



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO**  
**MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

**DURVAL CARNEIRO NETO**

**A PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E O ÔNUS DA PROVA NO  
DIREITO ADMINISTRATIVO: UM EXAME À LUZ DAS DOCTRINAS DA  
PROCESSUALIDADE E DAS CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICAS.**

Salvador  
2007

**DURVAL CARNEIRO NETO**

**A PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E O ÔNUS DA PROVA NO  
DIREITO ADMINISTRATIVO: UM EXAME À LUZ DAS DOUTRINAS DA  
PROCESSUALIDADE E DAS CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICAS.**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Público, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito (área de concentração em Direito Público).

Orientador: Prof. Dr. Edivaldo Boaventura.

Co-orientador: Prof. Dr. Edvaldo Brito.

Salvador  
2007

---

C287

Carneiro Neto, Durval. – A presunção de legitimidade e o ônus da prova no Direito Administrativo: um exame à luz das doutrinas da processualidade e das cargas probatórias dinâmicas. – Salvador: UFBA, 2007.

.- 359f.

.-Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Público da UFBA.

1. Direito Administrativo – Presunção de Legitimidade. 2. Ônus da prova. 3. Processualidade. 4. Cargas probatórias dinâmicas. I. Título.

---

CDD: 350

CDU: 35(81)

CDDóris: 341.3

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**DURVAL CARNEIRO NETO**

### **A PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E O ÔNUS DA PROVA NO DIREITO ADMINISTRATIVO: UM EXAME À LUZ DAS DOCTRINAS DA PROCESSUALIDADE E DAS CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICAS.**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito (área de concentração em Direito Público) pela Universidade Federal da Bahia, aprovada pela Comissão formada pelos professores:

**EDIVALDO BOAVENTURA** (Orientador).

Mestre e Ph. D. em Administração Educacional, The Pennsylvania State University.  
Doutor em Direito e Livre-Docente, Universidade Federal da Bahia.  
Professor Emérito, Universidade Federal da Bahia.

**EDVALDO BRITO**

Mestre em Direito, Universidade Federal da Bahia.  
Doutor em Direito Tributário e Livre-Docente, Universidade de São Paulo.  
Professor Emérito, Universidade Presbiteriana Mackenzie.  
Professor da Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia.

**WALBER MOURA AGRA**

Mestre em Direito, Universidade Federal de Pernambuco.  
Doutor em Direito, Universidade Federal de Pernambuco.

Salvador – Bahia, 30 de abril de 2007.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, agradeço pela saúde e força de vontade.

A toda a minha família, agradeço pela paciência em aturar a minha ausência a importantes momentos de confraternização, em prol da silenciosa preparação deste trabalho.

Ao orientador, professor Edivaldo Boaventura, exemplo de comprometimento com a Educação, agradeço pelos preciosos ensinamentos sobre metodologia científica, que tanto me auxiliaram na organização das idéias embasadoras desta dissertação.

Ao co-orientador professor Edvaldo Brito, respeitado jurista brasileiro, agradeço pela indicação dos doutrinadores a pesquisar e por haver me franqueado o acesso à sua biblioteca particular que, sem dúvida, reúne hoje o maior acervo jurídico da Bahia.

Aos prezados amigos André Luiz Batista Neves e José Henrique Guaracy Rebelo, agradeço pelos debates jurídicos que muito me estimularam à reflexão sobre o tema pesquisado.

A todos os que integram o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, agradeço pelo saudável convívio num ambiente fértil em discussão sobre questões fundamentais da Ciência Jurídica.

## RESUMO

Esta dissertação tem por objetivo elaborar uma análise crítica acerca da presunção de legitimidade dos atos administrativos, visando, com isso, apontar critérios jurídicos para uma adequada repartição do ônus da prova nos processos de aplicação do Direito Administrativo. Partindo da contemporânea concepção de processualidade, como método caracterizador de todas as atividades estatais, o foco da pesquisa centra-se no exame de como se dá a percepção, pelos agentes administrativos, dos fatos subjacentes à sua atuação, destacando o papel das provas e das presunções. Com base nas premissas extraídas da doutrina argentina das cargas probatórias dinâmicas, refuta-se a simplória assertiva de que a presunção de legitimidade dos atos administrativos conduziria sempre à inversão do ônus probatório de modo a fazer recair o encargo sobre o administrado, pois muitas vezes é a Administração Pública quem detém as melhores condições para apresentar os meios de prova ou, ainda, quem poderia adotar um procedimento adequado a propiciar o mínimo registro dos fatos que marcaram a sua atuação, evitando-se, com isso, o emprego desmedido de mecanismos formais de descoberta da verdade.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo; Presunção de Legitimidade; Processualidade; Jurisdição Administrativa; Ônus da Prova; Cargas Probatórias Dinâmicas.

## ABSTRACT

This paper is aimed at offering a critical analysis of the presumption of legitimacy of administrative acts, so as to point out juridical criteria for an adequate distribution of the burden of proof within the Administrative Law proceedings. Starting from the contemporary view of procedural action as a characteristic of every state activity, the research focused mainly on the evaluation of how administration officers perceive the underlying facts related to their performance, highlighting the role of evidences and presumptions. Premised on the Argentinean theory of the dynamic burden of proof, it refuted the single-minded statement that presumption of legitimacy of administrative acts might always lead to reversal of the burden of proof, causing, as a result, the burden to fall on the citizen. Very often, the Public Administration is the one better qualified to bring forward the means of proof, or still, the one who may take the right steps to keep to a minimum all information about the facts that underlined their performance, in order to avoid the excessive use of formal mechanisms for finding out the truth.

**Keywords:** Administrative Law; presumption of legitimacy; procedural action; administrative jurisdiction; burden of proof; dynamic burden of proof.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>12</b>
<b>1 AS PROVAS E AS PRESUNÇÕES NA APLICAÇÃO DO DIREITO</b> .....	<b>16</b>
1.1 O DIREITO COMO PRODUTO DA PERCEPÇÃO HUMANA.....	16
1.2 OS MÉTODOS DE APLICAÇÃO DO DIREITO.....	22
<b>1.2.1 A Aplicação do Direito pelos Particulares</b> .....	<b>27</b>
<b>1.2.2 A Aplicação do Direito pelo Estado</b> .....	<b>28</b>
1.3 A PROCESSUALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	29
<b>1.3.1 A Concepção Contemporânea dos Atos Administrativos</b> .....	<b>29</b>
<b>1.3.2 Distinção entre Procedimentos e Processos Administrativos</b> .....	<b>41</b>
<b>1.3.3 Os Tipos de Processos Administrativos</b> .....	<b>54</b>
<b>1.3.4 A Forma nos Processos Administrativos e nos Atos Complexos</b> .....	<b>56</b>
1.4 A APLICAÇÃO DO DIREITO E AS PROVAS .....	59
<b>1.4.1 O Problema da Verdade</b> .....	<b>63</b>
<b>1.4.2 Verdade Material e Verdade Formal</b> .....	<b>66</b>
<b>1.4.3 O Objeto da Prova</b> .....	<b>70</b>
<b>1.4.4 Percepção Direta e Percepção Indireta</b> .....	<b>71</b>
<b>1.4.5 Direito Material ou Direito Processual?</b> .....	<b>74</b>
<b>1.4.6 O Ônus da Prova</b> .....	<b>80</b>
<i>1.4.6.1 Distinção entre ônus e obrigação</i> .....	<i>81</i>
<i>1.4.6.2 Ônus subjetivo e ônus objetivo</i> .....	<i>83</i>
<i>1.4.6.3 Critérios de distribuição do ônus da prova</i> .....	<i>84</i>
<i>1.4.6.4 Efeitos antecipados das normas sobre ônus da prova</i> .....	<i>86</i>
1.5 A APLICAÇÃO DO DIREITO E AS PRESUNÇÕES .....	88
<b>1.5.1 A Presunção e a Prova</b> .....	<b>88</b>
<b>1.5.2 Importância das Presunções no Direito</b> .....	<b>91</b>
<b>1.5.3 Classificação das Presunções</b> .....	<b>95</b>
<b>1.5.4 Distinção entre Presunção e Indício</b> .....	<b>98</b>
<b>1.5.5 Distinção entre Presunção e Ficção</b> .....	<b>99</b>
<b>1.5.6 A Presunção Relativa e a Questão da Inversão do Ônus da Prova</b> .....	<b>101</b>
<b>2 A DOCTRINA DAS CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICAS</b> .....	<b>105</b>
2.1 FUNDAMENTOS .....	105



2.2 ALCANCE DA APLICAÇÃO NO DIREITO ARGENTINO .....	119
2.3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	123
<b>2.3.1 James Goldschmidt e a Situação Jurídica Processual .....</b>	<b>124</b>
<b>2.3.2 Jeremy Bentham e o Menor Incômodo na Busca da Prova.....</b>	<b>127</b>
<b>2.3.3 René Demogue e o Princípio da Solidariedade .....</b>	<b>129</b>
<b>2.3.4 Porras Lopes e o Princípio da Aptidão para a Prova .....</b>	<b>130</b>
2.4 APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO .....	131
<b>3 A PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS .....</b>	<b>136</b>
3.1 TRATAMENTO DOCTRINÁRIO .....	136
<b>3.1.1 O Sentido Jurídico da Legitimidade Administrativa.....</b>	<b>136</b>
<b>3.1.2 Princípio do Direito Administrativo ou Atributo dos Atos Administrativos? ..</b>	<b>140</b>
<b>3.1.3 Presunção de Legitimidade, de Legalidade, de Veracidade ou de Validade? ...</b>	<b>142</b>
3.2 PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E EXECUTORIEDADE. ....	147
<b>3.2.1 Divergências Terminológicas.....</b>	<b>147</b>
<b>3.2.2 Fundamentos Políticos e Jurídicos da Executoriedade.....</b>	<b>151</b>
<b>3.2.3 Regimes Jurídicos de Executoriedade .....</b>	<b>160</b>
<b>3.2.4 Hipóteses de Executoriedade como Pressupostos Jurídicos da Presunção de Legitimidade .....</b>	<b>169</b>
3.3 PREMISSAS TEÓRICAS DA PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	177
<b>3.3.1 Crítica à Idéia de Correlação Lógica com o Princípio da Legalidade Administrativa .....</b>	<b>177</b>
<b>3.3.2 Crítica à Idéia de Analogia com a Presunção de Constitucionalidade dos Atos Legislativos.....</b>	<b>184</b>
<b>3.3.3 Relação com o Princípio da Boa-Fé Administrativa.....</b>	<b>186</b>
<b>3.3.4 Possibilidade de Controle de Abusos como Condicionante da Confiança na Administração Pública (Princípio da Sindicabilidade da Atividade Administrativa) .....</b>	<b>189</b>
3.4 PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE COMO CATEGORIA JURÍDICA .....	193
3.5 DISTINÇÃO CATEGÓRICA ENTRE PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E FÉ PÚBLICA .....	195
3.6 A PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE NA LEGISLAÇÃO .....	200
<b>3.6.1 Legislação Brasileira.....</b>	<b>200</b>
<b>3.6.2 Exemplos na Legislação Estrangeira.....</b>	<b>202</b>

<b>4 OS LITÍGIOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA</b> .....	<b>204</b>
4.1 A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO .....	204
<b>4.1.1 Jurisdição Administrativa em Sentidos Amplo e Restrito</b> .....	<b>204</b>
<b>4.1.2 Sistemas de Jurisdição Administrativa e o Modelo brasileiro</b> .....	<b>208</b>
<b>4.1.3 O Processo Administrativo Brasileiro</b> .....	<b>226</b>
<b>4.1.4 A Administração Pública no Processo Judicial Brasileiro (a Jurisdição Administrativa <i>Stricto Sensu</i>)</b> .....	<b>228</b>
4.2 A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO .....	230
<b>4.2.1 A Prova e a Forma dos Atos Administrativos</b> .....	<b>232</b>
<b>4.2.2 A Prova nos Processos Administrativos</b> .....	<b>236</b>
4.2.2.1 <i>O regime geral da Lei federal n. 9.784/99</i> .....	236
4.2.2.2 <i>A prova nos processos administrativos sancionadores e nas medidas cautelares administrativas</i> .....	242
4.2.2.2.1 <i>Sanções administrativas e medidas cautelares na atuação do poder de polícia</i> .....	248
4.2.2.2.2 <i>O poder de polícia e o ônus da prova</i> .....	252
4.2.2.2.3 <i>Sanções administrativas e medidas cautelares na atuação do poder disciplinar</i> .....	255
4.2.2.2.4 <i>O poder disciplinar e o ônus da prova</i> .....	257
4.2.2.2.5 <i>A aplicação do princípio da presunção de inocência no processo administrativo sancionador</i> .....	261
<b>4.2.3 O Ônus da Prova na Jurisdição Administrativa</b> .....	<b>267</b>
4.2.3.1 <i>A regra geral do art. 333 do CPC</i> .....	267
4.2.3.2 <i>A idéia de inversão do ônus da prova como efeito da presunção de legitimidade dos atos administrativos</i> .....	268
<b>4.2.4 A Presunção de Legitimidade dos Atos Administrativos e a Distribuição do Ônus da Prova</b> .....	<b>270</b>
4.2.4.1 <i>Controvérsias doutrinárias</i> .....	270
4.2.4.2 <i>A impugnação perante autoridade revisora</i> .....	276
4.2.4.3 <i>Casos de manifesta ilegalidade: atos inexistentes, vias de fato e o direito de resistência ou desobediência civil</i> .....	280
4.2.4.4 <i>Efeitos no tocante à suspensão de atos administrativos ampliativos: a teoria dos</i>	

<i>atos próprios aplicada ao Direito Administrativo.....</i>	<b>297</b>
<b>4.2.5 A Aplicação da Doutrina das Cargas Probatórias Dinâmicas no</b>	
<b>Direito Administrativo.....</b>	<b>301</b>
<i>4.2.5.1 Os processos contenciosos e os meios de prova em poder da Administração</i>	
<i>Pública.....</i>	<b>303</b>
<i>4.2.5.2 Os processos de formação de atos administrativos e a adoção de adequados</i>	
<i>mecanismos de registro da atividade administrativa .....</i>	<b>310</b>
<b>5 CONCLUSÕES.....</b>	<b>317</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>344</b>

## INTRODUÇÃO

Visa o presente estudo uma abordagem crítica acerca dos parâmetros jurídicos que orientam a *distribuição do ônus da prova* nos litígios envolvendo o Poder Público, com destaque específico para as controvérsias decorrentes da aplicação de sanções administrativas e considerando os efeitos do chamado *princípio da presunção de legitimidade* dos atos praticados pela Administração Pública.

Na tradição do Direito Administrativo brasileiro, sempre se defendeu que tal presunção relativa (*juris tantum*) enseja, dentre outras conseqüências, o reconhecimento de que os atos da Administração Pública gozam da prerrogativa de serem reputados válidos enquanto não se apresentar prova em sentido contrário e for declarada a sua invalidade por autoridade competente. O efeito mais contundente desta presunção, nesse modo de pensar, seria justamente o de produzir uma espécie de *inversão do ônus da prova*, ficando a cargo exclusivo do administrado a demonstração dos vícios que estariam eventualmente maculando a legitimidade dos atos do Estado-administrador.

Constitui objetivo aqui demonstrar que, tendo-se levado ao extremo este pensamento reducionista, a presunção de legitimidade acabou se transformando, no dizer de Sérgio Ferraz e Adilson Dallari, em “um fantasma que normalmente apavora quem litiga contra a Administração Pública.”<sup>1</sup> Caberá, então, uma exposição argumentativa e crítica de que a assertiva geral e abstrata da presunção de legitimidade dos atos administrativos, longe de se tratar de um dogma de natureza lógico-jurídica, deve ser encarada com algumas ponderações, a fim de se evitar situações de completa vulnerabilidade e impotência por parte dos administrados, nas quais acabam lhes sendo aniquilados direitos fundamentais de defesa assegurados no contemporâneo Estado Democrático de Direito.

Nessa linha de argumentação, não se deverá considerar sempre aplicável o princípio da presunção relativa de legitimidade dos atos administrativos, nem, apenas com base nele, transferir aos administrados o ônus da prova sobre todos os fatos declarados pelos agentes públicos. Como advertem mais uma vez Ferraz e Dallari, “tal presunção deveras existe, mas não com a extensão que se lhe tem dado, especialmente perante o Poder Judiciário.”<sup>2</sup> Partindo destas ponderações, será razoável reconhecer que, mesmo diante da presunção relativa de legitimidade,

---

<sup>1</sup> *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 135.

<sup>2</sup> *Idem*.

cumpra ao Poder Público adotar um adequado processo ainda na formação dos atos administrativos (doutrina da processualidade administrativa), assegurando razoavelmente, dentro dos meios de que facilmente dispõe, o registro dos fatos a eles relacionados, de modo a viabilizar o controle posterior de sua validade. Não se olvidará, com isso, que as demonstrações probatórias deverão em certas situações ficar a cargo da própria Administração Pública, por ser esta a melhor detentora dos meios (doutrina das cargas probatórias dinâmicas), sem o que restaria praticamente impossibilitada a efetividade de qualquer pretensão ou defesa por parte do administrado, comprometendo, por conseguinte, o próprio o acesso material à justiça consagrado na Constituição.

Numa pesquisa também voltada para casos já enfrentados pela jurisprudência brasileira, será visto que a Administração Pública não vem cuidando de adotar mecanismos adequados de registro da sua atuação – apesar de alguns deles já serem de fácil aquisição e relativo baixo custo –, assim o fazendo sob o simples e cômodo pretexto de poder invocar em seu favor, no caso de eventual processo litigioso, o escudo autoritário do princípio da presunção de legitimidade, na amplitude que lhe vem sendo atribuída há muito pela doutrina, gerando, com isso, um flagrante desequilíbrio na distribuição do ônus da prova a cargo do administrado.

No primeiro capítulo, será abordado o tema das provas e presunções, destacando a sua importância na medida em que, não havendo como ser dissociado da atividade valorativa do aplicador, o emprego do Direito pressupõe sempre a percepção direta ou indireta dos fatos. Apontar-se-á como se dá tal atividade pelos particulares e pelo Estado, com enfoque específico para os processos de aplicação do Direito Administrativo, em substituição ao modelo clássico que durante muito tempo esteve centrado na figura do ato administrativo. Será visto, então, que hoje a aplicação do Direito pelos agentes públicos deve vir marcada pelo elemento da *processualidade* – na expressão utilizada por Odete Medauar<sup>3</sup> – mormente quando se tratem de atuações que venham a afetar interesses pessoais e patrimoniais dos administrados, seja restringindo-lhes direitos, seja negando-lhes a sua concessão. Daí se dedicar à análise dos atos, procedimentos e processos da Administração Pública, ressaltando que o caráter processual da atividade administrativa deve estar presente não apenas na fase litigiosa (*a posteriori*), mas, antes mesmo disso, na própria fase de formação do ato administrativo.

No tocante à percepção do aplicador por meio da atividade probatória, se dará ênfase ao problema da verdade no âmbito do Direito, em seus aspectos de *verdade material* e *verdade formal* apontados pela doutrina. Será analisado o objeto da prova e os mecanismos de percepção

---

<sup>3</sup> *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

postos à disposição do aplicador, com tópicos específicos para os temas do *ônus da prova* e das *presunções*. Importante enfoque será dado ainda à dupla função do estudo da prova, isto é, não apenas como tema tradicional do Direito Processual voltado para as situações formalizadas de litígio, mas, antes mesmo disso, do próprio Direito Material referente à constituição das situações jurídico-administrativas, o que reforça ainda mais a assertiva de que a ação administrativa deve obedecer a processos ainda no momento de formação dos atos administrativos.

O segundo capítulo se dedicará ao tema da *doutrina das cargas probatórias dinâmicas*, expressão criada por processualistas argentinos, com destaque para Jorge Peyrano<sup>4</sup>, mas cujos fundamentos remontam historicamente a doutrinadores que, a exemplo de James Goldschmidt, Jeremy Bentham, René Demogue e Porras Lopes, há muito defenderam a aplicação de métodos investigativos dos casos concretos para melhor se efetuar a distribuição do *onus probandi*, evitando-se a chamada *prova diabólica*.

No terceiro capítulo, o estudo se voltará para o tema da *presunção de legitimidade dos atos administrativos*, abordando-se inicialmente o tratamento que vem sendo dado ao instituto pela doutrina nacional e estrangeira. Dada a sua relação com o atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos, serão expostos os principais fundamentos apontados pelos doutrinadores para a presunção de legitimidade, partindo de uma análise crítica da idéia de correlação lógica com o princípio da legalidade administrativa e de analogia com a presunção de constitucionalidade dos atos legislativos, bem como destacando a sua estreita relação com o princípio da boa-fé administrativa e a necessidade de controle de abusos na sua aplicação.

Importante distinção a ser ventilada diz respeito ao comparativo entre a presunção de legitimidade dos atos administrativos e a chamada *fé pública*, categorias jurídicas que não se confundem, mas que inadvertidamente têm sido colocadas numa mesma esteira semântica no que toca aos seus efeitos. Ao final do capítulo, será examinado o tratamento dado à presunção de legitimidade na legislação brasileira e em algumas legislações estrangeiras.

No quarto capítulo, partindo-se das premissas firmadas nos capítulos anteriores, enfrentar-se-á a questão da *distribuição do ônus da prova nos litígios contra a Administração Pública*, começando por um breve exame dos sistemas de jurisdição administrativa e passando ao estudo do ônus da prova na jurisdição administrativa brasileira (*lato sensu*), seja no âmbito dos processos administrativos, seja nos processos judiciais. O tema será desdobrado no que tange aos litígios envolvendo a aplicação de sanções administrativas, nas esferas do poder de polícia e

---

<sup>4</sup> *Cargas probatorias dinâmicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

do poder disciplinar. Destaque especial será dado à aplicação do princípio da *presunção de inocência* no processo administrativo sancionador, como vetor constitucional a ser também levado em conta, ao lado da referida presunção de legitimidade, no momento de se eleger a norma concreta de distribuição do ônus da prova. A pesquisa então se concentrará na interpretação sistemática de normas da Constituição Federal de 1988, com ênfase nos incisos LVII<sup>5</sup> e LV<sup>6</sup> do seu artigo 5º, concluindo-se que o princípio da presunção de inocência não se aplica exclusivamente às infrações de natureza penal, como parecem entender alguns, eis que constitui princípio geral ínsito ao próprio Estado Democrático de Direito e coligado ao respeito à dignidade da pessoa humana, consagrada como fundamento da República no art.1º, III.

Por fim, partindo das premissas defendidas pela doutrina das cargas probatórias dinâmicas, a pesquisa logrará apontar critérios para a justa distribuição do ônus da prova nos litígios contra a Administração Pública, mormente nas situações de choque entre a presunção de legitimidade dos atos administrativos e a presunção de inocência, contemporizando estes dois vetores do ordenamento jurídico-constitucional, de modo a assegurar a eficiência da Administração em prol da ordem pública e dos interesses coletivos, mas sem perder de vista as garantias de ampla defesa dos administrados. Abominando os tradicionais esquemas rígidos de distribuição de ônus da prova, traduzidos em fórmulas apriorísticas que remontam ao Direito Romano clássico, o estudo buscará demonstrar, em suma, que somente no exame minucioso dos casos concretos postos em litígio se faz possível verificar qual das partes (Administração ou administrado) detém ou poderia deter os melhores meios para produzir a prova necessária ao exame e julgamento do processo, seja no âmbito revisional da própria Administração Pública (autotutela), seja âmbito do processo judicial. Ao lado disso, será visto que as referidas premissas não de ser levadas em conta também no tocante aos processos de formação dos atos administrativos, recomendando o emprego, pela Administração Pública, de adequados mecanismos de registro da sua atividade.

---

<sup>5</sup> “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

<sup>6</sup> “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

## 1 AS PROVAS E AS PRESUNÇÕES NA APLICAÇÃO DO DIREITO

### 1.1 O DIREITO COMO PRODUTO DA PERCEPÇÃO HUMANA

O Direito é um produto cultural, genuinamente humano. Não existe na natureza, sendo, como diz Calmon de Passos, desprovido de estrutura atômica ou molecular; não é animal, vegetal ou mineral, nem pode ser encontrado em estado sólido, líquido ou gasoso.<sup>7</sup>

O “mundo” do Direito é o das idéias e valores do homem, ainda que possa ter – e geralmente tem – relação com a natureza e os fatos reais, sobre eles incidindo e dando-lhes significação jurídica.<sup>8</sup> Nada pode ser considerado naturalmente justo ou injusto, lícito ou ilícito. Isso somente acontece depois que homem percebe as coisas e assim lhes qualifica.

As normas jurídicas não se realizam por si mesmas. Ao se editar uma lei, a realidade a ela subjacente não se modifica como num passe de mágica que afete automaticamente todo o universo a sua volta. É preciso que os destinatários desta lei a percebam como norma jurídica dotada de determinado comando, bem como percebam a ocorrência dos fatos que integram o seu preceito. Sejam os textos escritos postos pelo legislador ou as conclusões doutrinárias e jurisprudenciais que servem de modelo para tratamento dos casos futuros, tudo isto é pura matéria prima, são meras fontes de Direito, mas não o Direito em si mesmo. Assim, o Direito, “em sua realidade vivida (tal como existente no meio social) reduz-se a uma forma efetiva pela

---

<sup>7</sup> *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 22. Como também assinala Paulo Roberto Lyrio Pimenta, “o Direito não existe na natureza, não possuindo, desse modo, existência material. Como é, em verdade, produzido pelo homem, é indissociável do querer humano, que dá sentido e significação às coisas naturais, donde se conclui que o Direito é um objeto cultural”. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 03. Arnaldo Vasconcelos, por sua vez, aponta que “a natureza, ou mundo físico – que envolve os reinos animal, vegetal e mineral – não tem Direito”. *Direito, humanismo e democracia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 35. Registre-se que esta afirmação de Vasconcelos não o impede de coerentemente reconhecer a existência de um Direito para além do Direito Positivo, defendendo a concepção de um “Direito Natural”, não como um Direito da natureza (domínio das ciências naturais), mas sim como um Direito que, apesar de ser um produto da cultura, estaria fundado na “natureza humana”, sendo assim, “de concepção antropocêntrica e, portanto, intrinsecamente humanista. Propõe-se, acima de tudo, dar conformação aos Direitos e Garantias fundamentais do homem, com a finalidade de preservar sua dignidade naquilo que ela tem de sagrado e mais intocável”. *Idem*, p. 35-38.

<sup>8</sup> As normas do Direito, em sua grande parte, servem-se das categorias que já são objeto de conhecimento das ciências naturais, dando-lhes significação compatível com a realidade empírica. Mas, conforme será abordado em tópico posterior, o Direito também cria suas próprias realidades, sem correspondente empírico no mundo natural, como acontece com as chamadas *ficções* jurídicas.



qual é normalmente concretizado”,<sup>9</sup> vale dizer, é um objeto cultural decorrente da “vida humana vivente”<sup>10</sup>, da conduta humana frente ao mundo.

Cabe ter presente, bem por isso, que os fatos que integram o “mundo” do Direito (fatos jurídicos) simplesmente não existem sem a *percepção* humana e somente com ela se produzem.

Concebe-se, no entendimento ora esposado, uma espécie de *imaterialismo jurídico*, buscando amparo teórico na filosofia empirista de George Berkeley<sup>11</sup> acerca de todos os processos de conhecimento do homem. Segundo a máxima de Berkeley, “*esse est percipi*” (ser é ser percebido), ou seja, tudo o que se denomina *realidade* é produto das sensações humanas, de modo que toda e qualquer afirmação depende necessariamente da existência de um *ser percipiente*.<sup>12</sup> Na mesma corrente filosófica está o ceticismo de David Hume,<sup>13</sup> para quem “as impressões correspondentes aos objetos do mundo externo, uma vez transmitidas pelos sentidos e nervos para dentro do homem, são recebidas pelo intelecto que, por sua vez, transforma tais impressões *individuais e concretas* em idéias *aparentemente gerais e abstratas*”.<sup>14</sup> Por isso, no entender de Hume, o sentido de justiça é sempre artificial.<sup>15</sup>

As premissas do imaterialismo de Berkeley e do ceticismo de Hume, embora tenham ensejado acirrados debates filosóficos no campo das ciências naturais<sup>16</sup>, podem ser aqui tomadas de empréstimo para explicar o que se dá com o fenômeno jurídico. Na linha da concepção

<sup>9</sup> Gladston Mamede. *Semiologia e direito*. Belo Horizonte: Editorial 786, 1995, p. 128.

<sup>10</sup> Antônio Carlos Oliveira. *Problemas de teoria geral do direito*. Salvador: Legislação e jurisprudência fiscal, 1977, p. 20.

<sup>11</sup> Filósofo que nasceu na Irlanda do Sul e viveu entre 1685 e 1753.

<sup>12</sup> Cf. Denize Rosana Rubano e Melânia Moroz. In: Maria Amália Pie Abib Andery *et al.* *Para compreender a ciência: uma perspectiva histórica*. 13. ed. Rio de Janeiro: Garamond; São Paulo: EDUC, 2004, p. 295-310.

<sup>13</sup> Filósofo empirista nascido na Escócia e que viveu entre 1711 e 1776.

<sup>14</sup> Cf. Nelci Silvério de Oliveira. *Filosofia geral*. Goiânia: AB, 2000, p.73. “Além disso, Hume nega o princípio da *causalidade universal*, no qual todo o conhecimento se baseia. Segundo ele, nenhuma coisa existe por causa de outra. Não há qualquer seqüência lógica entre os fenômenos existenciais, existindo tão-somente uma seqüência cronológica de fatos que se justapõem. O nexa causal é criado arbitrariamente e artificialmente pela mente do sujeito, ao passo que na natureza onde os fatos *realmente* acontecem, só há condições externas e aptas a fazer com que um fato se dê *após* um outro. Nem mais nem menos! (...) Por isso, qualquer pretensão de conhecimento no campo da Química, da Biologia, da Física, da Moral, bem como de qualquer outra natureza, baseia-se apenas em *probabilidades* e jamais em princípios de certeza. Enfim, não existe conhecimento verdadeiro. O Empirismo desaba, então, num rematado e total ceticismo, pois, quem nada supõe nada pode saber. Não há verdadeiro conhecimento de espécie alguma”. *Idem*, p. 73-74.

<sup>15</sup> Assim escreveu Hume em sua obra *Tratado da Natureza Humana*: “Já sugeri que nosso sentido de toda espécie de virtude não é natural, mas que há algumas virtudes que produzem prazer e aprovação por meio de um artifício ou dispositivo, que provém das circunstâncias e necessidades da espécie humana. Afirmando que a *justiça* seja desse tipo; e me esforçarei para defender essa opinião com um breve e, espero, convincente argumento, antes de examinar a natureza do artifício da qual deriva o sentido da virtude. É evidente que, quando louvamos quaisquer ações, observamos apenas os motivos que as produziram e consideramos as ações como sinais ou indicações de certos princípios na mente e no temperamento. O desempenho externo não tem qualquer mérito. Devemos olhar para dentro a fim de encontrar a qualidade moral. Não podemos fazê-lo diretamente; e, por isso, fixamos nossa atenção nas ações, como sinais externos. Mas essas ações ainda são consideradas sinais; e o derradeiro objeto de nosso louvor e aprovação é o motivo que as produziu”. Cf. Clarence Morris. *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 189.

<sup>16</sup> Recusando a possibilidade de o homem ter pleno acesso cognitivo às causas que verdadeiramente dariam origem aos fenômenos naturais, Berkeley e Hume se opuseram à noção de *causalidade* defendida por grandes pensadores tais como Galileu, Descartes e Newton.

tridimensional do Direito preconizada por Miguel Reale<sup>17</sup>, toda a atividade jurídica praticada pelos homens consubstancia-se na percepção de um *fato* subjacente (de natureza econômica, geográfica, demográfica, de ordem técnica etc.), de um *valor* que lhe confere determinada significação e, finalmente, de uma *norma* relacionando ambos, sendo que estes três elementos coexistem numa unidade concreta e interagem dinâmica e dialeticamente<sup>18</sup>.

Na natureza, as “regras” (as metaforicamente chamadas “leis” da física), que servem para definir e explicar os fenômenos físicos, encontram-se sob o prisma daquilo que o homem entende por *causalidade*, significando que a investigação científica, nesta seara, está voltada exclusivamente ao exame das relações de causa e efeito.<sup>19</sup> O investigador, aí, nada busca criar com a sua percepção e parte da premissa de que esta não deve influir substancialmente no resultado da sua pesquisa. Bem verdade que o pesquisador da natureza eventualmente pode equivocar-se nas inferências acerca do que foi por ele percebido, mas isto em nada terá impedido ou alterado o que se sucedeu na cadeia dos fatos que lhe foram postos a perceber. Vale dizer, o fenômeno natural existe por si mesmo; simplesmente é.

Segundo Berkeley, no processo humano de conhecimento da natureza nada existe senão tal como é percebido pelo espírito humano em geral. Toda existência seria, assim, algo que se extrai subjetivamente das aparências.<sup>20</sup> Contudo, embora aponte críticas à concepção

<sup>17</sup> *Lições preliminares de Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 65.

<sup>18</sup> Reale ensina que “as normas jurídicas não podem ser entendidas como simples juízos lógicos, por serem, efetivamente, *normas de cultura ou realidades tridimensionais*, nas quais as exigências axiológicas integram em unidade os pressupostos histórico-sociológicos e as estruturas formais”. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 31.

<sup>19</sup> Vale lembrar a distinção que Hans Kelsen faz entre *causalidade* (lei natural) e *imputação* (lei jurídica), considerando que “a ligação que se exprime na proposição jurídica tem um significado completamente diferente daquela que a lei natural descreve, ou seja, a da causalidade. (...) Na proposição jurídica não se diz, como na lei natural, que, quando A é, B é, mas que, quando A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja. O ser o significado da cópula ou ligação dos elementos na proposição jurídica diferente do da ligação dos elementos na lei natural resulta da circunstância de a ligação na proposição jurídica ser produzida através de uma norma estabelecida pela autoridade jurídica – através de um ato de vontade, portanto –, enquanto que a ligação de causa e efeito, que na lei natural se afirma, é independente de qualquer intervenção desta espécie. (...) Se se designa como ‘imputação’ a ligação de pressuposto e consequência expressa na proposição jurídica com a palavra ‘dever-ser’, de modo algum se introduz, com isso, uma nova palavra numa disciplina que já de há muito tempo opera com o conceito de ‘imputabilidade’. (...) A imputação que se exprime no conceito de imputabilidade é a ligação de uma determinada conduta, a saber, de um ilícito, como uma consequência do ilícito. Por isso pode dizer-se: a consequência do ilícito é imputada ao ilícito, mas não é produzida pelo ilícito, como sua causa. É evidente que a ciência jurídica não visa uma explicação causal dos fenômenos jurídicos: ilícito e consequências do ilícito. Nas proposições jurídicas pelas quais ela descreve estes fenômenos e a não aplica o princípio da causalidade, mas um princípio que – como mostra esta análise – se pode designar por imputação”. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 86-91.

<sup>20</sup> Para Berkeley, o que se chama causalidade nada mais é do que uma associação de sensações humanas. “É exatamente a possibilidade de abstração que Berkeley critica: nada existe em abstrato, já que não se pode pensar em algo que não tenha, como referência, particulares. (...) A noção de *idéia abstrata* acaba sendo substituída, por Berkeley, pela noção de *idéia geral*. Para Berkeley, embora não se possa falar em abstrato, pode-se fazer generalizações, o que significa fazer referência, propositadamente, a um aspecto, desprezando as particularidades, desprezando o referencial concreto. Exemplificando, eu posso falar *branco* porque eu deixo de considerar as características específicas dos objetos de cor branca que me vêm à mente (papel branco, cinzeiro branco, círculo branco...) e fixo-me, propositadamente, em um dos aspectos particulares que caracterizam o objeto, aspecto esse que estou interessado em analisar, no caso a cor branca. À medida que as particularidades são desprezadas, a idéia de branco passa a ser uma idéia geral, uma vez que se constitui num sinal de outras idéias particulares. (...) Ao rejeitar a noção de que existam qualidades inerentes aos corpos que sejam essenciais e universais, Berkeley acaba rejeitando a causalidade como algo existente nos próprios fenômenos. Em decorrência disto, o princípio da gravitação universal, admitido como princípio explicativo da atração dos corpos, é rejeitado por Berkeley. Embora admita que por meio da observação dos fenômenos se possa concluir a tendência de aproximação dos corpos, não admite que a explicação disto esteja nos próprios fenômenos, já que,

materialista do mundo, salientando que a percepção do homem acerca dos fatos naturais nunca pode ser considerada certa ou errada (justamente porque o seu referencial é sempre subjetivo), o filósofo irlandês reconhece que o acerto ou o erro estará sempre na *inferência* que o ser percipiente faz a partir da sua percepção dos fatos.<sup>21</sup> Com base mais uma vez nas lições esclarecedoras de Miguel Reale, verifica-se, nos fatos ou fenômenos da natureza, relações de funcionalidade e sucessão, as quais se podem examinar através de observações, experimentações e generalizações que visam revelar os princípios e as leis que os governam: “a lei física é, de certa maneira, como que o retrato do fato, na plenitude de seus aspectos”.<sup>22</sup> E nessa tentativa de revelação, a errônea inferência do observador acerca do fato natural poderá comprometer a descrição do fato, mas não afeta a sua essência enquanto fenômeno da natureza.

No Direito não é assim que o conhecimento se processa. O fenômeno, para existir como *jurídico*, depende exclusivamente da percepção humana e da conseqüente significação (inferência) que lhe é dada. Antes da percepção, nada de jurídico se extrai do fenômeno, e somente após a sua inferência, fez-se existir para o Direito. Na clássica lição de Hans Kelsen, todo ato de aplicação do Direito é, ao mesmo tempo, um ato de criação do Direito.<sup>23</sup> A percepção do observador, aí, não traduz mera descrição do fato jurídico, mas a sua existência mesma enquanto tal. Em suma, o *jurídico* é, simultaneamente, existência e qualificação.

Por isso há de sempre se ressaltar a importância fundamental da figura do *aplicador do Direito*, por ser justamente aquele encarregado da percepção e significação dos fatos. É a sua boa ou má inferência que dá existência e qualidade ao fenômeno jurídico, de modo que as

segundo ele, as relações entre os fenômenos são estabelecidas pelo sujeito por meio de associação de sensações. Portanto, não admite a existência de algo como a gravitação como explicação (causal) da atração observada”. Denize Rubano e Melania Moroz. *Op. cit.*, p. 306.

<sup>21</sup> “Essa postura de Berkeley fica clara na resposta que apresenta nos *Diálogos*, quando questionado sobre o papel dos sentidos na conceituação da realidade, já que estes podem permitir ao homem enganar-se quando acredita ser a Lua uma superfície luminosa e plana ou quando crê estar dobrado ou curvado um remo cuja extremidade está mergulhada na água: ‘É que o erro não está nas idéias que atualmente percebe, e sim nas inferências que derivou das suas presentes percepções. No caso do remo, o que pela vista imediatamente percebe é sem dúvida alguma coisa quebrada: e quanto a isso não sai ele da verdade. Porém, se daí concluir que, depois de tirar o remo da água há de perceber nele a mesma dobra, ou que o remo lhe afetará o tato como as coisas dobradas costumam fazer – então cairá ele em erro. (...) O seu engano, todavia, não reside naquilo que percebe imediatamente e presentemente (seria em nós uma contradição manifesta o supormos que se poderia equivocar nesse ponto), senão que sim no juízo errôneo acerca das idéias que supõe associadas com aquelas que imediatamente percebeu; ou ainda sobre as idéias que ele acaso imagina, consoante o que percebe no momento presente, que em outras circunstâncias perceberá. O caso é, precisamente, o mesmo que se dá com o sistema de Copérnico. Não percebemos o movimento da Terra: mas seria errôneo o concluir-se daí que, se estivéssemos separados da mesma Terra pela distância a que nos achamos dos demais planetas – não perceberíamos o seu mover-se’ (*Diálogos*, III, p.109)”. *Idem*.

<sup>22</sup> *Op. cit.*, p. 28. Exemplifica Reale: “Quando enuncio, por exemplo, a lei que governa a dilatação dos gases, estou indicando de maneira sintética os fatos observados e os que necessariamente acontecerão sempre que as mesmas circunstâncias ocorrerem. Sendo a lei física uma expressão neutra do fato, qualquer lei, por mais que pareça, cede diante de qualquer aspecto fático que venha a contrariar o seu enunciado. Entre a lei e o fato, no mundo físico, não há que hesitar: prevalece o fato, ainda que seja *um só fato observado*; modifica-se a teoria, altera-se a lei”. *Idem*.

<sup>23</sup> “Uma norma que regula a produção de outra norma é aplicada na produção, que ela regula, dessa outra norma. A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Estes dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. É desafortunado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito. Com efeito, se deixarmos de lado os casos-limite – a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercitivo – entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior”. *Op. cit.*, p. 260-261.

questões jurídicas se resumem à sua percepção valorativa dos fatos e das normas. O fato, sem a percepção do aplicador do Direito, é mero evento natural desconhecido, que não existe juridicamente; a norma, sem a percepção do aplicador, é palavra ao vento. É a percepção humana, portanto, peça essencial da engrenagem do Direito, daí porque, na sua aplicação, o homem é, em todo momento, instado a perceber e dar significação a fatos segundo a incidência das normas jurídicas.

Não é foco deste estudo o exame de questões que certamente revelariam o alto grau de complexidade com que se dá a percepção dos fatos e sua subsunção às normas, mormente no que concerne ao fenômeno da linguagem e da comunicação humana. Os clássicos da filosofia e da hermenêutica há tempos vêm demonstrando que não se trata aí de mera operação mecânica e indiferente à pessoa do intermediário aplicador<sup>24</sup>. Edvaldo Brito bem destaca a importância, para a compreensão segura do Direito, de um preciso estudo da linguagem como entidade epistemológica e instrumento de comunicação que evitem a adoção de uma “teoria do acho” na Ciência Jurídica, salientando, todavia, que não se deve descambar para rigores exagerados típicos das ciências exatas.<sup>25</sup>

Para o que interessa aqui, busca-se tão-somente reconhecer e enfatizar a importância do *elemento valorativo* mencionado por Reale como inerente e indissociável da percepção e significação humana dos fenômenos postos à incidência do Direito, salientando a premissa antes

<sup>24</sup> Aludindo às descobertas de Heidegger sobre a estrutura prévia da compreensão e a inexistência de uma neutralidade na tarefa hermenêutica, Gadamer escreve que “aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e conseqüente possível – até que este acabe por não poder ser ignorado e derrube a suposta compreensão. Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem uma ‘neutralidade’ com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais”. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2004, p. 358. Pertinente também o pensamento de Habermas, ao destacar que “si los posibles correctivos contra las experiencias comunicativas engañosas están, por así decirlo, inscritos en la propia acción comunicativa, el científico social no puede asegurar la objetividad de su conocimiento recurriendo furtivamente al ficticio papel de un ‘observador desinteresado’ y huyendo así a un lugar utópico fuera del contexto vital que nos resulta comunicativamente accesible. Antes bien, tendrá que buscar en las estructuras generales de los procesos de entendimiento, en los que no tiene más remedio que introducirse, las condiciones de objetividad de la comprensión para averiguar si el conocimiento de esas condiciones le permite cercionarse reflexivamente de las implicaciones de su participación”. *Teoría de la acción comunicativa*. 4. ed. Madrid: Santillana Ediciones Generales; México: Taurus Humanidades, 2003, p. 173. Para um desejado aprofundamento no estudo do tema da hermenêutica jurídica, recomenda-se ainda a leitura de outras importantes obras tais como: *Hermenêutica*, de Richard E. Palmer; *Interpretacion de la ley y los actos jurídicos*, de Emilio Betti; *Ser e Tempo*, de Martin Heidegger; *Tratado da Argumentação – A Nova Retórica*, de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca; *Introdução ao Estudo do Direito*, de Tércio Sampaio Ferraz Jr, dentre outras.

<sup>25</sup> O jurista baiano salienta que as normas jurídicas, “ainda que não comportem os rigores analíticos do positivismo lógico, não podem deixar de ter interpretação conforme os axiomas que a convenção, na concepção institucional do Direito, plasmou em decorrência das relações da linguagem: a semântica, a sintaxe e a pragmática. Acontece, porém, que, em nome desta disciplina, descambou-se para *exageros*, a ponto de submeter-se o Direito, em certa época, à metodologia com a qual são tratados os objetos elaborados pela Natureza e, portanto, passíveis de configuração exata, ou os objetos ideológicos, como o da Matemática ou o da Lógica, que se submetem a formulações imutáveis desde que são figurações que obedecem a modelos preestabelecidos. Nem porque houve tais *exageros* deve-se festejar a ‘teoria do acho’, pela qual o Direito fica à mercê de uma relação comportamental (pragmática), desprestigiando-se a luz de um tratamento científico, à medida em que os juízos ficam subordinados às preferências por conclusões favoráveis a certos segmentos da vida social. Nem tanto, nem tão pouco... Procuramos, por isso, uma exatidão, sem ‘logicismo’, dado que a vida não segue a Lógica; mas uma exatidão mediante a Lógica, que é um método para o conhecimento verdadeiro da realidade”. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 12.

mencionada de que *sem a percepção humana não se produz o fenômeno jurídico*. Nas palavras de Arnaldo Vasconcelos, ao salientar a dialética intrínseca entre fato e valor, “não existe o fato bruto ou puro. O simples e instantâneo ato de vê-lo, de identificá-lo, importa já valoração e julgamento”.<sup>26</sup> Deveras, tal aspecto inerente à condição humana está presente em todas as áreas da ciência, tanto nas chamadas ciências da natureza, quanto nas ciências sociais, particularmente o Direito. A diferença está nos efeitos desencadeados a partir desta *valoração*: no tocante aos fatos naturais, o resultado busca ser meramente descritivo; no tocante aos fatos jurídicos, a valoração integra substancialmente a própria existência deles, sendo o resultado, portanto, essencialmente criativo.

À guisa de esclarecimento do quanto exposto neste tópico e apontando um exemplo na esfera do Direito Administrativo, o fato de um agente fiscal do trânsito perceber que um determinado veículo avançou sob o semáforo indicando o sinal vermelho (fato natural percebido pelos sentidos) pode levá-lo, a princípio, a autuar o condutor por infração à norma de trânsito (fato jurídico percebido a partir da inferência extraída do fato natural e da interpretação dada à norma jurídica). Mas, verificado posteriormente que o motorista estava, naquele momento, dirigindo-se a um hospital, transportando uma pessoa ferida e com risco de vida, o fato natural percebido, à luz do Direito, deve adquirir outra significação, levando-se em conta outros vetores normativos do sistema jurídico, notadamente os princípios constitucionais que consagram a dignidade da pessoa humana e o direito à vida. Sendo assim, cabe ao agente fiscal ou a algum órgão revisor do seu ato, novamente valorando o fato percebido e constatando o equívoco na inferência preliminar e na interpretação da norma aplicável à espécie, reconhecer a licitude da conduta praticada, não autuando o condutor (fato jurídico percebido a partir da nova inferência e interpretação).

Conclui-se deste exemplo que o fato em si não pode ser considerado jurídico ou antijurídico senão a partir do momento em que é percebido e recebe a significação dada pelo observador, seja este o próprio sujeito ativo da conduta, seja o outro que com ele mantém alguma relação jurídica.

---

<sup>26</sup> *Op. cit.*, p. 51. Por isso, acrescenta o doutor da Universidade de Fortaleza, “a contemplação descomprometida, ingênua, está vedada ao homem. Todo olhar está carregado de teoria, portanto, apto ao processo de individuação, de diferenciamento e de escolha. Tal se verifica não só no processo de captação, mas também no modo de representação do objeto. ‘Nossa linguagem – escreve Karl Popper – está impregnada de teorias: não existe enunciado de pura observação’. Só o empirismo tosco dos positivistas não percebeu essa evidência, que a teoria da ciência contemporânea elevou à categoria de postulado universal. (...) A prova dessa dialeticidade decorre simplesmente da evidência de que o valor não tem existência em si, senão em outras coisas. Essas outras coisas são os fatos. Desse modo, o pretense fato puro do Positivismo fenomenológico seria a pura esterilidade. O fato do Direito é, por definição, impuro, pois até chegar a ser jurídico, ele já passou por três qualificações: humano, social e, por exemplo, econômico. O fato existe para abrigar um valor, e o valor, para qualificar existencialmente um fato, fazendo daí nascer um novo ser. Assim: o valor juridicidade, ao incidir sobre um fato econômico, torna-o um novo fato, um fato jurídico”. *Idem*.

## 1.2 OS MÉTODOS DE APLICAÇÃO DO DIREITO

Toda atividade cognitiva do homem deve pressupor um *método*, no sentido da expressão grega *méthodos* (caminho para chegar a um fim<sup>27</sup>).

No campo do Direito, como visto, o método diz respeito essencialmente à atividade de percepção dos fatos jurídicos, que pode ser decomposta em duas atividades cognitivas básicas, associadas a uma terceira: i) a *percepção dos fatos* ocorridos no mundo natural; ii) a *percepção das normas* que integram o ordenamento jurídico. Ambas são desenvolvidas sob: iii) o crivo *valorativo* do aplicador.<sup>28</sup> É claro que tais atividades não ocorrem de modo linear e consciente, uma após a outra como num exercício de matemática. São raciocínios simultâneos e complexos que o aplicador desenvolve no momento em que percebe os fatos e as normas jurídicas a eles relacionadas.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> “Lat. *methodus*, do gr. *méthodos*, de *meta*, objetivo, finalidade, e *hodos*, caminho: caminho, direção, meio mais eficaz para atingir a meta, o objetivo”. Francisco da Silveira Bueno. *Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa*. Santos – São Paulo: Brasília Limitada, 1974, p. 2423. Maria Helena Diniz salienta a dificuldade em se apontar qual seria o método adequado ao estudo do Direito, considerando que “a escolha da metodologia por meio da qual se vai conhecer o direito está condicionada pelo sistema de referência daquele que pretende conhecer o direito da posição filosófica por ele assumida e dos critérios por ele adotados, pressupondo ainda uma reflexão sobre as finalidades cognoscitivas que ele aspira conseguir e sobre o tipo de conhecimento que deseja obter”. *Metodologia jurídica*. In: R. Limongi França (Coord). *Enciclopédia Saraiva do direito*, São Paulo, n. 52, p. 336-355, 1977.

<sup>28</sup> No tocante à metodologia jurídica, já se enunciou que a presente pesquisa segue o pensamento de Miguel Reale acerca da estrutura tridimensional do Direito. Sobre a importância do *método*, escreve Reale: “Método é o caminho que deve ser percorrido para a aquisição da verdade, ou, por outras palavras, de um resultado exato ou rigorosamente verificado. Sem método não há ciência. O homem do vulgo pode conhecer certo, mas não tem certeza da certeza. O conhecimento vulgar nem sempre é errado, ou incompleto. Pode mesmo ser certo, mas o que o compromete é a falta de segurança quanto àquilo que afirma. É um conhecimento parcial, isolado, fortuito, sem nexos com os demais. Não é o que se dá com o conhecimento metódico; quando dizemos que temos ciência de uma coisa é porque verificamos o que a seu respeito se enuncia. A ciência é uma verificação de conhecimentos, e um sistema de conhecimentos verificados. Seria simplesmente inútil percorrermos o mundo jurídico buscando a sua visão unitária sem dispormos dos métodos adequados para conhecê-lo, pois *cada ciência tem a sua forma de verificação*, que não é apenas a do modelo físico ou matemático”. *Lições preliminares de direito*, p. 10.

<sup>29</sup> Esta complexidade na interpretação da norma jurídica já vem sendo há muito destacada pelos jusfilósofos que identificam a estrutura circular do compreender (“círculo hermenêutico”). Escreve Karl Larenz que “uma vez que o significado das palavras em cada caso só pode inferir-se da conexão de sentido do texto e este, por sua vez, em última análise, apenas do significado – que aqui seja pertinente – das palavras que o formam e da combinação de palavras, então terá o intérprete – e, em geral, todo aquele que queira compreender um texto coerente ou um discurso – de, em relação a cada palavra, tomar em perspectiva previamente o sentido da frase por ele esperado e o sentido do texto no seu conjunto; e a partir daí, sempre que surjam dúvidas, retroceder ao significado da palavra primeiramente aceite e, conforme o caso, retificar este ou a sua ulterior compreensão do texto, tanto quanto seja preciso, de modo a resultar uma concordância sem falhas. Para isso, terá que lançar mão, como controle e auxiliares interpretativos, das mencionadas ‘circunstâncias hermenêuticamente relevantes’. (...) O processo do compreender tem o seu curso, deste modo, não apenas em *uma* direção, ‘linearmente’, como uma demonstração matemática ou uma cadeia lógica de conclusões, mas em passos alternados, que têm por objetivo o esclarecimento recíproco de um mediante o outro (e, por este meio, uma abordagem com o objetivo de uma ampla segurança). Este modo de pensamento, que é estranho às ciências ‘exatas’ e que é descurado pela maioria dos lógicos, é na Jurisprudência de um grande alcance. (...) As normas jurídicas são interpretadas para, por regra, serem ‘aplicadas’ a casos concretos. Na interpretação das normas jurídicas, só aparentemente se trata de um processo em que a norma aplicável se coloca, à semelhança de um metro articulado, sobre a situação de fato a julgar e este é por ele mensurado. Isto pressuporia, em primeiro lugar, que a norma aplicável estivesse já em si tão determinada que o seu verdadeiro conteúdo estivesse fora de questão. Se assim fosse, não careceria de interpretação. Em segundo lugar, isto pressuporia ainda que a situação fática a julgar estivesse já determinada em todos os seus elementos e que fosse também suscetível de se ajustar

Ante o quadro argumentativo exposto, parece assentado como estreme de dúvidas que os fenômenos naturais existem independentemente da percepção humana; a forma como o homem os percebe ou interpreta em nada afeta a sua essência naturalística<sup>30</sup>, senão apenas os descreve cientificamente. No Direito, ao revés, a depender da percepção e da inferência que o aplicador tenha do fenômeno natural<sup>31</sup> ocorrido, este adquire existência *jurídica*.<sup>32</sup> A aplicação do Direito se confunde com a sua própria produção nos casos concretos, tendo, como diz Eros Roberto Grau, caráter *constitutivo* e não, portanto, meramente declaratório.<sup>33</sup>

Reforçando isso, recorre-se ainda à lição de Calmon de Passos quando diz que ontologicamente nada pode ser considerado jurídico ou antijurídico na conduta humana, porquanto o jurídico “é *sentido e significação* que se empresta a determinados atos dos homens”, afirmando o jurista baiano, com confessado propósito de causar impacto, que “o direito não existe como objeto material”, só existindo “*depois de produzido*”.<sup>34</sup> Comunga nesse pensar Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, afirmando que “a aplicação da lei realiza-se através de um silogismo, do qual a lei é a premissa maior, a relação de fato é a premissa menor, e a aplicação concreta daquela nesta a conclusão”<sup>35</sup>. Cita o exemplo de uma lei estabelecendo a obrigatoriedade da extirpação de plantas frutíferas contaminadas por pragas, a partir do que o fiscal-agrônomo, interpretando a norma abstrata e verificando uma relação de fato entre certas plantas e uma das pragas especificadas na lei, emite a ordem concreta para a erradicação das plantas contaminadas, sob pena de execução de ofício por agentes públicos.<sup>36</sup> Ressalta-se com

---

precisamente ao modelo dado na norma. Tão-pouco é isto o que acontece. A maior parte das situações fáticas são por demais complexas”. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 285-294.

<sup>30</sup> Ressalvada, contudo, a aludida opinião de Berkeley, que nega veementemente a existência de algo exterior ao sujeito percipiente, rejeitando, com isso, a idéia de *essência* das coisas por si mesmas.

<sup>31</sup> A expressão aqui abrange todos os fatos detectáveis do mundo real, incluídos aí os fenômenos físicos da natureza e a própria conduta humana.

<sup>32</sup> Consoante ressalvado em nota anterior, pode em alguns casos haver um fenômeno jurídico sem um correspondente fenômeno natural, e se estará aí no terreno das *ficções* jurídicas. Cite-se, v.g., a *ficção* da existência de uma pessoa jurídica, quando se sabe não existir, no mundo natural, tal ente. Registre-se, contudo, que mesmo nesse caso poder-se-ia dizer que houve, sim, um fenômeno natural; não, é claro, o correspondente à real visualização da pessoa jurídica; mas, sim, aquele formado pela existência de uma norma jurídica (fato real) que considere determinado conjunto de pessoas físicas (fato real) como sendo uma única vontade. Além disso, não raro ocorre errônea percepção do homem, quando considera existente um fato natural não tenha ocorrido na realidade.

<sup>33</sup> “(...) interpretar/aplicar o direito é concretizá-lo, ir dos textos e dos fatos à norma jurídica e, em seguida, à norma de decisão, no desenvolvimento de uma prudência; por isso não existe, no direito, uma única solução correta, senão várias. Em síntese: a interpretação do direito tem caráter constitutivo – não, pois, meramente declaratório – e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para a solução desse caso, mediante a definição de uma norma de decisão. Interpretar/aplicar é dar concreção (=concretizar) ao direito. Neste sentido, a interpretação/aplicação opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção na vida”. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 142.

<sup>34</sup> *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v 3, p. 10-11.

<sup>35</sup> *Princípios gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, v 1, p. 343.

<sup>36</sup> *Idem*.

isso que a existência do fenômeno jurídico depende necessariamente da atuação do aplicador, partindo, como dito, da *percepção*<sup>37</sup> dos fatos postos à incidência de normas.

Surge, por conseguinte, a indagação sobre quais seriam os *aplicadores do Direito*. A isto responde Maria Helena Diniz, destacando o papel dos diversos órgãos estatais competentes (legisladores, autoridades administrativas, juízes ou tribunais) e até mesmo dos particulares em geral. Esclarece que o legislador aplica a Constituição ao editar leis, ao passo que tanto os administradores públicos, ao ditar atos administrativos, quanto os juízes e tribunais, ao sentenciarem, aplicam as normas gerais. Os particulares, por sua vez, também aplicam as normas gerais ao fazer seus contratos e testamentos.<sup>38</sup>

Com efeito, na vida em sociedade as pessoas, a todo o momento, funcionam como atores do cenário jurídico. Toda ação humana voluntária (e, em alguns casos, até mesmo as involuntárias<sup>39</sup>) tem uma significação jurídica, a começar pela inferência que lhe é dada pela própria pessoa que age. Em regra, todo comportamento não proibido é permitido<sup>40</sup> e seja qual for a hipótese (licitude ou ilicitude da conduta), é de um *fato jurídico* que se trata. Não constitui um paradoxo dizer que o ato *antijurídico* (no sentido do que se tem por descumprimento da determinação legal) é ao mesmo tempo *jurídico* (no sentido de que é objeto de significação dada pelo Direito). Algo somente pode ser reputado *ilegal* a partir da aplicação do Direito.

A simples obediência a uma determinação legal constitui ato de aplicação do Direito, na medida em que, consoante a análise sociológica de Recásens Siches, as “pessoas agem por sua vontade de determinado modo e não de outro, precisamente porque o Direito positivo prescreve aquela conduta”<sup>41</sup>. Eduardo Couture assinala que “el derecho se cumple por la adhesión natural de la conducta humana a sus previsiones hipotéticas”.<sup>42</sup>

<sup>37</sup> Utiliza-se aqui a expressão com o sentido mais amplo que lhe dá Carnelutti no tocante os aspectos envolvidos na aplicação do Direito, abrangendo a *representação* dos fatos, o exercício de *dedução* feito pelo aplicador e a *interpretação* da norma jurídica.

<sup>38</sup> *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 374.

<sup>39</sup> Como acontece, v.g., com os fatos que, segundo o Direito posto, constituem hipóteses de responsabilidade objetiva.

<sup>40</sup> Costuma-se dizer que esta idéia só valeria para os particulares, porquanto a Administração somente poderia fazer aquilo que a lei permite. Em outras palavras, enquanto o particular, ao agir, deve estar atento apenas se a lei não lhe proíbe, a Administração deve observar se a lei lhe autoriza a agir. Mas isso parece ser um mero jogo de palavras que apenas busca dar ênfase ao princípio da legalidade administrativa, no sentido de que ao administrador é proibido fazer aquilo que o legislador não tenha contemplado, expressa ou implicitamente. Ora, se o princípio da legalidade administrativa tem força normativa (isso não mais se discute, até porque expresso no art. 37 da CF/88) e, portanto, proíbe o administrador de fazer o que o legislador não contemplou, parece lógico que este mesmo princípio lhe permite fazer o que não está por ele proibido. Outrossim, conforme será visto em tópico posterior, a concepção de legalidade administrativa não se enquadra mais sob o paradigma liberal, que apenas enfocava o ato legislativo formal prescritivo de regras de ação. *Legalidade administrativa*, na contemporaneidade, envolve todos os vetores normativos do sistema jurídico-administrativo, mormente os de feição principiológica emanados da Constituição. Na verdade, a diferença está no fato de que, enquanto o particular tem a faculdade de agir quando a lei lhe permite (disponibilidade), cabe ao administrador sempre agir quando a lei prevê a sua atuação, pelo que todo poder administrativo se traduz, na essência, em um *dever* indisponível.

<sup>41</sup> Recásens Siches. *Tratado de Sociologia*. Porto Alegre: Editora Globo, 1965, v. 2, p. 693. Saliente-se que o fato de a maioria das pessoas não conhecer diretamente os textos legais não obsta que se estabeleça, na sociedade, uma consciência jurídica acerca do que se deve ou não fazer. Sob este aspecto, ainda que não se conheça a norma do art. 121 do Código Penal brasileiro, as pessoas sabem que não se deve cometer homicídios. Outrossim, a aplicação do Direito ocorre ainda quando não se cumpre as



Usando o mesmo exemplo do trânsito mencionado ao final do item 1.1 *retro* – mas, agora, sem a referida situação excepcional de prestação de socorro – tem-se que quando o condutor, diante do sinal vermelho, pára o veículo automotor que dirige, está aplicando o Direito a partir da sua própria *percepção* fática, que pode ser decomposta em etapas praticamente simultâneas de observação e compreensão: 1ª) o condutor percebe que a luz emitida pelo sinal é vermelha (percepção do fato natural a partir dos sentidos); 2ª) percebe que existe uma norma de trânsito dispondo que, diante do sinal vermelho, deve-se parar o veículo, e que nenhuma outra norma jurídica excepcional autoriza a se avançar o sinal naquela situação (percepção valorativa do fato natural e interpretativa do ordenamento jurídico); 3ª) percebe, então, a existência de uma ordem administrativa no sentido de parar o veículo e que, portanto, deve obedecer (percepção do fato jurídico e da conduta a ser praticada).

Entretantes, se o condutor do veículo, como no exemplo original aludido, estivesse se dirigindo ao hospital, transportando uma pessoa ferida e com risco de vida, a situação mudaria de enquadramento jurídico, segundo as seguintes etapas de percepção: 1ª) o condutor percebe que a luz emitida pelo sinal é vermelha, porém se encontra sob peculiar situação de emergência em que há risco de vida de uma pessoa acidentada (percepção do fato natural a partir dos sentidos); 2ª) percebe que, apesar de existir uma norma de trânsito dispondo que diante do sinal vermelho deve-se parar o veículo, outra norma jurídica, de grau superior, lhe autoriza a avançar o sinal naquela situação excepcional (percepção valorativa do fato natural e interpretativa do ordenamento jurídico); 3ª) percebe, então, que apesar da ordem administrativa no sentido de parar o veículo, deve desconsiderá-la tendo em vista outros mandamentos estatais superiores (percepção do fato jurídico e da conduta a ser praticada).

O mesmo acontece quando as pessoas praticam atos no exercício regular de seus direitos, firmam contratos, testamentos ou até quando praticam atos ilícitos, já que, como antes dito, mesmo a existência de um ato antijurídico pressupõe uma atividade de aplicação do Direito por parte do sujeito que descumpra volitivamente a norma de conduta. Destarte, em se tratando de deliberação sobre nossa própria conduta pessoal, somos, em regra, os primeiros aplicadores do Direito<sup>43</sup>, e é exatamente isso que justifica que possamos vir a ser responsabilizados por nossos atos antijurídicos. Em suma, todo sujeito capaz atua como aplicador do Direito, simplesmente deliberando sobre sua conduta pessoal, exercendo a sua percepção e inferência a partir dos fatos que por ele são captados do mundo natural.

---

normas de conduta, isto é, mesmo os atos antijurídicos são resultado de um processo que envolve a percepção do agente acerca de como deveria agir, mas espontaneamente não o faz.

<sup>42</sup> *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979. t 2, p. 120.

<sup>43</sup> A assertiva é genérica, mas não se olvida que a deliberação da conduta dos incapazes demanda representação ou assistência. Não se ignora também os instrumentos de delegação de vontade.

Os agentes estatais também aplicam o Direito ao exercerem as suas respectivas funções, atuando como legisladores, juízes ou administradores públicos. Os legisladores editam atos normativos gerais e abstratos consubstanciados basicamente na aplicação dos mandamentos jurídicos dispostos na Constituição. Segue-se aí a atuação dos administradores públicos, gerenciando os meios adequados de aplicação da lei aos casos concretos submetidos ao império estatal em prol do interesse da coletividade, bem como a atuação dos juízes nas situações de litígio que demandam soluções a serem impostas pelo Estado visando à pacificação social.<sup>44</sup>

Aplicando assim o Direito, os agentes estatais não deliberam sobre suas condutas particulares, eis que atuam como braços do ente estatal que integram e segundo os *deveres-poderes* (Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>45</sup>) que lhes foram imputados pela ordem jurídica. Na função legislativa, a aplicação não costuma produzir efeitos imediatos sobre indivíduos específicos, porquanto os comandos normativos são, em regra, gerais e abstratos, isto é, direcionados a pessoas indeterminadas que vierem a se enquadrar na situação hipotética descrita na lei. Já no exercício das funções administrativa e jurisdicional, os atos de aplicação comumente geram efeitos sobre interesses de pessoas determinadas e em casos concretos<sup>46</sup>.

A principal diferença entre a aplicação do Direito pelos particulares e a aplicação do Direito pelos agentes estatais está no processo de percepção. A palavra *processo* é aqui empregada no aludido sentido de caminho para se alcançar o conhecimento, isto é, de *método*.

---

<sup>44</sup> Identificam-se aí as três espécies de atos estatais, correspondentes à clássica tripartição de poderes: *atos legislativos*, *atos administrativos* e *atos jurisdicionais*. Ressalte-se que os chamados *atos políticos* não consubstanciam uma categoria específica de atos estatais ao lado destas três espécies, mas, sim, uma mera qualificação que se dá a tais atos nos casos em que envolvam questões de alta discricionariedade a cargo das autoridades políticas da nação, cujas escolhas apenas encontram balizas nos ditames constitucionais. Assim, os atos legislativos são, por sua própria natureza, atos políticos, o mesmo ocorrendo com determinados atos administrativos praticados pelo governo, v.g., na adoção de políticas públicas. Quanto aos atos jurisdicionais, em que pesem as controvérsias sobre sua eventual natureza política, poderiam ao menos ser indicados aqueles praticados pelo Supremo Tribunal Federal ao decidir sobre altas questões que definem o destino político do país. No entender de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “é apenas o *conteúdo político* que o distingue, em razão da *ampla discricionariedade* de que goza o ente, órgão ou agente para praticá-lo, o que por vezes ocorrerá no ato administrativo, estará quase sempre presente no ato legislativo e aparecerá, mais raramente, no ato judicial, sem que, em razão disso, se caracterize um novo gênero de atos, ao lado do administrativo, do legislativo e do judicial. Será, pois, esse *conteúdo amplamente discricionário*, e apenas ele, que não poderá ser alterado pelo exercício do controle judiciário, pois a sindicabilidade da sua sujeição à ordem jurídica não está protegida por qualquer sorte de imunidade, do mesmo modo que, de resto, ocorre com o conteúdo de qualquer ato discricionário”. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: 2002, p. 132.

<sup>45</sup> “A Administração exerce *função*: a função administrativa. Existe função quando alguém está investido no *dever* de satisfazer dadas finalidades em prol do *interesse de outrem*, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são *instrumentais* ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do *dever* posto a seu cargo. Onde, quem os titulariza maneja, na verdade, ‘deveres-poderes’, no *interesse alheio*”. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 43.

<sup>46</sup> Destacou-se aqui os aspectos gerais que definem as funções estatais. Não se olvide, é claro, de algumas situações funcionais que fogem a estes aspectos, tal como acontece com os atos legislativos de efeitos concretos (atingem pessoas determinadas), com os atos administrativos normativos (regulamentos executivos) e com os atos jurisdicionais no exercício do controle concentrado de constitucionalidade (aplicação abstrata das normas constitucionais).

### 1.2.1 A Aplicação do Direito pelos Particulares

Em se tratando de relações jurídicas envolvendo interesses particulares, os *métodos* de conhecimento empregados na percepção de fatos e normas são, em regra, livremente adotados pelos sujeitos envolvidos, segundo a sua vontade. Como reza o art. 107 do Código Civil brasileiro, “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

Destarte, o modo de proceder na aplicação do Direito não demanda maior atenção pelos particulares, salvo em situações peculiares nas quais o ordenamento jurídico impõe determinados métodos de percepção e, com isso, restringe o campo de valoração dos particulares, à guisa de resguardar interesses considerados de ordem pública (indisponíveis). É o que acontece, por exemplo, quando a legislação trabalhista prevê a necessidade de homologação sindical das rescisões de contratos empregatícios para fins de quitação.<sup>47</sup> Nesse caso, por razões de proteção ao hipossuficiente, a lei obsta a livre percepção fática e a interpretação das normas pelo próprio empregado no momento da rescisão, transferindo ao órgão sindical o mister de apreciar os fatos ocorridos durante a relação trabalhista e, à luz da legislação celetista, inferir quais são as verbas a que faz jus o empregado demitido. Noutras situações, são os próprios particulares que de antemão estabelecem métodos específicos de aplicação do Direito, como forma de proteger os seus interesses em determinadas situações que especificam. Tal ocorre, *v.g.*, nos procedimentos de deliberação previstos em estatutos de associações e sociedades, como forma de regular a tomada de decisões por seus administradores.

Mas a regra para os particulares, como dito, é a *liberdade de método* na aplicação do Direito, pelo que o seu modo de percepção dos fatos segue a sua própria vontade. Uns são mais cuidadosos, outros menos, mas é do seu próprio interesse (disponível) que se cuida.

---

<sup>47</sup> Consoante dispõe o art. 477, §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n. 5.452/43), “o pedido de demissão ou recibo de quitação de rescisão do contrato de trabalho, firmado por empregado com mais de 1 (um) ano de serviço, só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho”.

### 1.2.2 A Aplicação do Direito pelo Estado

No contemporâneo Estado Democrático de Direito, toda e qualquer atuação do Estado deve ter por móvel o interesse público. Os agentes estatais, nesta condição, não deliberam sobre interesses privados, sejam próprios ou de terceiros, senão prioritariamente tendo em mira os anseios da coletividade.

Sendo, em sua essência, *indisponíveis* os interesses envolvidos nas atividades destes agentes – legisladores, administradores ou juízes –, os atos de aplicação do Direito a eles incumbidos devem ser necessariamente praticados por meio de *métodos* que sejam condizentes com aquela indisponibilidade. Daí dizer que tais atividades devem estar marcadas por adequados *processos* de aplicação do Direito Público, que, por isso mesmo, jamais poderiam ser deixados à livre escolha do agente.

Com amparo na feliz expressão de Carnelluti ao tratar do “método para julgar os homens”, Edvaldo Brito define *processo* como “o conjunto de atos, praticados em seqüência, desenvolvidos ordinariamente por quem se incumbe de procurar, de pesquisar a verdade”.<sup>48</sup> Tem-se assim que, para bem aplicar o Direito ao legislar, ao administrar ou ao julgar, o Estado deve seguir procedimentos metodológicos que sejam adequados às peculiaridades de cada uma dessas atividades públicas. Por isso, consoante será minuciosamente abordado em tópico posterior, todas as atividades estatais devem ser desempenhadas segundo *devidos processos legais*, distribuídos entre três espécies correspondentes às suas funções: o *processo legislativo*, o *processo administrativo* e o *processo jurisdicional*.

Sem olvidar da unicidade do Direito posto em uma sociedade e que a divisão da Ciência Jurídica em ramos de estudo visa, sobretudo, racionalizar o aprendizado segundo as especificidades de cada campo de regência normativa, pode-se em linhas gerais identificar que, no Brasil, as normas que regem a atividade típica do Estado-legislador (processo legislativo) são estudadas predominantemente pelo Direito Constitucional, enquanto as que regem a atividade do Estado-juiz (processo jurisdicional) têm o estudo distribuído por ramos voltados para todas as áreas específicas de atuação judicial, quais sejam o Direito Processual Civil, o Direito Processual

---

<sup>48</sup> *Opiniões jurídicas*. Divulgação de opiniões jurídicas expostas perante a Federação do Comércio do Estado da Bahia, a Universidade Federal da Bahia e a Associação Bahiana de Medicina. Salvador, 1974, p. 46.

do Trabalho, o Direito Processual Penal, o Direito Processual Penal Militar e o Direito Processual Eleitoral.

O objeto da presente pesquisa constitui tema não apenas do *Direito Processual Administrativo* (que a doutrina incorpora ao que classicamente se estuda sob a rubrica genérica de “Direito Administrativo”), mas também de seus “irmãos mais novos”: o Direito Processual Tributário, o Direito Processual Previdenciário, o Direito Processual Ambiental, o Direito Processual Urbanístico, dentre outros ramos cada vez mais especializados da Ciência Jurídica e que estudam as regras e princípios jurídicos regentes das mais diversas atividades do Estado-administrador.

A abrangência do que se entende por *Direito Processual* está diretamente relacionada com o alcance que se dê, na Ciência Jurídica, ao termo *processo*. Tradicionalmente sempre se pensou em processo como atividade restrita ao âmbito do jurisdicional e contencioso. Mas como será argumentado adiante, todos os passos do Estado devem seguir processos (devido processo legal) que não se traduzem apenas na adoção de um procedimento por autoridade competente (aspecto formal), mas, também, no necessário respeito aos direitos individuais, notadamente a garantia de ampla defesa (aspecto substancial). Neste sentido lato, o processo equivale à idéia de um *método* adequado a ser adotado por todos os agentes estatais na valoração dos fatos jurídicos postos à sua percepção.

### 1.3 A PROCESSUALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO

#### 1.3.1 A Concepção Contemporânea dos Atos Administrativos

Em se tratando de atuação da Administração Pública (Estado-administrador), a aplicação do Direito, em regra, é feita por meio de suas manifestações unilaterais<sup>49</sup> denominadas

---

<sup>49</sup> Em sentido estrito, o *ato administrativo* consiste na “declaração *unilateral* do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos *concretos* complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado), expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”. Celso Antônio Bandeira de Mello. *Elementos de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 119.

*atos administrativos*.<sup>50</sup> Diz-se “unilaterais” porque são os agentes estatais que deliberam sobre o modo e o momento em que irão desempenhar as suas atividades, bem como sobre o seu conteúdo. Os administrados atingidos pela atuação estatal nada decidem acerca do *método* adequado a ser empregado pela Administração. E fora os raros casos em que a lei vincula ao máximo a atuação administrativa, sempre haverá considerável espaço de escolha para que os agentes administrativos façam opções sobre o caminho a seguir.

Têm-se, nestes casos, situações de potestade pública, em que a percepção do particular praticamente de nada vale, sujeitando-se juridicamente à do agente administrativo, não como um simples ato natural de força, mas como ato de aplicação do Direito Administrativo<sup>51</sup>, típica forma de expressão do poder soberano do Estado. Mesmo nos casos em que a atuação administrativa é provocada por particulares (v.g., um pedido de licença ou de autorização), o processo decisório fica sob o exclusivo crivo do administrador.

Em que pese a crescente evolução pela qual vem passando o Direito Administrativo, com a instituição de novas figuras de relacionamento entre a Administração e os particulares (contratos de gestão, termos de parceria, parcerias público-privadas etc.), o ato administrativo ainda é considerado o instrumento predominante entre as formas de intervenção estatal.<sup>52</sup> Tratando-se de “manifestação unilateral de vontade da administração pública, que tem por objeto

<sup>50</sup> Ressalve-se que a aplicação do Direito pela Administração pode ser feita também por meio de *contratos administrativos*, *atos complexos* e outros instrumentos de gestão administrativa. Além disso, a doutrina aponta outros atos praticados pela Administração sujeitos a disciplina peculiar que não se enquadra na tipologia estrita dos *atos administrativos*. Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, menciona a existência de *atos regidos pelo direito privado*, “como, por exemplo, a simples locação de uma casa para nela instalar-se uma repartição pública”, os *atos materiais*, “tais o ministério de uma aula, uma operação cirúrgica realizada por médico no exercício de sua atividade como funcionário, a pavimentação de uma rua etc.”, os *atos políticos ou de governo*, “praticados com *margem de discricão* e diretamente em obediência à Constituição, no exercício de função puramente política, tais o indulto, a iniciativa de lei pelo Executivo, sua sanção ou veto”. *Op. cit.*, p. 117.

<sup>51</sup> Muitos doutrinadores fazem a distinção entre atos e *atos administrativos*, com base no elemento de manifestação de vontade, apenas presente nos atos. Nessa linha, os *atos administrativos* seriam meras operações de natureza material despidas de declaração de vontade do agente. Segundo Cretella Júnior, *fato administrativo* é “qualquer *ato material* praticado pelo Estado no exercício da administração, como, por exemplo, a demolição de edifícios, o fechamento de uma casa, em obediência a decisão da polícia, a dispersão de manifestantes que perturbam a ordem pública, a expulsão de estrangeiro indesejável, a detenção policial de delinqüente, a apreensão de gêneros alimentícios estragados”. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, v. 2, p. 16. Todavia, concordamos com Agustín Gordillo quando salienta a dificuldade de se sustentar, na prática, esta distinção: “La distinción entre acto y hecho no siempre es fácil, en la práctica, por cuanto el hecho también es en alguna medida expresión de voluntad administrativa; pero en líneas generales puede afirmarse que el acto se caracteriza porque se manifiesta a través de declaraciones provenientes de la voluntad administrativa y dirigidas directamente al intelecto de los particulares a través de la palabra oral o escrita, o de signos con un contenido ideográfico (el gesto del agente de tránsito al elevar el brazo para detener el tránsito; las señales usuales de tránsito, tales como flechas, círculos, etc.); el hecho, en cambio, carece de ese sentido mental y constituye nada más que una actuación física o material. Si bien en cualquier hecho o actuación material de la administración podemos deducir cuál ha sido la voluntad que lo ha precedido (del hecho de que se haya colocado una barrera en una calle, podemos deducir que se la ha querido cerrar al tránsito; del hecho de que se quite la barrera deducimos que se ha decidido abrirla nuevamente), no por ello habrá allí un acto: para que exista acto es necesario que encontremos esa declaración de voluntad que se manifiesta intelectivamente y no a través de su directa ejecución”. *Tratado de derecho administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey. t 1, p. X-2.

<sup>52</sup> Como escreve Hans Meyer, “es el acto administrativo el instrumento capital, absolutamente dominante, entre las formas de intervención de las que hace uso la Administración Pública. El acto administrativo, en efecto, constituye el medio, unilateral y vinculante, del que se sirve la Administración para crear, suprimir, modificar o declarar, también, con carácter obligatorio, una situación jurídica. Y, además, puede ejecutarse a través de los medios de coacción forzosa en contra de la voluntad de su destinatário. El acto administrativo, por consiguiente, es la típica forma de expresión del poder soberano”. El procedimiento administrativo en la República Federal de Alemania. In: Javier Barnes Vazquez (coord.). *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*. Madrid: Editorial Civitas, 1993, p. 291.

constituir, declarar, confirmar, alterar ou desconstituir uma relação jurídica, entre ela e os administrados ou entre seus próprios entes, órgãos e agentes”<sup>53</sup>, o ato administrativo busca realizar, tornar concretas, aquelas condutas úteis ou, ainda, punir as condutas nocivas, todas previstas abstratamente pela lei, sejam condutas praticadas pelos administrados, sejam as praticadas pelos agentes da própria Administração.

Os efeitos do ato administrativo são aqueles típica e expressamente fixados na lei ou, ainda, aqueles que a lei autorize a fixação discricionária pela Administração Pública, tendo por finalidade o atendimento do interesse público. Na verdade, em se tratando de atividade administrativa, são inúmeras as situações em que os agentes públicos se deparam com certa margem de liberdade (discricionariedade) para, interpretando a norma jurídica e valorando o fato posto à sua percepção, decidir pela melhor conduta a ser seguida no intuito de cumprir a lei.<sup>54</sup>

Como exemplos de atos administrativos, podem-se citar a licença de pesca, a nomeação de servidor público, a ordem de serviço, o alvará de construção, o auto de infração de trânsito, o parecer administrativo, o confisco de mercadoria etc. Cumpre destacar que é da essência de muitos atos administrativos a produção de efeitos sobre interesses específicos dos particulares administrados, daí porque o seu estudo nos moldes aqui tratados – como atos de aplicação do Direito – demanda cuidadosas considerações que levem em conta a confiança social na atuação do aplicador e a sua responsabilidade, bem como os critérios formais que exteriorizam o seu modo de conduta.

Sob tais aspectos, é importante registrar que os atos administrativos não se submetem a um único regime de produção. Segundo aponta a doutrina, há atos administrativos que, por sua natureza, não demandam maiores formalidades e produzem efeitos praticamente instantâneos e imediatos, inclusive atingindo interesses particulares.<sup>55</sup> Outros, porém, não devem ser

---

<sup>53</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *Op. cit.*, p. 132.

<sup>54</sup> Consoante assinala Renato Poltronieri, “existem situações fáticas que não podem ser previstas em todas as suas vertentes ou simplesmente não são previstas pelas normas jurídicas que acabam prescrevendo uma atuação em aberto à administração, de forma disjuntiva, ou seja, a atuação será fundada em: (i) conceitos imprecisos no fato antecedente ou ato conseqüente (hipótese da norma) sem uma definição pré-determinada no mundo empírico que fará deflagrar o comando da norma; (ii) uma faculdade da administração decidir sobre ‘agir’ ou ‘omitir-se’ no ato conseqüente, expedindo ou não o ato, apreciando sua oportunidade, definindo a forma jurídica e a competência para a medida; e (iii) mais de uma forma para a sua atuação diante de um ou vários fatos antecedentes. Igualmente definidos e apresentados neste trabalho como atos administrativos discricionários. A discricção administrativa pode residir na hipótese da norma, no caso de ausência explícita do pressuposto de fato, ou no caso de o pressuposto de fato ter sido descrito por palavras (legislação) que recobrem conceitos vagos, fluidos ou imprecisos. Pode residir no comando da norma, quando nele se inculca ao administrador certa margem de liberdade para decidir-se se pratica ou se não pratica dado ato e em que momento o faz mediante que forma jurídica o revestirá ou, ainda, que ato pratica diante daquelas situações fáticas. Pode residir, por fim, na finalidade da norma, pois, como ela serve de diretriz para a intelecção dos demais elementos da estrutura lógica da norma, se a finalidade é um valor e se os valores não são unissignificativos, a fluidez na finalidade influencia a determinação do pressuposto de fato”. *Discricionariedade dos atos administrativos e a ambigüidade da norma jurídica positiva*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 200-201.

<sup>55</sup> Em vista disso, José dos Santos Carvalho Filho aponta que “nem sempre a prática do ato administrativo reclama a formalização prévia por processo administrativo como instrumento da formação da vontade administrativa. Dependendo da natureza do ato, pode o agente que transmite a vontade administrativa fazê-lo sem que seja esta precedida por qualquer tipo de procedimento

produzidos sumariamente, necessitando da prévia adoção de mecanismos formais de elaboração e controle, para que somente depois possam ser editados e gerar efeitos.

Surgiu daí a noção doutrinária de *procedimento administrativo*, remetendo-se a “hipóteses em que os resultados pretendidos são alcançados por via de um conjunto de atos encadeados em sucessão itinerária até desembocarem no ato final”<sup>56</sup>, pelo que se torna importante o exame das fases que, por determinação legal, podem vir a anteceder a edição dos atos administrativos, tais como a realização de vistorias ou inspeções, a prestação de informações, a elaboração de pareceres, dentre outras situações que a lei reputar necessárias.

Odete Medauar cita o pensamento de Feliciano Benvenuti no sentido de que “a concretização do poder em ato nem sempre é instantânea; entre poder e ato há qualquer coisa relativa ao ‘fazer-se ato’ que é a função”<sup>57</sup>, razão pela qual “a história do ato é sempre procedimento e todo procedimento é o modo de fazer-se o ato”<sup>58</sup>. Pugna, assim, pela superação da visão estática da atividade administrativa correspondente à noção atomista, em prol de uma visão dinâmica que focalize o ato no seu formar-se e nos seus vínculos instrumentais.<sup>59</sup>

Em obra específica e aprofundada sobre o tema – intitulada “Processualidade no Direito Administrativo” – Medauar destaca a evolução doutrinária havida nos estudos do fenômeno da *processualidade* no exercício dos três poderes estatais, dentre eles a função típica da Administração Pública, o que pouco a pouco levou à adoção de mecanismos legais que assegurassem a progressiva aproximação entre Administração e administrado, o cuidado na fixação de parâmetros para a atividade administrativa, em especial a discricionária, bem como garantias prévias a serem propiciadas aos cidadãos nas atuações administrativas no tocante aos momentos que antecedem a edição dos respectivos atos<sup>60</sup>. Também Alberto Xavier faz alusão à tese funcional de Benvenuti, segundo a qual a função se desenvolve no tempo, implicando uma

---

formal administrativo”. *Processo administrativo federal (comentários à Lei n. 9.784, de 29/1/1999)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 12.

<sup>56</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. *Op. cit.*, p. 149.

<sup>57</sup> *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 209-210.

<sup>58</sup> *Idem*.

<sup>59</sup> Esclarece a autora que “na concepção atual, o procedimento administrativo configura meio de atendimento de requisitos de validade do ato administrativo. Além disso, propicia o conhecimento do que ocorre *antes* que o ato faça repercutir, sobre os indivíduos, os seus efeitos, portanto, permite verificar como se realiza a tomada de decisões; e assim contribui para conferir-lhe maior grau de objetividade. (...) Nesse entendimento, o ato administrativo se torna produto do exercício da função, deixando-se de considerá-lo como expressão pré-constituída de uma autoridade privilegiada. O caráter processual da formação do ato administrativo contrapõe-se, desse modo, a operações internas e secretas, à concepção dos *arcana imperii*, dominante na época do poder absoluto, lembrada por Bobbio ao discorrer sobre a publicidade e o poder invisível, considerando essencial à democracia um grau elevado de visibilidade do poder”. *Idem*.

