

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

Júlia Gomes Mota

A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO E O ÔNUS DA
PROVA

Porto Alegre

2018

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

Júlia Gomes Mota

A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO E O ÔNUS DA
PROVA

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. José Guilherme Giacomuzzi

Porto Alegre

2018

JÚLIA GOMES MOTA

A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO E O ÔNUS DA
PROVA

Monografia de conclusão de curso apresentada
na Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio Grande do Sul como requisito parcial
para obtenção do grau de bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais.

Aprovada em 11 de dezembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Guilherme Giacomuzzi Orientador

Prof.^a Dr.^a Eunice Ferreira Nequete

Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini

Presunção e água benta, cada qual toma a que quer.

Brocardo português

AGRADECIMENTOS

Agradeço, de início, aos meus pais, *Paulo* e *Valquíria*, apoiadores incondicionais de planos e realizações, porto seguro para todas as horas, amigos que levo comigo no peito. Agradeço também às minhas irmãs, *Lígia* e *Alice*, parceiras de alegria e cantorias, para além das horas de revisão de texto. Agradeço, em especial, a meu companheiro, *Caetano*. Nossas músicas, comidinhas e rotina fizeram as horas de escrita mais doces. Meu agradecimento às minhas colegas de curso, *Clarissa* e *Mirian*, parceiras de bons vinhos e bons estudos, a mais grata surpresa que a Faculdade de Direito me proporcionou. Agradeço, ainda, ao *Professor Giacomuzzi*, por sua dedicação, solicitude, e por atender ao chamado desta tardia orientanda. Agradeço, por fim, à *UFRGS*, pelos mais de dez anos de acolhida e ensino de qualidade, *seja na Faculdade de Direito, seja na de História*. Dentre as experiências mais enriquecedoras de minha vida, sei que estão os anos que passei em suas salas de aula.

RESUMO

O presente trabalho se volta à análise da presunção de veracidade do ato administrativo, sua incidência e aplicabilidade no direito administrativo hodierno, sobretudo no que tange à habitual atribuição do ônus da prova ao particular nos processos onde questionada a procedência de ato emanado pela Administração. A fim de melhor conhecer as particularidades do instituto, será empreendido esforço por classificá-lo e por resgatar suas raízes históricas, para, a partir disso, compreender de que modo o atributo do ato administrativo, não obstante se trate de instituto não positivado, ainda hoje guarda incontestemente aceitação e aplicabilidade na doutrina e jurisprudência nacionais. Desveladas particularidades-chave da presunção de veracidade do ato administrativo, serão elencados fatores jurídicos contemporâneos que, em razão de sua incompatibilidade com os vieses autoritários da presunção de veracidade, trouxeram à baila os questionamentos que hoje se põem ao atributo e à forçosa atribuição do *onus probandi* ao particular que impugne o ato da Administração. Ao final, esclarecida a essência da presunção de veracidade, bem como clarificados os fenômenos jurídicos atuais que deflagraram a incompatibilidade do atributo com o Estado Democrático de Direito, será sugerida solução processual à atribuição do ônus da prova em processos onde questionado o ato administrativo, em tentativa de coadunar as necessidades atinentes à Administração Pública com os preceitos processuais constitucionais vigentes.

Palavras-chave: Presunção de veracidade. Ato administrativo. Ônus da prova. Devido processo legal. Estado Democrático de Direito. Direito Administrativo.

ABSTRACT

The work hereby presented constitutes an analysis of the presumption of regularity of the administrative act: its incidence and appropriateness in current administrative law, predominantly in what concerns the conventional attribution of the burden of proof to the individual in the pleas where the Administration act's is questioned. In order to achieve a finer understanding of the intricacies of such institution, an effort of classification and rescuing of its historical origins will be carried out, with the intention of understanding how this attribute of the administrative act, notwithstanding its non-statutory status, still benefits from uncontested concurrence and enactment in national doctrine and jurisprudence. After having disclosed its key particularities, the author will enroll the contemporary legal components whose incompatibility with the authoritarian biases of the presumption of regularity have brought to the fore modern questionings to the attribute and to the forced responsibility of the *onus probandi* to individuals contesting an administrative act. Finally, having elucidated the essence of the presumption of regularity, as well as the present day juridical phenomena that elicit its discordance with the Democratic State of Law, a processual solution to the attribution of the burden of proof in pleas where the administrative act is questioned will be offered, in an attempt to co-ordinate the related necessities of public administration with the processual precepts in force.

Key-words: Presumption of veracity. Administrative act. Burden of proof. Due legal process. Democratic State. Administrative Law.

SUMÁRIO

I - INTRODUÇÃO.....	9
II. A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE COMO ATRIBUTO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS	11
2. Delimitações conceituais: ato administrativo e seus atributos	11
2.1. Delimitação conceitual da presunção de veracidade do ato administrativo	11
2.2. Origem histórica dos atributos do ato administrativo	13
2.3. Histórico dos atributos do ato administrativo na doutrina nacional	18
III. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	22
3. Jurisprudência	22
IV. PROCESSO ADMINISTRATIVO.....	31
4. Processo administrativo.....	31
4.1. Princípios inerentes ao processo administrativo	34
4.2. O processo administrativo, os princípios processuais e seu descompasso com a presunção de veracidade dos atos administrativos	36
V. ÔNUS DA PROVA.....	42
5. Ônus da prova: a qual parte atribuí-lo?	42
5.1. Atribuição do ônus da prova na contenda administrativa e o posicionamento da doutrina nacional	42
5.2. Previsão legal do <i>onus probandi</i> e sua inversão de acordo com a Teoria Geral da Prova.....	50
5.3. Teoria da prova aplicada ao processo administrativo.....	51
VI. CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58
REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS	60

I - INTRODUÇÃO

A presunção de veracidade do ato administrativo, metaforizada por parte da doutrina como “o fantasma de quem litiga com a Administração” (FERRAZ. DALLARI, 2001), a figurar o aspecto perene e intangível do atributo, consiste em instituto paradoxal: o qual, ao mesmo tempo que se mostra imprescindível à execução das atividades próprias da Administração, causa irremediável desconforto em razão da incompatibilidade entre seus traços arbitrários, não positivados em lei, e o Estado Democrático de Direito - mormente no que se relaciona com a *inflexível* atribuição do ônus da prova ao particular nos processos onde impugnado ato do Poder Público.

As duas faces de Janus imbricadas na presunção de veracidade do ato administrativo, no entanto, *não necessariamente têm de conviver em regime de incompatibilidade*, sobretudo se realizadas algumas adaptações na esfera processual, no sentido de coadunar os atributos do ato ao direito processual como um todo. Referidas adaptações, a seu turno, não podem se dar indiscriminadamente, sendo necessário, de antemão, melhor conhecer e compreender as origens dos atributos do ato administrativo, sua trajetória na doutrina nacional, emprego pela jurisprudência, bem como fatores hodiernos que propulsionaram as críticas sob as quais, ora, os pomos.

No presente trabalho, busca-se, de início, desvelar o berço dos atributos do ato administrativo, *o qual, aponta a doutrina espanhola, advém do Estado absoluto*, bem como empreender retomada bibliográfica dos atributos na doutrina nacional. Isso a fim de melhor assimilar sua conceitualização ao longo dos anos, inferindo daí o modo como o ato administrativo é tratado *como se natural fosse* pelo direito nacional, bem como as circunstâncias que permitiram os atributos se perpetuassem no curso dos séculos sem sequer consistirem em norma positivada.

A seguir, empreenderemos breve incursão jurisprudencial, em casos onde invocado o atributo. Esforço que se dá com a finalidade de conhecer como a presunção de veracidade dos fatos alegados pela Administração é tratada nas Cortes e Tribunais brasileiros, bem como elucidar o modo como a atribuição do ônus da prova é encarada em processos de semelhante jaez, posto ser este o escopo central da monografia.

Nesta esteira, será entabulada breve análise dos fatores contemporâneos que servem - ou serviram - de incentivo às crescentes críticas às potestades da Administração no âmbito processual. Movimento que, neste trabalho, atribuímos em grande medida ao novo texto constitucional e à regulação - ainda que esparsa e lacunosa - do processo administrativo, por meio dos quais valores e princípios próprios do devido processo legal foram transpostos aos casos onde é tratada matéria administrativa. Mudança paradigmática que trouxe à baila, dentre outros elementos, os questionamentos à imposição unilateral do ônus da prova ao particular, quando da impugnação do ato administrativo.

Ao final, nos debruçaremos sobre o modo como a doutrina vem encarando o ônus da prova ao longo do século XX, transcurso de tempo no qual se percebe amadurecimento do Direito Administrativo nacional, assim como recrudescimento das reflexões quanto à incompatibilidade da aplicação incondicional da presunção de veracidade do ato e os avigorados princípios processuais pós-1988. Pelo que se proporá, a fim de desfecho dissertativo, solução processual à aparente cizânia existente entre a presunção de veracidade do ato administrativo e o Estado Democrático de Direito.

II. A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE COMO ATRIBUTO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

No capítulo inicial, será brevemente delimitado o conceito de ato administrativo e da presunção de veracidade adotados nesta monografia; analisadas as raízes históricas do instituto, as quais o conformaram aos moldes que hoje o temos; e, ao final, examinada a trajetória histórica do atributo na doutrina brasileira, ao longo do século XX e início do XXI, a fim de melhor compreender sua crescente vinculação a preceitos processuais e do Estado Democrático de Direito dispostos na Constituição Federal.

2. Delimitações conceituais: ato administrativo e seus atributos

Por inexistente definição legal do ato administrativo, a conceitualização do instituto advém da doutrina, a qual, ademais de divergências pontuais, é uniforme no que diz respeito ao entendimento do ato administrativo: declaração jurídica que produz efeitos, emanada pelo Estado ou agente da Administração, no exercício das funções administrativas. De sorte que, neste trabalho, e isto para fins de delimitação conceitual, é adotada a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que entende o ato administrativo como a

(...) 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. (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 393).

A hegemonia doutrinária se mantém, ainda e via de regra, no tocante aos atributos e características dos atos administrativos, que muito os diferem dos atos do Direito Privado: não apenas por serem tratados pelo Direito Público, mas sim, e sobretudo, em razão de *advirem* do Poder Público, imbuídos por sua autoridade e prerrogativas típicas. Dentre estes atributos, elencamos *a autoexecutoriedade, a presunção de legitimidade e veracidade, a imperatividade, a tipicidade, a revogabilidade, a estabilidade e a impugnabilidade* (DI PIETRO, 2018, p. 231).

2.1. Delimitação conceitual da presunção de veracidade do ato administrativo

Como prenunciado, esta monografia se propõe ao estudo da *presunção de veracidade* do ato administrativo, a qual, não raro, e tampouco sem razão, é confundida

pela doutrina com a *legitimidade* ou a *autoexecutoriedade* do ato, atributos que, por silentes textos doutrinários se esforçando por distingui-los um dos outros, acabam por se embaralhar em suas finalidades. No que tange a estes atributos, cabe dizer tratam-se de conceitos doutrinários, não positivados no ordenamento pátrio, e, em que pese a doutrina não divirja quanto ao seu reconhecimento e conteúdo - de aceitação pacífica as presunções consistirem em conjecturas *juris tantum*, bem como que derivam do poder de autotutela da Administração -, alguma discrepância existe no que se relaciona com sua nomenclatura e subdivisão. Enquanto Bandeira de Mello reconhece a ambivalência dos institutos no tocante à conformidade legal do ato e a justeza dos fatos e pressupostos alegados pela Administração, o autor tratando a veracidade e a legitimidade do ato pela única nomenclatura de *presunção de legitimidade* (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 427), Di Pietro, de outra sorte, pormenoriza a função de cada uma das referidas presunções, ao que sustenta a *legitimidade* reflete a legalidade da qual o ato se reveste, enquanto a *veracidade* se volta à fidedignidade dos fatos materiais apontados e sustentados pela Administração (DI PIETRO, 2018, p. 231-232).

Di Pietro, uma das poucas autoras a aprofundar a reflexão acerca das características atinentes a cada um dos atributos do ato administrativo, separa a presunção de procedência da *conformidade legal* dos atos emanados pela Administração da presunção de *veracidade* dos fatos por ela alegados: ao que a autora aponta diferentes consequências à eventual impugnação dos atos administrativos. Enquanto o questionamento da efetiva ocorrência ou lisura de fato posto pela Administração (respaldado pela presunção de veracidade) “inverte o ônus da prova” em desfavor do particular impugnante, o questionamento da legalidade do ato administrativo (este sob o resguardo da presunção de legitimidade) “não tem esse efeito”, posto a mera desconformidade legal do ato não carece de produção de provas à sua apreciação judicial, já que “não há matéria de fato a ser produzida” (DI PIETRO, 2018, p. 233).

No presente trabalho, dado o estudo proposto, que se volta à análise da atribuição do ônus da prova nos processos onde impugnado ato administrativo, a presunção de veracidade do ato será tratada desde o viés proposto por Di Pietro: entendida como a fidedignidade entre o fato material e aquele aventado pela Administração, indiferente ao escopo da monografia a análise da legalidade, ou não, do ato questionado.

Posto isso, passemos a breve incursão sobre as raízes históricas do atributo.

2.2. Origem histórica dos atributos do ato administrativo

À semelhança do que ocorre em ordenamentos estrangeiros - a exemplo do italiano e do francês - os atributos próprios dos atos administrativos não estão positivados na legislação pátria, decorrendo de institutos antigos e respaldando-se, sobretudo, na doutrina. Massimo Giannini, ainda na década de 50 do século passado, a comentar o caráter não positivado da imperatividade e da autotutela, institutos ligados à gênese da presunção de veracidade do ato administrativo, afirmou “trataram-se de princípios não escritos, que o Estado contemporâneo trouxe do ordenamento do Estado absolutista, temperando-lhes e adaptando-lhes à situação constitucional” (GIANINNI, 1965, p. 280)¹.

Na mesma esteira do autor italiano, mas desta vez de maneira mais aprofundada nas particularidades dos atributos do ato administrativo, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández resgatam em fontes contemporâneas ao Antigo Regime e à Coroa Católica Espanhola - a saber, regulações editadas pelo monarca e Conselhos do Rei, na Espanha -, à época que ainda se erigia o Estado Moderno na Europa Ocidental, as origens absolutistas da autoexecutoriedade² dos atos administrativos. Em seu trabalho, demonstram que a necessidade de executoriedade automática dos atos da Administração, sem questionamentos *a priori*, advinha da confusão de poderes no Estado Absoluto - no caso, judiciário e administrativo - que paulatinamente se concentraram nas mãos de um mesmo governante. De modo que a imposição das medidas pelo monarca editadas não carecia de apreciação ou submissão ao jugo do judiciário, já que ambas as esferas se encontravam encarnadas na figura do mesmo rei. Dissertam os autores:

O fundamento dessas regras parece óbvio: Administração e Justiça emanam as duas de um mesmo sujeito, o Monarca; são manifestações do mesmo poder, com idêntica categoria e força. Não faria sentido, por isso, que a Administração régia estivesse submetida aos Tribunais régios como qualquer sujeito particular. (ENTERRÍA, FERNANDÉZ, 2014, p. 500-501).

¹ Tradução livre do excerto: “*Imperatività e autotutela non sono previste da norme scritte, si sostanziano in principi non scritti, Che lo Stato contemporaneo há tratto dagli ordinamenti dello Stato assoluto, temprandoli e adattandoli alle mutate situazione costituzionali*”.

² Sobre o termo empregado pelos autores, *autoexecutoriedade*, é de se anotar se confunde com a *veracidade* e *legitimidade* do ato, como referido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, de sorte que a análise histórica dos juristas italianos serve ao estudo que aqui se propõe.

