonio Bandeira de Mello, Grandes Temas de Direito Administrativo, p. 475.

¹²⁷ Ibidem, p. 476.

O direito de resistência se expressa principalmente na ação executória da Administração Pública, pois dado o seu imediatismo pode causar um prejuízo irreparável para o administrado.

A análise do ato, quanto a sua possível ilegalidade realizada pelos administrados em ação executória da administração, mesmo no caso de atos nulos, na defesa de prejuízo irreparável ocasionado por esta mesma ação, possibilita a ação ou omissão legítima de defesa de seus interesses na exata medida de garantir que não pereçam.

Tal situação impõe aos atos manifestamente nulos a extrema solução de não prevalência do princípio jurídico da presunção de legitimidade dos atos administrativos na situação concreta, por motivo de conter o ato ilegalidade pujante de fácil comprovação e irreparável.

Com relação aos atos inexistentes, apesar de ser necessário seu estudo no direito administrativo devido à produção de seus efeitos, tais atos não são atos administrativos e por este motivo não estão abarcados pela presunção de legitimidade.

Jurisprudência nacional sobre a presunção de legitimidade dos atos administrativos

A jurisprudência nacional sobre o tema adota de forma majoritária o entendimento de que a presunção de legitimidade dos atos administrativos apresenta relevância normativa como princípio jurídico.

Aponta Ney José de Freitas: “A doutrina e a jurisprudência têm entendido que a presunção de validade do ato administrativo inverte o ônus da prova”¹²⁸ e acrescenta “Ligeira verificação em julgados recentes demonstra que os tribunais continuam, ainda, lamentavelmente, atados ao peso da tradição doutrinária”¹²⁹.

O autor apresenta o que considera um rompimento desta tradição¹³⁰ no julgamento do RE nº 199.733-8, da 2ª turma do Supremo Tribunal Federal em que o ministro Marco Aurélio apresentou a seguinte ementa:

“Ato administrativo. Repercussões. Presunção. Anulação. Situação Constituída. Interesses Contrapostos. Anulação. Contraditório. Tratando-se de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, instauração de processo administrativo que enseje audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular”.

Tal decisão reforça o entendimento da carga normativa da presunção de legitimidade do ato administrativo, pois demonstra que tal princípio jurídico não é um instrumento de blindagem da Administração Pública, mas sim um relevante instituto de proteção da segurança jurídica.

¹²⁸ Ney José de Freitas, Ato Administrativo, Presunção de Validade e a Questão do Ônus da Prova, p. 129.

¹²⁹ Ibidem, p. 139.

¹³⁰ Ibidem, p. 140.

O Superior Tribunal de Justiça na RCDESP no MANDADO DE SEGURANÇA Nº 15.690 - DF (2010/0163419-0), relator Ministro Benedito Gonçalves, apresenta o fundamento formal da presunção de legitimidade do ato administrativo na sua decisão:

Indefere-se a medida liminar, pois, em sede de cognição sumária, não se verifica a presença dos requisitos indispensáveis à sua concessão, sobretudo porque a controvérsia trazida aos autos requer uma análise apurada de diversos fatos e circunstâncias apresentados, tarefa insuscetível de ser feita em sede prelibatória. Lado outro, deve ser sopesada a **presunção de legitimidade do ato administrativo decorrente de instauração de processo administrativo disciplinar**. A esse respeito, não foram comprovadas, de plano, as ilegalidades sustentadas na inicial, especificamente na constituição do processo administrativo disciplinar.

No Estado de São Paulo, o Tribunal de Justiça tem adotado o entendimento tradicional que caracteriza a carga normativa da presunção de legitimidade do ato administrativo, como se verifica nas ementas dos seguintes julgados recentes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0094705-10.2011.8.26.0000: AGRAVO DE INSTRUMENTO Mandado de segurança Revendedora de veículos novos e usados - Indeferida liminar que visava a suspensão da Circular nº 34/10, de exigência de registro de propriedade de veículos no prazo de trinta dias pela loja adquirente, em observância ao artigo 123 do CTB Ato administrativo que goza da presunção de legalidade e legitimidade - Ausentes os requisitos autorizadores da medida Decisão mantida - Recurso improvido.

