

O ônus da prova no processo administrativo

The burden of proof in the administrative process

BRUNO NUNES DOS REIS
LUIZ CARLOS FIGUEIRA DE MELO

Resumo: O sistema probatório é um dos mais importantes na realização processual conforme as normas jurídicas. É o ponto-base para uma decisão que se ampare na verdade e na realização da justiça. Por isso, adotar regras fixas e inalteráveis pode se tornar um óbice à concretização dos princípios constitucionais. O direito à prova no processo administrativo é consagrado no ordenamento jurídico pátrio, seguindo as mesmas regras civis. Mas verificando a disparidade entre Administração Pública e cidadão, percebe-se que não se pode enrijecer a sistemática probatória, sob pena de ferir o princípio da igualdade. Dessa forma, busca-se avaliar a inversão do ônus da prova no processo administrativo decorrente da presunção de veracidade dos atos da Administração Pública, tendo o processo administrativo como foco principal.

Palavras-chave: Processo administrativo; ônus da prova; presunção de veracidade; atos administrativos

Abstract: The evidence system is one of the most important in the implementation process, according to legal standards. It is the base point for a decision that is supported in truth and in the achievement of justice. Therefore, adopting fixed and unchanging rules can become an obstacle to the implementation of constitutional principles. The right to evidence in the administrative process is enshrined in the legal vernacular, following the same civil rules. But noting the disparity between government and citizens, we find that you can not stiffen the systematic evidence, with the risk of hurting the principle of equality. Thus, we attempt to assess the reversal of the burden of proof in administrative proceedings arising from the presumption of truth of the acts of government, having the administrative process as a main focus.

Keywords: administrative process; burden of proof; presumption of truth; administrative acts.

Considerações Preliminares

O Direito Administrativo teve seu foco voltado por muito tempo para o ato administrativo. Este se revestia de toda a forma de poder e demonstrava a força da Administração Pública. Sua fiscalização e avaliação não tendo efetividade propiciam um arcabouço de atitudes fraudulentas e desrespeitosas com o cidadão.

A ordem jurídica instaurada com a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 mudou esse panorama, ao construir bases sólidas sobre as quais a Administração Pública deve se fundar, respeitando os direitos individuais e a separação de Poderes. Os poderes administrativos não foram retirados, porém, necessitam de se compatibili-

zar com outras formas de expressão do Estado Democrático de Direito, inclusive a fiscalização dos seus atos pelos Poderes Legislativo e Judiciário.

Dessa forma, a diretriz principal do Direito Administrativo desconcentra-se do ato administrativo e se amplia a importância do processo administrativo. Este é uma forma de expressão dessa nova ordem jurídica determinada pela Constituição Federal, pois permite maior controle e gestão sobre os atos da Administração, sem, contudo, retirar-lhe a autonomia de agir.

O processo administrativo é um instrumento importantíssimo para a realização dos direitos e garantias do cidadão frente à Administração Pública. Constitui um conjunto de procedimentos a serem adotados pelas partes, de forma a conferir publicidade e segurança a elas, obedecendo às normas impostas.

Com a efetivação da importância do processo administrativo, surgem algumas questões novas que merecem debate e pesquisa; afinal, trata-se de um processo peculiar, que não pode obedecer fielmente às outras normas processuais que não tiveram como alvo a relação entre Administração Pública e cidadão. Uma dessas questões é o ônus da prova. A codificação civil prescreve uma regra para a distribuição do ônus da prova que até então é usada na seara administrativa, o que não deve ocorrer.

1. O direito à prova no processo administrativo

O processo administrativo, tendo como parâmetro o federal, regido pela Lei nº 9.784/99, assim como o processo judicial, tem no direito à prova um de seus postulados de maior importância. A garantia é constitucional, determinada no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, e repetida na Lei de Processo Administrativo em diversas passagens, como o art. 2º, inciso III; art. 36; art. 37; dentre outros.

Essa garantia abarca não só o direito do interessado em realizar a produção de provas, mas também de ter as alegações contra ele formuladas, provadas, o que significa uma maior aproximação da Administração Pública com o administrado, bem como o aumento da proteção dos interesses deste, frente ao poderio estatal.

Visualiza-se uma maior atenção ao administrado e suas garantias frente ao Poder Público, deixando o processo administrativo de dar foco apenas na própria Administração e no ato administrativo (GUEDES, 2007, p. 49).