Já àquele tempo, e malgrado a confusão dos poderes, reconhecia-se a necessidade de tratamento jurídico diferenciado entre Poder Público e administrados, respaldado não apenas nas particularidades de cada um destes, ou ainda no poder de polícia e demandas próprias da Administração, como também na origem comum de Administração, Legislativo e Judiciário, os três advindos de um mesmo seio monárquico centralizador. A organização do Estado assim posta, acabava por tornar indiferente submeter a Administração ao controle judicial, uma vez que ambas esferas se encontravam concentradas sob égide una. Novamente, nos termos dos administrativistas espanhóis:

O sistema de relações entre a Administração e a Justiça [...] deita suas raízes no Antigo Regime. Quando o Monarca intervém nos assuntos administrativos não precisa, de fato, do respaldo dos Tribunais e estes, por sua vez, não têm diante dos órgãos administrativos, em sentido estrito, o mesmo poder direto que diante dos súditos. Encontramos, por isso, preceitos explícitos em favor da executoriedade dos atos administrativos [...] ou da ação de ofício, com o uso do direito da coação administrativa. (ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, 2014, p. 500).

Os autores sustentam que a subdivisão entre as duas esferas não consiste em separação de poderes “*avant la lettre*” por parte do Administrador daquele tempo, senão verdadeira confusão de poderes, mixórdia comum em toda a Europa e que, segundo eles, até os dias atuais faz perdurar sua herança. Nesta, “as mesmas autoridades e Tribunais conhecem, ao mesmo tempo, de assuntos governamentais e contenciosos, ainda que observando diferentes formas ao se ocupar de um e outro tipo de assuntos” (ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, 2014, p. 501). No tocante à referida indefinição por parte dos poderes e da organização do Estado, e a abrir breve parênteses no apanhado histórico, calha reconhecer a ausência de limites claros às potestades da Administração frente aos três poderes é realidade *também* no Brasil, onde fronteiras e caminhos da Administração são, sob muitos aspectos, turvos, e se imiscuem com atribuições próprias dos Poderes Legislativo e Judiciário - a exemplo da apreciação judicial de improbidades administrativas, normatizações advindas de agências reguladoras, controle judicial de atos políticos ou mesmo a inexistência de instituição especializada a tratar do contencioso administrativo na ordenação pátria. De modo que as similitudes entre o contexto histórico descrito por Enterría e Fernández e a Administração brasileira moderna permitem reconhecer que os traços autoritários de outrora, no ordenamento matricial, ainda hoje se fazem presentes no Brasil.

Retomando o contexto histórico dos pressupostos do ato administrativo, desde os sistemas europeus antigos, e a melhor demonstrar que seu berço está vinculado ao fortalecimento do Estado centralizado moderno, Enterría e Fernández afirmam que a independência e veracidade impressas nos atos administrativos são fruto da necessidade natural da Administração de dar vazão às atividades mais corriqueiras e urgentes na condução do Estado, sem ter de se submeter a eventuais juízos de outros âmbitos do Poder Público. O que, por certo, é facilitado no Estado absoluto, como já mencionado, onde a confusão entre os poderes é a regra, e tanto o vigor dos atos administrativos, quanto a última instância judiciária se concentram nas mãos de um único administrador. Nos termos dos autores:

o desenvolvimento das funções administrativas a partir da Idade Moderna, especialmente com o Iluminismo (até esse momento a Administração régia é apenas embrionária, limitada de fato à Fazenda e à guerra, tudo o mais é, de forma genérica, justiça, considerada pelos Monarcas como a primeira e fundamental de suas funções), irá destacar a necessidade de métodos expeditivos para levar a cabo tais funções, evitando a 'figura do juízo', ainda que isso venha a causar um 'prejuízo de partes', quando uma medida se apresenta como necessária para a gestão administrativa. (ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, 2014, p. 504).

A assertiva dos administrativistas não se contém à esfera das ciências jurídicas, e encontra respaldo em trabalhos de historiadores e estudiosos da edificação do Estado moderno, a exemplo de Richard Van Dülmen. Van Dülmen em aprofundado estudo sobre as origens do Estado moderno na Europa, afirma que a monarquia espanhola, bem como a francesa - e muito embora a primeira, em relação à segunda, *tenha tido menos sucesso no processo de transferência do poder de lideranças locais (feudos) às mãos do monarca centralizador* -, teve como elemento fundamental na consolidação do Estado moderno a *burocratização* - ademais de outros fatores, como o robustecimento da sociedade da Corte, formação do exército nacional e aproximação da Coroa com a enfraquecida Igreja (DÜLMEN, 1990, p. 155-156), posto se trata de processo histórico complexo. Sobre a evolução do movimento de burocratização do Estado, pontualmente, o autor afirma acicatou a concentração de nobres nas Cortes, trazendo para próximo dos centros de poder senhores feudais até pouco tempo alijados do monarca, de forma a, ao mesmo tempo que fortalecia a influência do monarca sobre as nobrezas locais, enfraquecia os elos destas com territórios antes controlados diretamente por elas. Afastadas as lideranças territorializadas de seus antigos pontos de administração feudal, o Estado passou a demandar métodos de administração e governança mais organizados e eficazes - afinal, agora mais e mais se controlava o

território e a máquina estatal desde um único ponto, e não mais pulverizadamente -, o que ensejou a referida *burocratização*. Ainda que as funções administrativas e burocráticas logo tenham sido cedidas à burguesia (através da venalidade de cargos ou prerrogativas legais inovadoras, cujo aprofundamento não é, ora, pertinente), a racionalização dos procedimentos estatais constitui elemento chave da concentração dos poderes nas mãos do monarca, e, conseqüentemente, da necessidade de conformar as atividades administrativas com as judiciárias: uma vez que estas, todas, convergiram-se à Coroa, e não poderiam, para sua boa consecução, sobrepor-se umas às outras ao sabor dos ventos. Assim, a atribuição de prerrogativas especiais aos atos administrativos emanados pelo governo, tornando-os alheios, ou mesmo imunes, ao controle judiciário, fez-se necessária à governabilidade.

Enterría e Fernández, ao analisar regulações promulgadas pelos Conselhos Reais³, e a anotar que desde então “em favor do ato régio militava a presunção de validade” (ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, 2014, p. 504), deduzem destas regulações a inclinação da Administração absolutista a resguardar seus atos de governo da apreciação judiciária: aspecto a ser ressaltado e que guarda certa peculiaridade, uma vez que, não obstante se trate de regime onde a lei não vincula o governante, este e seus administradores se valem de máximas normativas a abrigar os atos administrativos e evitar questionamentos. Ao que concluem, os autores, deste momento histórico advém o gérmen do argumento amparador das presunções que, hoje em dia, temos por inerentes ao ato administrativo, bem como da supremacia do interesse público frente às liberdades individuais. Nos termos dos autores:

Assim, podemos ver com clareza como se desenvolve na última fase do Antigo Regime, cada vez com maior precisão, um desenho que pré-constitui de forma quase exata os métodos administrativos que hoje estamos acostumados a ver. É explícita, como se pode ter notado, a intenção de dispensar à Administração da necessidade de obter, mediante um processo, uma tutela jurisdicional às suas pretensões e direitos, conferindo-lhe mandato para uma atuação autônoma, expeditiva e juridicamente suficiente. Surge, em função disso, a própria chave do sistema, a proibição aos juízes de interferir e perturbar o agir autossuficiente da Administração, de ‘não embarçar o bom processo’. (ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, 2014, p. 504).

³ Órgão angular da estrutura de governo da monarquia espanhola, durante a Idade Moderna, a exemplo do *Conselho de Castilla*, ou *Conselho das Índias*.

Luis S. Cabral de Moncada, a seu turno, embora não retroaja na história a ponto de vincular ao Estado absoluto a raiz da presunção da legalidade⁴ do ato administrativo, reconhece tratar-se de prerrogativa da Administração consolidada já no período oitocentista, o que por certo se coaduna com os escritos de Enterría e Fernández - uma vez que estes atribuem ao período absolutista não mais que as origens dos atributos do ato, e não sua institucionalização. Moncada aduz a “construção está alicerçada na dogmática democrático-representativa de origem rousseuniana própria do positivismo jurídico oitocentista” (MONCADA, 2014, p. 408), e afirma que os atos se revestiram da oficialidade que hoje gozam em razão de sua natureza executiva, aportando sua autoridade da lei que executam. Ao que conclui, e isso a tratar não mais da gênese do atributo, mas de sua institucionalização dentro do Estado de Direito, “os tribunais por força da lei deixaram de poder condenar a Administração em nome de um novo entendimento mais rígido da separação dos poderes” (MONCADA, 2014, p. 408). O autor, a sugerir que a jurisprudência “assimilou este conceito forjado, que a breve trecho passou a integrar o patrimônio do Estado de Direito”, enxerga a presunção de legalidade como prerrogativa obsoleta e dissonante do Estado hodierno, e sustenta que “a defesa da autotutela administrativa prescinde da presunção de legitimidade, nada justificando uma ligação direta entre autotutela e presunção de legitimidade no acto administrativo” (MONCADA, 2014, p. 411).

Por derradeiro, no que se refere aos autores nacionais, pouco se comenta o liame entre os atributos do ato administrativo e sua origem no Estado absolutista - o que, concluímos, tem relação direta com o fato de o Direito Administrativo ter sido artificialmente importado e irrefletidamente adaptado ao país, sem que com isso fossem empreendidas maiores reflexões acerca de seus institutos. A não mais que tangenciar a evidente relação de causa e consequência entre a autotutela e as presunções de veracidade, legitimidade e autoexecutoriedade do ato administrativo, José Cretella Júnior pincela o regime jurídico da autotutela do Estado, e afirma este consiste no “conjunto de normas de direito público que rege a ação administrativa dirigida à vigilância dos próprios atos e dos bens públicos” (CRETELLA JÚNIOR, 1972, p. 42-43), que servem como “mecanismos de proteção dirigidos aos atos administrativos e

⁴ O jurista luso utiliza o termo *legalidade* para se referir ao atributo do ato administrativo, e, no exemplar utilizado na presente pesquisa, não faz diferenciação entre a *veracidade* e a *legalidade* do ato.

aos bens públicos” (CRETELLA JÚNIOR, 1972. p. 48), sem muito se aprofundar na temática.

Melhor esclarecido o passado e a gênese dos atributos do ato administrativo, neste trabalho estudados e questionados, propõe-se agora breve digressão sobre a trajetória pontual dos institutos da presunção de veracidade, legitimidade e autoexecutoriedade dos atos da Administração na doutrina nacional, a fim de melhor compreender sua abordagem pela doutrina brasileira, desde o advento da República até a consolidação do Estado Democrático de Direito.

2.3. Histórico dos atributos do ato administrativo na doutrina nacional

Em levantamento bibliográfico de doutrinadores brasileiros, desde o começo do século XX até os dias atuais, constata-se gradual e crescente reflexão acerca dos atributos do ato administrativo e seus efeitos no direito prático - sobretudo no que se relaciona à atribuição do ônus da prova. O fenômeno de questionamento a institutos que, até menos de um século atrás, eram dados por intocáveis no direito nacional, ora se atribui aos traços autoritários de tais presunções, por certo desvinculados de preceitos processuais democráticos e da valorização dos direitos subjetivos aportados pelo constitucionalismo pós-1988.

Em edição de Instituições de Direito Administrativo, datada de 1938, Themístocles Brandão Cavalcanti não menciona explicitamente os atributos do ato administrativo ou sua presunção de veracidade, sequer comentando a existência de tais institutos. Afirma, no entanto, que o caráter absoluto dos atos de império “não mais se sustenta, nem mesmo na França”, à exceção daqueles que tratam de atos políticos (CAVALCANTI, 1938, p. 150). O autor se restringe a comentar a autonomia dos atos da Administração em relação ao Poder Judiciário, denotando - precisamente em razão de seu silêncio quanto aos atributos do ato - não ser este, àquele tempo, objeto de reflexão da doutrina. Ainda assim, os termos por ele utilizados a se referir às presunções do ato - “caráter absoluto” e “não mais se sustenta, nem mesmo na França” - permitem entrever a origem absolutista do instituto que fundamenta o entendimento do jurista, a repisar a proposta histórica de Enterría e Fernández.

Tito Prates da Fonseca, na mesma senda, em obra de 1939, tampouco se debruça sobre as particularidades intrínsecas aos atos administrativos. Menciona,

todavia, que “presumem-se legítimos até prova em contrário (...) presunção que se estende ao mérito e revela-se com maior intensidade naqueles atos que, pela sua natureza, se destinam a fazer fé pública, como acontece com as certidões” (FONSECA, 1939, p. 387). Afirmar, ainda, que a execução de ofício dos atos administrativos tem origem no direito continental europeu - novamente a consolidar a raiz histórica proposta por Gianinni, Enterría e Fernández -, precisamente em razão de sua presunção de legitimidade, ao passo que, na *Common Law*, as regras de execução dos atos da Administração bebem na fonte do Direito Privado (FONSECA, 1939, p. 388).

Saltando do Estado Novo para meados da década de 70, passados os anos de avigoramento e amadurecimento da máquina estatal e expansão da estrutura administrativa advindos com os governos getulistas, e já em meio ao regime militar, os atributos do ato administrativo surgem nas obras doutrinárias nacionais, agora *expressamente* nominados e divisados de outros institutos próprios da Administração.

José Cretella Júnior, em seu Curso de Direito Administrativo, menciona especificamente a autoexecutoriedade como elemento próprio do ato administrativo, a dizer, remetendo-se ao direito francês, e nesta obra em específico⁵, o instituto se origina no princípio do interesse público. A mesclar a autoexecutoriedade com a presunção de veracidade e legitimidade, ainda que não difira bem cada um dos atributos, afirma que os atos administrativos “pela simples razão de emanarem do Estado trazem em seu bojo a presunção de legitimidade” (CRETELLA JÚNIOR, 1971, p. 181). O autor permite entrever a indissociabilidade existente entre os atributos do ato administrativo - no sentido de um atributo decorrer e, ao mesmo tempo, dar origem ao outro -, e menciona a existência de cada uma das presunções referidas. Todavia, faz ressalva de que as presunções do ato se limitam aos contornos da lei, de sorte a circunscrevê-las pela legalidade e, pela primeira vez no sentido cronológico desta pesquisa, questionar, ainda que minimamente, as potestades que a aplicação irrefletida da presunção de veracidade confere à Administração. Ao que se lê:

o fundamento da autoexecutoriedade é múltiplo, decorrendo não só da presunção de legitimidade que, aliás, matiza os demais atos administrativos, como também da índole pública da potestade administrativa, acrescendo ainda que de urgência, diligência e interesses públicos, em jogo, justificam amplamente as ações rápidas

⁵ Em artigo do mesmo autor, já comentado neste trabalho, Cretella vincula a proteção aos atos e bens públicos à autotutela estatal. O que de modo algum é contraditório com o interesse público, pelo contrário, posto ambos institutos servem a se complementar entre si.

da administração. A doutrina brasileira, amparada pela jurisprudência, acompanha a orientação já tradicional nos grandes sistemas europeus; a executoriedade, compatível com o regime de direito, encontra barreira intransponível na lei, sem o que estariam ameaçadas as liberdades públicas, fundamento dos Estados em que se repele o antijurídico. (CRETELLA JÚNIOR, 1971, p. 182).