<sup>60</sup> *Processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 16.



série de atos e fatos sucessivos que representam “a estrada através da qual passa o poder para concretizar-se num ato”.<sup>61</sup>

Desde a transição do Estado liberal para o Estado social e deste para o “Estado pós-social”<sup>62</sup>, ocorreu uma gradativa mudança de paradigmas acerca da atuação da Administração Pública, inicialmente centrada na figura do ato administrativo e numa dogmática voltada ao exame da sua validade e eficácia<sup>63</sup>, passando depois a doutrina e a jurisprudência a dar maior atenção ao aspecto instrumental da *atividade administrativa*<sup>64</sup> consubstanciado no *processo administrativo*.<sup>65</sup> O ato administrativo continua sendo o predominante instrumento de

<sup>61</sup> “Relacionando os conceitos de ato, função e ‘procedimento’, Benvenuti expôs uma teoria que representa um contributo valioso para o problema que nos ocupa. Para este autor, função é a concretização de um poder, ou seja, a sua transformação em ato, mediante a sua aplicação a uma certa realidade. ‘Quando falta uma instantaneidade entre o poder e o ato, existe qualquer coisa que, enquanto se concretiza, não é já poder, mas não é ainda ato’ (...) ‘Este momento do poder, este diferenciar-se do poder, este fazer-se do ato, que tem já uma individualidade jurídica precisa e própria, além da lógica real, chamo função’. Como a função se desenvolve no tempo, ela implica uma série de atos e fatos sucessivos que representam, na expressão do autor, ‘a estrada através da qual passa o poder para concretizar-se num ato’, e que é precisamente o processo. Desempenha este, relativamente à função, o papel de forma externa, no sentido de sua manifestação sensível. Processo e função são, pois, duas realidades inseparáveis, correspondendo respectivamente ao aspecto formal e substancial de um fenómeno único – o exercício no tempo de um poder”. *Do procedimento administrativo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, p. 27-28.

<sup>62</sup> Terminologia empregada por David Duarte ao destacar “o caráter autoritário da Administração liberal que, no envolvimento da separação entre o Estado e a Sociedade, se insere num quadro de conseqüente redução e minimização do interesse público primário e, genericamente, do âmbito de fins estaduais que são realizáveis, quase exclusivamente, por meios de intervenção jurídica unilateral. A ampliação dos fins estaduais é, de entre os fatores evolutivos da realidade administrativa, aquele que é decisivo para a demarcação de uma fronteira a partir da qual se inicia uma nova fase com conseqüências procedimentais. (...) É aqui que se criam as condições para o surgimento de uma disciplina conformadora dos procedimentos de decisão administrativa. O incremento da Administração de tipo social, excluindo esta última vertente de intervenção dos particulares, que enceta um novo esquema de Administração, não fez perder, contudo, o caráter marcadamente autoritário do Estado. Um dos pontos de seqüência entre a Administração liberal e a Administração de tipo social reside na continuidade dos instrumentos jurídicos operativos. Tanto num caso como no outro, a intervenção jurídica da Administração baseia-se generalizadamente nas figuras do ato e do regulamento, cuja iconologia cratológica se percebe como formas de atuação unilateral tipicamente autoritárias. (...) Se na transição do Estado liberal para o Estado social é decisiva a modificação do leque de interesses sociais a prosseguir no intuito de satisfazer as prestações vitais, na transição do Estado social para um ainda indeterminado Estado pós-social parece que o critério de faseamento histórico irá residir nos modos de atuação administrativa e no aparecimento de formas de conformação multilateral dessa atividade”. *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 32-35.

<sup>63</sup> Escreve Marcelo Caetano que “o tema central do Direito Administrativo moderno é, sem dúvida, constituído pela teoria do ato administrativo. Os autores começaram a empregar usualmente a expressão ato administrativo nos princípios do presente século. Decerto, por influência do conceito de ato jurídico que no século anterior surgira na dogmática civilista trazido pelos autores alemães e italianos. Creio mesmo que a primeira aplicação prática da idéia do ato jurídico, antes da formulação teórica desta noção, terá sido a do *ato de comércio* aparecida nos Códigos Comerciais do século XIX”. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

<sup>64</sup> Vasculhando tradicionais obras do Direito Administrativo nacional, constata-se a preocupação da doutrina em apontar a diferença entre o “ato administrativo” e a “atividade administrativa”. Castro Nunes cita a clássica lição de Bielsa ao distinguir “o ato propriamente dito da ‘atividade administrativa’, isto é, da *ação* dos agentes incumbidos da execução dos atos oficiais, o que corresponde à distinção conhecida no direito civil entre *atos* e *fatos* jurídicos”. *Da Fazenda Pública em juízo*. 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1960, p. 328. Faz menção ainda à classificação de Teixeira de Freitas ao “distinguir na exposição do direito administrativo o procedimento da autoridade, adotando esta ou aquela medida, e a ação dos agentes que executam a decisão administrativa. Assim, diz ele, exemplificando, a demolição de um edifício, o fechamento ou interdição de um local, o seqüestro e destruição de gêneros deteriorados etc., são *fatos* correspondentes à ação ou atividade da administração, e não *atos administrativos*, locução que tem um sentido mais restritivo e, via de regra, formal”. *Idem*, p. 329. Todavia, parece que esta distinção não mais se sustenta no Estado de Direito contemporâneo, em que o ato administrativo deve ser analisado segundo todo o contexto procedimental e substancial de sua formação, que se estende desde a percepção do agente público sobre os fatos subjacentes à aplicação do Direito até a execução de medidas materiais daí decorrentes.

<sup>65</sup> Em vista disso, Rafael Munhoz de Mello escreve que “o processo administrativo ocupa hoje posição de destaque na teoria do Direito Administrativo. Há quem sustente que atualmente, num Estado Social e Democrático de Direito, o processo administrativo seja mesmo o conceito central de Direito Administrativo, ocupando o espaço que foi reservado durante muito tempo ao ato administrativo. O ato administrativo, tal qual concebido pela doutrina clássica do Direito Administrativo, tornou-se insuficiente para explicar todas as manifestações da Administração Pública, que aumentaram de modo notável com o advento do chamado Estado Social de Direito. Daí a crescente relevância do processo administrativo, fenómeno presente em toda manifestação da função administrativa, independentemente da natureza do ato final produzido no seu exercício. (...) A

intervenção da Administração Pública, porém, as atenções se voltam para os pressupostos necessários à sua regular formação por meio de um adequado procedimento.

Em recente colóquio realizado em Salvador–BA, sobre o tema do processo administrativo<sup>66</sup>, Egon Bockmann Moreira ressaltou que “os diplomas legislativos vêm atribuindo uma dignidade ímpar ao processo administrativo – reconhecendo o seu papel sobranceiro frente a um Estado Democrático de Direito”<sup>67</sup>, pelo que “não mais é possível entender o processo administrativo como há tempos atrás se dava: somente uma figura secundária, um singelo ‘direito adjetivo’ do Direito Administrativo material”.<sup>68</sup> Deu-se desta forma o que ele chamou de “giro de Copérnico do ato para o processo”.<sup>69</sup>

Destacando a importância da fundamentação *substancial* dos atos da Administração, de uma vontade construída procedimentalmente e calcada em todo o material justificativo em que devem se apoiar as suas decisões, Luís Filipe Colaço Antunes salienta que “o palco do ato é o procedimento e não apenas o ato final”<sup>70</sup>, permitindo que se possa “percorrer substantivamente

conveniência da análise do processo administrativo parece indiscutível. O ato administrativo é o resultado de uma atividade que se desenvolve através do processo administrativo”. Processo administrativo, devido processo legal e a Lei n. 9784/99. *Revista de Processo Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 227, p. 83-104, 2002, p. 84.

<sup>66</sup> XVIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, realizado de 15 a 17 de setembro de 2004.

<sup>67</sup> O processo administrativo no rol dos direitos e garantias individuais. In: Edgar Guimarães (Coord.). *Cenários do direito administrativo: Estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Decálogo Livraria Editora, 2004, p. 178-179.

<sup>68</sup> *Idem*.

<sup>69</sup> “A compreensão contemporânea do Direito Administrativo exige uma radical mudança de ângulo em sua abordagem científica. Isso porque não se pode defender uma postura que prestigie um só dos lados na relação jurídico-administrativa, a ponto de celebrar a possibilidade de uma só das personagens nela envolvidas (a Administração) impor as soluções. Por mais adequados que possam ser os atos assim emanados e por mais obedientes ao princípio da legalidade que eles sejam, não se pode permanecer insistindo na lógica da ‘declaração unilateral de vontade administrativa, visando a produzir efeitos de direito’. A *décision exécutoire* de Hauriou não é mais o eixo em torno do qual gira o Direito Administrativo contemporâneo. Ao contrário: o Direito Administrativo evoluiu para um momento no qual se exige um prestígio não só à lei que outorga competência à Administração, mas também à consensualidade na produção dos atos administrativos. Em vista a celebração, tanto na Constituição como nas leis ordinárias, de preceitos que asseguram a participação democrática das pessoas privadas quando da elaboração dos provimentos administrativos (tanto aqueles que as beneficiem diretamente como aqueles nos quais elas sejam apenas interessadas), exige-se que se abra mão do culto (ou mito) ao ato unilateral”. *Ib idem*, p. 185-186.

<sup>70</sup> *Para um direito administrativo de garantia do cidadão e da administração*. Coimbra: Almedina, 2000, p.19. Assim discorre Antunes: “Superada a concepção voluntarístico-subjetiva da atividade administrativa, confrontam-se historicamente duas teorias em torno da fundamentação do ato: a concepção formalista que, atenta a natureza discricionária do ato, sobrevaloriza uma motivação enunciativa em relação direta com o controle jurisdicional por desvio de poder, e a concepção substancial que acentua a natureza procedimental do ato, em sintonia que acentua a natureza procedimental do ato, em sintonia com uma crescente simpatia pela fundamentação *per relationem*. No que toca à corrente substancialista, esta começou por expurgar os elementos (motivos) voluntarísticos da reconstrução jurídica do ato, para os substituir pelos interesses públicos concretos que o ato administrativo deve prosseguir. O que importa para esta doutrina são os fatores, as razões objetivas de uma vontade construída procedimentalmente que, sem renunciar à motivação formal, põe o acento na essência justificativa da fundamentação, em referência direta à intrínseca validade da decisão adotada. Não se exigindo que a enunciação dos motivos corresponda estritamente às cognições volitivas do agente administrativo, destaca-se agora a presença de razões suficientes e efetivas para legitimar o ato. Através do recurso a fatores de objetiva justificação do ato, conclui-se por uma perda legitimatória da fundamentação formal do ato”. *Idem*, p. 18.

<sup>70</sup> *Para um direito administrativo de garantia do cidadão e da administração*. Coimbra: Almedina, 2000, p.19. Assim discorre Antunes: “Superada a concepção voluntarístico-subjetiva da atividade administrativa, confrontam-se historicamente duas teorias em torno da fundamentação do ato: a concepção formalista que, atenta a natureza discricionária do ato, sobrevaloriza uma motivação enunciativa em relação direta com o controle jurisdicional por desvio de poder, e a concepção substancial que acentua a natureza procedimental do ato, em sintonia que acentua a natureza procedimental do ato, em sintonia com uma crescente simpatia pela fundamentação *per relationem*. No que toca à corrente substancialista, esta começou por expurgar os elementos (motivos) voluntarísticos da reconstrução jurídica do ato, para os substituir pelos interesses públicos concretos que o ato administrativo deve prosseguir. O que importa para esta doutrina são os fatores, as razões objetivas de uma vontade construída

o *iter* lógico e jurídico da formação do ato”<sup>71</sup>. Referindo-se ao conteúdo procedimental da fundamentação exigido pelo art. 125 do Código de Processo Administrativo de Portugal (Decreto-Lei n. 442/91), aponta que o legislador lusitano buscou “deslocar o fulcro da atividade administrativa autoritária do ato final para a fase da formação da decisão (fatos, interesses, circunstâncias relevantes etc.)”<sup>72</sup>.

Igualmente ressaltando a crescente *procedimentalização da solução dos conflitos*, David Duarte reconhece que “se assiste, atualmente, a uma transferência da solução dos conflitos para o momento em que precisamente se manifestam”<sup>73</sup>, por meio de “instrumentos que possibilitem uma concreta e eficaz intervenção procedimental dos interessados”<sup>74</sup>. Configura-se, assim, todo o processo de tomada de decisões da Administração Pública como mecanismo de “exercício legítimo do poder administrativo”<sup>75</sup>, pois, como diz Romeu Felipe Bacellar Filho, “sem fixação do procedimento administrativo, impossibilita-se qualquer relação estável entre Administração e cidadãos, onde cada um saiba até onde vai o poder do outro e como este poder será exercido”<sup>76</sup>.

Nessa linha evolutiva do estudo da atividade administrativa do Poder Público, adveio, em nosso país, uma lei federal expressamente voltada para a atuação procedimental do Estado-administrador, qual seja a Lei n. 9.784/99, conhecida como Lei do Processo Administrativo (LPA). Ao lado disso, surgiram também diplomas normativos estaduais tratando especificamente do tema, a exemplo da Lei paulista n. 10.177/98. Tais legislações, na visão de Carlos Ari

procedimentalmente que, sem renunciar à motivação formal, põe o acento na essência justificativa da fundamentação, em referência direta à intrínseca validade da decisão adotada. Não se exigindo que a enunciação dos motivos corresponda estritamente às cognições volitivas do agente administrativo, destaca-se agora a presença de razões suficientes e efetivas para legitimar o ato. Através do recurso a fatores de objetiva justificação do ato, conclui-se por uma perda legitimatória da fundamentação formal do ato”. *Idem*, p. 18.

<sup>71</sup> *Ib idem*, p. 28. “Importa, para tanto, entender e desnudar o caráter instrumental da fundamentação em relação ao procedimento, na medida em que a externalização dos pressupostos normativos do ato deve servir como meio de reconstituir e explicitar não só o percurso lógico-formal, mas também e, sobretudo, o itinerário lógico-substancial do procedimento que conduziu àquela decisão em concreto. Em síntese, a relação proporcional e adequada entre os pressupostos de fato e de direito só é suscetível de verificação através da atividade procedimental refletida na fundamentação do ato”. *Ib idem*, p. 35.

<sup>72</sup> *Ib idem*, p. 33.

<sup>73</sup> *Op. cit.*, p. 40. Aduz o autor que “dado que a codificação do procedimento administrativo consegue materializar de forma sistemática a reunião de dois objetivos fundamentais da atividade da Administração e que se relacionam dialética e sinergicamente: o melhoramento da organização da própria Administração (com a conseqüente correção decisória) e as garantias de defesa dos particulares”. *Idem*, nota de rodapé.

<sup>74</sup> *Ib idem*

<sup>75</sup> Cf. José Guilherme Giacomuzzi. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 253. Referindo-se à Lei n. 9784/99 (nossa Lei Federal do Processo Administrativo), aduz o autor: “É nítido o entendimento vazado na LPA de que o processo – democrático –, como instrumento do exercício do poder, deveria e deve funcionar sob uma principiologia capaz de servir como arma jurídica favorável ao cidadão. Com efeito – e tendo como certo, na lição de Cândido Dinamarco, que ‘todo poder se exerce mediante um procedimento, caracterizando-se este como processo desde que seja feito em contraditório’, o processo administrativo é algo totalmente diverso de um mero encadeamento sucessivo de atos, e passa a ser, em verdade, uma forma – ou mesmo a forma – de legitimação do poder. Numa palavra: o processo administrativo legitima o poder administrativo. É essa a nova perspectiva da LPA”. *Idem*, p. 251-252.

<sup>76</sup> *Processo administrativo disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 130.

Sundfeld, “estão fadadas a produzir fortes conseqüências culturais, com isso moldando uma nova visão de direito administrativo”.<sup>77</sup>

Assentada no Direito Administrativo contemporâneo a idéia de *processualidade* administrativa, resta examinar os parâmetros normativos necessários à sua adequada concretização, advindo daí uma importante indagação, a saber: será que a prática do ato administrativo está condicionada apenas aos ditames procedimentais *expressamente* previstos na lei, havendo mesmo atos em que não se faz necessária a prévia adoção de procedimentos? De outro modo posta a questão: deve a Administração cuidar de seguir tão-somente os passos genéricos traçados na legislação ou a adoção de procedimentos adequados impõe-se amplamente em todas as suas atuações?

A princípio, parece não haver critério prévio e uniforme para distinguir as hipóteses em que os atos administrativos podem ser instantaneamente praticados – portanto sem maiores formalidades – daquelas em que devem ser previamente adotados certos procedimentos administrativos para a sua produção. Se é correto que a lei serve de ponto de partida a nortear a atividade da Administração, não se deve olvidar ainda que, dada a dinâmica dos fatos sociais subjacentes à atividade administrativa, o legislador não poderá (nem deverá) utilizar fórmulas procedimentais rígidas, reservando uma importante margem discricionária para que possa a Administração adotar o procedimento específico mais adequado em cada caso concreto.

Contudo, seja nos casos em que a lei vincula detalhadamente a atuação administrativa, seja naqueles em que a legislação ordinária nada dispõe sobre procedimentos específicos para a prática de determinados atos, são as normas constitucionais que devem prioritariamente fundamentar a adoção dos ritos de formação dos atos administrativos, mormente aqueles que possam vir a prejudicar direitos individuais (restritivos).

O fato de haver situações de urgência a reclamar a pronta atuação estatal (medidas acauteladoras) por si só não significa que não se deva adotar um *devido processo legal* que seja adequado a tais situações. Ora, a urgência jamais poderá justificar o cometimento de arbitrariedades. Ademais, mesmo nos casos em que o legislador optou por instituir um alto grau de vinculação para a atuação administrativa, a norma processual administrativa daí derivada padecerá de inconstitucionalidade se estabelecer um rito que, caso aplicado irrestritamente, venha a aniquilar direitos fundamentais. E essa inconstitucionalidade, registre-se, pode se revelar não apenas em abstrato (quando possa ser inferida de plano, a partir da própria hipótese de incidência descrita no texto legal), mas, também, nos casos concretos (quando a sua aplicação

---

<sup>77</sup> Processo e procedimento administrativo no Brasil. In: Carlos Ari Sundfeld; Guillermo Andrés Muñoz. *As leis de processo administrativo: lei federal 9784/99 e lei paulista 10177/98*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 33.

em determinadas situações peculiares venha a ferir preceitos constitucionais). No primeiro caso, a inconstitucionalidade está na norma de conduta hipoteticamente prevista pelo legislador e, portanto, contamina toda atividade administrativa que nela se inspire; no segundo, a inconstitucionalidade está na norma de conduta concretamente extraída pelo administrador ao aplicar a lei numa situação real.

São inevitáveis os efeitos que a Constituição exerce sobre a legislação de processo administrativo, o que, na lição de E. Schmidt-Aßmann, pode ocorrer sob três níveis de intensidade: i) determinações concretas<sup>78</sup>; ii) ênfases sobre determinados valores<sup>79</sup> ou iii) limitações<sup>80</sup>. Por isso, ressalta o autor a relevante dimensão dos direitos fundamentais em relação com o procedimento administrativo, o que impõe sejam adotados métodos adequados para assegurar o seu exercício.<sup>81</sup>

A correta interpretação da norma processual administrativa nos casos concretos impescinde da atenção aos vetores constitucionais, sem o que resta vulnerado o princípio da legalidade que deve nortear todas as ações da Administração Pública. Salientando que o princípio da legalidade “não pode ser interpretado como exigência de disciplina legal literal e expressa”, Marçal Justen Filho<sup>82</sup> acrescenta que “o direito adota uma disciplina discricionária como meio intencional destinado a assegurar a realização mais satisfatória e adequada da atividade administrativa”.<sup>83</sup>

---

<sup>78</sup> “*Concretas determinaciones*: es decir, afirmaciones constitucionales inequívocas que se aplican estrictamente en un determinado procedimiento o bien ciertos elementos procedimentales que la Constitución reconoce y que, en consecuencia, el legislador sólo puede regular de esa forma y no de otra”. El procedimiento administrativo, entre el principio del estado de derecho y el principio democrático. In: Javier Barnes Vazquez (coord.). *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*. Madrid: Editorial Civitas, p. 325.

<sup>79</sup> “*Enfasis sobre determinados valores y sistematización*: en su sentido más amplio, la Constitución ejerce su influjo sobre el procedimiento administrativo en la medida en que fomenta que las normas de procedimiento administrativo en la medida en que fomenta que las normas de procedimiento asuman y aseguren los bienes y valores constitucionalmente protegidos, aunque sin imponer una concreta configuración. Las propias orientaciones constitucionales no son, con frecuencia, unívocas; solo inducen a ponderar de modo sistemático y comparado el sector en el que se produce tal impulso u orientación. Es este un ámbito en el que la configuración del procedimiento pertenece al legislador, aunque subordinado a la Constitución, y en el que se exige una ponderación que haga suyos los aspectos que ha subrayado la norma constitucional”. *Idem*, p. 325-326.

<sup>80</sup> “*Limitaciones*: constituyen solo el aspecto externo de la normativa del procedimiento administrativo que por lo demás cae dentro de la libre esfera del legislador ordinario. Es una limitación por ejemplo la prohibición de establecer el procedimiento de forma arbitraria o la que se deriva de la doctrina de la reserva de ley, de acuerdo con la cual la determinación de deberes procedimentales exigibles debe regularse por ley formal”. *Ib idem*, p. 326.

<sup>81</sup> “El procedimiento administrativo se sitúa en el punto de intercesión de disposiciones estructurales de rango constitucional que, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, dicen relación con la cláusula del Estado democrático e del Estado de derecho. (...) La relación de los derechos fundamentales con el procedimiento administrativo es también capital. Nos referimos, en efecto, a la específica vertiente procedimental que, junto con la dimensión material, integra el contenido de los derechos fundamentales. (...) el Tribunal Constitucional Federal ha llegado incluso a hablar gráficamente de un derecho fundamental sujeto a la ‘reserva de un procedimiento’. Tanto los Tribunales especiales como la doctrina se han hecho eco de esta ‘relevante dimensión de los derechos fundamentales’ en relación con el procedimiento administrativo. (...) Así, la Constitución obliga a crear los procedimientos oportunos cuando sólo sea posible ejercer un derecho fundamental cualquiera conforme a la revisión o reconocimiento del Estado”. *Ib idem*, p. 327-329.

<sup>82</sup> *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 141.

<sup>83</sup> *Idem*, p. 154.

Adolf Merkl assinala que o motivo político que faz com que o ordenamento jurídico adote mecanismos procedimentais prévios para a prática de atos administrativos deve-se ao desejo de proporcionar aos administrados maiores garantias de justiça e controle na aplicação do Direito, bem como a possibilidade de influir na decisão sobre o ato em questão. Acrescenta que “en el fondo, toda administración es procedimiento administrativo, y los actos administrativos se nos presentan como meros productos del procedimiento administrativo”.<sup>84</sup> Carlos Ari Sundfeld entende tratar-se de uma “contrapartida que se assegura à liberdade pelo fato de o ato de autoridade ser unilateral, dentro da proposta de resguardar o equilíbrio entre a liberdade e a autoridade”<sup>85</sup>

Partindo do estudo comparado da Administração Pública no Direito Administrativo norte-americano, Vera Scarpinella Bueno destaca que sem o devido processo legal o ato estatal não pode ser considerado razoável e, segundo avaliou o professor Peter Strauss, da Universidade de Columbia, “estudar o direito administrativo pelo foco do processo é a melhor forma de sistematizar as principais estruturas desse direito. É pelo processo dos entes governamentais que se estuda o controle de legitimidade do governo”.<sup>86</sup> Nesta interessante análise acerca do aspecto processual do devido processo legal (“*procedural due process of law*”), a autora salienta que a obediência ao devido processo legal pela Administração não significa tão-somente respeito aos procedimentos expressamente previstos em lei, mas, para além disso, respeito a certos procedimentos necessários à boa aplicação do Direito, ainda que não previstos em lei.<sup>87</sup>

Ainda sobre o tema, Celso Ribeiro Bastos destaca que “a atividade administrativa não é constituída de atos tomados *ex abrupto* da cabeça de um agente administrativo”<sup>88</sup>, demandando uma série de comportamentos que possibilitem controle da administração mediante o registro dos atos praticados. Daí porque, “nesta acepção muito ampla, de fato, todas as manifestações administrativas envolvem a necessidade de colocação em prática de um processo”.<sup>89</sup> Vladimir da

<sup>84</sup> *Teoría general del derecho administrativo*. México: Editora Nacional, 1980, p. 283.

<sup>85</sup> A importância do procedimento administrativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 84, p. 64-74, 1987. Aduz o autor que: “sem que o ato estatal deixe de ser ato de autoridade e, portanto, imperativo, se permite o exercício da liberdade: condicionando a produção do ato a um processo regulado do qual o indivíduo possa participar. Sob este ângulo, o processo cumpriria um papel eminentemente ligado à tutela dos direitos individuais”. *Idem*.

<sup>86</sup> Devido processo legal e a administração pública no direito administrativo norte-americano: uma breve comparação com o caso brasileiro. In: Lúcia Valle Figueiredo (Coord.). *Devido processo legal na administração pública*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 17-18.

<sup>87</sup> “A cláusula do devido processo legal, no seu aspecto procedimental, é um dos temas constitucionais mais enfrentados pelo judiciário americano com o claro objetivo de garantir a realização de justiça no caso concreto. De fato, ela é expressão do princípio da legalidade na medida em que impõe que tudo deva seguir o processo previsto em lei. Afirma-se que sem ela não há garantia de justiça no caso concreto (*fairness*). Sem o devido processo o ato estatal não é razoável. A cláusula limita a forma de agir não só do executivo, mas também do legislativo e do judiciário. Isto significa dizer que o cidadão está legitimado para exigir do governo que ele atue conforme o “devido processo legal”, o que, por vezes, pode significar uma conduta que não necessariamente tenha previsão em lei. É comum encontrar decisões determinando a observância de dada forma, ainda que esta forma não esteja expressamente prevista em alguma norma posta pelo legislativo”. *Idem*, p. 20.

<sup>88</sup> *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 330-331.

<sup>89</sup> *Idem*.

Rocha França também considera que todas as atividades estatais são caracterizadas pela *processualidade*, pois “para exercer seu poder, necessita o Estado do emprego de uma seqüência ordenada de atos e fatos jurídicos para expressar sua *vontade funcional*”.<sup>90</sup> Acrescenta que “a processualidade demonstra o caráter dinâmico da atividade estatal, o momento de sua realização”.<sup>91</sup>

Marcello Caetano, no mesmo diapasão, considera a atividade da Administrativa Pública, em larga escala, uma *atividade processual* revelada por sucessões ordenadas de formalidades pré-estabelecidas à formação ou à execução de vontades funcionais, conforme vier a lei a estabelecer “os trâmites a seguir para *fixar o conhecimento dos fatos* que hajam de servir de base à resolução, *assentar no Direito aplicável* e, quando seja caso disso, *ponderar a justiça e a conveniência ou a oportunidade* de uma entre várias soluções possíveis”.<sup>92</sup>

Com esteio nas opiniões destes importantes doutrinadores, não deve então haver dúvidas de que a atividade administrativa está atualmente marcada pelo signo da *processualidade*. Esta há de ser a regra da sua atuação, pelo que a relativa liberdade de forma na produção dos atos administrativos há de constituir exceção devidamente justificada pelas circunstâncias dos casos concretos. É sabido que a multiplicidade das formas que caracterizam a maior parte das atividades administrativas decorre do poder discricionário de que razoavelmente dispõe a Administração Pública para fazer frente à dinâmica dos fatos sociais, de modo que não seria mesmo aconselhável que a legislação se valesse de modelos rígidos de vinculação.<sup>93</sup> Por outro lado, dita discricionariedade na escolha dos meios não pode dar azo ao cometimento de arbitrariedades por parte dos agentes administrativos.

Sabe-se que o contemporâneo Estado de Direito, desprendendo-se do modelo liberal que o inspirou até o início do século XX, veio ao longo do tempo assumindo posturas

---

<sup>90</sup> Contraditório e invalidação administrativa no âmbito da administração pública federal. In: Lúcia Valle Figueiredo (Coord.). *Devido processo legal na administração pública*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 189.

<sup>91</sup> *Idem*.

<sup>92</sup> *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970. t 2, p. 1177-1179.

<sup>93</sup> Discorrendo sobre o procedimento administrativo austríaco, Heinz Schäffer salienta que uma das idéias que presidiram a codificação naquele país foi o desapego a modelos rigorosos de procedimento, tendo em vista as grandes diferenças das matérias administrativas a desafiar especialidades procedimentais em cada caso concreto: “(...) una de las ideas fundamentales que presidió la codificación fue la de que la verdadera heterogeneidad de la Administración y de sus actividades radica en el ámbito material, por lo que, tan sólo en casos especiales, las relaciones jurídico-materiales requerirán de normas de procedimiento específicas. Con todo, no podría aplicarse tal propósito de un modo muy riguroso, habida cuenta de las grandes diferencias de algunas materias administrativas. De ahí que todavía hoy deban consultarse también las respectivas leyes materiales para descubrir frecuentes especialidades procedimentales o, lo que es lo mismo, leyes especiales, respecto de las cuales son subsidiarias las leyes generales de procedimiento. (...) En aquella ocasión se eligió un camino distinto al seguido con las leyes procesales. En lugar de establecer normas detalladas y casuísticas se optó por fijar las directrices generales, aplicables, por tanto, al mayor número de órganos administrativos para evitar así la aparición de normas especiales apartándose de las generales”. El procedimiento administrativo austriaco: evolución, estado actual y perspectivas de futuro. In: Javier Barnes Vazquez (Coord.). *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*. Madrid: Editorial Civitas, p. 412-413.

intervencionistas e reguladoras<sup>94</sup>, mais adequadas às sociedades pluralistas<sup>95</sup> e nas quais permeiam grandes diferenças sócio-econômicas, como é o caso da brasileira, tornando-se cada vez maior a esfera de abrangência da função administrativa, sem se perder de vista, contudo, o ideal de garantia dos direitos individuais contra o arbítrio estatal. O interesse público, a ser resguardado pelo Estado Social (garantidor dos chamados direitos de segunda e terceira dimensão<sup>96</sup>) deve conviver de forma equilibrada com os interesses particulares (direitos de primeira dimensão), daí porque se entende que, nesse contexto atual, a maioria dos atos praticados pela Administração Pública pode e deve estar sujeita a formas processuais no momento de sua produção, versando sobre os mais variados objetos e procedimentos,<sup>97</sup> com a adequada flexibilidade dos ritos de modo que possa desempenhar a sua atividade da melhor forma possível, tanto em termos de eficiência administrativa quanto em termos de respeito aos direitos individuais.

A propósito do tema em análise, são precisas as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello quando assevera que “a contrapartida do progressivo condicionamento da liberdade individual é o progressivo condicionamento do ‘modus procedendi’ da Administração”.<sup>98</sup> O

---

<sup>94</sup> Os direitos de *primeira dimensão* foram marcados pelo signo da resistência popular contra o regime absolutista, irrompendo daí o ideal do constitucionalismo, com o advento do tão conclamado Estado de Direito. Nesse contexto, foram consagrados os direitos inerentes à liberdade civil e política dos indivíduos. Posteriormente, o fracasso do modelo capitalista liberal clássico, com o aumento substancial da miséria no mundo, ensejou avanços no terreno dos direitos sociais, qualificados como direitos de *segunda dimensão*, quando o Estado passou a intervir na economia de modo a defender os interesses da coletividade. Nesse mesmo contexto vieram em seguida os chamados direitos de *terceira dimensão* relacionados ao ideal de solidariedade e fraternidade, com base em que se contemplou a defesa de bens que são de todos (direitos e interesses transindividuais), tais como o meio ambiente ecologicamente equilibrado, o patrimônio histórico, a cultura, a paz etc. No momento atual em que vivemos já se reconhecem direitos de *quarta dimensão*, identificados com uma sociedade pluralista na qual se faz necessária cada vez mais a efetiva participação popular nas escolhas que regem o seu destino político (democracia participativa), pelo que têm se desenvolvido mecanismos que assegurem maior transparência e eficiência na gestão dos interesses públicos, de acordo com um modelo moderno de administração gerencial.

<sup>95</sup> Odete Medauar destaca que “o esquema procedimental responde à exigência pluralista que domina a sociedade atual, pois chama a cooperar, no exercício do poder, todos os sujeitos privados e públicos inscritos no quadro de disciplina do poder e, portanto, envolvidos no exercício deste; deixa de ocorrer o rígido confronto entre autoridade e liberdade, em prol de um ‘compartilhar’ do poder que se liga ao princípio democrático; realiza-se uma cooperação entre sujeitos públicos e sujeitos privados, entre entidades centrais e descentralizadas, entre órgãos hierarquizados, o que propicia atenuação do caráter de rigidez e de imposição unilateral que predomina nas condutas administrativas”. *O direito administrativo em evolução*, p. 211.

<sup>96</sup> Conforme assinala Walber de Moura Agra, a doutrina moderna prefere o termo “dimensão”, pois sugere que não existe uma alternância nas prerrogativas, mas uma evolução, contribuindo cada fase anterior na elaboração da fase posterior. A terminologia “geração” poderia produzir um falso entendimento de que uma geração substituiria a outra, sem uma continuidade temporal entre elas. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2002, p. 139.

<sup>97</sup> Nelson Nery Costa cita “a exigência de padronização estética, a localização urbana de obra de construção, regulamentação de atividades econômicas e sociais, aplicação de sanção administrativa, exigência de tributo, exercício do poder de polícia, apuração de fatos e a penalização dos responsáveis, dentre outros”. *Processo administrativo e suas espécies*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 21. Aduz que “o próprio dinamismo da Administração Pública impõe a constante mudança dos processos, para que o mundo jurídico possa traduzir a realidade fática do cotidiano com maior precisão”. *Idem*, p. 49.

<sup>98</sup> Procedimento administrativo. In: Celso Antônio Bandeira de Mello (Coord.). *Direito administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 27. Escreve ainda este jurista que “o Estado hodierno caracteriza-se pela multiplicação das finalidades que lhe foram reconhecidas como pertinentes e pela intensificação de seus poderes. Ambos estimaram-se requeridos para a promoção do progresso e organização das relações sociais e econômicas em vista de cumprir objetivos considerados, na atualidade, pertinentes à esfera pública. De par com razões ideológicas, reclamos oriundos da potencial periculosidade dos comportamentos individuais e coletivos ensejados pelo avanço tecnológico, bem como a complexidade e sofisticação da vida moderna, nele radicados, causaram as aludidas transformações no papel do Estado. Por força desta resultante, a proteção dos indivíduos – em face deste Estado que ampliou seus objetivos e munuiu-se de poderes colossais – não mais reside, sobretudo, na prévia delimitação das finalidades por ele perseguíveis, mas descansa especialmente na prefixação dos meios, condições e formas a que se tem de cingir para alcançá-los”. *Idem*, p. 26-27.



acerto dessa opinião conduz inevitavelmente à conclusão de que a *processualidade* deve ser um aspecto inerente a todo o agir administrativo, seja qual for a situação. Em todos os casos não se devem razoavelmente observar as garantias individuais previstas na Constituição Federal e na legislação administrativa, segundo o rito mais adequado a cada situação concreta.

Mesmo nos atos marcados pela chamada *instantaneidade*, existe um mínimo de processualidade a observar na sua formação, pois a Administração deve adotar uma postura que viabilize algum tipo de controle processual por via revisional, assegurando, desta forma, o exercício *a posteriori* da ampla defesa pelo particular eventualmente prejudicado em seus efeitos. Sob essa ótica, cumpre asseverar que todos os atos administrativos, inclusive os chamados “instantâneos”, devem obedecer ao *devido processo legal*. O que varia, em cada caso, é a complexidade do procedimento, de acordo com o grau de participação do administrado e o momento destinado ao exercício da sua defesa, consoante será visto em tópico posterior desta pesquisa.

### 1.3.2 Distinção entre Procedimentos e Processos Administrativos

Constitui ainda motivo de grande controvérsia doutrinária a terminologia adequada a ser empregada para identificar o fenômeno de processualidade característico da atuação da Administração Pública, notadamente sobre a utilização dos termos *procedimento* e *processo*. Até mesmo os que concordam quanto à expressão a utilizar, eventualmente divergem quanto às razões que justificariam tal utilização.

A par das distinções que sempre se procurou fazer, há autores que consideram as expressões basicamente sinônimas. Assim o faz Cretella Júnior, quando diz que o *processo*, em essência ou natureza, nada difere do *procedimento*, “podendo-se, quando muito, quantitativamente, denominar-se de *processo* o conjunto global de todos os atos e *procedimento* um ou um grupo desses atos, tão-só”.<sup>99</sup> Tradicionalmente, todavia, a expressão *processo* sempre foi reservada à área de atuação típica da função judicial, daí porque muitos resistiram em

---

<sup>99</sup> *Direito Administrativo Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 728.

empregá-la também na seara da função administrativa<sup>100</sup>, reservando, no tocante a esta, a expressão *procedimento*.<sup>101</sup>

Nos países que adotaram o sistema de jurisdição dual originário da França (sistema do contencioso administrativo), “a doutrina, a legislação e a jurisprudência valem-se do termo *procedimento* para designar a processualidade administrativa, reservando a expressão *processo administrativo* para o âmbito da jurisdição administrativa”.<sup>102</sup>

Historicamente, a fim de regradar a atuação das autoridades administrativas, muitos países editaram legislações sobre *procedimento administrativo*, começando pela Espanha, que, em 1889, editou a primeira lei geral sobre procedimento administrativo (*Ley Azcárate*), posteriormente modificando esta legislação em 1958 e em 1992. O mesmo fez a Áustria (1925), Tchecoslováquia (1928, 1955, 1960 e 1967), Polônia (1928 e 1960), Iugoslávia (1930 e 1956), Estados Unidos da América do Norte (1946), Uruguai (1966 e 1973), Peru (1967), Suíça (1968), Noruega (1970), Argentina (1972), Alemanha (1976), Costa Rica (1978), Venezuela (1982), Colômbia (1984), Suécia (1986), Dinamarca (1987), Itália (1990), dentre outros. Esta dicotomia entre *procedimento* e *processo* administrativo ainda prevalece na maioria dos países.

Em Portugal, o chamado “Código de Processo nos Tribunais Administrativos” (Lei n. 15/2002<sup>103</sup>) refere-se à jurisdição administrativa, enquanto o “Código de Procedimento Administrativo” (Decreto-lei n. 442/91<sup>104</sup>) diz respeito aos mecanismos de controle interno da própria Administração. Não obstante reconhecer que “ambas as categorias se inserem num gênero comum”, David Duarte faz a distinção entre as duas figuras no Direito português, por entender que o *processo* obedece a um esquema rígido de formalidades dotadas de neutralidade teleológica típica da função jurisdicional, ao passo que o *procedimento* é formalmente mais flexível dada a imprevisibilidade de interesses e a multiplicidade de finalidades perseguidas pela Administração.<sup>105</sup>

<sup>100</sup> Criticando esta concepção de *processo*, Cândido Rangel Dinamarco diz que “o processualista tem o hábito de considerá-lo exclusividade sua, deixando à jurisdição voluntária e ao direito administrativo, não sem desdém, o uso do nome *procedimento* (frequentemente acompanhado do adjetivo *mero*: ‘mero procedimento’), como se o processo não fosse também antes de tudo e substancialmente, um procedimento”. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 93.

<sup>101</sup> Segundo Élio Fazzalari, “ainda que a atual noção de procedimento não esteja por certo limitada ao âmbito da atividade administrativa, é neste último que emergiu historicamente a sua disciplina”. *Instituições de direito processual*. Campinas: Editora Bookseller, 2006, p. 110. Alberto Xavier leciona que “demarcou-se assim o conceito de processo pela *função jurisdicional* que visa prosseguir: o processo em sentido rigoroso ou técnico seria mais especificamente apenas o que se desenrola perante os tribunais comuns, chegando Carnelutti a sugerir que a expressão ‘processo judicial’ envolve em si mesma uma tautologia. Delimitando ainda mais restritamente o conceito, Chiovenda define o processo como ‘o conjunto de atos coordenados para a finalidade de realização da vontade concreta da lei por parte dos órgãos da jurisdição ordinária’.”. *Op. cit.*, p. 09.

<sup>102</sup> Odete Medauar. *Processualidade no direito administrativo*, p. 29.

<sup>103</sup> Disponível em: [www.diramb.gov.pt/data/basedoc](http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc). Acesso em 18.10.2006.

<sup>104</sup> Com alterações dadas pelo Decreto-lei n.6/96. Disponível em: [www.diramb.gov.pt/data/basedoc](http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc). Acesso em 18.10.2006.

<sup>105</sup> “Na medida em que no domínio da ‘Administração’ prevalece a razão da prossecução múltipla de finalidades, o procedimento funciona necessariamente como estrutura de ordenação flexível pelo dever de coordenar a variedade não previsível de interesses que estão conjugados no âmbito dessa atividade. A seqüência conducente à aplicação do direito, porque mais determinável a

Na Espanha existe uma lei que cuida do “régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común” (Ley n. 30/1992<sup>106</sup>) e outra “reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa” (Ley n. 29/1998<sup>107</sup>). Na França há a legislação “relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations” (Loi n. 2000-321, du 12 avril 2000<sup>108</sup>) e o “Code de Justice Administrative”.<sup>109</sup> No México existe a “Ley federal de procedimiento administrativo” (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 04 de agosto de 1994<sup>110</sup>) e a “Ley federal de procedimiento administrativo contencioso” (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1º de diciembre de 2005<sup>111</sup>).

Na Alemanha, são também distintas a Lei de Procedimento Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG*<sup>112</sup>), e a Lei de Processo Administrativo (*Verwaltungsprozessordnung, VwPO*<sup>113</sup>). E. Schmidt-Aßmann assinala que “el procedimiento administrativo se há revalorizado enormemente en el seno del Derecho Público alemán en las dos últimas décadas”.<sup>114</sup> Hans Meyer, por seu turno, destaca que as normas do procedimento administrativo alemão são, em sua maior parte, normas sobre Direito Administrativo material.<sup>115</sup>

Na Argentina, apesar de as normas processuais da jurisdição administrativa estarem, a exemplo do Brasil, dispostas no “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación” (Ley 17454/67<sup>116</sup>), o legislador deu preferência à expressão *procedimento* para regular a função

*priori*, propicia no processo jurisdicional um esquema rígido onde a maleabilidade no direito da forma não é um valor a tutelar, pelo menos, de forma tão eficaz como acontece no procedimento administrativo. (...) A rigidez do processo em contraposição à flexibilidade do procedimento não é, no entanto, um elemento diferenciador de natureza absoluta, mas meramente relativa. Ou seja, não se trata de uma diferença qualitativa, mas quantitativa ou de grau, e que permite apenas afirmar que o procedimento administrativo é uma estrutura formal potencial ou tendencialmente flexível, sendo o processo, em oposição, uma estrutura de predominante rigidez, constituindo os dois elementos dessa dualidade, para cada uma das formas, o ponto de partida para a sua conformação jurídica. Teleológica e formalmente distintos, procedimento e processo são duas realidades diferenciadas, constituindo o procedimento administrativo a forma de ação típica da função administrativa e o processo a forma da jurisdição”. *Op. cit.*, p. 26-28.

<sup>106</sup> Disponível em: [www.derecho.com/legislacion/](http://www.derecho.com/legislacion/). Acesso em 18.10.2006.

<sup>107</sup> *Idem*.

<sup>108</sup> Disponível em: [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr). Acesso em 26.07.2006.

<sup>109</sup> Com modificações dadas por legislações mais recentes, como por exemplo: Décret n.2001-710 du 3 août 2001; Décret n.2002-547 du 19 avril 2002; Décret n. 2003-543 du 24 juin 2003. Disponível em: [www.lexinter.net/CJA/dispositions\\_generales4.htm](http://www.lexinter.net/CJA/dispositions_generales4.htm). Acesso em 18.10.2006.

<sup>110</sup> Última reforma publicada DOF 30.05.2000. Disponível em: [www.diputados.gob.mx](http://www.diputados.gob.mx). Acesso em 26.07.2006.

<sup>111</sup> *Idem*.

<sup>112</sup> Disponível em: <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/vwvfg/gesamt.pdf>. Acesso em 18.10.2006

<sup>113</sup> *Idem*.

<sup>114</sup> Aduz que “es evidente que el poder estatal no se ejerce hoy en día a través de contactos puntuales y esporádicos o por vía de breves ordenes, sino por medio de encuentros permanentes, conversaciones y explicaciones en la búsqueda del consenso y de la aceptación, puesto que sólo de esta forma la propia responsabilidad del individuo sigue constituyendo el pilar de una Administración inserta en un Estado democrático de Derecho. Es necesario, por ello, verificar un análisis sistemático y comprensivo del procedimiento administrativo no solo respecto de las formas de relación entre la Administración y el individuo, sino también en relación con la disciplina de la formación de la voluntad, en la esfera interna de la Administración”. *Op. cit.*, p. 323.

<sup>115</sup> “Regulan, en efecto, los instrumentos fundamentales de que se sirve la Administración para el desarrollo de su actividad, el acto y los contratos administrativos. (...) El predominio que tiene el Derecho Administrativo General de carácter material en las leyes de procedimiento ha determinado incluso que se le haya prestado muy escasa atención entre la doctrina – y basta ver los comentarios al uso – a las normas estrictamente procedimentales en comparación con la que se le concede a las normas materiales”. *Op. cit.*, p. 285-286.

<sup>116</sup> Disponível em: [www.infoleg.gov.ar](http://www.infoleg.gov.ar). Acesso em 26.07.2006.

administrativa, por meio da “Ley de Procedimiento Administrativo” (Ley 19.549/72<sup>117</sup>). Agustín Gordillo defende o emprego da expressão *procedimiento* administrativo, preferindo manter a designação de *proceso* estritamente para o âmbito judicial. Apesar de reconhecer a existência de uma amplitude semântica atribuída à palavra, envolvendo todas as funções estatais (processos judicial, legislativo e administrativo), o jurista argentino reputa perigosa a utilização desta noção ampla na esfera administrativa, porque poderia levar a se entender que não há violação da defesa em juízo se os direitos de um indivíduo são definitivamente resolvidos pela administração, sempre que esta haja ouvido o interessado. Adverte que a defesa em juízo é algo mais do que ouvir o interessado; “*es también que haya un juzgador imparcial e independiente, cualidades éstas que en ningún caso puede reunir la administración*”.<sup>118</sup> Por esta razão, conclui ser “conveniente reservar el concepto de proceso y por ende de juicio para el proceso o juicio estrictamente judicial, evitando con esta terminología posibles confusiones”.<sup>119</sup>

O seu compatriota Juan Carlos Cassagne, do mesmo modo, utiliza o termo “processo” apenas para atividades jurisdicionais (sejam elas exercidas pelo Poder Judiciário ou pelos Tribunais Administrativos), preferindo empregar o termo “procedimento” no que concerne à função administrativa. No dizer deste autor, haverá *procedimiento administrativo* no âmbito de órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judicial, quando estes realizem funções materialmente administrativas, e, por outro lado, haverá *proceso jurisdiccional* quanto qualquer destes órgãos exerça a função jurisdiccional em sentido objetivo<sup>120</sup>.

No Brasil, apesar de vigorar o sistema da unidade de jurisdição – o que, segundo parece, dispensaria a distinção entre procedimento e processo administrativo, podendo-se falar simplesmente em *proceso administrativo*, para designar todos os aspectos procedimentais da atividade administrativa, e *proceso judicial*, para as atividades reservadas aos juízes e tribunais – a doutrina em geral segue a esteira das mesmas controvérsias alimentadas na Europa continental.

José Frederico Marques diz consistir em “erro metodológico” falar-se em “processo administrativo”, pois o que existiria seria “procedimento administrativo”.<sup>121</sup> Hely Lopes Meirelles considera que “há procedimentos administrativos que não constituem processo”,

<sup>117</sup> *Idem.*

<sup>118</sup> *Op. cit.*, IX-4. t 2. O autor ressalva, porém, que negar-se o nome *proceso* ao procedimento administrativo não significa que a Administração não deva estar sujeita a regras ou princípios de direito. Esclarece que “rechazar la calificación de ‘proceso’ no implica en absoluto desechar la aplicación analógica, en la medida de lo compatible, de todos los principios procesales; ni tampoco dejar de sustentar el principio de que el procedimiento administrativo tenga regulación jurídica expresa y formal para la administración, que encauce su trámite y determine con precisión los derechos de los individuos durante la evolución del procedimiento”. *Idem.*, IX-3.

<sup>119</sup> *Ib idem.*

<sup>120</sup> *Derecho administrativo*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. t 2, p. 282.

<sup>121</sup> *Apud* Paulo Celso Bergstrom Bonilha. *Da prova no processo administrativo tributário*. São Paulo: LTr, 1992, p. 71.

destacando como nota característica a existência de uma *controvérsia* entre Administração e administrado, presente, segundo ele, nos *processos administrativos propriamente ditos*, mas não nos “meros procedimentos” (*processos administrativos impropriamente ditos*)<sup>122</sup>. Rubens Gomes de Sousa considera que a distinção terminológica entre *procedimento* (administrativo) e *processo* (judicial) está reduzida a uma questão pura e simples de natureza e competência dos órgãos atuantes, segundo o ordenamento jurídico-constitucional positivo.<sup>123</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello, não obstante reputar correta a expressão *processo administrativo* – que para ele traduz o mesmo fenômeno ocorrente na esfera legislativa e judicial, guardadas as peculiaridades e força jurídica específicas de cada qual –, opta por seguir adotando a expressão *procedimento*, considerando-a enraizada na tradição do Direito Administrativo, embora reconheça que a voz *procedimento administrativo* minimiza-lhe a importância e ensombrece sua adscrição aos cabíveis rigores que a expressão “processo” insistentemente evoca.<sup>124</sup>

De todas estas lições o que se infere é a adoção da concepção tradicional que reserva a expressão *processo* apenas para a função jurisdicional, seja exercida pelo Poder Judiciário, seja a exercida pelos Tribunais Administrativos nos países que os adotaram. Mas esta concepção, saliente-se, nunca esteve imune a críticas, mesmo no sistema do contencioso administrativo. Jean Rivero, por exemplo, considera que “a noção de processo não é própria da função jurisdicional”<sup>125</sup>, aduzindo que “as decisões dos administradores ativos podem ser também sujeitas a certas regras de processo (pesquisa, notificações, transmissão a um organismo consultivo etc.)”.<sup>126</sup>

<sup>122</sup> O processo administrativo. In: João Abujamra Júnior (Coord.). *Direito administrativo aplicado e comparado*, São Paulo: Resenha Universitária, 1979. t 1, p. 39. Escreve ainda o autor que, “como na prática administrativa toda atuação interna recebe a denominação de ‘processo’, tenha ou não natureza jurisdicional, impõe-se distinguir os *procedimentos administrativos propriamente ditos*, ou seja, aqueles que encerram um litígio entre a Administração e o administrado, dos *impropriamente ditos*, isto é, dos simples expedientes que tramitam pelos órgãos administrativos, sem qualquer controvérsia entre os interessados. *Idem*.

<sup>123</sup> “Normalmente entende-se que procedimento é o processo, administrativo, e que processo é o processo judicial. Como tantas outras coisas, está certo, e está menos certo. Procedimento, em Direito, como em qualquer outra Ciência, pode ser latinizado como *modus procedendi*, ou como maneira de proceder. Procedimento é todo e qualquer complexo de atos, ligados por um nexo lógico, tendentes todos eles para o mesmo objetivo final. De maneira que, em última análise, a distinção terminológica entre procedimento administrativo e processo judicial está reduzida a uma questão de natureza e competência dos órgãos atuantes. Reduzida não quer dizer rebaixada; se admitirmos que procedimento é todo complexo sistemático de atos tendentes a um fim, então o processo judicial, neste sentido, também é um procedimento. A diferença fica no plano da organização constitucional, e, por conseguinte, num plano mais alto, mas plano de Direito Positivo”. *Apud* Antônio da Silva Cabral. *Processo administrativo fiscal*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 6.

<sup>124</sup> *Procedimento administrativo*, p. 22.

<sup>125</sup> *Apud* José dos Santos Carvalho Filho. *Processo administrativo federal (comentários à Lei n. 9.784, de 29/1/1999)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 15.

<sup>126</sup> *Idem*.

Atribui-se a Merkl o rompimento com o paradigma processual reducionista<sup>127</sup>, ampliando a concepção de *processo* de forma a alcançar todas as áreas da atuação estatal, falando-se, a partir daí, ao lado do clássico *Direito Processual Judicial*, também no *Direito Processual Legislativo* e no *Direito Processual Administrativo*<sup>128</sup>. Aludindo às “tentativas recentemente empreendidas no sentido de superar o conceito tradicional e restrito de processo”, Alberto Xavier<sup>129</sup> menciona a tese de Aldo Sandulli que, contemplando uma noção extremamente ampla de processo, considera o procedimento como um fenômeno geral da ordem jurídica, sempre que a norma encerre uma “*fattispecie* de formação sucessiva”.<sup>130</sup> Assim, para Sandulli seriam procedimentos (processos em sentido amplo) toda e qualquer sucessão de atos jurídicos, seja no campo do direito público (produção de atos legislativos, administrativos e judiciais), seja até mesmo no campo do Direito Privado (formação de contratos, deliberações societárias, direito de família etc.), abrangendo inclusive as sucessões de fatos ilícitos.

Deveras, tal abrangência de conteúdo para as formas processuais está efetivamente de acordo com a realidade dos fatos. Como destaca Odete Medauar, se “para acarretar reflexos no mundo jurídico a vontade humana há de manifestar-se segundo *molde*s fixados pelo próprio Direito”<sup>131</sup>, tem-se por conseguinte que, “em sentido amplo, *forma* significa exteriorização da vontade humana para o fim de produzir efeitos no âmbito do Direito”.<sup>132</sup> Por isso, após citar os principais critérios apontados pela doutrina administrativista para diferenciar as duas figuras

<sup>127</sup> Odete Medauar destaca o pioneirismo de Merkl (Teoria geral do direito administrativo, de 1927) na pesquisa sobre a essência do processo, considerando-o o iniciador da ruptura da separação rígida entre os setores processuais. *Processualidade no direito administrativo*, p. 19.

<sup>128</sup> *Teoría general del derecho administrativo*, p. 282. Escreve ainda Merkl que “la teoría procesal tradicional consideraba el ‘proceso’ como propiedad de la justicia, identificándolo con el procedimiento judicial. Constituía una de esas restricciones habituales de conceptos jurídicos de validez general. Se explica históricamente la limitación del concepto del proceso a la justicia, porque dentro de ella ha sido elaborado técnicamente, pero, desde el punto de vista jurídico-teórico, no es sostenible esta reducción, porque el ‘proceso’ por su propia naturaleza, puede darse en todas las funciones estatales, posibilidad que, en realidad, se va actualizando en medida cada vez mayor. A la larga, no fué posible desconocer, junto al procedimiento judicial, el procedimiento administrativo como una variante de los ‘procesos’ jurídicos y aun la expresión ‘via legislativa’ y ‘procedimiento legislativo’ han sido ya adoptadas, sin caer en la cuenta, sin embargo, que esta vía procesal representa dentro de la legislación otra variante del ‘proceso’ jurídico. Este enriquecimiento de la experiencia procesal condiciona, a su vez, una ampliación de la disciplina jurídico-procesal. Esta no constituía sino una rama del derecho judicial mientras no se vió en el ‘proceso’ más que una función específica del derecho judicial, pero la presencia del ‘proceso’ administrativo ha hecho surgir una teoría procesal administrativa”. *Idem*, p. 279-280.

<sup>129</sup> *Op. cit.*, p. 16.

<sup>130</sup> *Idem*. Assim discorre ainda Xavier: “Exemplo destas é a teoria – cuja expressão mais acabada se deve a Sandulli – segundo a qual haveria um procedimento (ou um processo em sentido amplo) sempre que a produção de um efeito jurídico dependesse de uma sucessão coordenada de atos humanos tendente àquele fim. Se esta realidade se verifica no processo judicial, todavia não se confinaria a ele, registrando-se sempre que a norma encerre uma ‘*fattispecie*’ de formação sucessiva; esta verifica-se quando um efeito depende de vários atos interligados funcionalmente e que se sucedem no tempo, seja qual for a natureza daquele efeito. Como os efeitos jurídicos e as ‘*fattispecie*’ que os determinam se enquadram em vários ramos do Direito, o procedimento seria um fenômeno geral da ordem jurídica, que só uma visão acanhada da realidade poderia ter cingido aos processos civil e afins”. *Ib idem*.

<sup>131</sup> *Da retroatividade do ato administrativo*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 11.

<sup>132</sup> *Idem*, p. 12. Acrescenta a autora: “Se na criação do ato jurídico de natureza privada, a exteriorização da vontade é relevante, no ato administrativo torna-se fundamental, tendo em vista o fim de interesse público a que visa, daí decorrendo a necessidade de ser conhecido pelos administrados e pelos órgãos de controle”. *Ib idem*.

enfocadas<sup>133</sup>, Medaur considera mais adequada a utilização, entre nós, da expressão “processo administrativo”<sup>134</sup>, ressaltando que esta foi a terminologia empregada no art.5º, LV, da nossa Constituição Federal de 1988. Logo, nessa concepção ampla, o fenômeno processual existe mesmo em todos os campos do Direito, sempre que o ordenamento jurídico exigir certa sucessão de fatos para a obtenção de determinado efeito.

Xavier, contudo, tecendo severas críticas à amplitude sustentada por Sandulli, considera não haver de se falar propriamente em *processo* no campo dos interesses privados, onde as garantias jurídicas acerca da regular formação dos atos não se traduzem numa disciplina processual, mas, sim, numa mera atividade.<sup>135</sup> Não obstante, ainda assim defende o emprego do termo para além da via judicial, reconhecendo haver processo em todas as áreas de atividade estatal em que se faça necessária “a sucessão ordenada de formalidades tendentes à formação ou à execução de uma *vontade funcional*”.<sup>136</sup> Conclui, assim, que “a cada uma das funções do

<sup>133</sup> Pelo *critério da amplitude*, “se todo processo implica, para o seu desenvolvimento, um procedimento, nem todo procedimento é um processo”; pelo *critério da complexidade*, “o processo seria o conjunto de atos ou procedimentos, a soma de diferentes operações que integram, na unidade, um todo, configurando-se como operação complexa”; pelo *critério do interesse*, “os atos do procedimento realizam-se com o objetivo de satisfazer somente o interesse do autor do ato”, ao passo que “quanto ao processo, os atos realizados pelos sujeitos visariam a um interesse que não é do autor do ato final, mas ao interesse dos destinatários do ato”; pelo *critério do concreto e do abstrato*, “o procedimento consistiria no módulo legal do fenômeno em abstrato, o esquema formal do processo; diz respeito, portanto, à hipótese abstrata ou normativa, a um dado da realidade normativa; a realização concreta dessa hipótese abstrata é o processo”; pelo *critério da lide*, “o processo seria identificado pela existência da lide; no procedimento não haveria lide”; pelo *critério da controvérsia*, “o processo encerra uma controvérsia ou litígio, quer no âmbito jurisdicional quer no âmbito administrativo; no processo administrativo o litígio envolveria a Administração e o administrado ou o servidor; o procedimento, por sua vez, seria o modo de realização do processo, seu rito”; pelo *critério do teleológico e do formal*, “a noção de processo é essencialmente teleológica, pois se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder; a noção de procedimento é de índole formal, porque significa mera coordenação de atos que se sucedem”; pelo *critério do ato e da função*, “o procedimento entra na área do ato; o processo vincula-se à função”; pelo *critério da colaboração dos interessados*, o processo é espécie de procedimento caracterizado pela colaboração do interessado; pelo *critério do contraditório*, “nem todo procedimento é processo, mesmo tratando-se de procedimento estatal e ainda que de algum modo possa envolver interesses de pessoas. O critério para a conceituação é a presença do contraditório”. *Processualidade no direito administrativo*, p. 30-40.

<sup>134</sup> Revendo posicionamento exposto em obra anterior (*O direito administrativo em evolução*), na qual havia empregado a expressão *procedimento administrativo*, a jurista reconhece que “naquele trabalho, de natureza precipuamente metodológica, a matéria foi tratada de modo pouco aprofundado, pois o objetivo era assinalar a tendência contemporânea do direito administrativo e atenção atual para um tema ausente da dogmática clássica desse ramo. O exame mais aprofundado do assunto levou a qualificá-lo como processo administrativo”. *Idem*.

<sup>135</sup> “A tese advogada por Sandulli, por não ter atentado na natureza e função substanciais dos atos e fatos que se integram no processo, formula deste uma noção exageradamente extensiva. A formação sucessiva dos contratos, a série representada pelo ato de aprovação e pelo ato aprovado, a sucessão de atos dos particulares e das autoridades nas hipóteses de administração pública de direitos privados, os crimes continuados – não respeitam a formação de uma vontade funcional e, portanto, não podem ser qualificados como processos. A estes fenômenos melhor se adapta a noção de *atividade*, - sucessão de atos interligados com vista à realização de um fim – conceito que os comercialistas italianos têm usado com o melhor proveito na teoria da empresa e do estabelecimento mercantil. Deste ponto de vista, o processo – como ‘*fattispecie*’ de formação sucessiva que é – entra nesta noção mais ampla de atividade, mas distingue-se das demais pelo fim específico a que visa: a formação ou a execução de uma vontade funcional. (...) O Direito não se desinteressa da regularidade da formação das vontades individuais, pois exige que ela seja livre e esclarecida, sancionando pela anulabilidade os atos viciados por erro, coação ou estado de necessidade. Trata-se de uma garantia jurídica que, no entanto, não se traduz numa disciplina processual”. *Op. cit.*, p. 20-23.

<sup>136</sup> *Idem*, p. 21. “O processo está, pois, intimamente ligado ao problema da vontade e da sua formação. É certo que nos simples particulares a formação da vontade não é objeto de uma disciplina processual; mas esta observação só revela que aí onde essa disciplina se impõe é quando se trata de adequar a vontade psicológica individual a fins legalmente determinados, ou seja, quando está em causa a manifestação de uma *vontade funcional*. (...) é sem dúvida no Direito Público que o fenômeno processual se apresenta com maior pujança e nitidez, já porque os interesses que regula – interesses públicos – carecem de uma mais séria ponderação, já porque são prosseguidos, na sua quase totalidade, por pessoas jurídicas em que a atividade processual é de regra”. *Idem*, p. 26.

Estado corresponde um tipo de processo através do qual ela se desenvolve”<sup>137</sup>, sendo o *processo administrativo* o “conjunto de formalidades tendentes à formação da vontade administrativa”.<sup>138</sup>

Cretella Júnior reputa o *direito processual administrativo* como ramo autônomo da ciência jurídica, “porque o conjunto de normas e princípios informativos que o disciplinam se dirigem para o objeto próprio, inconfundível, específico, caracterizado por seu contínuo dinamismo – o processo”.<sup>139</sup> Acrescenta que para cada tipo de processo existe um correspondente direito processual, “havendo, pois, para o processo civil, penal, trabalhista, tributário, falimentar, administrativo, os paralelos ramos dinâmicos da ciência jurídica que os estudam: direito processo civil, penal, trabalhista, tributário, falimentar e administrativo”.<sup>140</sup> Na mesma linha, Marcello Caetano entende que o termo *processo* pode ser genericamente empregado em relação a toda e qualquer vontade funcional do Estado, daí porque se os órgãos atuantes com vista à formação ou à execução dessa vontade funcional são “da Administração, temos o *processo administrativo*; se são tribunais incluídos na esfera própria do Poder Judicial, temos o *processo judicial*; se são órgãos com competência legislativa, temos o *processo legislativo*”.<sup>141</sup>

Com efeito, não há qualquer utilidade prática na distinção feita entre processo e procedimento administrativo sob o alegado prisma do *contraditório*. Concorde-se com Nelson Nery Costa quando sustenta que “diante da inexistência de uma definição clara e definitiva entre os conceitos de processo e procedimento, para o Direito Administrativo, é irrelevante tal distinção”.<sup>142</sup> O critério diferencial entre processo e procedimento, com base na existência ou não de controvérsia, apesar de haver servido à dogmática do Direito Processual Civil, não deve ser transportada nos mesmos moldes para o terreno do Direito Administrativo.<sup>143</sup>

<sup>137</sup> *Ib idem*, p. 26.

<sup>138</sup> *Ib idem*, p. 119.

<sup>139</sup> *Direito administrativo brasileiro*, p. 729.

<sup>140</sup> *Idem*, p. 730.

<sup>141</sup> *Op. cit.*, p. 1178. Também José dos Santos Carvalho Filho admite a existência das três modalidades de processos, cada uma delas correspondendo ao exercício de uma dessas funções, aduzindo que “o objetivo final do processo legislativo é a lei (ou outros atos a ela semelhantes em conteúdo); do processo judicial é a sentença (incluídos, em sentido lato, os acórdãos) e do processo administrativo é ato administrativo (aí inseridas também as condutas administrativas materiais sem formalização expressiva)”. *Op. cit.*, p. 06-07.

<sup>142</sup> *Op. cit.*, p. 12. Aduz o autor que “na verdade, no processo estariam presentes as regras do *due process law*, enquanto no procedimento não haveria essa exigência, por nem sempre estarem presentes os interesses dos interessados e dos servidores públicos. Todavia, o interesse público exige determinada formalidade e que haja transparência administrativa para que os administrados, sem estarem preocupados com seus direitos individuais, tenham difusamente interesse em determinado andamento na gestão da coisa pública. Para assegurar-se que a Administração se ponha de acordo com os princípios públicos gerais, previstos no *caput* do art.37 da Constituição Federal, além de outros previstos no art.5º e em outros dispositivos constitucionais, todo procedimento administrativo é o rito de determinado processo administrativo. Não deve haver a distinção conceitual para o Direito Administrativo por ser irrelevante e por violar os princípios constitucionais. Aliás, a nova Lei Federal n. 9784, de 29.01.99, que regulou o processo administrativo, no âmbito da Administração Pública da União, utilizou a expressão ‘processo’ e, não, ‘procedimento’, aderindo ao entendimento exposto nesta obra”. *Idem*.

<sup>143</sup> Registre-se que mesmo no âmbito do processo civil não raro já se observa a utilização indiscriminada da expressão “processo” até mesmo nas situações em que não existe lide ou conflito entre os interessados. No tocante ao direito português, por exemplo,



É de se reconhecer, entretanto, que a distinção entre processo e procedimento encontra importância no âmbito dos direitos processuais, civil e penal, na medida em que a competência para legislar sobre *direito processual* é privativa da União (CF, art. 22, I), enquanto é da competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal a legislação sobre *procedimentos em matéria processual* (art. 24, XI). Mas, por se aplicarem especificamente ao processo de natureza judiciária, estes dispositivos constitucionais não se voltam ao ramo do Direito Processual Administrativo, no qual a competência para tratar do processo (administrativo) em regra está reservada a cada ente político respectivo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), por conta da sua autonomia administrativa<sup>144</sup>, salvo quando a Constituição ressalva a competência da União para a edição de normas gerais, como acontece, v.g., com o processo administrativo licitatório (CF, art. 22, XVII).

Apesar de haver o legislador constitucional, naqueles casos dos arts. 22 e 24, empregado a expressão *processo* ao se referir estritamente ao processo judicial, o art. 5º, LV, da Carta fala também dos “*processos administrativos*”. Ademais, ao tratar dos mecanismos de edição de leis infraconstitucionais, a nossa Constituição Federal de 1988 empregou o termo “*processo legislativo*”, sem se cogitar, neste caso, da existência de qualquer elemento litigioso ou de controvérsia, ao menos no sentido tradicional em que tais situações são concebidas. A expressão aí tem o mesmo sentido amplo que é empregado ao se tratar dos processos administrativos e dos processos judiciais. Acrescente-se, para reforçar este entendimento, que a Lei n. 9784/99, regulando o funcionamento da Administração Pública federal brasileira, também utilizou a expressão *processo*.

Nesse prisma, cumpre criticar a postura assumida por parcela da doutrina que aponta a distinção entre *processo* e *procedimento administrativo* com base no elemento de controvérsia, pois este critério diferenciador revela-se deveras inseguro, haja vista que qualquer atuação administrativa, no contemporâneo Estado de Direito, está sujeita a vários tipos de controle, internos e externos, deles podendo advir inúmeros focos de litígios, seja em relação a interesses de particulares direta ou indiretamente atingidos, seja em relação a interesses difusos e coletivos defendidos por pessoas ou instituições legitimadas. Em verdade, toda atuação administrativa,

---

Marcello Caetano assevera não ver qualquer vantagem “em criar um termo como *procedimento* ou *processamento* quando na própria ordem judicial existem os *processos de jurisdição voluntária* que são processos gratuitos (Cód. Proc. Civil, art.1409º e segs.) e pouco de afastam de seus congêneres administrativos”. *Op. cit.*, p. 1182.

<sup>144</sup> Daí porque a Lei n. 9784/99, como explica José dos Santos Carvalho Filho, “tem caráter tipicamente *federal*, ou seja, destina-se a incidir apenas sobre a Administração direta e indireta e também aos órgãos administrativos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União. Embora destinada somente ao Governo Federal, já é um início de uniformidade normativa, o que muito facilita os administrados. Estados e Municípios deveriam trilhar o mesmo caminho, instituindo, pelas respectivas leis, sistema uniforme de processo administrativo em suas repartições”. *Direito administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 776-777.

mesmo nos chamados expedientes de rotina interna, potencialmente pode ser objeto de questionamentos administrativos e/ou judiciais.

Observe-se que determinados mecanismos processuais administrativos, do interesse de diferentes administrados, podem iniciar e se desenvolver sem qualquer incidente ou controvérsia (pelo que, a prevalecer o aludido critério distintivo, seriam chamados de *procedimentos*), como, podem, todavia, ser alvo de eventuais litígios e impugnações durante o seu transcurso (e aí, então, passariam a ser chamados de *processos*?!). É o que acontece, v.g., com as licitações e os concursos públicos, não havendo, na doutrina, uniformidade quanto à terminologia empregada para defini-las. Celso Antônio, por exemplo, os considera como exemplos de procedimentos administrativos<sup>145</sup>, o mesmo fazendo Hely Lopes.<sup>146</sup> Já Odete Medauar assinala que, tal como nos processos disciplinares, nas licitações e concursos públicos também sobressaem nítidos litígios<sup>147</sup>, o que, de fato, parece bem evidente.

Demonstrada a insegurança do critério referido, há de se optar simplesmente por empregar a expressão *procedimento* para designar o aspecto extrínseco sempre existente nos processos, a exemplo do que também se ensina na doutrina do Direito Processual Civil<sup>148</sup>. Nesse ponto concorda-se com Hely Lopes que “*processo* é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo; *procedimento* é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual”.<sup>149</sup> Também Maria Sylvia Zanella Di Pietro considera que o procedimento é apenas o *rito* do processo, isto é, a forma de proceder.<sup>150</sup>

O processo é, no dizer de Merlk, o caminho (*fieri*) destinado à efetivação de uma meta (*factum*)<sup>151</sup>, ou, como esclarece Odete Medauar, “o operar e o resultado da operação”.<sup>152</sup>

<sup>145</sup> *Elementos de direito administrativo*, p. 149.

<sup>146</sup> *O processo administrativo (teoria geral, processo disciplinar e processo fiscal)*, p. 39.

<sup>147</sup> *Processualidade no direito administrativo*, p. 49. Esclarece a autora ainda que “a idéia de ausência de litígios, ante a homogeneização teórica (ou dogmática) acarretada pela preponderância do interesse público, não corresponde à realidade, pois a função administrativa depara-se com heterogeneidade de interesses, tanto de particulares, como dos próprios órgãos administrativos”. *Idem*.

<sup>148</sup> Na lição de J. J. Camon de Passos, “procedimento é o processo em sua dinâmica, é o modo pelo qual os diversos atos se relacionam na série constitutiva de um processo”. *Comentários ao código de processo civil*, p. 09.

<sup>149</sup> *O processo administrativo (teoria geral, processo disciplinar e processo fiscal)*, p. 39. Também para Nelson Nery Costa, “o processo visa atingir um objetivo, em especial uma decisão e, para se chegar à mesma, deve a sucessão de atos seguir uma forma, um rito, que precisa ser previsto anteriormente, para que os administrados ou os servidores públicos tenham assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa”. *Op. cit.*, p. 11.

<sup>150</sup> “Não se confunde processo com procedimento. O primeiro existe sempre como instrumento indispensável para o exercício de função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz, sejam operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo; cada vez que ela for tomar uma decisão, executar uma obra, celebrar um contrato, editar um regulamento, o ato final é sempre precedido de uma série de atos materiais ou jurídicos, consistentes em estudos, pareceres, informações, laudos, audiências, enfim tudo o que for necessário para instituir, preparar e fundamentar o ato final objetivado pela Administração. O procedimento é o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos; equivale ao rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo”. *Direito administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 600.

<sup>151</sup> *Op. cit.*, p. 278.

Por conseguinte, afirma Merkl, “constituyen *derecho procesal* todos aquellos elementos del ordenamiento jurídico total que regulan la vía de producción de actos jurídicos a base de otros actos jurídicos, o, con la terminología tradicional, la aplicación de los preceptos jurídicos”.<sup>153</sup> Daí porque é preciso, como salienta Paulo Bonilha, efetuar “o resgate e a redescoberta do processo administrativo como espécie do fenômeno processual e, por isso mesmo, suscetível de necessária contemplação e tratamento à luz da teoria geral do processo”.<sup>154</sup> Também para Diógenes Gasparini o uso da locução *processo administrativo* acabou se generalizando no âmbito da Administração Pública, não apenas em relação aos litígios entre a Administração e o particular, mas, também, sempre que a lei exigir a instauração de autos internos antes de determinada deliberação.<sup>155</sup>

Comunga nesse pensar Nelson Nery Costa, para quem a finalidade do processo administrativo “pode ser tanto a solução de uma controvérsia entre a Administração e o administrado ou o servidor ou, então, os expedientes que tramitam pelos órgãos públicos, sem que haja necessariamente um litígio qualquer”.<sup>156</sup> Na mesma esteira, Mônica Martins Toscano Simões afirma que “o entendimento mais correto parece ser aquele segundo o qual a função administrativa realiza-se mediante *processo*, haja ou não contrariedade. Já o *procedimento* seria a forma específica de manifestação do *processo*”.<sup>157</sup> “Processo administrativo, não procedimento”: esta também é a conclusão a que chegou de Egon Bockmann Moreira<sup>158</sup>.

<sup>152</sup> *Processualidade no direito administrativo*, p. 24.

<sup>153</sup> *Op. cit.*, p. 281. Acrescenta o jurista austríaco que “es derecho procesal, por tanto, la norma de aplicación del derecho constitucional dentro de la legislación, ya sea la legislación constitucional legislación ordinaria, y en aquellas funciones que posean el mismo rango que la legislación; también es derecho procesal la norma de aplicación del derecho legal dentro de la justicia y de la administración, como ramas de aplicación de la ley, la norma de aplicación de actos ejecutivos generales (ordenanzas) em actos ejecutivos individuales (resoluciones, disposiciones, sentencias), la norma de aplicación de actos ejecutivos individuales en otros actos ejecutivos individuales; esto es, de resoluciones, disposiciones y sentencias en órdenes ejecutivas o en autorizaciones de ejecución y, por último, la aplicación de estos actos, que fundamentan la mera ejecución, en la ejecución forzosa efectiva (...) Si nos mantenemos dentro de la división tripartida de las funciones jurídicas en legislación, justicia y administración, resultan tres grandes tipos de procedimientos y tres complejos de derecho procesal. El *derecho procesal legislativo*, que constituye la parte principal del derecho constitucional, representa la suma de las reglas de producción de las leyes y de otros actos estatales de rango superior o idéntico que las leyes; *derecho procesal judicial* abarca la suma de las reglas de producción de los actos judiciales y, por último, *el derecho procesal administrativo* la suma de las reglas de producción de los actos administrativos. *Idem*, p. 281-282.

<sup>154</sup> *Op. cit.*, p. 74. Nessa mesma linha tem-se o entendimento de Marcello Caetano quando utiliza unicamente a terminologia “processo administrativo” para designar todas as séries de atos e formalidades que precedem e preparam o ato administrativo. Ressalve-se apenas que o autor, fiel ao sistema de jurisdição dual (contencioso administrativo) utilizado em Portugal, utiliza o adjetivo *gracioso* para identificar os processos administrativos que disciplinam o funcionamento e atuação dos órgãos da Administração na execução de atos jurídicos, e utiliza o adjetivo *contencioso* para identificar os processos administrativos que disciplinam o funcionamento do órgão independente para decidir com força de coisa julgada (Tribunal Administrativo). Mas, em ambos os casos, é de *processo* que se trata. *Op. cit.*, p. 1178-1179. Explica o autor lusitano que “há casos em que o processo gracioso é *meramente interno*, isto é, trata-se de formalidades destinadas a assegurar apenas a regularidade e a eficiência dos serviços administrativos. O processo, porém, assume relevância jurídica externa quando se destine a acautelar interesses particulares cujos titulares ficarão interessados na observância dessas formalidades”. *Idem*.

<sup>155</sup> *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 787.

<sup>156</sup> *Op. cit.*, p. 22.

<sup>157</sup> *O processo administrativo e a invalidação de atos viciados*. Temas de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2004. v 10, p. 35.

<sup>158</sup> *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 52.

Noutro giro, não se poderia deixar de fazer menção aqui à interessante e peculiar abordagem feita pelo processualista italiano Elio Fazzalari, professor emérito da Universidade de Roma (*La Sapienza*). Apesar de adotar uma concepção ampla para o emprego da expressão “processo”, tal como aqui defendida, o jurista se mantém apegado à presença do elemento “controvérsia” como critério diferencial, não obstante atribua a este um sentido distinto e mais amplo do que tradicionalmente lhe é conferido. Na lição de Fazzalari, o *processo* “é uma estrutura na qual se desenvolvem, segundo o ordenamento estatal, numerosas atividades de direito público (principalmente deveres fundamentais do Estado, mas não somente) e algumas atividades de direito privado”.<sup>159</sup> Assim, em que pese seguir a tendência moderna que estende o âmbito dos processos para fora do campo da jurisdição, somente considera *processos* aqueles procedimentos em que ocorra “a participação dos ‘interessados’, em contraditório, ao *iter* de formação do ato final”, isto é, quando “a atividade a ser desenvolvida deva lidar com interesses em contraste”.<sup>160</sup>

O “contraditório”, a que alude Fazzalari como elemento dialético necessário ao processo e *ratio distinguendi* em relação aos simples procedimentos, não se traduz apenas como uma situação de conflito material de interesses entre as partes envolvidas (até porque, existem situações de conflito de interesses em que não há propriamente um processo<sup>161</sup>), mas, além disso, como toda e qualquer estrutura *dialética* em que haja a *participação dos destinatários* da decisão a ser tomada, cada qual manifestando a sua opinião direcionada à produção do ato final, “de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar”.<sup>162</sup> Observa, ainda, a existência de processos

<sup>159</sup> *Op. cit.*, p. 27.

<sup>160</sup> *Idem*, p. 37. Aduz o jurista: “O ‘processo’ é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades. Não basta, para distinguir o processo do procedimento, o relevo que no processo tem a participação de mais sujeitos, cujos atos que o constituem são movidos não somente pelo autor do ato final, mas também por outros sujeitos. Como ressaltado, quando se fala de procedimento ‘plurissubjetivo’, refere-se ao esquema de atividade em seqüência, movida por mais sujeitos, que se distingue do esquema do verdadeiro e próprio processo. De resto, ninguém considera que a participação do privado consiste no pedido de licença de caça, e a participação do órgão consultivo que fornece ao autor do provimento o próprio parecer transforme o procedimento em processo. É necessária alguma coisa a mais a diversa; uma coisa os arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o *contraditório*”. *Ib idem*, p. 119.

<sup>161</sup> Diz o autor que o conflito de interesses “poderá constituir a razão pela qual a norma faz com que se desenvolva uma atividade mediante processo, mas no máximo se pode falar de processo enquanto se constatem *ex positivo iure*, a estrutura e o desenvolvimento dialético acima ilustrado. Na ausência de tal estrutura, é vão indagar acerca de um atual ou eventual conflito de interesses: onde é ausente o contraditório – isto é, onde inexista a possibilidade, prevista pela norma, de que ele se realize – não existe processo”. *Ib idem*, p. 120-121.

<sup>162</sup> *In idem*, p. 120. Assim escreve o jurista italiano: “Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanação do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados. (...) Existe, em resumo, o ‘processo’, quando em uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar”. *Ib idem*, p. 119-120.

em diversas atividades do ordenamento estatal (processos de jurisdição contenciosa e graciosa, processos administrativos, processos legislativos), e até mesmo em atividades privadas, fora do ordenamento estatal (processos arbitrais, processos de deliberação no interior de partidos, sindicatos, associações esportivas, ordens profissionais, associações e sociedades comerciais etc.)<sup>163</sup>.

Quanto ao processo legislativo, Fazzalari considera haver contraditório nos procedimentos de debate e deliberação que contam com a participação dos membros do parlamento<sup>164</sup>, tal como acontece com os sócios de uma sociedade de capitais<sup>165</sup>. No que concerne à atividade administrativa, vale-se da expressão “processo” para designar todos aqueles procedimentos que se desenvolvam nos moldes dialéticos acima mencionados, haja ou não litígios entre os participantes, porém não considera que possam ser catalogados entre os processos “aqueles esquemas nos quais é contemplada participação do interessado meramente episódica, e sob um plano inferior em relação àquele da administração pública”,<sup>166</sup> residindo aí a única restrição do autor ao conceito amplo de processo administrativo.

Há de se discordar, todavia, desta restrição proposta, pois, na linha já defendida anteriormente, com apoio em Adolf Merkl, revela-se insegura a utilização do elemento “contraditório” como critério de distinção entre procedimentos e processos administrativos, até porque a presença deste nem sempre é assegurada em procedimentos previstos na lei para a formação dos atos administrativos, o que não afasta, porém, o dever da Administração de – estando atenta às peculiaridades de cada caso concreto e aos ditames constitucionais – assegurar a participação do administrado interessado na fase preparatória à prática do ato. Outrossim, mesmo nos atos administrativos para cuja prática não se possa assegurar de logo a participação

<sup>163</sup> *Ib idem*, p. 35-38. Sobre as arbitragens, Fazzalari entende que “são processos, porque deles participam os destinatários dos efeitos do laudo (a pronúncia com que cada uma de tais seqüências termina), em pé de simétrica paridade: à qual corresponde a imparcialidade do árbitro”. *Ib idem*, p. 567.

<sup>164</sup> “Entre os membros do Parlamento (ou aqueles do Conselho Regional), em comissão ou em sessão, na fase de exame e de discussão do projeto de lei, celebra-se, justamente, o contraditório, no qual se evidenciam e se sopesam os elementos aptos a determinar o voto de cada um e a deliberação. Os membros do parlamento, se por um lado compõem o órgão legislativo, de outro, em virtude da ligação com os respectivos eleitores – ligação que não é uma relação de verdadeira e própria representação, e nem mesmo de mandato em sentido estrito, mas que certamente subsiste pelo fato que o ordenamento faz ressaltar a sua investidura da vontade manifestada pelos eleitores – representam-lhes os interesses. (...) Assim é que também nos procedimentos em exame se contempla a participação em contraditório daqueles – os membros do parlamento – que, por um fenômeno de redução por meio de seleções, estão no lugar dos destinatários das leis, isto é, dos cidadãos. Trata-se, portanto, não de meros procedimentos, mas sim de processo”. *Ib idem*, p. 709-710.

<sup>165</sup> Na linha de pensamento do autor, insere-se dentre aquelas “hipóteses de relevância das atividades preparatórias, isto é, de ‘procedimentos’ de direito privado (esses estão, aliás, em via de incremento); e não falta o emprego do ‘processo’, isto é, de procedimento do qual participem, em contraditório entre eles, os destinatários da eficácia do ato final, que, nesse caso, porém, não é um provimento, isto é, um ato imperativo, mas sim um ato privado, manifestação da chamada autonomia privada, concedida pelo ordenamento”. *Ib idem*, p. 35.

<sup>166</sup> *Ib idem*, p. 726. Esclarece o autor: “Aqui não existe contraditório, nem paridade de posições – na fase preparatória – entre o órgão da administração pública e o privado. Pode-se colher, nesses casos, as relações que reclamam a disciplina do processo (como a necessidade da ‘contestação’, isto é, a necessidade que o privado seja advertido e colocado em condições de desenvolver deduções) e, antes, em razão disso, os cânones que governam os verdadeiros e próprios processos podem ser utilmente aplicados para a melhor atuação de tais relações; mas do processo há defeito o elemento fisionômico essencial”. *Ib idem*, p. 127.

contraditória do administrado, por força da urgência, impõe-se que a Administração adote mecanismos preparatórios que assegurem o razoável registro dos fatos e viabilizem o exercício posterior do contraditório, evitando-se, com isso, o arbítrio. Também aí, portanto, cumpre à Administração seguir um devido *processo* legal, valendo a advertência, já feita no tópico anterior, acerca do mínimo de processualidade a ser observado nos atos administrativos praticados de forma instantânea.

Em suma, o processo é o método; o procedimento é o rumo tomado pelo processo. Com isso, cabe empregar sempre a expressão *processo administrativo* para designar qualquer expediente constituído por uma série de atos preparatórios dispostos ao longo de um *procedimento administrativo*, destinados à edição de um ato final pela Administração. Toda função estatal, formalizada por um procedimento (rito, seqüência de atos encadeados) e destinada à aplicação do Direito, é um *processo*.

### 1.3.3 Os Tipos de Processos Administrativos

Será adotada aqui a didática classificação feita por Juan Carlos Cassagne, com ressalva apenas de que este autor utiliza a expressão “procedimento” para designar aquilo que, segundo se defendeu em tópicos anteriores, constitui o *processo administrativo*. O jurista argentino considera que a processualidade administrativa comporta basicamente três tipos de procedimentos, quais sejam os de *fiscalização interna*, os de *formação dos atos administrativos* e os de *impugnação*.<sup>167</sup>

Os *processos administrativos de fiscalização interna* são aqueles previstos para o controle da atuação dos órgãos e agentes públicos pela própria Administração, visando a conformidade e eficiência da atividade administrativa. Os *processos administrativos de formação dos atos administrativos* são os mais numerosos e destinados a todas as situações em que se faz necessária a prévia adoção de um procedimento que assegure o exame mais cuidadoso dos fatos que justificam a atuação administrativa. Tem aumentado o interesse da doutrina

---

<sup>167</sup> “(...) según que ellos se refieran a la fiscalización interna (procedimientos de los órganos de control), al nacimiento de los actos administrativos (procedimiento de formación), o a su impugnación (procedimiento recursivo)”. *Op. cit.*, p. 280.

administrativista no estudo desta modalidade de processo<sup>168</sup>, haja vista as garantias que propicia para se evitar a edição de atos que, acaso praticados açodadamente sob o singelo argumento da satisfação do interesse público, afetariam desproporcionalmente interesses dos administrados, aniquilando direitos fundamentais consagrados na Constituição.