Apelação nº 9080875-57.2007.8.26.0000: Ementa ação declaratória de nulidade de ato administrativo apreensão de veículo em virtude da prática de transporte público clandestino cobrança de multa e despesas com guincho, remoção e diárias sentença de improcedência presunção de legitimidade dos atos administrativos não infirmada auto de apreensão que atesta a prática ilegal e declara estar o veículo "lotado" - ausência de prova de qualquer irregularidade prazo decadencial ou prescricional não decorrido precedente mandado de segurança (que foi denegada) suspendendia a fluência dos prazos extintivos do réu prescrição e decadência afastadas sentença mantida apelo desprovido.

Agravo de Instrumento nº 0067031-57.2011.8.26.0000: AGRAVO DE INSTRUMENTO ANULAÇÃO DE DÉBITO FISCAL Controvérsia acerca da base de cálculo do imposto estadual incidente sobre as prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, bem como da

regularidade da utilização dos créditos outorgados Suspensão da exigibilidade do crédito consubstanciado em auto de infração Tutela antecipada indeferida Ausência dos requisitos previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil Matéria que exige maior dilação probatória Presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo não afastada Recurso não provido.

A comprovação da relevância normativa do princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos na jurisprudência nacional se apresenta constantemente nas decisões dos Tribunais.

Conclusão

O presente estudo apresentou uma análise do princípio jurídico da presunção de legitimidade do ato administrativo, importante instituto de nosso ordenamento que, apesar de estar presente constantemente na atuação da Administração Pública e nas decisões judiciais, não tem recebido um estudo aprofundado em nossa doutrina, chegando até mesmo a ser proclamado o seu enfraquecimento.

De forma resumida, o trabalho apresentou as seguintes conclusões:

a) A presunção de legitimidade dos atos administrativos repousa sobre os pressupostos de validade, pois os atos administrativos que possuem vícios nos elementos ou pressupostos de existência, quando manifestos e em geral tais vícios do ato o são, por serem atos inexistentes, apesar de poderem gerar efeitos; não poderiam ser abarcados por tal presunção e conseqüentemente o exercício de sua eficácia no caso concreto caberia o direito de resistência quanto à autoexecutoriedade.

b) Os atributos do ato administrativo foram definidos e estudados pela doutrina com o objetivo de distinguir os atos de direito privado dos atos administrativos, porém a constatação de que tais atributos não estão presentes em todas as espécies de atos administrativos e que a presunção de legitimidade se estende aos demais atos estatais, leva à conclusão de que não se deve estudar tais atributos como forma de distinção por não atenderem de forma abrangente aos atos administrativos, podendo levar à conclusão errada de que as relações entre a Administração Pública e os administrados são baseadas em “poderes comandantes” numa clara inversão ao modelo democrático de nosso país.

c) O conceito de norma jurídica pertence ao âmbito deontológico, caracterizado por um conceito deontológico básico de dever ou dever-ser, sendo que os atributos do ato administrativo autoexecutoriedade e exigibilidade não expressam de forma preponderante um conceito deontológico básico de dever ou dever-ser, mas sim se apresentam como uma consequência fática da norma, presente na atuação concreta da Administração Pública.

d) Maria Helena Diniz define norma jurídica como um imperativo autorizante e, partindo deste conceito, conclui que *“a exigibilidade, coação e coatividade não são notas integrantes da norma jurídica, mas apenas corolários do autorizamento, que é a sua essência específica inerente a todas as formas de ordenação jurídica da conduta humana”* e *“que só a imperatividade e o autorizamento constituem a essência da norma jurídica”*, desta forma os atributos estariam implícitos na essência do conceito de norma jurídica.

e) Os atributos autoexecutoriedade e exigibilidade estão restritos à medida adotada no inadimplemento da norma, e a imperatividade se refere à característica própria da definição de norma, por ser objetiva e obrigatória, ou seja, a norma tem a capacidade de se impor a terceiros independentemente de sua vontade, característica que abrange os atos administrativos por serem *“providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento”*.

f) A presunção de legitimidade difere dos demais atributos, pertencendo ao âmbito deontológico, como fundamento das demais características do ato administrativo na atuação concreta da administração e também como norma jurídica nos processos administrativos e judiciais com a consequente inversão do ônus da prova restrita aos parâmetros trazidos pelo

princípio da motivação, apresentando ainda a característica da normatividade com a possibilidade de convalidação dos atos administrativos em virtude da consequente estabilidade decorrente de seu teor.