Nesta esteira, mas a refletir mais pormenorizadamente acerca dos efeitos da presunção de veracidade dos atos da Administração, bem como sua compatibilidade com o Estado de Direito, Hely Lopes Meirelles, já em 1978, afirma claramente que “todos os atributos do ato administrativo decorrem da presunção de legitimidade”, assevera que a autoexecutoriedade é elemento fundamental à celeridade exigida da Administração Pública, a qual não poderia desempenhar suas funções se “a todo momento tivesse de recorrer ao Judiciário”, e defende: “o ideal seria dividir os atos que lhe são próprios - executórios -, dos que lhe são impróprios, e por isso mesmo dependentes de intervenção de outro Poder” (MEIRELLES, 1978, p. 130), em clara alusão à necessária e delicada separação entre atos políticos e atos da Administração. Hely Lopes Meirelles, como todos os demais doutrinadores, reconhece a relatividade *juris tantum* do instituto e a possibilidade de impugnação dos mesmos pelo particular, a afirmar ser possível

[...] a sustação dos efeitos dos atos administrativos através de recursos internos ou de mandados de segurança, em que se conceda a suspensão liminar, até pronunciamento final de validade ou invalidade do ato impugnado. (MEIRELLES, 1978, p. 125-126).

Celso Antônio Bandeira de Mello, a sua vez, e em título bastante mais recente que os acima mencionados, é taxativo ao reconhecer os atributos do ato administrativo como parte integrante e inerente a este, dentre os quais elenca a *legitimidade, a imperatividade, a exigibilidade e a executoriedade*. O administrativista, embora não faça diferenciação entre a veracidade e a legitimidade dos atos, as separa da executoriedade - diferentemente do que ocorre com os doutrinadores nacionais das décadas anteriores, quando os atributos do ato não eram bem distinguidos entre si. A separação evidenciada entre a executoriedade e a legitimidade se atribui, neste caso, a uma maior maturidade e reflexão do Direito Administrativo no país. O jurista reconhece que a legitimidade se trata de presunção *juris tantum*, todavia, em raciocínio inovador, critica a inversão do ônus da prova ao particular. Aportando verdadeiro divisor de águas no modo como a doutrina brasileira encara a veracidade do ato da Administração, Bandeira de Mello invoca obra de Ney José de Freitas e defende que, uma vez impugnado o ato, a presunção de validade é “pulverizada”, “e daí em diante a questão

será resolvida no sítio da teoria geral da prova”(BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 427).

Pelo até aqui exposto, resta claro não haver discussões na doutrina quanto à condição *juris tantum* da presunção de veracidade do ato administrativo, relatividade sobre a qual não recai maiores debates - em que pese esta tenha sido artificialmente importada do direito europeu e sua ciência e reflexão por parte da comunidade jurídica nacional, que somente se erigiu ao longo do século XX, serem ainda incipientes. O reconhecimento pacífico da relatividade do instituto, todavia, não significou a superação doutrinária dos debates acerca do mesmo. Hodiernamente, e no direito brasileiro sobretudo desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, muito se reflete e discute sobre a incidência do ônus da prova em contendas entre a Administração e o administrado, quando este último reclama a validade e veracidade fática do ato administrativo que lhe restringiu a esfera jurídica.

É neste ponto, precisamente, que a doutrina mais recente diverge e aponta, desemparelhada, as mais diversas saídas: parte sustenta que o ônus da prova tem de recair sobre o administrado que impugna o ato, outra parte entende caber à Administração demonstrar a conformidade e procedência do fato por ela alegado. Em que pese seja notório o movimento de amadurecimento e debate do Direito Administrativo neste diapasão, no sentido de questionar garantias que já compunham o ato administrativo desde sua gênese, trata-se de discussão longe de ser pacificada.

Antes de adentrar propriamente no debate de a quem incumbe o ônus da prova nos processos onde litigue a Administração, no entanto, calha fazer breve incursão sobre quais fatores incentivaram o reexame da presunção de veracidade do ato administrativo, bem como o instituto é tratado pela jurisprudência. Isto para melhor compreender como os atributos do ato, presunção de aplicação não vinculada, eis que não positivada em lei, são tratados nas Cortes nacionais, assim como averiguar de que modo a atribuição do ônus da prova é, via de regra, aplicada ou relaxada nos Tribunais e Cortes.

III. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

No presente capítulo, serão analisados os motivos e circunstâncias fáticas colhidas em amostras jurisprudenciais que tratem da presunção de veracidade do ato administrativo. Primeiramente, serão apreciados acórdãos onde a presunção do ato foi invocada unilateralmente, atribuindo a prova de sua improcedência ao particular impugnante, qual sói ser o posicionamento dominante das Cortes e Tribunais nacionais. Na sequência, serão comentadas as razões de decisões onde, a contrariar a jurisprudência majoritária, o ônus da prova foi mantido a cargo da Administração, flexibilizando a presunção de veracidade do ato assim que impugnado pelo particular.

3. Jurisprudência

Passemos pois, a apreciar como a presunção de veracidade do ato e a atribuição do ônus da prova são abordadas e resolvidas nas Cortes nacionais. Para tanto, propõe-se sejam pinçados exemplos pontuais, em esforço por pincelar os diferentes usos do atributo pela jurisprudência, descompromissado com a reprodução das proporções ou constância com que o atributo é invocado em processos nos diferentes ramos do direito.

Não resta dúvida que a presunção de veracidade do ato administrativo e a atribuição da produção de prova ao impugnante é a regra na jurisprudência nacional. Motivo pelo qual não carece serem muitos os julgados aqui elencados a demonstrar como o tema é tratado pelos Tribunais, já que abundantes na jurisprudência decisões reconhecendo a procedência do ato *até prova em contrário, a critério do impugnante*. Modo geral, nas Cortes Superiores, e justamente em razão de estas não discutirem fatos, mas tão somente matéria de direito, a presunção de veracidade do ato administrativo e a inversão do ônus da prova é a regra, sendo reconhecida na quase totalidade dos casos pinçados para análise. Ainda na seara das Cortes Superiores, chama atenção a grande quantidade de recursos onde, em segunda instância, a presunção de veracidade do ato foi relaxada pelo magistrado sentenciante, sendo essas decisões invariavelmente revertidas pelos ministros do STJ.

Exemplo da temática processual onde a presunção de veracidade do ato é mais comumente invocada - qual seja: a procedência de dívida tributária lançada pela Fazenda Pública -, o REsp 1298407/DF definiu, em matéria repetitiva, que planilhas exaradas pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional são *prova suficiente de dívida*

tributária ativa, ainda que impugnadas pelo particular (no caso, estava-se a tratar de alegação de cobrança em dobro de Imposto de Renda). A assertiva do Relator se dá sob argumento de não mais que a presunção de veracidade do ato da Administração e, para respaldar tal fundamento, cita Hely Lopes Meirelles, classificando as planilhas da Fazenda como “atos administrativos enunciativos”, sem estender seu arrazoado para além disso. O argumento do acórdão é, deve-se dizer, no mínimo fraco. Afinal, ditas planilhas consistem em documento ordinário, elaborado em *software* padrão, e tiram seu vigor somente da fé pública depositada no agente responsável por sua autoria. Mesmo a origem das informações organizadas na planilha, a qual se apresentada em juízo traria robustez à dívida lançada pelo Poder Público, é dispensada em nome da oficialidade do ato administrativo. Outrossim, no que diz respeito à atribuição do ônus da prova ao particular, supõe-se que essas informações estejam ao alcance da Administração, e não do administrado, o que acaba por criar verdadeiro abismo entre os poderes processuais atinentes ao cidadão e à Administração - o primeiro a sofrer irreparável prejuízo, dada sua impotência a produzir provas cujos dados são detidos, justamente, pelo ente com quem litiga. Nos termos da ementa:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA FÍSICA. EMBARGOS À EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA (ART. 741, CPC). PLANILHAS PRODUZIDAS PELA PGFN COM BASE EM DADOS DA SRF E APRESENTADAS EM JUÍZO PARA DEMONSTRAR A AUSÊNCIA DE DEDUÇÃO DE QUANTIA RETIDA NA FONTE E JÁ RESTITUÍDA POR CONTA DE DECLARAÇÃO DE AJUSTE ANUAL. 1. Não viola o art. 535, do CPC, o acórdão que decide de forma suficientemente fundamentada, não estando obrigada a Corte de Origem a emitir juízo de valor expresso a respeito de todas as teses e dispositivos legais invocados pelas partes. 2. **Em sede de embargos à execução contra a Fazenda Pública cujo objeto é a repetição de imposto de renda, não se pode tratar como documento particular os demonstrativos de cálculo (planilhas) elaborados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN e adotados em suas petições com base em dados obtidos junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil - SRF (órgão público que detém todas as informações a respeito das declarações do imposto de renda dos contribuintes) por se tratarem de verdadeiros atos administrativos enunciativos que, por isso, gozam do atributo de presunção de legitimidade.** 3. Desse modo, os dados informados em tais planilhas constituem prova idônea, dotada de presunção de veracidade e legitimidade, na forma do art. 333, I e 334, IV, do CPC, **havendo o contribuinte que demonstrar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da Fazenda Nacional, a fim de ilidir a presunção relativa**, consoante o art. 333, II, do CPC. Precedentes: REsp. Nº 992.786 - DF, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 10.6.2008; REsp. Nº 980.807 - DF, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 27.5.2008; REsp. n. 1.103.253/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 22.06.2010; REsp 1.095.153/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 16/12/2008; REsp 1.003.227/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito

Gonçalves, DJe de 28.9.2009; EDcl no AgRg no REsp. n. 1.073.735/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2009; AgRg no REsp. n. 1.074.151/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 17.8.2010. 4. Devem os autos retornar ao Tribunal a quo para que, atentando-se aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, inclusive às planilhas de cálculos apresentadas pela Fazenda Nacional (com presunção relativa), analise a alegada compensação, para fins do art. 741, V, do CPC. 5. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008. (REsp 1298407/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 29/05/2012) [Grifos nossos]

Ainda a tratar de impugnação de lançamento de dívida ativa, bem como da inversão do ônus da prova, convém fazer ressalva. É certo que a Certidão de Dívida Ativa exarada pela Fazenda Pública, à exceção dos demais atos administrativos, tem previsão legal de presunção de veracidade e atribuição do ônus da prova ao impugnante, tal qual disposto no artigo 204 do CTN⁶ e artigo 3º da Lei 6.830/1980⁷. Todavia, é de se reconhecer que as vetustas imposições, ambas anteriores a 1988, não se coadunam com as possibilidades de produção de prova atinentes a cada parte, tampouco com preceitos processuais de paridade de armas e devido processo legal exarados na Constituição. A exemplo, tem-se o REsp 1.604.672/ES, comumente referido por precedente em decisões de semelhante jaez. No caso, sócio detentor de 0,1192% de sociedade anônima que decretou falência (antiga VASP), e não inscrito como corresponsável em certidão de dívida ativa, mas tão somente como sócio, questiona a inclusão de seu nome como devedor corresponsável pela dívida da pessoa jurídica. A respaldar seu argumento, o empresário salienta não ter sido demonstrado que o débito era resultante de “atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”⁸, tal qual preceitua o artigo 135 do CTN para a responsabilização de sócio. O STJ, a seu turno, posicionou-se no sentido de a certidão de dívida ativa gozar de presunção de veracidade - dessa vez a embasar seu voto no procedimento tributário que antecede o lançamento do débito, bem como na necessidade de o administrador motivar este lançamento -, ao que repisou ser “ônus do devedor comprovar não ter tido participação

⁶ Art. 204, CTN. A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída. Parágrafo único. A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite.

⁷ Art. 3º, Lei 6830/1980 - A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez. Parágrafo Único - A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite.

⁸ Art. 135, CTN. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: I - as pessoas referidas no artigo anterior; II - os mandatários, prepostos e empregados; III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado

nas circunstâncias que deram azo ao débito”, ignorando o disposto no artigo 135 do CTN e, para isso, valendo-se de não mais que a presunção de veracidade dos fatos alegados pela Fazenda. Segue ementa do acórdão.

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. EX-SÓCIO ADMINISTRADOR DE SOCIEDADE ANÔNIMA FALIDA. QUALIFICAÇÃO COMO CORRESPONSÁVEL. AUSÊNCIA. IRRELEVÂNCIA. ATO DE INSCRIÇÃO PLENAMENTE VINCULADO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE. 1. O nome do sócio constante da Certidão de Dívida Ativa não necessita estar acompanhado da qualificação de corresponsável/codevedor para permitir sua inclusão no polo passivo da execução fiscal, pois, além de essa condição dever ser aferida no prévio processo administrativo, a autoridade fiscal, sob pena de responsabilização, não tem discricionariedade quanto aos elementos a serem inseridos no ato de inscrição, visto que a respectiva atividade é plenamente vinculada. 2. Conforme sedimentado pela Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.104.900/ES, "se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos 'com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos'". 3. "O sujeito passivo, acusado ou interessado" (art. 203 do CTN) deve ter sempre a seu alcance o processo administrativo correspondente à inscrição em dívida ativa, conforme disposição do art. 41 da Lei n. 6.830/1980, o que lhe oportuniza o desenvolvimento do contraditório e a aferição da regularidade do cumprimento dos requisitos de validade da Certidão de Dívida Ativa. 4. Hipótese em que, em razão de o nome de ex-administrador de sociedade anônima (VASP S.A.) constar da Certidão de Dívida Ativa, mesmo sem a qualificação de corresponsável, é dele o ônus de afastamento da presunção de legitimidade e veracidade desse documento. 5. Recurso especial provido. (REsp 1604672/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 11/10/2017)

Anoto que, não obstante os recursos de matéria tributária sejam os mais frequentes no STJ, outros julgados, de outras searas jurídicas, veem invocada a presunção de veracidade do ato e a inversão do ônus da prova ao particular. São exemplos o REsp 1.573.943/BA⁹ - que trata de questionamento de cálculo de benefício previdenciário em razão de informações constantes no CNIS, Cadastro Nacional de Informações Sociais, dados que, segundo o STJ, “gozam de presunção de veracidade” até prova em contrário -, ou o RMS 54280/PE¹⁰ - no qual o STJ repisa seu entendimento de que “cabe ao servidor removido de ofício pela Administração demonstrar que a

⁹ BAHIA, Segunda Turma do STJ. Recurso Especial 1.573.943/BA. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. 04/10/2018. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1573943&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR.

¹⁰ PERNAMBUCO, Segunda Turma do STJ. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 54280/PE. Relator Herman Benjamin. 19/09/2017. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=presuncao+de+legitimidade+ato+administrativo&b=ACOR&p=true&l=10&i=21>.

remoção se deu com abuso de poder ou visando punir o funcionário por vias indiretas” - , dentre outras matérias.

Por derradeiro, no que se relaciona à aplicação unilateral e irrefletida da presunção de veracidade do ato administrativo, consignamos que esta não é empregada unicamente como atalho à resolução de contendas envolvendo a Administração, e tampouco visando somente beneficiar o Poder Público, felizmente. A inflexibilidade do atributo serve também a garantir direitos adquiridos dos administrados através de atos administrativos, que têm sua nulidade declarada após algum tempo de vigência, a exemplo do Recurso Extraordinário 158.543. Neste, o Supremo reconhece que o decote unilateral de direitos previdenciários do particular, consolidado por ato administrativo anterior e cujos efeitos até então vigiam, “ofenderia a garantias constitucionais processuais previstas no artigo 5º, LV da Constituição Federal”, ao que invoca a presunção de legitimidade do ato administrativo “como garantia do administrado”. Nos termos da ementa:

ATO ADMINISTRATIVO - REPERCUSSÕES - PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE - SITUAÇÃO CONSTITUIDA - INTERESSES CONTRAPOSTOS - ANULAÇÃO - CONTRADITÓRIO. Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum a Administração e ao particular. (RE 158543, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 30/08/1994, DJ 06-10-1995 PP-33135 EMENT VOL-01803-04 PP-00767 RTJ VOL-00156-03 PP-01042)

Pelo exposto, colhe-se que a incidência uniforme da presunção de veracidade do ato administrativo e da inversão do ônus da prova é a regra nas Cortes Superiores, igualmente seguida pela jurisprudência ordinária. No entanto, embora esta última continue se guiando, em sua maioria, pela regra da inversão do ônus da prova ao particular, é de se notar que irrompem nas Varas e Tribunais decisões que mantêm o ônus da prova ao encargo da Administração, *sobretudo no que toca ao processo administrativo restritivo sancionador*.