A prova tem um sentido objetivo, qual seja, demonstrar o fato e sua veracidade; e um subjetivo, de convencer o interlocutor a quem a prova é destinada de que se trata de prova confiável, digna de credibilidade.

Porém, esse direito à prova do administrado deve obedecer a dois critérios. O primeiro é que a prova deve ser produzida dentro de um processo administrativo, que obedeça aos requisitos do devido processo legal.

O fato de haver situações de urgência a reclamar pronta atuação estatal não significa que não se deva adotar um devido processo legal, que seja adequado a tais situações, pois a urgência jamais poderia justificar o cometimento de arbitrariedades (NETO, 2008, p. 46).

O segundo critério a ser observado é a necessidade e utilidade da prova. Ou seja, a prova a ser produzida deve ser apta a demonstrar as alegações de seu formulador. Dessa forma, só admite a Lei de Processo Administrativo que sejam recusadas as provas propostas quando ilícitas, impertinentes, desnecessárias e protelatórias (art. 38, § 2º). Exige o dispositivo decisão fundamentada para a recusa desse tipo de provas.

Sendo o direito à prova uma garantia inerente ao contraditório e ampla defesa, Ada Pellegrini Grinover ensina:

Na relação entre contraditório e prova, aquele emerge como verdadeira condição de eficácia desta. Conforme já tive oportunidade de assinalar, tanto será viciada a prova colhida sem a presença do juiz, quanto aquela colhida sem a presença das partes. Daí, inclusive, poder afirmar-se que, ao menos em princípio, não tem eficácia probatória os elementos informativos se a respectiva colheita não contar com a possibilidade real e efetiva de participação dos interessados, em relação aos quais se pretende editar provimento de caráter vinculante e cuja esfera jurídica possa vir a ser atingida (GRINOVER, 2006, p. 8).

Na mesma esteira da doutrina, a jurisprudência tem evidenciado a necessidade de se garantir a ampla defesa e o contraditório dos participantes do processo administrativo por meio da produção de provas. Assim se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

O art. 5º, LV da CF ampliou o direito de defesa dos litigantes, para assegurar, em processo judicial e administrativo, aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Cumpre ao Poder Judiciário, sem que tenha que apreciar necessariamente o mérito administrativo e examinar fatos e provas, exercer o controle jurisdicional do cumprimento desses princípios (BRASIL, STF. RMS 24.823/DF, 2.T, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU 19.05.2006).

Ante o exposto, é possível observar a indispensabilidade de efetivar a ampla defesa e o contraditório por meio da produção de provas por parte do administrado e também da Administração.

2. O ônus da prova

Primeiramente, com o intuito de zelar pela pureza conceitual, é satisfatório distinguir ônus, obrigação e faculdade. A obrigação impõe um dever à pessoa, tendo como consequência de sua não realização uma sanção direta, como no caso do art. 267, II, do Código de Processo Civil. Já o ônus não tem como consequência uma sanção direta pelo seu descumprimento, e sim indireta. Quando não cumprido, há a sujeição quanto aos prejuízos que daí pode advir.

Também não se deve confundir o ônus com a faculdade. Esta dá margem a uma discricionariedade do sujeito, sem que se comine a ele uma sanção, mesmo que indireta.

ta. Se optar por realizar a faculdade, ele busca aumentar suas chances de ver a questão decidida a seu favor; se não a realiza, não sofre penalização, apenas deixa de receber um benefício. É exemplo de faculdade o chamamento ao processo, constante no art. 77 do CPC.

O ônus da prova é a determinação que a parte tem de demonstrar por meio de provas a veracidade e os fundamentos de suas alegações, sob pena de arcar com a sucumbência. A atribuição do ônus da prova no processo administrativo é de relevância clara, visto que é com base nas provas que o julgador deve decidir. Não pode ele simplesmente levar em conta a sua consciência, pois isto fere diretamente o princípio da motivação elencado no art. 2º da Lei n.º 9.784/99. É o ensinamento de Fabiana Del Padre Tomé:

O critério do livre convencimento, considerado em sua acepção técnica, confere liberdade total a quem decide, permitindo que este julgue até mesmo contra as provas dos autos. Não é esse, entretanto, o sistema adotado pelo direito positivo brasileiro, quer na esfera judicial, quer na administrativa. O critério eleito é o da persuasão racional, que não impõe valores tarifados na apreciação de provas, conferindo certa margem de liberdade para decidir, mas exige que esta se dê em consonância com o conjunto probatório constante no processo (TOMÉ, 2005, p. 238).