Indiscutível o caráter *preventivo (a priori)* dos processos de formação dos atos administrativos, razão pela qual Odete Medauar critica “a idéia, veiculada durante muito tempo, da atividade administrativa como atividade quase totalmente livre”<sup>169</sup>, quando predominava apenas “a preocupação com o termo final da decisão, o ato administrativo, sem que a atenção se voltasse para os momentos que precedem o resultado final”.<sup>170</sup>

Por fim, nos *processos administrativos de impugnação* busca-se a revisão de ato administrativo já praticado pela Administração Pública, o que em regra é feito por meio de recursos<sup>171</sup> dirigidos ou ao próprio agente que praticou o ato ou a autoridade administrativa hierarquicamente superior. Tal como acontece nos processos de formação dos atos administrativos, os processos de impugnação consubstanciam mecanismos de garantia dos administrados atingidos pelo ato, assegurando-lhes, porém, um controle *a posteriori*. Em verdade, os processos de impugnação não deixam de ser, também, processos de formação, particularmente do *novo* ato administrativo que se busca em substituição ao ato impugnado. Atento a isso, Alberto Xavier considera a impugnação como fase integrante do mesmo processo de formação do ato administrativo.<sup>172</sup>

No âmbito da tipologia de gêneros processuais, Nelson Nery Costa aponta ainda variadas espécies submetidas a uma pluralidade de procedimentos.<sup>173</sup> Mas, por escapar ao objeto específico do presente estudo, não se abordará aqui todas, mas tão somente aquelas espécies processuais em que se infere uma grande problemática no tocante à instrução probatória e o ônus

<sup>168</sup> Examinando o tema do processo e do procedimento administrativo no direito comparado, José dos Santos Carvalho Filho cita a opinião de doutrinadores estrangeiros que o associam à formação do ato administrativo. É assim que Manuel Diez conceitua o procedimento administrativo como “o conjunto de regras que regem a elaboração dos atos administrativos”. Gabino Fraga, por sua vez, identifica o procedimento como o “conjunto de formalidades e atos que precedem e preparam o ato administrativo”. *Apud* Carvalho Filho, *Processo administrativo federal (comentários à Lei n. 9.784, de 29/1/1999)*, p. 09-11.

<sup>169</sup> *Processualidade no direito administrativo*, p. 14.

<sup>170</sup> *Idem*.

<sup>171</sup> O termo aí é utilizado em sentido amplo, abrangendo todas as espécies de recursos administrativos, desde os propriamente ditos hierárquicos até as reclamações, representações, pedidos de reconsideração, dentre outros.

<sup>172</sup> “Consideramos uma fase do processo o conjunto de formalidades que desempenham relativamente ao ato administrativo final uma função homogênea. Partindo desta noção podem descobrir-se no processo administrativo, idealmente cinco fases: uma fase inicial ou introdutiva, uma fase instrutória, a fase de decisão, uma fase complementar e uma fase de impugnação. Destas cinco fases, apenas a introdutiva e a da decisão são necessárias; as outras são de verificação puramente eventual, mesmo nos tipos processuais abstratamente considerados. (...) a *impugnação* do ato administrativo perante a própria autoridade que o praticou ou perante um seu superior hierárquico abre uma nova fase do processo destinada ao exame da matéria decidida do ponto de vista da legalidade ou da justiça e conveniência”. *Do procedimento administrativo*, p. 157.

<sup>173</sup> Segundo a classificação proposta por Costa, são espécies de processos administrativos: “1) de expediente, 2) de outorga, 3) de restrição pública à propriedade particular, 4) de controle, 5) de gestão, 6) de punição, 7) disciplinar e 8) fiscal”. *Processo administrativo e suas espécies*.

da prova. Destacam-se, sob esse prisma, os chamados *processos administrativos sancionadores*, envolvendo os processos *de punição* (voltados à aplicação de sanções decorrentes do poder de polícia da Administração Pública sobre os particulares em geral) e os processos *disciplinares* (voltados às sanções decorrentes do poder disciplinar da Administração Pública sobre os seus agentes e contratados).

### 1.3.4 A Forma nos Processos Administrativos e nos Atos Complexos

A doutrina em geral sempre cuidou de apontar a distinção entre o processo administrativo e o chamado *ato administrativo complexo*, ao fundamento de que, neste, as manifestações de vontade convergem para formar um único ato, ao passo que o processo administrativo se caracteriza por uma seqüência preparatória de atos direcionados à produção de um ato final.<sup>174</sup> Nessa esteira de pensamento, apesar de haver no ato complexo uma série de passos para a formação final do ato, tais passos são parte de um todo funcional, de um único ato. Assim, por exemplo, se um desses passos estiver viciado e se for o caso de nulidade, tal vício em regra contaminará todo o ato, porquanto inválido em suas partes formadoras. No processo administrativo, ao contrário, os atos que o compõe podem ter efeitos jurídicos próprios e, portanto, podem ser individualmente desfeitos, sem que necessariamente esteja todo o processo maculado.

No dizer de Egon Bockmann Moreira, processo e ato complexo são realidades normativas absolutamente diversas, cada qual submetida a regime jurídico próprio.<sup>175</sup> Élio

---

<sup>174</sup> Conceituam-se, assim, os *atos complexos* como “os que resultam da conjugação de vontades unificadas de órgãos diferentes”, cujo exemplo clássico é “a nomeação, procedida por autoridade de um dado órgão, que deve recair sobre pessoa cujo nome consta de lista tríplice elaborada por outro órgão”. Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*, 14ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 378. O ato complexo, nas palavras de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, “é formado pela manifestação de vontade, que se expressa pela participação de dois ou mais órgãos, cujas exteriorizações se verificam em uma só vontade (...) Há como um feixe unitário de impulsos volitivos, de forma que o ato jurídico é produto da ação conjugada da vontade desses órgãos. Nesse ato há unidade de conteúdo e unidade de fins de várias vontades que se congregam, operando em fases simultâneas ou sucessivas, para formar um único ato jurídico, como vontades concorrentes que cooperam na sua constituição. Tome-se, como exemplo, a lei, que, nos termos constitucionais, se perfaz com a participação de órgãos legislativos autônomos, a Assembléia Deliberante e o Presidente e seus Ministros, ou, o decreto, que resulta da ação conjugada de órgãos executivos autônomos, o Presidente e seus Ministros. Essa complexidade pode ser igual ou desigual, segundo a força dos órgãos que participam da sua formação. O ato complexo pressupõe operações de vontade de vários órgãos, que se completam para a sua criação. Elas são juridicamente homogêneas, pois agem pelos mesmos interesses, ou, por interesses idênticos. Portanto, ocorre fusão de vontades ideais de vários órgãos, que funcionam, destarte, como vontade única para formação de um ato jurídico”. *Princípios de direito administrativo*.

<sup>175</sup> *Processo Administrativo*, p. 56. Explica o autor que “ato complexo e ato coletivo não caracterizam uma seqüência procedimental. Existem de per si, apesar de praticados de forma que, muitas vezes, transcende a mera instantaneidade. Tais



Fazzalari também aponta critérios de distinção entre os procedimentos e os atos complexos, considerando que “estes últimos são combinações que regulam, exatamente, um único ato – ou, se se preferir, uma só ‘fatispécie’, enquanto o procedimento não pode ser delineado como ‘fatispécie’ unitária”.<sup>176</sup> Também enfocando tal diferenciação, Celso Antônio Bandeira de Mello assinala que, nos atos complexos, as manifestações dos órgãos distintos se fundem em uma só expressão, sendo que “as ‘vontades’ *não cumprem funções distintas*, tipificadas por objetivos particulares de cada qual; ou seja: nenhuma delas possui, *de per si*, identidade funcional autônoma na composição do ato”.<sup>177</sup> Já no que concerne aos processos administrativos, os vários atos visam “um fim distinto daquele da ou das declarações principais de vontade e, à vista disso, devem ser delas ou dela distinguidas”.<sup>178</sup>

Apesar de reconhecer que “a incerteza na definição do conceito é ainda hoje muito grande”, Alberto Xavier<sup>179</sup> considera que nos atos complexos apenas existem atos de manifestação de vontade simples, com identidade de objeto e sem necessária obediência a uma ordem cronológica, enquanto que os processos administrativos são formados por atos com objetos distintos e por fatos jurídicos, os quais seguem uma ordem cronológica.<sup>180</sup>

Ao que parece, todavia, a distinção entre atos complexos e processos administrativos deve-se à concepção meramente *formal* que sempre esteve presente na tradicional doutrina acerca do papel do procedimento, entendido como mero conjunto de formalidades extrínsecas dirigidas à produção de determinado efeito jurídico. Mas, como reiteradamente defendido aqui, cresce hoje a idéia na doutrina acerca de uma progressiva *substancialização* do procedimento

conceitos são antíteses dos atos ‘simples’ – praticados por uma só pessoa, em determinado momento. (...) “no processo administrativo há vários atos (não manifestações sem valor jurídico específico), praticados por um ou mais sujeitos, todos - agentes e atos – com competência, eficácia e validade autônomas. Não há fusão de manifestações, constitutivas de um ato (principal), e a finalidade dos atos processuais é dúplice: proferir decisão para as questões endoprocessuais (imediate) e dar seqüência ao processo, até a decisão final que produza efeitos extraprocessuais (mediata)”. *Idem*, p. 54-56.

<sup>176</sup> *Instituições de direito processual*, p. 115.

<sup>177</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 434. Acrescenta Bandeira de Mello que “o correto, portanto, será dizer-se, com o mestre espanhol Tomás-Ramón Fernández, que o procedimento não é uma manifestação complexa de vontades, mas um complexo de atos. Em suma: no procedimento ou processo administrativo há vários atos, todos com finalidades específicas, distintas, sem prejuízo de possuírem também uma finalidade comum à generalidade deles. No ato complexo, diferentemente, há *um só ato*, que se forma pela conjugação de ‘vontades’ de órgãos diferentes, sendo que ditas vontades estão articuladas em uma *única* finalidade, sem que caiba discernir outra que lhes fosse, como inerência, diversa da que reside no ato”. *Idem*.

<sup>178</sup> *Ib idem*.

<sup>179</sup> *Do procedimento administrativo*, p. 95, nota de rodapé.

<sup>180</sup> “O processo administrativo não deve ser concebido como um ato substancialmente unitário, quer seja qualificado como ato complexo, como operação administrativa ou como ato-procedimento. Os *atos complexos* são declarações de vontade resultantes da concorrência de vontades de vários órgãos aos quais cabe exercer um mesmo poder ou competência; daí que os elementos em que se decompõe tenham um objeto comum, que fornece o substrato indispensável à sua unificação jurídica. Ora, o processo administrativo, embora tenha de comum com o ato complexo a subordinação de todos os seus elementos a um fim unitário, distingue-se dele por vários aspectos. Enquanto que o ato complexo é necessariamente composto por declarações de vontade simples, o processo administrativo pode abranger além de atos, fatos jurídicos como o tempo em que os prazos se traduzem; e, se assim é, não se compreende a fusão de elementos heterogêneos num todo unitário. Se o ato complexo exige que os atos simples em que se decompõe tenham identidade de objeto, já isto não sucede nos processos administrativos, cujos elementos constitutivos visam realizar interesses distintos. Acresce ainda – e este é argumento decisivo – que os processos administrativos implicam que os seus elementos componentes se sucedam no tempo, isto é, que representem uma série, enquanto que uma ordem cronológica não é conceitualmente exigida nos atos complexos”. *Idem*, p. 95-96.

administrativo<sup>181</sup>, em cujos elementos formadores podem-se identificar a interdependência e a unidade de desígnios com vistas à perfeição do ato final (elemento teleológico do processo administrativo). Com isso, tudo leva a crer que, no que tange à essência, a idéia de processo administrativo vem se aproximando muito da de ato complexo, enfraquecendo-se os critérios de distinção conceitual apontados. Nesta contemporânea concepção, não mais haveria lugar para a aludida postura clássica que considera que os vícios de forma contaminariam totalmente o ato complexo e apenas parcialmente o processo administrativo. Fica cada vez mais difícil constatar esse dogma na atualidade.

Por outro lado, ainda que se continue acolhendo tal distinção doutrinária, não se olvida que o processo administrativo integra o elemento *forma* do ato final por ele produzido, consoante assinala Odete Medauar.<sup>182</sup> Assim também escreve David Duarte, salientando que a atual concepção da procedimento administrativo deita raízes históricas na aceção ampla do conceito de vício de forma (“irregularité de procédure”) oriundo do Direito francês.<sup>183</sup>

Sob esse prisma, em ambos os casos (atos complexos e processos administrativos) tem-se presente, num sentido abrangente, o elemento *forma* na produção do ato: a seqüência de manifestações dos distintos órgãos constitui a forma do ato complexo, ao passo que a seqüência de atos preparatórios que integram o processo administrativo constitui a forma do ato final a ser produzido. Sendo assim, no que tange ao método adequado a ser empregado pela Administração

---

<sup>181</sup> Segundo David Duarte, “a explicação substancialista do procedimento, com origens na doutrina alemã, leva à nuclearidade da noção de ato complexo, como referência da decisão que engloba constitutivamente várias vontades e que representa substitutivamente o procedimento administrativo como um conjunto de atos necessários para a perfeição do ato final. (...) A introdução de componentes substancialistas na noção de procedimento como complexo de atos revela-se também na consideração do procedimento administrativo com uma ordenação externa, na qual a valoração e ponderação dos fatos, bem como a decisão final, dizem respeito ao processo intrínseco desenvolvido pela autoridade com poder de decisão. (...) Os dois vetores que se apresentam como essenciais na conceitualização do procedimento administrativo, complexo seqüencial de atos e unidade do procedimento pela relação de preparação da decisão, marcam já a orientação contemporânea de afastamento das concepções puramente formais. A idéia de que o procedimento administrativo é uma série de atos dirigidos à produção de um resultado não explica a individualidade do procedimento administrativo, nem permite captar a plenitude das suas funções na relação com a decisão”. *Op. cit.*, p. 87-94.

<sup>182</sup> Acerca dos pontos abrangidos pela expressão “forma do ato administrativo”, ensina Odete Medauar que “uma primeira corrente doutrinária inclui somente os requisitos necessários à declaração da vontade, tais como data, assinatura, motivação, a característica de ser escrito, enquanto outra orientação acresce o procedimento de formação da vontade e uma terceira menciona, além daqueles, os modos de comunicação ou divulgação do ato. Na verdade, forma do ato administrativo engloba tanto os modos de declarar a vontade como o procedimento preparatório e a comunicação aos administrados, pois todos dizem respeito à exteriorização do ato, independentemente do conteúdo. Stassinopoulos, nessa linha, denomina formas internas os elementos do corpo ou texto do ato (assinatura, data) e formas externas as operações ou atos que se encontram fora do ato (medidas preparatórias, publicação)”. *Da retroatividade do ato administrativo*, p. 12. Neste sentido também o entendimento de Juan Carlos Cassagne. *Op. cit.*, p. 284.

<sup>183</sup> “O vício de forma compreende, tradicionalmente, duas vertentes: vícios relativos ao meio de exteriorização da decisão e vícios relativos ao conjunto de atos antecedentes à decisão e que se repercutem nesta. É desta aceção abrangente do conceito de vício de forma que se retira o ponto de partida do tratamento doutrinário e jurisprudencial do procedimento administrativo. Afastada a primeira vertente, o vício de forma compreende a chamada ‘irregularité de procédure’, que consubstancia a falta ou a insuficiência da prática de formalidades legalmente exigidas e que deviam anteceder a decisão. A idéia de *irregularité de procédure* (ou de *vice de procédure*) vai possibilitar a percepção de que não interessa apenas a competência do autor do ato, a forma prevista para a sua exteriorização, nem o quadro legal de finalidades e de proteções subjetivas. Ao mesmo tempo, a Administração está adstrita a um conjunto de atos de tramitação que se desenvolvem e canalizam rumo à decisão”. *Op. cit.*, p. 48-49.

em tais manifestações e seqüência de atos, os parâmetros de invalidade dependerão do tratamento a ser dado ao *vício de forma*, sobretudo quanto aos seus efeitos.

#### 1.4 A APLICAÇÃO DO DIREITO E AS PROVAS

Viu-se que do atributo de imperatividade resulta a imposição dos efeitos dos atos administrativos, segundo a percepção que os agentes públicos tenham dos fatos envolvendo interesses dos administrados. Eventuais efeitos nocivos dessa sujeição podem e devem ser minimizados com a adoção de prévios e criteriosos processos para a formação dos atos administrativos, de modo a se garantir um adequado grau de controle preventivo do seu conteúdo, equilibrando proporcionalmente os interesses públicos e os interesses individuais.

Na aplicação do Direito não raro surgem conflitos intersubjetivos. No caso específico dos atos praticados pelos agentes da Administração Pública, dotados de certas prerrogativas funcionais, choques podem vir a ocorrer envolvendo interesses particulares dos administrados alcançados por seus efeitos, de modo a se pretender uma *revisão* do ato objeto do litígio. Para a solução destes conflitos, o ordenamento jurídico prevê a adoção de mecanismos que viabilizam a produção de um *novo ato de aplicação* em substituição ao anterior. Nesses casos, atribui-se a um dos litigantes (a própria Administração Pública) ou a um terceiro (juiz ou Tribunal) o papel de aplicador do Direito encarregado de produzir o *novo* ato e dirimir o conflito.

Uma vez formado o ato administrativo, restará ao administrado por ele afetado valer-se de recursos para provocar a própria Administração a *revisá-lo*, novamente aplicando o Direito. Surge daí um *processo administrativo de impugnação*, segundo a classificação de Cassagne já referida anteriormente. Outrossim, nas situações administrativas de litígio pode ainda sobressair a figura do *terceiro* aplicador do Direito, papel esse em regra desempenhado pelo Estado-juiz através de seus magistrados e por meio dos *processos judiciais*<sup>184</sup>. Ressalte-se, porém, que “em muitos países há órgãos da Administração que resolvem, com independência, casos concretos mediante julgamento, isto é, aplicando a lei a um caso concreto por solicitação dos interessados e

---

<sup>184</sup> Não se ignora os atuais mecanismos alternativos de jurisdição por meio de árbitros escolhidos pelas partes (arbitragem), mas isto em nada altera o raciocínio aqui exposto, eis que, no tocante aos litigantes, desempenham papel de aplicação do Direito substancialmente similar ao dos magistrados.

precedendo audiência contraditória”.<sup>185</sup> Portanto, como se verá em tópico adiante, há sistemas em que a figura do *terceiro* julgador independente não integra a estrutura do Poder Judiciário.

Seja no âmbito da organização hierárquica da Administração Pública, segundo as esferas de competência revisional, seja no âmbito dos conflitos levados à apreciação das instâncias do Poder Judiciário ou instâncias independentes da Administração, dá-se uma constante e complexa operação de concretização do Direito até que se chegue à decisão final que ponha termo ao conflito. A percepção do novo aplicador – seja a própria Administração, seja um terceiro julgador – dependerá de um complexo procedimento que obedece a regras e princípios jurídicos que, segundo aponta Carnelutti, integram a *teoria da prova legal*.<sup>186</sup>

A maioria dos escritos jurídicos nacionais e estrangeiros, sobre o tema da atividade processual probatória, trata da disciplina dos processos *judiciais*, de natureza civil, trabalhista, penal etc., nos quais a aplicação do Direito, como se sabe, é feita por um juiz ou membro de tribunal. Todavia, o foco de estudo aqui vai além deste estrito balizamento, eis que, por aplicador do Direito no âmbito processual, há de se considerar não apenas os membros do Poder Judiciário, mas, também, as autoridades administrativas no exercício de sua função revisora (autotutela administrativa), provocadas que são à percepção dos fatos controversos através de atividades probatórias. Além disso, o interesse no tema da *prova* não se restringe à aplicação do Direito no bojo dos processos de impugnação, pois a percepção fática dos agentes públicos, por ocasião da própria formação dos atos administrativos, não raro impescinde de análise probatória.

Na produção do ato de revisão, o novo aplicador do Direito (seja membro do Judiciário ou da Administração) em regra não tem contato pessoal com o fenômeno que gerou a originária aplicação do Direito na formação do ato administrativo impugnado, isto é, com o fato cuja significação jurídica tornou-se objeto de controvérsia entre a Administração e o administrado. Decorrem daí situações complexas de percepção pelo novo aplicador, nas quais a decisão, no dizer de Tércio Sampaio Ferraz Júnior “não emerge automaticamente da

---

<sup>185</sup> Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios gerais do direito administrativo*, p. 119. Aduz o jurista que “o ato que decide essa pendência de interesses é um ato jurídico unilateral de Direito Público, é praticado por um órgão da Administração, visa a produzir efeitos jurídicos num caso concreto, mas exerce a jurisdição contenciosa, e podemos chamar-lhe para simplificar, ato jurisdicional apenas. Repara-se bem que falo em ato jurisdicional e não em ato judicial. Este corresponde a uma noção orgânica, é todo o ato praticado por tribunais ou pelos seus juízes no exercício da respectiva jurisdição. Ao passo que o ato jurisdicional se caracteriza por certos aspectos formais, sem que importe saber quem o pratica. E esses aspectos são: o fato de quem decide ter de ser solicitado por petição do interessado, a existência de conflito de interesses a resolver, a instrução do pedido com audiência de outros interessados, a decisão por aplicação da lei aos fatos provados – sem submissão a ordens ou instruções superiores”. *Idem*, p. 119-120.

<sup>186</sup> “O conjunto de regras relativas à percepção e à dedução dos fatos por parte do juiz, constitui o sistema ou a teoria chamada da *prova legal*.” *A prova civil*. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 45.

identificação do suposto fático para o caso em tela”.<sup>187</sup> A percepção a ser feita pelo novo aplicador do Direito pressupõe a existência de *provas* acerca dos fatos objeto de controvérsia entre as partes no litígio, assinalando Inês Lépori White que “la teoría de la *carga de la prueba* es nada más que una parte de la teoría de la *aplicación del derecho*”.<sup>188</sup>

Segundo leciona Moacyr Amaral Santos, “provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa”.<sup>189</sup> Não obstante a sua plurissignificação, a palavra *prova* (do latim “*proba*”, de “*probare*”) é amplamente designada para indicar tudo aquilo que serve à percepção da realidade.<sup>190</sup> Nas palavras de Dellepiane, a prova é filha da dúvida e mãe da verdade.<sup>191</sup> A aplicação do Direito pressupõe a percepção, pelo aplicador, de todos os aspectos juridicamente relevantes de um fenômeno, o que demanda um procedimento complexo de conhecimento e compreensão dos fatos. Por isso, a teoria das provas não se resume ao campo estritamente processual (no sentido clássico), sendo considerada, no dizer de Francisco Augusto Neves e Castro, “como um ramo da filosofia do direito, e, talvez aquele que mais concorre para tornar efetivos os outros, pois que tem por fim trazer a lume os fatos sobre os quais se pode exercer o princípio abstrato do direito”.<sup>192</sup>

Sintetizando as dificuldades inerentes ao fenômeno da aplicação do Direito, Maria Helena Diniz identifica basicamente dois fatores: a) a falta de informação sobre os fatos do caso; b) a indeterminação semântica dos conceitos normativos.<sup>193</sup> É o que comumente se chama de questões de fato (*quaestio facti*) e questões de direito (*quaestio iuris*)<sup>194</sup>, pontos de análise essencial para propiciar a aplicação do Direito nos casos concretos e que inevitavelmente estão

<sup>187</sup> *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 94. Acrescenta o autor que “há, paralelamente, uma série de passos que compõe o que se denomina *prova*. A prova jurídica tem caráter até certo ponto ético, no sentido etimológico do termo (*probatio* advindo de *probus* que deu, em português, *probo*) provar significa não apenas uma constatação demonstrada de um fato ocorrido, mas, sobretudo, *aprovar*. “Aprovar” significa a produção de uma espécie de simpatia, capaz de sugerir confiança, bem como a possibilidade de garantir, por critérios de relevância, o entendimento do caso num sentido favorável (problema da justiça, da utilidade, do bem comum etc.). Há, pois, toda uma técnica probatória que varia de instância decisória para instância decisória, mas que principia, via de regra, com questão conjectural da consistência do fato” *Idem*.

<sup>188</sup> Cargas probatorias dinâmicas. In: Peyrano, Jorge W. *Cargas probatorias dinâmicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 54.

<sup>189</sup> *Primeiras linhas de direito processual civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v 2, p. 327.

<sup>190</sup> Gabriel Rezende Filho explica que “na linguagem vulgar, prova é sinônimo de ensaio, experiência, confrontação. Na técnica jurídica, porém, o vocábulo pode ser tomado em duas acepções. Subjetivamente, prova é a convicção ou certeza da existência ou inexistência de um fato. Diz-se, assim, que uma pessoa tem a prova de que tal fato se deu, ou não. Objetivamente, prova é tudo quanto nos possa convencer da certeza de um fato. Prova é o conjunto de meios empregados para demonstrar legalmente a existência de um ato jurídico, diz Clóvis Beviláqua. É o conjunto de meios pelos quais a inteligência humana chega à descoberta da verdade de um fato controvertido, ensina Bonnier. Para Mittermayer, prova é a soma dos meios produtores da certeza”. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1966. v 2, p. 174-175.

<sup>191</sup> *Nueva teoría de la prueba*. 9. ed. Santa Fé de Bogotá: Ed. Temis S.A., 1994, p. 40.

<sup>192</sup> *Teoria das provas e suas aplicações aos atos civis*. Campinas: Servanda, 2000, p. 30.

<sup>193</sup> *Op. cit.*, p. 375-376.

<sup>194</sup> Escreve Karl Larenz que “tradicionalmente distingue-se entre a questão relativa ao que efetivamente ocorreu, a ‘questão de fato’, e a questão acerca de como se há de qualificar o ocorrido em conformidade com os critérios da ordem jurídica, a ‘questão de direito’. A resposta à questão de fato é equiparada, na maior parte das vezes, à denominada subsunção da situação de fato em causa à previsão de uma norma jurídica. Trata-se aí, porém, como vimos, de uma subsunção lógica só em escassa medida; trata-se, em grande parte, de julgamento segundo máximas de experiência, de interpretação de ações e declarações humanas, de coordenação tipológica ou de uma valoração no quadro de uma pauta que precisa ser concretizada”. *Op. cit.*, p.433.

condicionados ao elemento de *valor*, referido por Reale em sua teoria tridimensional. Com efeito, dado que tanto o *texto da norma* escrita quando o *fato* ocorrido no mundo natural são aspectos cuja existência se pode inferir de modo mais ou menos uniforme entre as pessoas, é no *valor* que a aplicação do Direito adquire singularidade e encontra o maior grau de subjetividade na figura do aplicador. Ao visualizar o texto legal e dar significação às palavras nele contidas (*interpretação*), o aplicador extrai a norma; ao lado disso, observando e valorando os fatos (*percepção*), dá-lhes a conseqüente significação jurídica.

O resultado deste complexo procedimento de aplicação do Direito é o que Luigi Ferrajoli chama de *verdade processual*, por ele definida como a conjunção de duas verdades: a *verdade fática*, extraída da prova dos fatos, e a *verdade jurídica*, extraída da interpretação da norma.<sup>195</sup> Mas esta verdade processual, adverte o jurista italiano, é uma verdade meramente *aproximativa* de uma verdade absoluta inalcançável pela atividade humana.<sup>196</sup>

<sup>195</sup> “Precisamente, a verdade da primeira é uma *verdade fática*, enquanto seja comprovável pela *prova* da ocorrência do fato e de sua imputação ao sujeito incriminado; a verdade da segunda é uma *verdade jurídica*, enquanto seja comprovável por meio da *interpretação* do significado dos enunciados normativos que qualificam o fato como delito. A comprovação de uma das proposições é uma *questio facti*, resolúvel por via indutiva conforme os dados probatórios, enquanto a outra é uma *questio juris*, resolúvel por via dedutiva conforme o significado das palavras empregadas na lei. A análise do conceito de ‘verdade processual’ conduz, conseqüentemente, aos conceitos agora indicados de ‘verdade fática’ e de ‘verdade jurídica’, nos quais pode ser decomposto. (...) Estas duas equivalências definem, respectivamente, a *verdade fática* e a *verdade jurídica*, a respeito das quais servem para esclarecer as diversas referências semânticas, que no primeiro caso são os *fatos* ocorridos na realidade e no segundo as *normas* que a eles se referem. E definem, conjuntamente, a *verdade processual* (ou *formal*). Portanto, uma proposição jurisdicional será (processual ou formalmente) verdadeira se, e somente se, é verdadeira tanto a fática quanto juridicamente, no sentido assim definido”. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 51.

<sup>196</sup> “A verdade processual como verdade aproximativa – A impossibilidade de formular um critério seguro de verdade das teses judiciais depende do fato de que a verdade ‘certa’, ‘objetiva’ ou ‘absoluta’ representa sempre a ‘expressão de um ideal’ inalcançável. A idéia contrária de que se pode conseguir e asseverar uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica, que as doutrinas jurídicas iluministas do juízo, como aplicação mecânica da lei, compartilham com o realismo gnosiológico vulgar. Tampouco as teorias científicas, ainda quando geralmente compartilhadas e corroboradas por repetidos controles, são qualificáveis sempre como ‘verdadeiras’ no sentido de que se possa excluir com certeza que contenham ou impliquem proposições falsas. Ao contrário, sabemos por experiência que toda teoria científica está destinada a ser superada antes ou depois por outra teoria em contradição com alguma de suas teses, que, por isso, serão abandonadas um dia como falsas. Ao máximo, podemos – e devemos – pretender que, quando se descubra a falsidade de uma ou de várias teses de uma teoria, esta deve ser rechaçada ou reformulada. A ‘verdade’ de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a ‘verdade’ de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras *pelo que sabemos* sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto dos conhecimentos confirmados que dela possuímos. Para expressar esta relatividade da verdade, alcançada em cada ocasião, pode-se muito bem usar a noção sugerida por Popper de ‘aproximação’ ou ‘acertamento’ da verdade objetiva, entendida como um ‘modelo’ ou uma ‘idéia reguladora’ que ‘somos incapazes de igualar’, mas da qual podemos nos aproximar, sob a condição, não obstante, de que não se associem a tal noção conotações desorientadoras de tipo ontológico ou espacial, mas apenas o papel de um princípio regulador que nos permita asseverar que uma tese ou uma teoria é mais plausível ou mais aproximativamente verdadeira e, portanto, preferível a outras por causa de seu maior ‘poder de explicação’ e dos controles mais numerosos a que foi submetida com sucesso”. *Idem*, p. 52-53.

### 1.4.1 O Problema da Verdade.

Já se falou que quando a aplicação do Direito envolve exclusivamente o interesse pessoal do próprio aplicador, a regra é a liberdade de método empregado na percepção sobre os fatos relacionados ao fenômeno jurídico. Não atingindo a esfera de direitos de outras pessoas e não infringindo qualquer dever legal, o ato de aplicação se exaure com a conduta do agente. Problemática se revela a questão, todavia, quando os atos de aplicação irradiam efeitos que vão além da pessoa do aplicador, atingindo interesses de terceiros (inclusive da Administração Pública), podendo haver, então, choques de percepções entre os envolvidos, daí decorrendo litígios a serem dirimidos no bojo dos processos de impugnação. Surge então a necessidade de se fazer outro exercício de percepção do fenômeno, visando um novo ato de aplicação do Direito que, em substituição ao ato controverso, venha a dirimir o conflito.

Essa nova percepção geralmente coincide com a percepção de um dos litigantes (a ser declarado o vencedor do litígio), em detrimento da percepção do outro (perdedor); mas não raro pode ocorrer que a percepção deste novo aplicador seja diversa daquelas, impondo-se então uma outra solução ao litígio, em regra intermediária dos interesses conflitantes. Nesse caso, diante das distintas versões sobre o fato, poderá o aplicador, como escreve Dellepiane, “optar por una de ellas o construir una tercera versión que ponga de lado o combine las de ambos contrincantes”.<sup>197</sup> Em todas essas situações, restará alcançada a finalidade primordial do processo, qual seja a eliminação jurídica do conflito e a garantia da segurança do Direito objetivo. Por outro lado, como já enfocado, é equivocado se pensar que este procedimento complexo, a ser adotado pelo aplicador no bojo de um processo probatório, deva alcançar um grau ideal de percepção que venha a traduzir a *verdade absoluta* do fato investigado.

“*Que é a verdade? Disse zombando Pilatos e não esperou pela resposta?*: assim começa Bacon começa o Ensaio sobre a Verdade”<sup>198</sup>, salientando o seu grau de relatividade. A crença no alcance de uma verdade absolutamente certa e objetiva é, na expressão de Ferrajoli,

<sup>197</sup> *Op. cit.*, p. 10.

<sup>198</sup> *Apud* Roscoe Pound. *Justiça conforme a lei*. São Paulo: Ibrasa, 1965, p. 1.

“uma ingenuidade epistemológica”.<sup>199</sup> Neves e Castro afirma que “a evidência filosófica é quase uma utopia”.<sup>200</sup>

Primeiro porque, sendo a percepção uma atividade insitamente subjetiva, seria até mesmo difícil dizer o que seria essa tal *verdade absoluta* a ser descoberta. A plena correspondência entre a verdade absoluta e a verdade possível de ser alcançada pela atividade humana encontra obstáculos intransponíveis que, segundo Ferrajoli, podem ser resumidos sob quatro aspectos: a) o caráter irredutivelmente provável da verdade fática; b) o caráter inevitavelmente opinativo da verdade jurídica das teses judiciais; c) a subjetividade específica do conhecimento pelo aplicador do Direito; d) a subjetividade de muitas fontes de prova.<sup>201</sup> Na via processual, por mais que se exija que o aplicador do Direito aja com *imparcialidade*, jamais se poderá dele esperar uma *neutralidade*, até porque muitos de seus valores pessoais estão acima das suas forças conscientes. Em todo juízo de valor feito pelo aplicador do Direito, “sempre está presente uma certa dose de preconceito”<sup>202</sup> e “esta disposição de ler a realidade *sub specie juris* gera uma forma especial de incompreensão, às vezes de cegueira, a respeito dos eventos julgados, cuja complexidade resulta por isso mesmo simplificada e distorcida”.<sup>203</sup> Em suma, como bem salienta Wilson Alves de Souza, “por mais que se investigue a respeito de determinado fato da vida humana, a verdade real dificilmente se apresentará porque a percepção humana está sujeita a diversidade de interpretações”<sup>204</sup>

Em segundo lugar, há de se considerar que a maioria dos conflitos envolvendo a aplicação do Direito refere-se a fatos pretéritos e já cessados, de forma que se torna impossível, para o aplicador, perceber diretamente, por meio de seus próprios sentidos, o fato objeto da controvérsia, tendo então de se valer da percepção de outros fatos que conduzam à *representação* daquele, “mediante una reconstrucción *histórica* de los elementos particulares que han

<sup>199</sup> *Op. cit.*, p. 52.

<sup>200</sup> *Op. cit.*, p. 31.

<sup>201</sup> “Bastariam os dois limites até agora descritos – o caráter irredutivelmente provável da verdade fática e o inevitavelmente opinativo da verdade jurídica das teses judiciais – para privar a verdade processual da certeza da verdade predicável das proposições experimentais singulares. Mas há um terceiro fator de incerteza, também insuperável. Trata-se do caráter não impessoal deste investigador particular legalmente qualificado que é o juiz. Este, por mais que se esforce para ser objetivo, está sempre condicionado pelas circunstâncias ambientais nas quais atua, pelos seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções, seus valores ético-políticos. A imagem proposta por Beccaria do juiz como ‘investigador imparcial do verdadeiro’ é, sob este aspecto, fundamentalmente ingênua. Não é uma representação descritiva, mas uma fórmula prescritiva que equivale a um conjunto de cânones deontológicos: o compromisso do juiz de não se deixar condicionar por finalidades externas à investigação do verdadeiro, a honestidade intelectual que, como em qualquer atividade de investigação, deve encerrar o interesse prévio na obtenção de uma determinada verdade, a atitude ‘imparcial’ a respeito dos interesses das partes em conflito e das distintas reconstruções e interpretações dos fatos por ela sustentadas, a independência do juízo e a ausência de preconceitos no exame e valoração crítica das provas, além dos argumentos pertinentes para a qualificação jurídica dos fatos por ele considerados provados. (...) “À subjetividade do juiz se deve somar, ademais, na investigação judicial, a subjetividade de muitas fontes de prova, por sua vez não impessoais, como os interrogatórios, os testemunhos, os reconhecimentos, as acareações, as perícias e a mesma formulação da *notitia criminis* nos boletins policiais, nas denúncias e nas queixas”. *Op. cit.*, p. 58-60.

<sup>202</sup> Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, p. 59.

<sup>203</sup> *Idem*, p. 60.

<sup>204</sup> Ônus da prova – considerações sobre a doutrina das cargas dinâmicas. *Revista jurídica dos formandos em direito da UFBA*, 1999. v 6, p. 237.



concurrido a formalo”.<sup>205</sup> E ainda quando se trate de um fato presente ou continuado, mesmo a percepção direta do aplicador, por seus próprios sentidos, estará inevitavelmente “contaminada” por sua carga de valores pessoais que necessariamente interferem quando se atribui significação ao fenômeno, além do que a falibilidade humana enseja que nem todos os aspectos juridicamente relevantes envolvidos no fenômeno possam vir a ser percebidos pelo aplicador.

Atento à exata compreensão de como se desenvolve a atividade de aplicação do Direito nos processos litigiosos, Hans Kelsen exemplificou que o fato de alguém haver praticado um homicídio não constitui o pressuposto estatuído pela ordem jurídica para a aplicação de uma sanção, mas, sim, “o fato de um órgão competente segundo a ordem jurídica ter verificado, num processo determinado pela mesma ordem jurídica, que um indivíduo praticou um homicídio”.<sup>206</sup>

O processo probatório trata, assim, de investigar um passado do qual, no dizer de Lanson, “solo subsisten indicios o vestigios con ayuda de los cuales se reconstruye su idea”.<sup>207</sup> Por mais esforço investigativo que depreenda o aplicador do Direito, jamais conseguirá ter acesso a todos os aspectos fáticos envolvidos no fenômeno investigado, já que “a onisciência não é, definitivamente, um atributo do ser humano”.<sup>208</sup> Outrossim, razões de ordem política recomendam que não se devam conduzir indefinidamente os processos em nome de uma suposta investigação dos fatos tal como efetivamente ocorreram, pois isto, além de ilusório como dito, viria a perpetuar os conflitos em detrimento da pacificação social.

Por isso mesmo, cumpre afastar, por mais nobres que possam se revelar, os anseios e impulsos ideológicos que reputam a verdade “real” ou “absoluta” como fim do processo, prejudicando a exata compreensão da ciência jurídica das provas. Em tempos nos quais tanto se preconiza inadvertidamente a chamada *instrumentalidade do processo*<sup>209</sup>, torna-se importante destacar que o fim do processo litigioso de aplicação do Direito não pode jamais ser encarado

<sup>205</sup> Carlo Furno. *Teoria de la prueba legal*. Madrid: Ed.Revista de Derecho Privado, 1954, p. 13.

<sup>206</sup> *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 257. Desta concepção de verdade no processo de aplicação do Direito (que não necessita ter correspondência com a tal verdade absoluta) vê-se ao menos a indiscutível *coerência* da obra de Kelsen, na medida em que sempre parte de uma idéia meramente *normativa* da verdade. Na teoria pura, Kelsen deixa claro o seu pensamento de que as preocupações relativas a uma desejada aproximação entre a verdade processual e a verdade absoluta devem estar situadas fora do campo jurídico. Nessa senda, a verdade que importa para o Direito é simplesmente aquela obtida segundo o processo previsto na lei. Muitas críticas podem ser feitas ao *normativismo* kelseniano, mas jamais a pecha de incoerência, pois Kelsen fixou muito bem as premissas que respaldaram as suas conclusões.

<sup>207</sup> *Apud* Dellepiane. *Op. cit.*, p. 22.

<sup>208</sup> Gladston Mamede. *Op. cit.*, p. 126.

<sup>209</sup> Calmon de Passos tece contundentes críticas à teoria da *instrumentalidade do processo*, pois, considerando que o Direito é indissociável do seu processo de produção, assevera que o processo tem caráter integrativo e não apenas instrumental. Assinala que “a relação entre o chamado direito material e o processo não é uma relação de meio-fim, instrumental, como se proclama com tanta ênfase, ultimamente, por força do prestígio de seus arautos, e sim uma relação integrativa, orgânica, substancial”. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v 3, p. 13. Reconhecendo que o devido processo constitucional jurisdicional “não é sinônimo de formalismo”, Calmon admite se falar na *instrumentalidade das formas*, mas não na do processo em si. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 69.

como o alcance, a todo custo, da tal verdade absoluta<sup>210</sup>, senão tão-somente daquela concepção que venha, dentro dos meios possíveis e segundo os procedimentos legalmente previstos, a ser objeto da *percepção* pelo novo aplicador encarregado de dirimir o conflito, isto é, a sua *representação* subjetiva da verdade. Consoante salienta Carlo Furno, “el problema de la verdad es, siempre y exclusivamente, un problema de pura índole filosófica”<sup>211</sup>.

Não diz respeito ao Direito o problema da verdade absoluta, eis que, por meio do processo, o aplicador vai apenas buscar, dentro do possível, reconstruir histórica e criticamente uma versão aproximada do fato controverso, jamais o próprio fato, que não mais existe. É a verdade *relativa*, portanto, que interessa e é suficiente, em todos os casos, à aplicação do Direito.<sup>212</sup> Por outro lado, tal constatação não pode justificar a aceitação de qualquer expediente decisório no campo jurídico, pois, na busca da adequada percepção dos fatos, o aplicador do Direito deve se valer dos mecanismos que lhe propiciem o *maior grau convicção possível*. No dizer de Alberto Xavier, “as naturais limitações na fixação da verdade não devem conduzir a arvorar-se a simples probabilidade em princípio de decisão”<sup>213</sup>.

#### 1.4.2 Verdade Material e Verdade Formal.

Em tema de processo é clássica a dicotomia entre *verdade material* e *verdade formal*. Registre-se, de logo, que nenhuma delas se identifica com a tal *verdade “real” ou “absoluta”*, cujo problema, como enfocado no item anterior, é estranho ao campo investigativo da Ciência

<sup>210</sup> Apesar do recurso filosófico brilhantemente empregado por Calmon ao explicar o processo de produção do Direito, parece haver certo exagero nas suas críticas aos defensores da *instrumentalidade do processo*. Procede a ponderação feita por Maricó Giannico, ao considerar que “as críticas que se faz a essa idéia, encabeçadas primordialmente por Calmon de Passos, têm por base uma lícita preocupação com os exageros dos operadores do sistema processual que possam conduzir à inaplicabilidade de todas as regras processuais conquistadas ao longo dos anos (‘Instrumentalidade do processo e devido processo legal’, *Revista de Processo*, n. 102, p. 55-67). Realmente, para aqueles que, pregando a instrumentalidade do processo, postulam algo que se aproxime da escola do direito livre, da tirania judicial, certamente cabe tal crítica. Mas não me parece ser essa a idéia dos instrumentalistas mais equilibrados, os quais afirmam expressamente não se tratar de renúncia à autonomia do direito processual e muito menos aos princípios solidamente instalados em sua ciência e assegurados como garantias constitucionais. Pregam sim tratar-se apenas de impedir a exacerbação do formalismo no modo de empregar a técnica processual; impedir que a excessiva preocupação com os temas processuais conduza ao esquecimento da condição instrumental do processo, onde a técnica deve adequar-se ao objeto, com vistas ao resultado”. *A prova no Código Civil: natureza jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2005, nota de rodapé, p. 21.

<sup>211</sup> *Teoría de la prueba legal*. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1954, p. 13.

<sup>212</sup> Daí porque doravante, ao se utilizar neste estudo a expressão *verdade*, a referência será sempre à verdade *relativa*.

<sup>213</sup> *Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 134. Aduz o autor: “Reconhecer-se que a certeza é relativa – consequência inevitável de todo o juízo histórico – não autoriza a confundir-se verdade e verossimilhança, enquanto a primeira exclui a reserva da verdade contrária. É evidente que a convicção do órgão de aplicação do direito é suscetível de gradação e que, portanto, o grau de convicção necessário para se falar em prova há de ser o necessário para justificar a decisão de que se trata no caso concreto”. *Idem*.

Jurídica, devendo ficar reservado a estudos filosóficos. Toda verdade a ser descoberta por meio de um processo probatório é contingente e histórica, portanto, *relativa* no sentido de tão-somente revelar uma *representação* subjetiva do aplicador acerca do fato investigado, impossível que é a apreensão total do objeto do conhecimento. Daí porque alguns processualistas optam por deixar de lado a palavra *verdade*, preferindo falar em *certeza* ou *convicção*.<sup>214</sup>

Deveras, toda representação fática feita pelo aplicador do Direito no bojo de um processo probatório, por mais evidências que possa conter, constituirá sempre um juízo de *probabilidade*, em maior ou menor grau de precisão, acerca do fenômeno investigado. Vale dizer, o fato considerado pelo aplicador do Direito será uma mera aproximação e, ainda que eventualmente coincida com o fato realmente acontecido no passado, dificilmente haverá como saber ao certo se tal se verificou.

Mesmo com amparo em meio de prova considerado de alta precisão, como, por exemplo, uma fotografia de determinado objeto, a percepção do aplicador é feita sobre aquela e não sobre este. Pode haver algum dado referente ao objeto que, por algum motivo, não esteja devidamente representado na fotografia (v.g., a impressão da foto não reproduz fielmente a cor ou o ângulo da foto faz confundir sobre a largura do objeto) gerando discrepância entre a percepção do aplicador sobre o objeto e a realidade do objeto em si. Como salienta Luigi Ferrajoli, sempre haverá limites à verdade processual, porquanto insuscetível de verificação experimental direta,<sup>215</sup> razão pela qual merecem críticas as correntes doutrinárias que mencionam a *verdade material* como aquela correspondente à verdade real e absoluta, ao passo que a *verdade formal* seria aquela obtida indiretamente por meio de mecanismos dedutivos legalmente previstos para a solução do processo. Para que mantenha a sua utilidade, a classificação verdade *material/formal* há de ter outro sentido.

Na linha do raciocínio antes exposto, fácil constatar que os adjetivos *material* e *formal* não podem dizer respeito à qualidade da verdade perseguida no processo, que será sempre

<sup>214</sup> É o que faz Carlo Furno ao destacar que “lo que, objetivamente considerado, se llama verdad histórica, desde un punto de vista subjetivo es *certeza*. (...) La certeza, en cambio, es un estado de conocimiento individual; es la configuración subjetiva de la verdad. Por consiguiente relativa en cuanto puede ser distinta para cada uno de los seres dotados de conocimiento. (...) no es difícil, por consiguiente, operar ante todo sobre la terminología, sustituyendo las expresiones ‘verdad material’ y ‘verdad formal’, respectivamente, por las de ‘certeza histórica judicial’ y ‘certeza histórica legal’. Así, pues, esta distinción, que antes parecía referirse a la esencia, a la *cualidad* de la verdad (material, formal), pasa a designar simplemente el *modo* (judicial, legal) en que la certeza histórica puede ser obtenida en el proceso”. *Op. cit.*, p. 3 e 25-26.

<sup>215</sup> “A verdade processual, seja de fato seja de direito, não pode ser afirmada por observações diretas. A verdade processual fática é, na realidade, um tipo particular de verdade *histórica*, relativa a proposições que falam de fatos passados, não diretamente acessíveis como tais à experiência; enquanto a verdade processual jurídica é uma verdade que podemos chamar de *classificatória*, ao referir-se à classificação ou qualificação dos fatos históricos comprovados conforme as categorias subministradas pelo léxico jurídico e elaboradas mediante a interpretação da linguagem legal. Ainda quando tanto as proposições judiciais de fato quanto as de direito sejam teses empíricas de forma existencial ou singular, compartilham com as teses das teorias científicas a não suscetibilidade a uma verificação experimental direta, como a permitida pelas proposições empíricas de observação”. *Op. cit.*, p. 54.

relativa. Devem servir, sim, apenas para dar destaque ao *procedimento* utilizado na investigação do fato controverso. Se a investigação ocorreu mediante plena atividade probatória do aplicador, valendo-se dos meios de prova possíveis assegurados pelo Direito para obter informações acerca do fato investigado, atribuindo-lhes significação segundo a sua própria percepção, diz-se que se trata aí de *verdade material*. Neste caso, tem-se que o legislador optou por assegurar certa amplitude de investigação, prestigiando a percepção do aplicador no caso concreto. Se, entretanto, a solução do processo se deu não em decorrência da percepção e significação atribuída pelo aplicador às informações colhidas no processo, mas simplesmente a partir de considerações previamente feitas pelo legislador acerca delas, diz-se que se está diante de uma *verdade formal*. Aqui o legislador optou por criar mecanismos simplificados de descoberta da verdade, antecipando, em caráter geral e abstrato, a valoração e a significação a serem atribuídas às informações colhidas, obstando, com isso, que o aplicador pudesse exercer amplamente a sua própria percepção.

Quando o sistema jurídico estabelece *mecanismos de verdade formal*, o que se vê são normas sobre a própria *formação da verdade* (determinação formal dos fatos), ou seja, aquela verdade normativa que para Kelsen seria a única verdade importante para o Direito. Ferrajoli encontra nesta verdade normativa um tríplice sentido: “a) uma vez comprovada definitivamente, tem valor normativo; b) está convalidada por normas; c) é verdade na medida em que seja buscada e conseguida mediante o respeito às normas”.<sup>216</sup> Destaca, assim, que tal verdade formal apenas obedece a requisitos de coerência e aceitabilidade justificada por razões práticas que, sob um juízo argumentativo de mera aproximação, a tornam correspondente à verdade objetiva.<sup>217</sup>

Carnelutti tece críticas à classificação qualitativa da verdade, asseverando que, sob este aspecto, a distinção entre *verdade material* e *verdade formal* seria uma metáfora, porquanto “em substância, a verdade não pode ser mais que uma, de tal maneira que, ou a verdade formal

<sup>216</sup> *Op. cit.*, p. 62.

<sup>217</sup> “As teorias científicas – segundo a representação subministrada que delas se faz desde o começo do século por Poincaré, Le Roy e Duhem e coletada e desenvolvida sucessivamente pelas diversas correntes do neopositivismo e do pragmatismo – não são mais do que sistemas de proposições dotados de coerência lógica, baseados sobre axiomas estipulados convencionalmente em função de sua simplicidade e comodidade e mais ou menos justificados e contingentemente aceitáveis em conjunto como verdadeiros, em vista de suas aplicações e conseqüências práticas. (...) Precisamente, a coerência é o critério que implica considerar falsa uma proposição se estiver em contradição com outra reputada verdadeira ou se é derivável desta outra reputada falsa, e considerá-la verdadeira se é derivada de outra considerada verdadeira ou se estiver em contradição com outra considerada falsa. A aceitabilidade justificada é o critério que permite reputar verdadeira uma proposição preferentemente a outra, quando, de acordo com outras aceitas como verdadeiras, resulte dotada de maior alcance empírico, como conclusão de uma inferência indutiva ou como premissa de uma inferência dedutiva (...) o significado de ‘correspondência’, associado ao termo ‘verdadeiro’, nada afirma acerca dos *critérios de verdade*, ou seja, das condições de aceitação da verdade numa proposição. Acrescento agora que nem o critério da ‘coerência’ nem o da ‘aceitabilidade justificada’ expressam de algum modo o *significado de ‘verdade’*, ou seja, as condições de uso do termo ‘verdadeiro’. (...). A coerência e a aceitabilidade justificada são, em suma, os critérios subjetivos pelos quais o juiz avalia e decide acerca da verdade ou da confiabilidade das premissas probatórias da indução do fato e das premissas interpretativas de sua qualificação jurídica. Mas o único significado da palavra ‘verdadeiro’ – como das palavras ‘confiável’, ‘provável’, ‘verossímil’, ‘plausível’ ou similares – é a correspondência mais ou menos argumentada e aproximativa das proposições para com a realidade objetiva, a qual no processo vem constituída pelos fatos julgados e pelas normas aplicadas”. *Op. cit.*, p. 67-68.

ou a jurídica coincide com a verdade material, e não é mais que verdade, ou discrepa dela, e não é senão uma não verdade”.<sup>218</sup> Nesse prisma, o jurista italiano se utiliza da classificação no mesmo sentido aqui referido, ou seja, tendo em vista tão-somente o *método* como se desenvolve o procedimento de investigação no processo litigioso. Com isso, aponta distinções entre os procedimentos em que existe a liberdade de investigação para conhecimento dos fatos pelo aplicador (verdade material) e aqueles procedimentos de *determinação formal dos fatos*, acrescentando que basta um limite mínimo à liberdade de percepção do aplicador para que o processo degenere em processo formal de determinação<sup>219</sup>.

Dellepiane considera que nos procedimentos em que se contempla a verdade formal, o aplicador, diante de certas condições verificadas, “debe necessariamente admitir como verdadero lo que, según la ley, está por ellas demostrado”.<sup>220</sup> Ressalta que estes procedimentos encontraram o seu apogeu no final do século XVIII, passando a decair diante das críticas filosóficas em repúdio aos mecanismos formais de determinação da verdade jurídica, sendo que a tendência atual em todas as legislações é atribuir liberdade ao aplicador na apreciação do valor das provas produzidas no processo.<sup>221</sup>

Cumprе reconhecer que os mecanismos de determinação formal da verdade são realmente necessários ao Direito, de modo a impedir indesejadas situações de incerteza geradoras de insegurança social. Contudo, deve-se ter cuidado no emprego desmedido de tais institutos formais, em detrimento de um maior (e possível) grau de certeza na aproximação da verdade. No campo do Direito Penal, Luigi Ferrajoli tem criticado “numerosas normas e mecanismos processuais que entorpecem inutilmente a busca da verdade”.<sup>222</sup> E no que concerne especificamente ao objeto deste estudo, será visto que a chamada *presunção de legitimidade dos atos administrativos* nada mais é do que um desses mecanismos cujo emprego desmedido pode significar a institucionalização do arbítrio na atividade da Administração Pública.

---

<sup>218</sup> *Op. cit.*, p. 48.

<sup>219</sup> *Idem*, p. 52.

<sup>220</sup> *Op. cit.*, p. 31-32.

<sup>221</sup> *Idem*.

<sup>222</sup> *Op. cit.*, p. 63. Acrescenta o jurista: “Normas deste tipo chegaram ao seu máximo desenvolvimento nos velhos regimes inquisitivos, que inventaram uma multiplicidade de formalidades, dilações, intrigas e labirintos, cujo único efeito foi o de tornar complicada a simples máquina dos juízos públicos, até o ponto de a história do procedimento penal parecer a Bentham o contrário do das demais ciências: nas ciências se vão simplificando cada vez mais os procedimentos acerca do passado; na jurisprudência, ao contrário, se vão complicando cada vez mais. Enquanto todas as artes progredem multiplicando os resultados com o emprego de meios mais reduzidos, a jurisprudência retrocede, multiplicando os meios e reduzindo os resultados. Hoje, em relação ao processo pré-moderno, esse percurso inverteu-se. Mas ainda são muitos, como veremos, os impedimentos processuais que obstaculizam ou atrasam inutilmente a investigação judicial e sua possibilidade de controle, afastando-a da consecução da verdade em vez de dela se aproximar”. *Idem*.

### 1.4.3 O Objeto da Prova

Objeto de prova somente podem ser os *factos* controversos que sejam relevantes e pertinentes à lide. Como ensina Moacir Amaral Santos, “a verdade sobre o fato precisa aparecer para que um direito possa realizar-se ou tornar-se efetivo”.<sup>223</sup> Costuma-se falar, entretanto, em prova do *Direito* positivo, quando o ordenamento jurídico, excepcionando a idéia geral de que todos conhecem a lei, admite situações em que o aplicador não é obrigado a conhecer determinados textos normativos ou costumes. O art. 337 do Código de Processo Civil brasileiro, por exemplo, estabelece que “a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz”.

No tocante a esta obrigação das partes de provar o Direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, se assim determinar o juiz, justifica-se que tais dificuldades seriam muito comuns, sobretudo em comarcas do interior nas quais os juízes não têm acesso fácil a arquivos de legislações existentes nas bibliotecas de órgãos ou instituições públicas<sup>224</sup>. Consoante pondera Gabriel Rezende Filho, “o juiz, evidentemente, não pode conhecer todas as leis estaduais, municipais, singulares ou estrangeiras, bem como os costumes locais, quando aplicáveis ao caso *sub judice*.”<sup>225</sup>

Mas parece que, mesmo nesses casos, o objeto de prova diz respeito a *factos* e não propriamente ao Direito positivo, pois a existência deste ou daquele texto normativo, bem como a sua vigência, nada mais é do que um *facto*. Em que pesem as controvérsias em derredor do tema<sup>226</sup>, há de se concordar com Cândido Rangel Dinamarco quando assinala que, no caso do art. 337 do CPC, “não se trata de provar o *direito*, mas o *facto* consistente na existência de determinado texto legal e o *facto* de estar em vigor.”<sup>227</sup> Também Pontes de Miranda considera a

<sup>223</sup> *Prova judiciária no cível e comercial*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad Editor, v 1, p.16. Também Karl Larenz destaca que “o juiz julga sobre a ‘questão de fato’ com base no que é aduzido pelas partes e na produção da prova; a questão de direito decide-a sem depender do que é alegado pelas partes, com base no seu próprio conhecimento do Direito e da lei, que tem de conseguir por si (*jura novit curia*). Só os factos, isto é, os estados e acontecimentos fáticos são suscetíveis e carecem de prova; a apreciação jurídica dos factos não é objeto de prova a aduzir por uma das partes, mas tão-só de ponderação e decisão judiciais”. *Op. cit.*, p.433.

<sup>224</sup> César Machado Júnior. *O ônus da prova no processo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001, p. 184.

<sup>225</sup> *Op. cit.*, p. 206.

<sup>226</sup> No Direito argentino, por exemplo, Ivana María Airasca considera que “en algunos casos también debe probarse el derecho, aunque esto no es pacífico en la doctrina y la jurisprudencia, no obstante la doctrina mayoritaria, entre ellos el doctor Jorge Peyrano, entiende que el derecho sí puede ser objeto de prueba; así, en sentido amplio, algunas normas, como por ejemplo algún edicto policial, ordenanzas administrativas, normas de Derecho extranjero, etcétera”. Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. In: Peyrano, Jorge W. *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 129.

<sup>227</sup> *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v 3, p. 69.

existência de uma regra jurídica como sendo matéria de fato e, por isso mesmo, passível de prova nos casos que a lei processual ressalva.<sup>228</sup>

Em suma, o que se prova não é o Direito positivo aplicável nos casos concretos, pois a percepção da *norma jurídica* pelo aplicador demanda atividade *interpretativa* e não atividade probatória. O que se pode provar, na verdade, são os *atos* que revelam a existência e/ou vigência de determinado texto normativo estadual, municipal, estrangeiro ou de um costume. Por isso Francesco Carnelutti evita até mesmo a utilização da palavra “prova” no processo de determinação da norma jurídica consuetudinária ou estrangeira, preferindo falar em simples “auxílio” por atuação subsidiária das partes na demonstração da existência de determinado diploma normativo desconhecido pelo aplicador.<sup>229</sup>

#### 1.4.4 Percepção Direta e Percepção Indireta

Cumpra ter sempre presente que a atividade de aplicação do Direito pressupõe um exercício de *percepção* pelo aplicador, seja quanto aos fatos envolvidos no conflito a decidir (percepção por meio de atividade probatória), seja quanto à norma jurídica que deve incidir no caso concreto (percepção por meio de atividade interpretativa). Ao aplicador cabe, deste modo, enfrentar questões de fato (*quaestio facti*) e questões de direito (*quaestio iuris*), mas o estudo da prova apenas diz respeito à solução daquelas.

<sup>228</sup> *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t 4, p. 209-210. Destaca Pontes de Miranda que “há prova de fatos no mundo fático e prova de fatos no mundo jurídico (= de suportes fáticos + entrada no mundo jurídico). Os fatos compreendem os *fatos* que entram na composição de suportes fáticos e os fatos mesmos das *regras jurídicas* que incidem sobre aqueles. Em princípio, portanto, a regra jurídica teria de ser provada, como fato que é. A afirmação de existir tal regra jurídica (= ter de incidir) teria de entrar no tema probatório. a) A necessidade de ser conhecida de todos (e, pois, do juiz) a lei levou a se sobrepor ao *princípio de necessária alegação e prova dos fatos* o da desnecessidade da prova da lei (*princípio da notoriedade absoluta da regra jurídica*), que se traduziu no enunciado *Iura novit curia*. b) A esse princípio abre-se a exceção para as regras jurídicas de que trata o art.337. c) Do princípio da notoriedade absoluta da regra jurídica também é consequência o “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. *Idem*.

<sup>229</sup> Salienta Carnelutti tratar-se de “um mecanismo processual que pode ser parecido com o verdadeiro mecanismo *probatório*; porém a semelhança é mais aparente que real pelo que se refere ao mecanismo lógico (o processo mediante o qual o juiz infere do documento ou do testemunho o conhecimento da norma consuetudinária ou da norma estrangeira, é diferente daquele mediante o qual obtém da mesma fonte o conhecimento de uma situação de fato) e, geralmente, não se estende ao mecanismo jurídico do conhecimento ou, em outras palavras, às regras jurídicas que obrigam as formas e resultados de dito processo lógico dentro de determinados esquemas (o juiz, ao servir-se do documento ou do testemunho para fixar a existência da norma consuetudinária ou da norma estrangeira, não fica vinculado às regras a que, em compensação, está subordinado quando utiliza aqueles outros para fixar a existência de uma situação de fato”. *Op. cit.*, p. 32-33.

No tocante ao modo como se dá essa percepção, alguns doutrinadores se valem de uma classificação, atribuída a Nicola Malatesta,<sup>230</sup> que distingue entre provas diretas e indiretas. A *prova direta* seria aquela em que a percepção pelo aplicador dá-se em relação ao próprio fato que se busca provar, enquanto na *prova indireta* o aplicador percebe um fato diverso (indício), mas, empregando um raciocínio dedutivo e por meio de presunção, consegue chegar à conclusão sobre o fato principal.<sup>231</sup> Citando exemplos de *provas diretas*, Dellepiane menciona a inspeção judicial, confissão, a prova testemunhal e a prova documental. Em relação às *provas indiretas*, refere-se aos indícios.<sup>232</sup>

Todavia, não se concorda aqui com tal classificação, ao menos da maneira como posta por seu idealizador, eis que, ao invés de buscar assim distinguir os meios de prova, preferível seria ater-se aos mecanismos pelos quais ocorre a percepção direta e a percepção indireta. Com efeito, o aplicador do Direito apenas pode ter percepção direta dos fatos quando os presencia, valendo-se dos seus próprios sentidos por meio de contato imediato com o objeto de conhecimento. Tudo o mais que colaborar para a sua percepção será mecanismo *indireto* de demonstrar-lhe a realidade do fato, mera aproximação através de um outro *fato intermédio*. Ora, se o aplicador não teve acesso ao fato em si mesmo, mas a outro fato exterior ao fenômeno objeto de prova, não se poderia falar em prova direta, pois tudo não passará de conjectura sobre a ocorrência ou não do fato. Mesmo o testemunho de alguém que tenha presenciado o fato, ou mesmo uma fotografia do seu objeto, como já dito anteriormente, não tem o condão de assegurar a percepção direta pelo aplicador. Sob este aspecto, as provas são sempre *indiretas*, variando tão-somente a força de convencimento no que concerne à percepção pelo aplicador e, conseqüentemente, o seu grau de certeza sobre a verdade do fato.

Comunga desse entendimento Fabiana Del Padre Tomé, quando assevera que a prova “jamais alcança o fato que se pretende provar, sendo apenas uma representação parcial, um

<sup>230</sup> “A prova pode referir-se, como a objeto imediato, ao delito, mesmo em um dos mínimos elementos ou consistir no próprio elemento delituoso, sendo chamada, agora, de prova *direta*. Pode, ao contrário, a prova, como ao objeto imediato, referir-se a uma coisa diversa do delito, da qual, por um esforço da razão se passa ao delito, referindo-se, assim, a este mediadamente ou pode consistir diretamente nessa coisa diversa, sendo chamada, agora, de prova *indireta*”. *A lógica das provas em matéria criminal*. São Paulo: Conan Editora, 1995. v I, p. 155.

<sup>231</sup> Como leciona Américo Canabarro, “prova *direta* é aquela que se constitui como fonte de convicção do juiz, por conter afirmação que incide sobre os elementos do fato que compõe o *thema probandum*. Prova *indireta*, também chamada circunstancial, é a que se constitui pelas afirmações sobre fatos não compreendidos no *thema probandum*, mas que por indução auxiliam a formar a convicção sobre os fatos. São, por exemplo, as presunções e os indícios”. *Estrutura e dinâmica do processo judiciário*. Rio de Janeiro – São Paulo: Ed. Jurídica e Universitária, 1971, p. 126-127.

<sup>232</sup> *Op. cit.*, p. 49. Acrescenta que “la base de esta distinción está en que, entre las primeras y el hecho sobre que deponen o que demuestran, no se intercala hecho alguno diferente; mientras que, tratándose de la última, sí se intercala. Si llamamos *p* a una prueba directa cualquiera, *h* a um hecho indiciário, y *H* al hecho que se trata de reconstruir, tendremos que, en las llamadas pruebas directas, *p* lleva a *H* sin intermediário alguno; lo que no ocurre en el caso de la llamada prueba indirecta, la indiciaria, en la cual tenemos tres términos: *p*, esto es, una prueba directa que lleva a *h*, hecho indiciário, intermedio, el que, a su vez y mediante una inferência, conduce a *H*, hecho principal, hecho cuya existencia se trata de establecer”. *Idem*.



indício daquele”.<sup>233</sup> Carnelutti, apesar de aludir à classificação das provas diretas e indiretas, reconhece que “não há diferença alguma, senão ao supremo grau, entre o resultado da prova direta e o da indireta: aqui e ali o resultado não é outro que a percepção do juiz, mais ou menos intensa”<sup>234</sup>, acrescentando ainda que a diferença entre a prova direta e a prova indireta é apenas uma diferença de estrutura, “que consiste em que o processo probatório indireto é *complexo*, enquanto que o processo direto é *simples*: consta de vários elementos e não de um único; porém a base é sempre a percepção de um fato por parte do juiz”.<sup>235</sup> Daí defender a unidade substancial dos dois procedimentos, asseverando que a percepção não pode ser excluída do campo da prova, sob pena de se estar destruindo o próprio conceito de prova indireta, “que não pode existir sem percepção do fato intermédio, do qual o juiz deduz o fato a ser comprovado”.<sup>236</sup> Conclui, por fim, que “sempre que o juiz não perceba por si mesmo o fato a provar adquire seu conhecimento mais mediante uma dedução, ou seja mediante um silogismo; a estrutura da prova é, pois, idêntica, tanto se argumenta com um depoimento quanto com um indício.”<sup>237</sup>

Também Sérgio Carlos Covello assevera não haver diferença substancial entre prova e presunção, existindo “apenas diferença de nexó lógico”<sup>238</sup>. Destaca, com isso, “duas razões que justificam a existência da presunção no mundo jurídico: 1ª) a dificuldade de provar certos fatos por via direta, e 2ª) a estabilidade e a economia na aplicação do direito”.<sup>239</sup> Ressalve-se desta lição, contudo, que toda percepção probatória é *indireta* e, por conseguinte, sempre demanda raciocínio dedutivo. A presunção surge como mecanismo facilitador deste raciocínio. Nada mais.

Em suma, na percepção direta o observador valora o próprio fato controverso, o que somente é possível se o fenômeno ainda perdura no tempo. Na percepção indireta, mais comum quando o fenômeno aconteceu no passado, o observador lança a sua valoração sobre outros fatos a que tem acesso no presente (vestígios, depoimentos, descrições em laudos técnicos etc.) e dos quais retira o material de convencimento necessário à reconstrução ideal do fato controverso.

<sup>233</sup> *A prova no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 314.

<sup>234</sup> *Op. cit.*, p. 86.

<sup>235</sup> *Idem*.

<sup>236</sup> *Ib idem*, p. 87-88.

<sup>237</sup> *Ib idem*, p. 124.

<sup>238</sup> In: R. Limongi França (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v 60, p. 47.

<sup>239</sup> *Idem*, p. 53. Sobre a razão de ser da presunção, assinala o autor: “podemos dizer que a presunção desempenha basicamente duas funções principais: uma no plano legislativo, e outra, no plano judiciário. No plano judiciário, a presunção se apresenta como meio de prova. O legislador, compreendendo que em inúmeros casos a prova é de difícil produção, permite ao juiz que se utilize de sua experiência pessoal para atingir o fato desconhecido. No plano legislativo, a presunção é utilizada para a elaboração de uma regra jurídica de conteúdo probatório com vistas a facilitar a atividade do magistrado e da parte em cujo favor ela milita. Nessa função, a presunção é regra atributiva de direito e assegura o funcionamento das regras jurídicas, constituindo, de certa forma, um acessório da regra de fundo, à qual presta mais eficácia, ao facilitar a prova de fatos que determinam as condições de aplicação ou de incidência do preceito legal. Vale dizer que a presunção responde à necessidade de melhor adaptar a norma à realidade fática, permitindo, assim, a maior eficácia do direito, por atender a um imperativo de justiça. Note-se que estamos examinando a presunção em sentido técnico. O legislador pode utilizar esse mecanismo sem criar uma presunção propriamente dita, mas para lograr um conceito, elaborando uma regra jurídica que nada tem que ver com a prova. Nesse caso, a probabilidade é utilizada para criar o direito com base na ordem natural dos acontecimentos. Mas aqui a presunção é um dos motivos da regra de direito, não a própria regra”. *Ib idem*.

### 1.4.5 Direito Material ou Direito Processual?

Constitui objeto de indagação corrente na doutrina, e que há décadas atormenta os estudiosos do Direito, apontar a natureza das regras jurídicas que versam sobre *provas*, notadamente se se tratam de regras de Direito Processual ou de Direito Material. É inegável que o tema da prova veio sendo ao longo do tempo estudado no âmbito do Direito Processual Civil – ramo da Ciência Jurídica que estuda as normas que regem o método de desempenho da função jurisdicional (pelo Estado-juiz) de competência civil – de modo que a quase totalidade dos escritos pertinentes à matéria foi elaborada por aqueles que se convencionou denominar de “processualistas”. Mas é errado supor, por conta disso, que se trate de assunto afeto apenas à realidade do processo judicial.

Primeiramente, na linha de argumentação expendida nos itens 1.2 e 1.3 *retro*, não há mais porque se empregar o termo *processo* apenas no tocante à atividade judicial, eis que tal concepção de *método* alcança perfeitamente todas as funções estatais. No que concerne à função administrativa, ele abrange não somente as situações de litígio (processos de impugnação), mas, todo o vasto campo da processualidade administrativa, aí incluídos os processos de fiscalização interna e os de formação dos atos administrativos.

Em segundo lugar, partindo da idéia de que o termo *processo* não se restringe às vias judiciais de resolução de conflitos, resulta também que a expressão *prova* não deve ser entendida apenas como elemento de convencimento do juiz. Como claramente exposto no item 1.4 *retro*, a prova constitui o núcleo da aplicação do Direito em todos os casos em que o aplicador se utilizar de percepção indireta para decidir sobre questões fáticas (*quaestio facti*), e isso não acontece apenas por ocasião dos litígios, podendo ocorrer antes ou até mesmo independente da ocorrência destes. Quando, por exemplo, alguém resolve comprar um veículo que se encontra na posse de terceiro, certamente vai exigir deste o certificado de registro e licenciamento de veículo, emitido pelo órgão de trânsito em nome do proprietário-vendedor. Ora, este documento nada mais é do que uma *prova* de que o veículo realmente pertence àquela pessoa que está vendendo.<sup>240</sup> Do mesmo modo, a autorização para transferência de veículo assinada pelo antigo proprietário serve

---

<sup>240</sup> Observe-se aí que, em se tratando de bem móvel, a transmissão propriedade do veículo terá ocorrido pela simples tradição. O certificado de registro e licenciamento administrativo, que tem outra finalidade (fiscalização e controle pelas autoridades de trânsito), serve apenas como um elemento de prova da propriedade.

como elemento de *prova* a demonstrar ter havido a transmissão da propriedade do automóvel, isto é, a tradição.

Daí se infere nitidamente que na aplicação cotidiana do Direito as pessoas se valem de inúmeras fontes de comprovação fática que visam não apenas à resolução de eventuais conflitos futuros, mas, antes disso, funcionam como mecanismos que auxiliam na própria percepção das condutas adequadas a serem tomadas nas relações intersubjetivas. Sendo ínsitas ao fenômeno de aplicação do Direito, portanto, as provas servem como instrumentos de pacificação social. Acrescentem-se ainda os casos em que a lei estabelecesse determinadas formalidades ou instrumentos específicos necessários à constituição das situações jurídicas. Vale dizer, o elemento de demonstração fática não funciona apenas como prova da ocorrência do fato, mas, sim, como elemento essencial que integra a sua própria existência.

Em vista disso, Vittorio Denti assinala que “la norma sobre la prueba es, en efecto, al mismo tiempo, en cuanto a su estructura, una norma de valoración jurídica (o estática o sustancial) y una norma sobre la producción jurídica (o dinámica o instrumental)”.<sup>241</sup> Cita o exemplo da cláusula compromissória, considerando-a como “un negocio sustancial, aunque esté destinada a producir efectos procesales”.<sup>242</sup> Portanto, para o autor, uma mesma norma pode ser considerada processual ou substancial, a depender da situação em que for invocada.<sup>243</sup>

Também destacando que “la carga no es una institución exclusiva del derecho procesal, ya que también la encontramos en el sustancial”, Roland Arazi<sup>244</sup> cita o exemplo dos livros que o comerciante está obrigado a portar no exercício da sua atividade, os quais poderão vir a servir de prova em juízo, sendo que “el comerciante se beneficia con la fe que merecen sus asientos contables”.<sup>245</sup> Neves e Castro, por sua vez, ressalta a interferência entre as provas extrajudiciais e judiciais, assinalando que “as disposições de lei relativas à essência da prova, à

<sup>241</sup> *Estudios de derecho probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 228.

<sup>242</sup> *Idem*, p. 230. Daí concluir o jurista, professor da Universidade de Pavia, que “se pueden considerar ‘sustanciales’ los hechos específicos probatorios que tienen vida antes del proceso, aun cuando se quiera considerar como ‘procesal’ el efecto producido cuando la prueba se hace valer para la formación de la convicción del juez”. *Ib idem*.

<sup>243</sup> Ressaltando a relatividade do critério de distinção, Denti considera que cabe ao aplicador decidir, em cada caso concreto, sobre a natureza substancial ou processual das normas em questão, pois “la calificación de ‘procesal’ o de ‘sustancial’ de una determinada hipótesis legal no puede ser atribuída unívocamente a un criterio sistemático abstrato, de validez inmediata en el plano racional, sino que resulta ser con harta frecuencia el fruto de valoraciones cumplidas por la jurisprudencia, sobre la base de consideraciones de *policy* referidas a las características propias de los diversos ordenamientos, y con respecto a las consecuencias que, en el ámbito de los ordenamientos mismos, pueden emanar de la preferencia por una calificación más bien que por la otra. (...) La *relatividad* del criterio discrecional está dada, pues, por el hecho de que se lo sienta como válido sólo en relación a una solución concreta de los conflictos de leyes, actuada históricamente, a la luz de determinados problemas políticos y constitucionales. Si de estas experiencias puede extraerse una enseñanza ‘racional’ es, pues, en el sentido de que la naturaleza ‘procesal’ o ‘sustancial’ de una norma no se deduce necesariamente de sus connotaciones intrínsecas (o, lo que es lo mismo, de la naturaleza de los efectos jurídicos que emanan de la aplicación de la norma), sino que puede derivar de la comparación de los efectos que se siguen de la diversa calificación, en el plano de las competencias normativas y a la luz de criterios colegidos de los ordenamientos jurídicos singulares”. *Id idem*, p. 74-75.

<sup>244</sup> *La prueba en el proceso civil*. 2. ed. Buenos Aires: La Rocca, 1998, p. 92.

<sup>245</sup> *Idem*.

sua admissibilidade em juízo, aos seus efeitos, às pessoas que devem ministrá-la, pertencem ao Direito Civil”<sup>246</sup>, razão pela qual as provas de fatos alegados em juízo devem ser estudadas conjuntamente com as provas dos atos jurídicos.<sup>247</sup>

Razão assiste, assim, aos que defendem a natureza *mista* das normas jurídicas que tratam de provas<sup>248</sup>, pois se o local apropriado para a solução de litígios é o processo judicial (as normas probatórias assumem aí nítido caráter instrumental), não se pode olvidar da influência dos institutos do Direito Material na definição da prova (pois é o Direito Material que apontará quais são os elementos constitutivos das situações jurídicas que se deseja demonstrar), além do que a prova pode ser levada em conta mesmo na ausência de litígios.

Ao encarar o tema sob o ângulo de uma *teoria da decisão*, Tércio Sampaio Ferraz destaca bem a função da prova como elemento interno de todo o fenômeno de aplicação do Direito, salientando que “é o próprio sistema que estabelece os critérios para que sejam reconhecidos nexos causais entre fatos e direitos no plano concreto”.<sup>249</sup>

Mesmo no que concerne às regras do Processo Civil, é fácil verificar que a situação jurídica entre as partes no processo quase sempre se traduz como mero reflexo da situação jurídica material vivenciada por elas<sup>250</sup>, inclusive naqueles casos em que o ordenamento procura fixar regras de distribuição do ônus da prova levando em conta as desigualdades existentes entre os litigantes, como já ocorre no Brasil, *v.g.*, quando se aplicam normas do Direito do Trabalho e do Direito do Consumidor.

<sup>246</sup> *Op. cit.*, p. 37, nota de rodapé.

<sup>247</sup> “As vezes, a prova de direitos já vem feita, porque, pertencendo ao direito substantivo, é bem possível que o juiz não precise mais de dados que os assegurem. E essa interferência ordinária das provas extrajudiciais e judiciais, das provas de direito substantivo no campo das provas processuais, mostra como, inadvertidamente, agem os que estudam em separado as provas de fatos alegados em juízo e as de atos jurídicos quando, salva ligeiras diferenças de pormenor, algumas de suas espécies são as mesmas e os princípios formulados para aquelas são aplicáveis a essas, e vice-versa”. *Idem*, p. 34, nota de rodapé.

<sup>248</sup> Esta concepção mista da prova (direito material associado a direito processual) encontra raízes na doutrina alemã, especialmente após o advento da obra de James Goldschmidt intitulada *Materielles Justizrecht*, versando sobre o que ele chamou de *direito judicial material civil*. Comentando esta obra, Inés Lépori White explica que James Goldschmidt “atribuye al Derecho Procesal solamente aquellas normas que establecen *cómo el juez debe proceder*, pero no las que establecen *cómo debe decidir*. A estas últimas, dado su carácter, consideradas como normas materiales, aunque de derecho público, la teoría de Goldschmidt las agrupa bajo el nombre de *derecho justicial material civil*, el cual no viene a ser otra cosa que el mismo derecho privado, sólo que considerado y completado desde un punto de vista jurídico público. (...) el tema de la naturaleza de las normas que regulan la materia de prueba, y si las mismas se ubican dentro del derecho material o del procesal, no es pacífico y las opiniones difieren notablemente. Sin embargo, nuestra doctrina desde siempre há admitido que también el Congreso Nacional puede dictar normas de carácter procesal, en tanto y en cuanto ello sea necesario para asegurar la eficacia de las instituciones reguladas por los códigos o las leyes de fondo. Resulta entonces de la mayor importancia práctica poder determinar cuáles normas tienen carácter *procesal*, y cuáles pertenecen al derecho *substancial*”. *Idem*, p. 43-45.

<sup>249</sup> *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, São Paulo, 2003. Explica Tércio Ferraz ainda que “a teoria da decisão é, assim, uma espécie de teoria dos procedimentos institucionalizados que são verdadeiros programas de ação decisória. Estes programas não são, propriamente, ritualizações, embora não as excluam, pois não se reduzem a automatismos, exigindo, a todo momento, a transformação de questões indecidíveis em decidíveis que de novo podem se transformar em indecidíveis, até a decisão que termina a questão”. *Idem*.

<sup>250</sup> Neste sentido escreve Juan Alberto Rambaldo que “las reglas procesales establecen una situación de ‘poder’ dentro del proceso, que no es más que la misma relación de poder que se encuentra preestablecida en el campo de lo social y que a su vez las determina”. Cargas probatorias dinámicas: un giro epistemológico. In: Peyrano, Jorge W. *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 27-28.

Carlo Furno ressalta que a prova legal atua do mesmo modo em juízo ou fora dele, influenciando no campo do Direito Substancial, no qual nasce projetando nele, antecipadamente, a sombra do que haverá de ser, por vontade da lei, a apreciação vinculada do juiz sobre os fatos por ela habilitados. Daí afirmar que ela produz duas ordens de efeitos: i) *diretos*, de ordem processual; ii) *reflexos*, de ordem substancial; salienta, com isso, que a prova legal presta um dos seus mais importantes serviços à ordem jurídica ao antecipar a obra de pacificação que o processo está tipicamente destinado a realizar.<sup>251</sup> No mesmo diapasão, Fabiana Tomé sustenta que a prova também pertence ao Direito Material, eis que “têm, também, o objetivo de dar sustento aos fatos descritos no antecedente de normas individuais e concretas que irradiam seus efeitos independentemente de serem levados à apreciação do Poder Judiciário ou de outro órgão julgador”.<sup>252</sup> Por isso que “o Código Civil traça os contornos principais, enquanto o Código de Processo Civil tece maiores minúcias sobre o tema”.<sup>253</sup>

Deveras, no ordenamento jurídico brasileiro vigente encontram-se normas sobre prova nos artigos 212 e seguintes do Código Civil e nos artigos 332 a 443 do Código de Processo Civil. Dessa duplicidade de regramento da matéria se infere que o tema não se restringe ao campo processual litigioso, mas, muito além disso, a toda e qualquer aplicação do Direito, notadamente naqueles casos em que o sistema jurídico prevê métodos específicos de demonstração dos fatos. É o que acontece, *v.g.*, com a *escritura pública*, que é o meio de prova adequado para se demonstrar a propriedade imobiliária.

Nas palavras de Orlando Gomes, “a lei cerca de maiores garantias a circulação de riqueza imobiliária, exigindo solenidades para a transmissão da propriedade dos bens imóveis, que se estendem até ao próprio *título*”.<sup>254</sup> Tendo o Direito brasileiro assim ordenado a aquisição da propriedade imobiliária, resulta que “o *sistema do registro imobiliário* tem como pontos capitais a relatividade da presunção que o teor do registro firma e a sua vinculação deste ao ato jurídico translativo”.<sup>255</sup> Por conseguinte, a escritura pública registrada não serve apenas no

---

<sup>251</sup> *Op. cit.*, p. 177-179. Aduz Furno que a prova legal “viene a ter una eficacia *anticipada y refleja* (o, si suena mejor, secundaria, indirecta) de derecho substancial; porque en el campo del derecho substancial presentan las situaciones jurídicas tan íntimamente compenetrados sus elementos constitutivos de hecho y sus calificaciones de derecho que el accertamiento legal de aquéllos repercute necesariamente, como de rechazo, sobre éstas. Todo ello se condiciona, naturalmente, a que la formación de la prueba tenga lugar antes del momento procesal en que haya de utilizarse” *Idem*.

<sup>252</sup> *Op. cit.*, p. 205.

<sup>253</sup> *Idem*.

<sup>254</sup> *Direitos reais*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 136. Conclui o jurista baiano: “Assim é que a alienação de tais bens deve obedecer necessariamente à forma da *escritura pública*. O título, se revestido das solenidades legais, há de ser levado à transcrição para que se produza o efeito translativo”. *Idem*.

<sup>255</sup> *Ib idem*. Destaque-se que Orlando Gomes faz referência a dois sistemas de princípios que regem a transcrição imobiliária. O primeiro é o sistema alemão, pelo qual “a *transcrição* firma a *presunção juris et de jure* da propriedade. Aquele em cujo nome se acha transcrita a propriedade de um imóvel tem a seu favor a *presunção absoluta* de que esse bem lhe pertence. Seu direito não pode ser contestado porque a *presunção legal* não admite prova em contrário”. O outro sistema, ao qual aderiu o legislador brasileiro, “não atribui ao registro o valor de *presunção juris et de jure*. Presume também que a propriedade pertença à pessoa em

momento processual em que se tem um litígio petitório, pois a sua importância surge antes mesmo da ocorrência de qualquer conflito, como elemento constitutivo que integra a própria situação de aquisição da propriedade imobiliária.

Outra situação exemplificativa, mencionada por Gisele Góes, diz respeito ao instrumento público destinado à realização de pactos antenupciais, tal como previsto no art. 1653 do Código Civil brasileiro, que prescreve uma “solenidade substancial que provocará a obrigatoriedade desse meio de prova no processo, vez que regulou um requisito essencial de função material de prova do ato jurídico materializado”.<sup>256</sup>

Por outro lado, tomado o sentido tradicional do *processo* como exclusivo da via judicial, a discussão sobre a natureza das normas sobre prova se depara ante um importante problema em tema de aplicação do Direito no tempo, pois se sabe que, ao menos no ordenamento brasileiro, a regra geral é a de que as normas materiais são aplicadas a todos os fatos ocorridos no momento da sua vigência, enquanto as normas processuais podem alcançar os fatos ainda pendentes de deliberação pelo juiz.<sup>257</sup> Assim, se para certa situação jurídica a legislação vigente à época facultava a comprovação por todos os elementos de prova admissíveis em Direito, a mudança da lei passando a restringir a prova a determinado elemento específico ou solenidade essencial, quando ainda não instaurado o processo judicial ou esteja este pendente de decisão, poderá acarretar resultados distintos a depender de como se repute a natureza da respectiva norma.