Exemplo disso, a apelação nº 2005.35.0.0020214-0/GO, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, trata de impugnação de particular à multa por desmatamento aplicada pelo IBAMA. No caso, ademais de questionar a veracidade e a falta de motivação do ato alegado pela instituição, o impugnante indaga a competência

dos agentes responsáveis pela anotação, ao que sugere que estes agiram fora da área geográfica onde têm autoridade, em possível reprimenda a sua atuação como procurador do trabalho, posto trabalhava no combate a situações de labor análogas à escravidão. O magistrado sentenciante, ao separar a responsabilidade objetiva pelo dano ambiental da punição administrativa imposta pelo IBAMA, diz que esta última depende de prova, a qual cabe à Administração - o que, afirma, não ocorreu no caso concreto, dada a parca motivação e falta de clareza do auto de infração lavrado pelos agentes ambientais. No caso, a destoar da jurisprudência padrão, o juízo sentenciante não aplica inadvertidamente a presunção de veracidade do ato administrativo, e exige que este, ao menos, seja motivado. Seguem trechos da ementa:

DIREITO ADMINISTRATIVO-PENAL. REFORMA DE PASTAGEM COM SUPOSTO DESMATAMENTO. AUSÊNCIA DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL. PRECARIÉDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. AUSÊNCIA DE SUFICIENTE PROVA DO FATO. **INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INAPLICABILIDADE AO CASO. ANULAÇÃO DA PENA. PROVIMENTO À APELAÇÃO.**

1. Pelo que consta dos autos, servidores do IBAMA lotados na Delegacia Regional de Uruaçu/GO. deslocaram-se até Palmeirópolis/TO, numa distância de aproximadamente 220 km., em cujo município lavraram um único auto de infração relativo a suposto desmatamento em propriedade rural do autor (dez hectares, segundo o auto de infração; cinco hectares, na versão do autor), desprovido de licença ambiental. (...)

5. O auto de infração foi motivado nos seguintes termos: “Desmatar aproximadamente 10,00 ha de cerrado na Fazenda Loteamento Santa Luzia – mun. de Palmeirópolis-TO” (fl. 17); “atuado ausente”; “testemunha no verso” (no verso há a impressão digital de Maria Neuza Barros e uma assinatura não identificada). (...)

7. **Não prevalece o fundamento da sentença - “o ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; ...” -, nem a alegação do IBAMA de que “é da maior relevância consignar que em se tratando de matéria alusiva ao meio ambiente A RESPONSABILIDADE É OBJETIVA, independendo, por conseguinte, de persecução relativa a culpa conforme dispõe o art. 14, § 1º da Lei nº 6.938/1981”.**

8. **Primeiramente, o ônus da prova da infração é do Estado (IBAMA), no exercício do ius puniendi.** A propósito, o auto de infração é, nesse aspecto, fragilíssimo, pois descreve a suposta infração de forma precária e até errada quanto ao nome da fazenda; atuado ausente; única testemunha identificada, a própria moradora (caseira) da fazenda; não houve flagrante, pois o suposto desmatamento/reforma de pasto houvera sido efetuado há vários meses; não foi encontrada a lenha que dali teria sido retirada. De acordo com o art. 158 do Código de Processo Penal, aplicável ao caso por analogia, “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

9. Em segundo lugar, a responsabilidade objetiva é pelo dano ambiental, para efeito de indenização civil, não alcançando a responsabilidade por infração administrativo-penal.

10. Ressalte-se, finalmente, que não há afirmação de que, se requerida, a licença teria sido negada, portanto, a suposta infração seria de natureza meramente formal. Se houve o fato, não causou prejuízo efetivo para o meio ambiente; consistiu apenas em desatenção ao procedimento de controle do

desmatamento, uma vez que, pelo que consta, o autor mantém reserva florestal na propriedade.

11. Apelação a que se dá provimento. Invertidos os ônus da sucumbência. (TRF-1, AC nº 2005.35.00.020214-0/GO, 2011) [Grifos meus]

Também a exemplificar o afrouxamento da presunção de veracidade do ato, e novamente a demonstrar adequação constitucional no que tange à atribuição do ônus da prova, traz-se o AgRg no Ag 1.022.208 do STJ, onde a prova de não débito é atribuída à Fazenda, por tratar-se de prova negativa, cuja produção, é sabido, sobretudo no campo da teoria da prova, é naturalmente dificultada ao impugnante. Nos termos da ementa:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ÔNUS DA PROVA. FATO NEGATIVO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO EMBASADOR DA EXTRAÇÃO DOS TÍTULOS EXECUTIVOS. NULIDADE. **PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA DA CDA AFASTADA.** AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA FAZENDA. 1. A Certidão de Dívida Ativa é título que contém os requisitos da certeza e liquidez, conforme presunção estabelecida no art. 204 do CTN, mas admite prova em contrário, sendo afastada tal presunção se comprovado que o processo fiscal que lhe deu origem padece de algum vício. 2. Na espécie, o vício verificou-se anteriormente à própria inscrição, porquanto não realizada a notificação do lançamento, ato de importância fundamental na configuração da obrigação tributária. A sua ausência contaminou, por inteiro, o surgimento do crédito tributário executado. 3. **A tese do exeqüente de que competiria ao contribuinte o ônus de comprovar as suas alegações não merece êxito por tratar-se de prova de fato negativo, não devendo ser exigido do contribuinte que demonstre em juízo que não foi devidamente notificado para se defender no processo administrativo, que se encontra em poder do exeqüente. No caso, caberia à Fazenda diligenciar e provar a efetiva notificação do contribuinte para se defender.** 4. O aresto recorrido entendeu não procedente a arguição de nulidade invocada pela ausência de intimação pessoal do representante da Fazenda considerando diversas particularidades ocorridas no trâmite do processo. A Fazenda, atendendo a comunicação veiculada no diário oficial, compareceu inúmeras vezes nos autos, inclusive para dispensar a produção de provas e requerer o julgamento antecipado da lide, sem haver suscitado a nulidade. (STJ, AgRg no Ag 1022208, 2008). [Grifos nossos].

Para encerrar esta breve incursão pela jurisprudência que trata do tema, aporta-se a apelação em mandado de segurança nº 1999.01.00.037217-6/MG, também de lavra do TRF da 1ª Região. Na decisão, a presunção de veracidade de fato dado por certo em sentença trabalhista é afastada pelo magistrado, quem, a mencionar que o referido atributo advém de direito absolutista e é desvinculado de preceitos democráticos hodiernos, atribui à Administração o ônus da prova do fato por ela mesma alegado.

ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. FUNDAMENTO, UNICAMENTE, EM AFIRMAÇÕES CONTIDAS EM SENTENÇA TRABALHISTA. DIFERENÇA DE CRITÉRIOS NA AVALIAÇÃO DA

PROVA NO PROCESSO TRABALHISTA E NO PROCESSO ADMINISTRATIVO-PENAL. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO PARA INVERTER O ÔNUS DA PROVA EM PROCESSO PUNITIVO.

1. Inexiste distinção ontológica, mormente no campo da heterotutela, entre infração penal e infração administrativa, logo, comunicam-se à sanção administrativa os critérios do direito penal e do direito processual penal.

2. A presunção de legitimidade do ato administrativo, atributo que, por sua raiz absolutista, vem perdendo prestígio, não é suficiente para inverter o ônus da prova no processo administrativo destinado à aplicação de pena.

3. A afirmação em sentença trabalhista (que considera o princípio in dubio pro misero), baseada em um único depoimento de testemunha, sem grande consistência, de fatos configuradores de infração, não é suficiente para ensejar a aplicação de pena administrativa, transferindo para o autuado o ônus de prova contrária.

(AMS Nº 1999.01.00.037217-6/MG. Quinta Turma do Tribunal Regional Federal - 1ª Região, por maioria, deu provimento à apelação, nos termos do voto do Juiz Relator. Brasília, 8 de abril de 2002).

Das amostragens, concluiu-se que, ainda nos dias atuais, a jurisprudência dominante se volta a reconhecer a presunção de veracidade do ato e a atribuir o ônus da prova ao administrado, sem se predispor a analisar as possibilidades de produção de prova inerentes a cada parte, tampouco aplicar método minimamente racional, senão a presunção unilateral e irrefletida da conformidade do ato lavrado pela Administração. No entanto, e crescentemente, colhem-se julgados, aqui e acolá, onde a atribuição descuidada do ônus da prova ao particular é posta de lado em detrimento de um processo de traços mais justos e equânimes. Em termos técnicos, um devido processo legal. É de ser feita a ressalva, todavia, que a racionalização do ônus da prova em matéria administrativa ainda é minoria na jurisprudência, e não se estende a todas as searas do direito, despontando com vigor sobretudo nas lides que tratam de processo administrativo sancionador.

Sobre o fenômeno, entendemos que a elevada estima a preceitos processuais constitucionais e direitos subjetivos, de modo geral, afiguram como propulsores da (ainda em curso) mudança de paradigma jurisprudencial. Na onda constitucionalista pós-1988¹¹ de valorização do indivíduo frente às potestades administrativas, bem como do alçamento dos princípios à esfera normativa, julgamos que a promulgação da Lei 9.784/1999, a qual positivou no ordenamento pátrio procedimentos básicos de como

¹¹ Aqui, o termo é empregado no sentido proposto por Luís Roberto Barroso, em artigo intitulado “A Constituição Brasileira de 1988: uma introdução”, no qual o jurista comenta as repercussões jurídicas da Constituição Cidadã, a referir que “no Brasil, a partir de 1988 e, especialmente nos últimos anos, a Constituição passou a desfrutar, além da supremacia formal que sempre teve, também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela **normatividade dos princípios** [...] compreendida como uma ordem objetiva de valores, **transformou-se no filtro através do qual se deve ler todo o ordenamento jurídico**” (BARROSO, 2010, p. 38). [Grifos nossos].

deve ser conduzido o processo administrativo, consiste em marco ímpar na trajetória de revisão do instituto da presunção de veracidade do ato administrativo, uma vez que incumbe a Administração de formalidades processuais que, até então, lhe passavam em branco. Pelo exposto, ora passamos a nos debruçar sobre o processo administrativo e o avigoramento normativo atribuído aos princípios.

IV. PROCESSO ADMINISTRATIVO

O presente capítulo volta-se a analisar a importância de uma normatização processual clara no que se relaciona aos trâmites administrativos; as particularidades das leis 9.784/1999 e 8.112/1990 e sua relevância no hodierno movimento de valorização de princípios processuais no âmbito administrativo, de sorte a colocar o processo administrativo em consonância com direito processual brasileiro de modo geral; e, por fim, expõe-se breve reflexão acerca da incompatibilidade do direito processual com a presunção de veracidade do ato administrativo, sobretudo no que tange a sua frequente falta de motivação e atribuição do ônus da prova ao particular impugnante.

4. Processo administrativo

Até o momento, detivemo-nos na apreciação da história, doutrina e, ainda que muito brevemente, jurisprudência que trata da presunção de veracidade do ato administrativo. O conceito formal até aqui trabalhado, como se deduz, não se concretiza do nada, senão por meio de processo, seja ele judicial, seja ele administrativo. Outrossim, é somente através destes que a veracidade dos fatos alegados pela Administração pode ser questionada pelo particular, já que é na esfera processual onde assume viés prático e tangível à vida do administrado. A incumbência do ônus da prova, inclusive, somente se mostra problemática no âmbito do processo, sobretudo nos processos administrativos restritivos da liberdade do administrado. Afinal, é neste plano que a discussão quanto à veracidade, ou não, dos fatos alegados pela Administração é passível de prova pelo administrado, e afeta, em vias práticas, sua esfera jurídica.

O processo administrativo, em que pese de normatização mais turva e lacunosa que os processos judiciais em geral, vem ganhando força e repercussão no ordenamento brasileiro, sobretudo após a promulgação da Lei 9.784/1999. Signo de referido vigor do processo administrativo, entendemos, é o reflexo da normatização desse na crescente preocupação com uma tramitação processual equânime e em consonância com preceitos constitucionais nos casos envolvendo a impugnação de atos da Administração.

Referido por Celso Antônio Bandeira de Mello como “um dos mais importantes instrumentos de garantia do administrado ante as prerrogativas públicas” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 494), o processo administrativo no Brasil, embora

não se trate de instituto novo no direito nacional, só muito recentemente foi regulado - e em linhas bastante gerais, na esfera da Administração Pública Federal - pela lei do processo administrativo (Lei nº 9.784/99). A necessidade de regulação dos trâmites que culminam no ato administrativo, por certo, foi sempre latente, mormente com o advento da Carta Magna de 1988 e a positivação constitucional de princípios processuais mais claros e democratizantes - não apenas dos procedimentos judiciais, como também daqueles realizados pelos demais Poderes -, a exemplo do contraditório, devido processo legal e ampla defesa, de forma a melhor coadunar os expedientes da Administração com os preceitos do Estado Democrático de Direito.

Conforme explana Carlos Ari Sundfeld, “entre a lei e o ato administrativo existe um intervalo, pois o ato não surge como um passe de mágica, e sim é produto de um processo através do qual a exigência da lei passa ao plano concreto” (SUNDFELD *apud* BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 496)¹², de sorte que essa regulação é fruto de esforço por maior segurança jurídica e pela uniformização do *modus operandi* da Administração, no que tange àquilo que resulta no ato administrativo. A extensão da normatização do processo à esfera administrativa, a seu turno, e como há pouco pincelado, não consiste em mera homogeneização dos trâmites a serem seguidos pelo administrador, senão vem na onda constitucional pós-1988 de valorização de direitos e garantias individuais promovidas pelo Estado Democrático de Direito, consagradas pelo recente texto constitucional, implicando não apenas a conformação da Administração à lei, signo da legalidade, mas igualmente consistindo em ferramenta do cidadão frente ao Poder Público. Nos termos de Bandeira de Mello,

[...] é no *modus procedendi*, em suma, na escrupulosa adscrição ao *due process of law*, que residem as garantias dos indivíduos e grupos sociais. Não fora assim, ficariam todos e cada um inermes perante o agigantamento dos poderes de que o Estado se viu investido como conseqüência inevitável das necessidades próprias da sociedade hodierna. Em face do Estado contemporâneo - que ampliou seus objetivos e munuiu-se de poderes colossais - a garantia do cidadão não mais reside na prévia delimitação das finalidades por ele perseguíveis, mas descansa especialmente na prefixação dos meios, condições e formas a que se tem de cingir para alcança-los. É dizer: a contrapartida do progressivo condicionamento da liberdade individual é o progressivo condicionamento do *modus procedendi* da Administração. (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 502)

Alguns autores, a exemplo de Sérgio Ferraz e Adilson Dallari, enxergam na demora à normatização das formas procedimentais administrativas (afinal, a lei do

¹² A importância do processo administrativo. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. P. 496.

processo administrativo foi promulgada somente depois de onze anos da Constituição) signo de “ultrapassado Estado autocrático”, desvinculado das premissas constitucionais de 1988, e, a criticar a tardia promulgação da lei de processo administrativo e a morosidade do Legislativo em regular a conformação do ato administrativo, afirmam que:

[...] a inexistência da disciplina normativa do processo administrativo representou expressivo vetor de reforço da autocracia burocrática quando em face dos reclamos da coletividade. Sintomático, sugestivo e explicativo, portanto, que os autores derramem páginas e tintas numerosos para o exame do *ato administrativo*, pouco se aplicando, contudo, senão recentemente, na problemática do processo administrativo... E note-se: desde 1988 o processo administrativo recebera consagração e reconhecimento expresso no maior dos patamares normativos! [...] a consequência dessa idiosincrasia do direito administrativo brasileiro é por todos conhecida: a Administração sempre se considerou senhora e dona do processo administrativo, decidindo, a seu talante, quando e como instaurá-lo, seu *iter*, a dimensão da atividade dos administrados em seu bojo, sua publicidade ou reserva, etc. (DALLARI; FERRAZ, 2012, p. 28)

O ponto de vista de viés inconformado dos autores, no que diz respeito à parca formalização do processo administrativo e aos espaços que a Administração encontra a fazer valer suas decisões ante às lacunas normativas do processo, vem ao encontro da crítica à presunção de veracidade do ato administrativo ora trabalhada, sobretudo quanto à atribuição irrefletida do ônus da prova ao administrado impugnador. Afinal, se o processo administrativo compõe-se, dentre outros elementos, do entendimento que a legalidade e motivação inerentes à Administração devem estar presente nos itinerários procedimentais seguidos por seus atos, é de se exigir demonstração factual mínima a justificar os atos administrativos, bem como a atribuição da produção de provas deve seguir preceitos processuais democráticos, a depender do caso concreto, desvinculando-se de prerrogativas estatais unilaterais que remetem, como vimos, ao Estado absoluto.