g) Em nosso ordenamento, é possível utilizar a diferenciação teórico-estrutural das normas jurídicas em regras e princípios, tal distinção pode ser realizada em duas correntes doutrinárias distintas: a teoria da distinção estrutural qualitativa e a teoria da distinção de grau, sendo a última a mais difundida em nossa doutrina e aplicada em nosso ordenamento.

h) Por se tratar de estruturas distintas, a questão que se apresenta é a utilização correta de nomenclatura para harmonizar as duas correntes doutrinárias. O presente estudo adotou o termo “princípios gerais de direito” para abarcar os princípios que utilizam somente a distinção de grau e “princípios estruturais relativos a direitos fundamentais” quando significarem mandamentos de otimização, ou seja, no âmbito qualitativo o que não for mandamento de otimização é mandamento definitivo, tais mandamentos com similar estrutura podem ser divididos em relação ao grau em princípios gerais e regras.

i) Os princípios gerais de direito compreendem duas ordens segundo Oswaldo Aranha: “(a) os de dado direito positivo; (b) os de dada época de estágio de direito”, conciliando desta forma as correntes positivistas e jusnaturalistas, sendo utilizados como forma analógica ao dispositivo legal interpretado ou diretamente dada a sua normatividade.

j) A fundamentalidade dos princípios não implica a inexistência da tese que compreenda os princípios como mandamentos de otimização, neste sentido, é possível fazer duas distinções: (a) a primeira que considera que tais

normas sempre são satisfeitas ou não satisfeitas, observada a diferença de grau em relação às demais regras e (b) a segunda que considera tais normas devam ser realizadas na maior medida do possível.

k) Os princípios estruturais relativos a direitos fundamentais que como mandamentos de otimização apresentam um dado “peso” como norma, permitem que sua realização não seja definitiva, mas na melhor medida.

l) A presunção de legitimidade dos atos administrativos não se apresentam como direito em que o cidadão é titular, excluída desta forma como direito fundamental, porém dada sua fundamentalidade, ou seja, sua distinção de grau em relação às regras jurídicas, pode ser caracterizada como princípio geral de direito.

m) A denominação correta deste princípio jurídico é presunção de legitimidade do ato administrativo, considerando a dimensão desta norma jurídica em nosso ordenamento e partindo do entendimento de que a legitimidade engloba tanto a questão fática como a jurídica na relação entre o Estado e o cidadão no seu sentido objetivo e entre o cidadão e o Estado no seu sentido subjetivo, pois impõe ao cidadão a aceitação dos atos como legítimos e também compreende a necessária titulação do poder do Estado estar alicerçado juridicamente.

n) Presunção de Legitimidade dos Atos Administrativos pode ser definida como princípio geral de direito que confere às manifestações da Administração Pública aceitação em conformidade com o Direito, abarcando desta forma o aspecto fático e jurídico, presunção “jús tantum” ou seja, relativa, admitindo prova em contrário e não eximindo a Administração Pública de obediência ao princípio da motivação.

o) A presunção de legitimidade apresenta dois fundamentos:

1. formal, refere-se aos instrumentos que asseguram a obediência ao princípio da legalidade, como o atendimento ao rito processual e à formalização do ato.

2. substancial, a presunção de legitimidade dos atos administrativos como decorrência de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, encontra guarida em dois princípios constitucionais: o princípio da legalidade e o da segurança jurídica.

2.1. baseia-se no princípio da legalidade, por exarar atos complementares à lei, agindo no seu cumprimento de forma sistemática, sendo assim tais atos devem ser presumidos em conformidade com o Direito, abarcando desta forma a dimensão fática.

2.2. já a segurança jurídica também é fundamento, pois à proteção à boa-fé dos administrados, confiança legítima que corresponde ao aspecto subjetivo negativo deste princípio jurídico, bem como a proteção intertemporal do direito adquirido e dos efeitos do ato jurídico perfeito no caso de revogação, corroboram com a necessidade da existência deste princípio jurídico.

p) Como abrangência, a presunção de legitimidade como princípio jurídico não se refere apenas aos atos administrativos, mas também engloba os atos típicos das demais funções estatais, sendo que seu alcance não se refere apenas aos atos restritivos de direito, mas também engloba os atos ampliativos de direitos, abrangendo regulamentos e contratos administrativos.

q) Como limite, a presunção de legitimidade dos atos administrativos admite provas em contrário em relação aos fatos apresentados e também nova

fundamentação jurídica em relação ao entendimento expressado pela Administração Pública.

r) A presunção de legitimidade dos atos administrativos não exime da Administração Pública o dever de obediência ao princípio da motivação e nem afasta as garantias constitucionais da obrigatoriedade do processo administrativo.