Com efeito, ao se entender que se trata de norma direcionada exclusivamente a reger o Processo Civil, teria o interessado que submeter-se à nova formalidade probatória (o que, muitas vezes, dado o transcurso do tempo da ocorrência do fato, não seria mais possível realizar). Se, entretanto, reconhece-se a natureza substancial da norma probatória, bastará ao interessado demonstrar a situação jurídica segundo a legislação vigente à época do fato probando. Tem sido esse, por exemplo, o entendimento da jurisprudência brasileira no que se refere à comprovação de atividade insalubre para fins de aposentadoria especial. Decidiu-se que o advento da Lei n. 9.528/97, passando a exigir laudo pericial para demonstrar a ocorrência de tal atividade, não modificaria a situação dos segurados no tocante à prova dos fatos ocorridos em momento anterior à alteração legislativa, podendo, para tanto, valer-se dos demais elementos de

---

cujo nome se registrou, mas a presunção é *juris tantum*, valendo, pois, enquanto não destruída por prova em contrário”. *Ib idem*, p. 141-142.

<sup>256</sup> *Teoria geral da prova*. Salvador: JusPodium, 2005, p. 12.

<sup>257</sup> Assim dispõe o art. 1211 do Código de Processo Civil brasileiro: “Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes”. Acerca dessa regra de direito processual intertemporal, Cândido Dinamarco explica que prevalece a linha “do chamado isolamento dos atos processuais, pela qual a lei nova, encontrando um processo em desenvolvimento, respeita a eficácia dos atos processuais já realizados e disciplina o processo a partir de sua vigência”. *A reforma do Código de Processo Civil*, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 41.

prova admitidos à época (testemunhas, documentos etc.). Em outras palavras, mesmo na pendência de decisão judicial acerca do direito à aposentadoria especial, a nova norma não poderia ser aplicada retroativamente.<sup>258</sup>

Outro problema prático relativo à polêmica da natureza das normas sobre prova ocorre nos países em que são distintas as competências para legislar sobre Direito Material e Direito Processual. Denti cita os debates ocorridos sobre o tema nos Estados Unidos e na Suíça.<sup>259</sup> No caso do Brasil, a questão também pode ser levantada no que concerne às normas que versam sobre elementos de prova das situações jurídico-administrativas, eis que a competência para legislar sobre Direito Administrativo Material é, regra geral, privativa de cada ente político, ao passo que compete privativamente à União legislar sobre Processo Civil (CF/88, art. 22, I).

<sup>258</sup> Confira-se o teor dos seguintes julgados: “1. O direito à contagem, conversão e averbação de tempo de serviço é de natureza subjetiva, enquanto relativo à realização de fato continuado, constitutivo de requisito à aquisição de direito subjetivo outro, estatutário ou previdenciário, não havendo razão legal ou doutrinária para identificar-lhe a norma legal de regência com aquela que esteja a vigor somente ao tempo da produção do direito à aposentadoria, de que é instrumental. 2. O tempo de serviço é regido pela norma vigente ao tempo da sua prestação, consequencializando-se que, em respeito ao direito adquirido, prestado o serviço em condições adversas, por força das quais atribuía a lei vigente forma de contagem diversa da comum e mais vantajosa, esta é que há de disciplinar a contagem desse tempo de serviço. 3. Considerando-se a legislação vigente à época em que o serviço foi prestado, não se pode exigir a comprovação à exposição a agente insalubre de forma permanente, não ocasional nem intermitente, uma vez que tal exigência somente foi introduzida pela Lei n. 9.032/95. (...)” - *STJ, RESP n. 658016, Relator: Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 21/11/2005*; “A necessidade de comprovação da atividade insalubre através de laudo pericial, foi exigida após o advento da Lei 9.528, de 10.12.97, que convalidando os atos praticados com base na Medida Provisória n. 1.523, de 11.10.96, alterou o § 1º, do art. 58, da Lei 8.213/91, passando a exigir a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, mediante formulário, na forma estabelecida pelo INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho. Tendo a mencionada lei caráter restritivo ao exercício do direito, não pode ser aplicada a situações pretéritas, portanto no caso em exame, como a atividade especial foi exercida anteriormente, não está sujeita à restrição legal (...)” - *STJ, RESP n. 497174, Relator: Min. Jorge Scartezini, DJ de 02.08.2004*; “1. O tempo de serviço é regido pela norma vigente ao tempo de sua prestação. Durante o período em que o Apelado pretende ver convertido tempo comum em especial, em decorrência de atividade laborativa prestada na presença de agentes agressivos biológicos (umidade, fungos, bactérias, vírus: microorganismos em geral), ainda não se falava em pressuposto essencial para a concessão de aposentadoria especial a prova da habitualidade e permanência da exposição do segurado ao agente nocivo. 2. ‘Considerando-se a legislação vigente à época em que o serviço foi prestado, não se pode exigir a comprovação à exposição a agente insalubre de forma permanente, não ocasional nem intermitente, uma vez que tal exigência somente foi introduzida pela Lei n. 9.032/95.’ (Precedentes de nossas Cortes Superiores. E.g.: REsp 658016/SC, DJU de 18.10.2005). 3. Dessa forma, a exigência de “exposição permanente, não ocasional, nem intermitente, sob condições especiais” somente trazida a lume pela Lei n. 9.032/95, que de inegável caráter restritivo ao exercício do direito, não vigeu na totalidade do tempo em que o Apelado laborou em condições especiais, vindo a surgir, somente, em momento posterior. Todavia, a atividade desenvolvida pelo Apelado foi, reconhecidamente, enquadrada na legislação posterior (Decreto n. 2.197/97 e 3.048/99), para a concessão do benefício previdenciário de aposentadoria especial” – *TRF da 1ª Região, AC 200238000198790, Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, DJ de 23.10.2006*; “1. Consoante entendimento sedimentado no Eg. Superior Tribunal de Justiça, o segurado que presta serviços sob condições especiais faz jus ao cômputo do tempo nos moldes da legislação previdenciária vigente à época em que realizada a atividade e efetivamente prestado o serviço (AGRESP n. 600.096/RS, in DJ de 22.11.2004). É a consagração do princípio “lex tempus regit actum”, em virtude do qual o deslinde da questão deve levar em conta a lei vigente à época dos fatos. 2. As exigências previstas na Lei n. 9.032/95 não alcançam o período laboral anterior à data de sua publicação (...)” – *TRF da 1ª Região, AC n. 200038000015150, Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, DJ de 17.11.2006*.

<sup>259</sup> “Considérese, ante todo, la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el problema de la aplicación del derecho de los Estados por parte de los tribunales federales, en los casos de *diversity of citizenship*. Como es sabido, puesta frente a la necesidad de discriminar los *substantive rights* (reservados a las *local rules* por la célebre decisión del caso *Eric*) y las situaciones meramente procesales (que la *Enabling Act* de 1938 defería a la disciplina federal, que se había concretado en las ‘Federal Rules of Civil Procedure’). (...) en el derecho suizo, por la existencia de una ley sustancial federal única y de una pluralidad de códigos procesales cantonales.(...) Queda así confirmado que, en determinados ordenamientos, las exigencias de una particular política judicial, mientras imponen el examen de las finalidades en las cuales se inspiran las normas singulares, llevan a considerar las normas mismas, en cada caso, como ‘sustanciales’ o ‘procesales’ por razones que nada tienen que ver con su naturaleza intrínseca, sino que tienen en mira únicamente las consecuencias de su aplicación o desaplicación, en un ámbito dado de validez territorial”. *Op. cit.*, p. 55-72.

Analogamente à questão da natureza mista das normas probatórias, encontra destaque também o tema das chamadas *presunções legais*, conforme será abordado em tópico posterior. Por meio das presunções legais, o legislador, fazendo uma espécie de valoração prévia, considera de logo que, verificados determinados fatos, deve-se ter como provados outros, seja de forma relativa (admite prova em contrário) ou absoluta (não admite prova em contrário). Dellepiane reconhece esta dupla finalidade das presunções legais, tratando-as como disposições *híbridas* com dualidade de conteúdo (leis de fundo e de forma) que “son, a la vez que preceptos adjetivos, disposiciones sustantivas; que reconocen derechos y obligaciones o estados personales de que fluyen derechos y obligaciones. Al propio tiempo, establecen la forma de hacer valer derechos judicialmente”.<sup>260</sup>

#### 1.4.6 O Ônus da Prova

Sem a adequada demonstração dos fatos não poderá haver percepção pelo aplicador do Direito e, nos casos dos fatos controvertidos na via do processo, o aplicador, tendo a obrigação de decidir (impossibilidade de *non liquet*<sup>261</sup>), deverá encontrar a solução do litígio levando em conta mecanismos de *determinação formal dos fatos*, na expressão empregada por Carnelutti<sup>262</sup>. Wilson Alves de Souza faz uma interessante comparação entre o papel do juiz (aplicador do Direito<sup>263</sup>) e o do historiador. Apesar de reconhecer certa identidade na medida em que ambos procuram descobrir a verdade dos fatos passados, salienta que a diferença reside em que “enquanto este investiga os fatos sem limite de tempo, podendo até mesmo não chegar a uma conclusão a respeito do seu objeto de investigação, aquele está premido pelo tempo e pela

<sup>260</sup> *Op. cit.*, p. 102.

<sup>261</sup> Segundo dispõe o art.4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n. 4.657/42), “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. Para Alfredo Buzaid, “o juiz moderno não pode, à maneira do juiz romano, encerrar um processo, dizendo simplesmente *non liquet* e, portanto, esquivando-se de proferir uma decisão de mérito a favor de uma parte e contrária à outra”. *Estudos de Direito*, São Paulo: Saraiva, 1972. v 1, p. 47.

<sup>262</sup> “Quando a busca da verdade material está limitada de tal maneira que esta não possa ser conhecida em todo caso e com qualquer meio, o resultado, seja mais ou menos rigoroso o limite, é sempre o de que já não se trata de uma busca da verdade material, senão de um processo de determinação formal dos fatos”. *Op. cit.*, p. 52.

<sup>263</sup> Consoante esclarecido anteriormente, utiliza-se a expressão para abranger não apenas a atividade jurisdicional, mas também a atividade da Administração Pública na formação dos atos administrativos e na apreciação de eventuais lides deles decorrentes, em sede de autotutela administrativa. Não obstante os diferentes regimes jurídicos das atividades jurisdicional e administrativa (notadamente quanto à imparcialidade do julgador e ao efeito de coisa julgada, somente existente naquela), ambas se traduzem em obrigatória aplicação do Direito dentro de um determinado prazo, em prol da segurança jurídica.



necessidade de decidir”.<sup>264</sup> Também Luigi Ferrajoli assinala que, “diferentemente de outros tipos de investigação, a comprovação jurisdicional, sem dúvida, é obrigatória e deve ser concluída em algum momento”.<sup>265</sup>

Ante tal impossibilidade de o aplicador pronunciar o *non liquet*, torna-se recomendável que as provas sejam apresentadas no processo, auxiliando o aplicador a efetuar a reconstrução histórica do fato objeto da lide, sob pena de haver uma decisão mesmo em estado de dúvida. Surge então a pergunta sobre quem cabe apresentar a prova e quais as conseqüências advindas da sua não apresentação no processo<sup>266</sup>, questões estas que dizem respeito ao chamado *ônus da prova*.<sup>267</sup>

#### 1.4.6.1 Distinção entre *ônus* e obrigação.

Na linguagem jurídica, o conteúdo semântico da palavra *ônus* costuma ser relacionado ao *risco* suportado por um sujeito de, diante da sua inação, vir a sofrer um prejuízo no seu próprio interesse. É nessa linha que Cândido Dinamarco conceitua o *ônus da prova* como “o *encargo*, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência de fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”<sup>268</sup>. O *ônus*, voltado para a

<sup>264</sup> Ônus da prova – considerações sobre a doutrina das cargas dinâmicas. *Revista jurídica dos formandos em direito da UFBA*, 1999. v 6, p. 237. Acrescenta o autor que “diferentemente do juiz romano, que podia chegar a um estado de dúvida e dizer *non liquet*, o juiz moderno, por mais dúvida que tenha, terá que julgar a causa que está sob sua responsabilidade num determinado limite de tempo, uma vez que o objetivo fundamental do processo é buscar a paz social. (...) Contraria a idéia de justiça e, em conseqüência a de paz social, a tese que sustenta que o processo, seja ele qual for, se orienta pelo princípio da verdade formal, até porque, se assim fosse, estar-se-ia a privilegiar um princípio contrário à idéia de justiça. Portanto, quando se diz que o processo se contenta com a verdade formal, isto significa tão somente o reconhecimento de que, como frisado acima, o juiz, diferentemente do historiador, está limitado pelo tempo, em alguns aspectos pela iniciativa das partes, bem assim por ser forçado a chegar a uma conclusão. Em síntese, apenas e tão somente quando impossível a verificação da verdade real é que a ordem jurídica contenta-se com a verdade formal, ou seja, com a verdade possível”. *Idem*, p. 237-238.

<sup>265</sup> *Op. cit.*, p. 56.

<sup>266</sup> Segundo Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart, “uma vez que o juiz não pode deixar de decidir, aplicando-se um *non liquet*, importa determinar critérios que permitam resolver a controvérsia quando não resulte provada a existência dos fatos principais. Tais critérios são constituídos pelas regras que disciplinam o *ônus da prova*. Estes são, de fato, destinados a entrar em jogo quando um fato principal resultar destituído de prova. A sua função é a de estabelecer a parte que deveria provar o fato e determinar as conseqüências que recaem sobre a parte por não ter ela provado o fato”. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 294.

<sup>267</sup> Na lição de Moacir Amaral Santos, “irrecusável é que exposto, por uma parte, um fato que pareça naturalmente possível e juridicamente relevante, ao juiz cumpre tê-lo em conta na sua decisão. Mas como a simples alegação não é suficiente para formar a convicção do julgador (*allegatio et non probatio quase non allegatio*), surge a imprescindibilidade da prova da existência do fato. E, dada a controvérsia entre o autor e o réu, com referência a este ou às suas circunstâncias, impondo-se, pois, prová-lo e prová-las, decorre a questão: *a quem incumbe o ônus da prova?*”. *Prova judiciária no cível e comercial*, p. 94.

<sup>268</sup> *Op. cit.*, p. 71.

defesa de interesse próprio, distingue-se da *obrigação*, cujo descumprimento gera prejuízo a interesse alheio.

Alfredo Buzaid assinala que, apesar do elemento formal comum aos dois institutos, consistente no vínculo da vontade, eles “diferem entre si quanto ao elemento substancial, porque o vínculo é imposto, quando há obrigação, para a tutela de interesse alheio, enquanto, havendo ônus, a tutela é um interesse próprio”.<sup>269</sup> Para Rafael de Pina, o cerne da distinção entre uma e outra categoria está na diferente sanção resultante da inatividade<sup>270</sup>. Decorre daí a concepção de ônus como sendo um *risco*<sup>271</sup>. Amaral Santos diz que a idéia de *dever* de produzir provas não se identifica com a categoria específica do dever *jurídico*, sendo apenas um “*dever* no sentido de interesse”<sup>272</sup>, pois, nas palavras de Chiovenda, “como não existe um dever de contestar, não existe um *dever de provar*, senão no sentido em que se diz, por exemplo, que quem quer ganhar *deve trabalhar*”.<sup>273</sup>

Gian Michelli também enfoca o *ônus* (carga) como entidade distinta da *obrigação*, “en el sentido de que en determinados casos la norma jurídica fija la conducta que es necesario observar, cuando un sujeto quiera conseguir un resultado jurídicamente relevante”.<sup>274</sup> Na mesma esteira, Gabriel Rezende Filho aponta que “ônus da prova não significa obrigação de provar no sentido jurídico. Não é dever jurídico. Constitui simplesmente *necessidade* ou *risco* da prova”.<sup>275</sup> Na síntese da expressão cunhada por James Goldschmidt, tem-se então um “imperativo do próprio interesse”.<sup>276</sup>

<sup>269</sup> *Op. cit.*, p. 61.

<sup>270</sup> “La diferencia entre carga y obligación se funda sobre la diversa sanción que en uno u otro caso amenaza a quienes no cumplen un determinado acto: obligación existe cuando la inactividad da lugar a una sanción jurídica (ejecución o pena); si, por el contrario, la abstención, en relación con un acto determinado, hace perder solamente los efectos útiles del acto mismo, nos encontramos frente a la figura de la carga”. *Tratado de las pruebas civiles*. México: Librería de Porrúa Hnos. y Cia, 1942, p. 82.

<sup>271</sup> Escreve Wilson Alves de Souza que “não se trata de dever jurídico, porque este corresponde sempre a um direito de outrem (bilateralidade), de modo que o seu não cumprimento deve acarretar uma sanção, ao contrário daquele, em que não há correspondente direito nem possibilidade de sanção para a hipótese de quem tem o encargo dele não se desincumbir. (...) Há quem afirme que o ônus é uma faculdade. Rigorosamente os dois conceitos não se confundem, uma vez que quem o não exercício desta implica apenas em não se auferir uma vantagem, enquanto quem não se desincumbe de um ônus jurídico pode sofrer prejuízo. Daí dizer-se que à idéia de ônus está, portanto, a idéia de *risco*”. *Op. cit.*, p. 241.

<sup>272</sup> *Prova judiciária no cível e comercial*, p. 94.

<sup>273</sup> *Apud* Amaral Santos. *Idem*, p. 95. Aduz que “a atividade que se despende na prova, como em geral a que se emprega em proveito próprio, é uma condição para se obter a vitória, não um *dever jurídico*”. *Ib idem*.

<sup>274</sup> *La carga de la prueba*. Bogotá: Ed. Temis, 1989, p. 54. Acrescenta Micheli que “en tales hipótesis, un determinado comportamiento del sujeto es necesario para que un fin jurídico sea alcanzado, pero, de otro lado, el sujeto mismo es libre de organizar la propia conducta como mejor de parezca, y, por consiguiente, también eventualmente en sentido contrario al previsto por la norma. La no observancia de esta última, pues, no conduce a una sanción jurídica, sino solo a una sanción económica; y precisamente la no obtención de aquel fin, conducirá, por tanto, a una situación de desventaja para el sujeto titular del interés tutelado. En tal modo, la figura de la carga ha venido adquiriendo una consistencia propia en la sistematización jurídica junto a la de obligación, caracterizada esta última por el vínculo impuesto a la voluntad del obligado por un interés ajeno; vínculo cuya violación importa una ilicitud, en cuanto es violación de un mandato que no deja al obligado libertad de elección. En sustancia, pues, la norma jurídica o bien indica una conducta que debe ser observada en interés ajeno (eventualmente bajo pena de sanción jurídica) o bien una conducta que debe ser observada por el interesado si este quiere conseguir un fin, de otra manera no alcanzable”. *Idem*, p. 54-55.

<sup>275</sup> *Op. cit.*, p. 209.

<sup>276</sup> *Derecho procesal civil*. Barcelona: Labor, 1936, p. 08.

Em acorde com todas estas lições se conclui que os comportamentos dos litigantes no decorrer do processo não significam deveres de um correspondentes a direitos do outro, mas, sim, encargos derivados dos seus próprios interesses. Portanto, ao se falar em ônus da prova, não se tem em mente uma única relação jurídica processual, mas, sim, um conjunto de *situações jurídicas processuais* geradoras de expectativas para as partes.

#### 1.4.6.2 Ônus subjetivo e ônus objetivo.

Outra abordagem refere-se à qualificação do ônus da prova em *subjetivo* e *objetivo*, originária da doutrina de processualistas alemães e austríacos, destacando-se a figura de Leo Rosenberg<sup>277</sup>. Numa breve referência a tais doutrinadores, Alfredo Buzaid discorre sobre as bases teóricas que conduziram ao reconhecimento destas duas faces identificadoras do ônus da prova: “uma voltada para os litigantes, indagando-se qual deles há de suportar o risco da prova frustrada; é o aspecto *subjetivo*; e outra, voltada para o magistrado, a quem deve dar uma regra de julgamento. É o aspecto *objetivo*”.<sup>278</sup>

Gian Michelli direciona pesadas críticas a esta dicotomia, considerando-a supérflua diante da possibilidade de uma livre valoração das provas por parte do juiz. Diz que se tratou de uma construção feita pela doutrina austríaca, seguida pela alemã, no sentido de se adequar o ônus da prova às diferenças estruturais dos diversos processos, sobretudo naqueles países em que, afastando-se da tradição romana, passou-se a atribuir ao juiz maiores poderes de iniciativa a respeito das atividades processuais das partes. Daí asseverar Micheli que “toda artificiosa contraposición entre aspecto objetivo y aspecto subjetivo está netamente superada, desplazando el centro de gravedad, del estudio de la actividad procesal de las partes, dirigida a conseguir un resultado útil, a la actividad de juicio del juez”.<sup>279</sup>

<sup>277</sup> “El problema de la relación entre la carga subjetiva y objetiva de la prueba sólo puede aparecer allí donde ambas clases existen, una junto a la otra, es decir, sólo en un procedimiento en que rige la máxima dispositiva. Debe solucionarse en el sentido de que la carga objetiva de la prueba está, absolutamente en primer lugar, y que ella contribuye a determinar el alcance de la carga subjetiva. Pues una vez decidido, gracias a las reglas de la carga de la certeza, lo que debe hacerse constar para que venza el demandante o el demandado, se ha resuelto al mismo tiempo la cuestión de saber *a quién* perjudica la falta de prueba con respecto a estos hechos”. *Apud* Inês Lépori White. *Op. cit.*, p. 57.

<sup>278</sup> *Op. cit.*, p. 65-66.

<sup>279</sup> *Op. cit.*, p. 99. Aduz o autor que: “junto a una carga de la prueba *subjetiva* se há construído una carga *objetiva*, bautizada después de diversa manera, pero tendiendo, como quiera que sea, a poner en evidencia que la actividad probatoria, desarrollada por las partes, está solo *mediatamente* vinculada al resultado favorable para una de ellas, y, recíprocamente, que su inactividad es solo causa *mediata* del resultado desfavorable. En otros términos, el principio de la adquisición procesal, juntamente con los

### 1.4.6.3 Critérios de distribuição do ônus da prova.

Rafael de Pina salienta que o tema da distribuição do ônus da prova constitui “la espina dorsal del proceso”.<sup>280</sup> Com efeito, há de se ter em mira que a definição do modo e a amplitude pelos quais deve se dar a divisão de encargos na reconstrução dos fatos controversos em um litígio está intimamente relacionada, por um lado, ao ideal de aproximação da verdade e da justiça que cada comunidade almeja na aplicação do Direito e, por outro, à busca de mecanismos seguros de pacificação dos conflitos.

Por isso, a definição racional das regras de ônus da prova em cada sistema jurídico, assim como ocorre quanto aos mecanismos de determinação formal dos fatos, é uma questão pura e simples de Direito positivo, isto é, 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, adotando, nesse último caso, “una concepción similar a la primitiva germánica, a base de la cual el juez debería atribuir la carga de la prueba según la posibilidad de proporcionar con mayor facilidad la prueba misma en juicio”.<sup>281</sup>

Desde o início do século passado, várias foram as teorias desenvolvidas com o fito de buscar critérios lógicos de distribuição do ônus da prova. Exemplificando algumas das principais, Inés Lépori White<sup>282</sup> menciona as seguintes: 1) teoria que impõe o ônus da prova ao autor<sup>283</sup>; 2) teoria que impõe o ônus da prova a quem afirma<sup>284</sup>; 3) teoria que impõe ao autor o ônus da prova dos fatos que fundamentam a pretensão, e ao réu dos fatos que fundamentam a exceção; 4) teoria dos fatos normais como norma e dos anormais como exceção<sup>285</sup>; 5) teoria que

---

poderes instructorios del juez y con la posibilidad de que el mismo valore el debate entero, para sacar de él elementos útiles a la formación de la propia convicción, han conducido a una involución del concepto de carga. Sin contar la opinión de quien há creído actualmente superflua toda la doctrina de la carga de la prueba, dada la posibilidad de una libre valoración de las pruebas por parte del juez”. *Idem*, p. 96.

<sup>280</sup> *Op. cit.*, p. 83. Segundo o jurista, “esta afirmación pone de relieve la transcendencia de esta cuestión en ça doctrina y en la legislación. La literatura sobre la carga de la prueba es extraordinariamente nutrida. Sin embargo, el problema no ha sido suficientemente esclarecido, sin duda porque los autores han tenido más en cuenta, al formular sus conclusiones, la realidad legal que las consecuencias que deben deducirse de la concepción del proceso como una actividad pública, encaminada a la aplicación del derecho”. *Idem*.

<sup>281</sup> *Ib idem*.

<sup>282</sup> *Op. cit.*, p. 57-59.

<sup>283</sup> Herdada do direito romano segundo as máximas do *onus probandi incumbit actori, necessitas probandi incumbit ei qui agit, actori non probante, reus est absolvendus e reus in excipiendo fit actor*.

<sup>284</sup> Também originária do direito romano, conforme o aforismo *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*.

<sup>285</sup> Sob esta ótica, quem afirmasse um fato anormal teria o respectivo ônus da prova. Esclarece Lépori White que “por normal debe entenderse la libertad jurídica, económica, física, el respeto por los derechos ajenos y el cumplimiento de la ley. En consecuencia, quien alegue una situación lesiva a tales estados deberá asumir la carga de probarlo”. *Op. cit.*, p.58. Também nas palavras de Eduardo Cambi, “ainda que se deva ter um certo cuidado quanto ao conceito de normalidade, a noção parece útil,

impõe a prova a quem pretende inovar<sup>286</sup>; 6) teoria de Chiovenda<sup>287</sup>; 7) teoria de Micheli<sup>288</sup>; 8) teoria de Rosenberg<sup>289</sup>; 9) teoria de Devis Echandía.<sup>290</sup>

Algumas destas teorias serão aqui examinadas, tendo em vista as peculiaridades do regime probatório a ser adotado nos litígios administrativos. Outras ainda poderiam ser abordadas<sup>291</sup>, mas escapariam ao objeto específico do presente estudo. É certo, porém, que qualquer que seja o critério legalmente adotado para reger a distribuição do ônus da prova nos conflitos de interesses – seja o critério calcado em fórmulas rígidas pré-estabelecidas, seja um critério que atribua ao aplicador certa discricionariedade na distribuição do ônus nos casos concretos –, sempre haverá a necessidade de, na ausência das provas (*prova frustrada*), valer-se o aplicador de um mecanismo formal de julgamento consistente em desfavorecer aquele ao qual tenha sido atribuído o correspondente ônus.<sup>292</sup> Trata-se “de un instrumento que le permitiera sortear las situaciones de indefinición probatoria”.<sup>293</sup>

Como dito, as regras de distribuição do ônus da prova, além de orientar as partes sobre o papel de cada uma no esforço da dilação probatória (regra de conduta das partes), servem, sobretudo, ao juiz (aplicador) como *critério de julgamento* em caso de não terem sido produzidas as provas necessárias à formação da certeza<sup>294</sup>, persistindo o estado de dúvida<sup>295</sup>.

---

também, enquanto um modo de distribuição do ônus da prova, incumbindo à parte, que alega a ocorrência de um fato extraordinário, a prova, porque o contrário do considerado normal é que deve ser provado. Destarte, a parte que alega, por exemplo, que a visibilidade, durante a noite, era perfeita ou que o ato do comerciante foi a título gratuito, ou que o presumido pai era estéril, ou que a mãe tinha vários homens à época da concepção (*exceptio plurium conubentium*) ou que a aquiescência foi obtida com vício de consentimento, deve produzir a prova desses fatos. Com efeito, fatos desse tipo não devem ser considerados normais até prova em contrário”. *A prova civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 293.

<sup>286</sup> “por inovación debe enterderse lo que modifica una situación normal, por lo tanto esta teoría tiene grandes similitudes con la anterior”. Lépori White, *op. cit.*, p.58.

<sup>287</sup> Baseada na distinção entre fatos constitutivos, fatos extintivos, modificativos e impeditivos. É a teoria recepcionada pelo direito brasileiro, pois a regra geral do art.333 do CPC estabelece que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

<sup>288</sup> O ônus é distribuído de acordo com o efeito jurídico perseguido pelas partes. Segundo a referida autora, “quien pretenda determinado efecto jurídico perseguido por las partes. Quien pretenda determinado efecto jurídico deberá probar los presupuestos de hecho para que el mismo resulte aplicable”. Lépori White, *op. cit.*, p. 59.

<sup>289</sup> “Esta teoría impone a cada una de las partes la carga de probar los presupuestos de hecho de la norma jurídica que le resulta favorable”. *Idem*.

<sup>290</sup> O único critério aceitável para este autor, “debe contemplar no solamente la posición de las partes y el hecho aislado objeto de la prueba, sino el efecto jurídico perseguido con este en relación con la norma jurídica que lo consagra y debe aplicarse”. *Apud Lépori White, ib idem*.

<sup>291</sup> Amaral Santos faz menção ainda às teorias defendidas por processualistas italianos a exemplo de Mortara, Carnelutti, Betti e Chiovenda. *Prova judiciária no cível e comercial*, p. 104-107. Wilson Alves, antes de adentrar ao tema das cargas probatórias dinâmicas (cujos principais mentores são os argentinos Jorge Peyrano e Augusto Morello), faz uma síntese do que ele considera as principais teorias clássicas sobre o ônus da prova, apontando as teorias de Jeremy Bentham, Bentham-Hollweg, Fitting, Gianturco, Demogue, Betti, Carnelutti, Chiovenda e Micheli. *Op. cit.*, p. 242-244. Para o exame do tema, ver ainda Luiz Eduardo Boaventura Pacífico. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.78 e ss.

<sup>292</sup> Neste sentido escreve Michelli que “cualquiera que sea la solución que se pretenda adoptar desde un punto de vista de política legislativa, lo cierto es que en todo caso la libre valoración de las pruebas no es apta para excluir aquella situación de falta de certeza, en la cual surge la necesidad de dictar normas para distinguir las consecuencias de la falta de prueba. *Op. cit.*, p. 96.

<sup>293</sup> Juan Alberto Rambaldo. Cargas probatorias dinámicas: un giro epistemológico. In: Jorge W Peyrano. *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 29.

<sup>294</sup> María Belén Tepsich enfoca bem estes dois aspectos da noção de ônus da prova, a saber: “1º) por uma parte es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque les indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un *non liquet*, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de prueba, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2º) por outro aspecto, es una regla de

Neste sentido, portanto, não se pode negar que a idéia de *ônus subjetivo* ao menos encontra utilidade na definição dessa regra de julgamento, o que levou Leo Rosenberg a afirmar que a teoria do ônus da prova nada mais é do que a teoria das conseqüências da falta de prova<sup>296</sup>.

Será examinado mais à frente como agiu o legislador brasileiro e, mais especificamente, como se dá a distribuição do ônus da prova nos litígios envolvendo a Administração Pública. O que importa, por ora, é saber que não existe uma incidência natural do ônus da prova ou um critério logicamente uniforme na definição das regras de distribuição, pois, como salienta Carnelutti, haverá sempre um propósito político no balizamento do grau de disposição na apresentação de provas no processo, por razões de segurança da ordem jurídica e de economia na solução dos conflitos, pelo que, “teoricamente, a eleição (pelo legislador) pode se basear em qualquer critério”.<sup>297</sup>

#### 1.4.6.4 Efeitos antecipados das normas sobre ônus da prova.

A eficácia das normas jurídicas que fixam critérios de distribuição do ônus da prova não se restringe ao campo do processo contencioso, lançando efeitos, ainda que indiretamente, na conduta das pessoas em suas relações sociais quando não exista ainda litígio configurado. Não se trata de prova nos sentidos já mencionados no item 1.3.6 *retro*, isto é, como elemento de percepção do juiz no deslinde de controvérsias (aspecto processual) ou elemento constitutivo do

---

conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones”. Cargas probatorias dinámicas. In: Peyrano, Jorge W. *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 157.

<sup>295</sup> Segundo Inés Lépori White, “la virtud esencial de toda la normativa sobre la *carga de la prueba* reside entonces en esta *instrucción dada al juez sobre el contenido de la sentencia que debe pronunciar*, en todos aquellos supuestos en que no puede comprobarse la verdad de una afirmación de hecho de importancia determinante para la resolución. La decisión deberá dictarse, en consecuencia, en contra de la parte sobre la cual recae *la carga de la prueba* con respecto a las afirmaciones de hecho no probadas o no debidamente aclaradas en dicho proceso. El juez no tiene otra opción en sus manos y ante el supuesto enunciado deberá decidir siempre en contra de dicha parte”. *Op. cit.*, p. 51.

<sup>296</sup> *Apud* María Belén Tepsich. *Op. cit.*, p. 156. Na mesma linha de pensamento, Sergio Barberio assinala que “las reglas de distribución de la carga de la prueba sólo tienen importancia cuando, precisamente, no hay prueba”. Cargas probatorias dinámicas: Qué debe probar el que no puede probar? In: Peyrano, Jorge W. *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 102.

<sup>297</sup> *Op. cit.*, p. 41. Acrescenta o autor italiano que “não importa que, em definitivo, a busca segura e econômica da realidade seja, na maioria dos casos, o objeto principal da disciplina jurídica; a consideração dessa finalidade pertence ao campo da política legislativa e não ao da interpretação. Não importa que às vezes, ou melhor dito, na maioria das vezes, dita finalidade se alcance praticamente, no sentido de que a utilização dos meios jurídicos da busca conduza ao mesmo resultado que se alcançaria com a utilização dos puros meios lógicos, de tal maneira que a determinação formal obtida mediante àqueles se corresponda com a verdade material descoberta mediante estes: trata-se, em todo caso, de uma coincidência por completo *contingente e não necessária*, diante da ordem jurídica, que prescreve a posição de um fato na sentença, não quando seja verdadeiro, senão quando tenha sido determinado com os meios legais”. *Idem*, p. 49.

próprio direito segundo as formas previstas na lei material (aspecto substancial). Trata-se, agora sim, de extrair reflexos que o regime jurídico probatório produz na conduta das pessoas, com a finalidade de se prevenir futuros litígios ou resguardar o direito de defesa para o caso de eventual processo contencioso.

Não se pode ignorar este efeito social que as regras sobre ônus da prova produzem antes mesmo da ocorrência de qualquer lide posta a julgamento, pois, ainda no momento da formação dos atos jurídicos, as pessoas têm interesse em regular as suas condutas segundo os elementos constitutivos e comprobatórios das diversas situações nas quais se envolvem diariamente.

Assim, por exemplo, a consciência jurídica de que existem normas legais segundo as quais “a entrega do título ao devedor firma a presunção do pagamento” e “o devedor que paga tem direito a quitação regular, e pode reter o pagamento, enquanto não lhe seja dada”<sup>298</sup> tem o efeito prático de fazer com que o credor cuide de não efetuar a entrega do título ou dar recibo de quitação enquanto não receber efetivamente a quantia devida, levando por sua vez o devedor a exigir a entrega do título ou de recibo de quitação no momento do pagamento. Essas condutas do credor e do devedor, com nítido intuito probatório<sup>299</sup>, buscam viabilizar a demonstração fática do descumprimento ou do cumprimento da obrigação em caso de eventual processo contencioso, quando, segundo os critérios de distribuição, seria de cada um, respectivamente, o ônus da prova.

Aplicando ao campo do Direito Público este raciocínio e observadas as peculiaridades do regime jurídico-administrativo, tem-se que os atos da Administração Pública somente podem ser reputados válidos se respeitados os pressupostos procedimentais previstos na legislação e, sobretudo, inspirados em princípios constitucionais de modo a se garantir aos administrados a possibilidade de defesa em caso de impugnação do ato. Ora, nada mais lógico do que, estando os particulares sujeitos à imperatividade da atuação administrativa e aos ritos unilateralmente escolhidos e empregados pelos agentes públicos (mormente nos casos em que atuam com considerável margem de discricionariedade), cabe à Administração zelar também pelos interesses comprobatórios dos administrados. O tema voltará a ser abordado no último capítulo deste estudo, quando se tratará dos processos de formação de atos administrativos e a adoção de adequados mecanismos de registro da atividade administrativa.

---

<sup>298</sup> Artigos 324 e 329 do Código Civil brasileiro (Lei 10.406/2002).

<sup>299</sup> Conforme os ensinamentos de Orlando Gomes, “a *prova* tem de ser cabal, produzindo-se com a demonstração de que a prestação cumprida corresponde integralmente ao objeto da obrigação a que se refere. Não há dificuldade na *prova do pagamento* se o devedor tem *recibo de plena e irrevogável quitação*. Exigindo a lei que esse documento contenha disposições a respeito do valor e da espécie da dívida, torna-se fácil a prova da correspondência e devendo ser assinado pelo credor, não há meio melhor de repelir suas pretensões a novo recebimento”. *Obrigações*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 133.

## 1.5 A APLICAÇÃO DO DIREITO E AS PRESUNÇÕES

### 1.5.1 A Presunção e a Prova

Na linguagem corrente, a palavra *presunção* possui dois significados bastante distintos. De um lado, fala-se em *presunção* no sentido de pretensão, orgulho ou vaidade, daí derivando o termo *presunçoso*, *pretensioso*. Não há aí equivalente de significação na linguagem jurídica. Noutro sentido, porém, o termo *presunção* apresenta-se, para Sérgio Carlos Covello, como conjectura (suspeita), “que se apresenta como uma das diferentes atividades mentais do homem, uma atividade de valoração que relaciona a *presunção* com a prova, enquanto também esta supõe uma atividade valorativa de comparação e confronto”.<sup>300</sup> É este o significado trazido para a linguagem jurídica e que interessa para o presente estudo.<sup>301</sup>

Cândido Rangel Dinamarco conceitua *presunção* como “um processo racional do intelecto, pelo qual do conhecimento de um fato infere-se com razoável probabilidade a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa”.<sup>302</sup> No dizer de Gabriel Rezende Filho, “é um processo lógico pelo qual de certas circunstâncias comumente ligadas a um fato conhecido chegamos, por dedução, à conclusão da existência de um fato desconhecido”.<sup>303</sup>

Acerca da evolução da idéia de *presunção* como recurso técnico para a resolução de problemas de difícil deslinde na Ciência Jurídica, Covello aponta a sua utilização desde a

<sup>300</sup> *A presunção em matéria civil*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 16. Escreve ainda o autor que “a *presunção*, como processo lógico que supõe provado um fato desconhecido antes de efetivamente demonstrado, surgiu da necessidade de o magistrado resolver casos práticos à vista da dificuldade ou inexistência de provas diretas em determinadas circunstâncias. Nesse sentido, a *presunção* não tem história, pois surgiram paralelamente à função jurisdicional, que implica sempre uma atividade valorativa, o que quer dizer que as primeiras manifestações do instituto já se encontram nos primórdios da vida jurídica dos povos. Todavia, para que a idéia de *presunção*, como recurso técnico de que se valem magistrado e o legislador na resolução de problemas de difícil deslinde, se cristalizasse na ciência do direito, teve de passar por estágios, numa crescente evolução, que convém estudar, ainda que sucintamente, como ponto de partida para a compreensão do tema”. *Idem*, p. 05.

<sup>301</sup> Acerca do conceito filológico de *presunção*, diz Covello: “a palavra *presunção* (do latim *praesumptio*), bem como o verbo correspondente *presumir* (*praesumere*), traduz a idéia de antecipação, hipótese, concepção primeira e noção nata (cf. Ernesto Faria, *Dicionário latino-português*, 3. ed., MEC, 1962). Em seu *Novo dicionário da língua portuguesa*, edição de 1853, Eduardo de Faria define *presunção* como ‘juízo conjectural fundado em indícios’, e *presumir* como o ato de supor, suspeitar, ter opinião. No antigo direito romano, ambas as palavras foram usadas com significados diversos. *Praesumptio* foi empregada com o valor de *privilegio*, *usurpação*, *arrogância* e *opinião*, enquanto *praesumere* conotava *tomar primeiro*, *usurpar*, *usar*, *arrogar-se*, *crer* etc. (cf. Virgilio Andriolli, *Novissimo Digesto Italiano*). No direito justinianeu, a palavra *presunção* revestiu-se de conotação nova, passando a designar o que hoje chamamos de *presunção jurídica*”. *Presunção jurídica*, p. 409.

<sup>302</sup> *Instituições de direito processual civil*, p. 113.

<sup>303</sup> *Op. cit.*, p. 299.



antiguidade, citando o Direito Hebraico (Bíblia Sagrada<sup>304</sup>), o Direito Hindu (Código de Manu<sup>305</sup>) e o Direito Persa (a *prova do arroz*<sup>306</sup>). Mas é no Direito Romano, mais precisamente na fase de Justiniano, que a presunção assume as características que hoje são conhecidas.<sup>307</sup>

Na Idade Média – explica ainda Covello – a utilização da presunção na legislação pode ser detectada nos seus três principais ordenamentos: o Direito Canônico<sup>308</sup>, o Código Visigótico<sup>309</sup> e a Lei das Sete Partidas<sup>310</sup>. Seguiu-se a recepção da idéia de presunção nas

<sup>304</sup> Covello refere-se à passagem do Livro 1 Reis, 3, 16, 28, que “relata o célebre julgamento de Salomão a respeito de uma criança cuja maternidade duas mulheres disputavam” (...) “Diante da inexistência de provas concretas, o sábio rei pediu que lhe trouxessem uma espada e ordenou que se dividisse a criança em duas partes, a fim de dar cada metade a cada qual das mulheres litigantes”. ‘Então, a mulher, cujo filho era vivo, falou ao rei (porque o amor materno se aguçou por seu filho), e disse: ‘Ah! Senhor meu, dai-lhe o menino vivo, e por modo nenhum o mateis’. Porém a outra dizia: ‘Nem meu nem teu; seja dividido’. Em vista do comportamento das mulheres, Salomão ordenou que a criança fosse dada à primeira mulher... Por aí se vê que o rei atingiu o fato desconhecido mediante presunção: presumiu, pela ternura de uma das mulheres, ternura que só existir na maioria das vezes no coração materno, que a primeira mulher devia ser a verdadeira mãe da criança, objeto da demanda. Com base num fato conhecido (o amor materno), Salomão chegou à verdade provável a respeito da maternidade da criança, e, com base nessa probabilidade, formou sua convicção e deu a sentença”. *A presunção em matéria civil*, p. 06.

<sup>305</sup> Que, segundo informa Teresa Ancona Lopez de Magalhães, “figura como o mais antigo dentre os corpos legislativos da Antiguidade, sendo bastante minucioso quanto aos modos de julgamento e meios de prova, consagra várias presunções, como, por exemplo, a presunção de mentira dos litigantes, a de suborno das testemunhas, a de aquiescência à pergunta do adversário etc.”. *Apud Covello, idem*.

<sup>306</sup> A *prova do arroz* consistia “em fazer engolir rapidamente certa quantidade desse cereal imediatamente depois de terminada uma declaração. Segundo eles, as pessoas que declaravam em falso ficavam impossibilitadas de engolir o arroz e, em consequência, eram invalidadas as suas declarações. ‘Apesar de sua aparente ingenuidade – diz Mira Y Lopez – esta prova tem um fundamento científico, ou seja, que todo estado emocional intenso inibe a secreção salivar, sem a qual é evidentemente impossível engolir-se um punhado de arroz seco. Facilmente se depreende, no entanto, que as diferenças pessoais de emotividade são suficientemente intensas para secar a garganta de um inocente ingênuo e não alterar em troca a de um delinqüente ou astuto declarante’. Observa-se, desde logo, que a prova do arroz tinha como fundamento uma presunção, pois o indivíduo podia perfeitamente estar dizendo mentira e engolir o cereal, ou estar dizendo a verdade e não o conseguir engolir, em vista do seu estado emocional. De ordinário, no entanto, quem diz a verdade não se atemoriza, não tem a sua secreção salivar alterada, e por isso consegue engolir o arroz sem dificuldade”. *Ib idem*, p. 07.

<sup>307</sup> “O vocábulo *praesumptio*, que nos textos clássicos conotava a idéia de juízo puramente subjetivo, passou a significar, a partir de Justiniano, Triboniano e seus colaboradores, o que hoje chamamos de presunção legal, ou seja, uma hipótese que pode ser destruída por prova contrária: *Praesumptum esse debet nisi contrarium approbetur*. Dá-se, na verdade, uma substituição do juiz pela lei. (...) O *Corpus Juris Civilis*, segundo reportam seus comentadores, especialmente aqueles que se dedicaram ao assunto em foco, consagra várias presunções. No *Digesto*, há mesmo um capítulo em que a presunção é inserida entre os meios de prova: ‘*De probationibus et praesumptionibus*’ (Liv.22, Tít.III). Nota-se que no direito romano a presunção foi tanto meio de prova como regra legal de prova. Compreende-se bem a criação da presunção legal entre os romanos. Estes, técnicos que eram em matéria de direito, buscavam unicamente a solução justa e adequada para o problema jurídico apresentado. Se a solução não surgia com clareza desejada, os romanos se abstinham de propô-la de maneira definitiva, e estabeleciam apenas uma solução provisória, sujeita à condição de que se não demonstrasse o contrário”. *Ib idem*, p. 08-09.

<sup>308</sup> “No direito canônico, de influência marcadamente romana, o princípio de que *nas coisas duvidosas devemos atender ao que é mais provável e ao que ordinariamente sucede* deu margem a que as presunções tivessem grande acolhida e seu estudo se desenvolvesse de maneira exemplar. No processo canônico, da mesma forma que no processo romano, o juiz tinha liberdade para convencer-se a respeito dos fatos *sub iudice*, podendo valer-se do expediente das presunções quando se visse frente a fatos complexos ou duvidosos. Quer dizer, o magistrado tanto podia recorrer a provas diretas como a provas indiretas. O *Corpus Juris Canonici*, a exemplo do *Corpus Juris Civilis*, dedica um título especial às presunções: ‘*De praesumptionibus*’ e consagra, em seu texto, várias normas de presunção”. *Ib idem*, p. 10.

<sup>309</sup> “O Código Visigótico, que no dizer de Limongi França é o monumento de maior importância para o estudo das origens do direito galo-ibérico, visto que em Portugal constituiu lei até as Ordenações Afonsinas (1446) e na Espanha só foi revogado no século passado, não faz referência expressa às presunções. No entanto, consagra o preceito de que o juiz deve saber a verdade das testemunhas e dos documentos, e, na falta destes, pode usar o juramento, se for mister. O juramento, sem dúvida, baseia-se na presunção de sinceridade da parte e também no temor que esta dispensa à divindade invocada. Numa palavra: o juramento presume a verdade, pois se supõe que a veneração (ou ao menos o temor) pelo testemunho invocado não se harmoniza com a idéia de falsidade”. *Ib idem*, p. 11.

<sup>310</sup> “A Lei das Sete Partidas, Código de leis redigido entre os anos de 1256 a 1263, *Las Siete Partidas del Sabio Don Afonso IX* oferecem grande interesse pela influência que exerceram sobre o direito português, especialmente sobre as Ordenações Afonsinas. O nome *Siete Partidas* deve-se à composição desse corpo legislativo, que compreende sete partes (...). Nesse Código, as presunções passam a merecer tratamento especial no domínio das provas, notando-se nitidamente a diferença entre a presunção legal (norma) e a presunção comum (elaboração mental do magistrado), o que constitui um grande progresso na disciplina da matéria”. *Ib idem*, p. 12.

legislações a partir do século XIX, a exemplo do Código de Napoleão (1804)<sup>311</sup>, do Código Civil italiano de 1865<sup>312</sup> e a grande maioria das legislações modernas<sup>313</sup>. Orosimbo Nonato assinala que o tema da divisão e efeito das presunções também foi extensamente tratado pelo processo canônico<sup>314</sup>. No mesmo sentido Aloísio Surgik, ao considerar que “foi na verdade o direito canônico o campo mais fértil e propício onde, no terreno específico das provas, as presunções se desenvolveram nas mais variadas modalidades”.<sup>315</sup>

Acirrada controvérsia se alimentou acerca da natureza jurídica da presunção, notadamente quanto ao seu enquadramento como *meio de prova*, o que veio ocorrendo em muitas legislações. Foi assim que o instituto foi tratado no ordenamento jurídico brasileiro, no Código Civil de 1916<sup>316</sup>, mantendo-se ainda esta concepção em nosso vigente Código Civil de 2002.<sup>317</sup> Todavia, a presunção não é um meio de prova, nem sequer uma fonte ou fato probatório. É um simples método dedutivo de raciocínio lógico<sup>318</sup>, restrito, portanto, ao campo das idéias.<sup>319</sup> Apenas se considerássemos o termo *prova* em um sentido bem amplo, que abrangesse todos os métodos de percepção dos fatos controversos, aí sim se poderia inserir a presunção nesta categoria.<sup>320</sup> Mas não é este sentido usual dado à expressão.

<sup>311</sup> “Influenciado pelas idéias de Pothier, que em sua célebre obra *Obligations* dedicou todo um capítulo às presunções, o ordenamento francês não só acolhe várias presunções como oferece o conceito delas e estabelece uma classificação do instituto, além de fixar regras atinentes à admissibilidade das presunções comuns em juízo”. *Ib idem*, p. 13.

<sup>312</sup> “É outro diploma que deve ser lembrado. Inclui as presunções entre os meios de prova (arts. 1350 a 1353), postura que continuou a ser adotada pelo legislador italiano de 1942 (Codice Civile, arts. 2727 a 2729)”. *Ib idem*.

<sup>313</sup> “A grande maioria das legislações modernas consigna em seu texto as presunções como meio de prova, além de abrigar inúmeras normas de presunção: Código Civil espanhol (arts. 1250 a 1253), Código Civil português (arts. 349 a 351), Código Civil boliviano (arts. 934 a 938), Código Civil colombiano (art. 1768), Código Civil panamenho (arts. 1101 a 1104), para só citarmos alguns dos ordenamentos que tivemos a oportunidade de pesquisar”. *Ib idem*.

<sup>314</sup> É o que constata o autor partindo da leitura dos cânones transcritos na versão espanhola da obra de Quintana Reynes: “Can. 1825 – Par.1º – La presunción es la conjetura probable de una cosa incierta; una es de derecho (*iuris*) establecida por la ley, y otra es (*hominis*) *personal*, que es deducida o conjeturada por el juez. Par. 2º – La presunción del derecho puede ser simplemente tal (*iuris*) o también (*iuris et de iure*) calificada. Can.1826 – Contra la presunción simplemente de derecho se admite prueba, así directa como indirecta; contra la presunción calificada (*iuris et de iure*) se admite tan solo prueba indirecta, es decir, contra el hecho que sirve de fundamento a la presunción. Can.1827 – Quien tiene a su favor una presunción de derecho queda libre del cargo de probar, el cual recae sobre la parte contraria, y si esta no prueba, deberá darse la sentencia a favor de la parte en pro de la cual está la presunción. Can. 1828 – Las presunciones no establecidas por el derecho no serán deducidas por el juez sino de un hecho cierto directamente coherente con el hecho controvertido”. Quintana Reynes, *La prueba en el procedimiento canónico*. *Apud* Orosimbo Nonato. *Presunção e ficções de direito*. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. v. 39. Rio de Janeiro: Borsoi, p.133.

<sup>315</sup> Presunção absoluta e relativa (teoria da prova). R. Limongi Franca (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 60, p.393.

<sup>316</sup> “Art.136. Os atos jurídicos a que se não impõe forma especial, poderão provar-se mediante: I – confissão; II – atos processados em juízo; III – documentos públicos ou particulares; IV – testemunhas; V – *presunção*; VI – exames e vitórias; VII – arbitramento”.

<sup>317</sup> “Art.212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I – confissão; II – documento; III – testemunha; IV – *presunção*; V – perícia”.

<sup>318</sup> Segundo Planiol, “la presumption n’est que le raisonnement à l’aide duquel on démontre l’existence du fait inconnu et contesté à l’aide des traces matérielles qu’il a laissées; c’est la mise ou valeur de la preuve, et la preuve véritable reside uniquement dans les indices ou faits matériels dont on se sert”. *Apud* Orosimbo Nonato, *op. cit.*, p. 130-131.

<sup>319</sup> Adverte Covello que a presunção “não é mero raciocínio, como pretende Planiol, e sim produto do raciocínio. Ela resulta do raciocínio, mas com este não se confunde. Conforme a etimologia, *presumir* é ter por acontecido alguma coisa antes de provada. Portanto, a presunção é uma conclusão antecipada”. *Presunção jurídica*, p. 411.

<sup>320</sup> Nesse prisma, Covello considera que a presunção “não deixa de ser prova em sentido amplo, uma vez que sob o aspecto jurídico e moral, constitui meio legítimo de produzir convencimento que, como já dissemos, é a finalidade da prova”. *Idem*, p. 414. É esta também a posição de Carnelluti, quando escreve que “a palavra prova tem, pois, um duplo significado: *prova em*

Segundo José Carlos Barbosa Moreira, “o processo mental que, a partir da afirmação do fato x, permite ao juiz concluir pela afirmação também do fato y, não se afigura assimilável à atividade de instrução”.<sup>321</sup> Trata-se, nas palavras de Fredie Didier Jr., “de atividade do juiz, ao examinar as provas, ou do legislador, ao criar regras jurídicas a ser aplicadas (presunções legais) sempre ou quase sempre, conforme o caso”.<sup>322</sup>

Em suma, a prova é o *elemento fático* que integra o processo de aplicação do Direito, consubstanciado no fato intermédio que se coloca entre o fato controverso e o aplicador; a presunção, ao contrário, é *elemento psíquico* do aplicador ao examinar o quadro probatório, fundado na lei ou na experiência comum.

### 1.5.2 Importância das Presunções no Direito

Sendo um método de raciocínio comumente empregado em qualquer pesquisa científica, a presunção encontra, na seara do Direito, uma utilidade peculiar de *facilitação da prova* em situações peculiares nas quais não se torna possível ou seria extremamente difícil a produção de provas que viabilizassem a percepção do fenômeno jurídico. É justamente a necessidade de se buscar uma solução jurídica para tais situações que faz com que o aplicador se valha de presunções.

Nessa senda, Jorge Kielmanovich destaca o emprego de presunções nos casos em que “el conocimiento de los hechos que interesan a la litis no puede alcanzarse a través de un medio de prueba que los constate por sí mismos”.<sup>323</sup> Gennaro Pistolese, atribuindo às presunções a função de viabilizar a chamada *prova prima facie*, também ressalta a sua aplicação nos casos em

---

*sentido amplo* compreende qualquer forma de determinação de fato controvertido (mediante os processos determinados pela lei) e, portanto, também a *presunção*; *prova em sentido estrito* se refere às formas de determinação dos fatos controvertidos (não percebidos pelo juiz), mediante fatos constituídos pela representação daqueles, e se distingue da *presunção*, como forma de determinação dos fatos controvertidos (não percebidos pelo juiz), mediante fatos não constituídos pela representação daqueles”. *Op. cit.*, p. 122.

<sup>321</sup> As presunções e a prova. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 57. Aduz Barbosa Moreira que “quando o juiz passa da premissa à conclusão, através do raciocínio, ‘se ocorreu x, deve ter ocorrido y, nada de novo surge no plano material, concreto, sensível: a novidade emerge exclusivamente em nível intelectual, *in mente iudicis*. Seria de todo impróprio dizer que, nesse momento, se adquire mais uma prova: o que se adquire é um novo conhecimento, coisa bem diferente”. *Idem*.

<sup>322</sup> *Regras processuais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 37. Para Didier, “exatamente por não se tratar de meio de prova, não é admissível venha a lei a regular-lhe a aplicabilidade, pois, sendo um mecanismo da inteligência do magistrado, torna-se supérflua a regra de lei que autorize ou proíba o juiz de pensar”. *Idem*.

<sup>323</sup> *Teoría de la prueba y medios probatorios*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, p. 492.

que há uma dificuldade absoluta de se provar as circunstâncias.<sup>324</sup> Jerzy Wróblewski, por sua vez, ressalta que nestas situações em que a prova é extremamente difícil, o legislador, por razões ideológicas, vale-se desta técnica a fim de evitar que o juiz deixe de decidir o caso por falta de provas. A técnica da presunção contribui, deste modo, para a certeza do Direito, fornecendo as bases para que se possa prever que a decisão será tomada e qual será o seu teor.<sup>325</sup>

Na mesma linha de pensamento, Cândido Dinamarco alude a situações nas quais, havendo certo grau de dificuldade no alcance da prova, “a lei ou o juiz facilita a demonstração do fato relevante, satisfazendo-se com a prova daquele que é mais fácil provar e assim dispensando a prova direta do fato que realmente interessa para o julgamento da causa.”<sup>326</sup> Covello assinala a utilidade da presunção quando se tem “um fato desconhecido, difícil de ser provado por meios diretos”.<sup>327</sup> Daí inferir que “são duas as principais razões de ser da presunção: 1ª) a dificuldade de provar certos fatos por via direta; 2ª) a estabilidade e a economia na aplicação do direito”.<sup>328</sup>

Como exemplo de simplificação de prova por meio de presunções legais, cita-se o instituto da comoriência previsto na legislação civil<sup>329</sup>, segundo o qual se duas ou mais pessoas vêm a falecer em um mesmo evento (v.g. acidente, catástrofe etc.), sem que se possa verificar ao certo quem primeiro faleceu, presume-se que o falecimento tenha sido simultâneo, o que tem grande relevância em matéria de sucessões.

<sup>324</sup> “La prova *prima facie* (o prova della prima apparenza, *Beweis des ersten Auschein*) è quella che facilita la formazione del convincimento giudiziale, permettendo di trarre la prova necessaria dai principî pratici della vita e dall’esperienza di ciò che generalmente avviene secondo il normale andamento delle cose. (...) l’intituto della prova *p. f.* va applicato in quei casi nei quali, secondo la precedente giurisprudenza, era respinta la domanda di risarcimento di danni, per la difficoltà assoluta di provare circostanze, che, pur essendo evidenti, sfuggivano per la loro natura ad ogni controllo probatorio. (...) La prova *p. f.* è quindi con l’esperienza in un rapporto di stretta dipendenza, in quanto è proprio quest’ultima che, formando il convincimento del giudice, farà sorgere la presunzione che le darà origine. (...) Lo scopo principale, secondo la dottrina tedesca dominante, non è infatti quello dei comuni mezzi istruttori, di raggiungere cioè in modo per quanto più è possibile definitivo la prova necessaria, ma è quello più limitato di permettere al magistrato di non respingere una domanda, che per ragioni particolari è difficile provare, quando la esperienza insegna che essa è fondata”. *La prova civile per presunzioni e le c. d. massime di esperienza*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Millani, 1935, p. 11-15.

<sup>325</sup> “La Cour, suivant la présomption, sait ce qu’elle doit reconnaître dans les situations où la preuve est extrêmement difficile. On évite, par ce moyen technique, les décisions négatives, quand la Cour doit refuser les cas pour manque de preuve. Le législateur estime négativement les décisions de ce genre comme contraires aux valeurs idéologiques. L’incertitude concernant la vie d’une personne, la filiation d’un enfant, la culpabilité de quelqu’un est évaluée négativement. Les valeurs techniques sont donc instrumentales pour les valeurs idéologiques. Elles contribuent a la certitude et à la sûreté du droit. Elles donnent des bases pour prévoir que la décision sera prise et, si l’on possède les informations suffisantes, quelle sera sa teneur”. In: Chain Perelman e P. Foriers. *Les présomptions et les fictions en droit*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1974, p. 58.

<sup>326</sup> *Instituições de direito processual civil*, p. 114.

<sup>327</sup> *Presunção jurídica, op. cit.*, p. 411.

<sup>328</sup> *Idem*, p. 412. Aduz o autor: “Com efeito, é facilmente demonstrável que se o instituto da presunção, o direito seria ainda mais complexo e difícil de integrar-se na realidade fática, pois, como já foi dito, a presunção nasceu da necessidade de o magistrado resolver casos práticos à vista da inexistência ou da dificuldade de prova direta em determinadas circunstâncias”. *Idem*.

<sup>329</sup> Dispõe o art. 8º do Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406/2002): “Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos”.

O legislador, “tendo por fim evitar um conceito pouco maleável ou insuficiente, coloca em seu lugar um conceito aproximativo, porém mais cômodo, mais maleável”.<sup>330</sup> Segue o mesmo raciocínio Pontes de Miranda ao considerar que “à base das presunções legais está o julgamento sobre fatos que não se podem conhecer facilmente, ou que de ordinário escapam à investigação”.<sup>331</sup> Por conseguinte, “a presunção legal toma alguns elementos, fáceis de prova, e tem-nos como suficientes para que se considerem acontecidos, ou não acontecidos, outros elementos”.<sup>332</sup> Também Maria Helena Diniz assinala que a falta de conhecimentos empíricos é de certa forma “remediável pelas presunções legais, que permitem ao órgão jurisdicional suprir sua falta de conhecimento dos fatos e atuar como se conhecesse todas as circunstâncias relevantes do caso”<sup>333</sup>.

Vê-se que, 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. Logo, 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 de presunções; vale dizer, seria inconstitucional, sob o prisma do princípio da razoabilidade, optar-se aí pelo sacrifício da verdade real em prol da segurança jurídica.

E isto se reforça ainda mais na seara do Direito Administrativo, que tem como um de seus princípios justamente o da *verdade material*, que, consoante salienta Celso Antônio, “estriba-se na própria natureza da atividade administrativa”.<sup>334</sup> Deveras, o interesse público conclama que não se deva contentar-se apenas com o provável quando seja possível, por meios razoavelmente fáceis de registro de fatos, obter-se a certeza sobre a sua ocorrência ou, ao menos, aproximar-se dela com maior grau de convicção. E esta reflexão, assevere-se, não pode deixar de

---

<sup>330</sup> Teresa Ancona Magalhães. Presunção (direito privado). In: R. Limongi França (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v 60, p. 377. Exemplifica a autora: “Assim, o critério, dificilmente praticável, da não-maturidade do espírito, condição natural para um regime especial de proteção, é eliminado em proveito de um critério rígido, categórico da menoridade até os 21 anos. Na base desta substituição de conceitos repousa a observação de que a menoridade presume imaturidade de espírito. Daí o jurista, querendo simplificar o sistema jurídico, concluir que isto é o certo”. *Idem*.

<sup>331</sup> *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 235. Exemplifica também com o caso da comoriência, “a respeito dos que morreram na mesma ocasião, sem se poder averiguar, se presume simultaneamente mortos: ‘Non videtur alter alteri supervixisse’ (Marciano, L. 18, pr., D., *de rebus dubiis*, 34, 5; Código Civil, art.11)” *Idem*.

<sup>332</sup> *Ib idem*. “No fundo, há prova indireta, posto que nem toda prova indireta se prenda a presunção: pode ser certa, sem qualquer alusão à simples probabilidade. A presunção simplifica a prova, porque a dispensa a respeito do que se presume”. *Ib idem*.

<sup>333</sup> *Op. cit.*, p. 376.

<sup>334</sup> Curso de direito administrativo, p. 450. Celso Antônio assinala ainda que “se a Administração tem por finalidade alcançar verdadeiramente o interesse público fixado na lei, é óbvio que só poderá fazê-lo buscando a verdade material, ao invés de satisfazer-se com a verdade formal, já que esta, por definição, prescinde do ajuste substancial com aquilo que efetivamente é, razão por que seria insuficiente para proporcionar o encontro com o interesse público substantivo”. *Idem*, p. 450-451.

estar presente no estudo das presunções jurídicas, mormente no que concerne à tão propalada presunção de legitimidade dos atos administrativos, objeto deste estudo.

Comungando com esse modo de pensar as coisas em matéria de procedimentos administrativos, Alberto Xavier, ao cuidar especificamente do ato de lançamento tributário, defende que os mecanismos de arbitramento, a partir de meras ilações, suposições e presunções do Fisco, somente podem ser empregados nos casos de *impossibilidade absoluta* de provas,<sup>335</sup> daí considerar que, nesta seara, “a averiguação da verdade material não é objeto de um simples ônus, mas de um dever jurídico. Trata-se, portanto, de um verdadeiro *encargo da prova* ou *dever de investigação*”.<sup>336</sup>

Apesar desta conclusão de Xavier referir-se especificamente ao campo do Direito Tributário, no qual, segundo alega, vige o princípio do *in dubio contra fiscum* como regra de decisão sobre o fato incerto<sup>337</sup>, nada obsta que tais fundamentos sirvam ao menos para se refletir acerca do famigerado alcance amplo que se tem inadvertidamente dado à presunção de legitimidade dos atos administrativos, mormente no que tange aos critérios de distribuição do ônus da prova nos processos em que se discutem sanções impostas pela Administração Pública.

---

<sup>335</sup> “Só o critério da *impossibilidade absoluta* harmoniza logicamente o princípio fundamental do *dever de investigação* que ao Fisco compete com vista à descoberta da verdade material, corolário do princípio inquisitório, por sua vez desdobramento do princípio da legalidade, com o *dever de colaboração* que impende sobre o contribuinte. A força de tais princípios é tanta que o dever de investigação do Fisco só cessa na medida e a partir do limite em que o seu exercício se tornou *impossível*, em virtude do não exercício deficiente do dever de colaboração do particular em matéria de escrituração mercantil. Não basta uma simples dificuldade ou maior onerosidade do exercício de investigação, em decorrência de vícios isolados da escrita, para exonerar o Fisco do cumprimento do seu dever funcional autorizando-o desde logo ao recurso ao instituto do arbitramento. Enquanto essa possibilidade subsiste, deve o Fisco prosseguir no cumprimento de seu dever, seja qual for a complexidade e o custo de tal investigação. A adoção do arbitramento pressupõe, por conseguinte, a prova de que os vícios isolados que afetem a escrituração tornam absolutamente impossível ao Fisco reconstituir, com base nela, o lucro real. Em tal caso, sim, a escrituração tornou-se *imprestável* para o objetivo a que visa e o vício ou vícios dos lançamentos individuais arrastam a desclassificação do conjunto, legitimando então a aplicação da base de cálculo subsidiária, em que a receita bruta se traduz. (...) Este é, na verdade, o sentido da Súmula n. 76 do Tribunal Federal de Recursos, segundo a qual ‘em tema de imposto de renda, a desclassificação da escrita somente se legitima na ausência de elementos concretos que permitam a apuração do lucro real da empresa, não a justificando o simples atraso na escrita’. (...) Ao risco de deixar-se a fixação do lucro real a partir de ilações, suposições ou presunções do Fisco, não apoiadas numa sólida base probatória documental, preferiu-se uma solução que eliminasse qualquer margem de capricho, de arbitrio ou discricionariedade das autoridades administrativas”. *Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário*, p. 141-143.

<sup>336</sup> *Idem*, p. 145.

<sup>337</sup> “Com efeito, a lei fiscal não raro estabelece presunções deste tipo em benefício do Fisco, liberando-o deste modo do concreto encargo probatório que na sua ausência cumpriria realizar; nestes termos, a Administração fiscal exonerar-se-á do seu encargo probatório pela simples prova do fato índice, competindo ao particular a demonstração do contrário. (...) Seguindo os pareceres de Bühler, Strickrodt e Micheli, concluir-se-ia que o órgão de aplicação do direito seria completamente livre, não só de escolher os meios instrutórios, como também de adotar na decisão o critério ou regra de experiência que reputasse mais adequado ao caso concreto. Esta doutrina esquece, porém, que o processo e os seus fins não podem deixar de explicar-se e construir-se à luz do sistema jurídico em que se integram e que, portanto, tal solução só seria concebível num ordenamento para o qual fosse rigorosamente indiferente o sacrifício injusto da propriedade ou a também injusta privação de um crédito tributário indevido. Ao invés, um ordenamento que não seja, quanto a este aspecto, neutro ou indiferente, não pode confiar ao órgão de aplicação do direito a liberdade de escolha do critério de decisão sobre o fato incerto, antes postula a existência de uma regra de juízo preestabelecida, quer esta se encontre expressamente formulada, quer de deduza do espírito do sistema. Na ordem jurídica brasileira não pode duvidar-se da solução a dar ao problema em causa: o respeito pela propriedade privada, consagrado constitucionalmente, e que em matéria tributária se reflete no princípio de uma rígida legalidade, revela por si só que no caso de incerteza sobre a aplicação da lei fiscal são mais fortes as razões de salvaguarda do patrimônio dos particulares do que as que conduzem ao seu sacrifício (*in dubio pro libertate; melior est conditio possidentis*). Este é o verdadeiro fundamento teórico da regra *in dubio contra fiscum*, que é uma regra de decisão sobre o fato incerto e que, portanto, respeita à *aplicação* e não à interpretação do direito”. *Ib idem*, p. 146-148.

### 1.5.3 Classificação das Presunções

Enfocando os critérios para a classificação das presunções, ensina Covello que “tradicionalmente – e essa tradição remonta aos glosadores – as presunções têm sido classificadas segundo dois critérios fundamentais: o da *procedência* e o da *força probante*”.<sup>338</sup>

No tocante ao critério da procedência, é clássica a diferenciação feita entre as *presunções legais (legis)* – aquelas previstas na lei – e as *presunções simples* ou *comuns (hominis)* – deduzidas pelo aplicador do Direito dadas as circunstâncias do caso concreto e as regras de experiência daquilo que comumente acontece.

As presunções legais têm por finalidade a já referida facilitação da prova, ao passo que as presunções simples, calcadas nas chamadas *máximas de experiência*<sup>339</sup>, abrangem todos os raciocínios dedutivos empregados pelo aplicador do Direito a partir dos elementos de prova colhidos. Por isso alguns autores consideram as presunções legais como presunções *de direito* e as presunções simples como presunções *fáticas*. Mas, como diz Covello, esta terminologia é falha, “pois tanto as presunções legais como as comuns são presunções de direito, uma vez que o direito não se reduz ao legal”<sup>340</sup>, além do que “todas as presunções são fáticas em certo sentido, uma vez que o que se presume é sempre um *fato* desconhecido”<sup>341</sup>. Não obstante as críticas, esta classificação tradicional veio sendo expressamente prevista em diversas legislações, a exemplo

<sup>338</sup> *A presunção em material civil*, p. 29.

<sup>339</sup> Máximas de experiência, nas palavras de Eduardo Cambi, “são *critérios cognoscitivos* com base nos quais são efetuadas atividades probatórias lógico-rationais (deduções, ilações e inferências probatórias). São constituídas de todas as noções, regras, generalizações, *standards* e leis que podem abarcar desde noções científicas até generalizações empíricas, dados estatísticos e observações constatadas pelo senso comum, abrangendo uma esfera ampla e indefinida que inclui vários campos do saber (técnico, médico, econômico, psicológico, biológico, moral etc.)”. *Op. cit.*, p. 282. Jerzy Wróblewski também ressalta a relação entre as presunções simples (*praesumptio hominis*) e as regras de experiência: “Dans *praesumptio hominis* on reconnaît comme démontré un fait, qui selon les règles de l’expérience a existé, car une autre fait avait existé, d’après des preuves conclusives (...). Le terme ‘présomption de l’homme’, pour les situations de ce genre, passe outre aux règles de la science donnant seulement l’expérience comme fondement et efface la différence entre ce raisonnement et les présomptions juridiques”. *Op. cit.*, p. 67.

<sup>340</sup> *A presunção em matéria civil*, p. 31.

<sup>341</sup> *Idem*.

do que fez o nosso Regimento 737, de 1850.<sup>342</sup> Mas a atual legislação brasileira, acertadamente, não mais se ocupa desta classificação das presunções<sup>343</sup>, deixando tal tarefa para a doutrina.

No que concerne ao critério da força probante, as presunções legais são classificadas em *absolutas (juris et de jure)* – que contemplam efeitos atribuídos inexoravelmente a determinados fatos – e *relativas (juris tantum)* – quando os efeitos a princípio atribuídos a determinados fatos podem vir a ser elididos por prova em contrário. Fala-se ainda das presunções *mistas* (intermediárias), que são aquelas presunções relativas cuja prova contrária é de tipo especificamente indicado pelo legislador, não se admitindo outras fontes probatórias.<sup>344</sup>

Na verdade, a presunção absoluta, porquanto invencível, não tem qualquer relação com questões probatórias ou com a percepção do aplicador do Direito, já que este é obrigado a “admitir a conclusão que a lei secamente tirou, mesmo que dela não esteja convencido ou mesmo até que se tenha convencido do contrário.”<sup>345</sup> Na presunção absoluta, o legislador de antemão já elegeu, dentre as percepções que poderiam ocorrer, aquela que considera mais adequada, tornando inócuo qualquer procedimento de produção de provas e impedindo, assim, que aplicador adote caminho diferente na conclusão, por mais elementos de prova em sentido contrário que já disponha.

Fabiana Del Padre Tomé destaca bem que a chamada *presunção absoluta* “nada tem de presunção, pois, ao inadmitir prova em contrário, caracteriza-se como verdadeira disposição legal de ordem substantiva que prescreve determinada consequência jurídica em função de específico acontecimento factual, previsto na hipótese”.<sup>346</sup> Na mesma linha encontra-se o pensamento de Sérgio Covello ao asseverar que, dada a sua estrutura lógica, a presunção sempre

<sup>342</sup> “Art.184. As presumpções legais ou são absolutas ou condicionaes”. “Art.185. São presumpções legais absolutas os factos, ou actos que a Lei expressamente estabelece como verdade, ainda que haja prova em contrário, como a cousa julgada”. “Art.186. Presumpção legal condicional he o facto, ou o acto que a Lei expressamente estabelece como verdade, em quanto não há prova em contrário”. “Art.187. Presumpções comuns são aquellas que a lei não estabelece, mas se fundão naquilo que ordinariamente acontece. Estas presunções devem ser deduzidas pelo Juiz conforme as regras do direito, e com prudência e discernimento”. “Art.188. As presumpções comuns são admissíveis nos mesmos casos em que o he a prova testemunhal”.

<sup>343</sup> Fredie Didier assinala que “o CPC-73, corretamente, não regulou a presunção. A razão é simples. Se se trata de presunção legal, estamos diante de normas legais que devem ser aplicadas pelo juiz como regras de julgamento: ou que invertem o ônus da prova (aditem prova em contrário; presunções legais relativas) ou que tornam irrelevante a discussão sobre o fato presumido (presunções legais absolutas). Se for o caso de presunção judicial, qualquer dispositivo legal é ocioso ou inútil: não se pode, por lei, autorizar, limitar ou proibir o juiz de pensar”. *Op. cit.*, p. 39.

<sup>344</sup> Acerca da presunção legal de existência ou de veracidade, escreve Pontes de Miranda: “Quando as leis estabelecem presunção *iuris et de iure*, que é irrefragável, nenhuma prova contrária se admite; quando, em vez disso, a presunção for *iuris tantum*, cabe a prova em contrário. A presunção legal, presunção *iuris et de iure*, é inatacável: nenhuma prova em contrário é admitida, inclusive a notoriedade do fato; a técnica legislativa concebeu-a assim; a presunção *iuris et de iure*, ao ser legislativamente elaborada, exauriu todo o elemento probatório. Entre as presunções legais, as presunções, que estão na lei e não são *de iure* (em que se admite prova contrária), apreciadas segundo o critério ou sistema de provas das leis processuais, há as presunções mistas, a respeito das quais a lei, admitindo prova em contrário, especifica algum ou alguns meios de prova”. *Comentários ao código de processo civil*, p. 234.

<sup>345</sup> Eduardo Cambi. *Op. cit.*, p. 301.

<sup>346</sup> *Op. cit.*, p. 136. Acrescenta a autora que “o raciocínio presuntivo está presente apenas na fase pré-jurídica, em que os membros do Poder Legislativo, observando o que ordinariamente acontece, criam normas gerais e abstratas, prescrevendo ao aplicador da lei que reconheça, sempre que provada a existência de certo fato, e independentemente da produção de provas em contrário à existência do fato que se quer provar, um outro fato”. *Idem*.



expressa uma probabilidade, ou seja, “toda presunção é relativa e as chamadas presunções absolutas não são propriamente presunções em sentido técnico-jurídico, mas disposições legais de ordem imperativa”.<sup>347</sup>

Cândido Dinamarco salienta que as presunções legais absolutas têm tamanha força ao mandarem aceitar o fato presumido independente de qualquer prova contrária que, na realidade, “elas não são institutos de direito probatório, mas expedientes com os quais o legislador constrói certas *ficções* e nelas se apóia para impor as conseqüências jurídicas que entende convenientes”<sup>348</sup>, incidindo sobre as *fattispecie* abstratas contidas nas normas jurídicas de modo a alterar os requisitos para a incidência das sanções estabelecidas pela lei.

Há quem, a exemplo de Manoel Antônio Teixeira Filho, defende a possibilidade de se produzir prova em contrário mesmo nas presunções absolutas, acreditando que “em determinados casos, caracterizados por circunstâncias peculiaríssimas, se possa produzir prova em sentido oposto àquele indicado pela presunção *iuris et de iure*”.<sup>349</sup> Referindo-se à presunção absoluta do art. 319 do antigo Código Civil de 1916 – que tratava da presunção de perdão do adultério pelo cônjuge inocente que, conhecendo-o, permanecesse coabitando com o culpado – Pontes de Miranda também admitia a possibilidade de possível defesa em face da alegação de presunção em determinadas situações.<sup>350</sup> Todavia, como esclarece Orosimbo Nonato, “não se trata, em qualquer das hipóteses, de realçar a *relatividade* da presunção, mas da de inocorrência de extremos da presunção absoluta”.<sup>351</sup> Ou seja, tais situações peculiares que estariam admitindo prova em contrário na verdade são aquelas nas quais, sob um prisma de uma adequada valoração fática, considera-se simplesmente não preenchidos os requisitos para atrair a incidência da presunção absoluta prevista na lei. Nesse caso, as provas depõem em sentido contrário ao próprio fato que desencadearia a presunção absoluta.

<sup>347</sup> *Op. cit.*, p. 31.

<sup>348</sup> *Instituições de direito processual civil*, p. 116-117. Ressalve-se apenas a utilização pelo ator da expressão “ficções”, pois, como se verá à frente, presunção e ficção jurídica são categorias distintas.

<sup>349</sup> *A prova no processo do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 1993, p. 274. Salienta o jurista não se poder ignorar “que se trata, exatamente, de uma *presunção*, cujo caráter absoluto, que lhe tem sido atribuído, somente deve ser mantido enquanto for conveniente para a ordem social, que a ditou. Negar-se, peremptoriamente, a possibilidade de elaborar-se prova contrária a ditas presunções seria atribuir-lhes uma imutabilidade de que nem mesmo é provida a *coisa julgada*, porquanto esta pode ser desconstituída pela via rescisória”. *Idem*.

<sup>350</sup> “O autor pode repelir a existência do perdão, provando: a) que foi obrigado, por violência ou ameaças, a anuir ou a suportá-las; b) que houve adultério posterior ao perdão, sem que tivesse havido a continuidade do ato de perdoar; c) que havia *dúvida*, e não certeza, de modo que as relações sexuais não se teriam dado se certeza houvesse”. *Tratado de direito de família*, 3. ed., 1947. *Apud* Orosimbo Nonato. *Op. cit.*, p. 136.

<sup>351</sup> *Op. cit.*, p. 136.

### 1.5.4 Distinção entre Presunção e Indício

O que se disse no tocante à prova pode ser aqui repetido em relação também aos indícios. Não se confundem com as presunções. Costuma-se apontar que o pressuposto material da presunção é o *indício*, ou seja, é através deste (meio) que se chega àquela (resultado). Em outras palavras, o indício é a causa, cujo efeito é a presunção.

Nessa linha de pensamento, Manoel Antônio Teixeira Filho considera que o vocábulo *indício* “indica, na linguagem jurídica, as circunstâncias conhecidas que autorizam, por um processo indutivo, a concluir-se a existência de outras circunstâncias”,<sup>352</sup> daí poder ser identificado como o componente material da presunção, sendo esta deduzida daquele. Com essa idéia não concorda Moacir Amaral Santos, com apoio em Câmara Leal, para quem a dedução decorrente do indício deriva de um princípio de *causalidade*, enquanto na presunção é decorrência de um fato de *identidade*.<sup>353</sup>

Tem sido também tradicionalmente apontada distinção, quanto ao grau de persuasão, entre *indício* e *prova*. Entretanto, já se levantou discordância acerca da clássica distinção doutrinária entre provas diretas e provas indiretas ou indiciárias (vide item 1.4.4 *retro*), pelo que não se deve aceitar a concepção de presunção como algo aplicável tão-somente ao que se convencionou chamar de *indício*.

Não há critério seguro para se distinguir prova e indício, eis que em ambos os casos, não havendo contato imediato entre o aplicador e o fato a demonstrar, a percepção é feita *indiretamente*, daí porque a presunção estará presente em qualquer raciocínio calcado em premissas, tal como acontece com a atividade probatória em geral.

Para que se dê a percepção, o aplicador do Direito, em todo caso, terá sempre de se valer de “um processo mental consistente em fazer uma ponte entre o fato que se conhece e o

<sup>352</sup> *Op. cit.*, p. 272. Acrescenta o autor ser “indubitavelmente ponderável a observação doutrinária de que o indício em si mesmo, isto é, considerado de maneira isolada pouco representa para o processo; a sua eficácia, ou importância, só existe quando ele é correlacionado com outras circunstâncias ou elementos dos autos. O indício, enfim, é mera probabilidade de ser verdadeiro o fato; é o vestígio do fato, o sinal palpável da sua existência” *Idem*.

<sup>353</sup> “Quis o legislador distinguir os *indícios* das *presunções*, espécies por muitos autores confundidas. Distinguem-se estas daqueles pelo próprio princípio em que se fundam. Câmara Leal, em poucas linhas, salienta essa distinção, de forma clara e precisa. ‘O indício – diz ele – é o fato conhecido do qual, em virtude do *princípio de causalidade*, se induz o fato desconhecido, ao qual se atribui a função de causa ou efeito em relação ao fato conhecido. A presunção, ao invés, não tem por fundamento o princípio de causalidade, mas sim o de *identidade*, porque do fato conhecido induzimos indiretamente o fato desconhecido, em virtude de certas circunstâncias que em casos idênticos costumam verificar-se’”. Amaral Santos. *Op. cit.*, p. 84-85.

que servirá de fundamento para decidir.”<sup>354</sup> Com isso concorda Fabiana Del Padre Tomé, quando assevera que “o indício em nada difere da prova”<sup>355</sup>, isto é, o indício é uma prova que eventualmente tenha menor poder de convencimento. Mas, acrescenta com veemência a autora, “a força probatória de qualquer indício, entretanto, deve ser avaliada no caso concreto, de modo que, havendo um único indício necessário (prova no sentido comumente empregado) ou vários indícios contingentes e convergentes, ter-se-á por provado o fato”.<sup>356</sup>

### 1.5.5 Distinção entre Presunção e Ficção

Outra categoria frequentemente confundida com a presunção – mormente com a presunção legal absoluta (*iure et de iure*) –, mas que dela se distingue, é a *ficção*. Ambas, presunção absoluta e ficção, são especulações, raciocínios hipotéticos feitos pelo legislador acerca da realidade fática e que não admitem prova em contrário. Mas enquanto a presunção se calca em algo tido como ao menos *provável* de acontecer, a ficção se estabelece acerca de algo cuja essência ou os efeitos sabidamente não existem no mundo real; vale dizer, a ficção é uma mera invenção do Direito.

Deveras, existem determinadas categorias e institutos que, posto não encontrem correspondentes no mundo empírico, são úteis à vida em sociedade. Daí a utilidade das ficções criadas pelo Direito, a exemplo do que acontece com a categoria da *pessoa jurídica*.

É nessa linha que Gabriel Rezende Filho aponta critérios de distinção entre as presunções absolutas e as ficções legais, considerando que “a presunção supõe sempre a existência do fato probando, ao passo que a ficção, ao contrário, supõe um fato que se sabe não existir na realidade.”<sup>357</sup> Na ficção, diz Orosimbo Nonato, “a lei finge o que sabe não ser real”; na presunção, “ainda que irrefragável e *iuris et de iure*, a lei afirma o que é provável”. As

<sup>354</sup> Op. cit., p. 125.

<sup>355</sup> Op. cit., p. 138-139.

<sup>356</sup> *Idem*.

<sup>357</sup> Op. cit., p. 301. Também José de Aguiar Dias aponta que “Arnoldo Medeiros faz distinção necessária entre ficção e presunção, explicando que não se confundem. Assim, não há ficção em presumir a culpa. Invoca a autoridade de Geny e esclarece que a presunção é baseada na verossimilhança e responde às tendências da lógica natural, ao passo que a ficção vai muito mais longe, ultrapassa o domínio da prova e desnatura cientemente as realidades, de forma que exclui aprioristicamente qualquer possibilidade de prova em contrário. A presunção, ao revés, baseia-se no que ordinariamente acontece”. *Da responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 109.

presunções têm finalidade probatória, ao passo que as ficções “não pertencem ao direito probatório e a função, que ela desempenha no direito, visa a outras finalidades”.<sup>358</sup>

Também Pontes de Miranda diferencia as duas situações, assinalando que “a ficção enche de artificial o suporte fático; a presunção de legal apenas tem como acontecido, ou não acontecido, o que talvez não aconteceu, ou aconteceu”.<sup>359</sup> Ou seja, “na ficção, tem-se A, que não é, como se fosse. Na presunção legal absoluta, tem-se A, que pode não ser, como se fosse, ou A, que pode ser, como se não fosse.”<sup>360</sup> Exemplo de confusão técnica entre a ficção e a presunção jurídicas é por vezes encontrado na própria legislação, como acontece com o parágrafo 1º do artigo 343 do nosso Código de Processo Civil, que trata da presunção de confissão da parte que se fizer ausente ao depoimento pessoal<sup>361</sup>. Há crítica de alguns doutrinadores a este dispositivo, que não trataria propriamente de uma presunção, mas, sim, de uma ficção de confissão (*ficta confessio*).<sup>362</sup>

Apresentados estes parâmetros teóricos de distinção entre as duas figuras, deve-se observar, no entanto, que tanto na ficção quanto na presunção absoluta o Direito atribui *existência jurídica* a algo dissociado da sua existência real, seja esta impossível ou apenas provável.

<sup>358</sup> *Op. cit.*, p. 139. E acrescenta Nonato: “A presunção legal absoluta, como a ficção de direito, encerra um asserto incontrariável do legislador, que converte a *probabilidade* em *certeza*. E esse aspecto de afirmativa irrefragável aproxima-a da ficção. Desta, porém, se distingue, a uma por seu conteúdo (a presunção, ao revés da *fictio iuris*, baseia-se na probabilidade) – e a outra por sua finalidade, tornando-se incontendível despertar a ficção ao direito probatório”. *Idem*. Ainda sobre o tema, o autor transcreve a seguinte lição de Júlio González Velásquez: “Es concepto afin de la presunción la ficción, que es una invención del derecho, una equitativa disposición de la ley que supone existir en el orden natural de la verdad lo que en realidad no existe, sea por la esencia o por los efectos, afin de que el derecho se desarrolle y alcance sus fines. Infiérese que es criterio sin norte verdadero identificar estas dos instituciones. La primera permite debatir sobre sus antecedentes y en cambio la segunda no, per cuanto que su naturaleza es imperativa, como creación legislativa valedera en si mesma y por la ley. Tienen sí punto de contacto la presunción de derecho y la ficción: no admiten prueba en contrario de su contenido. Preponderante es en la presunción su finalidad probatória”. *Ib idem*, p. 138.