Neste diapasão, calha entender a regulação do processo administrativo como mecanismo “apto a controlar o iter de formação das decisões estatais, e que passou a ser um recurso extremamente necessário a partir da multiplicação e do aprofundamento das ingerências do Poder Público sobre a sociedade” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 503), o que, por sua vez, tem reflexos no processo judicial que trata de matéria administrativa. Celso Antônio Bandeira de Mello entende que referido fenômeno - qual seja, a expansão da intervenção do Estado na esfera particular dos administrados - é reflexo do crescente entendimento da Administração de que a “realidade social e

econômica devem ser vistas como objeto sobre o qual é necessário que incida a ação transformadora do Poder Público” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 502). Uma mudança na maneira de encarar o Estado, onde “o Poder Público assumiu função de promotor das mais variadas iniciativas no campo social e econômico”, ao que passou a exigir dos particulares ajustamentos “em suas condutas e desideratos”. Em meio a esta realidade, e tendo-se em conta a lógica do contrato social onde parte da liberdade individual é cedida em troca das benesses da vida em sociedade e regrada pelo Estado, nada mais natural que exigir que a Administração se guie, em seus procedimentos, pelos mesmos princípios que imprime em seus atos.

Motor da mudança de paradigma que questiona a arbitrariedade inerente à Administração e tenta compatibilizá-la ao avigorados direitos individuais, os princípios processuais administrativos explicitados nas leis 9.784/99 e 8.112/1990, ao tratar do processo administrativo disciplinar, merecem particular análise, eis que consistem em um dos carros chefes dos questionamentos que ora se impõem aos atributos do ato administrativo.

4.1. Princípios inerentes ao processo administrativo

Em seu artigo 2º, determina a Lei 9.784/1999 que

a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Como se nota, a lei do processo administrativo aporta princípios consagrados no texto constitucional a limitar e sopesar a atuação do Poder Público na expedição dos atos administrativos - a exemplo do contraditório, ampla defesa, motivação e proporcionalidade. Chama atenção a lei não arrolar dentre seus princípios norteadores o devido processo legal. Sobre isso, em que pese a preocupação da Lei 9.784/99 em positivar princípios balizadores e limitadores da Administração, em um esforço por delimitar a atuação do Poder Público mediante rito previamente estipulado, era de se esperar incluísse no artigo 2º um dos mais comentados e garantidores princípios processuais adotados por nosso ordenamento. Sua falta, no entanto, logo se dá por suprida. Reflexão pouco mais aprofundada revela que o devido processo legal, na Lei 9.784/99, e no que tange às possibilidades defensivas e de isonomia processual das partes, está aí socorrido pela ampla defesa, contraditório, moralidade, razoabilidade e

segurança jurídica, os quais, embora de conceituação diversa, somados servem a suprir, na prática, a lacuna deixada pelo devido processo legal. Ademais, ainda que não positivado na legislação ordinária em comento, sua incidência segue certa e cabível, pois vem explicitado na Constituição Federal, artigo 5º, inciso LIV.

De forma semelhante, a Lei 8.112/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, em seu Título V, Capítulo III, trata do processo administrativo disciplinar, tipo processual definido por Celso Antônio Bandeira de Mello como “restritivo sancionador, o qual se preordena à aplicação de uma sanção” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 508) contra o administrado/funcionário. No caso desta categoria processual específica, onde a Administração vai além do tolhimento às liberdades civis do administrado, incidindo sobre sua esfera jurídica de modo semelhante ao que faz a lei penal, a necessidade do estabelecimento de normas seguras de procedimento administrativo se torna ainda mais evidente. Não à toa, o artigo 153 da lei define que o “inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito”. Assim como, no artigo 156, encontra-se assegurado ao “servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial”. Ambos dispositivos indicando a necessidade dos procedimentos se pautarem pelos mesmos princípios repetidos na Constituição e Lei 9.784/99. Por fim, a Lei 8.112/90, no artigo 165, a discorrer acerca do inquérito para apuração de falta de servidor, define que “apreciada a defesa, a comissão elaborará relatório minucioso, onde resumirá as peças principais dos autos e mencionará as provas em que se baseou para formar a sua convicção”, em clara sintonia com o princípio da motivação, elencado no artigo 2º da lei do processo administrativo e um dos pilares processuais no Estado Democrático de Direito - a tal ponto que, no Código de Processo Civil, a ausência de fundamentação é causa de nulidade da sentença (artigo 11 da Lei 13.105/15).

A menção expressa a princípios gerais de processo nas regulações analisadas refletem mais que mapas de conduta nos procedimentos administrativos, efluindo e imprimindo valores primordiais do direito à produção dos atos da Administração. Nas palavras de Egon Bockmann Moreira, a comentar o processo administrativo,

[...] os princípios gerais de Direito estão subjacentes ao sistema jurídico-positivo, não porém como dado externo, mas como uma inerência da construção em que se corporifica o ordenamento, porquanto seus diversos institutos jurídicos, quando menos considerados em sua complexidade íntegra, traem, nas respectivas composturas, ora mais ora menos visivelmente, a absorção do valores que se expressam nos sobreditos princípios. (MOREIRA, 2010, p. 77).

Posto isso, passemos a apreciar a relação entre o robustecimento do processo administrativo com as hodiernas críticas à presunção de veracidade do ato administrativo e à atribuição do ônus da prova ao particular.

4.2. O processo administrativo, os princípios processuais e seu descompasso com a presunção de veracidade dos atos administrativos

A regulação do processo administrativo e seu fundamento em princípios gerais de garantias às partes é a base legal dos contemporâneos questionamentos à presunção de veracidade dos atos emanados pela Administração. Isso em decorrência da incompatibilidade entre a frequente imposição do *onus probandi* ao impugnante, sem prévia avaliação das reais possibilidades de cada parte produzir elementos de prova no caso concreto. Sobre os ritos que se esperam da Administração, em que pese a maior parte da jurisprudência siga se guiando no sentido de atribuir ao particular o ônus da prova sobre o ato impugnado, entendemos não ser este o entendimento que melhor se coaduna com os princípios dispostos na lei do processo administrativo, no processo civil e no texto constitucional. Ainda, e segundo Sergio Ferraz e Adilson Dallari, “a experiência prática tem demonstrado que a presunção de legalidade em nada serve aos legítimos interesses públicos, e milita fortemente em favor do desvio de poder” (DALLARI; FERRAZ, 2012, p. 212). Na mesma esteira, Luis S. Cabral de Moncada critica o descasamento entre a presunção de legitimidade/veracidade do ato administrativo e as necessárias garantias processuais, próprias do Estado de Direito, ao afirmar que ditas prerrogativas do Poder Público se baseiam em “dogmas ultrapassados”, nos seguintes termos:

A presunção de legalidade do acto administrativo faz parte de um conjunto de dogmas ultrapassados, quais sejam a executoriedade dos poderes administrativos como figura geral, a garantia administrativa, a irresponsabilidade civil da Administração, os efeitos limitados das sentenças dos tribunais administrativos, designadamente a insusceptibilidade das pronúncias condenatórias da Administração e a desigualdade processual entre a Administração e os particulares que já não existem. (MONCADA, 2014, p. 420).

De início, chama a atenção o desligamento entre o princípio da motivação e a presunção *juris tantum* de veracidade do fato alegado pela Administração. A ausência de fundamentação das decisões emanadas pelo Poder Público, e isso se afirma a beber sobretudo da fonte do Código de Processo Civil, consiste em vício autônomo, ensejado puramente pela ausência dos motivos da Administração, e não pode ser sanada pela mera presunção de veracidade ou legalidade do ato administrativo. Do contrário, se estaria a brindar imposição autoritária do Poder Público sem atentar às particularidades e direitos individuais dos administrados envolvidos. Como visto, a exemplo do REsp 1.298.407/DF, a inversão do ônus da prova ao particular, de fato cuja documentação e produção estão sob o resguardo da Administração, dispensam esta de argumentar suas razões ao ato, o que abre margem às mais diversas arbitrariedades por parte do Poder Público, e acaba por revestir de legalidade atos viciados, ou mesmo imprecisões e equívocos de agentes públicos na execução de suas funções.

A ilustrar o divórcio entre a desobrigação de motivação (ou a obrigação frouxa de motivar) dos atos da Administração e o referido princípio processual, Ferraz e Dallari sugerem a hipótese de a “Administração, sem qualquer justificativa motivadamente declarada”, indicar imóvel para a desapropriação, a mencionar não mais que o interesse público e outras informações genéricas, ao que sustentam: “não é possível que fique ao encargo do administrado comprovar a arbitrariedade do administrador”, já que, não havendo embasamento real para a indicação do imóvel a ser desapropriado, a prova incumbida ao administrado beiraria o impossível. Ou, ainda, supõem que a Administração escolhe aleatoriamente um servidor público para ser transferido de um a outro extremo de sua área geográfica de atuação, “alegando para isso necessidade de serviço, mas não clara e publicamente demonstrada”, ao que asseveram “ser possível que fique o servidor, assim prejudicado, incumbido de demonstrar a inexistência de necessidade do serviço” (DALLARI; FERRAZ, 2012, p. 212), em dificultada prova negativa. As duas situações hipotéticas propostas pelos juristas, onde a ausência de motivação já na publicação do ato administrativo vai de encontro ao princípio da motivação, deflagram o descompasso da presunção de veracidade com preceitos processuais básicos, o que não ocorreria caso a atuação do Poder Público respeitasse as balizas estabelecidas pelo artigo 2º da Lei 9.784/99, *modo geral*. Ou, caso a contenda fosse levada ao Judiciário, os magistrados observassem se a

necessidade de fundamentação do ato foi cumprida pelo administrador, e não apenas presumissem verídico o fato alegado pela Administração até prova em contrário.

Não se trata de criticar a presunção de veracidade do ato e preferir que esta não existisse (já que a celeridade exigível da Administração requer esta goze de prerrogativas, e isso é inafastável), mas reconhecer a necessidade de que a Administração se adeque a princípios estabelecidos em lei. Isso a fim de inverter a desvantagem processual em que se encontra o administrado, sem que seja necessário modificar a lei ou a presunção relativa da veracidade dos atos. A sanar a questão, Ferraz e Dallari propõem a necessidade de “motivação expressa” dos atos da Administração, com o que nos pomos de acordo, de sorte que seu arrazoamento e argumentação, sendo transparentes, consistentes e públicos, sirvam às garantias não apenas do administrador, como também do administrado. Concluem os juristas:

Exatamente diante da possibilidade de ocorrência de desvio de poder no desfazimento de atos ou na desconstituição de situações jurídicas, convém assinalar que, por força do princípio da estabilidade das relações jurídicas ou da segurança jurídica, a presunção de legalidade dos atos administrativos pode também se constituir em uma garantia ao particular. (DALLARI; FERRAZ, 2012, p. 212)

Sobre o entendimento, e a romper com o senso comum da jurisprudência, temos o já mencionado Recurso Extraordinário 158.543/RS¹³, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, onde se analisou alegação de ofensa ao disposto no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, em razão de redução unilateral da base de cálculo de benefício previdenciário, sem prévio contraditório do pensionista que tinha diminuídos seus proventos, os quais sustentava se tratarem de direito adquirido. No voto, o Ministro Relator afirma que a presunção de validade do ato administrativo, que antes instituía a base de cálculo de 100% do valor total dos proventos para concessão do benefício, deveria valer também para o administrado, e não poderia ser unilateralmente decotada pela Administração, menos ainda sob curto argumento do “interesse público”. Nos termos do acórdão: “a presunção de legitimidade dos atos administrativos milita não só em favor da pessoa jurídica de direito público, como também do cidadão que se mostre, de alguma forma, por ela alcançado”. Dita interpretação da presunção de validade do ato da Administração vai ao encontro dos princípios processuais e de direitos subjetivos básicos, motivados pelo texto constitucional e regulamentação do processo administrativo, tal qual se propõe neste trabalho. Outrossim, no caso do Recurso

¹³ Mencionado e analisado no capítulo 2.

Extraordinário em comento, e embora a presunção de legitimidade tenha sido empregada em benefício do administrado, é de se reconhecer que, caso a Administração tivesse motivado, mediante fundamentação expressa e desde a origem do ato, a decisão que reconheceu devidos os 100% do benefício ao recorrente - ao invés dos 79% posteriormente alegados -, mais dificilmente teria incorrido no equívoco da base de cálculo que, depois, a própria Administração deu-se conta incorreu.

Posteriormente, em 2007, o Supremo sumulou entendimento em parte semelhante na Súmula Vinculante nº 3. Nesta, determinou que, nos processos administrativos conduzidos pelo Tribunal de Contas da União, quando a Administração esteja a reduzir ou anular ato administrativo anterior que tenha aproveitado ao administrado, devem ser respeitados os princípios do contraditório e ampla defesa, “à exceção dos atos de concessão de aposentadoria, reforma e pensão que sejam declarados ilegais desde seu êxodo”¹⁴. A Súmula, embora abarque timidamente situação processual bastante pontual, sobretudo ao ter-se em conta o sem número de arbitrariedades e imprecisões passíveis de ocorrência nos trâmites da Administração, é mais um signo da tomada de campo e de força dos preceitos processuais constitucionais no processo administrativo, o que coloca o Poder Público e o cidadão em situação mais equânime e próxima da desejável paridade de armas, e acaba por refletir no modo como o Judiciário encara a presunção de veracidade dos atos da Administração e a atribuição do ônus da prova do ato impugnado. Foi editada nos seguintes termos:

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão¹⁵.

Pelo exposto, entende-se que os princípios processuais constitucionais vêm sendo crescentemente observados nos procedimentos conduzidos pela Administração ou naqueles em que ela é parte, ganhando espaço em incontestado movimento de amadurecimento e procedimentalização dos trâmites administrativos, no qual a Lei 9.784/1999 representa importante marco. Os cada vez mais frequentes questionamentos aos atributos do ato normativo, inclusive, são fruto desse processo: dada a

¹⁴ O que em certa medida contraria o anterior Rext 158.543/RS, mas que não cabe a este trabalho aprofundar.