A regra básica é que o ônus da prova cabe a quem alegou. É o que dispõe o art. 333, I, do CPC e o art. 36 da Lei de Processo Administrativo. Mesmo que esta lei abra uma pequena brecha à regra em seu art. 37, dispondo que a Administração deverá prover de ofício os documentos probatórios que estejam em seu poder, no início do artigo se vê a necessidade de o interessado provocar o órgão para que este obtenha o documento.

2.1. O ônus da prova e o princípio da verdade material

O princípio da verdade material também é consagrado na Lei do Processo Administrativo, como forma de eficiência e legalidade da Administração Pública. Segundo Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, “no processo administrativo o julgador deve sempre buscar a verdade, ainda que, para isso, tenha que se valer de outros elementos além daqueles trazidos aos autos pelos interessados” (FERRAZ & DALLARI, 2007, p. 109).

Esse princípio impõe algumas peculiaridades ao processo administrativo, como: a maior liberdade instrutória por parte do julgador, não sendo inerte à apresentação promovida pelas partes, mas participando ativamente da coleta de provas e da verificação da realidade dos fatos alegados; não se pode falar em confissão ficta ou revelia, até a confissão do particular não é suficiente para dispensar um mínimo probatório necessário à decisão do processo, para comprovar a verdade (ibidem, p. 110).

Porém, a busca da verdade no processo não pode ser sem limites e absoluta. Deve ela obedecer à legalidade e se fazer dentro dos parâmetros processuais. Assim,

com vistas a limitar a atuação inquisitiva da Administração Pública é que a Lei n.º 9.784/99 exige a motivação nas decisões (art. 2.º) e veda a prova ilícita (art. 30), dentre outros. Ou seja, “intervém as regras de direito, colocando um ponto final no procedimento da busca da verdade, limitando-o mediante a imposição de prazos e condições à revisão da decisão proferida” (TOMÉ, *Op. cit.*, p. 195).

Qual a relação do princípio da verdade material com a atribuição do ônus da prova é a pergunta que deve ser esclarecida. Afinal, se o interessado não tiver condições de realizar ampla apresentação probatória, deve a Administração se substituir no lugar dele e realizar todos os atos necessários? A resposta não é simples nem pacífica.

A atribuição do ônus da prova a quem é autor do pedido é uma relação lógica, que acerta no sentido de impedir que o sujeito passivo tenha que provar todos os seus atos simplesmente por ter havido uma alegação de outrem. Porém, esta não é a única forma de distribuição do *ônus probandi*, apesar de ser a principal. Na fixação do encargo de provar:

Ficará a critério político do legislador optar entre fixar previamente mecanismos rígidos ou facultar ao aplicador a possibilidade de definição segundo as peculiaridades de cada situação concreta (...), não existe um parâmetro natural de incidência do ônus da prova ou um critério logicamente uniforme na definição das regras de distribuição (NETO, *Op. cit.* p. 107-110).

Assim, o legislador brasileiro optou pela regra do art. 333, I, do CPC, mas nada impede outras escolhas, a exemplo do art. 6, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), que determina a inversão do ônus da prova em favor do consumidor quando, “a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”.

A disposição contida no CDC justifica-se quando se leva em consideração a diferença de poderes, especialmente econômicos, do empresário frente ao consumidor. Visualiza-se também na relação entre Administração Pública – administrado uma disparidade de poder sensível, até maior do que na relação de consumo. E frente a essa diferença, não deve ser absoluta a distribuição do ônus da prova conforme a regra básica do art. 36 da Lei n.º 9.784/99.

Estando os particulares sujeitos à imperatividade da atuação administrativa e aos ritos unilateralmente escolhidos e empregados pelos agentes públicos (mormente nos casos em que atua com considerável margem de discricionariedade), cabe à Administração zelar também pelos interesses comprobatórios dos administrados (NETO, *Op. cit.* p. 111).

Não se trata de deixar o administrado esperando que o Poder Público realize todos os atos, afinal, também há interesse daquele na resolução da questão. O que se pretende é uma imposição à Administração Pública de uma “atividade probatória mais

ativa, suficiente à demonstração dos fatos que fundamentam sua atuação restritiva de direitos individuais” (GUEDES, 2006, p. 112).