<sup>359</sup> Comentários ao Código de Processo Civil, p. 235. Acrescenta que “a ficção tem no suporte fático elemento de que não se poderia induzir a situação que ela prevê. Daí, nada se presumir, quando se elabora a ficção. Se A, então B; e se não A, então AA. A aceitação da herança, se o herdeiro foi chamado a pronunciar-se e não se pronunciou não é ficção; evitou-se dizer: prescindir-se da aceitação (o que não seria o mesmo) (...) A ficção abstrai de toda consideração de probabilidade: o legislador mesmo prescindiu de toda exploração do real; pareceu-lhe melhor criar o elemento ou os elementos do suporte fático e impô-los, como se fossem reais, ao mundo jurídico”. *Idem*.

<sup>360</sup> *Sistema de ciência positiva do direito*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, p. 234.

<sup>361</sup> “A parte será intimada pessoalmente, constando do mandado que se presumirão confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor”.

<sup>362</sup> Neste sentido a lição de José Carlos Barbosa Moreira, mencionada por Aloísio Surgik: “Não surpreende certa tendência, que, às vezes, se observa, a confundir as duas figuras, a tomar uma pela outra. Trata-se de confusão feita, em vários casos, pelo próprio legislador, que emprega, ao redigir a lei, terminologia inexacta: fala, p. ex., de ‘presunção’, ou usa o verbo ‘presumir’, quando na verdade está consagrando uma ficção. Exemplo desse equívoco, no entender de Barbosa Moreira, depara-se na redação do art.343, par.1º, do CPC de 1973, referente à intimação da parte para prestar depoimento pessoal e às conseqüências do eventual não-comparecimento ou recusa de depor. (...) Ora, é evidente – diz o mestre – que, se a parte não comparece, ou se recusa a prestar depoimento, de modo nenhum *confessa*: o fato da confissão, em tal hipótese, é fato que não se pode considerar senão como *inexistente*. Aqui não há qualquer ‘juízo de probabilidade’: estamos diante de algo que sabidamente *não ocorre*, e ao legislador não é dado ‘presumir’ que ocorra. Nem é isso, aliás, que ele pretende: quer apenas atribuir a um fato *diverso* (o não-comparecimento, ou a recusa a depor) *os mesmos efeitos* que decorreriam do fato *não verificado* (a confissão). Estamos, assim, em pleno domínio da ficção, e não é por acaso que se costuma falar a propósito na *ficta confessio*. Outro seria o enquadramento dogmático, vale notar, se a norma estatuisse que os fatos alegados contra a parte, nas hipóteses de não-comparecimento ou de recusa a depor, ‘se presumirão *verdadeiros*’. Ai, sem, existiria realmente *presunção*, i.e., equiparação de efeitos baseada em ‘juízo de probabilidade’”. *Op. cit.*, p. 398-399.

Se no plano das presunções e ficções, é a *realidade jurídica* o que conta na aplicação do Direito, poder-se-ia pensar de nada importar saber como se dão efetivamente as coisas no mundo real, e assim parece crer Alfredo Augusto Becker, quando diz que a distinção entre presunção e ficção apenas interessa no plano pré-jurídico como elemento intelectual do legislador.<sup>363</sup> Contudo, bem adverte Pontes de Miranda que o raciocínio fictício tomado em conta pelo legislador não deve ignorar por completo o plano fático existencial, pois em que pese a grande utilidade das ficções, “é preciso não as tomar em sentido absoluto, nem lhes atribuir valor independente dos fatos. Ainda quando o legislador as apresenta como dogmas, é como hipóteses que as devemos considerar”.<sup>364</sup> Também segundo Orosimbo Nonato, “não pode o legislador, no uso dos poderes satânicos a que referia Kohler, ir além da marca suscitando ficções que penetrem a área do absurdo”.<sup>365</sup> Fazendo a mesma advertência, Orlando Gomes reputa a ficção um “recurso técnico condenável” que “está desaparecendo das legislações modernas”.<sup>366</sup>

### 1.5.6 A Presunção Relativa e a Questão da Inversão do Ônus da Prova

Vem do Direito Romano a idéia de que o efeito imediato das presunções relativas seria a *inversão do ônus da prova*, tornando desnecessária a produção de prova em derredor do fato presumido e direcionando a atividade probatória para a verificação do fato contrário (*praesumptio relevat ab onere probandi eum cui assistit, et in adversarium probandi onus probandi onus transfert*).

Todavia, é preciso fazer algumas ressalvas quanto a esta simplória assertiva.

Em primeiro lugar – partindo a presunção de um determinado fato ocorrido (fato x), para daí se inferir a ocorrência de um outro fato (fato y) – é preciso ao menos que se constate a

<sup>363</sup> “A distinção entre presunção e ficção existe apenas no plano *pré-jurídico*, enquanto serviam de elemento intelectual ao legislador que estava construindo a regra jurídica. Uma vez criada a regra jurídica, desaparece a diferenciação porque, tanto a presunção quanto a ficção, ao penetrarem no mundo jurídico por intermédio da regra jurídica, ambas entram como verdades (*realidades jurídicas*)”. *Teoria geral de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963, p.477. *Apud* Teresa Magalhães, *op. cit.*, p. 375.

<sup>364</sup> *Sistema de ciência positiva do direito*, p.106. Em outra obra, Pontes de Miranda ressalta que “quando o legislador estabeleceu ficções, presunções de direito e regras sobre ônus da prova, já violentou, até certo ponto, a realidade. Seria absurdo que enchesse de presunções de direito e ficções, criações suas, o espaço que pertence à matéria da vida, à realidade do vivido”. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p.420.

<sup>365</sup> *Op. cit.*, p.139.

<sup>366</sup> *Introdução ao direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 10

efetiva ocorrência do fato x (que teria o condão de desencadear a presunção), sobretudo quando se trate de fato cujo método de percepção impõe ao aplicador que verifique a ocorrência de certos pressupostos específicos previstos na lei. E como a prova do fato que constitui a premissa da presunção cabe, em regra, àquele que dela se beneficia, significa que “a inversão do ônus probatório não é total nas presunções, pois quem invoca a presunção tem de provar o fato-base, o indício”.<sup>367</sup> Isso traz inegáveis implicações no que concerne à presunção de legitimidade dos atos administrativos, que não dispensa, portanto, prova dos mínimos requisitos formais e substanciais de existência do ato, o que a princípio deve ficar a cargo da Administração Pública.

Em segundo lugar, quando se tem em mira os efeitos probatórios da presunção relativa, não é propriamente de inversão do ônus que se cuida. Deveras, a assertiva geral de que com a presunção relativa (*juris 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. Melhor esclarecendo, o que a presunção relativa ocasiona é a simples admissão de um fato como verdadeiro, se não houver prova em sentido contrário. Isto significa apenas que, em caso de processo litigioso, aquele a quem caberia provar o fato presumido (fato y) já o fez com a simples demonstração da ocorrência do fato-base da presunção (fato x). Não há inversão do ônus, mas apenas uma facilitação da prova do fato constitutivo do direito invocado.

A inversão do ônus da prova, como a própria expressão indica, acontece simplesmente quando se altera uma regra processual geral de distribuição que seria aplicável, caso não houvesse uma outra regra específica prevendo distribuição em sentido contrário. Não é isso, porém, o que ocorre com as presunções relativas. A existência da presunção em nada altera a regra originária de distribuição do ônus da prova, apenas “dispensando deste o litigante a quem interessa a admissão do fato presumido como verdadeiro, e correlativamente atribuindo-o à outra parte (segundo a mesma regra), quanto ao fato *contrário*”<sup>368</sup>, sendo que “essa atribuição prescinde de qualquer referência à posição acaso ocupada no processo pela pessoa de que se

---

<sup>367</sup> Covello, *A presunção em matéria civil*, p. 43. Acrescenta o autor: “‘Sé para uma parte dos fatos dos quais se quer a prova – diz Coniglio – ocorre dispensa do ônus da prova, subsistindo, porém, o ônus de provar a outra metade, ou seja, os fatos em que se funda a presunção’. De igual entender, Ugo Rocco: ‘Discute-se, a este propósito, se é (a presunção *juris tantum*) um verdadeiro meio de prova, ou bem uma dispensa do ônus da prova, que produzirá a inversão de tal ônus. Mas é preciso observar que a dispensa da carga da prova não é absoluta, senão relativa, já que o que tem a seu favor a presunção de lei *juris tantum* está dispensado de provar o fato alegado, que a lei presume, devendo provar, todavia, os fatos que constituem as premissas ou os pressupostos da presunção legal. Disso, pode inferir-se que a prova contrária não constitui uma inversão do ônus da prova, senão que encontra sua origem no princípio geral de que toda prova pode ser contestada por outra’”. *Idem*.

<sup>368</sup> Covello, *ib idem*, p. 41.

trata”.<sup>369</sup> Consoante também pondera Héctor Leguisamón, a parte beneficiada pela presunção não se encontra isenta de atividade probatória, já que deve provar os pressupostos fáticos que fazem atuar a presunção. Nesse particular, acrescenta, o ônus da prova não se desloca para o seu adversário, pois o que varia são apenas os fatos a serem provados.<sup>370</sup>

Ademais, ainda que se conferisse à presunção o condão de inverter a regra de distribuição do ônus, há casos em que o ônus da prova é naturalmente afastado daquele a quem aproveitaria a presunção, ou seja, a própria regra geral do processo já atribui de logo o encargo da prova à parte contrária. E também aí não se poderia falar em inversão do ônus<sup>371</sup>.

Em suma, se uma parte, a quem cabe a prova do fato y, cumpre o seu encargo demonstrando a ocorrência do fato x (que, por presunção, levou o julgador a considerar a ocorrência do fato y), cabe naturalmente à parte contrária a prova da ocorrência do fato z, que elide a ocorrência do fato y. Nada de inversão houve aí. Na verdade, os efeitos da presunção incidem no campo da *avaliação* da prova e não propriamente no da distribuição do encargo probatório. É o julgador que, avaliando os fatos demonstrados segundo o quadro probatório exposto, vai avançando nas etapas de sua percepção fática. Portanto, se de alguma “inversão” se pode falar, não é do ônus probatório, mas sim do fato a provar: considerando provado o fato x, tem-se por presumida a ocorrência do fato y, pelo que a atividade probatória deve então se voltar para z. Tendo assim se desenvolvido a seqüência de percepção do aplicador, nada terá sido modificado no tocante à regra de distribuição definidora das partes encarregadas de provar respectivamente x, y e z.

<sup>369</sup> *Idem*. Acrescenta ainda Covello: “Em geral, como se sabe, o ônus da prova é distribuído precisamente em função dessa posição; quer dizer, o critério básico repousa na circunstância de ser *autor* ou *réu*, no processo, o sujeito considerado: de acordo com as regras tradicionais, se autor, caber-lhe-á provar o fato constitutivo do (suposto) direito; se réu, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos. A presunção legal, porém, faz abstração dessa circunstância que, nas restantes hipóteses, é decisiva: a pessoa a quem a presunção desfavorece suporta o ônus de provar o contrário, *independentemente* de sua posição processual, nada importando o fato de ser autor ou réu”. *Idem*.

<sup>370</sup> “En mi opinión, ninguna de las presunciones legales substanciales, como tampoco las presunciones jurisprudenciales, producen una inversión en la carga de la prueba, sino que el *onus probandi* se mantiene intacto. Lo que sucede es que varían los hechos a probar. Aquí encontramos la utilidad práctica de diferenciar si ante una presunción legal se invierte la carga de la prueba o no: determinar quién y qué debe probar. El beneficiado por una presunción legal substancial o jurisprudencial no se encuentra exento de actividad probatoria, porque la carga radica justamente en probar el o los presupuestos fáticos que hagan actuar la presunción. De lo contrario, de no cumplir con tal carga, la presunción no se aplicará”. La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas. In: Jorge W. Peyrano, *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 113.

<sup>371</sup> Ainda segundo Sérgio Covello, “não parece inteiramente exato dizer que a presunção legal (relativa) se resolve em inversão do *onus probandi*. Com efeito, o resultado da aplicação da regra especial (contida no dispositivo que estabelece a presunção) pode perfeitamente coincidir, em determinado caso, com o resultado que se obteria aplicando à espécie a regra geral de distribuição daquele ônus. Isto é: pode acontecer que o ônus houvesse mesmo de recair, em virtude de sua posição processual, sobre a pessoa a quem a presunção legal desaproveita. É claro que a importância da presunção legal avulta precipuamente nos casos de não-coincidência, pois nestes é que ela produz efeitos práticos apreciáveis; mas permanece válida a observação de que as presunções legais não constituem propriamente exceções à regra comum sobre distribuição do ônus da prova: as normas que as consagram são, isso sim, normas especiais, que prevalecem sobre a geral, sem necessariamente contradizê-la *in concreto*”. *Op. cit.*, p. 41-42.

Posta a questão nestes termos, cabe salientar que, conforme será abordado minuciosamente em tópico posterior, o princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos não dispensa a Administração Pública de demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais de constituição do fato-base da presunção (fato x) nem implica uma automática inversão do ônus da prova ao administrado. Cumpre verificar precipuamente se a incidência da presunção encontra fundamento razoável no caso concreto, no sentido de servir como mecanismo de facilitação das provas cujo encargo de produção, segundo a regra de distribuição do ônus, sempre foi e continua sendo atribuído à Administração, e isso somente se justifica naquelas situações em que não tenha sido possível a adoção de procedimentos administrativos que permitissem a devida reconstrução probatória do fato x.



## 2 A DOCTRINA DAS CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICAS

### 2.1 FUNDAMENTOS

Consoante abordado no item 1.4.6 *retro*, o tema da distribuição do ônus da prova nos processos litigiosos diz respeito à definição de qual dos litigantes será encarregado de demonstrar a ocorrência de determinado fato que serve de suporte à aplicação do Direito (aspecto subjetivo) e, sobretudo, de arcar com o risco de perder a demanda caso não consiga fazer tal demonstração (aspecto objetivo). Se, como dito, o ônus da prova traduz um imperativo processual voltado à satisfação de interesse próprio (Goldschmidt), mas cujo efeito primordial é servir de *regra de julgamento* no caso de ausência da prova, certamente que deve haver critérios racionais que sirvam a indicar qual dos contendores estará encarregado de provar sob pena de, não ficando demonstrado o fato, perder a demanda.

A busca destes critérios racionais sempre foi objeto da Ciência do Direito ao longo de sua evolução e inspirou legislações em diversos ordenamentos jurídicos positivos, tradicionalmente centrados na adoção de modelos rígidos e apriorísticos de fixação do ônus. Já se mencionou anteriormente como evoluíram as clássicas teorias que buscaram fixar parâmetros lógicos de distribuição do ônus da prova, desde variadas máximas do Direito Romano<sup>372</sup> (*onus*

---

<sup>372</sup> Sobre o ônus da prova no Direito Romano, Rodrigo Xavier Leonardo explica que “somente a partir de uma retrospectiva histórica do instituto, pode-se refletir sobre a intrigante reificação e universalização de algumas fórmulas romanas relativas ao ônus da prova. (...) No direito romano, a relação entre os poderes do juiz e das partes sofreu diversas modificações ao longo da história, influenciando diretamente a maneira de se definir o ônus da prova no processo. Pode-se dizer que a divisão do ônus da prova ocorreu de maneira diversa nas duas etapas que compõe a história do processo romano, formadas pelo período do *ordo judiciorum privatorum* e pelo período da *cognitio extra ordine*. (...) No período histórico do *ordo judiciorum privatorum* são identificadas duas fases: a fase das *legis actiones* e a fase *per formulas*. (...) Na fase das *legis actiones* são limitados os conhecimentos a respeito da distribuição do ônus da prova. (...) Na fórmula ficava consignado a *intentio* e a *exceptio*. A *intentio* era a parte da fórmula na qual constava o direito pleiteado pelo autor e *exceptio*, por sua vez, a parte da fórmula na qual indicava-se o direito, alegado pelo réu, capaz de elidir o pedido do autor. É a partir da diferenciação entre *intentio* e *exceptio* que surge uma das primeiras regras genéricas sobre distribuição do ônus da prova. (...) A posição do pretor, quanto à distribuição do ônus da prova, era de um consulente, que dizia às partes o que era necessário para uma ou outra vencer. (...) Com o advento da *cognitio extra ordine* passa a existir uma verdadeira perspectiva publicista do processo romano. O Juiz deixa de ser posicionado no processo com um árbitro, como um apresentador do espetáculo principal que se desenvolveria perante um julgador escolhido pelas partes. (...) Surgem nesse período a prova legal e o próprio conceito de *necessitas probandi*. A partir do momento em que a lei impõe consequências danosas à parte que produziu uma prova insuficiente, já não precisa o adversário produzir farto elemento probatório diante da insuficiência de quem não provou sua *intentio*. Encontramos nesta fase a origem histórica da vertente de *regra de julgamento* das regras sobre ônus da prova”. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2004, p.77-86.

*probandi incumbit actori; necessitas probandi incumbit ei qui agit*<sup>373</sup>; *actori non probante, reus est absolvendus e reus in excipiendo fit actor*<sup>374</sup>; *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*<sup>375</sup>), passando pelo escólio de juristas como Chiovenda, Micheli, Rosenberg e Echandía (vide item 1.4.6.3 *retro*).

Com base na tradição oriunda do Direito Romano e que muito influenciou juristas europeus e sul-americanos, os critérios sobre a distribuição do ônus da prova inicialmente levavam em conta apenas a posição das partes na demanda, idéia que veio sendo gradativamente flexibilizada por novos critérios que se voltavam também para a natureza do fato a ser provado e para a parte favorecida pela prova do fato.

Foi nessa linha de evolução que Chiovenda elaborou a sua consagrada teoria da prova dos fatos constitutivos (a cargo do autor) e dos fatos modificativos, extintivos e impeditivos (a cargo do réu), que tanto influenciou legislações contemporâneas, a exemplo do que adotado pelo legislador brasileiro no art. 333 do CPC. Também Rosemberg se afastou dos critérios clássicos para atribuir a cada uma das partes o ônus de provar os pressupostos de fato da norma jurídica que lhe favorece, não importando se se trata do autor ou do réu, tendo sido esta a teoria adotada pelo legislador argentino ao redigir o art. 377 do CPCCN.<sup>376</sup>

<sup>373</sup> Segundo Rodrigo Leonardo, “já na fase da *cognitio extra ordine*, com a publicização do processo, passa-se a reconhecer, com maior clareza, o prejuízo imputado àquele que não prova o fato afirmado, tomando corpo o princípio de que *necessitas probandi incumbit ei qui agit*. Como visto, teríamos aqui remotas fontes do que seria o ônus da prova como regra de julgamento. Persistiam as diversas formulações que levavam a conclusões semelhantes como *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*. As críticas à exclusão de prova das negativas, contudo, foram responsáveis paulatinamente pelo surgimento de novas orientações para repartição do ônus probatório”. *Idem*, p. 96.

<sup>374</sup> “Princípio romano que já demonstra certa amenização da idéia de que as negativas não precisariam ser provadas, adotado, por exemplo, na Ord. do liv. 3º, tít. 53, par. 1º, ao enunciar que ‘É posto que seja regra que a negativa não se pode provar, se é coartada a certo tempo e lugar e bem assim se pode provar se é a negativa que se resolve em afirmativa’. A base dos princípios romanos sobre a repartição do ônus da prova, até então, se encontra na distinção entre *intentio* e *exceptio*, não se cogitando a distinção entre fato constitutivo, modificativo e extintivo. Destarte, percebe-se singela distinção entre prova sobre fatos ou sobre afirmações dos fatos, prevalecendo a segunda corrente em fórmulas como *allegatio et non probatio quae non allegati*”. *Ib idem*, p. 97.

<sup>375</sup> Escreve ainda Rodrigo Leonardo que “a fórmula (*semper onus probandi incumbit qui dicit*) imputa a quem alega a carga de provar o afirmado. De seu sentido mais extremo, depreende-se outra fórmula *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*. Pretendia-se com essa máxima salvaguardar a integridade do demandado. Assim, até que fosse produzida nova prova em contrário, o réu não teria maior incômodo com o processo instaurado. Também entendia-se que a atitude de simplesmente negar a existência do fato afirmado pelo autor não ensejaria a produção de provas, pois seria impossível provar o que ainda não fosse determinado como existente. Percebe-se a procura de uma justificação na lógica natural para a divisão da carga da prova que fica explícita na lei 23, Cod. De probationibus, no Digesto: ‘*per rerum naturam, factum negantis probatio nulla est*’. A maior crítica verificada ao princípio *actori incumbit onus probandi* referia-se à liberação do réu até mesmo da prova das negativas afirmadas”. *Ib idem*, p. 95-96.

<sup>376</sup> Assim leciona Carlos Alberto Carbone: “El Derecho Romano y el Derecho francés del siglo pasado, y consiguientemente la doctrina europea y nacional, tomaban en cuenta la posición que las partes tenían en el proceso para atribuir la carga probatoria: el actor debía probar los hechos afirmados de su obligación, mientras que el demandado debía demostrar los hechos que excepcionaban. De ahí que se dice que el que afirma prueba. Chiovenda, si se quiere, mejoró estas premisas distinguiendo la clase de hechos que se afirman en el proceso, alejándose así de este estatismo que daba el rol procesal: los hechos constitutivos, que eran los hechos que invocaba el actor en la demanda, pero también los impeditivos, extintivos y modificativos de esos hechos que enervara el demandado; éstos los debía probar él. Paulatinamente comenzaron a nacer reglas acerca de la carga de la prueba que desbordaron el encuadre clásico y así se idearon distintas teorías como la teoría normativa de Rosenberg, recogida por el artículo 377 del CPCCN que dice: ‘Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción...’. No importa que se actor

Em todas estas variantes sempre esteve presente a preocupação de segurança na distribuição do ônus probatório, fruto das concepções então vigorantes do positivismo científico no âmbito do Direito, numa clara tentativa de se garantir objetividade mediante critérios rígidos e abstratos que pudessem de antemão revelar qual das partes estaria incumbida de provar determinado fato. Este ideal pode ser resumido nas seguintes palavras de Hernando Devis Echandia, ao mencionar uma das características essenciais por ele apontadas para a regra sobre o ônus da prova: “Debe ser una regla objetiva consagrada en la ley”.<sup>377</sup>

Não tardou, contudo, a se ver que todo esse esforço por segurança e objetividade, na esteira do que ocorreu em muitas outras áreas da Ciência Jurídica, abriu ensanchas ao cometimento de flagrantes injustiças no terreno da distribuição das provas. Tem-se aqui mais um exemplo do perene conflito, que tanto atormenta os juristas contemporâneos, entre dois valores reconhecidamente caros ao Direito: de um lado a *justiça* e de outro a *segurança jurídica*.

Prestigia-se o valor justiça quando se busca aproximar ao máximo da verdade, sem olvidar que, apesar de impossível para o homem alcançá-la em sua plenitude (vide item 1.4.1 *retro*), deve-se envidar todos os esforços em direção a um grau razoável de *certeza*, não se contentando apenas com os mecanismos formais que a muito custo têm buscado garantir a segurança jurídica. Como ressalta Edgar Baracat, “el fin del proceso (atento a la relatividad que muestran los valores en juego) debe ser una aproximación lo más cercana posible a la verdad objetiva y a la justicia”.<sup>378</sup>

São bastante pertinentes as ponderações de Rafael de Pina quando reconhece que a literatura clássica sobre a distribuição do ônus da prova, apesar de extraordinariamente nutrida, fundou as suas conclusões levando mais em conta a realidade legal do que as conseqüências que devem ser deduzidas do processo enquanto atividade pública encaminhada à aplicação do

---

o demandado, debo probar los hechos correspondientes que convaliden la aplicación de la norma que me conviene, que quiero que se aplique (una ordenanza municipal, un edicto policial, un reglamento administrativo, etc.). Sintetizando, la teoría de Rosenberg, como vimos, impone a cada una de las partes la carga de probar los presupuestos de hecho de la norma jurídica que le resulta favorable”. Cargas probatorias dinámicas: una mirada al derecho comparado y novedosa ampliación de su campo de acción. In: Jorge W. Peyrano. *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 204.

<sup>377</sup> *Teoría general de la prueba judicial*. 5. ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia, 1981, t 1, p.441. Aduz o jurista de Bogotá: “Sy la ley le otorgara al juez la facultad de determinar los hechos que debe probar cada parte, es decir, la facultad de distribuir libremente la carga de la prueba, se convertirá ésta en una regla subjetiva y singular. Esta libre distribución no ha sido acogida por los legisladores, ni por la doctrina, porque equivale a dejar al arbitrio del juez la decisión sobre los hechos del litigio, lo cual debe hacerse mediante normas jurídicas, cuya aplicación pueda ser revisable por el superior, e inclusive en casación, y que permitan a las partes adoptar las precauciones necesarias para evitar sorpresas en el proceso que pueda presentarse y para adquirir seguridad en el comercio jurídico”. *Idem*, p.441-442.

<sup>378</sup> Estado actual de la teoría de la carga dinámica de la prueba con especial referencia a antecedentes jurisprudenciales y a la materia juzgada. In: Jorge W. Peyrano. *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 285. Aduz Baracat que “si no resulta factible que el hombre (criatura imperfecta) pueda alcanzar en todos los casos y a través del proceso la verdad real, por lo menos ha de ser deseable que se aproxime (veredicto de por medio) a una sentencia lo más cercana a lo justo, ya que un fallo que carezca de esse atributo, aunque importe lograr la seguridad jurídica, no basta para obtener la ansiada paz social. Diremos también que el magistrado tiene y debe ab initio prometer a los litigantes aproximarse lo más cerca que le sea factible a la verdad objetiva y a la justicia”. *Idem*.

Direito, razão pela qual a concepção de processo experimentou uma mudança transcendental, notadamente no campo do ônus da prova.<sup>379</sup>

Nesse passo, o critério de Chiovenda, fundado na natureza dos fatos, veio sendo alvo de críticas por não ser suficiente a resolver situações específicas<sup>380</sup> nas quais o próprio réu invoca novos fatos constitutivos, cabendo ao autor, então, a prova dos respectivos fatos modificativos, extintivos ou impeditivos,<sup>381</sup> além do que existem hipóteses em que a prova de fatos constitutivos somente pode ser feita pelo réu.<sup>382</sup> Ademais, a distinção entre as categorias de fatos nem sempre é fácil e não raro um fato pode ser ao mesmo tempo qualificado como constitutivo ou impeditivo.<sup>383</sup>

<sup>379</sup> “La literatura sobre la carga de la prueba es extraordinariamente nutrida. Sin embargo, el problema no ha sido suficientemente esclarecido, sin duda porque los autores han tenido más en cuenta, al formular sus conclusiones, la realidad legal que las consecuencias que deben deducirse de la concepción del proceso como una actividad pública, encaminada a la aplicación del Derecho. (...) Los criterios que han servido, históricamente, para regularla aunque siguen ejerciendo una positiva influencia no pueden ser aceptados en nuestro tiempo, porque la concepción del proceso ha experimentado un cambio trascendental en el orden doctrinal, cuya repercusión ha de ser cada día más intensa en la esfera de la legislación. La regulación de la carga de la prueba, en la mayor parte de los países, requiere una transformación radical”. *Tratado de las pruebas civiles*, p. 85-86.

<sup>380</sup> Apesar de reconhecer que a tese de Chiovenda significou um grande avanço na elaboração do tema sobre o ônus da prova, Roland Arazi ressalta que “ella no contempla todos los casos posibles; por ejemplo, si mediante una pretensión de sentencia meramente declarativa, el actor demanda para que se declare prescrita la obligación, él tendrá la carga de probar el hecho extintivo en que funda su pretensión. En las obligaciones de no hacer, si el acreedor demanda para que se destruya lo que se hubiese hecho por culpa del deudor o seu autorice para destruirlo a su costa (art.683, Cód. Civ.), debe probar el incumplimiento del demandado, es decir la ejecución de aquello que el deudor se obligó a no hacer. Advertimos entonces que no son sólo los hechos constitutivos los que tiene que probar el demandante”. *La prueba en el proceso civil*. 2. ed. Buenos Aires: La Rocca, 1998, p.100. Ivana María Airasca también assevera que “esta estaticidad de la distribución de la carga probatoria fijo las reglas de una manera demasiado rígida y sin atender a las circunstancias particulares de cada caso que eventualmente podrían llegar a aconsejar alguna otra solución para arribar a la verdad real de los hechos y a una sentencia justa”. *Op. cit.*, p. 132.

<sup>381</sup> Aduz Ivana Airasca que “la clasificación de Chiovenda no previó la posibilidad de que el demandado aportara su propia versión de los hechos, y por lo tanto también basara su pretensión en hechos constitutivos u que debiera probar los mismos, y que al actor le incumbiera entonces probar los hechos impeditivos, modificativos o extintivos de los hechos constitutivos invocados por el demandado.” *Idem*.

<sup>382</sup> Aludindo à clássica doutrina de divisão dos fatos em constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos, Miryam Balestro Faure assinala que “esta tesis se instaló con mucha fuerza no sólo en los códigos, sino en el razonamiento de los operadores jurídicos del siglo que pasó, y significó un gran avance en la teoría procesal sobre la materia. Sin embargo - una vez más - ella no resultó suficiente para resolver todos los casos posibles, y a poco de andar se advirtió que son múltiples las situaciones en las que al actor le incumbe probar hechos que no encuadran en la categoría de constitutivos”. La dinámica de las cargas probatorias: una proyección del principio que prohíbe abusar de los derechos procesales. In: Jorge W. Peyrano. *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 332.

<sup>383</sup> Escreve Boaventura Pacífico que “o critério baseado na natureza dos fatos não se afigura adequado para explicar todos os casos, não podendo, portanto, servir como critério geral e absoluto. Guasp afirma que não se pode fixar o ônus da prova ‘com base em uma consideração isolada de seu objeto, isto é, dos dados processuais a serem provados’, a isso equivalendo a classificação dos fatos em constitutivos, impeditivos e extintivos, com a imposição da prova dos primeiros ao autor e a dos demais ao réu. Além da dificuldade de se estabelecer, em cada caso, a distinção entre essas categorias, adverte que se o demandante afirma circunstâncias impeditivas ou extintivas, o ônus da prova lhe incumbe. (...) Silva Melero argumenta que o caráter constitutivo, impeditivo ou extintivo dos fatos é muito mais uma qualidade de relação (*calidad de relación*) do que algo incorporado ao fato em si considerado. Um mesmo fato, observado por diferentes prismas, pode ser diferentemente qualificado, razão pela qual deve ser visto no contexto de uma relação. A esse respeito, o Prof. Dinamarco apresenta um excelente exemplo, em parecer emitido em 1992: ‘...a incapacidade do agente é um fato impeditivo quando alegada pelo réu, em defesa, na ação em que o autor quer fazer valer um contrato: e é assim porque o contrato terá deixado de produzir os efeitos programados, caso realmente seja incapaz o agente. Mas a mesma incapacidade é fato constitutivo do direito de quem tiver vindo a juízo, como autor em pedido de ação anulatória deste: é da concreta ocorrência desse fato que emerge a *sanctio juris* consistente na retirada da eficácia do contrato impugnado’. (...) Assim, salta aos olhos a insuficiência de simplesmente atribuir-se ao autor a prova dos fatos constitutivos e ao réu a dos impeditivos, extintivos e modificativos”. *Op. cit.*, p. 103-105.

Acrescente-se a isso a manifesta ineficiência da aplicação de regras rígidas e apriorísticas na resolução dos chamados “casos difíceis”<sup>384</sup>, nos quais a produção de prova se revela praticamente impossível para aquele que a princípio caberia provar (problema da *provas diabólicas*).<sup>385</sup> Sob esse prisma, Jorge Kielmanovich alude aos “procesos de alta complejidad o de *difficilioris probationes*”.<sup>386</sup>

Sustentando que a natureza dos fatos não pode ser extraída baseando-se em critérios puramente processuais, Boaventura Pacífico considera imprescindível “utilizar outro princípio subsidiário ou complementar”,<sup>387</sup> referindo-se aos pensamentos de Micheli, Rosenberg e Verde acerca da relevância do aspecto substancial dos fatos na repartição do ônus da prova, isto é, da utilização de um critério fundado nas normas do Direito Material relativo ao fato controverso.<sup>388</sup> Com isso voltaram à arena dos debates, na Ciência do Direito, idéias fundadas no pensamento de processualistas que há muito se destacaram por defender certa flexibilização na aplicação das regras objetivas de distribuição do ônus da prova, transferindo para o julgador a incumbência de avaliar qual das partes terá o encargo probatório, segundo a natureza dos fatos tal como substancialmente dispostos em cada caso concreto.

<sup>384</sup> Miryam Faure toma emprestada a denominação dada por Ronald Dworkin ao se referir a situações em que “los hechos y las normas relevantes permiten, por lo menos a primera vista, más de una solución”. Esclarece que “en estos caso, que se escapan por derecho propio de los moldes de lo cotidiano, el formalismo legalista resulta insuficiente y ni hablar del tan famoso como descartable ‘silogismo’ jurídico al que se pretendió – y todavía se pretende – reducir un acto de la trascendencia de la sentencia judicial. Lo real es que el fallo nunca es la conclusión necesaria de un silogismo, sino que es siempre una *decisión* que, como tal, presupone la posibilidad de optar por una u otras soluciones. La opción implica siempre una valoración crítica, y por ende *dinámica*, de las distintas alternativas posibles con miras al resultado pretendido. En materia de prueba, a las reglas de valoración de la producida según la estática de la distribución de la carga se suma la regla de carácter extraordinario – destinada en la etapa decisoria al juez – que conduce a considerar la conducta procesal de las partes en el período de las acreditaciones y a otorgarle – por aplicación de los principios generales del proceso y los particulares de la prueba – un cierto valor probatorio. Las omisiones, los silencios, la negligencia, las posibilidades de preconstituir prueba o de obtenerla con posterioridad, así como la dificultad en el mismo sentido, cobran especial significación cuando el caso es ‘difícil’ y la prueba arrimada insuficiente”. *Op. cit.*, p. 341.

<sup>385</sup> Ivana Airasca salienta que “frente a la dificultad demostrativa de ciertos hechos, es decir frente a determinados hechos cuya prueba resulta muy difícil o prácticamente imposible, o de muy difícil acceso a la parte que debería aportarla en principio, según las reglas clásicas de distribución de la carga de la prueba, se atenúa el rigor probatorio, fundado precisamente en la dificultad en obtener dicha prueba, y para paliar la ímproba tarea de producir lo que la doctrina y la jurisprudencia han llamado ‘*pruebas diabólicas*’, a fin de no colocar a la parte en un estado de total indefensión por no poder obtener determinadas pruebas y dejarla sin ninguna chance de éxito en la solución del pleito. La doctrina procesal ha ido elaborando la teoría de las pruebas leviores, aplicables a aquellos asuntos en que resulta difícil cumplimentar la carga demostrativa, por circunstancias ajenas al titular; en esos supuestos se admiten simples argumentos de probabilidad. Esto funciona como un aliviador del rigor probatorio, produce una certeza moral en el juez que, juntamente con una circunstancia concomitante, hace que se pueda considerar probado tal hecho, y por lo tanto justifica la disminución del rigor probatorio”. *Ib idem*, p. 133.

<sup>386</sup> *Op. cit.*, p. 98.

<sup>387</sup> *Op. cit.*, p. 105.

<sup>388</sup> “Rejeitando a suficiência de critérios puramente processuais para qualificar os fatos, Micheli afirma que uma regra de julgamento, destinada à aplicação do direito material, não pode indicar critérios para que o juiz decida em qualquer hipótese, na medida em que não pode qualificar autonomamente os elementos de fato da norma material enquanto esta não os tenham regulado diretamente. *O critério a ser seguido para a qualificação da natureza de determinado fato não pode ser buscado senão nas normas de direito material, isto é, na disciplina positiva de determinada relação jurídica*. Em outras palavras, ‘a regra de julgamento no processo civil, como verdadeira e própria norma para a aplicação do direito, torna o próprio conteúdo concreto, valendo-se do conteúdo da norma a ser aplicada’. No mesmo diapasão, Rosenberg é categórico ao afirmar que a distribuição do ônus da prova ‘é somente uma consequência da estruturação do direito material’, e Verde sustenta, da mesma forma, que a qualificação dos fatos é ‘o resultado de uma pesquisa a ser desenvolvida sobre a disciplina substancial, que freqüentemente apresenta enorme dificuldade’”. *Idem*, p. 107-108.

João Batista Lopes<sup>389</sup> faz alusão à obra de Soares de Faria, tida como um dos principais estudos sobre as teorias a respeito do ônus da prova<sup>390</sup> e que traz uma sistemática abordagem acerca dos pensamentos de Bentham (“a prova deve ser feita por quem possa satisfazer mais fácil, menos inconveniente e menos dispendiosamente”<sup>391</sup>), Weber (“a prova incumbe a quem pleiteia um direito ou uma liberação em relação a fatos ainda incertos”<sup>392</sup>), Bethman-Hollweg (“deve presumir-se a existência de um direito, uma vez fundado”<sup>393</sup>), Fitting (“só a alegada mutação de um estado anterior necessita ser provada”<sup>394</sup>) e Gianturco (“cabe o ônus da prova a quem dela auferir vantagem”<sup>395</sup>).

Mais recentemente processualistas argentinos desenvolveram a chamada doutrina das “cargas probatórias dinâmicas”, pregando uma distribuição dinâmica dos ônus da prova em contraposição ao modelo estático adotado com base no direito romano e que tradicionalmente inspirou os diplomas processuais civis, a exemplo do que aconteceu com o nosso CPC em seu artigo 333.

Em apertada síntese do que sustentam os defensores da doutrina das cargas probatórias dinâmicas ou da distribuição dinâmica do ônus da prova (assim também vem sendo chamada no Brasil), acena-se que o encargo probatório deve ser direcionado casuisticamente àquele que se encontra em melhores condições de provar.<sup>396</sup> Atribui-se a juristas como Jorge W.

<sup>389</sup> *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 41.

<sup>390</sup> Em monografia intitulada “*Principais teorias relativas ao ônus probandi*”, 1936. ns. 20 e ss. *Apud* João Batista Lopes. *Idem*.

<sup>391</sup> As premissas da Teoria de Bentham sobre o ônus da prova serão especificamente tratadas em tópico posterior.

<sup>392</sup> Amaral Santos, também se referindo a esta importante monografia elaborada por Soares de Faria, assim alude à teoria de Webber: “Quem pleiteia um *direito* ou uma *liberação* de direitos ou de usurpações de outrem – pondera Webber – deverá provar os fatos ainda incertos, cuja verdade é o pressuposto do direito ou da liberação. Donde o princípio fundamental do ônus probatório, na consonância dessa doutrina, na síntese de Soares de Farias: ‘A prova incumbe a quem pleiteia um direito ou uma liberação, em relação aos fatos ainda incertos’. Para a prova do fundamento do direito basta a das suas condições essenciais, isto é, aquelas que lhe dão origem, cabendo a quem contesta provar as condições impeditivas”. *Op. cit.*, p. 101.

<sup>393</sup> Escreve Amaral Santos: “Entendendo que a norma *affirmanti incumbit probatio* se aplica às relações jurídicas e não aos fatos em si considerados, Benthmann-Hollweg estabelece o princípio fundamental da sua teoria: a quem afirma um direito cabe provar-lhe a existência (...). Provada a origem de um direito, presume-se a sua *persistência*. Ao adversário, alegando sua extinção, caberá demonstrá-la por meio da prova de fatos que desfaçam aquela presunção”. *Idem*.

<sup>394</sup> Ainda segundo Amaral Santos, “são pressupostos da teoria de Fitting, com a qual substancialmente concordam Lessona, Ramponi, Polacco e muitos outros escritores, as seguintes afirmações: a) os fatos não provados são como se não existissem (*allegare nihil et allegatum non probare paria sunt*); b) são os fatos, não o direito, o objeto da prova e do ônus dela (*ex facto oritur ius*); c) o ônus da prova não é um *dever jurídico*, mas apenas um dever no sentido de *interesse* ou *necessidade prática* de provar, a fim de que o juiz possa considerar o fato como existente. (...) 1º) Quem tem um interesse em que, num caso, se reconheça como intervindo a ação ou, respectivamente, a reação de uma norma jurídica, deve, onde ocorra, provar os pressupostos de fato que a informam; 2º) Só a afirmação de uma mudança de um estado anterior necessita de prova, que não a permanência do mesmo”. *Ib idem*, p. 102.

<sup>395</sup> “Toda a questão do ônus probatório, para Gianturco, resolver-se-á com a indagação da vantagem ou desvantagem da prova de determinado fato: ninguém tomará a iniciativa de provar sem que disso não pretenda tirar vantagem. Daí o princípio fundamental de sua teoria: deve provar quem da prova auferir vantagem. Mas a prova, na consonância da *lei do mínimo esforço*, que informa o *egoísmo humano* – que é de onde o autor extrai o seu princípio fundamental e no que se assenta a sua *teoria da vantagem* – deve ser limitada a um mínimo, não determinável *a priori*, pela dependência em que se encontra de variadíssimos fatores”. *Ib idem*, p. 103.

<sup>396</sup> Conforme escreve Débora de Oliveira Ribeiro, “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, podendo suas idéias serem assim resumidas: (i) as partes não têm direito de permanecer absolutamente inertes no processo, fundando-se em meras negativas das alegações contrárias; (ii) a carga da prova pode recair sobre o autor ou réu segundo as circunstâncias do caso e a situação

Peyrano, Augusto M. Morello e Julio Chiappini a sistematização desta doutrina, já considerada, ao menos na Argentina, como “teoria recebida”.<sup>397</sup> Segundo Peyrano, a doutrina das cargas dinâmicas “importa un desplazamiento del *onus probandi*, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas”.<sup>398</sup>

O qualificativo *dinâmica*, segundo explica Roland Arazi, deu-se “por su movilidad para adaptarse a los casos particulares, a fin de oponerla a una idea estática igual para todos los supuestos sin atender a las circunstancias especiales”.<sup>399</sup>

Num dos poucos escritos brasileiros sobre o tema até o momento, Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior destaca que a teoria das cargas probatórias dinâmicas, “se não concebida por Jorge W. Peyrano, ilustre jurista argentino, foi, sem dúvida, por ele desenvolvida em obras que mereceram ampla divulgação no meio hispano-americano”.<sup>400</sup> De fato, em extensa obra coletiva coordenada por Jorge Peyrano, são vários os autores argentinos que contribuíram com seus textos em defesa da doutrina das cargas probatórias dinâmicas.

processual das partes; (iii) a carga da prova não depende apenas da alegação de um fato, mas também da possibilidade de produção da prova; (iv) impõe-se a prova à parte que se encontre em melhores condições de produzi-la, independentemente de sua condição de autor ou réu; e (v) 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”. *Inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, 2005. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 128-129.

<sup>397</sup> Referindo-se a uma das conclusões que constam nos anais do XVII Congresso Nacional de Direito Processual realizado na Argentina, Jorge Peyrano assinala que “constituye doctrina ya recibida la de las cargas probatorias dinámicas. La misma importa un apartamiento excepcional de las normas legales sobre la distribución de la carga de la prueba, a la que resulta procedente recurrir sólo cuando la aplicación de aquéllas arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas. Dicho apartamiento se traduce en nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria ceñidas a las circunstancias del caso y renuentes a enfoques apriorísticos (tipo de hecho a probar, rol de actor o demandado, etc.). Entre las referidas nuevas reglas se destaca aquella consistente en hacer recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva”. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 21. Assim também aponta Marcos Peyrano: “Dentro del ámbito científico argentino, se destaca la declaración – que considera nada menos que ‘teoría recibida’ a las cargas probatorias dinámicas – del XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, lo cual ha dado lugar a numerosas adhesiones de los más encumbrados autores procesalistas locales. Asimismo, y por su relevante practicidad, ha sido recogida con entusiasmo por lo más granado de la civilística nacional, especialmente en las cuestiones referentes a la prueba de la responsabilidad civil médica”. La teoría de las cargas probatorias dinámicas en la flamante ley de enjuiciamiento civil española (Ley 1/2000). In: Jorge W. Peyrano *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 186.

<sup>398</sup> Jorge W. Peyrano. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas, p. 20.

<sup>399</sup> *Op. cit.*, p. 107. Assim discorre Arazi sobre a doutrina enfocada: “Es importante que el juez valore las circunstancias particulares de cada caso, apreciando quién se encontraba en mejores condiciones para acreditar el hecho controvertido, así como las razones por las cuales quien tenía la carga de probar no produjo la prueba. Este criterio es aplicado con frecuencia por la jurisprudencia y tiene el aval de la CSJN, que recientemente ratificó su postura diciendo que las reglas atinentes a la carga de la prueba deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, principio éste que se encuentra en relación con la necesidad de dar primacía – por sobre la interpretación de las normas procesales – a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal”. *Idem*, p. 106.

<sup>400</sup> Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 788:92-107, jun. 2001. Aduz o autor que “a solução alvitada tem em vista o processo em sua concreta realidade, ignorando por completo a posição nele da parte (se autora ou se ré) ou a espécie de fato (se constitutivo, extintivo, modificativo, impeditivo). Há de demonstrar o fato, pouco releva se alegado pela parte contrária, aquele que se encontra em melhores condições de fazê-lo. A aludida doutrina, em que pese a tentativa de restringi-la, logrou êxito em diversos campos na Argentina, precipuamente no da responsabilidade profissional, *a fortiori* na médica, de algum modo aliviando o peso que ordinariamente aflige o autor da ação ressarcitória”. *Idem*.

Na linha do que Juan Alberto Rambaldo chama de “giro epistemológico”, sucede que “esta doctrina se sustenta en um modo de análisis que se aparta de la *lógica formal* propia del racionalismo maniqueo para ingresar en el campo de la *dialéctica del pensamiento*, apoyándose en la teoría de los valores y en la observación del concreto social”.<sup>401</sup> Acrescenta que “la doctrina en estudio se encuentra perfectamente sostenida por los principios generales del proceso”, os quais “exceden lo expresamente previsto por las normas legales”.<sup>402</sup>

Tecendo críticas às regras rígidas das clássicas teorias de distribuição do ônus da prova e salientando que “esas reglas no son el oráculo de Delfos”, Guillermo Peyrano prega uma adequada ponderação e prudente valoração dos elementos fáticos alegados em cada causa, de modo que “no sólo el jurista, sino también – y fundamentalmente – el hombre común, puedan encontrar que el resultado de esos procedimientos encarna la realización de la justicia del caso concreto dirimido”.<sup>403</sup> E no tocante especificamente aos litígios envolvendo a Administração Pública, sustenta que “no hay razones para no aplicar todas esas nociones a la prueba en los procesos contencioso administrativos”.<sup>404</sup>

Pugnando pela superação da tradicional concepção liberal do direito processual calcada meramente no interesse das partes, Beatriz Ruzafa defende que se resgatem valores de cooperação e efetiva colaboração das partes na busca de uma maior de grau de certeza sobre os fatos discutidos no processo, segundo os princípios da *solidariedade* e da *boa-fé processual*.<sup>405</sup>

Com referência às regras básicas a serem extraídas da doutrina das cargas probatórias dinâmicas – também chamada de “teoria solidarista do processo e da prova”, “doutrina da carga da prova compartilhada”, dentre outras denominações –, Carlos Daniel Pastor assinala que “serían que la carga recae sobre aquella parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla y

<sup>401</sup> *Op. cit.*, p. 33.

<sup>402</sup> *Idem*, p. 29.

<sup>403</sup> Una sentencia en la que se patentiza la relacion entre la interpretación contractual y la carga de la prueba del cumplimiento de las obligaciones asumidas. In: Jorge W. Peyrano. *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 241 e 249.

<sup>404</sup> *Idem*, p. 243.

<sup>405</sup> “La caracterización tradicional de la carga de la prueba, pese a haber evolucionado en doctrina, continúa asociada a una concepción indiscutiblemente liberal del Derecho Procesal, focalizada primordialmente en: a) El interés de las partes, exclusivo motor del principio dispositivo, y b) el perfil de un juez director-espectador del proceso. En este sistema quedan necesariamente relegados otros valores que entendemos deben ser rescatados, tales como el ‘*principio de la solidaridad*’ o aquel que ‘*obliga*’, como carga técnica del proceso, a aquella parte que se encuentra en mejores condiciones, a procurar la prueba. No en vano se ha dicho que: ‘*en ciertos casos a una sola de las partes le es más cómodo proponer y practicar la prueba que a la otra o al propio órgano jurisdiccional*. La aplicación del *principio solidarista en el reparto de la carga de la prueba* acarrea las siguientes consecuencias procesales: 1) Conlleva la exigencia del ofrecimiento y producción con preferencia a la parte que en reparto aparece emplazada por la norma como adjudicataria de ello; 2) desemboca en la funcionalidad del principio ‘*de cooperación o de efectiva colaboración*’ enraizado en el de mayor fuerza operativa y el más comprensivo o principio de la *solidariedad*; 3) arraiga, merced al ensamble de ambos, en el de ‘*buena fe procesal*. El fundamento mismo de la finalidad del ‘*debido proceso*’ requiere en el ámbito probatorio de la conjugación de la labor de los sujetos procesales, a los cuales, sin exclusión, les incumbe en concreto hacerlo adecuadamente, a través de una actitud útil según sus posibilidades reales de actuación, lo que significa no incurrir en una posición abusiva por omisión”. Las cargas probatorias dinámicas em juicio ejecutivo. In: Jorge W. Peyrano. *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 375.



que quien pretende demostrar que las cosas no obedecieron al curso normal de las mismas es quien debe cargar con la demostración de esa afirmación”.<sup>406</sup>

Além do seu acentuado destaque no cenário jurídico argentino, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova obteve também grande receptividade no Direito espanhol, onde assumiu a denominação de “doutrina da facilidade probatória”<sup>407</sup>, sendo tão bem acolhida pela jurisprudência que, por sugestão dos próprios juízes espanhóis<sup>408</sup>, veio a ser consagrada expressamente no art. 217 da lei de processo civil daquele país (Ley 1/2000), levando-se em conta “la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”.<sup>409</sup>

Críticas ferrenhas não foram poupadas a esse modelo dinâmico de definição de encargos probatórios, sobretudo por aqueles que enxergam a segurança jurídica como valor supremo e intangível do Direito. Miryam Faure cita neste sentido o pensamento de Fenochietto, segundo o qual “trasladar el tema de la carga de la prueba a las circunstancias del caso importa volver a etapas superadas de casuismo jurisprudencial”.<sup>410</sup> Não obstante, parece que ataques deste gênero, porquanto calcados nos clássicos modelos epistemológicos centrados em padrões

<sup>406</sup> Cargas probatorias dinámicas y su aplicabilidad a la inoponibilidad de la personalidad jurídica. In: Jorge W. Peyrano. *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 422.

<sup>407</sup> É o que salienta Marcos Peyrano: “Tal ha sido el auge cobrado por esta doctrina que a través de la doctrina civilista española, estimamos, ha ido cobrando carta de ciudadanía en aquel país. Pero, sin lugar a dudas, han sido los propios jueces españoles los que, atraídos por las posibilidades que les brinda este instituto frente a cuestiones de ‘prueba difícil’ o carentes de material probatorio, han tomado y aplicado sin tapujos el ‘dinamismo’ en materia de cargas de la prueba, sobre todo teniendo en cuenta la disponibilidad y ‘facilidad’ probatoria que corresponde a cada una de las partes litigantes. Esto queda plenamente acreditado con los numerosos casos jurisprudenciais resueltos aplicando lo que en España se ha denominado ‘regla o principio de la facilidad probatoria’, la cual atiende en cuanto al reparto del esfuerzo probatorio – según las particulares circunstancias del caso – a la mayor facilidad para acreditar un hecho que presenten las partes, independientemente de su carácter de actora o demandada. Así, por ejemplo, se ha declarado que: ‘En la inversión de la carga de la prueba, se produce un cambio en la base fáctica de la norma cuya aplicación se pretende, en virtud del cual se traspaasa a la parte contraria la carga de probar. Tal es el caso de la reconocida jurisprudencialmente, en materia de culpa extracontractual, doctrina que no se asienta en una presunción de culpabilidad, sino en el supuesto de que una persona, para su provecho, maneja dispositivos y ordena trabajos que, objetivamente, entrañan un peligro para los demás, y por ello, si por causa de esos dispositivos o trabajos, se produce un resultado lesivo es a quienes los manejan o se aprovechan a los que corresponde probar la diligencia en su uso, ya que no resultaría lógico exigir a los perjudicados que prueben las circunstancias de las causas de su perjuicio, que les son ajenas (STS 24-1-86, 17-3-86, 21-4-86, 20-3-87)’ ”. *Op. cit.*, p. 186-187.

<sup>408</sup> “Pero fueron los propios jueces los que pujaron con más fuerza por la inclusión de reglas ‘dinamizadoras’ de la carga de la prueba, conscientes de su evidente utilidad a la hora de fallar. Así, se presentó un enjundioso *Informe al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil* (aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su sesión del 11-5-98)”. *Idem*, p. 188.

<sup>409</sup> Eis o texto integral do art.217 da lei de processo civil espanhola: “*Carga de la prueba*. 1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimará las pretensiones del actor o del reconviniendo, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones. 2. Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción. 3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior. 4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente. 5. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes. 6. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”.

<sup>410</sup> *Op. cit.*, p. 337.

formais de metodologia do conhecimento, não têm a mesma força que outrora já tiveram. Com efeito, se o desenvolvimento do positivismo científico, sobretudo a partir do século XIX, esteve na busca racional de modelos cognitivos assentados na lógica mecanicista típica das ciências exatas<sup>411</sup>, tendo, no campo do Direito, encontrado a cúspide no normativismo kelseniano, hoje estas concepções vêm sendo aos poucos superadas.

Basta atentar para os precedentes históricos dos regimes totalitários (dos quais se tem como exemplos mais cruéis o fascismo e o nazismo<sup>412</sup>) para se concluir que o positivismo jurídico assentado na legalidade estritamente formal tem falhado em sua missão.<sup>413</sup> Em seu nome gritantes injustiças foram cometidas, em tamanho grau que acabou comprometendo a própria segurança jurídica que lhe servia de base de sustentação. O fracasso político do positivismo legalista levou ao desenvolvimento, no âmbito da Ciência Jurídica, de teorias que buscam afirmar a força normativa dos *princípios* jurídicos (ao lado das *regras* jurídicas<sup>414</sup>) como

---

<sup>411</sup> Saliente-se que mesmo no âmbito das chamadas ciências “exatas” já houve certa quebra de paradigmas a partir de estudos tais como a *teoria da relatividade* de Albert Einstein e o *princípio da incerteza* de Heisenberg. Destaca-se ainda, neste sentido, a famosa *teoria do caos* (o “efeito borboleta”) desenvolvida pelo cientista americano Edward Lorenz, demonstrando que a maior parte dos fenômenos físicos não podem ser descritos por meio de equações matemáticas lineares, dado o grande número de variáveis neles envolvidas e a dependência sensível das condições iniciais. Em seu polêmico artigo escrito em 1972 e intitulado “*Previsibilidade: o bater de asas de uma borboleta no Brasil desencadeia um tornado no Texas?*”, Lorenz argumenta que “insignificantes fatores podem amplificar-se temporalmente de forma a mudar radicalmente um estado. Assim, a previsão do tempo a longo prazo continua a ser algo inalcançável, pelo fato de que nossas observações são deficientes e os arredondamentos que utilizamos, inevitáveis”. Fonte: <http://www.geocities.com/inthechaos/histo.htm>. Acesso em 16.03.2007.

<sup>412</sup> Consoante escrevem Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, “a decadência do Positivismo é emblematicamente associada à derrota do Fascismo na Itália e do Nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da II Guerra Mundial a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido”. A nova interpretação constitucional dos princípios. In: George Salomão Leite. *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.107.

<sup>413</sup> Criticando a “substituição por um conceito de justiça imanente, ao nível da fenomenologia positivista, denominado justiça legal”, assim adverte Arnaldo Vasconcelos: “Vale lembrar como a experiência histórica de realização dessa teoria foi terrivelmente trágica. Recorramos ao depoimento de um daqueles que o vivenciaram, o jusfilósofo alemão Gustav Radbruch. Reportando-se ao regime nazista, escreveu ele: ‘Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos *Positivismo*, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias. Mais cruéis e mais criminosas’. Isso vale para qualquer dos regimes autoritários, todos eles legalistas, tanto os de direita como os de esquerda, indiscerníveis por sua intrínseca corrupção e perversidade. Quem confunde legalidade com Direito e se julga dono da lei, podendo manipulá-la à vontade, às vezes segundo seus mais baixos instintos, também acredita não precisar atender nem mesmo à opinião pública, que sempre encontra meios de protestar. Configura-se a situação em que é preciso sair da lei para entrar no Direito. (...) a Teoria Pura do Direito padece de uma falha insanável, decorrente de seu exacerbado formalismo, que a compromete definitivamente naquilo que concerne à sua configuração político-ideológica. O âmago da construção é a denominada *norma fundamental hipotética*, a um só tempo fonte de produção e de validade de toda a ordem jurídica. Nada obstante sua incomensurável importância, Kelsen jamais conseguiu decidir-se pela fixação de um conteúdo permanente para ela. Os juristas do nazismo, porém, nela encontraram, desde logo, inteiramente pronta e de graça, aquele modelo jurídico-normativo de que necessitavam para aí hospedarem sua teoria da superioridade racial dos arianos. Direito puro pareceu-lhes rimar com raça pura. Evidentemente que Kelsen, como democrata, repudiara o nazismo; mas também não deixa de ser indubitoso que, por sua reiterada negação da possibilidade de uma idéia universal de justiça, propiciou francamente aos nazistas a utilização de sua teoria para justificar os nefastos objetivos do regime, do qual, inclusive, terminou por ser uma das milhares de vítimas”. *Op. cit.*, p. 78.

<sup>414</sup> Adota-se aqui a dicotomia já consagrada na doutrina que aponta as *regras* e *princípios* como espécies do gênero *norma* jurídica. Não obstante, não se olvida haver críticas consistentes a esta dicotomia, tal como feito, no Brasil, por Humberto Ávila em sua obra *Teoria dos Princípios*.

mecanismos úteis de realização de justiça nos casos concretos, inaugurando uma fase que veio a ser designada de *pós-positivismo*, calcada numa *nova hermenêutica constitucional*.<sup>415</sup>

Ao contrário do que se pensa, o gradativo retorno dos juristas em atenção à realidade social e em busca de critérios mais substanciais de aplicação de normas jurídicas aos casos concretos não retirou do Direito o desejado rigor científico. Ora, razão não é sinônimo de objetividade ou dedutivismo puro, até porque o mundo não pode ser inteiramente traduzido a partir de elementos categóricos de percepção do tipo preto/branco, doce/salgado ou quadrado/redondo. Ademais, o raciocínio subjetivo também pode estar perfeitamente submetido a rigores metodológicos que garantam o controle em suas conclusões.

A incansável luta dos positivistas em afirmar o Direito como *ciência* poderia ter sido poupada se não estivessem eles com uma concepção equivocada sobre as premissas que podem revelar o caráter científico da pesquisa jurídica. A ciência moderna, contaminada pela ideologia do positivismo conceitualista, assentou as suas bases na captação experimental da realidade e na busca por segurança na descrição categórica dos fenômenos observados pelo homem. Com isso, assinala Arnaldo Vasconcelos, “absolutizou-se o conceito de cientificidade, tornando-o dogmático e, conseqüentemente, anticientífico. É o destino irrecorrível das teorias fechadas, formalistas e auto-sustentáveis”.<sup>416</sup> Daí porque, acentua o autor, “a ciência adulta do século XX teve de renunciar a duas pretensões, que a qualificaram como conhecimento superior a todos os demais, quais sejam, de apresentar exatidão de resultados e de resolver definitivamente os grandes problemas do homem”.<sup>417</sup>

No campo das ciências sociais de nada parece valer o obcecado apego a categorias da lógica formal se, tal como as sombras da caverna platônica, elas não se ajustarem à realidade. Vale aqui transcrever as belas palavras de Raffaele Mattioli, citado por Vittorio Denti: “nos

<sup>415</sup> “A superação histórica do Jusnaturalismo e o fracasso político do Positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *Pós-Positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *Nova Hermenêutica Constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética”. Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, *op. cit.*, p. 107.

<sup>416</sup> *Idem*, p. 49.

<sup>417</sup> *Ib idem*, p. 43. Destacando o ingênuo equívoco daqueles que, considerando impraticável a plena objetividade e a completa isenção do observador dos fenômenos sociais, negavam caráter *científico* às ciências sociais, Arnaldo Vasconcelos assevera que “as razões das incertezas e inseguranças são outras, e bem diversas. Elas não estão fora de nós, nas coisas ou nos deuses. Estão em nós mesmos. Residem no lugar mais recôndito de nosso ser e decorrer da quebra da nossa unidade essencial, da cisão entre finito e infinito, do desdobramento, em nosso íntimo, das parcelas do ser que é (relativa) e do ser que deve ser (absoluta). (...) A decantada invulnerabilidade das chamadas ciências exatas cedeu justamente no terreno onde pareciam inteiramente inatingíveis, o espaço epistemológico das físicas e das matemáticas. Foi aí que surgiram os denominados princípios da incerteza (Heisenberg), ou da tolerância (Bronowski), ou ainda da indeterminação (Eddington). Através deles, esclarece Jacob Bronowsky, pretendeu-se chamar a atenção para o fato de ‘que toda descrição da natureza contém determinada incerteza essencial e irremovível’. A abolição do dualismo cartesiano matéria/espírito pela teoria quântica, evidenciada na série das experiências de Ernest Rutherford e Werner Heisenberg, desestabilizou a concepção tradicional de realidade fundada na visão mecanicista do universo, vigente desde Isaac Newton”. *Ib idem*, p. 43-44.

mantemos firmes com respeito aos fatos, não porque cremos cegamente que tudo que é real seja racional, senão porque estamos convencidos de que não é racional discutir aquilo que não é real”.<sup>418</sup> Com efeito, o caráter *científico* de uma pesquisa não lhe é dado por seu objeto de estudo, mas, sim, pela metodologia empregada em suas conclusões. Nada, por si só, é ou não científico; científico é o *método*, o processo cognitivo pelo qual o homem organiza racionalmente as suas idéias em torno de determinado objeto.

Na lição de quem é considerado o grande sistematizador da sociologia na Alemanha – Max Weber<sup>419</sup> –, “toda obra científica ‘acabada’ não tem outro sentido senão o de fazer surgirem novas ‘indagações’; ela pede, portanto, que seja ‘ultrapassada’ e envelheça. Quem pretenda servir à ciência deve resignar-se a tal destino”.<sup>420</sup> Também rechaçando por completo a tradicional concepção de uma ciência triunfalista e infalível, Karl Popper<sup>421</sup> adverte que “o *saber científico não é saber; é tão-só saber conjectural*. Pode suceder que no centro da ciência, ali onde menos o suspeitaríamos, ocorra uma alteração tal que tudo altere”.<sup>422</sup>

João Maurício Adeodato, após assinalar que a gnoseologia jurídica – gênero do qual a epistemologia é espécie – tem como objeto o conhecimento humano direcionado à aproximação da verdade<sup>423</sup>, destaca a clássica dicotomia entre as atitudes gnoseológicas essencialistas e

<sup>418</sup> *Op. cit.*, p. 235.

<sup>419</sup> Cf. Cristina Costa. *Sociologia: introdução à ciência da sociedade*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004, p. 71. A autora destaca a importância do método compreensivo das realidades particulares, proposto por Weber, em oposição aos métodos positivistas capitaneados por Émile Durkheim: “Weber, figura dominante na sociologia alemã, com formação histórica consistente, se oporá a essa concepção. Para ele, a pesquisa histórica é essencial para a compreensão das sociedades. Esta pesquisa, baseada na coleta de documentos e no esforço interpretativo das fontes, permite o entendimento das diferenças sociais, que seriam, para Weber, de gênese e formação, e não de estágios de evolução. Portanto, segundo a perspectiva de Weber, o caráter particular e específico de cada formação social e histórica contemporânea deve ser respeitada. (...) Para a sociologia positivista, a ordem social submete os indivíduos como força exterior a eles. Para Weber, ao contrário, não existe oposição entre indivíduo e sociedade: as normas sociais só se tornam concretas quando se manifestam em cada indivíduo sob a forma de motivação. (...) Weber rejeita a maioria das proposições positivistas: o evolucionismo, a exterioridade do cientista social em relação ao objeto de estudo, ou seja, as sociedades, e a recusa em aceitar a importância dos indivíduos e dos diferentes momentos históricos na análise da sociedade. O cientista, como todo indivíduo em ação, também age guiado por seus motivos, sua cultura, sua tradição, sendo impossível descartar-se, como propunha Durkheim, de suas prenoções. Existe sempre certa parcialidade na análise sociológica, intrínseca à pesquisa, como a toda forma de conhecimento. As preocupações do cientista orientam a seleção e a relação entre os elementos da realidade a ser analisada. Os fatos sociais não são coisas, mas acontecimentos que o cientista percebe e cujas causas procura desvendar. A neutralidade durkheimiana se torna impossível nessa visão. Entretanto, uma vez iniciado o estudo, este deve se conduzir pela busca da maior objetividade na análise dos acontecimentos”. *Idem*, p. 71-74.

<sup>420</sup> Max Weber. *Ciência e política: duas vocações*. 18. ed. São Paulo: Cultrix, p. 29.

<sup>421</sup> Popper é o filósofo que idealizou o método conhecido como *falseacionismo*, conforme o qual “a ciência autêntica deveria fazer conjecturas ousadas a partir das quais o trabalho dos cientistas consistiria em procurar refutá-las com base em experimentos. O método consiste em mostrar que as teorias são falsas por contradizerem resultados empíricos”. Ricardo Feijó. *Metodologia e filosofia da ciência*. São Paulo: Atlas, 2003, p.46.

<sup>422</sup> *Apud* Arnaldo Vasconcelos, *ib idem*, p. 44.

<sup>423</sup> “(...) vem-se aqui tomando gnoseologia como gênero do qual epistemologia seria uma espécie. Essa convenção não é arbitrária e, além do emprego corrente de ambas as palavras, encontra apoio na etimologia: o termo *gnose* indica conhecimento em seu sentido mais amplo, um determinado tipo de relação entre sujeito e objeto, tal como se pode perceber em expressões como agnóstico, diagnosticar ou prognósticos, entre outras. Já *episteme*, conforme sugerido atrás, nos passos de Platão, refere-se a um setor particular da gnoseologia, um tipo de conhecimento com maiores pretensões a exatidão, certeza, rigorismo metódico. (...) Não se querem aqui tomar os *efeitos* das ações inspiradas neste ou naquele tipo de informação para classificar o conhecimento em vulgar e científico; pode-se inclusive objetar que a diferença é de grau ou meramente quantitativa em relação à aparente menor eficiência do conhecimento vulgar. O que distingue de fato o conhecimento filosófico-científico é a *postura*, a *atitude* (*approach, Einstellung*), a forma de aproximação perante o objeto e de transmissão dos conhecimentos adquiridos. Claro

convencionalistas. Identifica que o cerne do problema está em “observar se a linguagem humana descreve as coisas como são ou se sua relação com estas reduz-se a uma convenção que os homens estabelecem arbitrariamente”.<sup>424</sup> Com isso, Adeodato explica que a visão de ciência, tradicionalmente captada a partir de uma objetivação dos fenômenos (corrente *holística*), vem experimentando, notadamente no campo do Direito, uma tendência mais modesta de se adotar procedimentos conjecturais e sem pretensão de verdade definitiva (corrente *heurística*).<sup>425</sup>

Posta a questão nestes termos, é fácil concluir que ao problema da cientificidade do Direito precede a própria concepção do que seja *ciência* e o que a difere das formas de conhecimento vulgar. Logo, qualquer objeto pode ser estudado cientificamente<sup>426</sup>, razão pela qual, enfatize-se, não se deve negar caráter científico às contemporâneas teorias que buscam estudar os fenômenos jurídicos para muito além dos mecanismos abstratos de subsunção entre fatos e normas, dedicando a necessária atenção às peculiaridades dos casos concretos que demandam tratamento específico em cada situação, a exemplo do que ocorre com a aqui versada doutrina das cargas probatórias dinâmicas.

---

que as semelhanças entre as diversas formas de conhecimento, como espécies de um mesmo gênero, são muitas e importantes”. *Filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 173-174.

<sup>424</sup> *Idem*, p. 216.

<sup>425</sup> “Pode-se ainda expor esta oposição tradicional através dos termos *holística* e *heurística*. O substantivo *holístico* tem uso mais corrente, sobretudo, mas não apenas no vocabulário místico contemporâneo. Origina-se do adjetivo grego *holikós*, que significa ‘universal’. A expressão parece ter sido cunhada por J. C. Smuts, em 1926, com o objetivo de diferenciar sua teoria filosófica naturalista, tanto do monismo mecanicista quanto do dualismo vitalista. Pode ser definida como a tendência, supostamente característica de todo o universo, no sentido de sintetizar unidades em totalidades organizadas; essas totalidades constituem novas unidades para novas sínteses, cada uma com sua objetividade específica. A corrente holística parte de uma *objetivação* dos fenômenos. A teoria do conhecimento e a ciência devem fazer corresponder proposições *verdadeiras* a tais objetos preexistentes, buscando sempre um princípio ontológico unificador. Obviamente, o aparato cognoscivo do homem, enquanto ente pleno, é tido como competente para tanto. Dessa tendência faz parte a tradição platônica-aristotélica com suas diversas formas de ontologia essencialista. Mais modesta é a tendência *heurística*, palavra com a mesma raiz grega que a interjeição *heureka!* Ou o verbo *heurisco* (‘achei!’, ‘achar’). Menos comum hoje em dia, o uso do termo é mais antigo, remontando pelo menos ao século XVII. Em seu sentido moderno, a heurística pode ser definida com aquela série de conceitos e procedimentos que cooperam de alguma maneira para a relação do homem com seu meio, apesar do caráter conjectural e provisório, fornecendo conhecimentos adequados ainda que sem fundamentação rigorosa ou pretensão de verdade definitiva. Aqui o homem é visto como ser biologicamente carente, cuja linguagem é a única ‘realidade’ (a qual nada tem que ver com *res*) com que pode lidar. (...) a visão do homem como um ser pleno parece exercer maior atração tanto sobre as teorias filosóficas, no plano teórico, quanto sobre as ideologias, no campo prático. O orador cheio de certezas tem tido maior audiência do que o orador cheio de dúvidas. O apego à resposta, como instrumento discursivo que põe termo às inquietações geradas pela pergunta, parece ser fator importante para a solução de conflitos ou a unidade política, o que tem feito da holística a tendência principal e da heurística, a tendência marginal na história da filosofia ocidental. Diante da hipercomplexidade da sociedade pós-moderna, contudo, a teoria do direito vem perdendo essas certezas”. *Ib idem*, p. 218-219 e 235.

<sup>426</sup> Assim escreve Arnaldo Vasconcelos: “A ciência não tem domínio próprio, que lhe seja exclusivo. Desse modo, não existem, como até há pouco se acreditou, objetos que por natureza sejam científicos e outros, não- científicos. Já não há, pois, como colocar-se a indagação acerca da cientificidade do Direito, ou da Psicologia, ou da Religião etc. Tudo, tudo mesmo, sem exceção, pode ser estudado cientificamente. A ciência não é algo substancial, mas sim processual e metodológico. Em outras palavras: nada é ciência, porém tudo pode ser apreciado e formulado em termos tantos científicos, como filosóficos ou metafísicos. Assim também o problema de Deus e do Direito Natural. (...) De todo modo, constitui tema inteiramente superado a indagação acerca do caráter científico ou não do Direito, seja Positivo ou Natural. Desde há muito se entendeu que a cientificidade não reside no objeto mas no modo pelo qual nos ocupamos dele, isto é, no método. É, pois, o tratamento científico que imprime cientificidade ao objeto. Num exemplo limite: tanto pode ser científica a pesquisa sobre as subdivisões do átomo realizadas no âmbito da física quântica, como o estudo da crença nas figuras folclóricas, a exemplo da mula-sem-cabeça, para a formação da mentalidade popular. Em outros termos e noutra dimensão: toda e qualquer coisa pode ser, a um só tempo, objeto do conhecimento vulgar, do conhecimento científico, do conhecimento filosófico e do conhecimento teológico. O que equivale dizer que nenhuma está destinada, por natureza, a um único tipo de conhecimento, ou que apresente maior propensão para um do que para outro”. *Ib idem*, p. 44 e 68-69.

Afasta-se de logo o risco de se resvalar em indesejada anarquia procedimental, pois a idéia de haver uma carga probatória dinâmica não significa, de maneira alguma, ausência de critérios racionais na definição do ônus probatório. Ora, a teoria em destaque também obedece a premissas fundamentais que devem orientar o aplicador e legitimar a sua adoção em cada caso. Aliás, o foco na presente pesquisa consiste justamente em apontar critérios consistentes e racionais que, sem descuidar do mínimo de segurança exigido na aplicação do Direito, notadamente do Direito Administrativo, propiciem regras mais justas de distribuição do ônus da prova nos litígios envolvendo a Administração Pública e os particulares.

Dada a advertência de José Joaquim Gomes Canotilho, ao considerar que a *medida justa da distribuição do ônus da prova*<sup>427</sup> é fundamental para a garantia dos direitos, busca-se tão-somente defender que “se devam evitar teorias abstratas e apriorísticas (como a já referida de Rosemberg) e se imponham soluções probatórias não aniquiladoras da própria concretização de direitos, liberdades e garantias”.<sup>428</sup>

Os defensores da distribuição dinâmica dos ônus da prova não rechaçam por completo as regras rígidas de repartição normalmente previstas nos atuais códigos de processo, na medida em que sustentam a aplicabilidade da doutrina apenas de modo subsidiário, naquelas situações excepcionais em que tais regras não funcionam bem.

Jorge Peyrano chama a atenção para isto quando diz que “su aplicación es procedente sólo in extremis; vale decir, cuando la utilización del reparto legalmente previsto del *onus probandi* genera consecuencias claramente inconvenientes e inicuas”.<sup>429</sup> Salienta que a aplicação desvirtuada da teoria em foco redundaria na incoerência de se dar azo a uma outra regra rígida de distribuição do ônus da prova. Defende, assim, que se trata de uma “doctrina de excepción”.<sup>430</sup> Inés Lépori White assinala que a teoria em questão não desconhece as regras clássicas de distribuição do ônus da prova, senão trata apenas de complementá-las e aperfeiçoá-las em determinadas situações.<sup>431</sup> Também Ivana Airasca sustenta que a doutrina das cargas probatórias

<sup>427</sup> *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004, p. 175.

<sup>428</sup> *Idem*.

<sup>429</sup> Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas, *Cargas probatorias dinámicas*, p. 21.

<sup>430</sup> “Por fin, se vuelve a subrayar la calidad – por ahora, al menos – de doctrina ‘de excepción’ que debe reconocerse a la de las ‘cargas probatorias dinámicas’ pensada por y para dar adecuada solución a causas que, de lo contrario, recibirían respuestas jurisdiccionales inequívocamente inicuas. Que, entonces, no se interprete mal. De lo que se trata es, pues, no de propiciar otra regla rígida de distribución de la carga de la prueba que concurre en un pie de igualdad con los parámetros legalmente regulados, sino de formular una pauta ‘excepcional’ que sólo puede funcionar allí donde aquéllas manifiestamente operan mal porque fueron elaboradas para supuestos ‘normales y corrientes’ que no son los correspondientes al acaso”. Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas, p. 24.

<sup>431</sup> “Bajo la denominación de *cargas probatorias dinámicas* se conoce a una nueva doctrina que trató de flexibilizar la rigidez en que habían caído las reglas sobre la *carga de la prueba*, y la consecuente dificultad que la aplicación de las mismas tenía en ciertos casos. Y con más o menos ese nombre es conocida hoy por la doctrina y la jurisprudencia nacionales. Esta teoría sostiene que, más allá del carácter de actor o demandado, en *determinados supuestos* la *carga de la prueba* recae sobre *ambas partes*, en especial sobre aquella que se encuentra en *mejores condiciones para producirla*. Así pues, esta nueva teoría no desconoce las

dinâmicas “trata de formar una regla que sólo puede aplicarse aquellos casos donde las reglas clásicas de distribución de la carga de la prueba operan mal, y acarretan consecuencias disvaliosas, por haber sido previstas para los supuestos comunes y corrientes”.<sup>432</sup> Por isso, aduz a autora argentina, “es de interpretación y aplicación necesaria para aquellos casos en los que por sus particularidades corresponde aplicarla para llegar a la verdad de los hechos y así a un resultado justo”.<sup>433</sup>

Portanto, considerada a aludida transição de paradigmas<sup>434</sup> por que vem passando também a Ciência Jurídica, não se pode conferir à doutrina das cargas probatórias dinâmicas a pecha de anticientífica, na tentativa de ridicularizá-la ou acusá-la de produzir insegurança jurídica por deixar ao livre arbítrio do aplicador a fixação da regra de distribuição do ônus probatório. Não se olvida que o ponto de partida deva estar mesmo nos critérios objetivos previstos nos dispositivos processuais, de modo que eventual alteração no parâmetro de distribuição deve encontrar justificativa racional e razoável, cabendo ao aplicador cuidar de motivar a sua decisão atento às peculiaridades do caso concreto.

## 2.2 ALCANCE DA APLICAÇÃO NO DIREITO ARGENTINO

O fato de não haver expressa previsão legal no ordenamento jurídico argentino não impediu que a teoria das cargas probatórias dinâmicas encontrasse ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial. A razão para isso está em que a base de sustentação da teoria busca apoio nos

---

reglas clásicas de la *carga de la prueba*, sino que trata de *complementarla o perfeccionarla*, flexibilizando su aplicación en todos aquellos supuestos en quién debía probar según la regla tradicional se veía imposibilitado de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad”. *Op. cit.*, p. 60.

<sup>432</sup> Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinâmicas, p. 138.

<sup>433</sup> *Idem*.

<sup>434</sup> Acerca da transição de paradigmas científicos, Eduardo Araia escreve que um paradigma dá lugar a outro “quando seu enunciado não é mais capaz de explicar fatos significativos dentro de sua área de abrangência. Enquanto isso não é assimilado coletivamente, há um período de transição em que os adeptos da visão tradicional menosprezam, ridicularizam ou ignoram esses fatos, enquanto outros se esforçam para incorporá-los a uma teoria mais ampla. Entre estes últimos há, é claro, diversos estudiosos que tiraram os pés do chão e devaneiam ao sabor das suas próprias crenças – mas outros, mais ponderados, são os mais capazes de produzir evidências que terminarão por derrubar o antigo *status quo*. Para os tradicionalistas, porém, tais diferenças não importam: todos os que estão do outro lado do debate são tachados de maus cientistas, capazes de fraudes ou mentalmente desequilibrados. Essas fases e procedimentos são uma rotina da ciência ao longo dos séculos, mas curiosamente muitos cientistas não se dão conta disso – só depois de anos ou décadas eles vão perceber o momento marcante que viveram e a importância da atitude que tomaram então. A história oferece muitos exemplos de tal abordagem, afirma o psiquiatra checo Stanislav Grof: ‘Pessoas que se recusaram a olhar pelo telescópio de Galileu porque ‘sabiam’ que não havia crateras na Lua; aqueles que lutaram contra a teoria atômica da química e defenderam o conceito de uma substância inexistente chamada flogisto; aqueles que chamaram Alberto Einstein de psicótico quando ele propôs a sua teoria da relatividade; e muitos outros’” Stanislav Grof rumo à psicologia holística. *Planeta*, São Paulo, n. 413, p. 56-59, fev. 2007.

princípios gerais da Ciência Jurídica, notadamente naqueles vetores axiológicos segundo os quais a aplicação do Direito não deve abrir ensanchas a situações de manifesta injustiça e que, portanto, impliquem violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Juan Rambaldo identifica as premissas da teoria nos deveres genéricos extraídos daquilo que ele denomina de “cargas implícitas” do sistema jurídico.<sup>435</sup> Com efeito, o ideal de aplicação do Direito de modo adequado aos casos concretos – que para Radbruch recebe o nome de *equidade* – deita raízes no próprio principio constitucional da igualdade.<sup>436</sup> Não obstante, reconhece-se que a previsão legal expressa de uma regra de distribuição dinâmica, apesar de desnecessária sob o ponto de vista da força normativa dos princípios que lhe fundamentam, reforçaria a sua aplicabilidade, desde que, é claro, não se utilizasse o legislador de fórmulas rígidas e casuísticas.<sup>437</sup> Foi assim que ocorreu na Espanha, onde já existe menção expressa na legislação processual civil (Ley 1/2000), consoante mencionado no tópico anterior.

Na Argentina, malgrado não exista disposição escrita desta natureza, a aplicação da doutrina em casos práticos já se alastrou por quase todos os campos do Direito, alcançando um grau de abrangência material sequer imaginado por seus idealizadores. Pensada inicialmente para funcionar no âmbito das demandas judiciais envolvendo responsabilidade por erro médico<sup>438</sup>, a

<sup>435</sup> “Vengo sosteniendo, y la realidad así lo demuestra, que de dichos principios se desprenden los llamados ‘deberes genéricos’ y las que aquí denominaremos ‘cargas implícitas’. (...) Tengo para mí que la moderna doctrina de las cargas probatorias dinámicas encuentra su sustento en estas cargas implícitas que operan en forma conjunta y concomitante con los deberes genéricos (expresos o no) que se derivan de dos principios en particular: el de *moralidad procesal* y el del *uso regular de los derechos procesales*. El primero de ellos por su importante connotación subjetiva y el segundo por su visión objetivadora”. *Op. cit.*, p. 30.

<sup>436</sup> “La justicia entraña una tensión incancelable; su esencia es la igualdad; reviste, por tanto, la forma de lo general y aspira siempre, sin embargo, a tener en cuenta el caso concreto y al individuo concreto, en su individualidad. Esta justicia, proyectada sobre el caso concreto y el hombre concreto, recibe el nombre de *equidad*”. *Apud* Inés Lépori White, *op. cit.*, p. 65.

<sup>437</sup> Assim escreve Jorge Peyrano, ao se referir a mais uma das conclusões do XVII Congresso Nacional de Direito Processual: “Se recomienda la regulación legal del ideario ínsito en la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Resultaría, en cambio, inconveniente su incorporación legislativa a través de disposiciones taxativas, demasiado casuísticas y que puedan interpretarse de manera inflexible, dificultándose así el necesario ajuste de la decisión respectiva a las circunstancias del caso. En este acápite, se decidió recomendar la inclusión en los textos legales de la doctrina en estudio. Desde el punto de vista personal y luego de algunas vacilaciones, nos hemos persuadido de las bondades de dicha recomendación. Es que, guste o no, lo cierto es que el aval legislativo expreso de una institución es importante y crucial a la hora de decidir los jueces respecto de la posibilidad de aplicar tal o cual figura ‘novedosa’. Em la especie, se ha tenido el tino de declarar, asimismo, la inconveniencia de componer fórmulas legales demasiado rígidas y casuísticas, por ir ello a contrapelo de la connatural adaptabilidad a las circunstancias del caso propia de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Bastaría, entonces, con alguna alusión del legislador apta para dar pie para que los estrados judiciales puedan dar debido y circunstanciado cauce a la doctrina en comentario”. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas, p. 22.

<sup>438</sup> Segundo explica Jorge Peyrano, “en el plano jurisprudencial, el más remoto precedente de la doctrina en comentario proviene de la justicia civil rosariana y data de 1978. Se trataba de un caso de mala praxis médica quirúrgica. Luego, y en este mismo sentido y materia, se alista una nómina de resoluciones judiciales. Para evitar omisiones, se impone consignar que la teoría en análisis también ha recibido amplia aplicación pretoriana en lo tocante al juicio de alimentos. Igualmente, ha funcionado em terrenos ajenos al Derecho Civil cual es de la responsabilidad bancaria y el del Derecho Laboral”. (...) Basándose en el principio romano *actor incumbit probatio*, el médico demandado descansa sin preocupaciones, confiado en que el actor deberá probar los hechos afirmados en su demanda. Una tenue sonrisa ilumina su cara cada vez que piensa y se pregunta cómo se las va a arreglar el paciente para mostrarle al juez lo que en realidad pasó en la soledad del quirófano, mientras él dormía bajo los efectos de la anestesia. Por otro lado, difícilmente algún miembro de su equipo quirúrgico vaya a prestarse a declarar un su contra así que... realmente puede repantigarse en sillón y esperar. Sin embargo, como todo lo bueno toca a su fin y no hay mal que dure cien años, el orden de las cosas (hasta entonces favorable a los médicos) debió cambiar un día, y así ocurrió cuando los juristas adoptaron esta teoría que venimos comentando, de las cargas probatorias dinámicas. Adiós entonces a la milenaria regla de que quien afirma prueba y abráse paso a la inversión del *onus probandi*, para alegría de las víctimas y desmayo de los demandados. Como



distribuição dinâmica do ônus da prova já encontra, na Argentina, precedentes jurisprudenciais nas mais variadas áreas, dentre as quais, como cita Inés Lépori White, questões relativas a acidentes de trânsito, concursos, contratos de depósito, contratos de garagem, contratos de trabalho, responsabilidade criminal, indenização por danos e prejuízos, direito bancário, entidades financeiras, falsificação de cheques, lesões subjetivas, locações de obra, imprensa, responsabilidade contratual e extracontratual, seguro social, simulações e títulos de crédito.<sup>439</sup> Portanto, o que se observou na Argentina foi a “força expansiva”<sup>440</sup> da doutrina das cargas probatórias dinâmicas, em termos de abrangência material.

O alcance de aplicação da teoria em destaque sequer comporta rol taxativo, não havendo razão para excluí-la seja qual for o campo jurídico, eis que, como dito, a distribuição dinâmica encontra fundamento nos princípios gerais do Direito. Saliente-se que já há notícia da aplicação da doutrina da distribuição dinâmica do ônus da prova até mesmo na esfera criminal, o que implica o afastamento da secular premissa de que o réu nada teria a provar em sua defesa e que seria exclusivamente da acusação o encargo probatório.

