



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

RAIAN BREGA DE ARAUJO

**A PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS
ADMINISTRATIVOS E O FANTASMA DA INVERSÃO DO ÔNUS
DA PROVA**

JUIZ DE FORA
2010



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

RAIAN BREGA DE ARAUJO

**A PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS
ADMINISTRATIVOS E O FANTASMA DA INVERSÃO DO ÔNUS
DA PROVA**

Trabalho de Conclusão de Curso
(Monografia) apresentado à
Universidade Federal de Juiz de Fora,
como requisito para a conclusão do
Curso de Graduação em Direito,
habilitação Bacharelado.

Orientador: MUSSIO MOURA
SOARES

JUIZ DE FORA
2010

FOLHA DE APROVAÇÃO

DE ARAUJO, Raian Brega. A presunção de legitimidade dos atos administrativos e o fantasma da inversão do ônus da prova. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia), apresentado como requisito à conclusão do Curso de Graduação em Direito, habilitação Bacharelado, da Universidade Federal de Juiz de Fora, realizada no 2º semestre de 2010.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Mussio Moura Soares

Orientador

Prof. Dr. Frederico Augusto d'Avila Riani
Membro convidado 1

Prof. Ms. Renato Chaves Ferreira
Membro convidado 2

Examinado em: 02/12/2010.

AGRADECIMENTOS

Dedico este trabalho primeiramente ao meu pai, fonte e inspiração de todo o meu conhecimento; às minhas queridas mãe e avó, as peças mais importantes para a minha formação; aos meus amigos e namorada, que estiveram durante todo este tempo ao meu lado, proporcionando felicidade; aos meus avós Leda e Alceu, que mesmo distantes sempre me incentivam a estudar; ao professor Mussio Moura, que desde o primeiro contato se disponibilizou a me orientar; ao Dr. Demian Guedes, que prontamente se dispôs a me encaminhar os seus estudos, que sem dúvida foram fundamentais para a conclusão do presente trabalho. E por fim ao meu avô Humberto, *in memoriam*, pois mesmo não estando presente, sempre foi e será o meu porto seguro. A todos vocês o meu muito obrigado.

Sorria!

Sorria tire a tristeza dessa cara

Celebre que o tempo não para

O bom da vida é ser feliz

E viva de bem com o seu coração

Pra baixo eu não fico não

Pra alegria eu peço bis.

Pra alegria eu peço bis

Fundo de Quintal

Composição: Schiavon e Luciana Cardoso

Tudo em meu caminho
Pedra flor e depressão
Representa a vida
Bem contida desde o céu ao chão
Quero receber
Contigo aprender
Perceber que tudo volta a ser eterna compaixão
Quero meu amigo
Minha vida transformar
De repente ter de tudo aquilo que me faz voar
Quero transbordar
Quem sabe até tentar
Amizade eterna meu amigo nunca acabará
Vou voltar
E te encontrar
Amigo leal
Não se desfaz
Sempre contigo
E não volta atrás
Amigo leal
Numa nova vida
Vou tentar te alcançar
E nessa ferida vou tentar o sangue estancar
O dano reparar
Semblante melhorar
Perceber que a vida
Sem amigos não há de importar
Tudo a vida indica
É preciso se esforçar
E perceber um dia meu amigo tu sempre será
Meu pacificador
Conselheiro de amor
Repara minha dor de um dia te deixar pra trás
Vou voltar
E te encontrar

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo demonstrar a divergência existente entre a inversão do ônus da prova decorrente da presunção de legitimidade dos atos administrativos e o Estado Democrático de Direito vivenciado pós Constituição Federal de 1988. Para isso, utilizou-se como marco teórico a dissertação apresentada à Universidade Gama Filho, para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito, Estado e Cidadania, de autoria do agora Mestre Demian Guedes, publicada como livro cujo título é: Processo Administrativo e Prova: Reavaliando a Presunção de Veracidade dos Atos do Poder Público. Desta feita, apresentou-se as considerações feitas pela doutrina acerca da presunção de legitimidade dos atos administrativos e da extensão dos princípios consagrados pela Constituição Federal, especialmente o da legalidade do contraditório e da ampla defesa, colacionando alguns julgados e analisando as teoria de distribuição do ônus da prova e sua compatibilidade com o ordenamento pátrio vigente.

PALAVRAS-CHAVE: atos administrativos, devido processo legal, “verdade sabida”, presunção de legalidade/legitimidade/veracidade, ônus da prova. distribuição dinâmica do ônus da prova.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL.	11
2.1 O Extinto Princípio da Verdade Sabida	13
3 A PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS ...	16
3.1 Presunção de Legitimidade, Legalidade e Veracidade	16
3.2 Presunção Judicial e Presunção Legal	17
4 ABORDAGEM DO TEMA NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA	20
4.1 Doutrina Nacional	20
4.2 Doutrina Alienígena	22
4.3 Jurisprudência	23
5 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO?	27
6 PROVA DIABÓLICA, PROVA NEGATIVA E TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA	29
6.1 Provas Diabólicas e de Fatos Negativos	29
6.2 – Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova	32
CONCLUSÃO	36
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	37

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é classificada no rol das democráticas, e trouxe em seu bojo uma gama de direitos e garantias fundamentais, dentre eles o direito ao devido processo legal à ampla defesa, inclusive nos processos administrativos¹.

A partir da nova Carta Magna, vários institutos tiveram de ser repensados, de forma que se amoldem aos desejos constitucionais, exigindo do intérprete o que costumou chamar-se de constitucionalização dos outros ramos do direito.

Com o Direito Administrativo não foi diferente. Ele passou a se processualizar, e seus institutos ganharam nova roupagem. Entretanto, este ainda é um dos ramos mais conservadores do direito, e vários dogmas ainda estão enraizados na sua exegese.

Dentre eles, destacaremos no presente trabalho especialmente a presunção de legitimidade dos atos administrativos e o seu consequente efeito alegado pela doutrina majoritária: a inversão do ônus da prova em desfavor do particular.

A promulgação da nova Constituição ocorreu após anos de ditadura, trazendo consigo a redemocratização. Não há dúvidas que o povo brasileiro repudia o regime ditatorial pelo qual viveu, e por isso não podemos aceitar que resquícios de autoritarismo possam permanecer convivendo com a democracia

Nesse sentido, o que defendemos é que a Administração baseie seus atos com o mínimo de provas, de modo que o administrado possa se defender sem ter que produzir provas negativas ou diabólicas.

¹ Constituição Federal, artigo 5º, incisos LIV e LV.

Em suma, o que tentaremos aqui não é discutir se a presunção de legitimidade é ou não atributo do ato administrativo, mas demonstrar que essa presunção não enseja, por si só, a inversão do ônus da prova em desfavor do particular, o que nas palavras de Sérgio Ferraz e Adílson Abreu Dallari (2001, *apud* GUEDES, 2007, p. 11) é o “**fantasma que apavora quem litiga com a Administração**”.

Ressalta-se que conforme a enciclopédia virtual Wikipédia ², fantasma é, em seu sentido original, uma **imagem não correspondente à realidade**, ou seja, uma ilusão visual, **produto da fantasia**. (grifo nosso).

E este será o objetivo do presente trabalho: evidenciar que a inversão do ônus da prova em desfavor do administrado não correspondente à realidade de um Estado Democrático de Direito.

² <http://pt.wikipedia.org/wiki/Fantasma>

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL.

A Constituição Federal, ao prever que aos litigantes, em processo judicial **ou administrativo**, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes³, garantiu proteção especial aos indivíduos frente às arbitrariedades do Estado. **Por se tratar de uma garantia constitucional, o devido processo legal tem que ser observado em todo agir administrativo que envolva os administrados** (NETO, 2008).