Essa posição se mostra coerente com o princípio da verdade material. Independentemente de litígio, a verdade real deve ser perseguida (SANTOS, 2006, p. 84). Visto que no processo administrativo, o distanciamento da verdade material “implica na adoção de medidas ilícitas, dúbias e incertas, situação incompatível com a certeza constitucionalmente exigida para a atuação estatal” (CREUZ, 2006, p. 26). Em que pese a coerência e a legitimidade do pensamento dos citados autores, não se deve deixar de lembrar que a busca pela verdade real está pautada e limitada por parâmetros legais positivados e principiológicos, a exemplo dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tratados a seguir.

2.2. Ônus da prova e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade

Os dois princípios em tela também estão elencados no art. 2.º da Lei de Processo Administrativo como de obediência obrigatória da administração Pública. Segundo a lição de José dos Santos Carvalho Filho, a razoabilidade é aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor permitam dispor de forma diversa. O que se deve reconhecer é que a atuação se situou dentro de *stantards* de aceitabilidade. Não pode o julgador substituir a valoração do administrador; deve verificar apenas sua legalidade dentro dos parâmetros deste e de outros princípios (CARVALHO FILHO, 2008. p. 31).

Segundo o mesmo autor, a proporcionalidade significa a adequação entre o fim objetivado e os meios utilizados. “Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação realmente reclama a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos” (Ibidem. p. 33). É forma de controle da atuação administrativa, tanto pela própria Administração Pública quanto pelo Judiciário.

Quando se refere ao encargo probatório, os princípios em questão se aplicam para o julgador avaliar o caso concreto e verificar quem pode de forma mais efetiva realizar o exercício de provar. Neste sentido, cabe aqui transcrever a lição de Ivana Maria Airasca:

Frente à dificuldade demonstrativa de certos fatos, é dizer, frente a determinados fatos cuja prova resulta muito difícil ou praticamente impossível, ou de muito difícil acesso à parte que deve apresentá-la em princípio, segundo as regras clássicas de distribuição do ônus da prova, se atenua o rigor probatório, fundado precisamente na dificuldade de obter dita prova, e para atenuar a improba tarefa de produzir o que a doutrina chama de “provas diabólicas”, a fim de não colocar a parte num estado de total indefesa por não poder obter determinadas provas e deixá-la sem nenhuma chance de êxito na solução do pleito (AIRASCA, in: PEYRANO, 2004. p. 133, apud NETO, Durval. *Op. cit.*, p. 139).

Dessa forma, verificando o caso concreto, o julgador analisa se certos fatos nar-

rados merecem ser comprovados pela própria Administração no lugar do particular, seja pela insuficiência deste, seja pela melhor disponibilidade daquela para a realização. O proceder está amparado também pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade quanto pela verdade material. Um exemplo de razoabilidade no texto da Lei de Processo Administrativo é o art. 37, que atribui o ônus de o órgão administrativo julgador obter de ofício os documentos probatórios que se encontram em poder da própria Administração Pública.

3. A presunção de veracidade dos atos administrativos e sua relação com o ônus da prova

A terminologia utilizada para se referir à presunção de que os atos emanados do Poder Público estão em conformidade com a lei e a realidade não é pacífica. Outros termos usados são: presunção de legitimidade, presunção de legalidade e até fé pública. É oportuno destacar que esta última expressão destoa completamente do objeto analisado. Fé pública é o atributo do ato notarial, determinando que a vontade ou o objeto por ele reconhecido é verdadeiro. A força verídica da fé pública é maior do que a da presunção e tem objetivos diferentes: a primeira pretende demonstrar a veracidade para terceiros, enquanto a presunção objetiva permitir a autoexecutoriedade do ato administrativo.

Será utilizada no trabalho a expressão presunção de veracidade, por ser tida como a mais adequada, se referindo especificamente à presunção de acerto dos fatos descritos e apontados como motivadores do ato. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a presunção de veracidade diz respeito aos fatos” (DI PIETRO, 2008, p. 187). Não obstante, é mantida a nomenclatura utilizada por outros autores que aqui são citados.

A presunção de veracidade é um atributo do ato administrativo. Decorre da própria essência da função administrativa, que não pode necessitar de autorização de outro Poder para realizar seus objetivos. Também fundamenta-se na defesa do interesse público, visto que este não poderia ser prejudicado por um interesse particular conflitivo. No mesmo argumento da defesa do interesse público se justifica a continuidade do serviço público, que carece da presunção de veracidade sobre seus atos, pois se assim não fosse, qualquer impugnação suspenderia a eficácia do ato, prejudicando o dever com a sociedade.