Em um caso envolvendo enriquecimento ilícito de funcionário público, Inés Lépori White transcreve o trecho de uma decisão do Supremo Tribunal argentino no sentido de que “sea el funcionario quien produzca la prueba de la legitimidad de su enriquecimiento y no el Estado de la ilegitimidad; es aquél quien está en las mejores condiciones para suministrar esa prueba, en tanto que para éste existiría, si no una imposibilidad, una grave dificultad”.<sup>441</sup> No Brasil, esta idéia já vem sendo aceita ao menos no que concerne à apreensão, arrecadação e destinação de bens objeto de crimes de tráfico de drogas. Segundo dispõe o art. 60 da Lei n. 11.343/2006, havendo apreensão de bens consistentes em produtos dos crimes ou em proveitos auferidos com a sua prática, caberá ao acusado apresentar ou requerer a produção de provas acerca da origem lícita do bem. Tem-se aí como justificativa o fato de que certamente o acusado está mais apto a demonstrar a origem do bem do que o órgão acusador.

---

resulta que es el médico quien tiene todo el control de la única prueba producible, de donde pueda surgir fehacientemente la verdad de los hechos tal como ocurrieron en la conspiración del quirófano, viene a ser que es él (y no outro) a quien le resulta más fácil demostrar la realidad de las cosas, por estar en mejores condiciones de producir la prueba necesaria a tal efecto”. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica, p. 85 e 89.

<sup>439</sup> *Op. cit.*, p. 70. Também Héctor Leguisamón diz que “la propagación de la teoría ha dado lugar a su admisión en otras hipótesis que amplían su espectro de aplicabilidad. Así se ha extendido al campo del Derecho Bancario, del Derecho de Familia, del Derecho de Seguros, al de la prestación de determinados servicios, como el telefónico, y seguramente, como es de esperar, su marco se expandirá a otros que de acuerdo a las exigencias de cada caso concreto así lo ameriten”. *Op. cit.*, p. 123. No mesmo sentido escreve Ivana Airasca: “esta doctrina es una construcción pretoriana de la jurisprudencia, que estudió y difundió la doctrina procesalista, y luego se expandió al Derecho Privado, renovando su enfoque. Esta doctrina se ha expandido abarcando campos que ni siquiera los procesalistas al crearla pensaron que podía llegar; primero la tomaron los civilistas para la prueba en los juicios por responsabilidad civil por mala praxis médica, luego la aplicaron también a otros sectores de la responsabilidad civil, y posteriormente al Derecho Sucesorio, al juicio de simulación, a los juicios de alimentos, y también al Derecho Comercial”. *Op. cit.*, p. 143.

<sup>440</sup> “La doctrina nacional en general la recepcionó rápidamente y la jurisprudencia fue extendiendo su aplicación a muchos otros supuestos, a tal punto que su autor pocos años después escribía sobre la *fuera expansiva* de la misma”. Inés White, *op. cit.*, p. 60.

<sup>441</sup> *Op. cit.*, p. 71.

Interessante, neste particular, a opinião de Jorge Peyrano acerca do brocardo segundo o qual o réu não poderia ser obrigado a provar um fato em prejuízo de si mesmo (*nemo tenetur edere contra se*), considerando que este aforismo romano não passa de “folclore jurídico” que, se antes encontrava espaço nos processos inquisitórios da Idade Média, não mais pode ser justificado no atual estágio do Estado de Direito.<sup>442</sup> Jorge Kielmanovich também tece críticas a tal aforismo, reputando-o fundado em uma visão exacerbadamente privatística do processo civil e na propriedade dos meios de prova. Salienta que, apesar de não se tratar de um dever ou de uma obrigação, existe um ônus processual de colaborar com a produção da prova, em prol de uma realização mais eficaz do Direito.<sup>443</sup> No mesmo sentido o pensamento de Eduardo Couture ao considerar que o debate judicial não pode se degenerar em um combate primitivo, razão pela qual “desde el punto de vista procesal no rige el precepto (*nemo tenetur edere contra se*) porque el litigante no es requerido a ayudar a su adversario sino a la justicia”.<sup>444</sup> Se aquele que detém

---

<sup>442</sup> “Agrega, con tono risueño, que imponer el peso de la prueba a quienes están en mejores condiciones probatorias, implica reconocer que una de las partes, en razón de su favorable ubicuidad, conoce o posee piezas convictivas que no está obligado a proporcionar a su adversario (*nemo tenetur edere contra se*). A esta manera de razonar considérasela anacrónica, propia de la concepción individualista del proceso, al que, por cierto, se invita a desdeñar por decimonónico. Inicialmente, debemos memorar que el brocárdio *nemo tenetur edere contra se* es un precepto de Derecho Procesal probatorio, según el cual nadie puede ser compelido a suministrar pruebas en su contra, beneficiando al adversario. En verdad, la vigencia de dicho aforismo en materia procesal civil es meramente folklórica, y conste que no nos pertenece dicha afirmación. Es Couture quien destaca lo siguiente: ‘Pero el tal aforismo no es la reproducción de ninguna fórmula de Derecho positivo histórico. Por lo menos, luego de la búsqueda más cuidadosa que nos ha sido posible, no le hemos hallado fuente auténtica. Es algo así como un pasaje de folklore jurídico, según clasificara agudamente un autor a estos preceptos de origen desconocido, que por tradición, comodidad o pereza se vienen transmitiendo a lo largo del tiempo’. Mercader, en cambio, sin dejar de negarle validez, se preocupa por poner de resalto que *nemo tenetur edere contra se* es aforismo romano, pero de procedencia bárbara, fluido de la jurisdicción germánica cuando el pleito se resolvía en una lucha ante la asamblea popular. Entonces se justificaba que ningún combatiente fuera obligado a colocarse en una posición desventajosa. La ordenanza cuidaba de asegurarles posibilidades iguales. Esta idea, por motivos de afinidad, fue asimilada después a las garantías públicas del proceso penal, especialmente cuando el Derecho reaccionó contra las crueldades medioevales que, para nosotros, se objetivan en los interrogatorios del ‘Santo Oficio’. A tenor de todo ello, cae por su base el mito de la vigencia del precepto de marras. Pero, amén del análisis histórico del mismo, también el estudio de la realidad de todos los días permite arribar a igual conclusión”. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas, p. 93.

<sup>443</sup> “El aforismo *nemo tenetur edere contra se*, por el que se sostiene que nadie está obligado a suministrar prueba a su adversario, carece de una fuente precisa y cierta en el Derecho Romano, en el que incluso aparece desvirtuado, especialmente en lo que se refiere a la producción de la prueba confesional y a la exhibición de documentos. En la actualidad, este polémico aforismo fundado en una visión exacerbadamente privatística del proceso civil y en la ‘propiedad’ de los medios de prueba, ha perdido lugar en el moderno proceso civil dispositivo – no así en los procedimientos penales – salvo en orden a que no existe como regla un *deber* u *obligación* de suministrar prueba al adversario o en perjuicio de sí mismo. Realmente, dice Muñoz Sabaté, ‘nuestro sistema de libre disposición se há llevado a veces hasta el paradoxismo, y una muestra la constituye el mantenimiento de este anacrónico principio’. En tal orden de ideas, si bien no cabría hablar de un *deber* u *obligación* procesal, sí correspondería considerar que existe una *carga procesal de colaborar en la producción de la prueba*, carga que no apunta a suministrar en realidad prueba en beneficio de la parte contraria o en perjuicio de uno mismo, sino, más bien, en miras a una más eficaz realización del Derecho. (...) En otras palabras, el moderno proceso civil no señala de ordinario *deberes* u *obligaciones procesales*, y descansa, por el contrario, en la iniciativa de las partes, pero ha adquirido en los últimos años una fuerte coloración publicística en lo atinente a las formas de administrar justicia”. *Op. cit.*, p. 87.

<sup>444</sup> “El juicio es todavía una lucha; tiene, sin duda, un carácter acentuadamente dialéctico; pero no por eso deja de ser una lucha, y en ella nadie es compelido a actuar en contra sí mismo. Pero la lucha también tiene sus leyes y es menester respetarlas para que no degeneren en un combate primitivo. Las leyes del debate judicial no son sólo las de la habilidad, sino también las de la lealtad, la probidad, el respeto a la justicia (...) Desde el punto de vista procesal no rige el precepto (*nemo tenetur edere contra se*) porque el litigante no es requerido a ayudar a su adversario sino a la justicia, no se le obliga a suicidarse, desde el punto de vista de la estrategia del proceso, sino que se le reclama que ilustre y aclare la información del juez. Y esto no es un beneficio al adversario y un perjuicio a sí mismo”. *Apud* Edgar J. Baracat, *op. cit.*, p. 277.

maior aptidão para apresentar a prova não o faz, assume o risco de esta sua omissão ser interpretada contra si segundo as alegações do seu adversário.<sup>445</sup>

Fácil observar que a doutrina das cargas probatórias dinâmicas não beneficia ou prejudica determinada parte por sua situação pessoal ou sua colocação nos pólos da lide. A finalidade da doutrina é tão-somente auxiliar na maior aproximação possível da verdade e, por conseqüência, na boa aplicação do Direito em todas as situações nas quais as regras de distribuição não funcionam bem. Pouco importa se trate de autor ou réu, ou qual seja a matéria tratada no processo, convém que o encargo probatório recaia sobre aquele que se encontre em melhores condições de esclarecer os fatos segundo as peculiaridades das situações postas a julgamento.

Ressaltou-se não ser conveniente a fixação de fórmulas estáticas à guisa de facilitar a aplicação prática da teoria das cargas probatórias dinâmicas, o que representaria uma contradição. Esta é uma tentação da qual o cientista do Direito – já tão impregnado pela ideologia mecanicista do positivismo – deve se esquivar. Por outro lado, nada impede que o exame dos casos vá gradativamente revelando critérios de solução para as mais diversas situações, as quais tendem a se repetir formando regras de experiência. E este tem sido o papel da jurisprudência argentina nos últimos anos.<sup>446</sup>

## 2.3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A idéia central da doutrina das cargas probatórias dinâmicas não é nova. Não se nega o mérito de Jorge Peyrano e Augusto Morello em haver dado início a um movimento de

---

<sup>445</sup> Assim escreve Couture: “Como litigante, él es libre de entregar o no esas pruebas, como es libre de comparecer o no a defenderse en el juicio o a absolver posiciones. Sólo sucede que si no lo hace, la ley supone que carece de razón y puede pasarse por las manifestaciones del adversario. Si las afirmaciones del contrario son falsas, él puede concurrir con su declaración o con sus documentos a desvirtualas; si no lo hace, lo menos que se puede suponer es que la verdad o los documentos no le favorecen”. *Apud* Jorge Kielmanovich, *op. cit.*, p. 87.

<sup>446</sup> “La carga probatoria dinámica, si bien recae en principio en ambas partes, ha sido distribuida de la siguiente forma por la jurisprudencia, a saber: ambas partes, quien se halle en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la solución del caso, quien se halle en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, quien esté en mejores y/o mayores condiciones profesionales, técnicas y/o fácticas de hacerlo, quien afirme lo contrario a la naturaleza de las cosas, quien se encuentre en mejores condiciones de obtener los elementos de prueba, quien esté en la situación más favorable para probar los hechos de que se trata, quien esté en mejores condiciones de producir la prueba, quien quiera innovar en la situación de su adversario, quien esté en mejores condiciones de aportar los elementos requeridos, quien esté en mejores condiciones de probar, quien esté en mejores condiciones de clarificar las cuestiones planteadas, la parte que posee un conocimiento directo de los hechos, quien afirme hechos anormales”. Inés Lepori White, *op. cit.*, p. 70.

sistematização das concepções que pregam mecanismos processuais de maior aproximação da verdade, produzindo justiça nos casos concretos (equidade). Entrementes, as premissas que embasam os seus argumentos já foram abordadas por outros importantes cientistas do Direito.

O principal ponto de partida da doutrina pode ser identificado nas lições de James Goldschmidt acerca da *situação jurídica processual*, como uma realidade dinâmica do Direito. Além disso, encontram-se também argumentos semelhantes expostos por pensadores tais como Jeremy Bentham, ao tratar do *menor incômodo na busca da prova*, René Demogue e o seu *princípio da solidariedade*, bem como o mexicano Porras Lopes, que defendeu o *princípio da aptidão para a prova*.

### 2.3.1 James Goldschmidt e a Situação Jurídica Processual

Já no início do século passado, James Goldschmidt tecia críticas à concepção estática do processo daqueles que, a exemplo de Bulow e Wach<sup>447</sup>, pugnavam pela existência de uma relação jurídica processual autônoma e dissociada do direito material. Na esteira de pensamento de Goldschmidt, o processo deve ser concebido como mecanismo de produção do próprio direito material, empregado naquelas situações de conflito de interesses em que o Estado é chamado a decidir.<sup>448</sup> Assim sendo, rompe com a distinção clássica entre direito material e direito processual, instituindo uma nova categoria a que chama de *direito judiciário material civil*.<sup>449</sup>

---

<sup>447</sup> Sobre os pensamentos de Bulow e Wach acerca da ação como direito autônomo, escreve Ernani Fidélis dos Santos que “ainda em meados do século passado, Oscar Von Bulow firmou, de forma definitiva, os fundamentos da relação jurídica processual, a ela atribuindo completa autonomia. Relação que envolve juiz, autor e réu, nada tem a ver com a relação de direito material que se discute no processo, tanto que, conforme lembrou Goldschmidt, no livro de Bulow: ‘*La teoría de las excepciones dilatorias e los presupuestos procesales*’, as exceções processuais nada tinha a ver com as dilatórias, o que, inclusive, levou o jurista a substituir a expressão ‘exceções dilatórias’ por ‘pressupostos processuais’ (Bulow, 1961, vol.1, p.17). O abstrativismo de Bulow levou Adolf Wach a concepção inteiramente nova da ação. Fazendo referência à ação declaratória negativa, cuja procedência podia ocorrer independentemente da existência de qualquer direito, chegava à conclusão, todavia, de que a ‘ação’ só existia para dar proteção a quem efetivamente merecesse, isto é, seria ela o socorro a quem estivesse com a razão. Com fundamento no sentido protetivo, para Wach a ‘ação’ seria um direito público subjetivo, exercido perante o Estado, para que este desse ao autor proteção jurídica e contra o adversário, que teria de suportar os efeitos de uma sentença favorável. Goldschmidt traz a lembrança que Bulow e Kohler vieram, mais tarde, contestar a doutrina de Wach, já que nenhum direito poderia ser exercitado contra o adversário, visto que, fora do processo, não há possibilidade de existir sentença favorável. Coerentemente com sua posição, Wach afirmava que ‘existência’ não se confundia com ‘evidência’ de um direito e a existência de proteção jurídica existe antes do processo, sua evidência é que nele se revela”. *Algumas considerações sobre a teoria geral do processo*. Disponível em: [http://www.uniube.br/institucional/publicações/unijus/unijus\\_1.pdf](http://www.uniube.br/institucional/publicações/unijus/unijus_1.pdf). Acesso em: 28 dez. 2006.

<sup>448</sup> Segundo ensina Wilson Alves de Souza, “partindo da teoria do processo com o situação jurídica, sustentada por James Goldschmidt, para quem os vínculos jurídicos que nascem no processo não são propriamente relações jurídicas (consideração estática do direito), mas sim situações jurídicas (consideração dinâmica do direito), surgiu na Argentina, no que se refere à repartição do ônus da prova, a teoria denominada doutrina das cargas probatórias ‘dinâmicas’ e outra similar denominada

Em sua obra *Direito Judicial Material Civil*, editada em 1905, Goldschmidt defende que as normas do ordenamento jurídico têm um caráter dúplice: “sob o prisma estático ou material, são *imperativos* de conduta endereçados aos cidadãos e sob o prisma dinâmico ou processual, constituem-se *comandos* ao juiz, a serem utilizados em sua atividade decisória”.<sup>450</sup> Quando a produção do Direito não se dá por mera obediência espontânea às normas de conduta previstas no ordenamento jurídico, é a autoridade estatal, detentora do monopólio da jurisdição, que por meio do processo direciona a atuação dos litigantes em busca da sentença que instituirá a norma de conduta do caso concreto. Os vínculos jurídicos entre as partes em um processo não são propriamente relações jurídicas (consideração estática do Direito), mas sim situações jurídicas (consideração dinâmica do Direito), isto é, situações de expectativas, esperanças sobre a conduta jurídica que deve ser produzida por meio da sentença judicial.<sup>451</sup> Vale dizer, o comportamento das partes no bojo do processo não traduz uma simples relação de direitos e deveres entre elas, mas, sim, um conjunto de situações jurídicas que podem variar de caso a caso.

Daí adveio a concepção dinâmica do *ônus* da prova, não como um dever de uma parte correspondente a um direito da outra, mas sim como uma *situação jurídica*, um imperativo segundo o qual cumpre a determinado litigante agir desse ou daquele modo a fim de satisfazer o seu próprio interesse. E a depender de como se comportem no decorrer do processo, as partes vivenciam tais situações jurídicas que vão lhes dando expectativas de vantagens ou perspectivas de desvantagens. Segundo Isidoro Eisner, a doutrina de Goldschmidt está fundada no dinamismo da situação processual “en virtud del cual cada uno de los litigantes se halla sujeto a estados de expectativa, de riesgo y chances según su comportamiento activo y diligente que lo aproxima o

---

princípio da solidariedade ou cooperação, cujos principais mentores são Jorge W. Peyrano e Augusto M. Morello”. *Op. cit.*, p. 244.

<sup>449</sup> “Según Roberto Goldschmidt, quizás la mejor explicación que se ha dado sobre la teoría del *Derecho judicial material civil* sea la de Kipp, quien señala que los preceptos de dicho Derecho ‘siguen al contenido del Derecho Privado paso a paso. Por donde quiera que el Derecho Privado imponga al particular un deber jurídico, está silenciosamente el precepto dirigido al juez de resolver cuando se le pida, de conformidad con la obligación de Derecho Privado. Cuando el deudor está obligado a cumplir con su obligación de acuerdo con el principio de la buena fe considerando el uso, el juez está obligado a condenar al deudor, como demandado, a una prestación establecida de conformidad con esse principio. Carece de importancia el hecho de que, unas veces el precepto de la ley se presente como un mandamiento cuyo destinatario es el órgano estatal. Lo real es que de una de las especies de mandamientos antedichas se debe derivar, sin más, los mandamientos de la otra categoría, sin que sea necesaria una disposición especial para que así se proceda. Todo el Código Civil está escrito bajo el aspecto del Derecho Privado; su imagen de reflejo no escrito la constituyen los preceptos correspondientes ao *Derecho judicial*. El *Derecho judicial* no es ni Derecho Privado, ni Derecho Procesal. Del Derecho Procesal resulta cómo se debe llegar al fallo, pero no cuál contenido se le debe dar a él. El Derecho Privado establece lo que el particular debe a outro particular; el *Derecho judicial*, como un fenómeno concomitante del Derecho Privado, determina el contenido de la sentencia judicial”. Inés Lépori White, *op. cit.*, nota de rodapé, p. 46.

<sup>450</sup> Maricé Giannico. *A prova no Código Civil: natureza jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 148.

<sup>451</sup> “los vínculos jurídicos que nacen de aquí entre las partes no son propiamente relaciones jurídicas (consideración estática del Derecho), esto es no son facultades ni deberes en el sentido de poderes sobre imperativos o mandatos sino situaciones jurídicas (consideración dinámica del Derecho) es decir, situaciones de expectativa, esperanzas de la conducta jurídica que ha de producirse y, em último término, de fallo judicial futuro; en una palabra: expectativas, posibilidades y cargas. Sólo aquellas son derechos en sentido procesal – el mismo derecho a la tutela jurídica (acción procesal no es, desde este punto de vista, más que una expectativa jurídicamente fundada) – y las últimas, las cargas, ‘imperativos del próprio interés’, ocupan en el proceso el lugar de las obligaciones”. James Goldschmidt, *op. cit.*, p. 108.

aleja en cada instante de una sentencia favorable”.<sup>452</sup> E conforme o litigante vá cumprindo os encargos que lhe dizem respeito, vão aumentando as suas possibilidades de obter êxito na demanda.

Nesse diapasão, para Goldschmidt as normas estritamente processuais somente seriam aquelas que orientam como o juiz deve proceder até o momento de decidir, ao passo que as normas que estabelecem como deve ser o conteúdo desta decisão (v.g. as normas sobre ônus da prova) seriam normas de *dereito judicial material*.<sup>453</sup> E esta característica dinâmica por ele concebida revela quão importante se torna a atividade processual na aplicação do Direito aos casos concretos, importância esta que reflete não apenas o interesse particular dos litigantes mas, também, o próprio interesse público na implementação da justiça.

Em que pese ter sido Goldschmidt o precursor da própria idéia de *ônus* da prova, Jorge Peyrano e Inés White destacam que os doutrinadores se afastaram dessa concepção dinâmica na medida em que optaram por defender a fixação de regras estáticas de distribuição dos encargos processuais.<sup>454</sup> Não obstante, a consideração dinâmica da atividade processual, tal como preconizada por Goldschmidt há mais de cem anos, não foi esquecida por aqueles que, ressaltando a ocorrência de situações nas quais se observa a insuficiência das normas rígidas da legislação, voltaram a pugnar por soluções mais adequadas aos casos concretos, trazendo aquela concepção inicial novamente ao palco das considerações em torno do tema da distribuição do ônus da prova.

<sup>452</sup> *Apud* Beatriz S. Ruzafa, *op. cit.*, p. 368.

<sup>453</sup> Assim explica Inés Lepori White, sobre o pensamento de Goldschmidt: “Podría decirse que lo que caracteriza a la teoría de James Goldschmidt es que distingue netamente, por una parte, entre el concepto de derecho *material*, o sea derecho substancial, y el de derecho *privado*, y, por otra parte, distingue entre el concepto de derecho *procesal* y el derecho *público*. Hechas tales distinciones, atribuye al Derecho Procesal solamente aquellas normas que establecen *cómo el juez debe proceder*, pero no las que establecen *cómo debe decidir*. A estas últimas, dado su carácter, consideradas como normas materiales, aunque de derecho público, la teoría de Goldschmidt las agrupa bajo el nombre de *derecho judicial material civil*, el cual no viene a ser otra cosa que el mismo derecho privado, sólo que considerado y completado desde un punto de vista jurídico público”. *Op. cit.*, p. 44-45.

<sup>454</sup> Escreve Peyrano: “Ahora bien: durante un largo lapso y aun luego de haber sido plenamente incorporado al lenguaje procesal el concepto de ‘carga probatoria’, se diseñaron las reglas de la carga de la prueba como algo estático, conculcando así, a nuestro entender, el espíritu de su primer mentor, quien siempre concibió a su teoría del proceso como una consideración dinámica de los fenómenos procedimentales. Ocurrió entonces que, adoptando una visión excesivamente estática de la cuestión, los doctrinarios ‘fijaron’ (y aquí este verbo deber ser entendido de un modo literal) las reglas de la carga de la prueba de una manera demasiado rígida, y sin miramientos, además, para las circunstancias del caso; circunstancias que, eventualmente, podrían llegar a aconsejar alguna otra solución”. *La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica*, p.78. Também Inés Lepori White salienta que “se olvidó de la *dinámica*, elemento esencial del proceso para el creador del concepto de *carga procesal* (Goldschmidt), quien de tal modo intentó tender un puente, volver a unir los hilos que se habían roto entre el derecho sustantivo y el procesal, desde la autonomía del concepto de acción. La doctrina procesal se enamoró tanto de sus obras, algunas muy buenas por cierto, que preferió verlas solas y aisladas, lejos incluso de la materia sobre la que iban a ser aplicadas y a la cual debían aprovechar. En definitiva, se olvidó de los hechos”. *Op. cit.*, p. 64.

### 2.3.2 Jeremy Bentham e o Menor Incômodo na Busca da Prova

Muito próximo do que hoje pregam os defensores da doutrina das cargas probatórias dinâmicas está o pensamento do jusfilósofo inglês Jeremy Bentham, que há muito tempo atrás se destacou por defender que “la carga de la prueba debe ser impuesta, en cada caso concreto, a aquellas de las partes que la prueba aportar con menos inconvenientes, es decidir, con menos dilaciones, vejámenes y gastos”.<sup>455</sup> Rechaçando as fórmulas rígidas de distribuição do ônus probatório, sobretudo aquelas que atribuem precipuamente ao autor o encargo de provar, Bentham pugnou pela adoção de procedimentos simples, de acordo com as possibilidades de cada uma das partes em colaborar com o juiz na busca da verdade.

O *Tratado das Provas* escrito por Bentham é uma obra rica em coerência, tanto que considerada por Vittorio Denti como “la gran obra que está en el inicio de la moderna evolución del derecho probatorio”.<sup>456</sup>

Críticas, porém, não lhe faltaram, tal como fez Pescatore ao ressaltar “a superioridade do critério distributivo fundado na lei, em vez de deixá-lo ao arbítrio judicial, privilegiando a certeza”.<sup>457</sup> Amaral Santos considera que a teoria de Bentham somente encontraria espaço em processos inquisitórios.<sup>458</sup> Rodrigo Xavier Leonardo assinala a dificuldade de Bentham em

<sup>455</sup> *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: Ejea, 1971. v 2, p. 149. Segundo João Batista Lopes, na doutrina de Bentham “a prova deve ser feita por quem possa satisfazer mais fácil, menos inconveniente e menos dispendiosamente”. *Op. cit.*, p. 41. Assim também comenta Moacir Amaral Santos: “Bentham, partindo do pressuposto de que se deve proteger o autor e não o réu, porque o primeiro não se atreveria a propor a ação senão quando convencido da sua justiça, enquanto que o segundo, no mais das vezes, não tem outro intuito senão contrariar a demanda, aparta-se do princípio romano, que incumbe ao autor fazer a prova do alegado – *actore incumbit probatio*. Para o filósofo inglês, a obrigação da prova, num sistema de justiça franco e simples, de procedimento natural, ‘deve ser imposto, em cada caso, à parte que puder satisfazê-la com menores inconvenientes, isto é, menor perda de tempo, menores incômodos e menores despesas”. *Op. cit.*, p. 100.

<sup>456</sup> *Op. cit.*, p. 237.

<sup>457</sup> Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, *op. cit.*, p. 84. Sobre a obra de Bentham, assim escreve o autor: “Bentham baseia a sua doutrina num dos princípios que Bar e Laband afirmam ter acolhida no direito bárbarico, observando que, no sistema de justiça franco e simples, a obrigação da prova deve ser imposta, caso a caso, à parte que puder satisfazê-la com menos inconveniente, vale dizer, menores despesas, menor perda de tempo e menor incômodo. O renomado jurista parte do pressuposto de que se deve proteger o autor e não o réu, este sempre interessado em contrariar, ao passo que aquele não se aventuraria em uma lide senão quando certo de vencê-la. Desse modo, se distancia do princípio romano segundo o qual ao autor incumbe a prova do alegado, o que merece a crítica de Pescatore, para quem o princípio romano é penhor de segurança: se o autor sabe que a prova dos fatos articulados lhe incumbe, deve proceder cautelosamente; caso contrário, os mais ‘temerários e audazes se aventurarão a tentar fortuna nos arbítrios e erros dos tribunais’ (...) Analisando a doutrina de Bentham, Carlos Lessona afirma que se poderia confiar ao juiz, de dois modos, a escolha da parte inumbida da prova: criando presunções contra certas pessoas (pobre, ébrio etc.) ou deixando a seu critério a avaliação da honestidade das partes. Ele descarta a aplicação de ambos, preferindo acolher o princípio romano, ‘vero e giusto’, *onus probandi incumbit ei qui dicit*”. *Idem*, p. 84-85.

<sup>458</sup> “Uma tal teoria seria tão-somente justificável nos sistemas processuais que atribuíssem ao juiz o predomínio absoluto na orientação da instrução (processo inquisitório). Não haveria propriamente um princípio norteador da distribuição do ônus probatório, mas ficaria ao juiz examinar caso por caso e deliberar livremente a qual das partes cumpriria trazer a prova dos fatos. (...) Em suma, a teoria de Bentham suprime o princípio dispositivo em relação à distribuição do ônus probatório, para dar lugar ao instituto da ‘investigação da verdade’, da essência do princípio inquisitório”. *Op. cit.*, p. 100-101.

“delimitar, mediante mecanismos técnicos, qual seria a parte em situação mais favorável para produzir a prova”.<sup>459</sup> Fabiana Tomé, por sua vez, reputa a posição de Bentham demasiadamente ampla e de difícil adoção, já que “na realidade, não haveria, propriamente, regra norteadora da distribuição do ônus, visto que ao julgador caberia, caso a caso, deliberar livremente sobre a que parte incumbiria constituir prova dos fatos”.<sup>460</sup>

Malgrado as críticas dirigidas às idéias de Bentham e a propagação de modelos probatórios rígidos adotados por códigos processuais de vários países, o seu pensamento volta e meia veio sendo invocado pela jurisprudência naquelas situações peculiares em que a exegese literal das normas legais produziriam flagrante injustiça. Tal como anteriormente argumentado no tocante à distribuição dinâmica do ônus da prova, não se justifica o temor de que a adoção das idéias de Bentham acabe produzindo insegurança por se deixar a escolha de critérios ao arbítrio do juiz.

A uma, porque já se mostrou ser ilusória a concepção mecanicista de que o juiz seria apenas “a boca que pronuncia as palavras da lei”. Ora, a simples atividade hermenêutica e de percepção dos fatos já traduz necessariamente uma valoração pelo aplicador da norma jurídica, com vistas à situação concreta posta à incidência do dispositivo legal, e isso não é diferente em se tratando de parâmetros de fixação do ônus probatório.

A duas, porque se pode perfeitamente adaptar a concepção de Bentham a conviver com o sistema tradicional de distribuição do ônus da prova, de modo que, a exemplo do que dizem os defensores da doutrina das cargas probatórias dinâmicas, seja motivada subsidiária e excepcionalmente naquelas situações específicas em que os critérios rígidos não funcionam bem.

Em terceiro lugar, é justamente para se evitar o cometimento de arbitrariedades que se torna necessária a adoção de um procedimento devidamente fundamentado, por meio do qual o aplicador deixe claras as razões que justificaram, naquele caso, o direcionamento do encargo probatório para determinado litigante (devido processo legal formal). Outrossim, esta relativa liberdade dada ao aplicador na definição da regra de distribuição adequada ao caso concreto encontra limites racionais e de razoabilidade que devem impedir o cometimento de arbitrariedades (devido processo legal substancial).

---

<sup>459</sup> *Op. cit.*, p.98. Aduz o autor: “Bentham não discorda do princípio de que a imputação do ônus da prova recai sobre a parte que formula a correspondente alegação. O autor, porém, constata que quanto maior a rigidez na aplicação desse princípio, mais o processo tem-se afastado de suas finalidades, em razão das maiores dilações probatórias, dos incômodos e gastos, de maneira que tal aforismo mais criou dificuldades do que as resolveu”. *Idem*, p. 98-99.

<sup>460</sup> *Op. cit.*, p. 222.



### 2.3.3 René Demogue e o Princípio da Solidariedade

Outro jurista que há tempos atrás expôs idéias semelhantes às da moderna doutrina da distribuição dinâmica foi o francês René Demogue, ao defender a necessidade de solidariedade entre os litigantes no processo. Para ele, “na produção das provas deve predominar o *princípio da solidariedade* entre as partes e não o da independência das partes”<sup>461</sup>, sendo que, a exemplo do critério exposto por Bentham, “a obrigação da prova deve ser, em cada caso individual, imposta àquela das partes que a pode desempenhar com menos incômodo, isto é, menos detalhes, vexames, despesas etc.”<sup>462</sup> Outro princípio contemplado por Demogue é o da *normalidade*, segundo o qual: quem prova “não é obrigado a estabelecer todas as condições necessárias à existência do seu direito. Deve somente provar as condições que tornem verossímil. Não é obrigado, dizendo-se credor, a provar que é credor sem dolo, violência, por serem esses fatos excepcionais”<sup>463</sup>.

Contudo, nem todos os escritos de Demogue estão em consonância com a distribuição das cargas dinâmicas, sobretudo quando ele fixa critérios de distribuição do ônus probatório a partir da distinção entre as obrigações de meio e as obrigações de resultado, considerando que nas prestações de serviços consubstanciados em obrigações de meio sempre caberia ao usuário o ônus da prova da culpa do prestador<sup>464</sup>. Neste particular, sua teoria entra em choque com a doutrina de Jorge Peyrano que, como já dito, foi inicialmente dedicada às lides envolvendo responsabilidade por erro médico.<sup>465</sup>

---

<sup>461</sup> Amaral Santos, *op. cit.*, p.103.

<sup>462</sup> *Idem.*

<sup>463</sup> Boaventura Pacífico, *op. cit.*, p. 92.

<sup>464</sup> Assim destaca Boaventura Pacífico: “Todavia, é de realçar-se que, em seu *Tratado das obrigações*, o jurista francês logrou estabelecer distinção entre as obrigações de meio e as de resultado, com influência direta sobre a distribuição do ônus da prova. Nas obrigações de meio – como a do médico de curar o paciente e a do advogado de patrocinar judicialmente os interesses de seu constituinte –, para a aferição do cumprimento do contrato importa a atividade desempenhada pelo profissional e não o seu resultado. Ou seja, o insucesso no tratamento médico e a sucumbência em uma demanda judicial não autorizam concluir tenha o profissional descumprido a obrigação contratual. Para tal, é mister que tenha havido dolo ou culpa na prestação dos serviços. E, neste caso, em demanda promovida pelo cliente visando à reparação de danos eventualmente causados, a este incumbe o ônus da prova da culpa do profissional. Já nas obrigações de resultado, a situação se inverte: se o médico foi contratado para realizar uma cirurgia plástica estética, o que importa é o próprio resultado, que constitui o objeto do contrato. (...) A distinção assim operada por Demogue, levando em conta a natureza da obrigação, vale-se de elementos do plano do direito material para a distribuição do ônus da prova, o que se harmoniza, neste particular, com as mais modernas doutrinas sobre o tema”. *Idem*, p. 92-93.

<sup>465</sup> Juan Carlos Alegre faz alusão a este desencontro de idéias, destacando que “para la doctrina tradicional la carga de la prueba de la culpa del médico recaía sobre el paciente o sus herderos. Es ésta la famosa prueba diabólica. Y todas las reglas de la carga de la prueba tradicionales conducen a ese resultado, que además es acorde con la tesis clásica de Demogue respecto de las obligaciones de medios. Pero ya dijimos que lo único que importa cuando una obligación es de medios es que el factor de atribución es subjetivo, más allá de quién deba probar la presencia de la culpa o su ausencia. Estas reglas de distribución de las cargas probatorias han sufrido un golpe de timón sensible con el advenimiento de las cargas probatorias dinámicas”. Las cargas

### 2.3.4 Porras Lopes e o Princípio da Aptidão para a Prova

Também merece referência a obra do mexicano Porras Lopes, voltada especificamente para a fixação de critérios de distribuição do ônus probatório no campo das relações de trabalho.

Atribui-se a Lopes a concepção do *princípio da aptidão para a prova*, segundo o qual “debe probar el que este en aptitud de hacerlo, independientemente de que será el actor o el demandado”.<sup>466</sup> Valendo-se deste pensamento, César Machado Júnior assinala que “se uma das partes tem maior aptidão para a prova, nada mais razoável do que exigir a sua produção de quem tem maiores condições de demonstrar a veracidade do fato”.<sup>467</sup>

Observa-se assim que o tema central da doutrina da distribuição dinâmica do ônus da prova já foi objeto de similar apreciação por estudiosos que, tal como agora fazem os juristas argentinos, defendem uma postura mais ativa do aplicador do Direito a fim de assegurar uma maior aproximação da verdade. Não se contentando com os simples mecanismos de determinação formal da verdade, particularmente aqueles consubstanciados nas regras rígidas de distribuição do encargo probatório, cabe ao aplicador, nas situações em que tais regras não estejam funcionando bem, provocar a parte que esteja em melhores condições de oferecer os meios de reconstrução do fato controverso, imputando-lhe o risco de perder a demanda no caso de não cumprir com esse ônus.

---

probatorias dinámicas en el derecho de daños. In: Peyrano, Jorge W. *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 449.

<sup>466</sup> *Apud* César Machado Júnior, *op. cit.*, p.145. O autor refere-se à obra de Márcio Túlio Viana, que considera que, “na verdade, a lição é antiga. Carnelutti já se referia ‘à conveniência de atribuir a prova à parte que esteja mais provavelmente em situação de dá-la, e assim com base numa regra de experiência, a qual estabelece qual das duas partes esteja em condições melhores para oferecer a prova do fato’. E concluía: ‘Unicamente assim o ônus da prova constitui um instrumento para alcançar o escopo do processo, que é, não a simples composição, mas a justa composição da lide; por isso recai sobre a parte que pode levar mais útil contribuição à convicção do juiz; e por isso, onde esta convicção deve formar-se na falta de prova, isto é, onde o juiz deva abandonar uma afirmação só porque a parte não a provou, oferece a probabilidade máxima de coincidência desta convicção com a verdade’. *Idem*.

<sup>467</sup> *Ib idem*, p. 147.

## 2.4 APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Poder-se-ia inadvertidamente pensar que tudo quanto dito aqui sobre as cargas probatórias dinâmicas não encontraria espaço no Direito brasileiro, haja vista o rigor da fórmula prevista no art. 333 do nosso Código de Processo Civil. Ledo engano, porém. Em que pese a regra de distribuição chiovendiana adotada pelo CPC – que atribui ao autor o ônus dos fatos constitutivos e ao réu o ônus dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos –, não há qualquer obstáculo à adoção entre nós, *subsidiariamente*, dos critérios de distribuição dinâmica do ônus da prova.

De logo podem ser invocados diversos princípios constitucionais consagradores de direitos e garantias, tais como a ampla defesa e o contraditório (que recomendam não apenas a adoção dos mecanismos formais de julgamento, mas, sobretudo, o esforço adequado para a maior aproximação possível da verdade); a igualdade (de modo a assegurar às partes iguais possibilidades de vencer a demanda) e a dignidade da pessoa humana (que, dentre outros aspectos, traduz-se na garantia de que todo homem possa demonstrar a verdade das suas alegações e, com isso, buscar a concretização dos seus direitos).

Couture já bem assinalou que “la ley que haga imposible la prueba, es tan inconstitucional como la ley que haga imposible la defensa”.<sup>468</sup> Da mesma forma, um ato jurisdicional ou administrativo que, no caso concreto, obste ou inviabilize a produção de provas, configura-se como inconstitucional cerceamento de defesa. Some-se a isso a própria garantia constitucional de acesso à justiça, entendida não apenas como acesso às instâncias judiciárias, mas, sim, à tutela jurídica eficaz e equânime, somente possível se esgotados todos os meios possíveis de produção de provas sobre os fatos alegados pelos litigantes. No dizer de Jesús González Pérez, “la actividad probatoria no deja de estar afectada y protegida dentro del derecho a la tutela judicial efectiva”.<sup>469</sup>

No âmbito da legislação ordinária, há quem entenda, como faz César Machado Júnior, que a concepção de que se deve atribuir o ônus da prova ao litigante que tenha melhores condições de provar o fato controvertido já encontra previsão no Direito brasileiro a partir do

---

<sup>468</sup> *Apud* Jorge Kielmanovich, *op. cit.*, p. 98.

<sup>469</sup> *Op. cit.*, p. 323.

art.6, VIII, do Código de Defesa do Consumidor<sup>470</sup>, que assim dispõe: “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”. Também Ruy Rosado de Aguiar Júnior identifica o princípio da carga dinâmica da prova como norma extraída do aludido art.6º, VIII, a ser aplicada naquelas situações em que se impõe a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, segundo as regras de experiência do aplicador.<sup>471</sup>

Para Wilson Alves de Souza, porém, justamente porque este dispositivo já é expresso no tocante à atribuição do ônus da prova em favor da parte em piores condições de provar, “não faz sentido a incidência da teoria das cargas probatórias dinâmicas, dada a amplitude da legislação brasileira (Lei n. 8078, de 11.09.90) quanto à definição de relação de consumo e de norma expressa invertendo o ônus da prova, a critério do juiz”.<sup>472</sup> Por isso prefere invocar a doutrina em relação ao Direito comum, considerando que, partindo-se de uma interpretação sistemática, “não se pode ver empecilho na aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas e do princípio da solidariedade no direito brasileiro”.<sup>473</sup> Reforça sua conclusão nos princípios da lealdade, boa-fé e dever de veracidade<sup>474</sup>, na dignidade da Justiça<sup>475</sup>, no princípio da igualdade

<sup>470</sup> “Esse princípio da aptidão para a prova está expresso no art. 6º, inc. VIII, do CDC (...). Esse dispositivo é plenamente aplicável ao direito processual do trabalho, pelos permissivos dos arts. 8º, parágrafo único, e 769, ambos da CLT. (...) A hipossuficiência do art.6º, citado, certamente não se resume a uma questão econômica ou financeira, mas se refere a uma questão probatória. Ou seja, quando o empregado tiver grande dificuldade na produção da prova e, concomitantemente, o empregador disponha de maiores meios de realizá-la, este terá o encargo de demonstrar o fato. Já tivemos ocasião de aplicar semelhante regra no julgamento de uma ação trabalhista movida por um professor da rede particular de ensino contra sua ex-empregadora, uma escola de curso pré-vestibular, quando se discutia o número de alunos em cada sala de aula onde eram ministradas as aulas, já que existia previsão em convenção coletiva de um adicional ao salário, dependendo da quantidade de alunos. Ora, detendo, no caso citado, a empregadora toda a documentação referente aos seus alunos matriculados, muito mais apta a produzir a prova requerida, não só pelos diários de classe, como por outros documentos, como pagamentos de mensalidades etc., e, em sendo assim, da empregadora o ônus processual de demonstrar fato controvertido, embora o fato pudesse ser rotulado como constitutivo ao direito pleiteado (CPC, art. 333, inc. I)” *Op. cit.*, p. 145-147.

<sup>471</sup> “A facilitação da defesa dos direitos do consumidor é assegurada inclusive com a inversão do ônus da prova, quando, a critério do juiz, for verossímil a sua alegação ou for ele hipossuficiente, segundo as regras de experiência (art.6º, VIII). O preceito é importante porque um dos instrumentos mais comuns usados em juízo para negar os direitos subjetivos é invocar as regras sobre a prova, para exigir formalidades, impor restrições à sua apuração, criar critérios de valoração etc., tudo com o fim de obstaculizar a aplicação da norma que consagra o direito material. Ademais, pode ser impossível ou muito difícil ao consumidor fazer a prova do fato, mas inversamente fácil ao fornecedor, daí porque deve recair sobre este, que dispõe de condições para esclarecer os fatos, o dever de prová-los. É a aplicação do princípio da *carga dinâmica da prova*”. *O acesso do consumidor à justiça no Brasil*. In: Revista de Direito do Consumidor, n. 16, out./dez. 1995, p. 22-28.

<sup>472</sup> *Op. cit.*, p. 255.

<sup>473</sup> *Idem*.

<sup>474</sup> “Com efeito, vê-se que o Código de Processo Civil brasileiro adota expressamente os princípios da lealdade, boa-fé e dever de veracidade ao estabelecer que as partes e seus procuradores têm os seguintes deveres: ‘expor os fatos em juízo conforme a verdade; proceder com lealdade e boa-fé; não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito’ (art. 14). Assim também ao determinar a punição, inclusive de ofício, do litigante de má-fé, qualificando como tal, dentre outras situações, aquele que ‘alterar a verdade dos fatos’ (arts. 16 a 18). De outro lado, tal Código impõe ao autor o ônus da afirmação, exigindo que da inicial conste ‘o fato e os fundamentos jurídicos do pedido’, bem assim o dever de indicar ‘as provas com que pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados’ (art. 282, III e VI), o mesmo ocorrendo com o réu, que deve na contestação ‘alegar toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir’ (...). Assim, a conduta omissiva de qualquer das partes no que se refere às afirmações e às provas devem ser enquadradas como violadoras dos princípios de veracidade, boa-fé e lealdade, o que pode permitir ao juiz, tendo em vista as circunstâncias do caso, perceber se a parte que, à luz da letra isolada do art. 333, não teria o ônus da provar, escondeu provas que poderia produzir, e assim inverter tal regra”. *Ib idem*, p. 255-256.

de tratamento às partes<sup>476</sup>, bem como no dever de colaboração com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade<sup>477</sup>, tudo isso expressamente contemplado em nosso diploma processual civil.

Outrossim, calcando-se na orientação do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n. 4.657, de 04.09.42), segundo a qual “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, Wilson Alves assevera que a adequada aplicação da doutrina das cargas probatórias dinâmicas no Direito brasileiro “é, mais do que possível, necessária, na medida em que o fim social da norma processual está, em última análise, em se fazer justiça, e o primeiro passo para que se possa fazer justiça está no descobrimento da verdade dos fatos expostos no processo”.<sup>478</sup> No tocante à jurisprudência brasileira, aponta que, em 1999, apesar de ainda não haver precedentes com menção expressa às teorias das cargas probatórias dinâmicas e do princípio da solidariedade,<sup>479</sup> já se podia encontrar alguns julgados flexibilizando a aplicação da fórmula estática do art. 333 do CPC.<sup>480</sup>

Hoje, já são inúmeros os precedentes fundamentados na distribuição dinâmica do ônus da prova. Destaquem-se algumas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no sentido de que, por “aplicação do princípio da carga dinâmica da prova, está incumbida a parte

<sup>475</sup> “quem deliberadamente omite fatos ou provas, certamente porque tal conduta lhe prejudicaria e beneficiaria o adversário, não colabora para a descoberta da verdade e procura enganar o Estado-juiz, que sem a verdade dos fatos fará um julgamento injusto, de modo que tal ato omissivo é contrário à dignidade da Justiça, o que deve ser reprimido pelo juiz (art. 125, III)”. *Ib idem*, p. 256.

<sup>476</sup> “Está também expresso no CPC o princípio da igualdade quando se exige do juiz assegurar às partes igualdade de tratamento (art. 125, I). Não se perca de vista, como gizado acima, que inverter o ônus da prova em favor do que está em desvantagem para impor tal carga àquele que está em melhores condições de provar é a verdadeira aplicação do princípio da igualdade (tratar os desiguais desigualmente para assegurar a igualdade real), ocorrendo a sua não aplicação com a insistência em aplicar o art. 333, mesmo ante tais manifestas circunstâncias”. *Ib idem*.

<sup>477</sup> “O princípio da solidariedade e colaboração com o órgão judiciário também está consagrado expressa e claramente no CPC brasileiro como dever jurídico imposto a todos, ao dispor que ‘ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade’ (art. 339; grifei). Evidentemente que a expressão *ninguém* não exclui as partes, de modo que a conduta omissiva no sentido de esconder provas que poderia produzir é violação de tal dever. E para que não paire dúvida quanto a tal raciocínio, o Código põe como dever das partes, ‘além dos descritos no art.14: comparecer em juízo respondendo ao que lhe for interrogado; submeter-se à inspeção judicial que for julgada necessária; praticar ato que lhe for determinado (art.340). Mas o Código diz mais. Dispõe que o juiz tem o poder de *ex officio*, ‘em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa’ (art. 342). E se ‘a parte, sem motivo justificado deixar de responder ao que lhe for perguntado, ou empregar evasivas, o juiz, apreciando as demais circunstâncias e elementos de prova, declarará, na sentença, se houve recusa de depor’ (art. 345). Ainda quanto ao princípio da colaboração, expressa, ademais, o CPC brasileiro que ‘o juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa que se ache em seu poder’ (art. 355)”. *Ib idem*, p. 256-257.

<sup>478</sup> *Ib idem*, p. 257.

<sup>479</sup> O seu artigo foi publicado na Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA, no segundo semestre do ano de 1999.

<sup>480</sup> “Na jurisprudência brasileira, embora não se possa falar em clara adesão às teorias em comentário, é possível, no entanto, encontrar acórdãos rejeitando a aplicação rígida do art.333, tendo em vista as peculiaridades do caso. A 2ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por exemplo, decidiu em acórdão de 25.02.82, Rel. Des. Nelson Martins Ferreira, que: ‘O princípio de que ao autor incumbe a prova não é derogado em matéria de responsabilidade civil, mas recebe, nesse domínio, em lugar do seu aparente sentido absoluto, uma significação especial, que, por atenção a outra norma, *reus excipiendo fit actor*, vem a ser esta: ‘Aquele que alega um fato contrário à situação adquirida do adversário é obrigado a estabelecer-lhe a realidade’. Quando a situação normal, adquirida, é a ausência de culpa, o autor não pode escapar à obrigação de provar toda vez que fundadamente, consiga o réu invocá-la. Mas, ao contrário, pelas circunstâncias peculiares à causa outra é a situação normal que faça crer na culpa do réu já aqui se invertem papéis: é ao responsável que incumbe mostrar que, contra essa aparência, que faz surgir a presunção em favor da vítima, não ocorreu culpa de sua parte”. *Ib idem*, nota de rodapé, p.257.

que maior facilidade tem de produzi-la em juízo”<sup>481</sup>, pelo que “a parte que detém os documentos necessários à apreciação do feito deverá trazê-los ao processo”<sup>482</sup>. Ainda nessa linha, “a instituição financeira está obrigada à exibição do contrato celebrado entre as partes pela observância ao princípio da carga dinâmica da prova”<sup>483</sup>.

No Tribunal de Justiça do Paraná também já se acolheu “o princípio da carga dinâmica da prova, que transfere o dever de informar o juízo para aquele que tem melhores condições e, muitas vezes, a única possibilidade de fornecer os elementos esclarecedores do fato”<sup>484</sup>. Na mesma oportunidade, o Tribunal ratificou sentença na qual ficou assentado que “a ‘Teoria da Carga Dinâmica das Provas’ consiste em nítida aplicação do princípio da boa-fé no campo probatório”<sup>485</sup>.

Num caso em que se discutiu a responsabilidade da clínica e do médico que atendeu paciente submetido a uma operação cirúrgica da qual resultou a secção da medula, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que “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 da culpa dos réus”<sup>486</sup>.

Em suma, calcando-se nestes fundamentos já consagrados pela doutrina e jurisprudência pátrias, podemos concluir que a doutrina das cargas probatórias dinâmicas comporta perfeita aplicação no Direito positivo brasileiro, em qualquer campo material, basicamente pelas seguintes razões: *a)* constitui decorrência dos princípios constitucionais que consagram direitos e garantias fundamentais, *v.g.* a ampla defesa e o contraditório, a igualdade e a dignidade da pessoa humana, bem como o acesso à justiça; *b)* em que pese a regra rígida do art. 333 do Código de Processo Civil, pode ser extraída supletivamente a partir de uma interpretação sistemática de outras normas do mesmo diploma, notadamente aquelas dispostas nos seus artigos 14, 16 a 18, 125, 282, 339, 340, 345 e 355; *c)* encontra eco na regra do art. 6º, VIII, da Lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que faculta ao juiz a inversão do ônus nos casos em que, segundo as regras de experiência, torne-se necessário facilitar a prova que pelos critérios tradicionais ficaria a cargo do consumidor; *d)* está em consonância com o vetor axiológico do art. 5º do Decreto-lei n. 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil) que orienta a aplicação da lei em atendimento aos fins sociais e ao bem comum.

---

<sup>481</sup> AGI n. 70003136942, Rel. Des. Marco Aurélio de Oliveira Canosa. Julgado em 26.02.2002.

<sup>482</sup> AC n. 7000269639, Rel. Des. Roque Miguel Frank. Julgado em 05.04.2000.

<sup>483</sup> AC n. 70011092467, Rel. Des. Isabel de Borba Lucas. Julgado em 25.08.2005.

<sup>484</sup> Acórdão n. 25138, Rel. Des. Troiano Netto. Julgado em 15.02.2005.

<sup>485</sup> Agravo de Instrumento n. 165627-1, Rel. Des. Troiano Neto. Julgado em 15.02.2005.

<sup>486</sup> REsp. n. 69309, Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar. DJ de 26.08.1996.

Ressalte-se, todavia, que a exemplo do que se apontou na doutrina argentina, a distribuição dinâmica calcada em regras de experiência deve ser implementada com as necessárias cautelas e apenas naquelas situações específicas nas quais as regras basilares dispostas no art. 333 do CPC não funcionam bem. Além disso, cabe ao julgador motivar de modo fundamentado o ato de direcionamento do ônus à parte que se encontre em melhores condições de provar.

### 3 A PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

#### 3.1 TRATAMENTO DOUTRINÁRIO

##### 3.1.1 O Sentido Jurídico da Legitimidade Administrativa

Cumpra aqui examinar o significado jurídico que a doutrina atribui ao termo “legitimidade” ao se falar da *presunção de legitimidade* no âmbito do Direito Administrativo. Este sentido, específico para a Ciência Jurídico-Administrativa, não se confunde com aqueles atribuídos pela Filosofia ou pela Sociologia e relacionados à legitimidade no exercício do poder. São formas diferentes de abordagem do fenômeno, não obstante estarem inegavelmente interligados.

Do ponto de vista filosófico, ensina Paulo Bonavides, “a legitimidade repousa no plano das crenças pessoais, no terreno das convicções individuais de sabor ideológico, das valorações subjetivas, dos critérios axiológicos variáveis segundo as pessoas”<sup>487</sup> e se funda “em noção puramente metafísica que se venha a eleger por base do poder”.<sup>488</sup> Sob um prisma sociológico, segundo Georges Vedel, “chama-se princípio de legitimidade o fundamento do poder numa determinada sociedade, a regra em virtude da qual se julga que um poder deve ou não ser obedecido”.<sup>489</sup> Tem-se aí a concepção de legitimidade que, segundo Max Weber, pode se manifestar de variadas formas, a depender do tipo de organização social, destacando-se a legitimação carismática, a tradicional e a legal ou racional.<sup>490</sup>

---

<sup>487</sup> *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 115.

<sup>488</sup> *Idem*.

<sup>489</sup> *Introduction aux Études Politiques*, Fascículo I, p. 28. *Apud* Paulo Bonavides, *op. cit.*, p. 116.

<sup>490</sup> Eis a síntese feita por Paulo Bonavides, acerca do pensamento de Weber: “Debaixo do mesmo prisma sociológico, Max Weber faz que a legalidade repouse sobre três formas básicas de manifestação da legitimidade: a carismática, a tradicional e a legal ou racional. Esses três tipos de poder legítimo abrangido no clássico esquema de Max Weber têm resumidamente a explicação que se segue, segundo as palavras mesmas do celebrado sociólogo. A autoridade carismática assenta sobre as ‘crenças’ havidas em profetas, sobre o ‘reconhecimento’ que pessoalmente alcançam os heróis e os demagogos, durante as guerras e as sedições, nas ruas e nas tribunas, convertendo a fé e o reconhecimento em deveres invioláveis que lhe são devidos pelos governados. O poder carismático se baseia, segundo o sociólogo, na direta lealdade pessoal dos seguidores. A autoridade



Já o significado da *legitimidade*, enquanto categoria jurídica aqui tratada, tem variado conforme o paradigma epistemológico adotado no estudo do Direito. A partir de um modelo positivista puro, de viés conceitual e mecanicista, a expressão veio sendo empregada praticamente como sinônimo de legalidade, entendida esta como vinculação ao quanto disposto literalmente nos textos legais.<sup>491</sup> Atualmente, porém, predomina na doutrina um sentido mais amplo, como “legalidade acrescida de sua valoração”, no dizer de Bonavides, para quem a legalidade de um regime democrático se legitima nos moldes de uma constituição e “será sempre o poder contido naquela constituição, exercendo-se de conformidade com as crenças, os valores e os princípios da ideologia dominante, no caso a ideologia democrática”.<sup>492</sup>

Traçando um paralelo entre a legalidade e a legitimidade, Diogo de Figueiredo Moreira Neto ressalta que “a captação política dos interesses da sociedade é imediata e define a legitimidade, enquanto a cristalização jurídica desses interesses é mediata e define a legalidade”.<sup>493</sup> Nesse prisma, a legitimidade jurídica seria algo mais do que o simples apego literal aos textos legais, pois “a Administração está sempre duplamente vinculada, embora com relevâncias defasadas: imediatamente, para a legalidade e mediadamente, para a legitimidade”.<sup>494</sup> Tem-se, pois, a legitimidade como “a conformidade do agir do Estado ao interesse público”, pelo

---

carismática, acrescenta Max Weber, a despeito de haver sido uma das potências mais revolucionárias da História, transformadora dos sentimentos e destinos dos povos e civilizações inteiras, conserva nas suas formas mais puras o caráter autoritário e imperativo. Já a autoridade tradicional se apóia na crença de que os ordenamentos existentes e os poderes de mando e direção comportam a virtude da santidade. O tipo mais puro, prossegue Max Weber, é o da autoridade patriarcal, onde o governante é o ‘senhor’, o governado, o ‘súdito’ e o funcionário, o ‘servidor’. Afirma o sociólogo: presta-se a obediência à pessoa por respeito, em virtude da tradição de uma dignidade pessoal que se reputa sagrada. Todo o comando se prende intrinsecamente à tradição, cuja violação brutal por parte do chefe poderá eventualmente pôr em perigo seu próprio poder, cuja legitimidade se alicerça tão-somente na crença acerca de sua santidade. A criação de um novo direito em face das normas oriundas da tradição é em princípio impossível. Consequentemente, a direção política do meio social goza de uma solidez e estabilidade que se acha sob a dependência imediata e direta do aprofundamento da tradição na consciência coletiva. Quanto ao último tipo, o da autoridade ‘legal’, que informa toda a época do racionalismo ocidental, temos o poder fundado no estatuto, na regulamentação da autoridade. Aqui assevera Max Weber: o tipo mais puro é o da autoridade burocrática. Sua concepção fundamental se resume na postulação de que qualquer direito pode ser modificado e criado *ad libitum*, por elaboração voluntária, desde que essa elaboração seja formalmente correta. A obediência se presta não à pessoa, em virtude de direito próprio, mas à regra, que se reconhece competente para designar a quem e em que extensão se há de obedecer. Demais, o poder racional ou legal cria ademais em suas manifestações de legitimidade a noção de *competência*, o poder tradicional a de *privilegio* e o carismático, desconhecendo esses conceitos, dilata a legitimação até onde alcance a missão do chefe, na medida de seus atributos carismáticos pessoais, conforme observa aquele pensador”. *Idem*, p. 117-118.

<sup>491</sup> Anota Florivaldo Dutra de Araújo que “em Kelsen, como na quase totalidade dos autores do Direito administrativo, a expressão ‘legitimidade’ é usada com o significado de respeito ao direito positivo, ou seja, como sinônimo de ‘legalidade’. Parece-nos necessário, contudo, fazer a devida distinção entre esses dois termos. *Legal* significa o que é conforme as leis estabelecidas (direito positivo). *Legítimo* é o que existe sobre a base de um justo título. (...) Vejam-se aí as idéias de legitimidade, justiça e equidade, como condicionantes da legalidade. Pois o Direito é um fenômeno social, que precisa ser visto e entendido desde relações sociais concretas, onde ele nasce e tem aplicação (...) Neste sentido, a legitimidade é um *plus* necessário para se alcançar a justiça social, mas cuja ausência não invalida a exigência mínima da legalidade. Mas o requisito de legalidade no comportamento da Administração não se completa, se não for referenciado pelo princípio da finalidade”. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 51-52.

<sup>492</sup> *Idem*, p. 112. Acrescenta o jurista cearense que “a legalidade é a conformação do governo com as disposições de um texto constitucional precedente, ao passo que a legitimidade significa a fiel observância dos princípios da nova ordem jurídica proclamada; a legalidade será assim um conceito formal, a legitimidade, um conceito material, de maneira que, segundo essa posição, um governo de fato far-se-á eventualmente legítimo se proceder segundo as regras por ele mesmo estabelecidas, fundamentando uma nova ordem política ou constitucional (Duverger)”. *Idem*, p. 119.

<sup>493</sup> *Legitimidade e discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.07.

<sup>494</sup> *Idem*, p. 16-17.

que “se torna um requisito *legalmente exigível* da ação administrativa pública e leva à invalidade os atos que não atendam a *finalidade* que a expressa”.<sup>495</sup>

Em suma, pode-se afirmar que a *legitimidade* administrativa consiste na legalidade qualificada pelo interesse público. Por isso não se olvida que, no atual contexto do Estado de Direito, a expressão, empregada para qualificar a atuação da Administração Pública, envolve algo mais do que a simples obediência à legislação em seu sentido formal. Atuação administrativa *legítima* implica obediência a todos os mandamentos do sistema jurídico, não apenas as regras extraídas dos dispositivos escritos de determinada lei, mas, sobretudo, as normas de natureza principiológica que dão flexibilidade ao processo de adequada aplicação do Direito aos casos concretos. Há de se levar em conta os princípios jurídicos consagrados expressa e implicitamente no ordenamento constitucional tais como, *v.g.*, a moralidade administrativa<sup>496</sup>, a impessoalidade<sup>497</sup>, a razoabilidade e a proporcionalidade.<sup>498</sup>

Noutro giro, é perfeitamente possível se resgatar a idéia tradicional da sinonímia entre legitimidade e legalidade, não no sentido original que restringe aquela à estrita obediência literal

---

<sup>495</sup> *Ib idem*. O autor, com amparo na doutrina italiana, chama à atenção o fato de que as opções legítimas da Administração Pública somente podem ser aquelas que conduzam à *satisfação ótima* do interesse público. Escreve que para o administrador, “ao qual cabe aplicar a lei para promover os interesses públicos confiados ao Estado, a legitimidade tanto poderá estar integralmente contida na legalidade, devendo praticar atos vinculados, como apenas parcialmente nela contida, necessitando praticar atos em que lhe caberá fazer, abstrata ou concretamente, *opções legítimas* (*Interessenvertretung*, para Laun). Especificamente, no tocante à Administração, dois autores clássicos, ambos italianos, dedicaram-se ao exame dessas indagações com resultados diferentes. Resta defendeu que se a lei confia à Administração a dicção do interesse público, o faz porque está melhor aparelhada para que possa defini-lo otimamente *in concreto*: o dever da boa administração só pode levar à *satisfação ótima* do interesse público, o que supõe que todas as demais seriam inválidas. Alessi concebeu a vinculação com maior cautela, pois se o inimigo do bom é o ótimo, preferiu aceitar, como suficiente para a validação do ato, uma correspondência a ‘um grau mínimo de interesse público’, a que chamou de ‘legitimidade substancial’ (...). Ante o exposto, parece ter ficado claro que a legitimidade é definida pelos *fins* e, desde que tais fins estejam expressa ou implicitamente contidos na lei, torna-se possível traduzi-la em termos de legalidade e, assim, indiretamente, submetê-la a controle”. *Idem*, p. 17-19.

<sup>496</sup> A Administração Pública deve atuar segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé, como, aliás, expressamente previsto no art. 2º, p. único, IV, da Lei n. 9.784/99. Este princípio assume grande importância quando se investigam atos da Administração formalmente legais, mas que, em sua substância, não visam o interesse público, traduzindo verdadeiro desvio de finalidade. Por outro lado, Maria Sylvia Di Pietro salienta que o direito ampliou o seu círculo para abranger matéria que antes dizia respeito apenas à moral, destacando que “o desvio de poder ou finalidade passou a ser visto como ilegalidade, sujeito, portanto, a controle judicial”. *Op. cit.*, p. 78. Com isso, a moralidade administrativa teve o seu campo reduzido, o que não impede, diante do critério do Direito positivo brasileiro, o reconhecimento de sua existência como princípio autônomo.

<sup>497</sup> É interpretado em dois sentidos. Primeiro, diz-se que o Administrador não pode prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, devendo praticar os seus atos sem ter em mira interesse pessoais nem de terceiros, mas sim o interesse público. Em segundo lugar, as ações da Administração não devem ser imputadas à pessoa do administrador, que apenas age por delegação do Estado e em nome do povo. Daí porque o art. 37, § 1º, da Carta Magna, assim como os arts. 18 a 21 da Lei n. 9.784/99, proíbem que conste nome, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal. Outrossim, o art. 2º, p. único, III, da Lei 9784/99 impõe que a Administração busque *objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades*. A publicidade das ações do governo deverá ter estritamente caráter educativo, informativo ou de orientação social.

<sup>498</sup> O princípio da razoabilidade impõe limitações à discricionariedade administrativa, traduzindo o controle de decisões manifestamente inadequadas para alcançar a finalidade legal. Já a proporcionalidade está contida na razoabilidade; é um de seus elementos, especificamente no tocante à *relação entre meios e fins*. É este o seu objeto específico. Em suma, na prática de um ato administrativo, o Poder Público deverá utilizar um meio adequado (razoabilidade) e na estrita medida do necessário (proporcionalidade) para o alcance da finalidade a que se propõe. Nos termos do art. 2º, p. único, VI, da Lei n. 9.784/99, a Administração deve buscar a adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público. A doutrina costuma apontar três aspectos que compõem o princípio da proporcionalidade: a *adequação* (deve haver uma relação de causalidade entre meio e fim, isto é, o meio deve ser idôneo à produção do fim), *necessidade* (inexistência de outro meio mais suave, isto é, menos restritivo a direitos individuais) e *proporcionalidade em sentido estrito* (o meio deve produzir mais vantagens do que desvantagens).

ao texto legislativo, mas, sim, com o escopo de ampliar o próprio sentido da *legalidade*, de modo a alcançar todos os mandamentos (regras e princípios) dispostos no sistema jurídico. Comparando metaforicamente com o que faz um físico-matemático ao calcular a soma vetorial de forças incidindo sobre determinado móvel, a fim de saber em que direção se dará o seu deslocamento, deve o administrador esforçar-se para, no balizamento de sua conduta, levar em conta todas as forças normativas existentes no sistema jurídico. Vistas as coisas deste modo, a *legalidade administrativa* se traduz exatamente na busca, pela Administração Pública, da “norma resultante” da soma de todos os vetores normativos incidentes nos casos concretos e da qual decorra a solução juridicamente mais adequada às peculiaridades de cada situação. É isto que torna a decisão administrativa *legitimamente legal* ou, se se preferir, *legalmente legítima*.

É nesta concepção abrangente que a vinculação da Administração Pública à legalidade, escreve Paulo Otero, “determina que cada ato jurídico dela integrante se tenha sempre de mostrar ‘sintonizado’ com o sistema, sabendo-se que qualquer ‘falta de sintonia’ interna se encontra condenada a ser erradicada da ordem jurídica”.<sup>499</sup> É assim que Renato Alessi considera a legitimidade como a legalidade tomada em seu sentido amplo, envolvendo não apenas o seu aspecto formal senão também o aspecto substancial.<sup>500</sup> Nesse mesmo diapasão, Lúcia Vale Figueiredo acentua que “o princípio da legalidade é bem mais amplo do que a mera sujeição do administrador à lei, pois aquele, necessariamente, deve estar submetido também ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais”.<sup>501</sup>

Interessante observar que a evolução do que se entende por “Estado de Direito” (conceito amplo e variável) está relacionada à própria mudança histórica dos paradigmas em torno dos conceitos de *legalidade* e *legitimidade*, desde um modelo apenas calcado na forma, até um modelo mais aberto que leva em conta também o conteúdo das decisões, consoante destaca Luigi Ferrajoli.<sup>502</sup> Pensar-se hoje em *legitimidade* em termos apenas de legalidade formal

<sup>499</sup> *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Lisboa: Almedina, 2003, p. 210.

<sup>500</sup> “El respecto de todos estos límites constituye la condición para la *legalidad* (o *legitimidad*, en sentido amplio) de la actividad administrativa, esto es, condición para la *conformidad con la ley* de la referida actividad, conformidad de la que deriva la *juridicidad* de esta actividad y, por lo tanto, su *validez* para producir efectos jurídicos. Como se ve, la *conformidad con la ley*, fuente de la *juridicidad* y, por lo tanto, de la *validez* de la actividad administrativa, debe ser no solamente *formal* (por el respecto a las prescripciones formales de que se há hecho mención), sino también *substancial*, por el respecto del límite substancial inherente al grado de interés que debe existir en concreto para justificar el desarrollo de la actividad”. *Op. cit.*, p. 190.

<sup>501</sup> *Op. cit.*, p. 42. Acrescenta ainda a jurista que “o princípio da legalidade está atrelado ao devido processo legal, em sua faceta substancial, e não formal”. *Idem*.

<sup>502</sup> “*Estado de direito* é um daqueles conceitos amplos e genéricos que tem múltiplas e variadas ascendências na história do pensamento político: a idéia, que remonta a Platão e Aristóteles, do ‘governo das leis’ contraposto ao ‘governo dos homens’, a doutrina medieval da fundação jurídica da soberania, o pensamento político liberal sobre os limites da atividade do Estado e sobre o Estado mínimo, a doutrina jusnaturalista do respeito às liberdades fundamentais por parte do direito positivo, o constitucionalismo inglês e norte-americano, a tese da separação dos poderes, a teoria jurídica do Estado elaborada pela ciência juspublicista alemã do século passado e pelo normativismo kelseniano. Segundo uma distinção sugerida por Nberto Bobbio, isto pode querer dizer duas coisas: governo *sub lege* ou submetido às leis, ou governo *per leges* ou mediante leis gerais e abstratas. (...) Poder *sub lege* pode, de outra parte, ser entendido em dois sentidos diferentes: num sentido débil, ou lato, ou formal, no qual qualquer poder deve ser *conferido* pela lei e exercitado nas formas e com os procedimentos por ela estabelecidos; e num sentido

poderia representar um retrocesso a modelos rígidos de Estados que, apesar de haverem sido, no aspecto *sub lege*, considerados “de Direito”, respaldavam-se em ordenamentos de viés totalitário.

*Legitimidade* jurídica, no contexto do Estado de Direito contemporâneo, de viés nitidamente democrático, é conceito que vai muito além da mera aplicação das normas extraídas mecanicamente dos textos escritos da legislação (*legitimação formal*). Decisão *legítima* é aquela que, tomando o texto abstrato da lei como mero ponto de partida, deve inspirar-se em todos os valores que emanam do sistema jurídico, mormente aqueles decorrentes dos princípios constitucionais, de modo a se lograr a aplicação do Direito do modo mais adequado à hipótese do caso concreto (*legitimação substancial*).

### 3.1.2 Princípio do Direito Administrativo ou Atributo dos Atos Administrativos?

Não tem sido uniforme o enquadramento dado pela doutrina ao instituto da presunção de legitimidade no Direito Administrativo. Alguns juristas o tratam especificamente como uma característica ou *atributo dos atos administrativos* decorrente do princípio da legalidade, enquanto outros procuram lhe dar maior abrangência, situando-o como verdadeiro *princípio geral do Direito Administrativo*.

No primeiro caso, mencionando a presunção de legitimidade especificamente ao tratar dos atributos dos atos administrativos, Lúcia Valle Figueiredo assinala que “se os atos administrativos desde logo são imperativos e podem ser exigíveis (isto é, tornam-se obrigatórios e executáveis), há de militar em seu favor a presunção *juris tantum* de legalidade.”<sup>503</sup> Diógenes Gasparini, por sua vez, aponta que a presunção de legitimidade “é a qualidade de todo e qualquer

---

forte, ou estrito, ou substancial, no qual qualquer poder deve ser *limitado* pela lei que lhe condiciona não somente as formas, mas também os conteúdos. (...) No primeiro sentido são Estados de direito todos os ordenamentos, mesmo autoritários, ou pior, totalitários, os quais, em todo caso, *lex facit regem* e o poder tem uma fonte e uma forma legal; no segundo sentido, que implica o primeiro, são, ao invés, somente os Estados constitucionais – e, em particular aqueles Estados de Constituição rígida, como é tipicamente o italiano –, os quais incorporam, nos níveis normativos superiores, limites não somente formais, mas, também, substanciais ao exercício de qualquer poder. Podemos, *grosso modo*, associar estes dois significados de ‘Estado de direito’ às duas noções aqui elaboradas a partir do princípio da legalidade: à legalidade em sentido lato, ou *validade formal*, que requer, tão somente, que todos os poderes dos sujeitos titulares sejam legalmente predeterminados, bem como as formas de exercício; e à legalidade em sentido estrito, ou *validade substancial*, que exige, outrossim, que lhe sejam legalmente preordenadas e circunscritas, mediante obrigações e vedações, as matérias de competência e os critérios de decisão. (...) Em todos os casos pode-se dizer que a *mera legalidade*, limitando-se a subordinar todos os atos às leis, quaisquer que sejam, coincide com a sua *legitimação formal*, enquanto a *estrita legalidade*, subordinando todos os atos, inclusive as leis, aos conteúdos de direitos fundamentais, coincide com a sua *legitimação substancial*”. *Op. cit.*, p. 789-791.

<sup>503</sup> *Curso de direito administrativo*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 171.

ato administrativo de ser tido como verdadeiro e conforme o Direito. Milita em seu favor uma presunção *juris tantum* de legitimidade, decorrente do princípio da legalidade.”<sup>504</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello também parece seguir a mesma trilha quando alude à “qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário”<sup>505</sup>, acrescentando que “pela presunção de legitimidade, o ato administrativo, quer seja impositivo de uma obrigação, quer seja atributivo de uma vantagem, é presumido como legítimo.”<sup>506</sup>

Noutra amplitude, salientado a natureza *principiológica* da presunção de legitimidade no âmbito geral do Direito Administrativo, Odete Medauar ressalta que todas “as decisões da Administração são editadas com o pressuposto de que estão conforme as normas legais e de que seu conteúdo é verdadeiro.”<sup>507</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto considera que “o Estado funda sua ação sobre pressupostos reais (realidade), em estrito cumprimento da lei (legalidade), voltado às suas legítimas finalidades (legitimidade) e subordinado à moral (licitude).”<sup>508</sup> Hely Lopes Meirelles, por sua vez, acentua que “essa presunção decorre do princípio da legalidade da Administração, que, nos Estados de Direito, informa toda a atuação governamental.”<sup>509</sup>

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, numa espécie de fusão entre estes dois aspectos do fenômeno, aponta a presunção de legitimidade como um *princípio do ato administrativo*, acrescentando que a não existência deste princípio levaria a que toda a atividade administrativa fosse diretamente questionável, “obstaculizando o cumprimento dos fins públicos, ao antepor um interesse individual de natureza privada ao interesse coletivo ou social, em definitivo, o interesse público”.<sup>510</sup>

Tais diferenças de abordagem certamente se devem ao fato de que também não existe uniformidade teórica na conceituação do *ato administrativo* como categoria jurídica<sup>511</sup>. Assim,

<sup>504</sup> *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 72.

<sup>505</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 369. Celso Antônio ratifica este seu posicionamento em outra obra (*Ato administrativo e direitos dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 23).

<sup>506</sup> *Idem*, p. 371.

<sup>507</sup> *O direito administrativo moderno*. 5. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 154.

<sup>508</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 88.

<sup>509</sup> *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 141.

<sup>510</sup> *Direito administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 191.

<sup>511</sup> Celso Antônio chama a atenção para isso ao salientar que, “tratando-se de uma noção teórica pela qual se busca abarcar sob uma denominação comum um certo número de atos que possuem afinidades recíprocas, compreende-se o surgimento de discrepâncias entre os estudiosos. De fato, nada há que obrigue, do ponto de vista lógico, a uma coincidência de opiniões sobre a qualidade ou o número dos traços de afinidade que devam ser compartilhados pelos atos designáveis por tal nome; isto é: pelo nome ‘ato administrativo’. Enquanto certos autores reputam suficiente uma dada quantidade de traços de similitude, outros requererão outra quantidade – maior ou menor – de aspectos comuns para, à vista deles, considerarem presente a figura tipológica que se propõem a batizar com o rótulo de ‘ato administrativo’. Além disso, podem divergir – e divergem – não apenas com relação à quantidade de elementos adotados como radical desta categoria de atos, mas também com relação ao critério seletivo; ou seja, divergem inclusive quanto à própria natureza dos traços a serem eleitos como fatores relevantes para determinação da similitude dos atos abarcáveis sob a denominação em apreço. Como as palavras são meros rótulos que sobrepomos às coisas, nenhum jurista pode reivindicar para si o direito de formular uma noção que seja ‘a verdadeira’, excludente de quaisquer outras, pois isto equivaleria a irrogar-se a qualidade de legislador, ou seja, a inculcar-se o poder (auto-atribuído) de delimitar o âmbito de abrangência de uma expressão que a lei não circunscreveu de modo unívoco”. *Curso de direito administrativo*, p. 337.

desde quando se atente para o sentido empregado por cada jurista, o tema pode ser estudado sob diferentes ângulos sem prejuízo da sua correta compreensão.

Aqueles que contemplam a presunção de legitimidade como atributo do *ato administrativo* empregam, na verdade, esta expressão em um sentido amplo que alcança todas as *atividades* da Administração Pública submetidas ao regime jurídico-administrativo, isto é, regidas por normas que exorbitam do regime comum do Direito Privado. Incluem-se aí, além dos atos administrativos *stricto sensu*, os contratos administrativos e outros negócios jurídicos envolvendo a Administração (acordos, convênios, consórcios, termos de parceria, credenciamentos etc.), as diversas operações materiais realizadas por agentes públicos (que alguns chamam de fatos administrativos); em suma, todas as atuações em que a presença da Administração Pública dá-se em posição de supremacia perante os particulares (verticalidade).

Nessa ampla abordagem do ato administrativo, de modo a alcançar praticamente todos os âmbitos de atuação da Administração Pública, a presunção de legitimidade acaba adquirindo uma reconhecida carga principiológica, apenas não aparecendo naquelas atividades em que a Administração atua predominantemente sob a égide do Direito Privado<sup>512</sup>, isto é, sem posição de supremacia e em pé de igualdade com os particulares (horizontalidade).<sup>513</sup>

### 3.1.3 Presunção de Legitimidade, de Legalidade, de Veracidade ou de Validade?

Não obstante a abrangência semântica que hodiernamente já se busca conferir à legalidade administrativa, muitos doutrinadores seguem empregando a expressão “legitimidade

---

<sup>512</sup> Diz-se “predominantemente” porque a Administração Pública jamais age como se particular fosse, pois ainda que eventualmente despida das prerrogativas de supremacia, a sua atuação deve sempre perseguir o interesse público.

<sup>513</sup> É o que acontece, *v.g.*, nos chamados contratos *privados* da Administração ou, simplesmente, *contratos da Administração*. A doutrina em geral destaca que nem todos os contratos firmados pela Administração são contratos administrativos, porquanto existem contratos em que o Poder Público não age exclusivamente sob a égide do regime jurídico administrativo. Consoante aponta Hely Lopes Meirelles, “embora típica do Direito Privado, a instituição do *contrato* é utilizada pela Administração Pública na sua pureza originária (contratos privados realizados pela Administração) ou com as adaptações necessárias aos negócios públicos (contratos administrativos propriamente ditos)”. *Op. cit.*, p.188. Costuma-se, assim, diferenciar os *contratos da Administração* (gênero) dos *contratos administrativos* (espécie), como o faz Maria Sylvia Di Pietro: “A expressão *contratos da Administração* é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob regime de direito público, seja sob regime de direito privado. E a expressão *contrato administrativo* é reservada para designar tão-somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução dos fins públicos, segundo regime jurídico de direito público. Costuma-se dizer que, nos contratos de direito privado, a Administração se nivela ao particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da *horizontalidade* e que, nos contratos administrativos, a Administração age como poder público, com todo o seu poder de império sobre o particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da *verticalidade*”. *Op. cit.*, p. 232.

administrativa” para abarcar todos os aspectos, formais e substanciais, que devem conferir retidão à conduta do agente administrativo. Por isso, são encontradas referências à “presunção de *legitimidade*” nas obras de Augustin Gordillo<sup>514</sup>, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>515</sup>, Fernando Henrique Mendes de Almeida<sup>516</sup>, José Cretella Júnior<sup>517</sup>, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>518</sup>, dentre outros.

Mas não há uniformidade no emprego da terminologia para designar tal presunção. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho refere-se à “presunção da *verdade*”<sup>519</sup> e Lúcia Valle Figueiredo vale-se da expressão “presunção de *legalidade*”, entendendo com isso “a conformidade com a lei e a estrita compatibilidade com os princípios constitucionais da função administrativa e com os vetores constitucionais”.<sup>520</sup> Maria Sylvia Di Pietro opta por desdobrar o tema, apontando, ao lado da obediência formal à lei por parte do administrador (presunção de *legalidade*), a veracidade dos fatos declarados pela Administração (presunção de *verdade*).<sup>521</sup>

Diogo de Figueiredo Moreira Neto prefere a expressão “presunção de *validade*”, considerando que a mesma contém maior amplitude ao incorporar os quatro aspectos que ele reputa essenciais à completa correção dos atos administrativos, quais sejam a *veracidade*, a *legalidade*, a *legitimidade* e a *licitude*.<sup>522</sup> Henrique de Carvalho Simas também trata da “presunção de *validade*” como um dos atributos do ato administrativo que lhe atesta a “conformidade com a lei”.<sup>523</sup> Juan Carlos Cassagne, por sua vez, fala em “presunción de *validez o legitimidad* de los actos administrativos”<sup>524</sup>.

<sup>514</sup> *Tratado de derecho administrativo*, t 4, VII – 3.

<sup>515</sup> “Presume-se, em princípio, legítimos os atos administrativos, e se reconhece possível sempre a manifestação de vontade da Administração Pública, que desenvolve atividade no interesse coletivo. O interesse dos particulares há de ceder diante daquele e o direito subjetivo deles se sacrifica em face do direito de supremacia do Estado, convertidos em expressão patrimonial, que represente o seu justo valor”. *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 533.

<sup>516</sup> *Os atos administrativos na teoria dos atos jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p. 89.

<sup>517</sup> *Do ato administrativo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1972, p. 62.

<sup>518</sup> *Ato administrativo e direitos dos administrados*, p. 23.

<sup>519</sup> *Atos administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 33.

<sup>520</sup> *Op. cit.*, p. 170-171.

<sup>521</sup> Escreve Di Pietro que o “princípio, que alguns chamam de princípio da presunção de legalidade, abrange dois aspectos: de um lado, a presunção de verdade, que diz respeito à certeza dos fatos; de outro lado, a presunção da legalidade, pois, se a Administração Pública se submete à lei, presume-se, até prova em contrário, que todos os seus atos sejam verdadeiros e praticados com observância das normas legais pertinentes”. *Op. cit.*, p. 86.

<sup>522</sup> Esclarece que “no campo do Direito Administrativo esse *quádruplo pressuposto* significa que os atos da Administração gozam de *presunção de validade*, até prova em contrário. Até recentemente, os autores não ampliavam tanto a presunção aqui tratada, preferindo referir-se à *presunção de legalidade*, por vezes com extensão à *presunção de legitimidade*. Ocorre que, se tanto essas condições, legalidade e legitimidade, como, ainda, a realidade e a licitude, devem estar presentes para que exista *validade*, a *presunção deve encompassar todas elas*, o que torna tecnicamente mais preciso fulcrar a presunção em seu aspecto síntese: a *validade*”. *Op. cit.*, p. 88.

<sup>523</sup> “A *presunção de validade* significa que, até prova em contrário, isto é, enquanto não sobrevier o pronunciamento de ineficácia, os atos administrativos são tidos como válidos e operantes, quer para a Administração, quer para os particulares sujeitos aos seus efeitos, como se tivessem sido praticados em conformidade com a lei. Conseqüência dessa presunção é a transferência do ônus da prova de invalidade para quem a invoca. Quem argüir a ilegalidade do ato se incumbe de prová-la”. *Manual elementar de direito administrativo*. Rio de Janeiro; Livraria Freitas Bastos, 1974, p. 147-148.

<sup>524</sup> “Tráta-se de una presunción provisoria de los actos estatales, ínsita en las funciones y poderes que la norma fundamental asigna a los órganos que componen la estructura constitucional del Estado, para realizar en forma expeditiva y eficaz las

Ao que parece, a terminologia empregada por si só nada resolve, pois tudo dependerá do conteúdo semântico atribuído à expressão que qualifica a presunção. Como antes mencionado, legitimidade e legalidade podem perfeitamente servir como sinônimos, bastando se atribuir à expressão *legalidade administrativa* a concepção condizente com os valores constitucionais do Estado Democrático de Direito contemporâneo. Deveras, nesse atual contexto, não se pode reputar que a Administração Pública pratique algo *legal* que não seja, ao mesmo tempo, *legítimo*, pois o que confere ares de legalidade à atuação administrativa deve ser justamente o seu elemento teleológico, consubstanciado na busca de adequada satisfação do interesse público.

É claro que pode haver dúvidas sobre a exata definição de qual seja o interesse público específico a ser perseguido pela Administração em cada caso, haja vista as contingências, o alto grau de discricionariedade presente no vasto campo de atuação administrativa e, sobretudo, o grande número de variáveis inerentes ao complexo problema das decisões políticas. O próprio conteúdo do “interesse público” não admite delimitação precisa<sup>525</sup>, podendo até mesmo ocorrer situações de choque entre interesses públicos primários, a recomendar diferentes direcionamentos na conduta administrativa<sup>526</sup>, cabendo ao administrador, então, identificar o caminho mais adequado a seguir. Com isso, não raro, uma única situação pode comportar em várias decisões administrativas lícitas.

O que foi dito, porém, em nada muda o foco do balizamento semântico acima esposado acerca da legalidade como sinônimo de legitimidade. Significa apenas que qualquer que seja a solução reputada administrativamente lícita (dentre as possíveis), ela há de ser também considerada legítima. Se não é legítima, não pode ser tida como lícita.

Na verdade, o cerne do problema parece estar na identificação da conduta(s) adequada(s) a conferir legitimidade (e, portanto, legalidade) à atuação administrativa. Se a Administração age seguindo a “letra da lei” em determinada situação, *a priori* pode se considerar

---

funciones públicas que debe satisfacer en la prosecución del bien común cuya administración y gerencia le corresponden. Supone que el respectivo acto dictado por un órgano estatal se ha emitido de conformidad al ordenamiento jurídico y en ella se basa el deber u obligación del administrado de cumplir e lacto”. *Derecho administrativo*, p. 21.

<sup>525</sup> Salientando a dificuldade na tarefa de se delimitar a noção de “interesse público”, Maria Sylvia Di Pietro, com base nas lições de Alessi e Carnelutti, aponta primeiramente que “em caso de conflito, o interesse público primário deve prevalecer sobre o interesse público secundário, que diz respeito ao aparelhamento administrativo do Estado”. Em seguida, adverte que “quando se diz que a Administração Pública deve observar o interesse público, não significa que deve atender ao interesse comum a todos os cidadãos, porque isto seria difícil, senão impossível. Ela deve atuar, justificadamente, de modo a beneficiar uma coletividade de pessoas que tenham interesses comuns, ainda que esses interesses não correspondam à soma dos interesses individuais (...) A expressão *interesse público*, em sentido amplo, constitui o gênero que compreende várias modalidades: o *interesse geral*, afeto a toda a sociedade; o *interesse difuso*, pertinente a um grupo de pessoas caracterizadas pela indeterminação e indivisibilidade; e o *interesse coletivo*, que diz respeito a um grupo de pessoas determinadas ou determináveis”. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 223-224.