Para Nelson Nery Jr (2008, p. 32), o princípio do devido processo legal é a base sobre a qual todos os outros se sustentam. Bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécie. Nas palavras do autor:

O devido processo (processo justo) pressupõe a incidência da isonomia; do contraditório; do direito à prova; da igualdade de armas; da motivação das decisões administrativas e judiciais; do direito ao silêncio; do direito de não produzir prova contra si mesmo e de não se auto-incriminar; do direito de estar presente em todos os atos do processo e fisicamente nas audiências; do direito de comunicar-se em sua própria língua nos atos do processo; da presunção de inocência; do direito de duplo grau de jurisdição no processo penal; do direito à publicidade dos atos processuais; do direito à duração razoável do processo; do direito ao julgador administrativo e ao acusador e juiz natural; do direito a juiz e tribunal independentes e imparciais; do direito de ser comunicado previamente dos atos do juízo, inclusive sobre as questões que o juiz deva decidir *ex officio*, entre outros derivados da procedural *due process clause*.⁴

³ BRASIL, CF, artigo 5º, inciso LV, 1988.

⁴ Em sentido semelhante, temos a lição do Min. Celso de Mello, relator do HC 94.016, de 07.02.2008: "O exame da cláusula referente ao "due process of law" permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de

Em sua feição principal, o devido processo legal deve ser entendido como garantia material de proteção ao direito de liberdade do indivíduo, mas também é garantia de índole formal, num dado processo restritivo de direito. **Significa dizer que deve ser assegurado ao indivíduo paridade de condições em face do Estado, quando este intentar restringir a liberdade ou o direito aos bens jurídicos constitucionalmente protegido daqueles.** (DE PAULO; ALEXANDRINO, 2010). (grifamos)

Outra inovação de suma importância trazida pela carta constitucional foi prever expressamente os princípios do contraditório e da ampla defesa também nos processos administrativos.

A lei número 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, também prevê tais princípios em seu artigo 2º, assim redigido;

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

Para o Superior Tribunal de Justiça, a Lei 9.784/99 é, certamente, um dos mais importantes instrumentos de controle do relacionamento entre Administração e Cidadania. Seus dispositivos trouxeram para nosso Direito Administrativo, o devido processo legal. **Não é exagero dizer que a Lei 9.784/99 instaurou no Brasil, o verdadeiro Estado de Direito.**⁵ (grifo nosso)

Apesar da lei 9.784/1999 ter aplicação apenas no âmbito da Administração Pública Federal, não há dúvidas quanto à aplicação dos

acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis "ex post facto"; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a auto-incriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de "participação ativa" nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes".

⁵ (STJ, 1ª Seção, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, MS n. 8946/DF de 17.11.2003).

princípios fundamentais a qualquer processo administrativo, conforme explicado por Vicente de Paulo e Marcelo Alexandrino (2010, p.176):

Por abarcar também o processo administrativo, o vocábulo **litigante** há de ser compreendido em sentido amplo, ou seja, aplica-se a qualquer situação em que estejam envolvidos interesses contrapostos, não possuindo o sentido processual de parte (estrito), a pressupor uma lide judicial ou administrativa. Na esfera administrativa, por exemplo, o contraditório e a ampla defesa assegurados constitucionalmente não se restringem aos processos de natureza disciplinar, nos quais o indivíduo encontra-se na condição de acusado, haja vista que **o dispositivo constitucional não contempla especificidade**. (grifamos)

Na mesma esteira, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2008, p. 62), “O texto constitucional autoriza o entendimento de que o contraditório e a ampla defesa são também garantidos no processo administrativo não punitivo, em não há acusados, mas litigantes (titulares de conflitos de interesses)”.

É a partir dessa concepção que defenderemos que a presunção de legitimidade dos atos administrativos deva obedecer ao princípio do devido processo legal, com sua conseqüente ampla defesa e direito ao contraditório, uma vez que “faz-se indispensável reconhecer que a Administração resulta tão ou mais devedora de obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, mormente quando se espera que seja exemplar o seu acatamento dos princípios, não apenas o da legalidade, mas do complexo inteiro dos princípios supremos”. (FREITAS, 1999, p. 55)

2.1 O Extinto Princípio da Verdade Sabida

O primeiro indício de que os atos administrativos devem respeitar o devido processo legal foi o banimento do princípio da verdade sabida. Nas palavras do promotor Ary César Hernandez, o princípio da verdade sabida era o procedimento de imposição instantânea da penalidade administrativa, quando o servidor fosse surpreendido praticando uma infração administrativa ou logo após tê-la praticado. A penalidade era imposta como que em estado

de flagrância pelo superior hierárquico, que tomava conhecimento imediato da infração praticada e, usando do poder disciplinar, instantaneamente aplicava a respectiva sanção.

Após a Constituição de 1988, em respeito às garantias fundamentais, tal princípio foi totalmente rechaçado do ordenamento, assim como se espera que ocorra com a prerrogativa da Administração Pública não produzir provas.

Para corroborar a inconstitucionalidade de tal princípio, colacionamos alguns julgados de vários tribunais:

Dispensa de Processo Administrativo na Universidade de São Paulo. Suspensão imediata de aluno sem direito de defesa. Critério da verdade sabida. (...) “A suspensão imediata, sem chance defensiva, com perda de provas e impossibilidade de freqüência às aulas, estaria frustrando o contraditório e a ampla defesa, nos moldes do preceito constitucional trazido a lume pela Carta Magna de 1988.”⁶

MANDADO DE SEGURANÇA. PENA DISCIPLINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. CRÍTICA VIA IMPRENSA. VERDADE SABIDA. CONHECIMENTO DIRETO. ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS MUNICIPAIS DE SÃO PAULO. - A NOTÍCIA VEICULADA EM JORNAL NÃO IMPORTA EM CONHECIMENTO DIRETO DO FATO, ANTE A NOTÓRIA POSSIBILIDADE DE DISTORÇÕES. POR ISSO, NÃO SE CONVOCA O INSTITUTO DA VERDADE SABIDA PARA FUGIR A IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA. RECURSO PROVIDO” (STJ, 2ª T., RMS 825 / SP, DJ 28.06.1993).

TJ/RS: “REEXAME NECESSÁRIO. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. MUNICÍPIO DE PASSO FUNDO. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. INOCORRÊNCIA. AUXILIAR DE ENFERMAGEM. ACUSAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DE MEDICAMENTOS. EXERCÍCIO ILEGAL DA FUNÇÃO. APLICAÇÃO DA PENALIDADE DE ADVERTÊNCIA SEM A INSTAURAÇÃO DA SINDICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PROCEDIMENTO DEFESO PELA CONSTITUIÇÃO. PRINCÍPIO DA VERDADE SABIDA INSERTO NO ART. 242, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO I, DA LEI MUNICIPAL N.º 1.763-77, QUE AFRONTA O ART. 5º, INCISO LV, DA CARTA MAGNA. VIOLAÇÃO AO DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. SEGURANÇA CONCEDIDA NA ORIGEM. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME”. (Reexame Necessário N.º 70006857767, Quarta

⁶ Transcrevemos aqui apenas o essencial do Voto do Ministro Carlos Veloso, ao julgar o RE 172587 /SP pois devido à extensão, remetemos o leitor ao conteúdo completo, disponível em <http://www.stf.jus.br>.

Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Wellington Pacheco Barros, Julgado em 24/09/2003).