Ocorre que após a Constituição Federal de 1988 e a maior atenção aos direitos e garantias fundamentais e ao Estado Democrático de Direito, alguns aspectos da presunção de veracidade dos atos administrativos vêm sendo questionados, e um deles, que será tratado neste trabalho, é o ônus da prova.

O posicionamento doutrinário mais antigo sempre foi no sentido de que a presunção de veracidade dos atos da Administração Pública transfere ao particular não apenas o ônus de impugná-lo, mas também o de fazer prova de sua invalidade ou inveracidade (GUEDES, *Op. cit.*, p. 103).

Porém, esse pensamento vem sofrendo críticas, por não ser compatível com a atual ordem constitucional. Para essa doutrina, a presunção de veracidade cessa diante do seu questionamento ou impugnação. Assim sendo, caberia à Administração provar suas alegações ou os motivos dos seus atos, ocorrendo, portanto, uma inversão do ônus da prova. Mas essa inversão não ocorre naturalmente.

Por ser um mecanismo formal de facilitação na aplicação do Direito em casos concretos, a presunção prestigia mais a segurança jurídica do que propriamente a busca da verdade. Por isso mesmo é preciso atentar que o recurso às presunções, sobretudo àquelas previstas em lei, decorre de política legislativa que apenas se justifica em situações nas quais os meios de prova são impossíveis ou de difícil produção. Se a busca da verdade material é perfeitamente possível em determinadas situações fáticas, através de meios razoavelmente disponíveis para a investigação da realidade, não haveria porque o legislador, nesses casos, lançar mão das presunções (NETO, *Op. cit.*, p. 119).

E realmente não o fez. O legislador não tipificou a presunção de veracidade dos atos administrativos. Tem-se que ela decorre de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Por não se tratar de um princípio ou regra explícita, referida presunção deve ser analisada em oposição a outros valores e princípios, estes sim consagrados na Constituição e no ordenamento jurídico como um todo (GUEDES, 2006, p. 110).

Daí se afirmar que na presunção de veracidade dos atos do Poder Público, o processo administrativo não atende aos princípios do contraditório e da ampla defesa, que devem também ser observados pelo Estado, por imposição constitucional (GUEDES, 2007, p. 96). A ideia em tese não encontra respaldo apenas na doutrina brasileira. Augustín Gordillo ensina que “la presunción de legitimidad del acto afecta la estructura del proceso, obligando el particular a ser él quien impugna, administrativa o judicialmente, un acto administrativo” (GORDILLO, 2003. p. VII-5). Demonstra-se, portanto, que a presunção de veracidade tratada de forma rígida, impondo ao particular demonstrar completamente seus fatores constitutivos, modificativos ou extintivos do direito, gera prejuízos aos princípios constitucionais fundamentais. Não se busca desestruturar a presunção em si, mas o efeito de inversão do ônus da prova que dela decorre.

A assertiva geral de que com a presunção relativa (*júris tantum*) estar-se-ia invertendo o ônus da prova está calcada num equívoco por parte daqueles que confundem o fenômeno processual, relativo ao encargo probatório sobre os fatos controversos, afirmados no processo, com o fenômeno material da percepção da existência mesma destes fatos, que nada tem a ver com o processo ou com a posição das partes neste (NETO, *Op. cit.* p. 130).

Apesar da fundamentação do autor, é majoritário o entendimento de que a presunção inverte o ônus da prova. Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari também são contra a inversão, ensinando que “à luz do sistema jurídico, a presunção de legalidade

somente pode valer enquanto não houver impugnação do ato administrativo por quem foi por ele afetado” (FERRAZ & DALLARI. *Op. cit.*, p. 174). Os autores utilizam de feliz exemplo, que convém ser reproduzido. O Estado escolhe um imóvel para desapropriação, justificando o ato no interesse público. Como o proprietário prejudicado do imóvel pode provar que aquele não é o melhor a ser escolhido, que houve outro motivo além do alegado? (*idem*). Não pode.

Com base nas presunções, às vezes se cria a necessidade de o particular fazer prova de fato negativo, ou seja, provar que não era ele ou que ele não realizou tal atitude. Tal prova, também denominada prova diabólica, é difícil ou até impossível de se realizar. Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça esclarece:

A tese do exequente de que competiria ao contribuinte o ônus de comprovar 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 exequente. No caso, caberia à Fazenda diligenciar e provar a efetiva notificação do contribuinte para se defender (BRASIL, STJ. Ag. 1022208/60. Rel. Min. Mauro Campbel Marques. DJ 21/08/2008. Disponível em www.stj.jus.br).