¹⁵ Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=3.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>.

incompatibilidade desses com o devido processo legal. Sobre o tema, Egon Bockmann, em título já referido nesta monografia, afirma que certificar que as razões de ambos os lados serão levadas em conta é garantia de justiça processual, e “melhor se coaduna com o Estado Democrático de Direito”, ao que assevera a “ampla defesa representa o todo da escala ascendente de direitos do particular em face da Administração Pública” (MOREIRA, 2010, p. 345). A aproveitarmos a reflexão do autor, chama atenção a vinculação que ele faz entre “o ascendente ganho de direitos do particular frente à Administração Pública e a necessidade de respeitar a ampla defesa nos litígios onde o interesse público vai de encontro a interesses privados” (MOREIRA, 2010, p. 345). De fato, também é possível vincular o recente vigor de princípios processuais constitucionais no processo administrativo ao movimento de ganho de espaço de direito subjetivos no ordenamento nacional como um todo, sobretudo no que diz respeito à colisão entre direitos individuais e o interesse público. Este tenro movimento tem, por certo, origem na Constituição Federal de 1988, bem como no reconhecimento, hoje difundido, de que a Administração Pública não deve desbordar dos estritos limites da legalidade na execução de suas funções.

Calha frisar que não se está aqui a sugerir a abolição dos atributos do ato administrativo. Embora seja necessário reconhecer que a presunção de veracidade dos atos da Administração é ferramenta que facilita a arbitrariedade por parte do Poder Público, é também de se admitir que a manutenção das atividades administrativas sem tal prerrogativa seria bastante dificultada - para não dizer impossível. É que a eficiência e a urgência que demandam a maior parte dos atos da Administração não permitiriam que estes fossem submetidos a processo de duração razoável e sob a égide do devido processo legal, para tão somente a partir de aí entrarem em vigor. No entanto, nos pomos de acordo com o posicionamento que a manutenção da presunção de veracidade do ato não pode servir de artifício para que o administrador fuja à legalidade da qual seus atos devem se revestir, e que a lei deve dispor de mecanismos para coibir essa prática. Espaçadas, algumas soluções já foram aqui mencionadas e pinceladas. A regulação mais pormenorizada da processualística administrativa é uma delas, posto traria maior segurança ao administrado quanto ao *modus procedendi* da Administração. Outra, seria a submissão dos processos administrativos, em todas as suas esferas de atuação e apreciação, a princípios processuais elementares, sobretudo aqueles previstos no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, o que por certo refletiria a essência do Estado

Democrático de Direito e brindaria às garantias aos direitos individuais consagradas no texto constitucional. Mister seria, ainda, que, em caso de a contenda ser levada a apreciação do Judiciário, este observasse se a Administração agiu motivada e fundamentadamente, ao invés de cruamente invocar a presunção de veracidade do ato.

As propostas não implicam diminuir as potestades da Administração, mas impõem que sua atuação seja regulada, e que a comprovação desta regulação seja exigível no âmbito judicial no caso de impugnação do ato. Este desejável código de conduta, por certo, de nada adiantaria caso fosse mantida a atribuição do ônus da prova ao particular nos casos onde invocada a presunção de veracidade do ato. Pelo contrário, as propostas procedimentais complexificam a apreciação de contendas envolvendo o Poder Público e o particular, de sorte a fazer que magistrado direcione a atribuição do ônus da prova a depender das condições do caso concreto, assim como em razão da transparência e palpabilidade com que o ato questionado foi emanado. Em outros termos, permite a aplicação da teoria geral da prova em casos onde litigue a Administração, afastando a presunção de veracidade do ato uma vez que este seja impugnado.

Sobre as circunstâncias específicas a permear a atribuição do ônus da prova nos processos onde impugnado ato administrativo, cerne desta monografia, passamos ora a nos dedicar.

V. ÔNUS DA PROVA

No presente capítulo, será analisado o posicionamento da doutrina quanto à necessidade de atribuição, ou não, do ônus da prova ao particular nos processos onde tenha sido impugnado ato administrativo; brevemente, serão retomados enunciados básicos de incumbência do ônus da prova no processo civil, visando deles nos valermos na proposição de pontos de equilíbrio às contendas entre administrado e administrador; por fim, será feita proposta a amenizar as disparidades processuais ocasionadas pela presunção de veracidade do ato administrativo e a atribuição do *onus probandi* ao particular, sem com isso ferir as demandas próprias da atividade administrativa.

5. Ônus da prova: a qual parte atribuí-lo?

O posicionamento doutrinário padrão, sobretudo até a redemocratização, é que a impugnação do ato administrativo restritivo é possível, mas transfere ao particular o ônus de fazer prova de sua invalidade ou não veracidade. Todavia, e gradativamente, há quem sustente que, atualmente, em um Estado Social e Democrático de Direito, não é possível exigir ao administrado que comprove a veracidade de um fato cujos registros cabem ou são detidos pela Administração. Esta nova e crescente corrente é fruto, dentre outros motivos, do robustecimento do processo administrativo, do devido processo legal e dos direitos subjetivos como um todo, fenômeno que atingiu, também, o direito administrativo e o trato deste pelo Judiciário, já mencionados nesta monografia. Ganha força no direito brasileiro a ideia de que o processo administrativo é um dos *conceitos centrais* do direito administrativo, ocupando espaços por muito tempo restritos ao ato administrativo *stricto sensu* (MUNHOZ DE MELLO, 2002, p. 109). Todavia, e não obstante o recente fortalecimento do devido processo legal no âmbito administrativo, a atribuição do ônus da prova ao administrado impugnador do ato administrativo ainda é maioria na doutrina e na jurisprudência.

Introduzido o tema, e *a priori*, calha fazer breve incursão sobre o que dizem alguns doutrinadores quanto à necessidade de manter a carga do particular, ou não, o ônus da prova no ato administrativo impugnado.

5.1. Atribuição do ônus da prova na contenda administrativa e o posicionamento da doutrina nacional

Hely Lopes Meirelles, a reconhecer a presunção *juris tantum* da veracidade do ato administrativo, faz ressalva que “outra consequência da presunção de legitimidade é a transferência do ônus da prova de invalidade para quem a invoca” (MEIRELLES, 2013, p. 169). No entanto, e a abrasar a discussão sobre a qual parte incumbe o ônus da prova, ao comentar a força probante dos fatos alegados pela Administração diz ser necessário distinguir entre “atos próprios e atos impróprios” do administrador, e sugere: os primeiros gozam de autoexecutoriedade (instituto que o autor confunde com a veracidade), enquanto os últimos dependem de intervenção de outro Poder, exemplificando-os naqueles casos onde “ocorre uma cobrança contenciosa de multa”. Nos termos do autor:

[...]necessário distinguir os atos próprios do poder administrativo, na execução dos quais é irrecusável a autoexecutoriedade, dos que lhe são impróprios e, por isso mesmo, dependentes da intervenção de outro poder, como ocorre com a cobrança contenciosa de uma multa. (MEIRELLES, 2013, p. 171).

Ainda que Hely Lopes Meirelles não discorra com maior fôlego sobre os parâmetros a serem seguidos na distinção proposta, deixando no vácuo o leitor que busca refletir os efeitos da presunção de veracidade do ato administrativo, a breve ressalva do autor permite inferir o cabimento da prova ao administrado que impugna o ato não funciona na totalidade dos casos, e para isso deve haver um critério de incumbência da prova.

Sobre o mesmo tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que “a presunção de veracidade inverte o ônus da prova” ao particular interessado na impugnação do ato (DI PIETRO, 2018, p. 279). Ainda assim, a autora reconhece que a doutrina não é pacífica sobre referido efeito do atributo, a mencionar o posicionamento de outros doutrinadores, a exemplo do excerto que segue.

[...] Gordillo cita a lição de Treves e de Micheli, segundo a qual a presunção de legitimidade do ato administrativo importa uma *relevatio ad onera agendi*, mas nunca uma *relevatio ad onera probandi*; segundo Micheli, a presunção de legitimidade não é suficiente para formar a convicção do juiz no caso de falta de elementos instrutórios e nega que se possa basear no princípio de que ‘na dúvida, a favor do Estado’, mas sim no de que ‘na dúvida, a favor da liberdade’; em outras palavras, para esse autor, a presunção de legitimidade do ato administrativo não inverte o ônus da prova, nem libera a Administração de trazer as provas que sustentem a ação. (DI PIETRO, 2018, p. 233)

Na esteira de Di Pietro, o entendimento de que a prova deve ficar a cargo do particular é seguido pela maioria dos doutrinadores, a exemplo de Romeu Felipe

Bacellar Filho¹⁶ (BACELLAR FILHO, 2014, p. 186), José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, 2016, p. 127) e Marçal Justen Filho. Sobre este último, anota-se que reconhece a relatividade da presunção de veracidade e a transferência do ônus da prova ao administrado como um de seus efeitos, mas afirma, todavia, que a presunção não se estende à discussão do direito material (o Judiciário não ficando atrelado ao direito que a Administração afirma cabível, mas tão somente ao fato por ela alegado), tampouco coloca sobre os ombros do administrado a responsabilidade de comprovar a ocorrência de um fato, já que a prova de fatos negativos muito facilmente consistiria em prova diabólica (JUSTEN FILHO, 2016, p. 434). O que de forma alguma, sustenta, se compatibilizaria com preceitos democráticos no Estado de Direito. Justen Filho, ainda que não tenha rompido totalmente com a atribuição do ônus da prova ao particular nos casos contra ato da Administração, ao reconhecer o descabimento que seria a exigência de o particular produzir prova impossível, dá significativo passo em direção à flexibilização do ônus probante em processos desse jaez. Mas nem toda a doutrina se restringe às curtas reflexões até agora mencionadas.

De outra banda, a afrouxar as prerrogativas estatais voltadas a fazer valer suas determinações através dos atos administrativos, sobretudo no tocante ao ato administrativo restritivo, parte da doutrina reflete acerca da submissão da Administração não apenas às determinações do direito material, mas também seu compromisso diante de preceitos processuais legais. Neste diapasão, alguns autores propõem que a presunção de veracidade deva ser apreciada em contraste com outros princípios processuais, estes sim previstos no texto constitucional ou no ordenamento jurídico, “a exemplo do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, ampla instrução probatória ou princípio da verdade material” (GUEDES, 2006, p. 114). Celso Antônio Bandeira de Mello, como acima esboçado, não se manifesta explicitamente sobre a necessidade de transferência do ônus da prova ao particular, resumindo-se a parafrasear Ney José de Freitas¹⁷. Bandeira de Mello, no entanto, reconhece que o processo administrativo deva ser “bem regulado”, como meio de controle da atividade estatal e instrumento de segurança do administrado frente aos amplos poderes da Administração. Dentre outros, elenca o princípio da ampla instrução probatória como uma das bases do processo administrativo, o qual diz significar

¹⁶ Todavia, Bacellar faz a ressalva de o ônus da prova caber ao particular “*somente enquanto não houver dúvida por parte da Administração quanto à incorreção do ato*”. Ibid. P. 192.

¹⁷ A dizer “*a questão será resolvida no sítio da teoria geral da prova*”.

não apenas o direito de oferecer e produzir provas, mas também o de, muitas vezes, fiscalizar a produção das provas da Administração, isto é, estar presente, se necessário, a fim de verificar se efetivamente se efetuaram com correção ou adequação técnica devidas. (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 511).

Indo além, tem-se os escritos de Daniel Ferreira, que, a destoar da doutrina majoritária, propõe que o ônus da prova cabe à Administração no ato administrativo restritivo impugnado, e ponto (FERREIRA, 2009). Semelhante é o entendimento de Fábio Medina Osório, quem entende que o princípio da presunção de inocência tem natureza constitucional, não limitando sua atuação à esfera penal e, com isso, atingindo também o âmbito administrativo (OSÓRIO, 2011, p. 357-430). Ambos os autores, no entanto, entendem a incidência do princípio do *in dubio pro reo* e da responsabilidade probante da Administração somente no tocante aos ilícitos administrativos nos quais incidam os administrados, que seguem incumbidos de provar eventuais causas justificatórias, excludentes de ilicitude, culpabilidade ou demais circunstâncias que sirvam a sua defesa (a exemplo da clássica multa de trânsito anotada pelo agente de fiscalização, a qual o particular nega, mas não tem como provar não ocorreu). Sobre os atos administrativos que restringem a esfera jurídica dos administrados, ainda que no âmbito civil, a exemplo de uma desapropriação motivada por não mais que *o interesse público*, os autores nada dizem.

A fim de ilustrar o recém exposto, retomemos os ditos de Daniel Ferreira, que discorre

(...)o acusado em âmbito administrativo goza de constitucional presunção de inocência e até prova em contrário. E, além disto, que o ônus da prova é sempre da Administração Pública, de modo que em não se bem provado a tipicidade (substancialmente objetiva [e subjetiva, conforme o caso]), deverá a autoridade competente decidir pelo arquivamento do feito. O motivo, então, é evidente: *in dubio pro reo*. (FERREIRA, 2009, p. 75) .

Na esteira do autor, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari afirmam estarem de acordo com a incumbência da Administração demonstrar em juízo os fatos que alega, a dizerem que o ônus da prova “não pode ser invertido e delegado ao administrado”, que, além de ter sua esfera jurídica restringida por ato administrativo, conta com poder de produção de provas muito inferior ao da Administração. Ao desenvolverem seu argumento, no entanto, não vão além do ato administrativo sancionador, tampouco pormenorizam a necessidade da Administração demonstrar a veracidade dos fatos por ela alegados, mas tão somente a motivação e a legalidade de sua atuação - o que não implica em uma transferência total e incondicional do ônus da prova, e diz respeito

apenas ao direito material que justifica a atuação do administrador, sem desincumbir o particular de provar eventuais fatos cuja origem e disponibilidade de dados seriam de mais fácil acesso à Administração. Nas palavras dos autores:

[...] fazemos nosso o magistério claro de Daniel Ferreira no sentido de que o *ônus probandi* do ilícito recai sobre a Administração, uma vez que a imposição de sanção só é constitucionalmente admitida mediante observância do devido processo legal, aí se incluindo o direito à motivação e decisão fundadas em prova firme [...] A Administração Pública tem o dever elementar de atuar conforme a lei, cabendo-lhe declinar a motivação (explicação dos motivos) de seus atos e decisões e lhes dar transparência, por força do princípio da publicidade. Quem, em princípio, tem que demonstrar a legalidade de sua atuação é o Poder Público. (DALLARI; FERRAZ, 2012, p. 205 e 212).

Na mesma obra, em trecho diverso, os autores repisam seu posicionamento, desta vez a fundamentá-lo na incompatibilidade entre o Estado Democrático de Direito e o autoritarismo do qual se reveste a imposição ao administrado de provar a improcedência do fato alegado pela Administração, a declarar que

[...] o prestígio da presunção de legalidade dos atos como uma prerrogativa pura e exclusiva dos agentes públicos é um reflexo do brutal autoritarismo que sempre caracterizou a Administração Pública brasileira, em proveito dos que sempre a tomaram como instrumento de satisfação de seus interesses particulares, mas que não pode ser mantido, pelo menos com a mesma configuração e intensidade, nos tempos atuais, pois o Estado de Direito não convive com meios de favorecimento ao arbítrio e a emergência do conceito de cidadania é incompatível com a colocação do cidadão em posição subalterna aos agentes administrativos, seja qual for o escalão a que pertençam. [...] Em resumo: **a presunção de legalidade vale até o momento em que o ato for impugnado**. Havendo impugnação, em sede administrativa ou judicial, inverte-se o ônus da prova, porque, diferentemente dos particulares, que podem fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, a Administração Pública somente pode fazer aquilo o que a lei autoriza ou determina. Sendo assim, sempre cabe à Administração o dever de demonstrar que atuou conforme a lei”. (DALLARI; FERRAZ, 2012, p. 213).