TJ/SP: "ATO ADMINISTRATIVO - Suspensão de Servidor Público - Nulidade - Inexistência de regular procedimento administrativo ou sindicância - violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa - Art. 5º, LV da Constituição Federal - Princípio da verdade sabida - Não receptividade - Recursos não providos" (Apelação Cível n. 146.793-5/1 - São Paulo - 1ª Câmara de Direito Público - Relator: Roberto Bedaque - 29.06.04 - V.U.).

TJ/SC: "MANDADO DE SEGURANÇA - OFICIAL DE JUSTIÇA - NÃO CUMPRIMENTO DE MANDADO DE INTIMAÇÃO EM PROCESSO-CRIME SOB ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS PARA DESPENDER COM TRANSPORTE - REQUERIMENTO PLEITEANDO O USO DE VEÍCULO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - NÃO APRECIÇÃO DO PEDIDO - APLICAÇÃO SUMÁRIA DE PENA DE ADVERTÊNCIA - INEXISTÊNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CHAMADA "VERDADE SABIDA" - SEGURANÇA CONCEDIDA PARA ANULAR A PENALIDADE IMPOSTA "(Acórdão: MS nº 01.011382-1, Relator: Des. João Martins, Data da Decisão: 28/02/2002).

Decisões no mesmo sentido ocorrem em todos os demais tribunais brasileiros, indicando a impossibilidade de burlar os princípios constitucionalmente assegurados.

3 A PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

O presente capítulo se destina a apresentar os conceitos e as divergências apontadas pela doutrina acerca do instituto da presunção de legitimidade dos atos administrativos.

3.1 Presunção de Legitimidade, Legalidade e Veracidade.

A primeira divergência doutrinária é quanto à nomenclatura empregada. Enquanto Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 411) e a maioria da doutrina utilizam apenas a terminologia presunção de legitimidade para as presunções de conformidade com o Direito e correção dos fundamentos do fato, para Maria Sylvia di Pietro (2009. p. 197/198)

presunção de legitimidade diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei. A **presunção de veracidade** diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Assim ocorre com relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, todos dotados de fé pública.

Em outras palavras, presunção de legitimidade ou legalidade significa que são corretas a interpretação e a aplicação da norma jurídica pela administração enquanto presunção de veracidade significa que os fatos alegados pela administração existem, ocorreram, são verdadeiros.

Há ainda classificações como a de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1977, *apud* GUEDES, 2007, p. 15) que subdivide a presunção que denomina de validade em: realidade, legalidade, legitimidade e licitude.

A jurisprudência, de modo geral, utiliza a expressão presunção de legitimidade e veracidade, ambas como decorrentes dos atos administrativos, sem fazer distinções entre elas, conforme se percebe nos seguintes julgados:

A autoexecutoriedade dos atos da União, ao proceder a fiscalização aduaneira, permite a imediata exigência de suas decisões, não obstante seja franqueado ao administrado, no caso contribuinte, demonstrar que a decisão seja incorreta ou que esteja inquinada de vícios. Observe-se que em virtude de outro atributo do ato - a presunção de legalidade - **cabará àquele que se insurge contra o ato o ônus de provar a ausência de legalidade, legitimidade e veracidade que lhe são presumidas.** (TRF-4 APELAÇÃO CIVEL AC 7734 PR 2007.70.02.007734-5)(grifamos)

1. O PEDIDO DE NULIDADE DE ATOS ADMINISTRATIVOS EXIGE, POR FORÇA DA **PRESUNÇÃO DE VERACIDADE E LEGITIMIDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO**, PROVA ROBUSTA EM SENTIDO CONTRÁRIO.

(...)

3. PARA SE EXIMIR DA RESPONSABILIDADE, O IMPETRANTE/APELADO TERIA DE DEMONSTRAR ILICITUDE NOS AUTOS DE INFRAÇÃO OU NO PROCESSO ADMINISTRATIVO, ÔNUS QUE NÃO SE DESINCUMBIU. (TJDF - APELACAO CIVEL: APC 20050110750117 DF) (grifamos)

Tratando de **Ato Administrativo que goza da presunção de legalidade e veracidade**, compete à parte autora, nos termos do art. 333, I, o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito, o que não ocorreu na espécie. (TJBA APELAÇÃO CÍVEL Nº 11.503-6/2009) (grifamos)

Utilizaremos indistintamente a terminologia presunção de legitimidade, pois, conforme acima explicado, o objetivo não é discutir a presunção de legitimidade em si, ou a nomenclatura a ser utilizada, mas negar que tal presunção dê ensejo à inversão do ônus da prova.

3.2 Presunção Judicial e Presunção Legal

A presunção pode ser feita pelo juiz (judicial) ou pela lei (legal), sendo que esta última se subdivide em presunção relativa (*iuris tantum*) e absoluta (*iuris et de iure*).

A presunção legal absoluta está prevista no artigo 334, IV do CPC⁷. Já como presunção legal relativa temos a regra do artigo 2º-A da lei 8.560/92 que assim dispõe:

Art. 2º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos.

Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, **a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.** (grifamos)

Tal previsão se repete na súmula 301 do STJ: “a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade”.

Porém, conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, a presunção relativa não desonera o autor de comprovar, minimamente, por meio de provas indiciárias, a existência de relacionamento íntimo entre a mãe e o suposto pai⁸.

Ou seja, assim como a presunção relativa no caso da investigação de paternidade não desincumbe o autor de provar seu direito, não é justo que caiba à Administração somente alegar, sem o mínimo de lastro probatório.

Ressalta-se ainda que a presunção nos casos dos atos da Administração Pública ocorre independente de previsão legal, com base exclusivamente em interpretações doutrinárias e jurisprudenciais, como sendo atributo indissociável de seus princípios gerais

Temos ainda a mais famosa das presunções, a de inocência, prevista no artigo 5º inciso LVII da Constituição Federal, que apesar de ter origem no direito penal tem sua aplicação garantida no processo administrativo, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça em acórdão assim ementado:

⁷ CPC, artigo Art. 334. Não dependem de prova os fatos: IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

⁸ STJ, REsp 692242/MG.

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE OFENSA À INSTRUÇÃO NORMATIVA ANP N.º 03/98. INVIABILIDADE. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INOCÊNCIA DO CANDIDATO. AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 83 DESTA CORTE.

1. A alegação de ofensa a instrução normativa não enseja a abertura da via do apelo nobre, porquanto tal ato normativo não se enquadra no conceito de lei federal para a finalidade prevista no art. 105, inciso III, alínea a, da Carta Magna.

2. Não havendo sentença condenatória transitada em julgado, o princípio da presunção de inocência resta maculado, ante a eliminação de candidato a cargo público, ainda na fase de investigação social do certame, por ter sido verificada a existência de inquérito ou ação penal.

3. Estando o acórdão recorrido em sintonia com a jurisprudência desta Corte, incide, na espécie, o óbice da Súmula n.º 83 do Superior Tribunal de Justiça.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

(REsp 795.174/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 01/03/2010)

A presunção de inocência é mais uma garantia do administrado contra a falta de provas na aplicação de sanções pela Administração Pública, pois mais flagrante ainda é a ilegalidade de uma penalidade imposta a um inocente com base exclusiva em alegações, sem embasamento probatório.

De acordo com o juiz federal Durval Carneiro Neto (2008, *apud* NASCIMENTO, 2009, p. 23):

A presunção só pode incidir para aqueles casos em que há efetivamente uma impossibilidade ou dificuldade exacerbada para a produção de provas, de maneira que o juiz precisa de um critério para decidir. Se em determinadas situações fáticas a busca da verdade se torne possível através de meios razoavelmente exigíveis para a sua investigação, não existe fundamento para o legislador se valer de presunções. Nesse caso, seria inconstitucional, sob o prisma do princípio da razoabilidade, optar-e pelo sacrifício da verdade real em prol da segurança jurídica.