Outro ponto que convém abordar na análise da presunção de veracidade é um de seus fundamentos: a autoexecutoriedade dos atos administrativos. Significa que o ato administrativo, tão logo praticado, pode ser imediatamente executado e seu objeto alcançado (CARVALHO FILHO, *Op. cit.* p. 112). Ou seja, uma vez criado o ato, este goza de presunção de veracidade e legalidade, podendo ser executado sem necessidade da aprovação de nenhum outro órgão ou Poder. A autoexecutoriedade fundamenta-se na necessidade de continuidade do serviço público e na urgência no atendimento do interesse público.

No entanto, o poder de executar automaticamente seus atos não é absoluto. O ordenamento jurídico impõe limitações, inclusive constitucionais, visando à segurança dos particulares. Nestes casos, a exemplo do art. 5.º, XII e LXI da Constituição Federal¹, é necessário processamento de autorização judicial prévio. O ordenamento jurídico “não acolhe a presunção de que o ato administrativo tenha sido praticado com legitimidade, caso contrário facultaria a sua execução material diretamente pela Administração” (NETO, *Op. cit.* p. 209). Consiste em um sistema de freios imposto pela Constituição Federal, visando dar mais segurança aos direitos individuais do cidadão.

O atributo da autoexecutoriedade, para Durval Neto, não se trata de um elemento inerente aos atos administrativos, de uma característica intrínseca ao ato. É uma

¹ Art. 5.º, XII – É inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução penal; inc. LXI – Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

opção legislativa para dar maior efetividade à prestação administrativa. Isso porque a grande carga de atribuições que hodiernamente tem a Administração Pública leva a crer realmente que serão muitas as situações nas quais deverá executar a sua prerrogativa de autoexecutoriedade, mas isso não significa que se deva tratar o instituto como regra geral (Ibidem, p. 212). Conclui o autor dever ser a autoexecutoriedade usada somente quando:

- a) Admite-se a medida quando autorizada em lei para determinadas situações suficientemente delineadas e de acordo com um processo administrativo específico;
- b) Admite-se ainda a medida quando, não sendo proibida por lei, revele-se razoavelmente necessária diante de uma situação de urgência a reclamar a pronta atuação estatal;
- c) Não se admite a medida quando, por força dos mandamentos constitucionais, as peculiaridades do caso concreto impuserem a necessidade de prévia ordem judicial, sob pena de incorrer no cometimento de arbitrariedades (NETO, *Op. cit.* p. 220)².

Portanto, a presunção de veracidade da forma como temos hoje e com o amparo da autoexecutoriedade só ajuda no desvio de finalidade e abuso de poder por parte da Administração Pública, que independe da motivação dada ao ato administrativo; este goza de presunção de veracidade, cabendo ao administrado, muitas vezes hipossuficiente, provar que a ação administrativa foi ilegal e abusiva. Demian Guedes afirma que “a relação entre cidadão e Administração não pode mais se fundamentar num ato de fé, calcado unicamente na condição de autoridade pública do agente”, e conclui: “ao contrário, ela deve primar pela razão, pela prevalência da verdade e da transparência no processo” (GUEDES, 2007, p. 146).

O que se pretende não é barrar a atividade administrativa, muito pelo contrário, esta deve continuar operante e cumprindo seus objetivos, da forma mais eficiente possível. A reavaliação sobre a presunção de veracidade com relação ao ônus da prova intenta garantir os direitos fundamentais dos administrados, permitindo a efetivação destes frente a um processo administrativo.

Infelizmente, a jurisprudência ainda não se atentou a essa questão, mantendo as rígidas regras probatórias, que não se coadunam com o Estado de Direito consagrado pela Constituição Federal de 1988. Algumas decisões demonstram isso:

A existência de registro da propriedade em Cartório de Registro de Imóveis não é capaz de infirmar a presunção de legitimidade e executoriedade do ato administrativo da demarcação, razão pela qual se transfere ao recorrido o ônus da prova de que o imóvel não se encontra em área de terreno da marinha (BRASIL, STJ. Ag.Rg. 999 708/ RS. Rel. Min. Herman Benjamin. DJ. 19/12/2008.

² No mesmo sentido, GASPARINI, 2006, p. 76; DI PIETRO, 2008, p. 187.

Disponível em www.stj.jus.br/jurisprudência).