<sup>526</sup> Imagine-se uma decisão administrativa envolvendo a construção de uma hidroelétrica, quando se busca ponderar entre a necessidade de melhoria no fornecimento de eletricidade à população (interesse público primário) e o impacto ambiental causado pela obra (interesse público primário).



legítima a sua atuação. Este realmente tem sido, na prática, o ponto de partida da percepção dos agentes administrativos, simplesmente porque é a referência normativa mais específica que eles têm de como agir, isso sem contar os proliferados regulamentos executivos que lhes servem não apenas como referencial normativo, mas, sobretudo, hierárquico. Porém, se a conduta do agente administrativo, a pretexto de cumprir o preceito de uma lei específica, fere frontalmente princípios e valores constitucionais ao ignorar as peculiaridades do caso concreto, ela se torna não apenas ilegítima, mas, também, ilegal. O fato de haver seguido literalmente o comando preceptivo de uma única norma do sistema jurídico, quando existem outras normas apontando a inadequação da decisão tomada *in concreto*, não poupa o administrador de haver incorrido em ilegalidade.

Um exemplo – similar ao utilizado por Celso Antônio Bandeira de Mello ao tratar do desvio de poder na atuação administrativa<sup>527</sup> – ajudará mais uma vez a se compreender o que aqui se defende: imagine-se que em certa área urbana tombada pelo patrimônio histórico municipal, a lei proíba o tráfego de veículos automotores, tendo a prefeitura, para sinalizar a proibição, distribuído placas nas entradas das ruas por todo o perímetro, lá postando agentes de trânsito com o fito de fiscalizar o cumprimento da norma proibitiva. Ocorre que um turista que visitava a área, sendo repentinamente acometido por um infarto, foi acudido por pessoas que passavam pelo local, que se apressaram em chamar uma ambulância. Todavia, apesar da rápida chegada da ambulância, deparou-se esta com os agentes de trânsito que, ao argumento de estarem zelando pelo cumprimento da referida lei municipal, obstaram a sua entrada, de nada adiantando o apelo dos médicos que lhes informavam sobre a urgência da situação. Com isso, o turista, sem o precioso socorro de que necessitava, infelizmente veio a falecer no local.

Na situação narrada, há de se perguntar: teriam os agentes de trânsito cumprido a lei ao impedir a entrada da ambulância? Poder-se-ia se presumir legítima tal conduta administrativa?

Ora, a resposta a ambas as questões somente pode ser negativa, pois pensar na legalidade como o estrito cumprimento da única norma legal que proíbe o tráfego de veículos seria ignorar completamente a força normativa de princípios constitucionais que asseguram, dentre outras coisas, o acesso de todos à saúde pública<sup>528</sup>, a inviolabilidade do direito à vida<sup>529</sup> e

---

<sup>527</sup> *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.72.

<sup>528</sup> CF/88, art. 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”. Art. 197: “São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

<sup>529</sup> CF/88, art. 5º, *caput*.

a dignidade da pessoa humana<sup>530</sup>. É (razoavelmente) lógico inferir que referida norma proibitiva do tráfego está voltada para as situações de normalidade, até porque o legislador não teria como prever excepcionalidades.<sup>531</sup> Logo, a proibição haveria de ceder no caso concreto.

“*A lei*”, sob esse prisma, é mais do que “*uma lei*”: a legalidade é a resultante de todas as forças normativas de um *sistema jurídico* e que incidem numa determinada situação, equivalendo, assim, à legitimidade administrativa. A aplicação legítima da lei requer, por parte do agente administrativo, um esforço que propicie a melhor valoração possível; vale dizer, cumpre-lhe perceber adequadamente os fatos e interpretar adequadamente as normas jurídicas, aplicando o Direito ao caso concreto.

Vale-se aqui da noção de *sistema* concebida por Canaris, que, segundo escreve Paulo Pimenta, “deve ser entendido como uma *ordem de valores*”, sendo “importante para a Ciência do Direito, porque proporciona a localização dos *princípios jurídicos*, ao tempo em que se evita um positivismo extremo e abstrato”.<sup>532</sup> Por isso, na avaliação de Marçal Justen Filho, o conteúdo da *presunção de legitimidade* não traduz um valor genérico que deva ser considerado *a priori*, senão relacionado com o próprio conteúdo do ato administrativo, envolvendo basicamente quatro aspectos a considerar como presumidamente regulares: i) a interpretação da norma jurídica empregada pela Administração no caso concreto; ii) a avaliação e qualificação jurídica dos fatos relevantes no caso concreto; iii) o exercício de competências discricionárias e vinculadas atribuídas à Administração; iv) a afirmação dos fatos pelo agente administrativo.<sup>533</sup>

---

<sup>530</sup> CF/88, art. 1º, III.

<sup>531</sup> Nas palavras de Celso Antônio, “apesar dos termos peremptórios da norma, não haverá sido finalidade dela gerar embaraços no caso de situações extremas como a indicada. A ‘lógica do razoável’, tão encarecida – com justa razão – por Recásens Siches, impõe a adoção de conduta afinada com a inteligência fiel à finalidade da regra. Logo, se o agente não o fizer, estará utilizando a competência para finalidade distinta daquela em vista da qual foi instituída. De conseguinte, incorrerá em desvio de poder”. *Idem*, p. 72-73.

<sup>532</sup> *Op. cit.*, p. 123-125. Explica Pimenta que “após rejeitar as concepções então existentes, Canaris desenvolve o seu conceito de sistema a partir das idéias de *adequação valorativa* e da *unidade interior* da ordem jurídica, afirmando, em primeiro lugar, que os valores elevados do Direito, como o princípio da justiça, o princípio da igualdade e da segurança jurídica justificam a idéia de sistema. É, também, o sistema, uma ordem axiológica ou teleológica, ou, no dizer do citado jusfilósofo, a ‘captação racional de adequação de conexões de valorações jurídicas’”. *Idem*.

<sup>533</sup> Marçal Justen Filho. *Op. cit.*, p. 204.

## 3.2 PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E EXECUTORIEDADE

### 3.2.1 Divergências Terminológicas

A doutrina em geral distingue a presunção de legitimidade de outro atributo dos atos administrativos, geralmente apontado como dela decorrente, por força do qual podem ser materialmente implementados pela própria Administração, ainda que coativamente, sem necessidade de prévia autorização judicial. É o que se costuma chamar de *executoriedade* ou *auto-executoriedade*, característica presente, sobretudo, nos atos afetos ao exercício do poder de polícia administrativo.<sup>534</sup>

Na lição de Régis Fernandes de Oliveira, “a executoriedade do ato administrativo habilita o Poder Público a compelir, coativamente, à obediência do que nele se contém. É o que os franceses chamam de *droit préalable*”.<sup>535</sup> Cretella Júnior, também se referindo ao *privilège du préalable* ou *privilège d’action d’office*, assinala a estreita relação existente entre a presunção de legitimidade e a executoriedade, como aspectos praticamente indissociáveis da ação administrativa<sup>536</sup>. Jean Rivero aponta que a decisão executória se beneficia de uma “*présomption de conformité au droit*”<sup>537</sup>.

<sup>534</sup> “De fato, entende Hely Lopes Meirelles ser a auto-executoriedade uma das peculiaridades da polícia administrativa, salientando a impossibilidade de condicionar-se os atos de polícia a uma prévia aprovação de qualquer outro órgão ou poder estranho à Administração. Nesse mesmo sentido, preleciona Caio Tácito serem as decisões de polícia executórias por natureza, salientando ser a coação administrativa, desde que exercida de forma moderada e dentro dos parâmetros legais, um meio essencial à realização do poder de polícia”. Clovis Beznos. *Poder de polícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 37.

<sup>535</sup> *Ato administrativo*. São Paulo: RT, 1978, p. 29.

<sup>536</sup> Escreve o jurista que “diferentemente do que sucede no âmbito do processo civil, não precisa a Administração fazer prova, de antemão, da iniciativa que vai tomar. Em princípio, tem a Administração o privilégio de fazer executar, por seus agentes credenciados, as decisões tomadas, sem basear-se em título hábil executório, expedido por um juiz. Presume-se, aliás, que os atos administrativos, exatamente por emanarem de órgãos do Estado, são legítimos. Trazem em seu bojo uma *presunção de legitimidade*. A tal posição privilegiada da Administração, diante do particular, posição que lhe assegura expedir atos administrativos auto-executáveis, costumam os autores franceses denominar de *privilège du préalable* ou *privilège d’action d’office*. Cumpre ao administrado, funcionário ou particular, lesado em seus interesses, recorrer à Administração ou, ferido em seus direitos, apelas, entre nós, ao Poder Judiciário, atuando, então, em qualquer dos casos, as autoridades, *a posteriori*, na revisão daqueles atos e ficando o ônus da prova inteiramente a cargo do prejudicado. *Do ato administrativo*, p. 62-63.

<sup>537</sup> “La décision exécutoire bénéficie, avant toute vérification par le juge, d’une *présomption de conformité au droit*. Il en découle un certain nombre de conséquences. (...) Le particulier peut faire tomber la présomption de légalité qui autorise cet effet en faisant, devant le juge, la preuve de la non-conformité de la décision au droit, normalement par le recours pour excès de pouvoir, éventuellement par le jeu de l’exception d’illégalité. (...) On désigne en général par *privilège du préalable* la situation ainsi faite à l’administration du fait de l’autorité qui s’attache à sa décision *préalablement* à toute vérification par le juge. Le doyen Vedel utilise l’expression ‘*autorité de chose décidée*’, par analogie avec l’*autorité de chose jugée*”. *Droit administratif*. 5. ed. Paris: Précis Dalloz, 1971, p. 94.

Nessa concepção, portanto, a presunção de legitimidade se torna o *fundamento jurídico* da executoriedade, ao passo que esta é a principal consequência jurídica daquela. Todavia, conforme adverte Cassagne, persiste uma confusão terminológica acerca do tema, sobretudo entre aqueles que buscaram inspiração na França, “donde las nociones del *privilège du préalable* y de la *action d’office* o *execution forcée* no se han perfilado con nitidez”.<sup>538</sup> As divergências remontam ao próprio Direito francês, no qual muitas vezes as expressões são empregadas em sentidos distintos. Exemplificando, enquanto Rivero e Labadère utilizam a expressão *action d’office* para designar a possibilidade de execução material das medidas administrativas (aqui chamada de executoriedade), Vedel a emprega no sentido de mera constituição de decisões administrativas executivas, etapa anterior à execução propriamente dita, preferindo falar, neste caso, em *execution forcée*.<sup>539</sup>

Em outros países, a doutrina também não segue uma terminologia uniforme. Na Espanha, v.g., Garcia Trevijano Fos e González Pérez valem-se da expressão *decisión ejecutiva*, enquanto García Oviedo fala em *ejecutoriedad*.<sup>540</sup> Na Alemanha, cite-se Forsthoff ao mencionar algo que, na língua espanhola, traduziu-se como *coacción inmediata*<sup>541</sup>, ao passo que Oto Mayer fala em *coacción directa*.<sup>542</sup> Nos Estados Unidos, a faculdade que tem a Administração de executar seus atos recebe o nome de *summary powers*.<sup>543</sup> Nos países latino-americanos, a terminologia empregada é a mesma do Direito italiano, utilizando-se a expressão *ejecutoriedad* “para hacer referencia a la ejecución coactiva del acto administrativo por parte de la Administración pública, sin acudir a la justicia, aunque acusan marcadas diferencias respecto a los alcances de la noción”.<sup>544</sup>

---

<sup>538</sup> *El acto administrativo*, p.337. O autor destaca a confusão terminológica existente entre os administrativistas franceses: “Así, entre los autores franceses contemporáneos, tanto Rivero como Labadère, han coincidido en líneas generales en que el privilegio del ‘préalable’ significa la prerrogativa con que cuenta de atenerse a su decisión sin acudir previamente al juez para obtener la comprobación judicial de su derecho habiéndose sostenido en un sentido más particular que significa la creación por vía unilateral de una nueva situación jurídica que tiene a su favor una presunción de conformidad al derecho. La ejecución de oficio consiste en cambio en la facultad de ejecutar un acto administrativo por la fuerza. Por su parte, Waline designa a la acción de oficio bajo la denominación de ‘action d’office ou préalable’ confundiendo ambas situaciones y motivando sucesivas confusiones de parte de los juristas que utilizaron esta noción sin realizar mayores indagaciones. En realidad, como lo señala el propio Waline, la confusión proviene de Hauriou quien es probable haya pretendido destacar que en tales supuestos la Administración prescinde de la intervención previa del juez. En cambio, Vedel se aparta de la doctrina y jurisprudencia francesas dominantes ya que designa acción de oficio a la prerrogativa de la Administración de dictar decisiones ejecutorias que en forma unilateral crean derechos y obligaciones respecto de los administrados, designando ‘execution forcée’ a la ejecución por la fuerza de una decisión ejecutoria”. *Idem*, p. 337-338.

<sup>539</sup> *Ib idem*.

<sup>540</sup> *Ib idem*.

<sup>541</sup> *Tratado de derecho administrativo*.

<sup>542</sup> *Derecho administrativo alemán*, p.141.

<sup>543</sup> Casagne, *La ejecutoriedad del acto administrativo*, p. 35-39.

<sup>544</sup> *Idem*, p. 39.

Entre nós então, na esteira das nomenclaturas adotadas na Itália<sup>545</sup>, a doutrina costuma desdobrar as prerrogativas administrativas, destacando de um lado a *exigibilidade* (estabelecimento unilateral de obrigações a serem cumpridas pelos administrados) e de outro a *executoriedade* (adoção de medidas materiais concretas para assegurar o efetivo cumprimento das obrigações).

Maria Sylvia Di Pietro considera que enquanto na exigibilidade “a Administração se utiliza de *meios indiretos* de coerção, como a multa ou outras penalidades administrativas impostas em caso de descumprimento do ato”<sup>546</sup>, na executoriedade, “a Administração emprega *meios diretos* de coerção, utilizando-se inclusive da força”<sup>547</sup>, razão pela qual conclui que “a *coercibilidade* é indissociável da auto-executoriedade”<sup>548</sup>. Celso Antônio também assinala que “a executoriedade não se confunde com a *exigibilidade*, pois esta não garante, só por si, a possibilidade de *coação material*, de *execução* do ato. Assim, há atos dotados de exigibilidade mas que não possuem executoriedade”<sup>549</sup>, concluindo, em suma, que “a executoriedade é um *plus* em relação à exigibilidade, de tal modo que nem todos os atos exigíveis são executórios”<sup>550</sup>. Seabra Fagundes, por sua vez, considera que a execução coativa da vontade do Estado é feita através de medidas que podem ser classificadas em *meios diretos e indiretos de coerção administrativa*, sendo que aqueles coíbem à realização imediata da prestação em espécie, enquanto estes apenas possuem um caráter intimidativo.<sup>551</sup>

Registre-se, porém, haver divergências quanto a este critério que leva em conta os meios de cumprimento do ato administrativo pelo particular para distinguir a exigibilidade (meios *indiretos*) da executoriedade (meios *diretos*). Há autores estrangeiros que mencionam a existência de atos administrativos cuja execução não se dá de forma coativa ou forçada,

<sup>545</sup> Zanobini e Santi Romano falam em *exigibilidade* para designar o poder de exigir o cumprimento do ato administrativo e *executoriedade* como sendo o poder de fazer cumprir o ato, inclusive por meio coercitivo, sem necessidade de prévia manifestação judicial. *Apud* Casagne, *idem*, p. 37-38.

<sup>546</sup> *Op. cit.*, p. 194.

<sup>547</sup> *Idem*.

<sup>548</sup> *Ib idem*.

<sup>549</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 370.

<sup>550</sup> *Idem*, p. 371. Esclarece o autor com exemplos: “a intimação para que o administrado construa calçada defronte de sua casa ou terreno não apenas impõe esta obrigação, mas é exigível porque, se o particular desatender ao mandamento, pode ser multado sem que a Administração necessite ir ao Judiciário para que lhe seja atribuído ou reconhecido o direito de multar. Ainda mais: a Administração pode construir a calçada, por conta própria, e debitar o custo desta obra ao administrado (é isto que se designa pela locução ‘execução de ofício’), igualmente sem necessidade de socorrer-se das vias judiciais para realizar esta construção. Entretanto, não pode obrigar materialmente, coativamente, o particular a realizar a construção da calçada. Nos casos de executoriedade, pelo contrário, a Administração, por si mesma, compele o administrado, como, *verbi gratia*, quando dissolve uma passeata, quando interdita uma fábrica, quando se *apossa* (caso de requisição) de bens indispensáveis ao consumo da população em caso de urgência ou calamidade pública, quando apreende medicamento cujo prazo de validade se expirou, quando destrói alimentos deteriorados postos à venda, quando interna compulsoriamente uma pessoa portadora de moléstia infecto-contagiosa em época de epidemia. (...) Sintetizando: graças à exigibilidade, a Administração pode valer-se de *meios indiretos que induzirão* o administrado a atender ao comando imperativo. Graças à executoriedade, quando esta exista, a Administração pode ir além, isto é, pode satisfazer diretamente sua pretensão jurídica compelindo materialmente o administrado, por meios próprios e sem necessidade de ordem judicial para proceder a esta compulsão. Quer-se dizer: pela exigibilidade pode-se induzir à obediência, pela executoriedade pode-se compelir, constranger fisicamente”. *Ib idem*, p. 370-371.

<sup>551</sup> *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 261-263.

sustentando que pode haver executoriedade mesmo sem coação. Nessa linha, Cassagne aponta os atos administrativos de cumprimento instantâneo, como a outorga de uma permissão ou a cassação de um alvará, que são atos cuja natureza e eficácia dispensam a adoção de medidas materiais.<sup>552</sup> Afastando-se do aludido parâmetro de distinção com base nos meios de cumprimento do ato, o jurista argentino considera poder se falar em executoriedade ainda quando o ato precise ser previamente cumprido pelo administrado para que somente depois possa vir a ser questionado perante a Administração ou em Juízo. É a chamada cláusula *solve et repete*<sup>553</sup> que, nesse entendimento, constituiria uma aplicação particular do princípio da executoriedade do ato administrativo e não propriamente um mecanismo indireto de assegurar o cumprimento<sup>554</sup>. Também pensando assim, Otto Mayer salienta que a terminologia empregada (coação direta e indireta) é muito defeituosa, pois em todos os casos de execução de ordens administrativas está presente o elemento *força* empregado pelo Estado para fazer valer as suas determinações.<sup>555</sup>

Deixando de lado estas divergências<sup>556</sup>, o que importa aqui é destacar que tanto a exigibilidade quando a executoriedade, como prerrogativas administrativas, “têm como característica central o fato de se imporem sem necessidade de a Administração ir a Juízo”.<sup>557</sup> Trata-se de prerrogativas que exorbitam em muito o regime jurídico do Direito Privado comumente aplicável à relação entre particulares<sup>558</sup> e que encontram razão de ser nas

<sup>552</sup> *La ejecutoriedad del acto administrativo*, p. 54-55.

<sup>553</sup> O autor menciona casos “en que el acto administrativo se cumple sin coacción aún contra la voluntad del particular, cuando ello es exigido como un presupuesto para que el administrado pueda accionar contra la Administración pública, por actos administrativos ilegítimos de aplicación o recaudación de impuestos o infracciones administrativas, regla que es conocida con el nombre de ‘solve et repete’. *Idem*, p. 55.

<sup>554</sup> Registre-se que a cláusula *solve et repete* (pague primeiro e depois reclame a devolução), ao condicionar o exercício de direitos do administrado ao prévio pagamento de valor que é cobrado pela Administração, tem sido rechaçada por grande parte da jurisprudência brasileira em diversas situações nas quais importa em violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Noutras situações, sobretudo na seara fiscal, tem sido flexibilizada a sua aplicação, tal como ocorre no tocante à necessidade de depósito para recurso administrativo, por haver o STF entendido, nesse caso, que a ampla defesa apenas é assegurada na primeira fase do processo administrativo, não se aplicando, nesta via, o princípio do duplo grau de jurisdição. Neste sentido, confira-se o teor dos julgamentos da ADI 1049 e do RE 210.246.

<sup>555</sup> “La terminología es muy defectuosa. Se emplea la expresión ‘uso de la fuerza’ (*Gewaltanwendung*) como sinónimo de ‘coacción directa’ (*unmittelbarer Zwang*). G. Meyer, en ‘Wörterbuch’, II, p. 262; o bien se reúnen las dos cosas en la expresión ‘coacción directa y física’ (*unmittelbarer physischer Zwang*): G. Meyer, V. R., I, p.68. De esta manera se pierde de vista lo que nosotros llamamos coacción directa, o bien no se habla de ella. G. Meyer, ‘Wörterbuch’, II, ps. 800 y ss. Anschütz, cn V. Arch, I, p. 461, llama en este sentido a la misma coacción directa un ‘medio de coacción’. En mi opinión, la lógica del lenguaje se opone a elle. Para ver con claridad, es preciso comenzar por distinguir la ejecución por coacción y la coacción directa; ambas tienen un elemento común: el uso de la fuerza les sirve de medio”. *Derecho administrativo alemán*. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982, p. 141, nota de rodapé.

<sup>556</sup> Que parecem mais de terminologia do que de propriamente de substância, até porque em determinadas situações é difícil distinguir claramente o que seja um meio *direto* e um meio *indireto* de cumprimento das obrigações emanadas da ordem administrativa. No exemplo mencionado por Celso Antônio, a dissolução da passeata pode ser feita havendo choque da polícia com os manifestantes, chegando o confronto às vias de fato, inclusive com a prisão de alguns deles. Mas pode ocorrer que a simples presença da polícia armada por si só resulte na dissolução da passeata por iniciativa (induzida) dos manifestantes. Portanto, há meios de força física que indiretamente ensejam o cumprimento do ato e que nem por isso deixam de se configurar como meios executórios. Em verdade, a linha que separa a exigibilidade da executoriedade nem sempre é nítida como se costuma assinalar.

<sup>557</sup> Celso Antônio, *Idem*, p. 371-372.

<sup>558</sup> Celso Antônio ressalva, porém, que “*excepcionalmente* também existe exigibilidade ou até mesmo executoriedade nas relações de Direito Privado. São casos raríssimos, contudo. Cite-se: o direito do hotelheiro de reter a bagagem do hóspede que não

peculiaridades da atuação da Administração Pública, cujos fundamentos jurídicos virão à análise em seguida.

### 3.2.2 Fundamentos Políticos e Jurídicos da Executoriedade

Ao se falar em fundamentos *políticos*, de um lado, e fundamentos *jurídicos*, de outro, tratando-os como categorias distintas, não se está com isso ignorando a estreita relação entre ambas.

Na atual concepção do Estado de Direito<sup>559</sup>, não é mais tão nítida a fronteira entre o que há de *político* e o que há de *jurídico* nas decisões públicas. Esta distinção, que já encontrou maior clareza de percepção em sistemas concebidos sob o modelo do positivismo mecanicista e da chamada jurisprudência dos conceitos<sup>560</sup> – em que se tinha por “jurídico” apenas aquilo extraído diretamente dos textos legais vinculantes (referencial legislativo formal), enquanto o

lhe pague a hospedagem. É o caso de exigibilidade do pagamento. Por este meio indireto ele induz o hóspede a saldar a sua conta, mas não pode compelir fisicamente à entrega do dinheiro nem pode sacá-lo do bolso do cliente, pelo quê não se pode falar em executoriedade; já a retomada da posse de um bem imóvel, imediatamente após o esbulho, facultada a quem sofra tal violação de direito, é caso de executoriedade, pois, nesta hipótese, o ofendido pode, por si mesmo, com o uso da força se necessário, garantir-se a posse do bem. Tais casos, entretanto, são excepcioníssimos no Direito Privado”. *Ib idem*, p. 372.

<sup>559</sup> Vide o que se disse no item 3.1.1 *retro* acerca da evolução na delimitação semântica do que se entende por “Estado de Direito”, na lição de Luigi Ferrajoli.

<sup>560</sup> O positivismo jurídico, calcado na lógica formal típica do racionalismo científico, deu origem à chamada “jurisprudência dos conceitos”, buscando interpretar as normas do ordenamento jurídico como se este fosse um sistema isolado e imune à influência de elementos externos ao seu campo de estudo. Nas palavras de Margarida Lacombe Camargo, “essa base conceitual passa a ser fundamental ao princípio da completude da ordem jurídica. Cientificamente, é importante que o direito se baste, uma vez que a auto-integração mediante processo autônomo, lógico e sistemático, baseado em princípios gerais, evitaria a influência de elementos externos descaracterizadores do direito”. *Hermenêutica e argumentação*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 86. Na dogmática da *jurisprudência dos conceitos*, os fatos sociais são analisados abstratamente, com conteúdo exhaustivamente definido, e as normas jurídicas, objeto de extensa codificação, devem conter conceitos gerais a serem interpretados sem qualquer valorização subjetiva pelo aplicador. Conforme leciona Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a jurisprudência dos conceitos “acentua-se e desenvolve-se com Puchta e sua pirâmide de conceitos, o qual enfatiza o caráter lógico-dedutivo do sistema jurídico, enquanto desdobramento de conceitos e normas abstratas da generalidade para a singularidade, em termos de uma totalidade fechada e acabada”. *Introdução ao estudo do direito*, p. 79. Alf Ross explica do que se tratou a *jurisprudência dos conceitos*: “Pensa-se que os efeitos jurídicos possíveis são determinados por um número limitado de dados conceitos reconhecidos, e a solução é logo deduzida, de acordo com os efeitos jurídicos contidos por aquele conceito. A doutrina alemã e francesa do século XIX, em particular, constituíram exemplos representativos de uma ‘jurisprudência conceitual’ desse tipo”. *Direito e justiça*, p. 186. Karl Larenz também ensina que “foi Puchta quem, com inequívoca determinação, conclamou a ciência jurídica do seu tempo a tomar o caminho de um sistema lógico no estilo de uma ‘pirâmide de conceitos’, decidindo assim a sua evolução no sentido de uma ‘jurisprudência dos conceitos formal’. (...) A idéia de Puchta é a seguinte: cada conceito superior autoriza certas afirmações (por ex., o conceito de direito subjetivo é de que se trata de ‘um poder sobre um objecto’); por conseguinte, se um conceito inferior se subsumir ao superior, valerão para ele ‘forçosamente’ todas as afirmações que se fizerem sobre o conceito superior (para o crédito, como uma espécie de direito subjetivo, significa isto, por ex., que ele é um ‘poder sobre um objecto que esteja sujeito à vontade do credor e que se poderá então vislumbrar, ou na pessoa do devedor, ou no comportamento devido por este último’). A ‘genealogia dos conceitos’ ensina, portanto, que o conceito supremo, de que se deduzem todos os outros, codetermina os restantes através de seu conteúdo”. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 23-25. Assim, nessa corrente do positivismo, a hermenêutica jurídica se revelaria como uma ciência da interpretação revestida de metodologia formal-dedutiva, consubstanciada em um mero exercício de subsunção entre fatos e normas.

“político” se referia às decisões que definiam os rumos do governo –, tornou-se cada vez mais imperceptível nos modelos jurídicos contemporâneos, fundados que estão em normas constitucionais de textura aberta e com forte carga axiológica.

Ora, a própria Constituição, tratada como Carta *Política*, é um instrumento *jurídico*, aliás, o *Maior* deles. É, nas palavras de Jorge Miranda, o “estatuto jurídico do político”<sup>561</sup>, daí se inferindo que, salvo a atividade originária do poder constituinte (*potência*, no dizer de Edvaldo Brito<sup>562</sup>), nada pode ser concebido como *político* sem ser, ao mesmo tempo, *jurídico*.

Por outro lado, não se olvida que o próprio Direito contempla certo espaço de liberdade na tomada das decisões estatais, sendo algumas delas dotadas de alta carga discricionária diante da grande quantidade de interesses sociais a serem assegurados por intervenção do Estado. Têm sido por isso chamadas de decisões *políticas* (preferimos dizer *jurídico-políticas*, para deixar claro que, apesar de políticas, são respaldadas pelo Direito), das quais se destacam as decisões relativas ao exercício da função legislativa. Quando se fala em *decisão política do legislador*, cumpre ter em mira aquela opção tomada pelo corpo legislativo ao inovar na ordem jurídica, mas que deve estar necessariamente balizada pelos vetores jurídico-constitucionais. Em outras palavras, a decisão se dá dentre as opções postas à escolha do legislador, o que não significa, é claro, qualquer escolha. Sem dúvida há escolhas políticas que não devem ser feitas, sob pena de afronta aos ditames jurídicos da Constituição, porque o constituinte originário já fez outras escolhas políticas em sentido contrário. Por isso o legislador deve seguir não apenas o devido processo legal formal, mas, também o devido processo legal substancial (*substantive due process of law*).

Destarte, infere-se que, na aplicação do Direito posto, o fundamento *jurídico* é ao mesmo tempo anterior e posterior ao fundamento *político*. Anterior, porque as escolhas políticas dos órgãos e agentes dos poderes constituídos estão vinculadas aos ditames jurídicos da Constituição. Posterior, porque a própria Constituição inevitavelmente assegura certo espaço de escolha discricionária aos aplicadores das suas normas, cuja moldura servirá para se traçar os padrões possíveis de conduta estatal (*standards*).

<sup>561</sup> “De uma perspectiva material, a Constituição consiste no estatuto jurídico do Estado ou, doutro prisma, no estatuto jurídico do *político*, estrutura o Estado e Direito do Estado”. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.321.

<sup>562</sup> Para Brito, “por ser *potência* o poder constituinte é o denominado fundacional ou originário, porque ou inaugura uma ordem constitucional ou instaura uma outra ordem completamente nova ao acionar a sua eficácia atual. Não há, assim, poder constituinte constituído ou derivado. Há, sim, órgãos com *competência* para promover modificações na Constituição *jurídica*, observados os *limites* dessas atribuições”. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p.71. Não obstante, o jurista baiano discorda de que o poder constituinte seja um mero fato político, considerando que “o seu mundo é o da Teoria da Constituição, o qual formula axiomas a partir de comportamentos aceitos como verdades históricas, acolhidas em termos de proposições normativas ou como princípios não positivados, mas com eficácia jurídica. (...) não é um mero *fato*; é um *poder jurídico*. É uma *potência*, porque é um poder jurídico com atribuições originárias”. *Idem*, p. 72.



Essa juridicização do político ou politização do jurídico, porém, não impede que ainda se repute útil a distinção entre as duas figuras. Os fundamentos políticos se inspiram teoricamente nos anseios dos cidadãos que elegem democraticamente os seus representantes e, assim, definem indiretamente os rumos que toda a sociedade (incluindo o próprio Estado) deve tomar, a fim de se alcançar os objetivos traçados pelo legislador constituinte. Já os fundamentos jurídicos, embora devam coincidir teleologicamente com os fundamentos políticos, funcionam como *instrumentos de concretização* organizados através de métodos e dispostos em categorias consagradas pela Ciência do Direito. Para tanto, o sistema jurídico cuida de prever uma série de institutos<sup>563</sup>, destacando-se, dentre eles, o *devido processo legal*.

É nessa esteira que Willis Santiago Guerra Filho – com amparo na teoria de Robert Alexy que identifica os princípios como mandamentos de *otimização* – faz a correlação entre o princípio da proporcionalidade, a cláusula do devido processo legal e o sistema de direitos e garantias fundamentais, enfocando a necessidade de se estabelecer “uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado que seja *juridicamente* o melhor possível”<sup>564</sup>.

Em síntese, pode-se afirmar que os fundamentos políticos, sobretudo aqueles definidos pelo poder constituinte, legitimam os *fins* da atuação estatal, enquanto os fundamentos jurídicos servem de parâmetro de legitimação dos *meios* empregados pelos poderes constituídos

<sup>563</sup> Os *institutos jurídicos* são identificados a partir de conjuntos de relações jurídicas convergentes e interligadas por aspectos comuns tais como um mesmo objeto ou de um mesmo sujeito e sujeitas a um mesmo conjunto de normas. De forma mais simplificada, podemos dizer que os institutos jurídicos são unidades lógicas de regras jurídicas. Na lição de Orlando Gomes, “a locução *instituto jurídico* usa-se em dois sentidos: ora para designar a matéria que constitui o objeto de disciplina jurídica por normas agrupadas e coordenadas, ora para qualificá-las. A coordenação processa-se pela afinidade do conteúdo. Os institutos jurídicos desdobram-se mediante particularizações, que decorrem da sistematização das leis, ganhando autonomia, embora se conservem unidos aos que têm maior cunho de generalidade. Assim, o *matrimônio* é instituto jurídico autônomo, porque constitui matéria disciplinada por um complexo de normas coordenadas, mas, nem por isso, deixa de estar integrado no instituto mais amplo da *família*”. *Introdução ao direito civil*, p. 11. Também segundo, Miguel Reale, “as normas da mesma natureza, em virtude de uma comunhão de fins, articulam-se em modelos que se denominam *institutos*, como, por exemplo, os institutos do *penhor*, da *hipoteca*, da *letra de câmbio*, da *falência*, da *apropriação indébita*. Os institutos representam, por conseguinte, estruturas normativas complexas, mas homogêneas, formadas pela subordinação de uma pluralidade de normas ou modelos jurídicos menores a determinadas exigências comuns de ordem ou a certos princípios superiores, relativos a uma dada esfera da experiência jurídica”. *Lições preliminares de direito*, p. 191.

<sup>564</sup> Princípio da proporcionalidade e devido processo legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 266. “Nossa proposta, então, é de que se considere o princípio da proporcionalidade – da mesma forma que, por exemplo, princípios como o da isonomia e da razoabilidade – necessário ao aperfeiçoamento daquele ‘sistema de proteção organizado pelos autores de nossa Lei Fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana’, como refere Rui Barbosa as garantias constitucionais em sentido estrito – as quais, para nós, não são essencialmente diversas dos direitos fundamentais propriamente ditos, que sem esse sistema de tutela, essa dimensão processual, não se aperfeiçoam enquanto direitos. Assim sendo, o princípio da proporcionalidade se consubstanciaria em uma garantia fundamental, ou seja, direito fundamental com uma dimensão processual, de tutela de outros direitos – e garantias – fundamentais, passível de se derivar da ‘cláusula do devido processo legal’. A estreita correlação entre o princípio da proporcionalidade e o sistema de direitos e garantias fundamentais vem assinalada por autor que realizou um dos maiores esforços, em tempos recentes, para desenvolver teoria jurídica tendo tal sistema por objeto – nomeadamente, Robert Alexy, especialmente em sua *Theorie der Grundrechte* (1985). É assim que, no *Postscript* que escreveu para a tradução inglesa desta obra, logo na primeira fase, Alexy aponta como tese central da mesma a assertiva de que direitos constitucionais são princípios e que princípios são determinações de otimização (*Optimierungsgebote, optimization requirements*) – tais determinações, de que se realizem os direitos (e garantias) fundamentais na medida do que for jurídica e faticamente possível, enunciam precisamente o princípio da proporcionalidade em sentido amplo”. *Idem*, p. 266-267.

em suas escolhas. De modo equilibrado e proporcional, estes aspectos devem co-existir no Estado Democrático de Direito, não se admitindo, por isso, que os fins possam justificar a adoção de qualquer meio, nem que os meios adotados estejam desgarrados do adequado alcance dos fins.

A título de exemplo, quando um juiz declara a perda do direito de ação pelo decurso do tempo associado à inação do acionante, a sua decisão encontra motivação direta no instituto da prescrição (fundamento jurídico), previsto no texto legal porque o legislador prestigiou a paz social, que certamente seria abalada acaso permitida *ad perpetuam* a instauração de litígios (fundamento político); e esta vontade do legislador ao instituir a prescrição, por sua vez, encontra amparo na ponderação de valores constitucionais que, no caso, admitem proporcionalmente a preponderância do interesse público na pacificação social em confronto com os interesses patrimoniais dos credores (fundamento jurídico-constitucional). Vale dizer, reputa-se o instituto jurídico da prescrição como um dos *meios* constitucionalmente adequados para o *fim* consistente no alcance da paz social.

Na lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, este constante equilíbrio entre os ideais políticos e os instrumentos jurídicos torna-se necessário para que “as exigências do Estado Social se jurisfaçam nos contornos do Estado de Direito”, impedindo a todo custo que “as funções sociais do Estado se transformem em funções de dominação”.<sup>565</sup> Partindo disso, conclui que “o exercício de funções sociais, na forma da lei, deve obedecer a certos princípios que, por exemplo, a dogmática constitucional alemã chama de ‘proibição de excesso’, ‘proporcionalidade’ e ‘exigibilidade’”.<sup>566</sup>

Tendo vista o objeto específico do presente estudo, são deveras interessantes as ponderações de Tércio Ferraz ao assinalar que a legítima aplicação do princípio da proibição do excesso impõe que “cabe ao Poder Público o *onus da prova* da exigibilidade do interesse público

---

<sup>565</sup> Legitimidade na Constituição de 1988. In: *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia. Supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989, p. 56. Assim discorre Tércio Sampaio: “Ora, o grande drama do reconhecimento constitucional do Estado Democrático de Direito está no modo como as exigências do Estado Social se jurisfaçam nos contornos do Estado de Direito. E o princípio legitimador, ainda que abstrato e genérico, desta compatibilização só pode ser um único: impedir a todo custo que as chamadas funções sociais do Estado se transformem em funções de dominação (Forsthoff, 1976:55). É preciso, pois, ver no reconhecimento do Estado Democrático de Direito um claro repúdio à utilização desvirtuada de necessárias funções sociais como instrumentos de poder. Isto, de um lado, destrói o Estado de Direito e, de outro, perverte o Estado Social, desnaturando, em consequência, o Estado Democrático de Direito constitucionalmente reconhecido. Ora, não há outro meio jurídico para a realização deste princípio senão uma compreensão das funções do Estado fortemente ancorada numa hermenêutica constitucional que saiba lhe impor as diretrizes”. *Idem*.

<sup>566</sup> *Ib idem*. Aduz Ferraz que “pelo princípio da exigibilidade, o Poder Público assume certas finalidades como exigências maiores do interesse coletivo inerentes ao Estado Social e as estabelece como constantes, em função das quais variam os meios. Isto, porém, é temperado pelo princípio da proporcionalidade, que nos obriga a ver fins e meios como variáveis mutuamente dependentes e adequadas uma à outra. Assim, não obstante a fixação de uma finalidade, esta não deve ser estabelecida sem se levar em consideração os meios disponíveis, nem estes devem ser invocados caso nos levem para além das finalidades. Os dois princípios, porém, mormente o segundo, têm um caráter meramente formal, que exige um novo temperamento, que é dado pelo princípio da proibição do excesso”. *Ib idem*.

tornado relevante, e da proporcionalidade da relação meio/fim, toda vez que uma medida seja limitadora de uma liberdade constitucional”.<sup>567</sup> Com efeito, não raro se observa a Administração Pública adotar meios de ação extremamente invasivos dos direitos e garantias individuais sem que, contudo, se apresente a devida motivação fundada em fatos que efetivamente justifiquem tal grau de agressão.

É assim que, v.g., na cidade de Salvador instituiu-se uma famigerada prática de blitz policial em ônibus urbanos, adotando-se um procedimento por meio do qual todos os passageiros são obrigados a descer do veículo, postar-se com as mãos para cima a fim de serem revistados. Não bastasse o longo tempo de espera necessário para a conclusão desta operação (agressão à liberdade de locomoção), a cena por si só expõe todas aquelas pessoas, pelo simples fato de se utilizarem do transporte urbano, a toques corporais nem sempre sutis e educados (agressão à intimidade) e ao ridículo de serem tratadas como potenciais criminosos (agressão à imagem e à presunção de inocência). Poder-se-ia alegar, nesse caso, que a atitude da polícia seria presumidamente legítima na medida em que assim estaria agindo em benefício do interesse público, buscando apreender armas de fogo em poder de bandidos e, com isso, prevenindo assaltos a ônibus. É o que comumente se ouve como justificativa dada pelas autoridades públicas e até mesmo por estudiosos da Ciência Jurídica. Mas não parece ser essa, com a devida *venia*, a correta aplicação do Direito Administrativo.

Ora, conforme se defendeu acima, com esteio na autorizada lição de Tércio Ferraz, é preciso que haja um necessário equilíbrio entre os fins políticos definidores do interesse público e os meios jurídicos adotados pela Administração para alcançá-los. No Estado Democrático de Direito *nem tudo* é possível em nome do interesse público, até porque, se tudo fosse possível, estaria sob risco o próprio interesse público concernente ao respeito aos direitos e garantias individuais. Para se justificar o alto grau de agressão na atuação do poder de polícia, faz-se necessário muito mais do que a simples presunção de legitimidade da atividade administrativa. É da Administração, como disse Tércio Ferraz, o *onus da prova* de demonstrar claramente que o procedimento adotado revela-se adequado ao fim público perseguido.

No caso em tela, seria então preciso, num primeiro momento, demonstrar, com recurso a algum método criterioso de percepção racional (estudos estatísticos, por exemplo), que a blitz policial que atinge a *todos* os que andam de ônibus na cidade de Salvador se justifica diante do número de assaltos que vem ocorrendo nesse meio de transporte. Mas isso só não basta, porque a proporcionalidade do meio deve ser balizada tendo em conta também a sua

---

<sup>567</sup> *Ib idem.*

eficiência. Logo, em um segundo momento, seria preciso ainda que a Administração demonstrasse como andam os resultados da sua atuação repressiva, pelo que, na situação enfocada, caberia recorrer mais uma vez a métodos racionais que revelassem a quantidade de armas apreendidas nestas operações e, sobretudo, se isso tem efetivamente diminuído a ocorrência de assaltos a coletivos. Acrescente-se que, em tempos nos quais tanto se fala em *administração participativa*, seria bem vinda ainda uma pesquisa de opinião pública junto aos usuários do transporte urbano, porque ninguém melhor do que eles para sopesar os prejuízos que pessoalmente sentem com a ação policial e os supostos benefícios daí decorrentes. Tudo isso serviria para conferir o maior grau possível de legitimidade à atividade estatal.

Feitos estes esclarecimentos, volta-se ao tema dos fundamentos políticos e jurídicos da executoriedade. Consoante escreve José dos Santos Carvalho Filho, a auto-executoriedade teria como “fundamento *jurídico* a necessidade de salvaguardar com rapidez e eficiência o interesse público, o que não ocorreria se a cada momento tivesse que submeter suas decisões ao crivo do Judiciário”.<sup>568</sup> Seguindo esse mesmo entendimento, Hely Lopes Meirelles salienta que “não poderia a Administração bem desempenhar a sua missão de autodefesa dos interesses sociais, se, a todo o momento, encontrando natural resistência do particular, tivesse que recorrer ao Judiciário para remover a oposição individual à atuação pública”.<sup>569</sup> Tal fundamento deita raízes na tradicional doutrina francesa que sempre relacionou a coação administrativa à necessidade de assegurar rapidamente a ordem pública nos casos de urgência.<sup>570</sup>

Entrementes, na linha da distinção feita acima, tem-se que a simples menção à necessidade de salvaguardar o interesse público por si só não poderia ser apontada como o fundamento *jurídico* para a executoriedade dos atos administrativos, caso contrário não haveria como se justificar, também juridicamente, as diversas situações em que o ordenamento obsta tal prerrogativa, estabelecendo o prévio controle judicial também por razões de interesse público<sup>571</sup>. Afinal, a garantia de respeito aos direitos individuais e o controle dos atos da Administração interessam à coletividade e poderiam, sob este prisma, ser também invocados como fundamentos jurídicos. Em verdade, cabe ao legislador, atento aos vetores constitucionais, estabelecer com alguma precisão os parâmetros jurídicos em que se dará, nos casos concretos, o equilíbrio entre os valores fundamentais em jogo: de um lado a supremacia do interesse público a respaldar o

---

<sup>568</sup> *Op. cit.*, p. 102.

<sup>569</sup> *Estudos e pareceres de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v 8, p. 330.

<sup>570</sup> Consoante escrevem Paul Duez e Guy Debeyre, “la coercition administrative consiste dans l’emploi direct par l’autorité de police, sans permission préalable du juge, de la force publique pour le rétablissement de l’ordre entamé ou compromis. (...) Avec le procédé de la coercition administrative, l’Administration se passe de cette intervention préalable du juge: l’autorité administrative recourt directement à la force, sans procédure d’exécution judiciaire. (...) la nécessité d’assurer l’ordre public exige parfois des mesures matérielles d’exécution rapides qui s’accommoderaient mal des lenteurs de procédure judiciaire”. *Traité de droit administratif*. Paris: Librairie Dalloz, 1952, p. 525-526.

<sup>571</sup> V.g. a desapropriação e a execução fiscal.

fator de *autoridade* da Administração; de outro, as liberdades individuais consagradoras dos *direitos e garantias* dos administrados.

Nem todos os atos administrativos comportam auto-executoriedade e, por conseguinte, não gozam do atributo de presunção de legitimidade. Em outros casos, mesmo se reconhecendo, em tese, a possibilidade de auto-executoriedade, cumpre à Administração, antes de praticar o ato, observar pressupostos formais mínimos de validade, na via do adequado procedimento, sem o que não se poderá presumi-lo legítimo. Como adverte Bartolomé Fiorini, afirmar em contrário iria de encontro à realidade da atividade administrativa.<sup>572</sup> Portanto, a referida “necessidade de salvaguardar com rapidez e eficiência o interesse público” é tão-somente um dos fundamentos *políticos* (não o único) que integram o sistema constitucional, vale dizer, deve ser considerado apenas como um dos vetores axiológicos a serem avaliados, mormente ainda na fase pré-legislativa (quando a lei adequadamente cuida de estabelecer regras prevendo os casos em que os atos da Administração comportam execução imediata), mas também na fase de aplicação do Direito aos casos concretos (seja com base em norma expressa, seja na ocorrência de lacunas, a partir de interpretação teleológica e sistemática das regras e princípios constitucionais).

Cassagne considera a presunção de legitimidade como “un presupuesto para que proceda la ejecutoriedad del acto administrativo”<sup>573</sup>, ou seja, “para que la Administración pública proceda a la ejecución de un acto administrativo sin intervención del órgano judicial, es necesario que el mismo cuente a su favor con la presunción de legitimidad”.<sup>574</sup> Nesse prisma, é a presunção de legitimidade que serve diretamente como *fundamento jurídico* para a executoriedade<sup>575</sup>, seja quando expressa em texto legal, seja quando implícita no ordenamento

<sup>572</sup> “El presente capítulo anteriormente se desenvolvía como el estudio de los caracteres específicos de los actos administrativos, con frase consagrada en que se consideraban caracteres fundamentales y privativos de los actos administrativos: la presunción de legitimidad y su ejecutoriedad. Esta afirmación, sin embargo, se hallaba en contradicción con la realidad de la actividad administrativa, pues no todos los actos del poder administrador exhiben esos caracteres como acontece con los registrales y todos aquellos otros de cumplimiento con intervención de los administrados. La presunción de legitimidad no podía aparecer en estos casos y su ejecutoriedad se hallaba excluida, lo que dejaba muy debilitado el principio que se había expresado con carácter tan absoluto. La presunción de legalidad que justificaba la causa de la ejecutoriedad, en estos casos se consideraba inexistente”. *Derecho administrativo*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. t 1, p. 345.

<sup>573</sup> *La ejecutoriedad del acto administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971, p. 86-88.

<sup>574</sup> *Idem*.

<sup>575</sup> Recaredo Velasco igualmente destaca que “entre la ejecutoriedad del acto y su emisión, no se interpone formalidad ni requisito alguno, siempre en el supuesto de que el acto sea competente, y todavía, en este particular, el hecho mismo de que se haya emitido por un órgano de la Administración establece la presunción, que sólo cede ante revisión jurisdiccional, o suspensión del superior jerárquico, de que el acto es perfectamente legal”. *El acto administrativo*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1929, p.16-17. Também discorrendo sobre os fundamentos da executoriedade, Manuel María Díez faz a distinção aqui apontada entre os fundamentos de caráter político e os fundamentos de caráter jurídico: “En cuando al fundamento político reside en la necesidad que la satisfacción de los intereses generales no sea afectada por la manifestación contraria de los particulares, que podría obstaculizar o retardar la satisfacción de los fines que persigue la administración. Se evitan, por otra parte, los perjuicios que pueda experimentar el Estado por la demora en la percepción de los impuestos. Los servicios públicos serán así ejecutados en forma regular y continua sin demora o impedimento alguno. Por lo que hace al fundamento jurídico se há sostenido que reside en la presunción de legitimidad que tiene el acto administrativo, presunción relativa (*juris tantum*) que admite prueba en contrario. *El acto administrativo*. 2. ed. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina S.A., 1961, p.267. No mesmo sentido,

jurídico a partir de uma exegese sistemática<sup>576</sup>. Parece inegável que a idéia de se atribuir à Administração Pública a possibilidade de valer-se unilateralmente dos meios materiais necessários à implementação de alguns de seus atos, sem necessidade, portanto, de prévia manifestação judicial, busca justificação jurídica na presunção relativa de que os seus agentes cumprem fielmente o devido processo legal<sup>577</sup>.

É nessa esteira de pensamento que José Canasi, amparado no escólio de Bielsa, considera que a teoria da presunção de legitimidade constitui o embasamento da executoriedade.<sup>578</sup> Em outros casos, porém, o ordenamento não reconhece *a priori* tal presunção de legitimidade e, por mais que se quisesse facilitar a atividade administrativa, não se admite a auto-executoriedade.

Pode-se inferir daí uma das conclusões a serem aqui sustentadas: presunção de legitimidade e auto-executoriedade são aspectos interdependentes e indissociáveis, de modo que somente haverá presunção de legitimidade nos casos em que, por opção política, o ordenamento jurídico admitir a execução forçada do ato pela própria Administração. Sob esse prisma, se o ato não comporta auto-executoriedade e os seus efeitos vierem a ser impugnados pelo administrado na via judicial, será necessária a dilação probatória pelas partes, conforme a adequada regra de distribuição do ônus da prova a ser aplicada em cada caso. Cite-se o exemplo da execução fiscal fundada na certidão de dívida ativa, a que a lei atribui presunção de certeza e liquidez, mas, consoante ressalta João Batista Gomes Moreira, “uma vez argüida pelo interessado, com argumentos razoáveis, falta de suporte material ou formal para a cobrança, cabe à Administração

---

Néstor Luis Montezanti sustenta que “la llamada ejecutividad no viene a ser otra cosa que una consecuencia necesaria de aquella *presunción de legitimidad*, pues es obvio que, si el acto administrativo se presume coherente con el orden jurídico general y la Administración ostenta *proprie* la función ejecutiva, ha de estar en condiciones de exigir su cumplimiento, sin que ello implique la necesidad de edificar un concepto distinto”. *Suspensión del acto administrativo*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1993, p.08.

<sup>576</sup> Mesmo nas inúmeras situações da dinâmica social, em que a lei não cuida de detalhar a atuação procedimental da Administração, existe obrigatória vinculação ao ordenamento jurídico considerado como um todo (juridicidade administrativa por interpretação sistemática das normas), máxime aos princípios constitucionais. Consoante salienta Recaredo Velasco, “la ejecución de los actos administrativos no implica una facultad discrecional, sino que se encuentra sometida a terminantes preceptos que regulan la manera, la forma y los requisitos, previos, simultáneos y ulteriores a las medidas de ejecución y a la ejecución misma”. *Op. cit.*, 251.

<sup>577</sup> Mencionando a importante monografia elaborada por G. Treves sobre o tema (*La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*), Umberto Fragola destaca a opinião deste autor no sentido de que a executoriedade seria um atributo decorrente da presunção de legitimidade dos atos administrativos: “Il fondamento della esecutorietà degli atti amministrativi consisterebbe, secondo alcuni, nella presunzione di legittimità che accompagna questi atti (primo fra questi il Treves, che ha dedicato all’argomento un’amplia monografia). (...) la teoria del Treves e secondo il quale la esecutorietà sarebbe un attributo consequenziale alla cosiddetta presunzione di legittimità degli atti amministrativi”. *Gli atti amministrativi*. Unione Tipografico – Editrice Torinese, p. 77.

<sup>578</sup> “La teoría de la *presunción de legitimidad* de Bielsa, que constituye el basamento de la *ejecutoriedad* del acto administrativo, tiene un fundamento jurídico respetable y que se adapta a todos los supuestos. Bielsa considera los siguientes requisitos: 1) que exista una función legal; 2) que quien la ejerza no tenga el cargo asignado legalmente (según nuestro sistema, podemos decir designado *constitucionalmente*); 3) que el ejercicio de esa función tenga una *presunción general de legitimidad*”. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1972. v 1, p. 783.

apresentar os autos em que se baseou a inscrição, sob pena de sua insubsistência, para efeito de exame da respectiva regularidade”.<sup>579</sup>

Noutro giro, mesmo nas muitas situações que, em tese, comportam auto-executoriedade, a presunção de legitimidade está necessariamente condicionada à prévia adoção de um adequado processo administrativo (devido processo legal), sendo da Administração Pública o ônus da prova neste sentido. Mas se a Administração demonstra a adoção do processo adequado e ainda perduram as circunstâncias declaradas pelo agente público e que teriam justificado a auto-executoriedade do ato administrativo (v.g. uma situação de urgência em que a defesa civil interdita um prédio em ruína), a impugnação do ato em juízo por si não afasta a sua presunção de legitimidade, o que deve ser considerado pelo juiz enquanto não reunidos maiores elementos de convencimento em sentido contrário.

Forçoso reconhecer que a linha de argumentação aqui defendida tangencia a tradição doutrinária brasileira que alude à presunção de legitimidade como um atributo que poderia se revelar independentemente da possibilidade de o ato ser executado coativamente pela Administração. Por isso, apesar de se admitir exceções à auto-executoriedade, a doutrina não costuma fazer o mesmo em relação à presunção de legitimidade, dando a (falsa) impressão de que este seria um atributo presente em todos os atos da Administração.

Constitui um dos objetivos deste estudo desconstruir este famigerado dogma que tanto tem ensejado o cometimento de arbitrariedades, deixando os administrados completamente vulneráveis aos caprichos dos agentes administrativos. Busca-se aqui demonstrar que *nem todos os atos administrativos podem ser reputados presumidamente legítimos*. Ademais – consoante será abordado em tópico posterior – mesmo nos casos em que o sistema jurídico admite tal presunção relativa, há de se ter atenção ainda quanto aos seus efeitos, variados que serão conforme o caso concreto.

A presunção enfocada não deve se revelar como uma espécie de voto abstrato de confiança genericamente conferido a todos os agentes administrativos, como se dotados de alta capacidade, onisciência ou outras virtudes divinas. Ora, no Estado de Direito, todo poder, toda prerrogativa, é necessariamente instrumental, ou seja, deve existir na exata medida das funções a cumprir. A Administração tem poderes (apenas) porque precisa cumprir deveres; daí a expressão “dever-poder” tão bem cunhada por Celso Antônio. Logo, quando o Direito consagra uma

---

<sup>579</sup> *Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 264. E acrescenta o ilustre magistrado federal da 1ª região: “A presunção de legitimidade, levada às últimas conseqüências, é obstáculo ao esquadramento, especialmente, do ato contaminado de desvio de finalidade. Não é sem razão que se diz que a ‘presunção de legitimidade em nada serve aos legítimos interesses públicos, mas milita fortemente em favor do desvio de poder’. Deste, normalmente, não são deixados vestígios concretos ou, quando o são, ficam nos escaninhos reservados da Administração, de modo que na maioria dos casos sua prova cabal não poderá ser feita pelo cidadão, ainda que aceite o ônus”. *Idem*, p. 264-265.

presunção, ainda que relativa, tem-se em vista justamente facilitar a valoração dos fatos naquele momento de percepção do aplicador e isto, no caso da aludida presunção de legitimidade, somente pode se justificar quando seja necessária uma pronta eficácia do ato administrativo. Nada mais.

Em suma, o legislador, tendo em mira assegurar maior dinâmica à atividade administrativa na concretização do interesse público em determinadas situações específicas (fundamento político a prevalecer), admite que a Administração se valha de poderes exorbitantes que assegurem de logo a auto-execução de seus atos, mesmo que haja, com isso, alguns inevitáveis prejuízos a liberdades individuais (fundamento político a ceder). Para instrumentalizar tal finalidade de interesse público, a lei, expressa ou implicitamente, estabelece o *instituto* da presunção relativa de legitimidade dos atos administrativos naquelas situações (fundamento jurídico autorizador). Daí ser equivocado supor que a presunção de legitimidade exista mesmo fora das situações de auto-executoriedade ou quando não demonstrada a adoção do devido processo legal, pois aí não haveria mais o elemento lógico e justificador da prerrogativa administrativa. Estender incondicionalmente os efeitos da presunção de legitimidade a todo e qualquer ato administrativo seria superar em muito os limites do atributo exorbitante, resvalando para a arbitrariedade.

### 3.2.3 Regimes Jurídicos de Executoriedade

Em quase todos os manuais de Direito Administrativo é usual se fazer referência aos *atributos* ou *características* dos atos administrativos, mencionando-se, dentre eles, a executoriedade ou auto-executoriedade. Do que foi examinado anteriormente, contudo, há de se fazer algumas ressalvas a este posicionamento, sobretudo quando se chega ao ponto de qualificar a executoriedade como um atributo inerente à suposta “natureza” dos atos administrativos.

Agustín Gordillo salienta que a presunção de legitimidade e a executoriedade não devem ser consideradas atributos “substanciais” dos atos administrativos, mas, sim, do regime jurídico aplicável em cada caso, dependendo sempre do que dispuser a lei sobre a competência



administrativa.<sup>580</sup> A executoriedade é sempre contingente, porque há atos administrativos – e não são poucos – que não apresentam este atributo. Trata-se, portanto, de algo acessório, um *plus* que se lhe acrescenta circunstancialmente, mas que não deve ser considerado integrante da sua *essência*.

Tudo dependerá do ordenamento jurídico posto, sendo possível constatar que o regime jurídico da executoriedade (e da presunção de legitimidade) varia de país para país, devendo-se, além disso, levar em conta o enfoque dado pela doutrina na interpretação do Direito para só então verificar se tais atributos devem ser considerados como regra geral ou como exceção em determinado sistema. Cassagne enfrenta bem esta questão, concluindo que somente pode ser resolvida com vistas a cada sistema jurídico em particular.<sup>581</sup>

No Direito anglo-saxônico tradicionalmente não se fez menção à concepção francesa da presunção de legitimidade ou da executoriedade como *atributos* dos atos administrativos. Na Inglaterra e nos Estados Unidos, onde se adotou o sistema do *common law*<sup>582</sup>, a Administração deve em regra recorrer ao Judiciário para implementar suas medidas em caso de resistência dos particulares, apenas se admitindo a auto-execução em situações de urgência que demandam solução imediata<sup>583</sup> através de processos administrativos sumários (*summary powers*<sup>584</sup>). Nesse

---

<sup>580</sup> O jurista argentino respalda seu pensamento na doutrina italiana, assinalando que “la presunción de legitimidad y la ejecutoriedad ‘no son cualidades del acto, sino solamente atributos que se le derivan de reflejo por efecto de la capacidad que le es reconocida a la administración’ (Feliciano Benvenuti), por lo que son expresiones ‘totalmente atécnicas’ agregando que ‘otra vez se nos aparece un problema de competencia más que de caracteres del acto administrativo’ (Barra). (...) ‘la posibilidad de utilizar la fuerza pública por propia decisión administrativa (y no mediante la intervención judicial, por el procedimiento que sea) no es un atributo propio del acto administrativo, sino una competencia especial otorgada por la ley a la administración’ (Barra). (...) ‘la ejecutoriedad genérica del acto administrativo encuentra su repulsa cuando se dirige a una persona física, al domicilio, a la propiedad, a la libertad individual o a la correspondencia. La ejecutoriedad del acto, en estos casos, está negada por una norma superior, cual es la Constitución’”. *Op. cit.* t 3, V-30. Em outra obra, Gordillo ratifica o seu posicionamento destacando que “la ejecutoriedad no constituye un carácter propio permanente del acto administrativo, sino que puede darse circunstancialmente cuando el orden jurídico, en forma expresa y en los casos concretos, reconozca a la Administración la potestad de utilizar la coacción para hacer cumplir su acto por la fuerza. Se trata de una potestad excepcional, cuya existencia debe demostrarse en los casos ocurrentes y que no puede suponerse *a priori* como un principio universalmente presente en la actividad de la Administración”. *El acto administrativo. Apud Hely Lopes Meirelles. Estudos e pareceres de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v 8, p. 331.

<sup>581</sup> Reputando a noção de executoriedade como sendo “*el problema a resolver*”, o autor escreve que “el meollo de toda la cuestión consiste en determinar si la Administración pública tiene atribuida en principio por el ordenamiento jurídico, la facultad de disponer sin intervención judicial el cumplimiento del acto administrativo, acudiendo de ser necesario a los procedimientos administrativos de ejecución, y en caso afirmativo, establecer cuáles son los alcances y los límites de este principio. Si por el contrario tal facultad no estuviera atribuida por el ordenamiento jurídico a la Administración pública, sería necesario averiguar en qué casos excepcionales ella puede ejercitarla. La regla general sería entonces la no ejecutoriedad del acto administrativo, salvo circunstancia de excepción que admitirían la posibilidad de que la Administración pública proceda a ejecutar un acto administrativo, sin acudir a la justicia”. *La ejecutoriedad del acto administrativo*, p. 52-53.

<sup>582</sup> Cretella Júnior explica que “o sistema do ‘common law’ é o do direito inglês, em vigor na Inglaterra, no País de Gales e em toda a *Commonwealth*, bem como, com maiores ou menores alterações, nos países de língua inglesa – Irlanda do Norte e Eire, Nova Zelândia, Canadá (com exceção da Província de Quebec), Terranova, Antilhas (na maior parte), Estados Unidos (com pequenas exceções no Estado da Louisiana, de influência francesa), Índia, Paquistão, Ceilão, Birmânia e Malásia”. *Direito administrativo comparado*. São Paulo: Editora da USP, 1972, p. 87-88.

<sup>583</sup> Conforme ensina Mercedes Lafuente Benaches, ao se referir ao sistema anglo-saxão, “cuando la Administración pública dicta un acto administrativo y su destinatario lo incumple, ésta solicita del juez que imponga al obligado el cumplimiento de la obligación. Es, pues, la decisión del juez la que impone la ejecución del contenido del acto administrativo incumplido. Si, una vez reconocida la obligación por el juez, el obligado se niega a cumplirla voluntariamente, la Administración se dirige nuevamente al juez para que dicte la decisión judicial que, en este caso, obligue al sujeto incumplidor a someterse al contenido de la sentencia. Es el juez, con su decisión, quien declara la validez del acto administrativo y permite imponerlo al administrado,

passo, administrativistas americanos, a exemplo de James Hart e Leonard White, sempre consideraram tais processos sumários como uma “anomalia”<sup>585</sup> somente admitida em casos excepcionais, ainda que se revelasse grande o número de tais situações no universo de abrangência da função administrativa.<sup>586</sup>

Segundo Geraldo Ataliba, as diferenças dos regimes inglês e francês, no que concerne ao controle dos atos administrativos, têm origem histórica nas distintas evoluções que tiveram as instituições políticas em cada país. Explica que “a revolução inglesa de 1600 e a norte-americana de 1700 impugnavam os excessos do Poder Executivo”<sup>587</sup>, razão pela qual “os conceitos da *rule of law*, na Inglaterra, e da *judicial supremacy* e do *due process of law*, nos EEUU, deram aos tribunais anglo-americanos controle sobre os órgãos da administração pública, nada diverso daquele que exercem sobre os atos privados”.<sup>588</sup> Com efeito, sabe-se que o ideal da separação de poderes no Direito anglo-saxônico sempre esteve calcado no sistema harmônico de freios e contrapesos (*check and balances*), levando a que Administração Pública se submetesse ao

---

dada la ausencia de fuerza ejecutiva de los actos de Administración pública. Sólo excepcionalmente la Administración pública puede imponer el contenido de sus decisiones a los particulares y hacerlas ejecutar sin necesidad de acudir a la jurisdicción ordinaria. Las excepciones a la regla general son: decisiones que por su carácter urgente necesitan ser ejecutadas de inmediato, y medidas adoptadas por razones de policía. *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la administración pública*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1991, p. 24-25.

<sup>584</sup> Assim leciona J. C. Adams: “Según la práctica angloamericana, los actos administrativos no quedan normalmente ejecutoriados sino después de la intervención y aprobación del juez ordinario. Excepto en los casos en que se preve el ejercicio por parte de la Administración pública de los excepcionales *summary powers* (potestades de ejecución), la Administración no puede servirse de la fuerza pública para la ejecución de sus actos sin una prévia autorización por medio de sentencia de un tribunal judicial. (...) Se llama *summary power* al poder otorgado a la Administración pública para ejecutar *motu proprio* su propios actos. En los Estados Unidos y en Inglaterra es norma que la Administración pública ejecute las decisiones de los tribunales y que los tribunales autoricen la ejecución de las decisiones administrativas. En casos excepcionales, sin embargo, cuando hay necesidad de una acción rápida, la Administración pública puede recurrir a la ejecución forzosa de sus actos. Tiene este poder, por ejemplo, cuando procede al secuestro y destrucción de la propiedad privada que constituya peligro para la salud pública”. *Principles of administrative law*, Pitman, 1952, p. 32 e 237, *apud* Mercedes Benaches, *op. cit.*, p. 25.

<sup>585</sup> Escreve Leonard White: “In a number of exceptional cases, officials are authorized to employ summary powers; i.e., administrative power to apply compulsion or force against person or property to effectuate a legal purpose, without a judicial warrant to authorize such action. Freund pointed out that in Anglo-American jurisdiction such a power constitutes an anomaly, ‘since normally the way to compulsion leads through the courts’. A summary power leaves no room for disobedience, but at most for resistance. In these cases, the administrative officer applies immediately and directly the sanctions which normally come into play only subsequent to a court order. His action may be and usually is subject to later judicial control. The state reserves summary powers to enforce the collection of revenue. The general rule laid upon the taxpayer is pay first and contest later. The usual provision is for the sale of the delinquent’s property by administrative process; this is especially effective in the collection of unpaid customs dues since imported merchandise automatically passes into the hands of the customs officers. Quarantine of persons or property as a protection against the spread of disease presents another analogous case. Here the individual is put under restraint for a period of time, and in case of necessity may be removed against his will to a hospital for contagious diseases. Federal officials may impose a quarantine on the movement of animals or plants in interstate or foreign commerce; state officials have corresponding power within their borders. As an incident to the power to quarantine there develops a power to inspect. The protection of the public health is so important a subject of state intervention that it supports summary powers in a number of instances. Thus under the Federal Meat Inspection Act carcasses or meat preparations which the inspectors condemn are required to be destroyed in the presence of the inspector. On the other hand, unwholesome canned goods can be destroyed only on the basis of a court order”. *Introduction to the study of public administration*. New York: The Macmillan Company, 1948, p.563.

<sup>586</sup> Nessa linha, James Hart fala em “*summary powers exceptional but extensive*”, assim considerando: “In Anglo-American jurisprudence, says Freund, summary powers are ‘an anomaly’, since normally the way to compulsion is through the courts’. Normally, disobedience of rule-making and directing powers makes the violator liable to a penalty, ‘and the individual automatically gets his day in court’. However, summary powers do exist, and to no inconsiderable extent, under our system. They range from *provisional seizure* to actual *destruction of property*. Freund lists such powers in connection with: (1) the mails – frauds, lottery tickets, obscene matter; (2) navigation – entry and clearance; (3) revenue – distress warrants and tax enforcement; (4) police power – safety, health, and public order”. *An introduction to administrative law*. New York: F.S; Crofts & Co, 1947.

<sup>587</sup> *O direito administrativo no sistema do “common law”*. São Paulo: Editora da USP, p. 24.

<sup>588</sup> *Idem*.

controle exercido tipicamente pelos Poderes Legislativo (ao editar as normas de atuação administrativa) e Judiciário (ao julgar os litígios administrativos).

Na França, por outro lado, o desenvolvimento teórico da concepção de separação de poderes caminhou em sentido distinto, haja vista a grande repulsa que se tinha dos tradicionais abusos cometidos pelos parlamentos e tribunais comprometidos com o antigo regime<sup>589</sup>, o que resultou em maior prestígio institucional das autoridades executivas e deu ensejo à criação do Conselho de Estado<sup>590</sup> e outros tribunais administrativos.<sup>591</sup>

Ainda no início do século passado, Maurice Hauriou explicava que, desde a instituição do Conselho de Estado francês e conforme os litígios viessem sendo submetidos ao seu crivo, a doutrina clássica veio admitindo diversas situações em que se considerava plenamente viável à Administração Pública agir na execução forçada de suas medidas sempre que não fosse possível aguardar uma ordem judicial, já que a lei sempre traz em si as condições

<sup>589</sup> Consoante ensina Seabra Fagundes, “na França, por muito tempo, os *parlamentos*, corpos judiciários, se puderam em luta com o poder real e os *intendentes* (órgãos locais da Administração), embaraçando certas reformas administrativas que foram tentadas. A Revolução de 1789 veio encontrar a opinião pública prevenida, em consequência desses fatos, contra a ingerência dos corpos judiciários nos negócios administrativos. Sob essas influências, excluiu a legislação revolucionária qualquer possibilidade de contato entre os Poderes Executivo e Judiciário com a Lei n.16, de 24 de agosto de 1790, que estatuiu: ‘*As funções judiciárias são distintas e ficarão sempre separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de prevaricação, perturbar, por qualquer forma, as operações dos corpos administrativos*’. Viu-se aí o intuito de vedar aos órgãos judicantes não somente interferência direta nos negócios da Administração. Como também a apreciação de questões que deles nascessem”. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 150.

<sup>590</sup> Acrescenta Ataliba que “até hoje, o povo inglês olha com desconfiança o ‘Conseil d’Etat’, nutrido o preconceito de que se trata de órgão exorbitante, que decide sistematicamente contra o administrado, porque, ao que relata Tixier, ‘os excessos cometidos pelos tribunais administrativos ingleses, que seguiam cegamente a vontade real e não obedeciam ao common law, se constituem na origem direta de seus preconceitos contra o direito administrativo’. Já os tribunais judiciais eram aliados do parlamento na luta contra o poder pessoal dos reis. Daí o seu prestígio popular. O contrário se deu na França, como esclarece Waline: ‘Visava-se prevenir os abusos (cometidos pelos parlamentos do Ancien Régime), ao impedir aos novos tribunais de controlar as operações dos corpos administrativos’ (...) A doutrina norte-americana da divisão de poderes priva a administração dessa autonomia desvinculada de tutelas e controles legislativos e judiciais, que distingue a administração francesa e que constitui o fundamento do desenvolvimento do Conselho de Estado. Nos Estados Unidos, a divisão dos poderes está fundada em critérios funcionais; na França, em critérios institucionais. Quer isto dizer: a doutrina americana distribui funções, antes que órgãos; admite e aprova controles recíprocos, entre os órgãos (checks and balances) e, em lugar de favorecer a criação de órgãos que gozem de forte autonomia, aconselha a formação de órgãos idôneos, para desenvolver determinada categoria de funções legislativas, administrativas ou judiciais. Enquanto isso, na França e Itália, a alguns órgãos administrativos, como o Conselho de Estado, se atribuem poderes puramente judiciais, que eliminam (na França) e limitam (na Itália) os casos em que os órgãos judiciais podem controlar a administração”. *Op. cit.*, p. 09, 10 e 31.

<sup>591</sup> Também Cretella Júnior faz a comparação entre os dois sistemas, destacando haver uma “diferença muito grande entre o sistema romanístico, principalmente o francês, de jurisdição administrativa especial, e o sistema anglo-saxão, que submete a Administração ao controle do Juiz. A maior parte dos Estados adota tipos intermediários entre esses dois extremos, sendo que o juiz judiciário francês controla largos setores da Administração, enquanto que a criação, no mundo anglo-saxão, de órgãos administrativos *quase jurisdicionais* leva praticamente a fazer desaparecer o primado tradicional da autoridade judiciária. (...) A expressão fundamentalmente privatista do direito anglo-americano impediu um desenvolvimento do direito administrativo semelhante ao que se produziu no continente europeu, com os direitos pertencentes ao sistema de base romanística. Os conceitos de ‘rule of law’ (império da lei), da ‘judicial supremacy’ (supremacia judicial) e do ‘due process of law’ (devido processo legal), nos Estados Unidos, deram aos tribunais anglo-americanos um controle sobre os órgãos da Administração Pública, não diferente ao que exercem sobre os atos privados. Como consequência, o direito enunciado nas sentenças relativas à Administração Pública não difere, regra geral, do enunciado na sentença prolatada referente aos atos privados. A história explica, em parte, o prestígio de que gozam os Tribunais na Inglaterra e nos Estados Unidos, assim como a sujeição da Administração a seu poder. (...) Na realidade, o regime jurídico-administrativo, no sistema do ‘common law’, caracteriza-se por alguns traços que o contrapõem aos sistemas de base romanística, a saber: base mais jurisprudencial do que doutrinária; menos doutrina; relação de emprego público equivalente à do direito do trabalho ou do direito comum; prevalectimento do princípio da execução titulada, repelindo-se o princípio da auto-executoriedade, apenas admitido por exceção (summary power); irresponsabilidade do Estado, consubstanciada no brocardo ‘o Rei não pode errar’; responsabilidade do agente público equiparada ao empregado do direito privado”. *Direito administrativo comparado*, p. 92-93 e 104-105.

de sua eficácia. Acrescentou que, posteriormente, esta concepção veio sendo um pouco flexibilizada, mas ainda assim continuou se admitindo a auto-executoriedade em todos os casos de aplicação das normas de polícia e de segurança, haja vista a sua presunção de urgência.<sup>592</sup>

Pelo que se viu, enquanto na Inglaterra e Estados Unidos a separação de poderes teve uma conotação funcional (cada poder deve se ater ao desempenho de sua função típica), na França ela assumiu um significado institucional (um poder não deveria estar sujeito a interferências abusivas dos outros). Isso explica porque o Direito Administrativo se desenvolveu diferentemente na Inglaterra e Estados Unidos em relação aos países da Europa continental<sup>593</sup>, sobretudo no que concerne à amplitude dos poderes da Administração Pública, notadamente ao referido atributo da auto-executoriedade.

Em clássica obra sobre os princípios do Direito Administrativo nos Estados Unidos, publicada em 1905, Frank Goodnow já assinalava a existência de dois métodos de execução das ordens administrativas, sendo que no primeiro método, reputado como regra geral, a Administração deveria recorrer previamente aos tribunais (*judicial process*), enquanto que pelo segundo método se admitiria excepcionalmente que a Administração se utilizasse diretamente de medidas materiais para assegurar o imediato cumprimento de suas ordens (*summary administrative proceedings*).<sup>594</sup>

Esta concepção veio sendo mantida ao longo de todo o século e, já na década de 1960, explicava Geraldo Ataliba que “segundo a prática anglo-americana, os atos administrativos não se tornam normalmente executórios, senão depois de intervenção e aprovação do juiz

<sup>592</sup> Nas palavras do jurista francês, “d’après la doctrine ancienne, les voies administratives, bien qu’exceptionnelles, devaient être employées, toutes les fois que des voies d’exécution judiciaires étaient impossibles parce que force doit toujours rester à la loi. D’après la doctrine nouvelle, la maxime ‘force doit rester à la loi’ n’ a d’application que dans les cas d’urgence, ou pour l’application des lois de police et de sûreté qui bénéficient d’une présomption d’urgence”. *Précis de droit administratif et de droit public general*. 5. ed. Paris: Larose, 1903, p. 79.

<sup>593</sup> Registre-se, porém, que apesar da origem comum do *common law*, houve diferenças entre o tradicional sistema inglês e o adotado nos Estados Unidos. Cretella Júnior esclarece que “depois da Guerra da Independência, há grande reação, nos Estados Unidos, procurando repelir tudo que é inglês e voltam-se, então, os juristas para o sistema francês, mas a marca do ‘Common Law’ era indelével. Profundas, no entanto, são as diferenças entre o direito inglês e o direito norte-americano, aproximando-se este, sob muitos aspectos, do sistema de base romanística. Em suma, trazendo a marca originária do ‘Common Law’, que se reflete em toda a estrutura do direito norte-americano, empregando a nomenclatura inglesa e institutos ingleses, os norte-americanos criaram um tipo de *direito intermédio* que, no que se refere às fontes, se aproxima do sistema de base romanística e, em especial, do direito francês, mas no que concerne ao espírito se aproxima muito do direito originário do ‘Common Law’. *Direito administrativo comparado*, p. 91.

<sup>594</sup> “The methods of executing the will of the state, although quite different in character, are only two in number: They consist, in the first place, of judicial process; in the second place, of summary administrative proceedings. 1. *Judicial process* – The method of executing the will of the state by judicial process is the result of an attempt to introduce into administrative matters the controversial system of procedure, which has been so universally adopted in other civil and criminal proceedings. Its main characteristic consists in the fact that the administration and administrative officers are regarded as acting for one party in the controversy, and the courts occupy the position of an impartial arbiter between the administration on the one side and the individual upon the other, who, it is claimed by the administration, has violated the constitutionally expressed will of the state. (...) 2. *Summary administrative proceedings* – The principle of the English law, that in certain cases summary proceedings for the execution of the administrative law are proper, was adopted in this country by the courts, notwithstanding the exercise of constitutional provisions which required due process of law in order that property might be taken from individuals”. *The principles of the administrative law of the United States*. New York-London: G. P. Putnam’s Sons, The Knickerbocker Press, 1905.

ordinário”<sup>595</sup>, ressaltando-se apenas os “casos em que se preveja o exercício, por parte da administração, dos excepcionais *summary powers*”.<sup>596</sup> Mas apesar de considerar o caráter excepcional do *summary power* e o limitado uso da execução forçada pela Administração Pública, Ataliba reconheceu que daí “deriva, em parte, a percentagem relativamente alta das causas de caráter administrativo, promovidas pela administração”.<sup>597</sup>

Discorrendo ainda sobre o sistema do *common law*, Garcia de Enterría e Fernández Rodríguez explicam que “ninguna obligación de cumplimiento dimana de los actos administrativos por el hecho de su procedencia subjetiva de la Administración, ninguna presunción de legitimidad les beneficia”.<sup>598</sup> Interessante destacar esta última afirmação dos juristas espanhóis no sentido de que não se pode falar logicamente em presunção de legitimidade nos casos em que falta ao ato administrativo a auto-executoriedade.

Saliente-se que mesmo nos países que não adotaram o modelo anglo-saxônico (países denominados de “regime administrativo”<sup>599</sup>), são encontradas, em maior ou menor grau, exceções à auto-executoriedade (e conseqüentemente à presunção de legitimidade), pois nenhum ordenamento jurídico reconhece exclusividade a esta prerrogativa administrativa<sup>600</sup>.

No caso do Brasil, tem-se a constatação inegável de que o ordenamento jurídico-constitucional, em muitos casos, afasta expressamente a possibilidade de auto-executoriedade do ato administrativo e, por conseguinte, o seu próprio fundamento jurídico substancial (a presunção de legitimidade). Tal acontece, v.g., com a execução pecuniária de dívidas ativas da

<sup>595</sup> *Op. cit.*, p. 33.

<sup>596</sup> *Idem.* Esclarece o autor que “chama-se *summary power* ao poder outorgado à administração pública, para executar, motu próprio, seus próprios atos. Nos Estados Unidos e na Inglaterra, é norma que a administração pública execute as decisões dos tribunais e que os tribunais autorizem a execução das decisões administrativas. Em casos excepcionais, entretanto, quando há necessidade de ação rápida, a administração pública pode recorrer à execução forçada de seus atos. Pode valer-se deste poder, por exemplo, quando procede ao seqüestro e destruição da propriedade privada, que constitua perigo para a saúde pública”. *Ibidem.*

<sup>597</sup> *Idem.*

<sup>598</sup> *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1989, p.488, v 1. *Apud* Mercedes Benaches. *Op.cit.*, p.25. Acrescentam os juristas espanhóis que “la fuerza de los actos administrativos es la fuerza de la ley que aplican y nada más, de modo que, si puede demostrarse que el acto no está cubierto por la ley, el cumplimiento del mismo no es en absoluto obligatorio y frente a él es legítima, incluso, una resistencia física, cuando el mismo pretende limitar o desconocer la libertad del ciudadano. El que incumple un acto se arriesgará a una condena penal se el acto se demuestra legítimo, pero no incumple ninguna obligación formal de ejecutoriedad que surja del acto como tal. En otros términos: el acto administrativo no es ejecutorio, en el sentido que hemos visto. El juez penal, como juez de la libertad, protejera el incumplimiento cuando éste aparece fundado en una estimación exacta de la ilegalidad del acto, protección que le eximirá de la persecución penal que ha tenido que poner en marcha la Administración para vencer la resistencia al cumplimiento, como, eventualmente, condenando al agente responsable de la ilegalidad si la misma puede calificarse como un dolo penal. (...) tampoco la Administración inglesa dispone de poderes de oficio para imponer con su propia coacción la ejecución forzosa de los actos desatendidos. Por regla general deberá instar tal ejecución de los tribunales, normalmente a través del sistema de acciones penales (...). La ejecución procesal de las pretensiones administrativas puede seguir también los cauces civiles y no solo los penales, el proceso ejecutivo estrictamente tal. *Idem.*

<sup>599</sup> Mercedes Benaches, *op. cit.*, p. 26.

<sup>600</sup> Neste sentido escreve Mercedes Lafuente Benaches: “Aunque éste sea el sistema más representativo de las relaciones jurídico-administrativas, dependerá de los ordenamientos jurídicos la adopción de una u otra de las posibilidades expuestas, la de acudir al juez para que declare e imponga la existencia de la obligación, o la de reconocer a la Administración fuerza para declarar la e imponer por sí misma su cumplimiento. Sin embargo, ningún ordenamiento jurídico acoge una de estas posibilidades com exclusividad, ya que, si legalmente reconoce una u otra como regla general, también establece excepciones a favor de la regla contraria para supuestos específicos”. *Op. cit.*, p. 24.

fazenda pública, tais como créditos tributários e multas administrativas<sup>601</sup>, a prisão administrativa de estrangeiros para fins de deportação ou expulsão<sup>602</sup>, a desapropriação<sup>603</sup>, dentre outras situações em que se contempla expressamente a chamada “reserva de jurisdição”<sup>604</sup>, isto é, torna-se necessário que a execução do ato seja feita por ordem judicial. Alguns autores utilizam a terminologia “executoriedade imprópria” para designar os casos em que o sistema exige prévia ordem judicial para viabilizar a execução do ato administrativo. Esta expressão, porém, é alvo de críticas por ser uma contradição em termos.<sup>605</sup>

Deixando de lado as controvérsias terminológicas, fato é que existem situações em que a Administração depende de ordem judicial para efetivar materialmente suas ordens. Urge então compreender que em todos estes casos 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 própria Administração. Isto, frise-se, pode variar em maior ou menor grau conforme dispuser a lei. É uma questão de simples opção do sistema político quando, com vistas às garantias e direitos individuais consagrados na Constituição, impõe-se freios ao fator de *autoridade* da Administração em homenagem ao fator de *liberdade* dos administrados.

<sup>601</sup> No Brasil, o processo administrativo fiscal abrange a constituição e a cobrança do crédito, esgotando-se com a extração da certidão da dívida ativa (CDA), considerado como título executivo extrajudicial (CPC, art. 585, VI), caso o devedor não pague espontaneamente. A partir daí, fica a Administração impedida de ir adiante à satisfação do seu crédito, tendo então de propor a necessária ação judicial de execução fiscal, seguindo o rito especial da Lei n. 6.830/80.

<sup>602</sup> Consoante a jurisprudência majoritária, a regra da prisão para fins de deportação ou expulsão de estrangeiro (arts. 61 e 69 da Lei n. 6.815/80) foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, todavia não pode mais ser decretada pelo Ministro da Justiça, sendo necessária ordem de autoridade judicial competente, tendo em vista o disposto no art.5º, LXI, da nova Carta. Registre-se que se trata de prisão de natureza *administrativa* e não de natureza criminal. Logo, a autoridade competente, nesse caso, deve ser um juiz com jurisdição extra-penal.

<sup>603</sup> O processo administrativo de desapropriação tem uma fase declaratória (declaração de utilidade pública ou interesse social), seguida de uma fase executória. Esta, por sua vez, servirá para que a Administração adote as medidas necessárias à efetivação da desapropriação e integração do bem ao patrimônio público. Ocorre que, não havendo acordo diante da resistência do expropriado em aceitar o preço oferecido pelo bem, restará ao poder expropriante promover a necessária ação de desapropriação, tal como disposto no Decreto-Lei n. 3365/41, na Lei n. 4132/62 e na Lei Complementar n.76/93.

<sup>604</sup> Segundo o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, “o postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de ‘poderes de investigação próprios das autoridades judiciais’. A cláusula constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art.5º, LXI) – traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, de logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade de exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado” – *STF, MS n. 23.452/RJ, Julgamento em 16.09.1999.*

<sup>605</sup> Como exemplo de utilização da expressão “executoriedade imprópria” tem-se a doutrina de Miguel Marienhoff que, citada por Juan Carlos Cassagne, é por este criticada ao considerar que “en realidad, la llamada ejecutoriedad impropria es precisamente la negación de la ejecutoriedad del acto administrativo. En efecto, se dice generalmente, que los actos civiles que emite o celebra la Administración pública, no le otorgan a ésta la prerrogativa de ejecutarlos, sin antes acudir al órgano judicial, o sea en otros términos, que carecen de ejecutoriedad. Empero, no se advierte al propio tiempo que tal es precisamente lo que sucede en materia de la llamada ejecutoriedad impropria. Por lo demás, si se compara con lo que normalmente acontece en sede judicial, no vemos como podrá distinguirse esta especie de ejecutoriedad ‘impropria’ que otorga la facultad de ordenar la ejecución de un acto administrativo a los jueces, de la propia sentencia que mande llevar adelante una ejecución entre particulares. En definitiva, por las razones expuestas, estimamos necesario eliminar la noción de ejecutoriedad impropria de la teoría del acto administrativo, en homenaje al principio lógico de no contradicción”. *La ejecutoriedad del acto administrativo*, p. 44-45.

A título de exemplo, tem-se que recentemente se instaurou no Brasil uma acirrada polémica em torno da aprovação do projeto de lei n. 6.272/05, criando a chamada “Super Receita”. Num de seus dispositivos, por força da emenda n. 3, ficaria estabelecido que os auditores fiscais do trabalho não mais poderiam autuar empresas que supostamente estivessem contratando pessoas jurídicas sob condições típicas de vínculo empregatício, devendo, para tanto, ser acionada a Justiça do Trabalho.<sup>606</sup> Tentou-se, neste particular, afastar a auto-executoriedade da atividade administrativa fiscalizadora, condicionando-a a prévia ordem judicial. Contudo, a emenda veio a ser vetada pelo Presidente da República, considerando que a sua aprovação tornaria inócuo o poder de polícia fiscalizador das condições de trabalho.