Nesse passo, sopesando a presunção de legitimidade com a presunção de inocência, há de prevalecer a garantia constitucionalmente insculpida.

4 ABORDAGEM DO TEMA NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Os próximos títulos prestam-se a analisar os contornos dado ao tema na doutrina nacional, estrangeira e na jurisprudência.

4.1 Doutrina Nacional

A doutrina nacional é uníssona ao reconhecer que, para que os atos da administração possam ser auto-executórios, é necessário que haja a presunção de que eles nasceram em conformidade com as normas legais. Para José dos Santos Carvalho Filho (2008, p. 112) “essa característica não depende de lei expressa, mas deflui da própria natureza do ato administrativo, como ato emanado do agente integrante da estrutura do Estado”.

Entretanto, em que pese a presunção de legalidade, não concordamos com o efeito indicado pelo posicionamento doutrinário clássico, anterior à Constituição Federal de 1988, mas defendido ainda hoje pela maior parte da doutrina, qual seja, o da inversão do ônus da prova.

Afirma Hely Lopes de Meirelles (2001, p. 150) que: “consequencia da presunção de legitimidade dos atos administrativos é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem invoca”. No mesmo sentido, vem José dos Santos Carvalho Filho (2008, p.112) dizer que “efeito é o da inversão do ônus da prova, cabendo a quem alegar não ser o ato legítimo a comprovação da ilegalidade”.

Tal posicionamento doutrinário apesar de predominante vem sendo relativizado, como nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello (2008, p. 411), que define presunção de legitimidade dos atos administrativos como “a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao direito, até prova em contrário. Isto é: milita em favor deles uma presunção

juris tantum de legitimidade; **salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionadas em juízo**". (grifo nosso)

Defendendo posição mais moderada, temos a brilhante Maria Sylvia di Pietro (2009, p.199), segundo a qual

inverte-se sem dúvida nenhuma, o **ônus de agir**, já que a parte interessada é que deverá provar, perante o Judiciário, a alegação de ilegalidade do ato; inverte-se, também, o ônus da prova, mas não de modo absoluto: a parte que propôs a ação deverá, em princípio, provar que os **fatos** que se fundamenta a sua pretensão são verdadeiros; porém isto não libera a administração de provar sua verdade, tanto assim que a própria lei prevê, em várias circunstâncias, a possibilidade de o juiz ou o promotor requisitar da Administração documentos que comprovem as alegações necessárias à instrução do processo e à formação do juiz. (sublinhamos).

Sérgio Ferraz e Adílson Abreu Dallari (2001, *apud* Guedes, 2007, p. 99), por sua vez, interpretam a presunção de legalidade de forma mais alinhada com o nosso pensamento, afirmando 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 o que a lei autoriza ou determina. Sendo assim, sempre cabe à Administração o dever de demonstrar que atuou de maneira conforme à lei** (grifamos)

Paulo Magalhães da Costa Coelho (2004, *apud* GUEDES 2006, p. 09), endossa orientação semelhante, o que nos deixa otimistas, demonstrando que o entendimento predominante atual tem tudo para se modificar. Nas palavras do autor:

Haveria, nesse aspecto [da presunção de veracidade], inversão do ônus de agir, mas não inversão do ônus da prova. Vale dizer, ao particular incumbiria recorrer ao Poder Judiciário para obter pronunciamento sobre a ilegalidade do ato, mas essa circunstância não desobrigaria a Administração Pública da prova dos pressupostos do ato ou da verdade sobre a qual ele se fundamenta.

Este é, em síntese, o tratamento dado pela doutrina nacional ao assunto, desde as posições mais antigas até consentâneas à Constituição. A doutrina estrangeira, também vem mostrando uma tendência a apoiar nosso pensamento, conforme se verá no próximo tópico

4.2 Doutrina Alienígena

Apesar de grande parte da doutrina estrangeira encampar o mesmo pensamento predominante na doutrina nacional, nos ateremos aqui às teses que mais se coadunam com o nosso entendimento, como por exemplo a do processualista italiano Elio Fazzalari (2006, *apud* GUEDES, 2007, p. 71), segundo o qual “nenhuma presunção deve ser feita a favor do órgão público, que não seja expressamente estabelecida pela lei ou debatida em contraditório: isso também quando se trata de processos inquisitórios e portando jogos do onus probandi”

O também italiano Gian Antonio Micheli já em 1989 (*apud* GUEDES, 2007, p. 24) corrobora nossas perspectivas, entendendo não haver, em função da dita presunção, qualquer transferência do ônus da prova em desfavor do particular. Para o Autor, em caso de persistente dúvida no processo administrativo, a autoridade julgadora jamais poderia recorrer à presunção de veracidade para a solução da controvérsia.

No Direito português, Carla Amado Gomes (1991, *apud* GUEDES, 2007, p. 101) analisa a relação do princípio da verdade material com a presunção de veracidade dos atos administrativos. Como visto anteriormente, para a Autora, a presunção de veracidade (legitimidade) se relaciona apenas

com a necessidade de continuidade das atividades estatais, não devendo acarretar, no processo, a transferência de ônus probatórios para o particular. Assim, não se deve admitir qualquer inércia probatória da Administração – que muitas vezes se limita a apresentar documentos descritivos, tais como atas ou autos de infração. Em virtude do princípio da verdade material, o Poder Público tem o ônus de provar os fatos por ele alegados e contribuir diretamente com a descoberta da verdade.

Por seu turno, o argentino Agustín Gordillo (2003, *apud* GUEDES, 2007, p. 25) é enfático ao afastar a inversão do ônus da prova como um dos efeitos da presunção de veracidade, assinalando que o instituto importa em um *ônus de agir* contra o ato, mas não em um ônus de provar a inveracidade de seus fundamentos.

Estes são, em linhas gerais, os pontapés iniciais que a doutrina alienígena vem dando contra a inversão do ônus da prova. Um estudo mais completo sobre a doutrina estrangeira poderá ser encontrado na obra de Demian Guedes (2007), que completa esclarecendo que nos Estados Unidos não há referência a uma presunção de veracidade das alegações da Administração Pública. Segundo a jurisprudência dos tribunais e a própria legislação de regência da matéria, as ações administrativas devem estar lastreadas por um conteúdo probatório substancial, sob pena de serem anuladas no Judiciário.

A seguir, demonstraremos o enfrentamento da jurisprudência sobre o tema.

4.3 Jurisprudência

Não só a maior parte da doutrina concorda com a inversão do ônus da prova, como a esmagadora jurisprudência adota este entendimento em seus julgados, o que se mostra mais preocupante, na medida em que os tribunais

se eximem de apreciar as alegações do administrado, se limitando a julgar a favor das prerrogativas da Administração Pública.

Por ser unânime este entendimento em quase todos os tribunais, nos limitaremos a transcrever decisões dos tribunais superiores, e ao final, algumas decisões que vem surgindo, as quais começam a dar passos em sentido contrário.

A primeira decisão encontrada no sentido predominante, no âmbito do Superior Tribunal Federal, data de 1955, e foi assim ementada:

PROVA. O ÔNUS DA PROVA CABE A QUEM ALEGOU. ATÉ PROVA EM CONTRÁRIO, A AFIRMAÇÃO DA AUTORIDADE PÚBLICA TEM A SEU PROL, A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. (STF, 2ª T., rel. Min. Lafayette de Andrada, RMS nº 2468, julgado em 27.05.1955)

No Superior Tribunal de Justiça, também é tranquilo o entendimento no mesmo sentido:

Se os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e auto-executoriedade, na hipótese em que se alega sua nulidade, porque eivado de ilegalidade, incumbe ao impugnante o ônus da prova do vício, ex vi do artigo 333, II, do Código de Processo Civil. (REsp 230307 MA).