Se os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e autoexecutoriedade, na hipótese em que se alega sua nulidade, porque eivado de ilegalidade, incumbe ao impugnante o ônus da prova do vício, ex vi do art. 333, II, do Código de Processo Civil (BRASIL, STJ. REsp. 230 307/MA. Rel. Min. Vicente Leal. DJ. 15/05/2000. Disponível em www.stj.jus.br/jurisprudência).

Presunção de legitimidade do ato administrativo, cabendo ao particular o ônus de desconstituí-la. Inexistência de prova nos autos no sentido de que o veículo era utilizado para passeio da família no momento da apreensão, não para transporte de passageiros. Correta a apreensão do veículo, vez que em consonância com a regra inserta no inciso VIII, do Código de Trânsito Brasileiro (RIO DE JANEIRO, TJRJ. AC 2008.01.63403. Rel. Des. Denise Levy Treadler. Dj. 03/03/2009. Disponível em www.tjrj.jus.br/jurisprudência).

Ao autor compete o ônus da prova quanto à irregularidade da sinalização de limite de velocidade máxima permitida para o local em que foi autuado, a teor do disposto no art. 333, I, do CPC. Ainda que haja dúvida quanto a dada de conclusão do estudo técnico a que se refere a Resolução nº 146/2003, do CONTRAN, a documentação acostada aos autos não desfaz a presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo (RIO GRANDE DO SUL, TJRS. AC 700.21.336664. Rel. Des. Arno Werlang. DJ 05/02/2009. Disponível em www.tjrs.jus.br/jurisprudência).

Como se vê dos julgados acima transcritos, a posição dos tribunais é firme com relação à inversão de prova causada pela presunção de veracidade dos atos administrativos, gerando situações de clara injustiça e desapego à verdade material, impondo ao cidadão a prova de situações que a ele é praticamente impossível.

4. A doutrina das cargas probatórias dinâmicas

Atento às mazelas que a presunção de veracidade dos atos da administração causa aos cidadãos no processo administrativo, é elaborada a chamada doutrina das cargas probatórias dinâmicas, atribuída a Augusto M. Morello, Julio Chiappini e Jorge W. Peyrano. O ponto central da teoria é atribuir, no caso concreto, o ônus da prova a quem tiver melhor condições de fazê-lo. Independe que a parte seja autor ou réu, Estado ou cidadão, tendo ele melhor condição de provar a realização dos fatos, deve-lhe ser atribuído o encargo.

Segundo Jorge W. Peyrano, a doutrina em tela importa num deslocamento do *ônus probandi*, conforme forem as circunstâncias do caso em questão, podendo recair sobre quem está em melhores condições técnicas, profissionais e fáticas para produzi-las (PEYRANO, 2004, p. 20, apud NETO, *Op. cit.* p. 142). A teoria não descarta por completo as regras tradicionais de distribuição do ônus probatório; ao contrário, mantém nelas

a base probatória processual. A aplicação das cargas probatórias dinâmicas é subsidiária, devendo ser aplicada naqueles casos em que a consumação das regras básicas traz prejuízos à ampla defesa do cidadão perante o processo administrativo.

O objetivo da doutrina é bem tratado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao afirmar que a presunção de veracidade:

Inverte, 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, porém, não de modo absoluto: a parte que propôs a ação deverá, em princípio, provar que os fatos em que se fundamenta a sua pretensão são verdadeiros; porém, isto não libera a Administração de provar a sua verdade, tanto assim que a própria lei prevê, em várias circunstâncias, a possibilidade de o juiz ou o promotor público requisitar da Administração documentos que comprovem as alegações necessárias à instrução do processo e à formação da convicção do juiz (DI PIETRO, *Op. cit.* p. 188).

Entende-se que além do juiz e do Poder Judiciário citado pela autora em sua obra, a doutrina também deve ser utilizada no processo administrativo. Não se pretende com as cargas probatórias dinâmicas que a Administração Pública seja encarregada de provar todos os seus atos. Mas que, uma vez impugnados e sendo plausível e coerente o motivo da impugnação, caiba ao Poder Público a prova de que seu ato foi realizado em estrito cumprimento ao Direito.

Vê-se que o sistema probatório proposto é perfeitamente aplicável ao Direito brasileiro, seja no campo administrativo, seja no judicial, porque está amparada e decorre dos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório, acesso à justiça, dignidade da pessoa humana e igualdade; realizando-se uma ponderação de valores e princípios do ordenamento, as regras de atribuição do ônus da prova devem coexistir com outros vetores materiais e processuais, a exemplo dos arts. 339, 340 e 345 do CPC; já tem disposição semelhante no Código de Defesa do Consumidor (NETO, *Op. cit.* p. 212).