Por derradeiro, dentre autores nacionais que aderiram à necessidade de flexibilização da transferência do ônus da prova no processo administrativo restritivo, importante mencionar Odete Medauar e Lúcia Valle Figueiredo.

A primeira, em que pese reconheça a presunção de legalidade como “traço peculiar do ato administrativo, que permite distingui-lo de outras espécies de atos jurídicos”, bem como afirme que a autoexecutoriedade consiste em princípio do ato da Administração, não faz menção sobre a possibilidade de admitir, ou não, a referida presunção para além do direito material (MEDAUAR, 2016, p. 164 e 175). Todavia, no tocante ao processo administrativo, reconhece a inafastabilidade da ampla defesa, e afirma que “integra a ampla defesa o direito de solicitar a produção de provas e vê-las

realizadas e consideradas” (MEDAUAR, 2016, p. 206), sem para isso afirmar a prova *cabe ao administrado ou à Administração*.

Lucia Valle Figueiredo, a seu turno, vai além: inicia por afirmar que a “conceituação do ato administrativo, no verdadeiro Estado de Direito - extraída de vetores principiológicos da Constituição - deve espelhar com fidedignidade as garantidas dos administrados” (FIGUEIREDO, 2006, p. 174). Para a autora, o Administrador deve não apenas conhecer das impugnações e alegações do particular, bem como “tem o **dever** de provar suficientemente os fatos que servem de pressuposto do ato” (FIGUEIREDO, 2006, p. 191). Assevera que admitir o caráter absoluto da presunção de veracidade, com respeito à incumbência do ônus da prova ao particular, implicaria, por lógica, na indiferença do controle judicial e demais controles externos (a exemplo do Tribunal de Contas). A autora sustenta, ainda, que caberá à Administração “provar a estrita conformidade do ato à lei, porque ela (Administração) é quem detém a comprovação de todos os atos e fatos que culminaram com a emanação do provimento administrativo contestado”, e exemplifica seu entendimento a supor a determinação de demolição de imóvel por ameaça à incolumidade pública, ao que alega que, caso houvesse contestação em juízo, caberia à Administração “provar por meio de estudos técnicos ou pareceres de profissionais competentes” a efetiva ameaça representada pelo imóvel, bem como sua precisa relação com a alegada incolumidade pública (FIGUEIREDO, 2006, p. 191). Como se percebe, Lucia Valle Figueiredo não se restringe a atribuir a produção de prova à Administração somente no processo administrativo sancionador, como faz a maior parte da doutrina, e sim o estende a qualquer ato onde a Administração, por meio de suas potestades, restrinja a esfera jurídica do particular.

O afrouxamento da inversão do ônus da prova na seara administrativa, como se depreende do levantamento bibliográfico, é fenômeno consideravelmente recente na doutrina nacional, que ganhou relevância sobretudo nos últimas duas décadas, e por certo se estende à esfera judiciária, tal qual se percebe pelos excertos doutrinários e jurisprudência colhida no terceiro capítulo. A defesa da incompatibilidade da presunção de validade com o Estado Democrático de Direito não é, todavia, exclusividade da doutrina brasileira. No direito continental europeu, o despropósito da prerrogativa, em determinados casos, é igualmente sustentado por diversos autores, a que se toma por exemplo Luís S. Cabral de Moncada.

Moncada entende as prerrogativas da Administração como instituto dispensável ao resguardo do interesse público, e afirma que a transferência do ônus da prova ao administrado, ademais de injusta, consiste em ferramenta jurídica que visa dar sustentação à presunção de legalidade do ato, beneficiando tão somente à Administração (MONCADA, 2014, p. 417). Defende que a disparidade de armas entre Administração e administrado, criada no plano material pela “desnecessária” presunção de legalidade, tem reflexo na esfera processual em razão do ônus probatório atribuído ao cidadão, o que acaba por concretizar a discrepância de forças entre as partes nos processos, administrativo ou judicial. Nos exatos termos do autor:

A atribuição do ônus da prova ao particular que demandou a Administração em juízo seria como que o prolongamento natural da posição de desigualdade em que no plano substantivo ele está constituído relativamente à Administração, e que permite a esta praticar os actos unilaterais dotados de autoridade e até executoriedade por decisão própria, ou seja, sem necessidade de se munir de um título suficiente para tanto junto de um tribunal. As regras da distribuição do ônus da prova no processo material seriam assim a tradução ao nível processual daquela situação material. A situação de desigualdade material teria como consequência a desigualdade processual. Ao particular caberia, assim, o ônus da prova dos vícios invocados contra um acto administrativo que definiu unilateralmente o direito e projetou já os seus efeitos sobre a esfera jurídica do particular. Cabe a este provar que os pressupostos jurídicos e de facto que habilitaram a Administração a praticar o acto não são os que a lei previa. E, se assim é, deve-se ao facto de a ordem jurídica presumir que aqueles pressupostos foram legalmente invocados e cumpridos pela Administração ao praticar o acto. Ora, essa construção é excessiva, não é necessária, e resulta de uma visão passadista da posição institucional da Administração. (MONCADA, 2014, p 417).

E arremata

É que, em boa verdade, foi a Administração que com a sua conduta restringiu, limitou ou violou um direito ou um interesse subjectivo que preexistia na ordem jurídica. Assim sendo, pretender que seja o particular que já foi lesado a, ainda por cima, fazer a prova do direito e dos factos onde assentam os vícios de que vai depender a anulação do acto administrativo, ou seja, a prova dos factos constitutivos de sua pretensão (que na maioria dos casos se analisará na prova de não verificação dos pressupostos do acto), além de bizarro é completamente incompatível com os mais elementares quadros constitucionais do Estado de Direito. (MONCADA, 2014, p 419).

O jurista luso vai além e não se cinge a criticar o instituto. Diferentemente da maior parte da doutrina nacional, reflete pormenorizadamente as situações onde se faria cabível, ou descabido, exigir da Administração a demonstração factual material das circunstâncias por ela alegadas. Defende que, quanto “aos factos e o direito que consolidam a posição da Administração e que a habilitam a atuar” a prova deve caber à esta última - isto é, via de regra, nas situações onde a Administração por meio de ato unilateral interfere na esfera privada do administrado, sem que este a tenha provocado.

Enquanto que, naquilo que diga respeito a “fatos e direito que impedem, modificam ou extinguem a posição do administrado”, ou seja, pedidos do cidadão a serem atendidos via ato administrativo, o ônus da prova deve recair sobre o particular (MONCADA, 2014, p 418). Pontua, ainda, que quando o administrado tem sua liberdade restringida por ato administrativo cujos fatos arguidos pela Administração “não mais sejam legítimos”, se modificaram no curso do tempo, ao que Moncada chama “atos favoráveis”, cabe ao particular, em eventual demanda judicial, “comprovar a ocorrência de situações que impediram, modificaram ou extinguiram a pretensão administrativa” (MONCADA, 2014, p. 419).

Do espectro doutrinário analisado, resulta claro que a doutrina brasileira majoritária, ainda hoje, entende o cabimento do ônus da prova ao administrado como efeito direto da relatividade da presunção de veracidade dos atos administrativos. Ainda assim, é de se reconhecer o gradual e constante robustecimento de preceitos processuais constitucionais no que tange ao processo administrativo, sobretudo em autores mais modernos e após a Constituição Federal de 1988, entendimento que, por certo, bebe de fontes estrangeiras. O fenômeno não é fruto do acaso, relacionando-se intimamente com o amadurecimento das instituições administrativas no país pós-1988, voltadas a garantir direitos subjetivos, mesmo frente à titânica supremacia do interesse público. O número crescente de estudiosos e pensadores do direito que veem na transferência da prova ao particular aspectos obsoletos e descasados com o Estado Democrático de Direito tem, seguramente, reflexos na jurisprudência nacional, como já observado, e em que pese não seja este o entendimento mais frequente dos magistrados.

Ainda assim, é flagrante a inexistência de critério jurídico ou norma de conduta a ser seguida nos casos onde se discute o ônus da prova no processo administrativo. Por certo, caso houvesse atribuição da prova, previamente regulada em lei, a um dos lados em litígio, o processo administrativo propiciaria maior segurança às partes, bem como estaria menos inclinado a ir contra princípios processuais constitucionais ou confirmar eventuais arbitrariedades por parte da Administração. Na ausência de fonte legal a conduzir a atribuição do ônus da prova nos processos onde atue a Administração, se propõe solução doutrinária à referida lacuna normativa. Qual seja, a *análise da incumbência de provar os fatos alegados ou impugnados pelas lentes da Teoria da Prova*. É o que ora se passa a fazer.

5.2. Previsão legal do *onus probandi* e sua inversão de acordo com a Teoria Geral da Prova

De início, calha retomar regras básicas de atribuição do ônus da prova no processo civil, fonte da qual ora se bebe e cujos preceitos se busca transpor ao processo administrativo. Regra geral, o *onus probandi* de fatos constitutivos compete ao autor da ação, a vez que a prova de fatos modificativos, extintivos e impeditivos ficam incumbidos ao réu. A regra, prevista no artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015, não é absoluta, e admite exceções de inversão do ônus da prova (todas deduzidas de seus parágrafos 1º, 2º¹⁸ e 3º), sejam elas de cunho *legal*, *judicial* ou *convencional*.

Dentre as hipóteses legais de inversão do ônus da prova, tem-se aquelas onde a *lei*, implícita ou explicitamente, prevê a alteração da regra geral. A exemplo do artigo 232 do Código Civil, que preceitua que a “recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”, ou ainda o artigo 400 do Código de Processo Civil, onde se estabelece que o “juiz admitirá como verdadeiros fatos alegados se, chamada a parte a comprovar sua improcedência por meio de documento, esta não efetuar a exibição demandada pelo juízo”.

Ademais das possibilidades legais de inversão do ônus da prova, nosso sistema jurídico prevê a alternativa de referida inversão ser *declarada* pelo juiz, de ofício. No entanto, e por óbvio, a alteração da incumbência original do *onus probandi* não pode ser feita livremente pelo magistrado, se não tem de seguir critérios que se fundamentem ou em regra jurídica, ou em princípio jurídico. Na primeira hipótese, é exemplo de regulamento que amplia o poder discricionário do magistrado, para fins de incumbir uma das partes de provar determinado fato, o inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor¹⁹. Neste, preenchidas uma das hipóteses legais - quais sejam, se for verossímil o fato alegado pelo consumidor ou se for o consumidor

¹⁸ Art. 373. O ônus da prova incumbe:

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

¹⁹ CDC Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

hipossuficiente -, é possível ao juízo sentenciante determinar, com base na análise do mérito da causa, a inversão do encargo de produção de prova. Na mesma esteira, e a exemplo da inversão do ônus da prova respaldada por princípio de direito, tem-se o “ônus da prova com base no devido processo legal” (MARTINS, 2010, p. 145), autorizada a alteração do *onus probandi* em razão de, pela particularidade do caso, sua produção mostrar-se impossível ou muito difícil ao autor e, ao mesmo tempo, viável ou muito mais fácil para o réu. É sobre esta justificativa que, propõe-se, se respalde a atribuição do ônus da prova no processo administrativo.

Por derradeiro, a inversão do ônus da prova pode, ainda, dar-se por *convenção* entre as partes, a não ser que “recaia sobre direito indisponível de uma delas ou torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício de direito”, o que vem bem esclarecido no §3º do artigo 373 do Código de Processo Civil e, ademais de não servir à análise ora proposta, dispensa maiores exemplificações.

Postas as possibilidades de inversão do ônus da prova admitidas por nosso ordenamento e jurisprudência, voltamo-nos, a partir de agora, a refletir sobre sua possível incidência nos processos administrativo e judicial envolvendo o Poder Público.

5.3. Teoria da prova aplicada ao processo administrativo

A presunção de veracidade do ato administrativo é criticável e passível de desconstrução desde muitos vieses. De início, por tratar-se de instituto meramente doutrinário, aplicado pela jurisprudência em clara afronta à legalidade exigível da Administração - a qual, é sabido, cabe fazer tudo aquilo que a lei manda, e não estender-se ao que não é proibido. Não bastasse o caráter não positivado do instituto, suas raízes de viés autoritário são atribuídas, por boa parte da doutrina, ao Estado absolutista, em que pese siga vigente *em pleno Estado Democrático de Direito*, em desconcertante contrassenso.

Ademais, a doutrina entende que, quando a lei estabelece uma presunção relativa, ela automaticamente altera a regra geral do ônus da prova, o que em vias práticas, e de fato, ocorre com a presunção de veracidade do ato administrativo. No entanto, tratando-se as presunções de “processos racionais do intelecto, pelos quais do conhecimento de um fato infere-se com razoável probabilidade a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa” (DINAMARCO, 2004, p. 113), e admitindo-se que a

doutrina entende as presunções como “juízos probabilísticos”, os quais tiram seu vigor das “relações consideravelmente constantes entre a ocorrência de certos fatos e de outros” (DINAMARCO, 2004, p. 113), como seria possível atribuir ao fato alegado pela Administração - usualmente desprovido de balizas empíricas - o mesmo valor probante que outra presunção legal positivada em nosso sistema? A exemplo da comoriência, prevista no artigo 8º do Código Civil, ou da asserção legal de que as declarações constantes em documento particular escrito e/ou assinado presumem-se verdadeiras em relação ao signatário, tal qual preceituado no artigo 408 do Código de Processo Civil, como comparar a concretude das mencionadas hipóteses, que seguem preceitos empíricos, ao caráter randômico e multiabrangente dos fatos alegados pela Administração? Afinal, esses podem consistir em variadíssima gama de eventos, a exemplo da alegação de ser devida multa por excesso de velocidade registrado por agente de trânsito, da necessidade de cancelamento de concessão de exploração de recurso natural concedida a particular, dentre outras hipóteses. Pelo exposto, inegável que a presunção de que goza a Administração, em relação às demais presunções admitidas em nosso ordenamento, não ostenta o mesmo caráter probabilístico por amostragem. A ausência de tal característica, elementar nas presunções relativas, muito esvazia aquela conferida ao ato administrativo.

É certo que, como afirma Cândido Rangel Dinamarco, nenhuma presunção apoia-se em juízo absoluto de certeza (DINAMARCO, 2004, p. 115). Todavia, é necessário “confiar razoavelmente na probabilidade de que se mantenha constante a relação entre o fato-base e o presumido”, o que, repisa-se, não é possível nos fatos alegados pela Administração, dada sua natureza variada. Nesta toada, a presunção artificialmente atribuída ao ato administrativo sequer se coaduna com o que se espera doutrinariamente das demais presunções *juris tantum* existentes em nosso ordenamento. Sobre estas últimas, ademais de divididas entre *presumptiones legis* (aquelas previstas em lei) e *presumptiones hominis* (fixadas pelo juízo do caso ou pela jurisprudência), são definidas, dentre outros elementos, por “partirem de fato conhecido e, porque ordinariamente o fato relevante para a causa costuma acontecer sempre que aquele aconteça” (DINAMARCO, 2004, p. 119), o que, novamente, não se prova verdadeiro no que se relaciona aos fatos alegados pela Administração, uma vez que sua veracidade não emana de fato esperado, mas tão somente da abstrata credibilidade do Poder Público, a exemplo do que acontece com a fé pública.