(...)3. O auto de infração é ato administrativo que, enquanto tal, goza de presunção de veracidade e legitimidade, cabendo ao particular o ônus de demonstrar o que entende por vício. (...) (REsp 1108111 / PB)

(...)IV - Estabelecida a natureza do documento apresentado como ato administrativo, in casu, dotado de presunção juris tantum de veracidade, se tem impositiva a inversão do ônus probatório para o contribuinte, que deverá afastar a presunção. (REsp 1095153/ DF 19/12/2008)

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE INEXISTENTE. 1. Os atos administrativos gozam da presunção de legalidade que, para ser afastada, necessita de prova cabal da deformação do ato. 2. Não podem ser consideradas, para efeito de anulação de um ato administrativo, alegações gerais e imprecisas, tais como violação aos princípios da dignidade da pessoa humana,

da ampla defesa e do contraditório. 3. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no MS 11870/DF EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA 2006/0107602-3)

PROCESSUAL CIVIL. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. PLANO COLLOR II. CONGELAMENTO DE PREÇOS. COBRANÇA DE PREÇO SUPERIOR AO CONGELADO. MULTA ADMINISTRATIVA. AUTORA QUE ALEGA VÍCIO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO, CUJA NULIDADE POSTULA SEJA DECLARADA. RÉU QUE, SEM ALEGAR FATO NOVO, DEFENDE A LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. ÔNUS DA AUTORA DE PROVAR O FATO CONSTITUTIVO DO SEU DIREITO. CPC, ART. 333, I. I - Ao autor cabe o ônus de provar o fato constitutivo de seu alegado direito; ao réu cabe a prova dos novos fatos que alegar, sejam impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. II - No caso, a recorrida ajuizou ação que denominou anulatória de débito, alegando na petição inicial a invalidade do processo administrativo que culminou na imposição de multa. Haveria, portanto de provar o fato que redundaria no seu alegado direito de não ser multado, afastando, assim, a presunção de legalidade do ato administrativo. Não tendo provado o vício que entendia inquirar o processo administrativo, este é válido e produz efeitos, não sendo exigível da administração recorrente fazer prova que contrarie os fatos alegados pela outra parte. (REsp 813799/MG RECURSO ESPECIAL 2006/0016955-1)

Em direção contrária, para ativar nossas esperanças, temos alguns julgados, em casos específicos, como nesse acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, que ao defrontar a presunção de legitimidade com a impossibilidade do administrado produzir provas negativas, decidiu por exigir que a Administração demonstrasse que a infração de distribuição de panfletos em via pública realmente ocorreu:

EXECUÇÃO FISCAL – MULTA DE PUBLICIDADE – violação aos arts. 25 e 34, parágrafo 3o, ambos da Lei Municipal 10.315/87. Certeza e exigibilidade da CDA infirmadas pela não apreensão do material. A apreensão do material publicitário pelo órgão fiscalizador é imprescindível à comprovação da materialidade da infração imputada à embargante/ apelante. Nulidade do auto de multa e inexigibilidade da CDA configuradas. Recurso provido. Extinção da execução (...) Voto: Com efeito, sob este aspecto, o ônus da prova compete à Municipalidade, mesmo porque se trata de prova (apreensão do material publicitário) que está sob o alcance do Fisco, já que não se pode exigir do contribuinte a prova de fato negativo”.(Apelação nº 655.160.5/0, 15 Câmara “a” Direito Público, DJE 07.03.2008).

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal também já decidiu por afastar a presunção de legitimidade dos atos administrativos diante de provas testemunhais, o que, por incrível que pareça, já é um grande avanço:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS INFRINGENTES. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DFTRANS (EXTINTO DMTU) E DETRAN PARA A LAVRATURA DO AUTO. REVISÃO DA PENALIDADE APLICADA. ART. 28, §5º, DA LEI DISTRITAL Nº 239/92, ALTERADA PELA LEI Nº 953/95. AFASTAMENTO DA PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE IRREGULAR DE PASSAGEIROS. INEXISTÊNCIA DE FINALIDADE REMUNERATÓRIA (CARONA). RECURSO PROVIDO.

- São competentes para lavrar o auto de infração, nos casos de prática de infrações previstas na Lei Distrital nº 239/92, alterada pela Lei nº 953/95, os fiscais do atual DFTRANS (extinto Departamento Metropolitano de Transportes Urbanos – DMTU), os agentes do Departamento de Trânsito do Distrito Federal – DETRAN e os da Polícia Militar do Distrito Federal, sob a coordenação do primeiro, à luz do que dispõe o art. 28, §5º, dessa norma.

- Não obstante tenha o ato impugnado sido lavrado por agentes do DETRAN, detém o DFTRANS competência para rever a punição cominada à embargante.

- A despeito da presunção de legalidade intrínseca ao ato administrativo, conseguiu a recorrente afastá-la, uma vez que comprovou, por meio das declarações prestadas pelas pessoas presentes no interior do veículo no momento da aplicação da multa, não ser responsável pela prática de transporte irregular de passageiros, porquanto ausente qualquer finalidade remuneratória nessa conduta.

- A prática do transporte solidário (carona) não consubstancia crime ou ato ilícito previsto em nenhuma norma legal.

- Demonstrado que a embargante não cometeu a infração aludida, mostra-se ilegal a sua exclusão do certame licitatório, com supedâneo nesse fundamento. (TFDJ Processo 1998 01 1 003416-7). (grifamos)

Infelizmente, ainda é escassa a jurisprudência que se harmoniza às nossas ideias, contudo, conforme esposado no presente trabalho é grande a esperança que em breve os tribunais revejam sua jurisprudência, alinhando seu entendimento às garantias constitucionais.

5 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO?

O interesse público encontra-se nos princípios almejados pela lei 9.784/1999, em seu artigo 2º. Entretanto, tal interesse não pode ser compreendido como uma supremacia, que de acordo com o dicionário Aurélio⁹, significa: **1.** Superioridade, preeminência hegemonia. **2.** Poder supremo.

Se realmente desejamos uma sociedade igualitária, é inadmissível que se conceba uma posição de superioridade do interesse público sobre o interesse particular, vez que não pode existir relação hierárquica sobre princípios fundamentais, também previstos no artigo 2º da lei 9.784/1999, como o do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Daniel Sarmento (2005, *apud* GUEDES, 2007, p. 116), em obra específica sobre o tema, pondera que a presunção de legitimidade dos atos administrativos e sua imperatividade seriam, para a doutrina corrente, prerrogativas decorrentes dessa supremacia. Ao longo de sua abordagem, o Professor da UERJ defende que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular se apresenta incompatível com a Constituição de 1988, não servindo à solução de conflitos entre interesses privados e públicos. Para Sarmento, a solução desses conflitos requer sempre a aplicação do princípio da proporcionalidade, orientada pelos elementos do caso concreto.

De acordo com Demian Guedes (2007. p. 117/118):

Tal linha de argumentação, entretanto, não se apresenta compatível com o texto constitucional em vigor. Em primeiro lugar porque, lendo-se os incisos LV e LIV do artigo 5º da Constituição da República – consagradores dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos – tem-se que o processo administrativo constitui também garantia fundamental do particular, não podendo ser reduzido a um mero instrumento de facilitação da atividade estatal. A assimilação

⁹ Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, Editora Nova Fronteira.

expressa das garantias do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo, com referência no rol de direitos fundamentais constante do artigo 5º da Constituição – cláusula pétrea (artigo 60, § 4º, da CR) de eficácia imediata (artigo 5º, § 1º da CR)⁴²⁰ – demonstra a centralidade dessas garantias no ordenamento jurídico brasileiro, fato que inviabiliza o seu completo esvaziamento, em homenagem a possíveis benefícios econômicos ou práticos para a organização estatal.