Nas relações de consumo e também na Lei nº 8.213/91³, que trata das relações previdenciárias, o legislador já visualiza a necessidade de proteger a parte mais fraca e busca o equilíbrio nessa balança, efetivando a igualdade real (SANTOS, *Op. cit.* p. 92). Também a jurisprudência, ainda muito timidamente, dá sinais de realizar uma flexibilização nas regras probatórias e determinar uma maior atuação administrativa na realização instrutória do processo, conforme se depreende do acórdão do STJ abaixo:

Diante da presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos, deve o Tribunal de origem apreciar o excesso de execução a partir dos documentos apresentados

³ O art. 29-A, §1º, da Lei nº 8.213/31 assim dispõe: “O INSS terá até 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da solicitação do pedido, para fornecer as informações previstas no caput desse artigo”. Ou seja, ao INSS cabe documentar as provas pelas quais determinou o valor do salário-benefício de que trata o artigo.

pela Fazenda Nacional, a quem incumbe o ônus da prova do fato constitutivo do direito alegado nos embargos do devedor (BRASIL, STJ. REsp. 980807/DF. Rel. Min. Eliana Calmon. DJ. 12/06/2008).

A doutrina das cargas probatórias dinâmicas é uma opção de compatibilização das normas processuais sobre a distribuição do ônus da prova com a atual sistemática constitucional e normativa que envolve o processo judicial e, principalmente, o administrativo. Não extirpa a presunção de veracidade dos atos administrativos, mas torna essa presunção relativa e necessária de comprovação frente a uma eventual impugnação, no desejo de efetivar os princípios da eficiência, publicidade e verdade material.

5. Conclusão

O direito à prova decorre da ampla defesa e é garantia constitucional, não encontrando divergências sobre essa afirmação e sua aplicação no processo administrativo. No entanto, devido às circunstâncias do caso, torna-se oneroso demasiadamente ao particular fazer prova de suas alegações, como nos fatos negativos, conforme sistemática probatória consagrada no CPC e na Lei de Processo Administrativo.

Dessa forma, levando-se em consideração outros institutos jurídicos, a exemplo do princípio da verdade material e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, se propõe uma reavaliação sobre a distribuição do ônus da prova em situações em que este se demonstre muito difícil ou até impossível de ser realizado pelo cidadão.

A presunção de veracidade dos atos administrativos também é outro fator que deve ser repensado frente aos princípios constitucionais e administrativos vigentes, para não causar injustiças e prejuízos aos direitos fundamentais dos cidadãos. É com esse intuito que se propõe a teoria das cargas probatórias dinâmicas, afastando a presunção de veracidade como um inversor do ônus da prova e atribuindo este a quem melhores condições de realizá-lo, conforme o caso concreto.

Maior debate e pesquisa acerca do assunto são fundamentais para buscar construir um sistema jurídico-probatório que concilie a continuidade e eficiência do serviço público com os direitos e garantias fundamentais dos particulares.

Bruno Nunes dos Reis é aluno do curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Membro do grupo de estudos em processo administrativo. Bolsista do CNPQ.

Luiz Carlos Figueira de Melo é doutor em Direito pela UFMG. Professor da Universidade Federal de Uberlândia (graduação e mestrado).

Referências bibliográficas

AIRASCA, Ivana Maria. Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, in: PEYRANO, Jorge W. *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal – Culzoni Editores, 2004.

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

CREUZ, Luiz Rodolfo Cruz; ANDRÉ FILHO, Pedro Felício; VILARREAL, Gabriel Hernan Facal. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 9, set. 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GORDILLO, Augustín. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo 4: El procedimiento administrativo. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Direito à prova no âmbito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 9, set. 2006.

GUEDES, Demian. A presunção de veracidade dos atos da Administração Pública e o processo administrativo: o dever de fiscalizar provando. *Revista de direito administrativo, constitucional e previdenciário*. Porto Alegre: Notadez, v. 7, n. 35, p. 99-125, jan./fev.2006. p. 112.

GUEDES, Demian. *Processo administrativo e democracia: uma reavaliação da presunção de veracidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

NETO, Durval. *Processo, jurisdição e ônus da prova no Direito Administrativo*. Salvador: Podivm, 2008.

PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas, in: *Cargas probatorias dinámicas*. Santa-Fé: Rubinzal- Culzoni Editores, 2004.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. São Paulo: Editora Noeses, 2005.