Em decorrência das inconsistências doutrinárias e lógicas da presunção de veracidade do ato administrativo é que esta monografia se põe de acordo com a proposta de Ney José de Freitas, também adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello. O primeiro sugere não ser necessário “eliminar a presunção que milita em favor do Estado, mas estabelecer novos parâmetros para esta prerrogativa” (FREITAS, 2007, p. 126). À delimitação da presunção de validade do fato alegado pelo ato administrativo, Freitas propõe que a presunção **cesse no mesmo instante em que o ato for impugnado pelo particular, quando então a atribuição do *onus probandi* deverá ser conduzida com base na Teoria da Prova**. No que tange ao questionamento judicial dos fatos alegados pelo Poder Público, a proposta parece sanar os incômodos ocasionados por tão dissonante (e ainda assim necessário) atributo: afinal, preserva as desejáveis celeridade e prerrogativas públicas da Administração, ao mesmo passo que permite que o magistrado atue em consonância com normas processuais. E mesmo no âmbito do processo administrativo *stricto sensu*, sobre o qual Freitas não se manifesta expressamente, a cessação da presunção no momento que o ato é questionado brinda às garantias processuais da Lei 9.784/1999, sem com isso atravancar a execução das “atividades-fim” da Administração. Como já comentado por Adilson Dallari e Sérgio Ferraz, Freitas sustenta que a dificuldade de controle das arbitrariedades da Administração repousa, dentre outros fatores, na ampla e irrefletida aplicação dada pelo Judiciário à presunção de veracidade dos fatos alegados pelo Poder Público, mesmo após estes serem impugnados em juízo, o que resta, de fato, evidenciado na pesquisa jurisprudencial.

Nos termos de Freitas:

A presunção de validade não provoca a transferência do ônus probatório para o cidadão. O que a presunção provoca, isso sim, é o encargo de impugnação. Com efeito, se o cidadão queda inerte, deve cumprir o ato administrativo. Se o impugna, a questão resolve-se no campo da produção da prova, sem qualquer presunção em favor do Estado, pois os efeitos desta, como diz Tomás Ramon Fernández, restauram exauridos pelos efeitos da impugnação. (FREITAS, 2007, p. 127).

A respaldar sua proposta, Freitas sugere que seja aportado ao processo administrativo o “princípio da aptidão para a prova”, bastante explorado na seara do Direito do Trabalho, onde a hipossuficiência de uma parte em relação à outra é a regra, qual sói ocorrer nas contendas entre particulares e a Administração. Afinal, na prática administrativa, é difundido o conhecimento de que o cidadão não goza no mesmo nível

que a Administração dos meios necessários à produção de prova, de sorte que sobrepor a presunção que se forma em favor do Estado torna-se tarefa homérica, senão impossível, ao cidadão litigante, a não ser que o próprio rito processual preveja ferramentas de promoção da paridade de armas. Novamente a invocar Ney José de Freitas, e ao ter-se em conta a latente disparidade entre os litigantes, é de se reconhecer que o “quadro que se projeta surge, sem sombra de dúvida, porque se atribui à presunção de validade uma carga forte, proporcionando maior vitalidade do que ela realmente possui” (FREITAS, 2007, p. 129).

Ao defender que a prova caiba a quem esteja em condições de produzi-la²⁰, o autor vincula a atribuição do ônus da prova a *inversão judicial baseada em princípio jurídico*, mencionada no item 5.2 desta monografia. A possibilidade de inversão da produção de prova nestas condições, prevista no §1º, do artigo 373 do Código de Processo Civil, se coaduna com as propostas feitas neste trabalho, bem como despe o ato administrativo de seus traços mais autoritários. Na mesma senda, a necessidade de motivação expressa, escrita e técnica dos atos administrativos, também se mostra em consonância com a proposta de Freitas, sobretudo em relação a discussão sobre a procedência ou improcedência dos fatos sustentados pela Administração. Afinal, se observado estritamente o princípio da motivação nos atos administrativos, a própria discussão do ônus da prova é de ser facilitada ao juízo, pois a clareza e maior concretude às razões que justificam o ato hão de simplificar a atribuição de produção de prova pelo magistrado.

Ademais, a admissão de que a produção de prova pode ser mantida a cargo da Administração, a depender das peculiaridades da causa, da impossibilidade de produção da prova demandada ou da atribuição de encargo excessivo a uma das partes em detrimento de outra²¹, igualmente serviria a brindar os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal. Como visto, estes, em que pese sua previsão legal, são comumente relegados a segundo plano pela jurisprudência tradicional, que - quiçá por ser a aplicação inflexível da presunção de veracidade do ato a via da mais

²⁰ Hão de levar em conta sempre as possibilidades reais e concretas que tem cada litigante de demonstrar suas alegações, de tal modo que recaia esse ônus não necessariamente sobre a parte que alega, mas sobre a qual se encontra em melhores condições de produzir a prova necessária à solução do litígio. Dessa forma, as dificuldades para a produção da prova, existentes no plano do direito material decorrentes da desigual posição das partes litigantes, não são transpostas para o processo, ficando facilitados inclusive os esclarecimentos da verdade e da tutela de situações que de outro modo, provavelmente não encontrariam proteção adequada. (FREITAS, 2007, p. 132).

²¹ Hipóteses apontadas do artigo 373, §1º do Código de Processo Civil.

fácil argumentação - não costuma permitir qualquer afrouxamento nos atributos dos atos da Administração. Não obstante a qualidade de veracidade *a priori* dos atos administrativos, e dado que sem elas a Administração se engessaria de tal forma a tornar inoperantes suas mais básicas atividades, a cessação da presunção de veracidade quando da impugnação do ato, ademais de permitir que a prova seja produzida pela parte que com melhor justeza possa fazê-lo, também serve a manter a celeridade demandada pela Administração, ao mesmo tempo em que realinha o ato administrativo ao sistema jurídico nacional, inclusive com a necessária legalidade da qual deve se imbuir a atuação do Poder Público.

Diante de inegáveis benesses aportadas pela cessação da presunção de veracidade no momento da impugnação do fato, a qual, ademais de conformar a atuação administrativa à Constituição Federal, permite que a Administração siga gozando de prerrogativas a garantir a boa e célere execução de suas funções, tem-se robusta - e, a nosso ver, indeclinável - proposta a conciliar a atuação da Administração às demandas, direitos e expectativas do administrado.

VI. CONCLUSÃO

É certo que o presente trabalho não esgota as críticas cabíveis aos atributos do ato administrativo, e menos ainda finda as reflexões pertinentes à problemática da atribuição do ônus da prova nos processos onde litigue a Administração. A pesquisa empreendida, no entanto, contribuiu às críticas (cada vez mais comuns) postas contra o instituto, não apenas reiterando-as, mas sim buscando resgatar suas origens e respaldos institucionais, para, com isso, melhor compreender as presunções do ato administrativo e, a partir daí, propor adaptações ao sistema jurídico moderno.

O gérmen absolutista dos atributos do ato administrativo, quando o processo de centralização do Estado e de poderes nas mãos de um único monarca aportaram consigo a necessidade de os atos da Administração correrem independentes da lei e das Cortes, por certo engendrou a mentalidade estrutural da veracidade *a priori* dos atos administrativos. A origem de cunho autoritário do instituto, a seu turno, foi ao longo do tempo se perdendo da vista da doutrina, a qual passou a aplicar a presunção relativa de veracidade do ato irrefletidamente, como se natural fosse, bem como a atribuir o ônus da prova ao particular impugnante, sem com isso questionar *a real necessidade ou cabimento de tal imposição*, pautando-se em não mais que a regra crua do instituto. O desligamento entre doutrina e as origens do instituto se evidencia, no direito brasileiro, pela total ausência de menções às raízes das presunções de veracidade, legalidade ou autoexecutoriedade do ato administrativo por parte da doutrina nacional no começo do século XX - os institutos somente vindo a ser mencionados muito recentemente em nossa história jurídica.

Essa naturalização acrítica, todavia, passou a causar verdadeiro desconforto no direito nacional após a Constituição Federal de 1988. É que, na onda da Constituição Cidadã, veio também movimento de valorização e reflexão dos direitos individuais e subjetivos, assim como movimento de atribuição de força normativa aos princípios dispostos no texto constitucional, e, com esses, o reconhecimento do direito ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa *em todas as esferas processuais*. Por incompatíveis com os valores-kerne do constitucionalismo hodierno, as garantias processuais e o papel ativista do Judiciário, paulatinamente, passaram a não mais se coadunar com a incidência irrestrita da presunção de veracidade do ato administrativo e a transferência do ônus da prova ao administrado, fazendo que essas deixassem de

passar despercebidas, *como até então ocorrera*, e em que pese a maior parte da jurisprudência siga se vinculando ao vetusto atributo.

No que se relaciona aos processos envolvendo matéria administrativa, e na esteira do florescimento dos direitos subjetivos, a lei do processo administrativo, Lei 9.784/1999, assim como o regramento do processo administrativo disciplinar na Lei 8.112/1990, desempenharam papel fundamental. É que foi através da processualização positivada dos trâmites da Administração que, desta, passou a se desejar e exigir que atuasse de modo a respeitar princípios processuais básicos, voltados a garantir maior equanimidade e paridade de armas nos processos onde atue a Administração; quesitos que não se detiveram ao processo administrativo *stricto sensu*, sendo irradiados às contendas judiciais nas quais faz parte o Poder Público.

A atribuição do ônus da prova nos processos onde ato administrativo tenha sido questionado por particular consiste em um dos aspectos onde a presunção de veracidade atinge de modo mais arbitrário a esfera jurídica do cidadão, e demanda, com particular urgência, maiores reflexões. Isto em razão de, em que pese desconformes com direitos individuais garantidos pela Constituição, bem como por inexistente na presunção qualquer caráter probabilístico, as prerrogativas do ato administrativo consistem em ferramenta indissociável da desejável e necessária celeridade cabível à Administração, o que dificulta de sobremaneira que ambas as demandas sejam conciliadas. Pelo delicado arranjo, foi que se adotou a proposta de Ney José de Freitas, onde a presunção de veracidade do ato durará até o momento em que este for impugnado, quando a atribuição do *onus probandi* ficaria a critério da Teoria Geral da Prova (FREITAS, 2007, p. 121).

Sobre a proposta de Freitas, a temos por ponto de equilíbrio saudável, que atende tanto às demandas próprias da Administração, como aos anseios dos particulares por verem seus direitos processuais respeitados frente ao Poder Público. E isso serve igualmente a brindar à atuação da Administração dentro dos parâmetros da legalidade. Por fim, entende-se que, no que se relaciona ao ônus da prova e à presunção de veracidade do ato, o relaxamento da prerrogativa no âmbito processual desata o instituto das origens absolutistas onde cunhados os atributos do ato da Administração, afinando-o às demandas próprias do Estado Democrático de Direito, no qual as arbitrariedades do governo centralizador não encontram espaço a ecoar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. A Constituição brasileira de 1988: uma introdução. In: Tratado de Direito Constitucional, v. 1. Coordenadores Ives Gandra Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva. 2010.

CABRAL, Thales Francisco Amaral. O ônus da prova no processo administrativo tributário. In: Revista Tributária e de Finanças Públicas, v. 120, p. 289-306, 2015.

CARIAS, Allan R. Brewer. *La carga de la prueba en el Derecho Administrativo*. Instituto de Filosofía del Derecho – Universidad del Zulia Maracaibo, Cuaderno de Trabajos, 1978. 53 pp.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão - Instituições de Direito Administrativo Brasileiro, 2ª Edição - Livraria Ed. Freitas Bastos: Rio de Janeiro - RJ. 1938.

CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de Direito Administrativo, 3ª Edição - Editora Forense - Rio/SP - 1971.

CRETELLA JÚNIOR, José. Da Autotutela Administrativa. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro - 108: 47 - 63 - abril/junho - 1972.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. – 31ª.ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, 4ª Edição, Volume 3. Editora Malheiros. São Paulo - SP. 2004.

DÜLMEN, Richard Van. Inicios de la Europa Moderna. Madrid: Ed. Siglo XXI, 1990.

ENTERRÍA, Eduardo García de. FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. Curso de direito administrativo, volume 1. Tradução de José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAZ, Sérgio. DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

FERREIRA, Daniel. Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988. Belo Horizonte: Fórum, 2009

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 8ª Edição. Malheiros. São Paulo - SP. 2006.

- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e Devido Processo Legal. RTDP, 15/43.
- FONSECA, Tito Prates da - Direito Administrativo, 1ª Edição - Livraria Editora Freitas Bastos - Rio de Janeiro - RJ. 1939.
- FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. A prova administrativa. São Paulo, SP. Editora Saraiva, 1973.
- FREITAS, Ney José de. Ato Administrativo: Presunção de validade e a questão do ônus da prova. Belo Horizonte: Forum, 2007.
- GIANNINI, Massimo Severo. Diritto Amministrativo. Milano: Giuffré, 1965.
- GUEDES, Demian Guedes. A presunção de veracidade e o Estado Democrático de Direito: uma reavaliação que se impõe. In: Revista Fórum Administrativo de Direito Público, ano 16, nº 180, fevereiro/2016, p. 9 - 20.
- GUEDES, Demian. A presunção de veracidade dos atos da administração pública e o processo administrativo: o dever de fiscalizar provando. In: Interesse Público Revista Bimestral de Direito Público. nº. 35, ano 2006.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4ª ed. em e-book baseada na 12ª ed. Impressa. Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2016.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Improbidade administrativa e inversão do ônus da prova. In: Revista de Direito Administrativo e Constitucional, v. 42, ano 10, p. 131-152, 2010.
- MEDAUAR, Odete. O Direito Administrativo moderno. 20ª. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo - SP. 2016
- MEIRELLES, Hely Lopes - Direito Administrativo Brasileiro - 39ª Edição. Malheiros - São Paulo SP - 2013.
- MEIRELLES, Hely Lopes - Direito Administrativo Brasileiro - Ed. Revista dos Tribunais - São Paulo SP - 1978.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo - 32º Edição. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MELLO, Rafael Munhoz de: Processo administrativo, devido processo legal e a Lei 9.784/1999 In: Revista de Direito Administrativo, 227/84.
- MONCADA, Luis S. Cabral de. Autoridade e Liberdade na Teoria do Acto Administrativo: contributo dogmático. 1ª Edição. Coimbra: Ed. Coimbra, 2014.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999. 4ª Edição. Ed. Malheiros. São Paulo - SP. 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BAHIA, Segunda Turma do STJ. Recurso Especial 1.573.943/BA. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. 04/10/2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1573943&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acesso em: 15 nov. 2018.

DISTRITO FEDERAL, Primeira Turma do STJ. Recurso Especial 1298407/DF. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. 23/05/2012. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1298407&repetitivos=REPETITIVOS&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true Acesso em: 15 nov. 2018.

ESPÍRITO SANTO, Primeira Turma do STJ. Recurso Especial 1.604.672/ES. Relator Ministro Gurgel de Faria. 21/09/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp> Acesso em: 16 nov. 2018.

GOIÁS, Segunda Turma do STJ. Agravo Regimental do Agravo de Instrumento 1.022.208/GO. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. 21/11/2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200800451215&dt_publicacao=21/11/2008 Acesso em: 16 nov. 2018.

GOIÁS, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação nº 2005.35.0.0020214-0/GO. Relator Desembargador João Batista Moreira. 24/02/2011. Disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=200535000202140&pA=200535000202140&pN=200568920054013500> Acesso em: 16 nov. 2018.

MINAS GERAIS, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação no Mandado de Segurança 1999.01.00.037217-6/MG. Relator Desembargador João Batista Moreira. 08/04/2002. Disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=199901000372176&pA=199901000372176&pN=345214019994010000> Acesso em: 14 nov. 2018.

PERNAMBUCO, Segunda Turma do STJ. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 54280/PE. Relator Herman Benjamin. 19/09/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701350506&dt_publicacao=09/10/2017 Acesso em: 15 nov. 2018.

RIO GRANDE DO SUL, Segunda Turma do STF. Recurso Extraordinário 158.543/RS. Relator Ministro Marco Aurélio. 30/08/1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=212758> Acesso em: 14 nov. 2018.