As garantias processuais constitucionais do administrado não podem ser reduzidas por uma atividade administrativa autoritária, que se recusa a produzir prova de suas alegações, impondo intransponíveis ônus processuais ao cidadão que, a todo tempo, vê-se obrigado a provar fatos negativos diante de um processo sem provas.

(...)

Por outro lado, a noção de que seria possível uma compensação entre erros e acertos contraria não apenas a fundamentalidade das garantias prevista no artigo 5º da Constituição, mas também o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República (CR, artigo 1º, III). Cada indivíduo, considerado isoladamente, possui direitos constitucionalmente consagrados, não sendo viável seu sacrifício como instrumento da “otimização” das atividades do Poder Público. Assim como a sabedoria popular ensina que “um erro não justifica o outro”, na ótica humanista imposta pela Constituição, “acertos em favor de uns não justificam erros em desfavor de outros”, **não sendo possível admitir que o Estado sacrifique direitos fundamentais, mesmo sob o argumento de possíveis benefícios coletivos, pois se estaria fazendo do indivíduo instrumento da coletividade.** (grifamos)

Ressalte-se que não somos contra o princípio do interesse público. Muito pelo contrário, concordamos com ele. Apenas não consideramos que este interesse seja um princípio supremo, de modo a atropelar outros princípios de igual - se não maior - importância.

6 PROVA DIABÓLICA, PROVA NEGATIVA E TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

A seguir, uma breve análise acerca da produção de provas diabólicas, de provas negativas e da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

6.1 Provas Diabólicas e de Fatos Negativos

Prova diabólica é aquela impossível ou intensamente difícil de ser produzida, o que pode, inclusive, impossibilitar a ampla defesa. De acordo com a lição de Cândido Rangel Dinamarco (2001, *apud* GUEDES, 2007, p. 75):

Nunca os encargos probatórios devem ser tão pesados para uma das partes, que cheguem a ponto de dificultar excessivamente a defesa de seus possíveis direitos. As presunções, quando estabelecidas por lei, servem à facilitação do acesso à justiça, em favor da parte mais fraca. Jamais elas devem ser utilizadas para estabelecer injustificadas e genéricas posições de vantagem para as partes envolvidas na relação processual.

Na mesma esteira, ensina Leonardo Greco (*apud* Guedes, 2007, p. 76):

Mas a parte não pode ter dificultado o seu acesso à tutela jurisdicional em razão da dificuldade de produzir prova dos fatos que a ela interessam, em razão de regras que distribuem o ônus da prova. A doutrina e a jurisprudência vêm aconselhando, nesses casos, a inversão do ônus da prova, como meio de restabelecer o equilíbrio entre as partes no acesso à tutela jurisdicional efetiva, repudiando as provas diabólicas ou de produção impossível, que põem uma das partes em indevida posição de vantagem, incompatível com a garantia do contraditório. Esse direito à prova não pode ser desvirtuado por ficções ou presunções jurídicas absolutas, nem tornar o acesso à prova excessivamente difícil ou impossível através de presunções legais, ainda que relativas.

A produção de provas negativas deixa o administrado em franca desvantagem, pois há casos em que não há como demonstrar que o fato alegado pela administração não ocorreu.

Lúcia Valle Figueiredo (2001, *apud* GUEDES, p. 76/77) lembra que em diversos casos é impossível ao administrado provar que determinada infração não ocorreu, pois a prova seria de fato negativo. Assim, a Autora entende que o encargo probatório do ilícito administrativo deve recair sobre a Administração, em decorrência também dos princípios do contraditório e da ampla defesa

Reproduzimos adiante (FIG. 1) um auto de infração por transgressão ao artigo 208 do Código de Trânsito Brasileiro, que conforme os artigos 258 e 259 também do CTB, resultaria em uma punição com multa de valor de 180 (cento e oitenta) UFIR, o que corresponde a R\$191,54 (cento e noventa e um reais e cinquenta e quatro centavos) e ainda, sete pontos na carteira do motorista infrator:

CONVÊNIO GOVERNO DO ESTADO / MUNICÍPIO	
AUTO DE INFRAÇÃO DE TRÂNSITO - AIT	
PLACA	01 IDENTIFICAÇÃO DA AUTUAÇÃO
A A A A 0 0 0 0 0 0	CÓDIGO DO ÓRGÃO AUTUADOR IDENTIFICAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO
B B B B 1 1 1 1 1 1	247330 L U O U 714489
C C C C 2 2 2 2 2 2	02 IDENTIFICAÇÃO DO VEÍCULO
D D D D 3 3 3 3 3 3	PLACA PAÍS
E E E E 4 4 4 4 4 4	H J T 6 3 6 6 B R
F F F F 5 5 5 5 5 5	CHASSI
G G G G 6 6 6 6 6 6	MARCA MODELO
H H H H 7 7 7 7 7 7	GM CORSA
I I I I 8 8 8 8 8 8	ESPÉCIE <input checked="" type="checkbox"/> PASSAGEIRO <input type="checkbox"/> CARGA <input type="checkbox"/> MISTO <input type="checkbox"/> COMPETIÇÃO
J J J J 9 9 9 9 9 9	<input type="checkbox"/> TRAÇÃO <input type="checkbox"/> ESPECIAL <input type="checkbox"/> COLEÇÃO
K K K K 0 0 0 0 0 0	03 IDENTIFICAÇÃO DO CONDUTOR
L L L L 1 1 1 1 1 1	NOME
M M M M 2 2 2 2 2 2	NÚMERO DO REGISTRO CNH OU PERMISSÃO
N N N N 3 3 3 3 3 3	CPF
O O O O 4 4 4 4 4 4	04 IDENTIFICAÇÃO DO LOCAL, DATA E HORA DO COMETIMENTO DA INFRAÇÃO
P P P P 5 5 5 5 5 5	LOCAL DA INFRAÇÃO (RUA, AV, RODOVIA)
Q Q Q Q 6 6 6 6 6 6	LIM DEPENDÊNCIA A CIRCUITAMENTO
R R R R 7 7 7 7 7 7	COM ESPILHAMENTO SIAMTIO
S S S S 8 8 8 8 8 8	Nº / Km <input type="checkbox"/> OPOSTO
T T T T 9 9 9 9 9 9	BAIRRO
U U U U 0 0 0 0 0 0	CENTRO
V V V V 1 1 1 1 1 1	DATA Dia Mês Ano HORA CÓDIGO DO MUNICÍPIO NOME DO MUNICÍPIO
W W W W 2 2 2 2 2 2	03 09 20 11 02 13 00 01 47 33 Juiz de Fora - MG
X X X X 3 3 3 3 3 3	05 TIPIFICAÇÃO DA INFRAÇÃO
Y Y Y Y 4 4 4 4 4 4	CÓDIGO / desdobramento
Z Z Z Z 5 5 5 5 5 5	6 1 0 5 1 0 1 1
AA AA 6 6 6 6 6 6	DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO
AB AB 7 7 7 7 7 7	AVANÇAR O SINAL VER-
AC AC 8 8 8 8 8 8	MELHO DO SEMAFORO. NÃO FOI POSSÍVEL
AD AD 9 9 9 9 9 9	ABORDAR O CONDUTOR.
AE AE 0 0 0 0 0 0	EQUIPAMENTO / INSTRUMENTO DE AFERIÇÃO UTILIZADO
AF AF 1 1 1 1 1 1	Medição Realizada Limite Regulamentado Valor Considerado
AG AG 2 2 2 2 2 2	OBSERVAÇÕES
AH AH 3 3 3 3 3 3	O VEÍCULO AVANÇOU O SINAL VER-
AI AI 4 4 4 4 4 4	MELHO DO SEMAFORO. NÃO FOI POSSÍVEL
AJ AJ 5 5 5 5 5 5	ABORDAR O CONDUTOR.
AK AK 6 6 6 6 6 6	06 PROCEDIMENTO / MEDIDA ADMINISTRATIVA APRESENTAR-SE A:
AL AL 7 7 7 7 7 7	<input type="checkbox"/> REMOÇÃO <input type="checkbox"/> RECONHECIMENTO <input type="checkbox"/> TESTE ALCOLEMIA <input type="checkbox"/> RETENÇÃO <input type="checkbox"/> PREFEIT <input type="checkbox"/> DETRAN DATA MÁXIMA DE APRESENTAÇÃO
AM AM 8 8 8 8 8 8	<input type="checkbox"/> CNH ou PD. <input type="checkbox"/> CRV Nº <input type="checkbox"/> CRV Nº <input type="checkbox"/> VEÍCULO
AN AN 9 9 9 9 9 9	07 IDENTIFICAÇÃO DA AUTORIDADE OU AGENTE AUTUADOR
AO AO 0 0 0 0 0 0	Nº DE IDENTIFICAÇÃO ASSINATURA
AP AP 1 1 1 1 1 1	1318910106
AQ AQ 2 2 2 2 2 2	08 ASSINATURA DO INFRATOR
AR AR 3 3 3 3 3 3	ASSINATURA <input type="checkbox"/> NÃO ASSINOU <input type="checkbox"/> RECUSOU-SE A ASSINAR