✓ O princípio da motivação confere o derradeiro limite a ser estabelecido ao fundamento substancial do princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos, sendo o dever de motivar uma imposição à Administração Pública de forma a satisfazer o regime democrático estabelecido em nosso país.

✓ Já em seu fundamento formal, nossa lei maior estabelece a obrigatoriedade do processo administrativo nos incisos LV e LVI do art. 5º.

s) Como consequências da presunção de legitimidade dos atos administrativos, a Administração Pública pode atuar diretamente na sociedade impondo, exigindo e até mesmo coagindo o atendimento de obrigação decorrente de lei, bem como dentro destes limites estabelecidos, o ordenamento jurídico possibilita a inversão do ônus da prova.

t) No caso de aparente conflito com o princípio da presunção de inocência, a presunção de legitimidade apresenta-se com três cenários possíveis:

✓ impossibilidade de apresentação de provas pelo administrado, mas possibilidade para a Administração;

✓ impossibilidade para a Administração, mas sendo possível ao administrado;

- ✓ impossibilidade de apresentação de provas para ambos.

A presunção, no primeiro cenário é restrita pelo princípio da motivação que obriga que a Administração apresente e produza as provas necessárias. No segundo cenário, cabe ao administrado comprovar os fatos e no terceiro cenário, prevalece a presunção de legitimidade dos atos administrativos.

u) O direito de resistência por parte dos administrados frente a atos manifestamente inexistentes ou nulos é possível quando a ação executória da Administração Pública possa causar um prejuízo irreparável para o administrado, desde que a resistência esteja restrita à ação ou à omissão, legítima de defesa de seus interesses na exata medida de garantir que não pereçam.

v) A jurisprudência nacional comprova a relevância normativa do princípio da presunção de legitimidade do ato administrativo.

Bibliografia.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. **Três escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BIGOLIN, Giovani. **Segurança Jurídica, a estabilização do ato administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**, V.2, 13 edição, 5ª reimpressão, tradução Carmem C Varriale. Brasília: Editora UNB, 2010.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico, lições de filosofia do direito**, compiladas por Nello Morra, tradução e notas: Mario Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

CANOTILLHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**, 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2001.

COMPARATO, Fabio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COMPARATO, Fabio Konder. **Rumo à Justiça**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 21ª edição. São Paulo: Atlas,

DINIZ, Maria Helena. **Conceito de Norma Jurídica como problema de essência**, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1996.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 1º volume, 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**, 5ª edição. Buenos Aires: Editora LAEL, 1996.

DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**, 5ª edición. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDEZ, Thomas R. **De la arbitrariedad de la administracion**. 2ª edição. Madri: Livraria dos Advogados editora Ltda, 1997.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e Motivação do Ato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**, 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREITAS, Ney José de – **Ato administrativo Presunção de Validade e a Questão do Ônus da Prova**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

GORDILLO, Augustín. **Tratado de Derecho Administrativo**, T-3. Buenos Aires: Editora Macchi, 2003.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo Direito** - Coleção Clássicos do Direito, tradução Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004,

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

LEITE, Luciano Ferreira. **O regulamento no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo** 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, 3ª edição, Vol. I. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

MONTEZANTI, Nestor Luis. **Suspensión Del acto administrativo**. Buenos Aires: Editorial Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1993.

NARDI, Luciana Sant'Ana. **Discricionariedade Administrativa e Discricionariedade Técnica**, Monografia Mestrado em Direito PUC SP, São Paulo, 2009.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta, **Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

OSÓRIO, Fabio de Medina, **Direito Administrativo Sancionador**, 3ª edição,

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**, volume I. Introdução ao Direito Civil, teoria geral do Direito Civil, 20ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 2º edição. São Paulo: Atlas, 2001.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa: Dos conceitos Jurídicos Indeterminados às Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Limitações Administrativas à Liberdade e à Propriedade**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

REALE, Miguel - **Lições Preliminares de Direito**, 27ª edição, São Paulo – Editora Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**, 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

RODRIGUES, Rodrigo Bordalo. **Autoexecutoriedade do ato administrativo**. Monografia Mestrado em Direito PUC SP, São Paulo, 2009.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**, atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho, 27ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003).

VALIM, Rafael - **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**, 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.