"Diga não às multas. Respeite as Leis de Trânsito."

Como se percebe, o auto de infração é uma declaração unilateral de um agente de trânsito que se limita a descrever a infração, sem nenhum embasamento probatório. Assim como qualquer ser humano, o agente de trânsito pode se equivocar ao anota a placa do veículo, deixando o verdadeiro infrator impune enquanto um inocente deverá produzir uma prova de que não estava dirigindo seu veículo no horário e local descritos.

Como provar, por exemplo, que o cidadão que dirigia sozinho o seu veículo não deixou de utilizar o cinto de segurança, pois o auto de infração foi fruto de uma falha visual do agente que o lavrou?

Por esta razão defendemos que a administração deveria se utilizar do diversos meio tecnológicos disponíveis atualmente para produzir provas dos fatos alegados, mesmo porque nos dias de hoje vários equipamentos de vídeo-gravação podem ser adquiridos por baixo custo.

Nesse passo, é importante notar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já conta com precedentes que apontam para a impossibilidade de se impor ao administrado o ônus de comprovar a ocorrência de fatos negativos para livrar-se de sanções, como neste julgado em que a Delegacia Regional do Trabalho aplicou multa na empresa Placas do Paraná S/A pelo descumprimento do art. 630, §§ 3º e 4º, da CLT, condenando-a pela ausência de apresentação de documento comprobatório de pagamento de horas-extras. Entretanto, a empresa alega que a jornada diária de 8 (oito) horas ininterruptas é autorizada por acordo coletivo de trabalho, motivo pelo qual não possui a comprovação do pagamento do trabalho extraordinário, porquanto este nunca foi realizado. Ou seja, não havia como a empresa apresentar documentos comprobatórios de horas extras se as mesmas nunca ocorreram.

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MULTA POR INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRABALHISTA. EXEGESE DOS §§ 3º E 4º, DO ART. 630, DA CLT. **COMPROVAÇÃO DE FATO NEGATIVO PELO DEMANDADO. IMPOSSIBILIDADE.** NECESSÁRIO REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N.º 07/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. INEXISTÊNCIA.

(...)

2. Afirmando o empregador a inexistência de horas extraordinárias de trabalho, não há como lhe exigir a comprovação dos documentos inerentes aos seu pagamento.

3. Discordando a Administração Pública da suposta jornada dita extraordinária, cumpre-lhe comprovar a infração à legislação trabalhista, constituindo o crédito inerente à sanção mediante a comprovação da ilegalidade, posto competir ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito.

4. Assentando o empregador a inexistência de horas-extras, a fortiori, implica afirmar que não há nada pagar e conseqüentemente documentos comprobatórios desse pagamento.

5. A autoridade somente poderia lavrar multa pela infração em si, quanto à ausência de pagamento pela jornada extraordinária, à luz da comprovação de sua existência pela entidade autuante e do respectivo inadimplemento.

6. Deveras, a existência da efetiva ocorrência da jornada extraordinária é matéria aferível nas instâncias ordinárias em face da cognição restrita do E. STJ.

7. Recurso especial não conhecido" (STJ, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, RESP nº 529176/PR).(grifamos).

Assim sendo, quando a produção da prova for demasiadamente difícil, ou impossível, deve-se lançar mão da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, conforme veremos a seguir.

6.2 – Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova

O Estado, ao avocar para si a função jurisdicional, passou a ter a obrigação de julgar a lide, pondo termo ao processo, pois não pode deixar de sentenciar sob a alegação de que se encontra diante da insuficiência de provas (vedação do *non liquet*). Assim, a regra do ônus da prova permite que o juiz, na dúvida, defina o mérito em desfavor da parte que teria o fardo de produzir a prova. Ressalta-se, porém, que esta dúvida pode - e deve - ser sanada de ofício, conforme o disposto do artigo 130 do CPC¹⁰.

O artigo 333 do CPC adotou a teoria estática de distribuição do ônus da prova, segundo a qual incumbe ao autor o ônus da prova quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu quanto à existência de fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor.

¹⁰ Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Contudo, nem sempre este será o processo mais adequado, visto que não raras vezes a parte que teria mais condições de produzir a prova se manterá inerte, valendo-se dessa prerrogativa.

A doutrina das cargas probatórias dinâmicas consiste, em poucas palavras, na imposição da prova à parte em melhores condições de produzi-la de acordo com as características do caso concreto, independentemente de sua posição de autor ou réu e também de ter alegado ou não o fato. De acordo com Débora de Oliveira Ribeiro (*apud* NASCIMENTO, 2009, p. 31):

(1) As partes não tem direito de permanecer absolutamente inertes no processo, fundando-se em meras negativas das alegações contrárias; (2) a carga da prova pode recair sobre o autor ou réu segundo as circunstâncias do caso e a situação processual das partes; (3) a carga da prova não depende apenas da a; legação de um fato, mas também da possibilidade de produção da prova; (4) impõe-se a prova à parte que se encontre em melhores condições de produzi-la, independente de sua condição de autor ou réu; e (5) a superioridade técnica, a situação de prevalência ou de maior aptidão probatória de uma das partes ou a natureza complexa do fato podem gerar a inversão da carga probatória à parte que se encontra em melhores condições de provar.

Arremata Durval Carneiro Neto (2008, p. 387):

Não pode assim, alegando presunção de legitimidade do ato administrativo, o juiz conferir ao administrado esse ônus de forma prévia. O administrado, nesse caso, não teria do que dispor para se defender. A adequada distribuição do ônus da prova nos litígios administrativos deve sopesar a presunção de legitimidade com a verificação, no caso concreto, de uma maior aptidão da Administração para a produção das provas necessárias, evitando-se, com isso, que se faça recair sobre o administrado o fardo de nada dispor para poder defender-se.

Nessa ordem de idéias, Gian Antonio Micheli (1989, *apud* GUEDES, 2007, p. 103) afirma que o julgamento administrativo não deve distribuir o ônus probatório sem atenção à proximidade das partes com a prova e sua possibilidade de produzi-la. Deve ser aplicado, portanto, o princípio da disponibilidade ou facilidade da prova. Quer dizer: não constando dos autos qualquer prova que garanta a certeza dos fatos apontados no processo, deve o julgador administrativo analisar qual das partes - o particular ou a

Administração - estaria em melhores condições de produzi-la, fazendo contra esta pender o ônus probatório.

Juan Montero Aroca (1979, *apud* GUEDES, 2007, p. 103/104) inclui no referido princípio a possibilidade de se impor o ônus probatório à parte que tem melhores condições de produzir a prova, ou dela está mais próxima, independentemente de os fatos alegados lhe serem favoráveis ou não.

É importante mencionar que a comissão de juristas nomeada pelo Senado e presidida pelo Ministro Luiz Fux, para a elaboração de um novo Código de Processo Civil, aponta para mudanças quanto à distribuição do ônus da prova, conforme se depreende do artigo 262 do referido anteprojeto¹¹:

Art. 262. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 261, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.

Outro anteprojeto de suma importância quando à produção das provas é o de Processos Coletivos, que ao que tudo indica, também trará importantes regras de distribuição do ônus da prova.

A jurisprudência também já reconheceu em alguns julgados a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, sobretudo no Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Vejamos:

Não viola regra sobre a prova o acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação de culpa dos réus. (STJ – Resp 69.309/SC) (grifamos)

¹¹ Disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>.

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. ausência do contrato objeto da pretendida revisão.

Caso em que o contrato objeto da pretensão revisional não veio aos autos, ônus que cabia à instituição financeira, pela observância ao princípio da carga dinâmica da prova. Inteligência, ainda, do artigo 355 do CPC. (TJRS APELAÇÃO CÍVEL Nº 70017420225)(grifamos)

Assistência judiciária GRATUITA. Impugnação julgada procedente. ausência de PROVA DA hipossuficiência. alusão à garantia constitucional. aplicação da teoria da distribuição dinâmica da prova. Mantém-se o decreto judicial que acolhe a impugnação à gratuidade judiciária, quando o impugnado deixa de comprovar com suficiência sua impossibilidade em atender os ônus do processo e os elementos colacionados aos autos evidenciam a potencia financeira dos litigantes.

A garantia constitucional que assegura o benefício da assistência jurídica integral e gratuita exige, além da simples “afirmação” da pobreza”, também a “comprovação” da hipossuficiência de recursos (CF, art. 5º, LXXIV), o que enseja a discricionariedade judicial em sua avaliação.

Cabe ao requerente, assim, como parte mais habilitada, cumprir a demonstração, em respeito à “teoria da distribuição dinâmica da prova”, fornecendo todos os elementos de convicção que persuadam sobre alegada hipossuficiência. (TJRS – APELAÇÃO CÍVEL Nº 70010284180)(grifamos).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REVISIONAL. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. FALTA DE PEÇA NECESSÁRIA. - Verifica-se que o agravante, embora afirme não possuir cópia do contrato firmado entre as partes, não trouxe qualquer outro documento para comprovar o alegado, isto é, a exigência de valores indevidos. Não se pode, assim, verificar a probabilidade da existência do direito alegado pelo autor/gravante. Trata-se, assim, relativamente as tutelas pleiteadas, de agravo de instrumento mal instruído, visto que não juntadas peças necessárias. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO - No caso em exame, o agravante, fundando a pretensão no Código de Defesa do Consumidor, faz pedido exibição de documentos e inversão do ônus da prova. - Não se trata, aqui, de inverter do ônus da prova, como deixou assentado o eminente Des. Márcio Borges Fortes, quando do julgamento dos AI ns. 598 194 579 e 598 304 681, mas de aplicação do princípio da carga dinâmica da prova, pela qual está incumbida à parte que maior facilidade tem de produzi-la em Juízo. AGRAVO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA PARTE, PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70003136942, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa, Julgado em 26/02/2002)

Destarte, percebe-se que a teria em epígrafe comporta perfeita aplicação no ordenamento pátrio, necessitando realmente de uma norma que a positive.

CONCLUSÃO

Podemos concluir, portanto, que assim como não se coaduna com o Estado Democrático de Direito o princípio da “verdade sabida”, também é inaceitável que sejam atribuídas presunções que dificultem sobremaneira a ampla defesa dos acusados em processos administrativos.

Não é segredo que a Administração pública é uma litigante habitual, recusando-se a reconhecer direitos espontaneamente e esgotando todos os meios de recursos para protelar o cumprimento de decisões judiciais.

Portanto, cabe aos litigantes buscar o reconhecimento de seus direitos em juízo, que, por sua vez, não deve rejeitar, *prima facie*, as alegações do particular, baseando sua decisão exclusivamente nas prerrogativas da Administração Pública, como vem fazendo.

É inconcebível que após todos estes anos de redemocratização e constitucionalização do direito administrativo, continuemos a conviver com os antigos institutos arcaicos, que não espelham os anseios do constituinte, muito menos dos cidadãos em geral.

O lado bom é que, conforme se demonstrou alhures, há perspectivas de mudanças do cenário atual, não só pelas ideias doutrinárias que vem surgindo, mas também pelos primeiros passos dados pela jurisprudência.

Nesse diapasão, impõe-se nova interpretação à presunção de legitimidade dos atos administrativos para espantar, de uma vez por todas o fantasma da inversão do ônus da prova nos processos administrativos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CORDEIRO, Thaís Matallo. **Presunção Relativa de Legitimidade dos Atos da Administração Pública. Descabimento das multas administrativas/autos de infração quando houver a impossibilidade de produção de prova negativa pelos administrados**. Disponível em: http://www.siqueiracastro.com.br/informe/ijuesp_online/html_ijuesp3_13.html. Acesso em 24 de novembro de 2010.

DALLARI, Adilson de Abreu e Ferraz, Sérgio. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001;

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª. ed. 2ª. reimp. São Paulo: Atlas, 2009.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 14ª. ed. São Paulo: Editora araiva, 2009.

GUEDES, Demian. **Processo Administrativo e Democracia: uma reavaliação da presunção de veracidade**. Belo Horizonte: Fórum; 2007.

_____, **A presunção de veracidade dos atos da Administração Pública e o Processo Administrativo: o dever de fiscalizar provando**. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=784 . Acesso em 24 de novembro de 2010.

_____, **A presunção de veracidade e o estado democrático de direito: uma reavaliação que se impõe**. Disponível em:

http://www.bmalaw.com.br/nova_internet/arquivos/Artigos/PresvereEstadodeDireito.pdf. Acesso em 24 de novembro de 2010.

HERNANDEZ, Ary César. **O contraditório e a ampla defesa no processo Administrativo**. Disponível em <http://www.justitia.com.br/artigos/7b7d83.pdf>. Acesso em 24 de novembro de 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil v. 2. 7ª. ed.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lope. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

NASCIMENTO, Felipe Santos. **Presunção de legitimidade dos atos administrativos e o mito da inversão do ônus da prova**. 2009. 41 f. Monografia – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, Minas Gerais, 2009.

NETO, Durval Carneiro. **Processo, jurisdição e ônus da prova no direito administrativo**. Bahia, Ed. Jus Podivm, 2008.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato Administrativo**. 5ª. Ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

PINTO, Rafael Marques de Jesus. **A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro**. 2010. 50 f. Monografia – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, Minas Gerais, 2010.