No Direito argentino, Gordillo, apesar de reconhecer a *exigibilidad* como atributo geral dos atos administrativos, defende que a auto-executoriedade deve ser considerada uma *exceção*, apenas possível nos casos de expressa previsão legal ou de urgência comprovada, pois “la potestad de utilizar de la fuerza sólo puede nacer en un Estado de Derecho para situaciones determinadas y por leyes expresas y concretas”.<sup>607</sup> Mas não falta quem diga que tal posição é corrente minoritária naquele país.<sup>608</sup>

A doutrina brasileira, não ignorando as situações de reserva de jurisdição, costuma formular que a auto-executoriedade seria uma *regra geral*, eventualmente excepcionada pela lei ou pela Constituição, daí que, em síntese, todo ato administrativo comportaria auto-executoriedade salvo nos casos em que a legislação impusesse expressamente a reserva de jurisdição. É nessa esteira de pensamento que se encontra a posição de Diogo de Figueiredo, quando assevera ser a executoriedade “*a regra da execução administrativa*”.<sup>609</sup>

---

<sup>606</sup> “A emenda propunha que auditores fiscais federais não poderiam apontar vínculos empregatícios entre empregados e patrões, mesmo quando fossem encontradas irregularidades. Apenas a Justiça do Trabalho, de acordo com o texto, é que estaria autorizada a resolver esses casos. Diz o texto da emenda: ‘No exercício das atribuições da autoridade fiscal de que trata esta lei, a desconsideração da pessoa, ato ou negócio jurídico que implique reconhecimento de relação de trabalho, com ou sem vínculo empregatício, deverá ser sempre precedida de decisão judicial. (...) Limitar o poder dos fiscais federais é especialmente interessante às empresas que contratam prestadores de serviços por meio de pessoas jurídicas. Para pagar menos impostos e encargos trabalhistas, elas obrigam seus empregados a abrirem uma empresa e trabalhar sem carteira assinada, pois o contrato é feito entre duas empresas, e não entre uma empresa e um funcionário. Quando auditores fiscais visitam essas empresas, muitas vezes o contrato entre os funcionários que trabalhavam por meio de pessoas jurídicas é ignorado, e o patrão é obrigado a pagar direitos trabalhistas ao empregado. Isso acontece porque a contratação de pessoas jurídicas para prestação de serviços só pode ser feita quando não há vínculos entre o trabalhador e a empresa contratante, tais como cartão de ponto, uniforme ou subordinação a um chefe”. Fonte: <http://www.reporterbrasil.org.br/clipping.php?id=260>. Acesso em 19.03.2007.

<sup>607</sup> Op. cit. t 3, V-33. Complementa o autor que “jamás puede admitirse, sin caer en un verdadero Estado de Policía, en una supuesta ley general que otorgue una potestad coactiva indiscriminada a la administración, por más “límites” que luego se le quieran poner en doctrina o en legislación”. *Idem*.

<sup>608</sup> Juan Carlos Cassagne assinala que “la mayoría de los autores nacionales, influenciados particularmente por las doctrinas italiana y francesa, consideran que la ejecutoriedad es un principio del acto administrativo que constituye uno de sus caracteres principales. Sin embargo, un sector de la doctrina nacional no reconoce la existencia de la ejecutoriedad como un principio del acto administrativo. (...) Por su parte, Gordillo, que también es categórico al respecto, se inclina por considerar como uno de los caracteres del acto administrativo a la ‘ejecutividad’ entendiendo por tal que el acto debe cumplirse, considerando como una característica excepcional la de su ejecutoriedad”. *La ejecutoriedad del acto administrativo*, p. 40.

<sup>609</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 139.

Maria Sylvia Di Pietro, noutra diapasão, ao reconhecer que a auto-executoriedade não existe em todos os atos administrativos e somente seria possível quando expressamente prevista em lei ou quando se trata de medida urgente<sup>610</sup>, parece defender que o ordenamento brasileiro não contemplou tal prerrogativa propriamente como uma *regra geral*. O mesmo se diga de Diógenes Gasparini, que apenas admite a auto-executoriedade “nos casos previstos em lei ou quando for indispensável à imediata salvaguarda do interesse público”.<sup>611</sup>

A grande carga de atribuições que hodiernamente tem a Administração Pública leva a crer realmente que serão muitas as situações nas quais deverá exercitar a sua prerrogativa de auto-executoriedade, mas isso não significa que se deva tratar tal atributo como uma *regra geral*. Esta idéia deve ser concebida não com vistas ao aspecto quantitativo (em atenção ao número percentual de casos em que o fenômeno ocorre), mas, sobretudo, sob aspecto qualitativo (em atenção às circunstâncias especiais em que o fenômeno ocorre). Prestigiar simplesmente o aspecto quantitativo, em detrimento do qualitativo, pode levar o pesquisador a perder o foco da correta análise da questão, caindo em raciocínios formais e reducionistas que muitas vezes se tornam incompatíveis na busca de soluções. Aliás, no campo da Ciência Jurídica não parece mesmo aconselhável falar-se em *regra geral* ou coisas do gênero, haja vista a grande quantidade de variáveis a serem levadas em conta na valoração dos fatos para a adequada aplicação do Direito. A concepção de padrões de conduta, nesse terreno, é necessariamente contingente, daí porque merecem severas críticas alguns posicionamentos jurisprudenciais que, passando ao largo das peculiaridades dos casos concretos, limitam-se a admitir incondicionalmente a presunção de legitimidade dos atos administrativos.

A concepção da auto-executoriedade não deve ser apontada como uma *regra geral* do Direito Administrativo brasileiro, pois muitas vezes a vedação de auto-executoriedade pode derivar *implicitamente* do sistema jurídico-constitucional, a depender do tipo de liberdade individual que esteja sendo confrontada pela Administração Pública e das circunstâncias em que

---

<sup>610</sup> São duas as situações apontadas pela autora: “1. quando expressamente prevista em lei. Em matéria de contrato, por exemplo, a Administração Pública dispõe de várias medidas auto-executórias, como a retenção da caução, a utilização dos equipamentos e instalações do contratado para dar continuidade à execução do contrato, a encampação etc.; também em matéria de polícia administrativa, a lei prevê medidas auto-executórias, como a apreensão de mercadorias, o fechamento de casas noturnas, a cassação de licença para dirigir; 2. quando se trata de medida urgente que, caso não adotada de imediato, possa ocasionar prejuízo maior para o interesse público; isso acontece no âmbito também da polícia administrativa, podendo-se citar, como exemplo, a demolição de prédio que ameaça ruir, o internamento de pessoa com doença contagiosa, a dissolução de reunião que ponha em risco a segurança de pessoas e coisas”. *Op. cit.*, p. 193-194.

<sup>611</sup> *Direito administrativo*, p. 75. Acrescenta o autor que “da primeira hipótese são exemplos: a apreensão de equipamento de pesca havido pela lei como proibido (art. 33 do Código de Pesca) e a reposição, incontinenti, das águas públicas, bem como do seu leito e margens ocupados por particulares, no seu antigo estado (art. 58 do Código de Águas). Da segunda, são exemplos a demolição do prédio que ameaça ruir e a destruição de bem para evitar a propagação de incêndio. Vê-se, nestes últimos casos, que a auto-executoriedade é indispensável à eficaz garantia do interesse público, sob pena de ser inútil qualquer medida posterior. São situações em que se exige a imediata ação da Administração Pública. Ademais, não há outra via de igual eficácia à sua disposição. Desse modo, mesmo que não autorizada em lei, tem-se de admiti-la. (...) Também não gozam desses atributos os atos da Administração Pública praticados sob o regime do Direito Privado, dado que, no caso, a Administração Pública atua como um particular”. *Idem*, p. 75-76.



a atuação administrativa esteja se desenvolvendo. Vale dizer, mesmo na ausência de norma expressa, deve-se em alguns casos considerar defeso à Administração que se valha diretamente da execução forçada ou que tente escudar-se sob o argumento da presunção de legitimidade.

Acrescente-se a isso que mesmo quando a lei prevê expressamente a auto-executoriedade administrativa, tal não impede que se possa constatar, partindo de uma detida análise dos princípios constitucionais vigentes, que se trate de fruto de puro arbítrio legislativo não recepcionado pela nova ordem. É de se salientar, nesse particular, que muitos dos diplomas legislativos brasileiros que instituem medidas administrativas auto-executórias foram editados em regimes de exceção anteriores ao advento da Carta Magna de 1988 e parecem merecer, por isso mesmo, uma releitura, mais adequada aos novos valores consagrados na Lei Maior. Cumpre ter sempre presente a máxima preconizada por Jorge Miranda: “o princípio da legalidade da administração pressupõe o da constitucionalidade da lei”.<sup>612</sup>

### **3.2.4 Hipóteses de Executoriedade como Pressupostos Jurídicos da Presunção de Legitimidade**

Do que restou examinado até agora, tem-se que o instituto da presunção de legitimidade consubstancia o *fundamento jurídico* da executoriedade administrativa (item 3.2.2 *retro*). Por conseguinte, os pressupostos da presunção de legitimidade somente podem estar ligados às hipóteses fáticas que justificam juridicamente a executoriedade.

Destacou-se, ainda, que a possibilidade de auto-executoriedade dos atos administrativos é mais uma questão de política legislativa do que propriamente um problema jurídico. É a lei que concebe, em maior ou menor grau, os poderes da Administração Pública, para que esta possa cumprir seus deveres funcionais.<sup>613</sup> Isso, porém, não impede que se possa

---

<sup>612</sup> *Op. cit.*, p. 07.

<sup>613</sup> Destacando a opinião de alguns autores acerca destes poderes atribuídos à Administração, Clovis Beznos escreve que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “a executoriedade tem lugar em três diferentes hipóteses: quando a lei expressamente a autoriza, quando a adoção da medida for urgente e quando da inexistência de outra via de direito capaz de resguardar a satisfação do interesse público. Conclui o autor que a coatividade administrativa se manifesta, freqüentemente, no campo da atuação do poder de polícia. Também Paul Duez e Guy Debeyre esposam essa tese, advertindo, porém, que o emprego da coerção administrativa, de acordo com o pensamento da doutrina e da jurisprudência de seu país, fica subordinada a um certo número de condições que constituem garantias contra o abuso de poder e que são as seguintes: a coerção só pode ser utilizada para assegurar uma injunção legal de polícia; o emprego da coerção supõe a resistência às prescrições da autoridade administrativa; a coerção só pode ser utilizada em casos de urgência e, finalmente, a execução forçada fica adstrita ao fato de ser indispensável no sentido de evitar-se o perigo iminente, resultante da inobservância das prescrições de polícia. Altamira opina no

detectar eventual abuso no exercício do poder legislativo neste particular, quando o legislador, em afronta aos ditames constitucionais que asseguram o adequado respeito aos direitos e garantias individuais, elege situações temerárias de auto-executoriedade por uso da força ou não cuida de estabelecer o adequado procedimento a ser seguido pela Administração. Sob este aspecto, o problema, embora político, deixa transparecer também a sua juridicidade.

A Constituição Federal de 1988 já fornece vários parâmetros jurídicos para o correto exercício das prerrogativas administrativas, notadamente no que tange à auto-executoriedade. Significa dizer que, mesmo à mingua de legislação regulamentando a matéria, o seu regime jurídico já encontra algumas normas advindas da própria Lei Fundamental, sobretudo normas principiológicas que devem sempre orientar e balizar a discricionariedade dos legisladores e dos administradores. Toda prerrogativa administrativa, já se disse, encontra razão de ser na incessante busca de satisfação do interesse público, mas há também de se considerar o mínimo de razoável e proporcional que se deve esperar – em um Estado Democrático de Direito – de respeito aos direitos individuais. Cumpre frisar que *nem tudo* é possível em prol da coletividade e *nem tudo* pode ser feito pela Administração em nome de uma melhor “eficiência” na defesa dos interesses públicos.

Reporta-se aqui à distinção que Ronald Dworkin faz entre os padrões inspirados nos *princípios* voltados para os direitos individuais e nas *políticas* direcionadas aos objetivos coletivos<sup>614</sup>, formulando críticas à visão utilitarista que procura servir ao bem-estar geral sem, contudo, atentar ao limite mínimo de proteção das liberdades individuais. As pessoas devem ser respeitadas também como seres humanos em seus anseios individuais e não apenas como meros instrumentos a serviço da coletividade. Aludindo ao campo da segurança pública e do combate à criminalidade, Dworkin ressalta que certamente “o direito penal poderia ser mais eficiente se desconsiderasse essa distinção problemática e encarcerasse homens ou os forçasse a aceitar tratamento sempre que isso parecesse ter probabilidade de reduzir crimes no futuro”.<sup>615</sup> Contudo, adverte, isso “significaria cruzar a linha que separa tratar alguém como um ser humano e como nosso próximo e tratá-lo como um recurso para o benefício de outros”.<sup>616</sup> Segue Dworkin escrevendo que “deveríamos tratar um homem contra a sua vontade apenas quando o perigo que

---

sentido de que a polícia atua por meio de coação, apoiando-se em Mayer, que diz que para combater as perturbações que os particulares podem causar, pode a polícia adotar o uso de força, se for necessário. Salienta a existência de circunstância em que a força irresistível do poder de polícia é dirigida, sem intermediário, contra o fato perturbador”. *Op. cit.*, p. 37-38.

<sup>614</sup> “Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. (...) Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

<sup>615</sup> *Idem*, p. 18.

<sup>616</sup> *Ib idem*.

ele representa é real e não sempre que calculamos que o tratamento poderá reduzir a ocorrência de crimes, se for adotado”.<sup>617</sup> Na síntese introdutória de sua obra *Levando os direitos a sério*, o jurista faz menção aos por ele denominados “background rights” – mencionados pelo tradutor como “direitos preferenciais” – que são aqueles direitos “que, considerados abstratamente, prevalecem contra as decisões tomadas pela comunidade ou sociedade como um todo”.<sup>618</sup>

Estes ensinamentos em tema de proteção aos direitos individuais, que classicamente sempre encontraram terreno fértil na doutrina do Direito Penal, merecem o mesmo destaque – e porque não? – também no campo do Direito Administrativo, mormente quando, conforme se verá ulteriormente, sob o prisma do regime constitucional de garantias não há razões para se buscar distinção entre as sanções penais e as sanções administrativas no que concerne ao respeito aos direitos individuais. O esforço desmedido em satisfazer interesses da coletividade sem o mínimo respeito aos direitos individuais é um contra-senso no qual o próprio interesse público acaba aviltado. Sendo também do interesse público que se devam respeitar os direitos individuais consagrados na Constituição, o perigo reside em que algumas prerrogativas públicas, quando mal dimensionadas pelo legislador, acabem se transformando em mecanismos de “autofagia” do próprio interesse público, partindo do paradoxo de que se age em prol do interesse público, mas contra o interesse público!

Dito isso, recorre-se ao escólio de Marçal Justen Filho quando assevera que “fora das hipóteses emergenciais e daquelas em que a lei tenha autorizado a Administração a valer-se do uso da força, não há auto-executoriedade do ato administrativo”.<sup>619</sup> Também reconhecendo tratar-se de uma prerrogativa excepcional dada à Administração Pública, Seabra Fagundes somente admite a executoriedade quando expressamente previstos em lei, pois “a necessidade pública de permitir, em certos casos, a pronta ação administrativa, superpõe-se à necessidade de proteger, contra lesões, o direito particular”.<sup>620</sup> No pensamento do jurista norte-rio-grandense, nos casos de executoriedade, apesar de a proteção ao direito individual ceder caminho às necessidades coletivas, é importante destacar que “não se exclui o amparo do indivíduo”, apenas

---

<sup>617</sup> *Idem*. “É certo que o direito penal visa prevenir crimes, mas, ao perseguir esse propósito, ele deve submeter-se a princípios que podem limitar sua eficiência para alcançar aqueles objetivos. Seria errado punir um homem inocente tratando-o como um refém, mesmo se ao fazer isso realmente reduzíssemos a criminalidade”. *Idem*, p. 14.

<sup>618</sup> *Idem*, introdução, p.XV.

<sup>619</sup> *Op. cit.*, p. 207.

<sup>620</sup> *Op. cit.*, nota de rodapé, p. 266. Esclarece o jurista: “Note-se que a execução forçada por via administrativa, embora implicitamente compreendida como necessária ao alcance dos fins pertinentes à Administração, é dependente de autorização expressa em lei. Só nos casos em que a lei a permita ou prescreva há de ter lugar. O conflito na realização do direito, seja a Administração o sujeito ativo da relação jurídica, seja o particular, dá como consequência imediata a intervenção do Poder Judiciário. A razão de ser da função jurisdicional e o seu sentido técnico obrigam a esse entendimento (Hauriou, *Précis*, cit., p.77). Se a execução pelo próprio Poder Executivo é apenas admitida como uma exceção necessária aos fins do Estado, seria estendê-la, arbitrariamente, numa ameaça à ordem jurídica, permitir que independesse de autorização da lei. Pode-se dizer que, em nosso sistema jurídico, havendo choque entre as atividades da Administração Pública e os direitos do indivíduo, só se permite àquela o uso de poderes expressos na lei. Não há lugar para controvérsia: a execução administrativa forçada depende, em cada caso, de permissão ou autorização legal”. *Idem*.

“se lhe restringe o alcance, limitando-se a tutela a ele dispensada, com o fim de melhor acobertar os interesses gerais”.<sup>621</sup> Noutra passagem, Fagundes diz que a doutrina condiciona a executoriedade às hipóteses em que for “*imprescindível e urgente* obter a prestação”, mas salienta que o legislador não estaria adstrito a este critério, podendo discricionariamente estabelecer outros casos de possível execução administrativa forçada.<sup>622</sup> Esta última assertiva, todavia, há de ser interpretada considerando-se a época da publicação de sua obra (1972), pois, ao que parece, tal não mais se aplica sob a égide da atual Carta Magna de 1988.

Os vetores axiológicos da vigente ordem constitucional, ao assegurarem o amplo respeito aos direitos individuais e a inafastabilidade da jurisdição, impõem que se considere a *executoriedade* como medida de força somente admissível em situações nas quais, sob o prisma da razoabilidade e da proporcionalidade, o alcance do interesse público não se compatibilize com a necessidade de prévia ordem judicial. Fora daí, porém, não se deve abrir espaço a tal poder administrativo. É nessa linha que Duez e Debeyre asseveram a impossibilidade de executoriedade fora dos casos de urgência que impliquem grave perigo iminente e incompatível com a lenta via processual judiciária,<sup>623</sup> quando “não seria possível ao Estado cumprir suas funções administrativas se lhe fosse reservada situação jurídica idêntica àquela dos particulares”.<sup>624</sup>

<sup>621</sup> *Idem*. Seabra Fagundes transcreve a seguinte lição de Ranelletti justificando a executoriedade dos atos administrativos: “La ragione e la giustificazione di tale carattere degli atti amministrativi sta nel carattere pubblico dell’attività, che permezzo di essi l’amministrazione esplica, e nella necessità che gli interessi collettivi, periquali quegli atti sono emanati, e quindi gli scopi corrispondenti dello Stato, vengano prontamente sodisffati. La facoltà di eseguire coattivamente e direttamente i proprio provvedimenti deriva dal concetto stesso di potere pubblico ed è ad esso essenziale. Senza di essa, gli organi dei potere pubblico cesserebbero di essere tali. E d’altra parte un sistema, che assoggettasse l’amministrazione, nella sua attività pubblica, alle norme che valgono per i privati, porrebbe allo svolgimento di quell’attività tali ostaculi, de renderne affatto inefficace esplicamento” (*Le guarentigie*, cit., p. 135-136, n. 90). *Ib idem*.

<sup>622</sup> Como cita o autor, “um exemplo típico de execução *ex officio*, sem esse caráter de urgência e imprescindibilidade, e sim, por discricção do legislador, nos oferece o Decreto-lei n. 1168, de 22 de março de 1938, que faz descontar em folha, do vencimento do funcionário, o imposto de renda como devido e não pago pontualmente” (art.28, parágrafo único). *Idem*. Mas, apesar de haver semelhante dispositivo na atual legislação que trata dos servidores públicos federais, no tocante a ressarcimento ao cofre público (vide art.46 da Lei n. 8112/90), soa flagrantemente inconstitucional qualquer norma que assegure à Administração o poder de descontar *manu militari* proventos do servidor, ainda que a pretexto de ser indenizada de prejuízos causados por este. O Poder Público dispõe do privilégio de constituir seus próprios créditos, mas deve submetê-los à via executiva judicial prevista em lei.

<sup>623</sup> “La coercition ne peut être utilisée que dans le seul cas d’urgence – Ce qui justifie la coercition administrative, c’est as nécessité. Il faut supposer que la protection de la securité, de la salubrité, du bon ordre reclame une intervention énérgique et rapide qui ne s’accommoderait pas de lenteurs inhérentes à la procédure judiciaire. (...) L’urgence qui legitime l’emploi de la coercion administrative implique le *péril imminent*, à la fois *grave et immédiat*. (...) L’appréciation de l’urgence légitimant l’exécution administrative d’office appartiendra au juge, lorsqu’il sera saisi *a posteriori* de la légalité de la mesure de coercion administrative”. *Op. cit.*, p. 527.

<sup>624</sup> Justen Filho, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 203. Apesar disso, adverte o autor que “os chamados ‘*atributos*’ do ato administrativo (presunção de legitimidade – e de regularidade –, imperatividade e auto-executoriedade) foram concebidos durante período pretérito. Essa versão tradicional reflete a influência de concepções não democráticas do Estado. Há forte resquício das teorias políticas anteriores à instauração de um Estado Democrático de Direito, que identificavam a atividade administrativa como manifestação da ‘*soberania*’ estatal. Como decorrência, o ato administrativo traduzia as ‘*prerrogativas*’ do Estado, impondo-se ao particular pela utilização da força e da violência. A implantação de uma democracia republicana afeta essas concepções, mesmo quando não acarrete sua eliminação. Ou seja, o estudo dos atributos peculiares do ato administrativo tem de refletir os princípios inerentes à organização democrática do poder estatal”. *Op. cit.*, p. 202-203.

Acrescente-se que mesmo nos casos em que a legislação admitir a auto-executoriedade administrativa, haverá situações peculiares nas quais o adequado respeito aos direitos e liberdades individuais dos envolvidos, aliado à ausência de risco de irreversibilidade de dano porventura causado, recomendará a prévia manifestação de órgão imparcial do Poder Judiciário, imprimindo-se, com isso, uma maior legitimação a eventual emprego de medida de força que se fizer necessário.

Imagine-se, por exemplo, uma hipótese de invasão a prédio público do INCRA (ou da FUNAI), levada a cabo por um grande grupo de manifestantes sem-terra (ou indígenas), incluindo muitas mulheres e crianças, com intuito político de protestar por melhorias em suas condições de vida. À primeira vista, poderia a Administração recorrer diretamente à força policial para lograr desocupar o prédio, zelando-se pela continuidade do serviço público. Contudo, a utilização sumária de força policial, em situações de resistência coletiva desta natureza, certamente viria a resultar em violentos choques com os manifestantes, com previsibilidade de risco concreto às vidas deles e às dos próprios policiais. Já se tem notícia de desastrosos precedentes desta natureza em nossa história recente. Logo, sob o prisma das garantias fundamentais asseguradas na Carta Magna, seria arbitrário admitir-se aí a auto-executoriedade do ato administrativo que determinasse a desocupação do prédio, fazendo-se necessária prévia determinação judicial neste sentido. A via adequada nesse caso seria, então, a ação de reintegração de posse com pedido liminar, na qual o juiz poderia, inclusive, designar audiência de justificação para melhor se instruir sobre os fatos e os fundamentos da resistência dos particulares, buscando, inclusive, uma conciliação.

A ponderação de valores da qual se extrai juridicamente a vedação de auto-executoriedade em situações deste jaez é dever da própria autoridade administrativa responsável pela prática do ato em cada caso, sempre atenta aos ditames constitucionais. Não se trata de mera liberalidade da Administração, entre executar ou não o ato. Na prática, todavia, o que tem ocorrido é a imediata adoção de medidas unilaterais de força pela Administração nos casos em que a lei não as vede expressamente, sem o mínimo de atenção às exigências do caso concreto. Segue-se a concepção, tradicionalmente defendida por grande parte da doutrina, de que a auto-executoriedade seria a *regra* da atividade da Administração Pública, somente afastada quando a lei explicitamente condicione a sua atuação a prévia ordem judicial. Mas tal não condiz com os postulados axiológicos do moderno Estado Democrático de Direito que, segundo Renato Alessi, inspira-se na necessidade de se tutelar da melhor forma possível os particulares contra os

governantes, “ya que no hay duda de que la falta de una precisa limitación del poder estatal podría dar lugar fácilmente a la arbitrariedad y a la opresión”.<sup>625</sup>

Na mesma esteira em que defende não ser necessária uma explícita determinação legal do agir administrativo (que pode perfeitamente se calcar em atribuição legal *implícita*), adverte Alessi que esta atuação discricionária somente se legitima diante da concreta existência de um grau de interesse público que justifique razoavelmente a adoção de determinado procedimento que sacrifique interesses privados, a demandar uma cuidadosa verificação em cada caso. Segue daí que “la ley que confiere la potestad de acción crea ao propio tempo una base de referencia sobre la que se puede juzgar sobre la legitimidad del uso del poder de acción por parte de la Administración”.<sup>626</sup>

Outra importante consideração feita por Alessi diz respeito ao tipo de interesse coletivo que autoriza a execução forçada por parte da Administração contra os particulares sem necessidade de autorização judicial. É consagrada a distinção que o autor faz, com amparo em Piccardi, entre os interesses coletivos *primários* (interesses da comunidade como um todo unitário, que integram o chamado interesse público) e os interesses coletivos *secundários* (interesses patrimoniais da Administração Pública enquanto aparato financeiro organizado).<sup>627</sup> Nesse prisma, a posição de supremacia da Administração Pública (notadamente a prerrogativa de auto-executoriedade dos atos administrativos) somente se justifica quando cuida de satisfazer o interesse público (primário) e não no que concerne aos seus interesses patrimoniais (secundários).<sup>628</sup>

<sup>625</sup> *Instituciones de derecho administrativo*, p. 181.

<sup>626</sup> *Idem*, p. 187. Assim explica Alessi: “No es necesario que la atribución de la referida potestad a la Administración por parte del Derecho objetivo sea necesariamente *explícita* y *específica*, pudiendo ser *implícita* o *genérica*. (...) Debe reconocerse un poder de *sacrificar*, en ocasiones, los derechos perfectos de los particulares, convirtiéndolos en un derecho a su equivalente económico, cuando el interés público exija una realización que no pueda llevarse a cabo sino mediante el sacrificio y la lesión de los contrapuestos derechos privados. (...) Esta determinación del interés colectivo cuya efectiva existencia es la única que puede servir para legitimar la acción administrativa, da lugar, evidentemente, al lado de las mencionadas prescripciones relativas a la forma y a la competencia, a aquellos límites ulteriores que se señalaron como necesarios para la tutela tanto del interés colectivo como, en su caso, del de los particulares. Límites, por lo tanto, cuya violación privará a la actividad administrativa del carácter de *juridicidad* (con la consiguiente *invalidéz* para producción de los efectos jurídicos perseguidos) en cuanto que la potestad jurídica de traducir en actos concretos la autorización abstracta contenida en la ley, debe considerarse subordinada tanto al respecto de las prescripciones formales (relativas a la forma y a la competencia), como a la concreta existencia del grado de interés colectivo señalado como necesario para el uso de la potestad de actuar en concreto una autorización abstracta, en la ley donde esta autorización se contiene”. *Idem*, p. 185-187.

<sup>627</sup> “El interés llamado *público* no es más que el interés colectivo primario considerado como sujeto de tutela directa por la acción administrativa, mientras que el interés de la Administración, en cuanto a entidad organizada, no representa sino uno de los intereses secundarios que existen en el grupo social”. *Idem*, p. 185.

<sup>628</sup> Assim escreve Alessi: “Tratándose del poder soberano, estará en relación con la realización de intereses *públicos*, *colectivos*. Estos intereses públicos, colectivos, cuya satisfacción está a cargo de la Administración, no son simplemente el interés de la Administración entendida como aparato organizativo, sino lo que se ha llamado el interés colectivo *primario*, formado por el conjunto de intereses individuales preponderantes en una determinada organización jurídica de la colectividad, mientras que el interés del aparato (si es que puede concebirse un interés del aparato unitariamente considerado) sería simplemente uno de los intereses secundarios que se hacen sentir en la colectividad, y que pueden ser realizados solamente en caso de coincidencia con el interés colectivo primario y dentro de los límites de dicha coincidencia. La peculiaridad de la posición jurídica de la

Bem verdade que nem sempre é fácil distinguir as situações concretas em que a Administração Pública busca satisfazer o interesse coletivo primário ou apenas o secundário. Não raro tais interesses se mesclam, mormente quando o desempenho da função administrativa envolve indiretamente arrecadação de recursos orçamentários, tal como acontece, *v.g.*, na cobrança de taxas por prestação de serviços públicos ou atividades de poder de polícia. Mas ainda assim a distinção é útil e deve servir sempre de norte para se repudiar determinadas medidas de força administrativas, camufladas sob o manto do interesse público primário, mas, na verdade, tomadas indiretamente no interesse exclusivo da arrecadação.<sup>629</sup>

Feitas todas estas considerações, pode-se então dizer, em síntese, que a auto-executoriedade administrativa, como prerrogativa voltada ao resguardo dos interesses públicos primários, apenas encontra lugar entre as seguintes balizas:

i) admite-se a medida quando autorizada em lei para determinadas situações suficientemente delineadas e de acordo com um processo administrativo específico;

ii) 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;

iii) 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 se incorrer no cometimento de arbitrariedades.

Resta, todavia, uma outra indagação a fazer: ainda que admitida a auto-executoriedade, a medida de força pode ser tomada sem se assegurar o *direito de defesa* ao administrado por ela atingido na via administrativa?

Seja qual for o caso, a resposta não pode ser afirmativa, pois a auto-executoriedade não é sinônimo de sumariedade ou instantaneidade, nem, muito menos, de insindicabilidade. Urge então antecipar uma importante advertência que ainda se fará detalhadamente, em tópico posterior, no tocante ao processo a ser observado pela Administração na implementação de medidas coativas, eis que a auto-executoriedade não dispensa jamais a adequada *processualidade* da atividade administrativa.

---

Administración radica precisamente en esto, en que su función consiste en la realización del interés colectivo, público, primario". *Idem*, p. 184-185.

<sup>629</sup> Renato Alessi chama a atenção para a "necesidad de una garantía que no solamente sirva para proteger indirectamente los intereses de los particulares contra una actuación administrativa más gravosa para los mismos de lo que estrictamente exija el interés público (a la que la Administración podría ser impulsada por el deseo de dar excesiva importancia al interés secundario del aparato), sino que además sirva para proteger directamente el interés público, en sí y por sí, objectivamente, contra la posibilidad de un uso de los poderes de acción concedidos a la Administración precisamente para la realización de este interés público, para una ilegítima realización del interés secundario de la Administración y, lo que sería peor, del interés personal de las personas físicas adscritas a los cargos administrativos". *Idem*, p. 185-186.

Tratando-se de verificar o *momento* em que se torna possível o emprego direto da força, tem-se que, das situações acima enfocadas, somente a medida urgente pode comportar coação imediata por parte dos agentes administrativos, mesmo sem a oitiva do administrado, revestindo-se, por essa razão, de natureza eminentemente cautelar que não pode assumir, dada a ausência de defesa, os contornos de uma sanção administrativa.

São as situações concretas emergenciais que, no dizer de Marçal Justen Filho, tornam impossível o cumprimento, pela Administração, de todas as formalidades comprobatórias necessárias.<sup>630</sup> Tais medidas podem ser tomadas *incontinenti*, mesmo sem previsão específica na lei, porquanto decorrem do poder geral de cautela da Administração Pública, assegurando-se ao administrado que se sentir prejudicado um controle *a posteriori* das medidas adotadas, na própria via administrativa (revisão) ou na via judicial. Fora destas hipóteses qualificadas pela urgência, porém, as medidas administrativas, ainda que expressamente previstas em lei, somente podem ser implementadas depois de assegurados, ao administrado, a ampla defesa e o contraditório por meio de um processo administrativo mais extenso sob o aspecto probatório<sup>631</sup>, consoante expresse mandamento constitucional (CF/88, art. 5º, LV<sup>632</sup>). O fato de não depender de autorização judicial para agir não obsta que a Administração adote a via cognitiva adequada antes de executar materialmente as suas medidas de força.

É um erro pensar que a auto-executoriedade afasta a necessidade de se assegurar a ampla defesa e o contraditório no bojo de um processo administrativo que propicie a justa análise das controvérsias sobre os fatos que embasam a execução do ato. O devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório são garantias constitucionais voltadas não apenas às partes em processos judiciais, mas, também, a todos aqueles envolvidos em processos decisórios administrativos, como inclusive já se manifestou o Supremo Tribunal Federal.<sup>633</sup> A dispensa de processo contraditório somente é possível, repita-se, nas situações de urgência devidamente motivadas, quando então os eventuais questionamentos deverão ficar reservados para momento posterior.

Já apontadas acima as situações fáticas que autorizam o emprego de coação direta por parte da Administração, cumpre agora indicar, então, os conseqüentes pressupostos jurídicos da

---

<sup>630</sup> *Op. cit.*, p. 207.

<sup>631</sup> Como ainda salienta Marçal Justen Filho, “não há vedação radical ao uso da força pela Administração Pública, na medida em que tal seja a solução necessária para a realização do direito. Mas o uso da força deverá refletir um devido processo legal, sendo acompanhado da observância de todas as formalidades comprobatórias necessárias e das garantias inerentes ao processo. Mas ainda, não se admite o uso da força mediante a mera invocação de fórmulas genéricas indeterminadas, tais como ‘interesse público’, ‘Bem Comum’, ‘segurança jurídica’ etc. Deve-se identificar, de modo concreto, o bem jurídico tutelado e expor o motivo pelo qual se reputa que a força deve ser utilizada”. *Op. cit.*, p. 207.

<sup>632</sup> “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

<sup>633</sup> Neste sentido, v.g., vide o teor do julgado no AgRg/RE n.342593/SP, Relator: Ministro Maurício Corrêa, DJ de 14.11.2002.



presunção de legitimidade que lhe serve de fundamento. Haja vista, como dito, a estreita relação de dependência entre os dois atributos dos atos administrativos, infere-se que a presunção de legitimidade pressupõe a presença de *dois requisitos simultâneos*:

a) possibilidade de auto-executoriedade do ato administrativo (o que, portanto, exclui os casos em que as regras e princípios do sistema jurídico impõem a necessidade de prévia ordem judicial);

b) observância do devido processo legal (o que obriga que, mesmo nos casos de auto-executoriedade, tenha a Administração adotado um adequado processo de formação do ato administrativo).

Em suma, a presunção de legitimidade pressupõe a percepção de dois elementos na atuação administrativa: a *auto-executoriedade* e a *processualidade*. Sem isto, o ato da Administração não pode ser tido como presumidamente legítimo.

### 3.3 PREMISSAS TEÓRICAS DA PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

#### **3.3.1 Crítica à Idéia de Correlação Lógica com o Princípio da Legalidade Administrativa**

Numa espécie de perspectiva ontológica da presunção de legitimidade, alguns doutrinadores lhe situam como aspecto inerente à *essência* dos atos administrativos, cuja *razão de ser* repousaria no fato de que as condutas dos agentes públicos devem estar moldadas pelo princípio da legalidade. Clássica é a lição doutrinária de que enquanto os particulares podem fazer tudo o que não está proibido em lei, os agentes administrativos somente podem fazer o que a lei lhes autoriza, pois, consoante explica Carlos Ari Sundfeld “em um Estado de Direito, a

Administração não se encontra apenas na impossibilidade de agir *contra legem* ou *praeter legem*, mas é obrigada a agir sempre *secundum legem*".<sup>634</sup>

Nesse passo, haveria de se presumir que os administradores atuassem sempre de forma legítima, na medida em que tal presunção “responde a exigências de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para só após dar-lhes execução”.<sup>635</sup> Também para José dos Santos Carvalho Filho “essa característica não depende de lei expressa, mas deflui da *própria natureza* do ato administrativo, como emanado de agente integrante da estrutura do Estado”<sup>636</sup>, o que não poderia ser sumariamente questionado ou resistido pelos particulares, sob pena de tornar inefetivas as medidas de interesse público.

Maria Sylvia Di Pietro sintetiza as diversas premissas que os autores indicam para justificar a presunção de legitimidade dos atos administrativos, destacando o procedimento e as formalidades que precedem a sua edição, o fato de ser uma das formas de expressão da soberania do Estado, a necessidade de assegurar celeridade no cumprimento dos atos administrativos em prol interesse público, o controle interno e externo a que se submete o ato e a sujeição da Administração ao *princípio da legalidade*, presumindo-se a sua atuação conforme a lei.<sup>637</sup>

De todas estas lições se extrai a clara tentativa de apontar a presunção de legitimidade como integrante da “essência” dos atos da Administração Pública, isto é, algo inerente à sua própria natureza jurídica. Mas em que pese a sua aparente coerência, este pensamento calcado no princípio da legalidade, como norteador da atividade administrativa, revela algumas falhas na tentativa identificar a presunção de legitimidade como atributo inerente a *todos* os atos administrativos.

Na verdade, essa correspondência lógica que se busca fazer entre o princípio da legalidade administrativa e a presunção de legitimidade nem de longe traduz uma verdade científica que possa ser considerada imune a críticas consistentes e fundamentadas. Ora, não é porque a Administração deve obedecer aos ditames legais que se podem presumir legítimos os atos concretamente praticados por toda a sua gama de agentes e nas mais diversas funções da máquina estatal, até porque, já se disse, a concepção de legalidade sofreu uma substancial mudança de paradigmas desde a concepção liberal do século XVIII, não mais se restringindo ao

---

<sup>634</sup> *Direito administrativo ordenador*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 30.

<sup>635</sup> Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 141.

<sup>636</sup> *Op. cit.*, p. 101. Para o autor, “vários são os fundamentos dados a essa característica. O fundamento precípua, no entanto, reside na circunstância de que se cuida de atos emanados de agentes detentores de parcela do Poder Público, imbuídos, como é natural, do objetivo de alcançar o interesse público que lhes compete proteger. Desse modo, inconcebível seria admitir que não tivessem a aura de legitimidade, permitindo-se que a todo momento sofressem algum entrave oposto por pessoas de interesses contrários. Por esse motivo é que se há de supor que presumivelmente estão em conformidade com a lei”. *Idem*.

<sup>637</sup> *Op. cit.*, p. 193-194.

seu mero aspecto formal. Por conseguinte, a função administrativa, consubstanciada na aplicação das normas legais aos casos concretos, revela-se hoje como uma atividade complexa de percepção e valoração de fatos que vão muito além do texto escrito da lei.

Se a presunção de legitimidade, à época em que idealizada pelos juristas franceses da pós-revolução, encontrava terreno fértil num sistema jurídico pensado sob modelos de legalidade formal e plena vinculação do administrador à letra da lei, assim não se pode mais considerar em um sistema construído sob textura normativa aberta (com importante destaque para a “normatividade principialista”<sup>638</sup>), no qual o legislador não raro se vale abstratamente de conceitos imprecisos e indeterminados que inevitavelmente dão aos agentes administrativos uma considerável margem de discricionariedade na sua atuação nos casos concretos.

Noutro giro, João Batista Gomes Moreira faz menção à opinião comum de que a presunção de legitimidade teria como premissa “o cuidado excepcional na seleção e treinamento dos servidores públicos, bem como no controle das respectivas atividades, de modo que estes não teriam ordinariamente razão para praticar atos irregulares”.<sup>639</sup> Mas, tecendo críticas a este raciocínio deveras simplório, aduz o autor que “o fato de os servidores públicos estarem preparados e orientados para uma conduta sempre legítima não significa que procedam com retidão em todas as situações”.<sup>640</sup>

Também refutando a doutrina que contempla a presunção de legitimidade como atributo inerente à *essência* dos atos administrativos, Agustín Gordillo<sup>641</sup> tece pesadas críticas à velha afirmação de que os atos administrativos, apenas e simplesmente “por sê-lo”, presumem-se legítimos<sup>642</sup>. Contrariando veementemente o entendimento clássico, o jurista argentino assevera que “es así manifiesta la debilidad o inexistencia del fundamento en que se hace reposar esa presunción de legitimidad”<sup>643</sup>, concluído que “no están dadas en el derecho viviente las

---

<sup>638</sup> Sobre a normatividade “principialista”, escreve Paulo Otero que “a implementação legislativa dos mencionados princípios constitucionais, envolvendo uma inevitável técnica enunciativa das normas legais em termos vagos, imprecisos e ambíguos, remete para o aplicador do Direito no caso concreto a ponderação, a escolha e a decisão sobre a harmonia possível entre os diversos princípios acolhidos na Constituição. Existe aqui uma indisfarçável debilitação ou diluição do conteúdo material da legalidade vinculativa da Administração Pública: em diversas áreas, a lei pouco mais faz do que reproduzir o conflito de princípios constitucionais, assistindo-se aqui, tal como já antes havia ocorrido na própria Constituição, a uma transfiguração da legalidade administrativa de um ‘Direito de regras’ num ‘Direito de princípios’. Um sistema tendencialmente fechado de legalidade é substituído por um sistema predominantemente aberto: a legalidade administrativa, à semelhança do que sucede com o sistema constitucional, torna-se predominantemente principialista em certos setores da atividade. Por esta via, remetendo-se para o aplicador administrativo do Direito um poder suplementar de proceder a ponderações de interesses e de bens alicerçados em princípios constitucionais, além de se conferir à Administração Pública um impensável protagonismo na realização do Direito, reforçando o já mencionado ‘ativismo’ constitucional da Administração, observa-se que a lei deixou aí de servir de instrumento de certeza e segurança jurídicas na atuação administrativa”. *Op. cit.*, p. 167.

<sup>639</sup> *Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 264.

<sup>640</sup> *Idem*.

<sup>641</sup> *Tratado de Derecho Administrativo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. t 3. V-10/11.

<sup>642</sup> Nas palavras de Gordillo: “la vieja afirmación de la Corte, que los actos administrativos ‘por serlo’ se presumen legítimos y atendiendo a la que ofrece alguna doctrina, se advierten sus limitaciones”.

<sup>643</sup> *Idem*.

condiciones que se postulan para la presunción de legitimidad amplia de lo acto administrativo”.<sup>644</sup> Marçal Justen Filho, sob o mesmo prisma, assevera que os *atributos* da presunção de legitimidade, da imperatividade e da auto-executoriedade “não são um efeito inerente ao ato administrativo, nem uma decorrência da qualidade estatal do agente que o produz. Tais atributos são uma decorrência do direito, o que significa uma inafastável compatibilidade com a Constituição”.<sup>645</sup>

A construção aparentemente lógica, segundo a qual a presunção de legitimidade dos atos administrativos seria uma mera decorrência do dever de respeito ao princípio da legalidade, revela-se falaciosa quando se observa que os dois institutos jurídicos estão voltados para momentos essencialmente diferentes da percepção administrativa.

Com efeito, o princípio da legalidade serve fundamentalmente como referencial formal de *dever-ser* para a Administração Pública, razão pela qual o seu estudo, na Ciência do Direito, dá-se no campo de investigação das normas gerais e abstratas, quando os debates se concentram em torno das chamadas *questões de direito*. Mesmo ao se revisar uma conduta concreta da Administração, verificando se os seus agentes respaldaram o seu dever de agir em uma norma legal permissiva (princípio da legalidade), o ponto de partida para a percepção aí costuma ser o da interpretação da lei e a sua aplicabilidade às situações rotineiramente vivenciadas pela Administração. Vale dizer, a análise parte da lei para o fato, perquirindo-se se o agente administrativo recorreu à norma hipoteticamente prevista para incidir sobre os fatos levados à sua percepção. Com base no que se explicou no item 3.1.3 *retro*, tem-se então a legalidade no sentido estrito de “*uma lei*”, o que, contudo, pode se revelar insuficiente e inadequado em alguns casos.

Já o instituto da presunção de legitimidade – não obstante, é claro, o seu inequívoco liame com o ideal de legalidade – diz respeito precipuamente à atuação concreta da Administração (no campo do *ser*), consideradas todas as circunstâncias juridicamente relevantes e passíveis de percepção pelo aplicador do Direito, daí porque somente encontra espaço naquelas hipóteses em que, não sendo possível ou sendo muito difícil a produção das provas dos fatos subjacentes à sua atuação, a supremacia do interesse público justifica razoavelmente a utilização de *mecanismos formais de percepção* (vide item 1.4.2 *retro*). O exame, aí, se volta para as *questões de fato*, ou seja, deve partir do fato para a lei, cabendo perquirir se o agente administrativo tomou as providências necessárias à adequada percepção dos fatos envolvidos na

---

<sup>644</sup> *Ib idem*.

<sup>645</sup> *Curso de Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.203. Esclarece o autor que “é o direito que prevê e delimita os ditos efeitos, por reputar que tal se faz necessário para o bem desempenho da função administrativa. Portanto, aquilo que o direito não poderia atribuir ao Estado não pode ser extraído como ‘atributo’ próprio do ato administrativo”. *Idem*.

aplicação do Direito. Com base no que se explicou no item 3.1.3 *retro*, tem-se aqui a legalidade no sentido abrangente de “*a lei*”, mais adequado às peculiaridades de certos casos.

Destarte, uma atuação administrativa que hipoteticamente estaria em obediência ao princípio da legalidade pode se revelar concretamente ilegítima, afastando qualquer presunção neste sentido. Vale dizer, cumpriu-se *uma lei*, mas não *a lei*. Os atos administrativos são presumidamente legítimos não porque existe o dever da Administração de fazer somente aquilo que lhe é permitido por lei, mas, sim, porque existem situações nas quais, não sendo possível ou sendo muito difícil para a Administração adotar um procedimento de investigação da verdade real, a necessidade de atuação administrativa (interesse público) faz com que o sistema jurídico admita a verdade formal extraída de tal presunção.

É preciso ainda atentar que ao se investigar os mais diversos institutos jurídicos, cumpre ao pesquisador distinguir entre os elementos que lhes compõe a *essência* e aqueles que apenas *acidentalmente* a eles podem aderir no plano da existência fática. Aquilo que sempre é (essência) não se confunde com aquilo que apenas pode se revelar (existência).<sup>646</sup> Destarte, não se deve perder de vista que a presunção de legitimidade não está na atuação administrativa em si mesma (não integra a sua *essência*), mas, sim, na atuação administrativa sob determinada forma e em determinadas situações respaldadas pelo ordenamento jurídico (plano da existência concreta), o que, aliás, verifica-se também no âmbito do Direito Privado.<sup>647</sup>

Bem verdade que tais situações de presunção são muito mais comuns no âmbito do Direito Administrativo no Direito Civil, haja vista o largo campo de atuação administrativa no Estado contemporâneo. Nenhum ente está hoje mais presente na vida dos cidadãos do que o Estado, notadamente o Estado-administrador. Apesar disso, nem sempre a Administração terá

---

<sup>646</sup> Exemplo deste raciocínio, que distingue entre os elementos *essenciais* (ser-substância) e os elementos *acidentais* (ser-acidente), pode ser colhido da lição de Arnaldo Vasconcelos ao sustentar que, ao contrário do que se costuma dizer, a coação não integra a essência o Direito: “Que existe coação no mundo jurídico, ninguém o nega absolutamente. A questão é identificar, aí, o lugar onde ela se encontra, facilmente identificável ao se verificar o exato momento em que ela é chamada a atuar. Para isso, torna-se necessário pensar a partir do par de categorias essência/existência, as quais constituem a única possibilidade de enquadrá-la satisfatoriamente. Ou a coação integrará a essência, ou participará da existência do Direito, excluía qualquer outra alternativa. À pergunta sobre se a coação integra a essência do Direito, isto é, se está dentro do Direito, individualizando-o e distinguindo-o, responde-se negativamente. Do contrário, todo ato executado sem o uso da força – que é precisamente o que significa coação – não seria ato jurídico. Isso, em razão meramente de possuir a essência as características da unicidade e permanência, de todo indispensáveis à consecução de seus objetivos epistemológicos. Portanto, um só ato jurídico que fosse, realizado de modo espontâneo, afastaria de vez a teoria da coação do Direito. Entretanto, justamente o contrário é que se verifica: a coação só de modo excepcional ocorre no Direito. Houve, na doutrina oposta, um desvio, facilmente identificável. Tomou-se um elemento acidental ocorrente apenas no plano da existência – a coação, como elemento essencial e, por isso, individualizador do ente Direito – a intersubjetividade ou bilateralidade atributiva. Partindo-se para o confronto decisivo da teoria com a prática, o qual se evidencia no âmbito daquilo que Ihering chamou *jurisprudência da vida cotidiana*, observa-se facilmente que a coação é tão-só um mecanismo acessório de caráter político, monopolizado pelo Estado para tentar garantir a realização do Direito não satisfeito. Nada mais que isso”. *Op. cit.*, p. 19.

<sup>647</sup> Cite-se a presunção de que o possuidor com justo título se presume de boa-fé ou que a entrega do título ao devedor presume ter havido o pagamento. Interessante neste sentido a conclusão de Paulo de Barros Carvalho quando afirma que “apesar de tão decantada como peculiaridade dos atos administrativos, parece-me que a presunção de legitimidade acompanha sempre qualquer ato jurídico, público ou privado, praticado por pessoa física ou jurídica”. *Curso de direito tributário*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 229.

presunção jurídica de legitimidade quando age, tratando-se aí de um elemento meramente *accidental* e não essencial da sua atuação.

Constitui mera opção político-jurídica admitir-se a adoção de mecanismos formais de percepção e assim ocorre quando o sistema confere um *status* relativo de legitimidade a certos atos da Administração Pública, ainda que em detrimentos de alguns interesses dos administrados sujeitos ao poder de império estatal. Mas fosse outro o modelo jurídico definidor da atuação estatal – com o conseqüente reflexo no Direito posto – poderia não haver respaldo normativo para se considerar tal presunção, qualquer que fosse o caso.

No atual contexto, é realmente louvável que o ordenamento assegure ao Poder Público, na busca pela concretização dos interesses coletivos, uma posição de preponderância e verticalidade em relação aos interesses particulares dos administrados. Pensar diferente, supostamente a pretexto de supervalorizar as liberdades individuais, talvez fosse um retrocesso a um modelo superado de “Estado–mínimo”. Todavia, é preciso ter cuidado também com a supervalorização dos dogmas do modelo interventivo, em completo detrimento das garantias fundamentais consagradas aos indivíduos pelo próprio Estado de Direito. É curial que, mesmo em prol do interesse público, as limitações aos direitos e liberdades individuais não podem significar o seu completo aniquilamento.

A presunção de legitimidade dos atos administrativos – como de resto toda e qualquer presunção relativa (item 1.5.3 *retro*) – encontra a sua utilidade prática na resolução de litígios em situações de dúvida sobre a verdade dos fatos nas relações administrativas. Algo similar ao que acontece no “*in dubio pro réu*” no campo criminal ou no “*in dubio pro operário*” no Direito do Trabalho. O cerne da questão se resume no conflito existente entre dois valores consagrados pelo sistema constitucional: de um lado a *liberdade* individual e de outro a *supremacia* do interesse público que justifica a soberania estatal na defesa da coletividade. Têm-se, então, dois extremos a ponderar nas situações de dúvida sobre a verdade dos fatos, cabendo decidir se “*in dubio pro Estado*” ou se “*in dubio pro Liberdade*”.

Os valores do Estado Democrático de Direito, como dito, pugnam que se encontre um ponto ideal entre esses dois extremos, razão pela qual, com vistas ao ideal de *processualidade* da atividade administrativa (item 1.3 *retro*), o vetor da presunção de legitimidade deve ser necessariamente sopesado com os valores democráticos e a força normativa dos princípios constitucionais que impõe a fundamentação substancial dos atos da Administração.<sup>648</sup>

---

<sup>648</sup> Luís Filipe Colaço Antunes chama a atenção “para a potencial contraditoriedade das exigências que estão na base do dever de fundamentação expressa do ato, na medida em que tais exigências servem a dois senhores inconciliáveis. De um lado está a

Atento a tudo isso, Agustín Gordillo repudia o dogma abstrato da presunção de legitimidade, considerando-o extremamente perigoso e autoritário, haja vista as arbitrariedades que podem vir a ser cometidas em seu nome, ressaltando ser prática habitual da Administração o descumprimento de regras procedimentais que asseguram as mínimas garantias de defesa aos administrados atingidos por seus atos.<sup>649</sup> Para Ferraz e Dallari, a presunção de legitimidade “não é e não pode ser um biombo a proteger iniquidades, absurdos e abusos de toda ordem”<sup>650</sup>, constatando os autores que “a experiência prática tem demonstrado que essa presunção de legalidade em nada serve aos legítimos interesses públicos, mas milita fortemente em favor do desvio de poder”.<sup>651</sup>

Deveras, a presunção em tela, ainda que possa ser considerada como um princípio do Direito Administrativo, não é algo a ser “santificado” e colocado numa redoma de vidro para não se sujeitar a qualquer espécie de questionamento. Tanto assim que este princípio já vem cedendo em determinadas searas do próprio Direito Administrativo (v.g. nos processos disciplinares), nas quais se busca assegurar um maior grau de respeito aos direitos e liberdades individuais, confrontando-se a presunção de legitimidade com outros valores tradicionalmente consagrados pelo Direito moderno, dentre eles a presunção de inocência.

O problema não está apenas em se apontar o caráter *relativo* da presunção de legitimidade dos atos administrativos, pois nenhum doutrinador jamais ousou discordar que tal presunção é *juris tantum* e, portanto, pode ser afastada por prova em contrário. Conforme será abordado em tópicos posteriores, o debate tem de ir muito além, com o fito de demonstrar que esta presunção não pode ser aplicada em certas situações (reflexões sobre a inexistência da presunção) e, mesmo quando aplicada, isto não significa necessariamente atribuir ao administrado o encargo probatório (reflexões sobre os efeitos da presunção).

---

teimosa figura da presunção de legalidade do ato, enquanto manifestação da autoridade e supremacia da Administração que se exprime na executoriedade do ato; do outro, os princípios constitucionais (art.266º da C.R.P.) e procedimentais (arts. 5º, 6º, 6º-A, 8º, 9º e 12º do C.P.A), que apontam para a democraticidade da atividade administrativa. Noutra perspectiva, poderíamos dizer que o intérprete está posto perante uma ‘insanável’ tensão entre uma compreensão formalista e uma leitura substancialista da fundamentação do ato. Simplificando o problema, diríamos que, ao contrário do que é habitual pensar-se, a visão garantística tenderá a privilegiar o entendimento da fundamentação substancial-procedimental do ato, na medida em que procurará colher no procedimento administrativo as razões, os motivos justificativos do ato, especialmente daqueles que sejam lesivos da esfera jurídica dos particulares”. *Op. cit.*, p. 22-23.

<sup>649</sup> Escreve o autor argentino que “el erro común de creer que todo lo que la autoridad dice es cierto, por el solo hecho de que lo diga, confundiendo entonces presunción de legitimidad con verdad lisa y llana, lo que resulta no solo lógicamente insostenible sino también un error político substancial en materia de derecho político y administrativo, que pagamos caro em uma sociedade permeada de autoritarismo”. *Op. cit.* t 1, I-34. Em outra passagem, assinala que “se afirma en la jurisprudencia que el fundamento radica en las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos, lo que demuestra la tesis contraria. La realidad es el incumplimiento de las reglas del procedimiento, la dificultad práctica de tener vista de las actuaciones, la arbitrariedad con que el trámite se desenvuelve, la falta de cumplimiento de las normas que fijan los requisitos mínimos del acto, de audiencia previa, dictamen legal, sólida fundamentación, etc”. *Op. cit.* t 3, V-10/11.

<sup>650</sup> *Op. cit.*, p. 135.

<sup>651</sup> *Idem*, p. 136.

### 3.3.2 Crítica à Idéia de Analogia com a Presunção de Constitucionalidade dos Atos Legislativos

Alguns buscam identificar na presunção de legitimidade dos atos administrativos as mesmas razões que justificariam o reconhecimento de uma presunção de constitucionalidade dos atos emanados da função legislativa estatal. É assim que Julio Rodolfo Comadira, fundamentado na lição de Fiorini, salienta “la presunción general de validez que acompaña a los actos estatales: a toda ley se la presume constitucional, a toda sentencia se la considera válida, y a todo acto de la Administración se lo presume legítimo”.<sup>652</sup>

Contudo, a comparação não parece ser feliz, porquanto se sabe que a Constituição, ao tratar das prerrogativas estatais de inovação da ordem jurídica, confere ao legislador um poder com alto grau de discricionariedade, muito mais amplo do que o normalmente conferido ao administrador pelas leis infraconstitucionais. Além disso, os atos oriundos da atividade legislativa são, em regra (ressalvada a famigerada medida provisória), frutos da vontade majoritária dos membros das casas parlamentares, como representantes do povo, e por meio de extenso processo de discussão e votação.

O processo legislativo possui mecanismos formais de prévio controle de abusos do poder, o que em regra não ocorre nos processos administrativos, já que os atos produzidos pelos mais diversos agentes da Administração geram, em muitos casos, efeitos instantâneos e em situações dinâmicas submetidas a muito pouco ou praticamente nenhum controle. Consoante adverte Agustín Gordillo, a atividade estatal no processo legislativo está permeada de maiores garantias que evitam o cometimento de arbitrariedades, desde os debates realizados no âmbito das comissões legislativas até a possibilidade de veto pelo Chefe do Poder Executivo, enquanto que os atos administrativos em geral são praticados sem a observância de maiores formalidades e por vontade de um único agente público.<sup>653</sup>

---

<sup>652</sup> *Apud* Augustin Gordillo. Op. cit. t 3, V-11.

<sup>653</sup> Escreve o autor que “tampoco podría encontrarse un fundamento teórico de manera similar que para las leyes, en que por razones prácticas se establece que el derecho se supone conocido por todos, aunque de hecho ello no sea así. Es que – en épocas normales, para las cuales tales principios son establecidos – la ley está rodeada de garantías reales y no teóricas que morigeran la comisión de arbitrariedades: la discusión o debate parlamentario, distintos sectores políticos, la posibilidad de un veto o de su promulgación por el Poder Ejecutivo, un mayor control social, etc. En cambio, el acto administrativo puede ser producto de la sola voluntad de un sólo individuo embriagado por el poder y la omnipotencia de creerse semidios, enviado providencial. Reconocerle a su capricho igual presunción que la de la ley, como para exigir su inmediato cumplimiento, sin información ni



Ressalte-se que mesmo no campo do Direito Constitucional alguns doutrinadores contemporâneos já combatem a idéia de “presunção de constitucionalidade” das leis, notadamente quando se referem às situações em que normas legislativas tenham sido editadas à época de uma Constituição, mas permanecem sendo aplicados sob outra ordem constitucional. Nesses casos, não haveria como sustentar que quisesse o legislador da época harmonizar o produto de seu labor com a futura e desconhecida Constituição. Além disso, a idéia de presunção de constitucionalidade transfere para o plano normativo um conceito de direito probatório voltado estritamente para o âmbito fático.<sup>654</sup>

Acrescente-se ainda que, consoante adverte João Batista Gomes Moreira, a presunção de constitucionalidade “não subsiste em relação à lei restritiva de direito fundamental (liberdades civis personalíssimas), e com mais razão, o ato administrativo não será presumido legítimo, especialmente quando classificado nesse mesmo campo”.<sup>655</sup> Segundo o autor, ao se verificar que a atuação estatal se deu de modo a cercear liberdades constitucionalmente garantidas aos particulares, “o ato administrativo aí situado será, em princípio, *suspeito de ilegitimidade*, recomendando criterioso exame jurisdicional”.<sup>656</sup>

Na linha do que aqui se defendeu nos tópicos anteriores, é razoavelmente possível o cerceamento de algumas liberdades individuais em prol do interesse público – o que integra o próprio conceito do poder de polícia administrativo – mas há de se ter em vista o grau invasivo e a proporcionalidade da medida adotada pela Administração nos casos concretos. Se no atual contexto da dogmática constitucional não mais se discute que a discricionariedade legislativa não é absoluta em termos materiais (*devido processo legal substancial*<sup>657</sup>), isso deve ser ainda mais considerado em se tratando de discricionariedade administrativa.

---

dictamen jurídico, sin consulta, sin discusión ni debate, sin audiencia previa, sin fundamentación normativa y fática razonable y suficiente, esto es el suicidio de la democracia”. *Op. cit.* t 3, V-11.

<sup>654</sup> Tecendo críticas à tradição doutrinária que identifica a interpretação conforme a Constituição a partir da presunção de constitucionalidade das leis, André Luiz Batista Neves assinala que “sem embargo da robustez da tradição que incorpora, essa corrente não logra explicar a interpretação constitucionalmente conforme. *Prius*, por não se poder sustentar que o Legislativo pretendesse dar às normas infraconstitucionais editadas sob o pálio de Constituições anteriores, e ora recepcionadas pela Lei Fundamental em vigor, conteúdos adequados a esta última. *Secundo*, porque, ao realçar a importância da ‘vontade’ do legislador, pressupõe a adesão das teses hermenêuticas subjetivas, como assinala Rui Medeiros. *Tertio*, importa lembrar, com Canotilho, que a aceitação acrítica desse pensar, ‘a outra coisa não pode conduzir senão a uma contínua e positivística indiferença perante o conteúdo constitucional a favor da vontade e da confiança no legislador’, degradando a força normativa da Constituição (Canotilho). *Quarto*, porque transporta indevidamente uma noção de direito probatório – a de presunção – do seu *locus* de origem, o plano fático, para o âmbito normativo”. *A interpretação conforme à Constituição*. Salvador, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia.

<sup>655</sup> *Op. cit.*, p. 267.

<sup>656</sup> *Idem*. Essa assertiva de Moreira, porém, comporta alguns temperamentos, porquanto, como será dito adiante no item 3.4, a ausência de uma presunção de legitimidade não significa a presença de uma suspeita de ilegitimidade da atuação administrativa. Em tema de direito probatório, há uma distância considerável entre esses dois extremos.

<sup>657</sup> Mesmo na esfera dos atos legislativos, onde o grau de discricionariedade é ainda maior do que nos atos administrativos, a atuação do Poder Público deve necessariamente se pautar em aspectos vinculados aos ditames constitucionais, sob o prisma do princípio da razoabilidade. Conforme precedentes doutrinários e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tal vinculação do legislador se dá em respeito ao chamado princípio do devido processo legal substancial (*substantive due process of law*): “A

### 3.3.3 Relação com o Princípio da Boa-Fé na Atuação Administrativa

Ensina a doutrina jurídica que o princípio da boa-fé, apesar de haver encontrado sua gênese nas relações privadas, deve ser aplicado também nos liames públicos, notadamente no campo do Direito Administrativo. Há tempos atrás se pensou sobre a impossibilidade de incidência dos postulados da boa-fé nas relações entre a Administração Pública e o administrado, supostamente por conta da superioridade daquela em relação a este e à fiel obediência dos agentes administrativos aos ditames legais, à margem de qualquer juízo valorativo de boa ou má-fé. Esta concepção, todavia, mostrou-se errônea com o passar do tempo.

Em obra específica e aprofundada sobre o tema, Edílson Pereira Nobre Júnior discorre sobre a evolução no estudo do princípio da boa-fé, destacando que, apesar de ter havido inicialmente certa resistência na aceitação da sua aplicação na seara juspublicística<sup>658</sup>, tal acabou cedendo ao desenvolvimento do modelo de atuação da Administração Pública, mormente no que concerne aos novos paradigmas da legalidade já referidos. Salienta o autor que a alegada superioridade da Administração em relação ao administrado “não emana da Administração em si

---

cláusula do devido processo legal - objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição - deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário. A essência do substantive due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. O magistério doutrinário de Caio Tácito. Observância, pelas normas legais impugnadas, da cláusula constitucional do substantive due process of law” – *ADI 1063 MC-QO/DF, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ de 27.04.2001*. Segundo Eduardo Slerca, “os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, cada qual com suas nuances, prestam-se ao mesmo e sublime fim: sem invadir a área de competência dos demais poderes, investem o judiciário de instrumental que lhe permite o exame de justiça das leis e a garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais, combatendo leis por si injustas ou desarrazoadas ou que comportem restrições inaptas ao fim a que se destinam, leis desnecessárias ou cuja carga restritiva seja desproporcional ao benefício em vista”. *Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 131. Também na lição de Oswaldo Luiz Palu, “da cláusula do *devido processo legal substancial*, importada do direito anglo-americano, deflui um poderoso instrumento de controle da razoabilidade dos atos legislativos e governamentais. A razoabilidade é uma técnica de avaliação entre o instrumento concreto utilizado e o fim perseguido, ou seja, uma relação custo-benefício e a verificação da eficiência, bem assim relacionada aos cânones da coerência e congruência”. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.252.

<sup>658</sup> “(...) desde o seu presumível surgimento, tributado ao esforço exegético dos romanos, irradia a sua eficácia para o direito privado, com ênfase à província obrigacional. Igualmente, a discussão ganha relevo quando se constata a ausência de sua consagração explícita no nosso texto constitucional. Há que se atentar, irremediavelmente, para alguns fatores a projetar uma possível incompatibilidade do postulado na seara juspublicística, mais precisamente no direito administrativo. Examinando o assunto com acuidade, Fernando Sainz Moreno sumariou três óbices assestados ao trânsito da boa-fé. São eles: a) a diferença qualitativa das partes na relação jurídico-administrativa; b) a circunstância de que toda a movimentação administrativa está submetida ao princípio da legalidade; c) a natureza diversa dos interesses em jogo no relacionamento Administração e particular. A esses empecilhos, é bom que se ajunte a adversidade indicada por Ernest Forsthoff, consoante a qual no direito administrativo não existem entre as partes relações de intimidade capazes de justificar a conformação da boa-fé no respectivo tráfico jurídico”. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 127-128.

mesma, mas, ao revés, da singularidade desta dedicar-se à cura do interesse público, o qual, em pertencendo à coletividade, há de sobrepor-se ao individual”.<sup>659</sup> Outrossim, “a legalidade, como diretriz norteadora do direito administrativo, não é vislumbrável apenas como submissão à lei formal, emanada do órgão com competência legislativa”.<sup>660</sup>

Ao tratar do tema da *confiança*, Niklas Luhmann a considera como um fato básico da vida social, destacando que uma completa ausência de confiança impediria o homem inclusive de levantar-se da cama de manhã, tornando-se vítima de um sentido vago de medo e de temores paralisantes.<sup>661</sup> Nesse prisma, a confiança é vista como um mecanismo inevitável e indispensável às complexas relações do mundo moderno, revelando-se como um dos mecanismos para a redução de tal complexidade.<sup>662</sup> Traduz o que Couture chama de *boa-fé coletiva*, isto é, “la buena fé es un estado psicológico colectivo, una cierta forma de salud espiritual que hace que los hombres crean en la realidad de las apariencias”.<sup>663</sup>

Confiar em alguém pressupõe a dúvida sobre a sua conduta futura, arrefecida, porém, por um sentimento de forte expectativa de que ela se dê em determinada direção. Logo, no dizer de Luhmann, sempre recai em uma alternativa crítica que apenas se justifica quando o dano resultante de uma eventual ruptura da confiança seja menor do que os benefícios que geralmente se ganham com a sua adoção.<sup>664</sup> Este pensamento tem nítida relação com a concepção jurídica da proporcionalidade em sentido estrito, também chamado de *máxima do sopesamento*.<sup>665</sup>

<sup>659</sup> *Idem*, p. 128. Daí porque, aduz Nobre Júnior, não se deve olvidar do “caráter relativo da supremacia no liame Administração versus cidadão, afastando, portanto, o estorvo oposto à boa-fé”. *Idem*, p. 130.

<sup>660</sup> *Idem*, p. 134. Com isso acrescenta o autor que “a Administração Pública deve desenvolver sua atividade não somente em atenção a normas legislativas expressas, mas também com base nos princípios gerais do ordenamento. Tudo isso porque o interesse público não se circunscreve àquele tipificado na lei formal, mas abarca, da mesma forma, o indicado pelos princípios gerais, nestes inserindo-se, de modo particular, o da boa-fé. Essa nova silhueta de que se reveste o princípio da legalidade igualmente avulta no escólio de Luis Cosculluela Montaner, para quem tal postulado alcançou sentida evolução, traduzindo hoje, em essência, a necessidade de que todos os Poderes Públicos se achem submetidos ao Direito, com a necessária lembrança de que tal vinculação respeita ‘a todo o bloco de legalidade, inclusive aos princípios gerais do Direito, positivados ou não na Constituição e nas leis’”. *Ib idem*.

<sup>661</sup> *Confianza*. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología. Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996, p. 5.

<sup>662</sup> “Donde hay confianza hay aumento de posibilidades para la experiencia y la acción, hay un aumento de la complejidad del sistema social y también del número de posibilidades que pueden reconciliarse con su estructura, porque la confianza constituye una forma más efectiva de reducción de la complejidad”. *Idem*, p. 14.

<sup>663</sup> Eduardo Couture. *Estudios de derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979. t 2, p. 31. Acrescenta o autor que “la buena fe nos induce a creer que el semejante que se acerca a nosotros no lo hace para matarnos, sino para conversar; que la carta que recibimos con la firma de nuestro amigo pertenece, en realidad, a nuestro amigo; que el agente de la autoridad que viste el uniforme es, efectivamente, un agente público y no un usurpador. La buena fe es lo normal en la vida psicológica, como la salud es lo normal en la vida fisiológica”. *Idem*.

<sup>664</sup> *Idem*, p. 40.

<sup>665</sup> Consoante explica Willis Santiago Guerra Filho, “o princípio da proporcionalidade, entendido como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental em situação de conflito com outro(s), na medida do jurídico e faticamente possível, tem um conteúdo que se reparte em três ‘princípios parciais’ (*Teilgrundsätze*): ‘princípio da proporcionalidade em sentido estrito’ ou ‘máxima do sopesamento’ (*Abwägungsgebot*), ‘princípio da adequação’ e ‘princípio da exigibilidade’ ou ‘máxima do meio mais suave’ (*Gebot des mildesten Mittels*). O ‘princípio da proporcionalidade em sentido estrito’ determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado que seja *juridicamente* a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o ‘conteúdo essencial’ (*Wesensgehalt*) de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que, mesmo em havendo

Jean Rivero explica que a opção por um ou outro modelo ideológico produz reflexos em todo o sistema jurídico administrativo, conforme o grau de *confiança ou desconfiança para com o poder estatal*, salientando que “não existe um sistema jurídico inerente à democracia”, mas, sim, “uma diferença de inspiração entre o *Estado liberal* e a *democracia marxista*”.<sup>666</sup> No seu entender, as opções políticas nos regimes democráticos alternariam entre dois extremos: uma “*democracia otimista* que, em razão de sua origem popular, atribui ao poder confiança total, rejeitando tudo que proceda de uma suspeita em relação a esse poder”<sup>667</sup>, ou uma “*democracia pessimista*, que sempre em desconfiança diante do poder, multiplica em prol do indivíduo as garantias de processo e de subsistência”.<sup>668</sup>

É precisamente a confiança de que a Administração Pública fará adequadas escolhas dentre as suas opções de conduta que leva a se admitir a presunção de legitimidade dos atos administrativos em determinadas situações. Presunção, aí, em um dos sentidos enfocados por Moacir Amaral Santos, como “as conseqüências que resultam dos constantes efeitos de um fato”<sup>669</sup>, isto é, que se fundam “naquilo que ordinariamente acontece”.<sup>670</sup> Segundo também aponta Carlo Marzuoli, a aplicação do princípio da boa-fé no campo do Direito Administrativo se recomenda justamente porque, agindo a Administração em posição de supremacia, deve-se “buscar conter esta última nos limites da razão, da equidade e da justiça”.<sup>671</sup>

Em suma, a presunção de legitimidade pressupõe a confiança no agir administrativo de modo adequado a cada situação concreta, sobretudo naqueles casos em que pode ocorrer emprego de força estatal em havendo resistência ao cumprimento de ordens. Por isso cabe à Administração Pública atuar com boa-fé quando exercita tal prerrogativa exorbitante.

---

desvantagem para – digamos – o interesse das pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens”. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: George Salomão Leite (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 245-246.

<sup>666</sup> *Curso de direito administrativo comparado*, tradução de J. Cretella Júnior, São Paulo: RT, 1995, p. 133.

<sup>667</sup> *Idem*, p. 122.

<sup>668</sup> *Ib idem*.

<sup>669</sup> *Op. cit.*, p. 82.

<sup>670</sup> *Idem*, p. 84.

<sup>671</sup> “A plus forte raison l’application de ce principe est justement nécessaire quand l’Administration agit em position de suprématie, afin de contenir cette dernière dans les limites de la raison, de l’équité et de la justice”. *Apud* Nobre Júnior, *op. cit.*, p. 131.

### 3.3.4 A Possibilidade de Controle de Abusos como Condicionante da Confiança na Administração Pública (Princípio da Ampla Sindicabilidade da Atividade Administrativa)

Será aqui destacada uma das principais premissas do presente estudo: no Estado de Direito, a presunção de legitimidade dos atos administrativos está necessariamente condicionada à possibilidade de controle destes atos, ainda que em momento posterior à sua prática.

As prerrogativas da Administração Pública, que consubstanciam a sua relação de *superioridade* no tocante aos cidadãos, encontram-se relativizadas pelo cumprimento efetivo das finalidades de interesse público, de resto justificadoras de toda espécie de poder no Estado de Direito. Nesse passo, a confiança depositada no agir da Administração – e que traduz o próprio fundamento político do princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos – leva a se perquirir até que ponto estariam os agentes administrativos realmente desempenhando as suas funções de modo adequado.

Como bem ressalta Juarez Freitas, revela-se “essencial a confiança de um povo em si mesmo e nas instituições públicas”.<sup>672</sup> Daí se defender que as prerrogativas de poder da Administração, dentre elas presunção de legitimidade dos seus atos, somente podem existir em um ambiente no qual haja um sadio e eficiente controle de sua atuação. Em outras palavras, tais prerrogativas pressupõem uma *ampla sindicabilidade*<sup>673</sup> da atividade administrativa.

Ao tratar especificamente da confiança depositada na Administração Pública pelos administrados e pelos membros do Legislativo, Luhmann assinala que, por ser bastante complexa a realidade e a dinâmica da função administrativa, deve-se mesmo, dentro de determinados limites, confiar nos agentes administrativos, sem olvidar, todavia, da necessidade

---

<sup>672</sup> *Op cit.*, p. 61. Assim discorre ainda o autor: “Os controladores, nestas circunstâncias, deverão ser aqueles que funcionam como avalistas da confiança no tecido administrativo, vigiando para que a hobbesiana desconfiança generalizada, que redundaria na guerra de todos contra todos, arrefeça e ceda lugar à cultura em que as promessas sejam cumpridas, as pessoas respeitadas como valores em si mesmos, a racionalidade prepondere sobre o boato e fique afastado o risco de colapso sistêmico. Com efeito, sem uma poderosa entronização do princípio da confiança nas relações de administração, até mesmo a estabilidade constitucional corre riscos na marcha rumo à efetividade”. *Idem*, p. 60.

<sup>673</sup> Acerca do que chama de *princípio da ampla sindicabilidade dos atos, contratos e procedimentos administrativos*, Juarez Freitas salienta que “é à luz dos princípios, pois, que o controle deve ser exercido, em novas bases, evidentemente não mais restrito ao tradicional controle de legalidade, por maior que seja o elastério que se empreste ao termo. Tudo assimilado, atitudes controladoras mais enérgicas acerca do desvio de finalidade ou da falta de adequação mostram-se imprescindíveis para transcender o formalismo que nubla ou camufla a ausência de higidez nas relações de administração: precisa-se de um controle que, entre nós, viabilize, na prática e a sério, o direito fundamental à boa administração”. *Op. cit.*, p. 68.

de serem instituídos *mecanismos de freio e controle de suas atividades*<sup>674</sup>, ou seja, meios de proteção da confiança daqueles que, segundo o modo de organização social, aceitaram se submeter ao jugo do Estado.

Sob esse prisma, Odete Medauar considera que o *princípio da proteção da confiança* “apresenta-se como desdobramento do princípio da segurança jurídica”<sup>675</sup>, tornando previsível a atuação estatal. Judith Martins-Costa acentua que a confiança dos cidadãos perante a Administração Pública está necessariamente associada a um dever, por parte do Estado, de atuar com regularidade e adotar *comportamentos ativos e positivos de proteção* desta confiança.<sup>676</sup>

Identifica-se aí, portanto, um dos elementos essenciais da confiança que é depositada na Administração Pública: a plena possibilidade de se constatarem eventuais abusos que venham porventura a trair esta confiança. Somente assim esta confiança adquire juridicidade, tornando-se *confiança jurídica*.

A confiança, como fundamento sociológico da presunção de legitimidade dos atos administrativos, não é algo estanque e posto previamente pelo sistema jurídico; ao revés, é um sentimento dinâmico que está continuamente atrelado ao modo de agir do Estado e à existência de efetivo controle de legalidade de sua atuação. Se os mecanismos de controle falham, abrindo espaço a arbitrariedades, fica comprometida a própria confiança na atuação administrativa. No Estado de Direito, *poder é indissociável de responsabilidade*, e esta pressupõe a existência de

---

<sup>674</sup> “La realidad de la administración pública es demasiado compleja como para que los congresales puedan comprenderla y evaluarla completamente. No pueden actuar sin confiar en la integridad personal de los miembros de la administración que controlan la operación en detalle. De aquí que los representantes en la práctica no ejercen control sobre las circunstancias factuales, sino más bien sobre el grado para el cual están preparados para confiar, y solamente a través de este ejercicio indirecto controlan la situación factual. Bajo estas circunstancias más bien restringidas reaccionan con gran intensidad emocional al signo más nimio de falta de honradez mediante el retiro de la confianza y a través de otras sanciones. En otras palabras, cualquiera que confía tiene que estar preparado para aceptar los riesgos que implica. Debe tener en claro aunque sea solamente para tranquilizarse, que no está confiando incondicionalmente, sino más bien dentro de límites y en proporción a expectativas racionales y específicas. Es el mismo el que debe poner freno e control cuando ponde su confianza en alguien o algo. Esta es una parte intrínseca de la estructura de los motivos que hace posible la confianza, y resulta haciendo más asequible al objeto de confianza, con la ayuda de símbolos de la confiabilidad. Luhmann, *op.cit.*, p. 49-50.

<sup>675</sup> *Segurança jurídica e confiança legítima*. In: Humberto Ávila (organizador). Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao professor Almiro Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115 e 117.

<sup>676</sup> “A confiança do cidadão perante a Administração Pública vem aí conotada a um dever que se desdobra, que se bifurca em dois sentidos diversos a um mesmo sintagma – boa-fé: a Administração deve não apenas resguardar as situações de confiança traduzidas na boa-fé (crença) dos cidadãos na legitimidade dos atos administrativos ou na regularidade de certa conduta; deve também agir segundo impõe a boa-fé, considerada como norma de conduta, produtora de comportamentos *ativos e positivos de proteção*. A essa outra lógica corresponde uma diferenciação no *status* normativo do ‘princípio da segurança jurídica’. A esse fica reservado, antes de mais, o *status* de um *fundamento*, no sentido dicionarizado de ‘aquilo sobre que se apóia quer um dado domínio do ser, quer uma teoria ou um conjunto de conhecimentos (e então o fundamento é o conjunto de proposições de onde esses conhecimentos se deduzem). O princípio da segurança jurídica tem esse caráter de fundamento ou ‘razão de ser’ na medida em que caracteriza um ‘elemento nomocrático do Estado de Direito’ (cit. Sylvia Calmes). Já a confiança, adjetivada como ‘legítima’, é um verdadeiro princípio, isto é: uma norma imediatamente finalística, estabelecendo o dever de ser atingido um ‘estado de coisas’ (isto é: o estado de confiança) para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Como princípio que é, a confiança articula-se, no jogo de ponderações a ser necessariamente procedido pelo intérprete, com outros princípios e submete-se a postulados normativos, tais quais os da proibição do excesso e da proporcionalidade”. Almiro Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos. Segurança jurídica e confiança legítima. In: Humberto Ávila (organizador). Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao professor Almiro Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 136-137.

*mecanismos de responsabilização*. Em outras palavras: quem detém *poder* só atua com *responsabilidade* se houver *meios eficazes de responsabilizá-lo* em caso de abuso desse poder. Se o legislador, representando o povo, deposita confiança (jurídica) na Administração Pública e edita um ordenamento atribuindo presunção de legitimidade a sua atuação em determinadas situações, esse mesmo ordenamento deve prever os mecanismos de controle necessários à verificação de possíveis abusos que venham a ser produzidos, ainda que se trate de um controle *a posteriori*.

Não pode haver poderes instituídos sem que haja, ao mesmo tempo, mecanismos de responsabilização. A *confiança* coletiva que justifica a institucionalização do poder na pessoa do Estado e o exercício deste por seus órgãos e agentes pressupõe a possibilidade de efetivo controle de eventuais abusos deste poder. Admitindo a necessidade pública de se permitir, em certos casos, a pronta ação administrativa, superpondo-se à necessidade de proteger, contra lesões, o direito particular, Seabra Fagundes adverte, todavia, que “não se exclui o amparo ao indivíduo, porém se lhe restringe o alcance, limitando-se a tutela a ele dispensada, com o fim de melhor acobertar interesses gerais”.<sup>677</sup> Significa dizer que devem ser preservadas para momento posterior as condições possíveis de *plena defesa* do indivíduo contra eventuais abusos cometidos pela Administração ao praticar atos executórios. E tal somente ocorre se houver o devido registro dos atos administrativos praticados, por meio de um adequado processo a ser seguido por ocasião de sua formação e que viabilize a possibilidade de amparo ao administrado em momento futuro. Esta plena defesa somente se completa, é claro, se for também possível reconstruir, por meio de provas, os fatos controversos.

Por isso Fagundes chega mesmo a afirmar que a execução administrativa forçada é sempre *provisória* juridicamente<sup>678</sup>, demonstrando ser, da sua essência, a viabilidade de controle posterior. Vale dizer: ato administrativo sem possibilidade de efetivo e pleno controle *a posteriori* não pode ser auto-executório, nem, portanto, comporta presunção de legitimidade. E quando se fala em pleno controle, é claro que não se quer com isso restringir-se a mero controle formal do ato administrativo, mas, também, ao seu controle substancial, que investigue todos os fatos que lhe embasaram o conteúdo.

---

<sup>677</sup> *Op. cit.*, p. 266.

<sup>678</sup> “A execução administrativa forçada é sempre *provisória*. A administração, exercendo-a (a execução forçada), o faz em nome de relevante e inadiável interesse público, mas fica salva a apreciação jurisdicional posterior, que virá ratificá-la ou não. Só aí, ou pela prescrição da ação cabível em cada caso para lugar ao controle, é que os atos executórios, da via administrativa, se podem tornar definitivos e insuscetíveis de contestação. Assim, quando a execução começada é suspensa, não passou da fase *provisória*. Cabe notar, porém, que, em certas circunstâncias, embora a execução administrativa, *juridicamente*, seja sempre *provisória*, pode, *materialmente*, tornar-se *definitiva*, pelo irremediável das suas conseqüências. É o que sucede quando o controle encontra a execução consumada e se destina a assegurar reparação patrimonial”. *Op. cit.*, p. 274.

Desde a gênese do Direito Administrativo, remontando ao tempo da Revolução Francesa e da transição do Estado de Polícia para o Estado de Direito, identifica-se a legitimidade de atuação da Administração Pública precisamente na sua vinculação à legalidade, naquilo que historicamente se convencionou chamar de “*bloc de la legalité*”, enquanto síntese do conjunto das fontes de Direito limitativas da atividade desenvolvida pela Administração Pública.<sup>679</sup> Daí não se olvidar que a presunção de legitimidade dos atos administrativos – como *presunção relativa* que é – não deve ser invocada de modo a praticamente inviabilizar a descoberta da verdade, pois isso equivaleria indiretamente a tê-la como uma *presunção absoluta*. Muito menos se deve dar a tal presunção um grau de importância como instrumento de fixação da verdade jurídica que acabe por destoar daquilo que, segundo os padrões normais de comportamento, sabe-se acontecer na realidade fática da atuação administrativa, pois isso equivaleria a tê-la como uma *ficção* jurídica.<sup>680</sup>

Em que pese a premissa do respeito à legalidade, tradicionalmente tida como eixo central de atuação da Administração Pública, não se ignora que não raro os agentes estatais atuam à margem da lei, mormente naqueles setores em que o alto grau de discricionariedade na sua atuação abre espaço em terreno fértil ao cometimento de arbitrariedades. Dada a sua autoridade como ilustre estudioso do Direito Administrativo, é sempre conveniente ter em mente as palavras do professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, quando reconhece que “é corrente a Administração exercitar poder com uma finalidade não adequada ao ordenamento jurídico, ou predeterminada, levando os administrados à insegurança e à desproteção por falta de normas ordenadas que possibilitem a prova na contestação”.<sup>681</sup> Soa lógico que, como adverte Garrido Falla, se a Administração não atuasse nunca ilegalmente, o objeto do estudo dos meios de impugnação dos atos administrativos se converteria em algo completamente inútil.<sup>682</sup>

<sup>679</sup> Cf. Paulo Otero. *Op. cit.*, p. 16, nota de rodapé.

<sup>680</sup> Acerca da distinção entre presunção relativa, presunção absoluta e ficção, vide itens 1.5.4 e 1.5.5 *retro*.

<sup>681</sup> *A prova no processo administrativo*, Curitiba: Conselho de Pesquisas da UFPR, 1972, p. 83. Daí concluir que “o que dá fisionomia respeitável ao regime administrativo não é somente o princípio da legalidade, mas a imposição de meios eficazes que ofereçam aos administrados a garantia de que a legalidade está assegurada, ou de amplos meios que permitam a restauração da legalidade quando violada pela Administração, ou pelo Estado como poder”. *Idem*, p. 97.

<sup>682</sup> “Si la Administración no actuase nunca ilegalmente, el objeto de nuestro estudio se convertiria en completamente inutil”. *Regimen de impugnacion de los actos administrativos*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1956, p. 3.



### 3.4 PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE COMO CATEGORIA JURÍDICA

Consoante argumentado no item 3.2.4 *retro*, há casos em que ordenamento jurídico não acolhe a presunção de legitimidade dos atos administrativos e, por conseguinte, não admite a auto-executoriedade. Só há de se falar em efeitos da presunção de legitimidade justamente naquelas hipóteses em que o ato comporta execução forçada pela própria Administração sem necessidade de prévio controle judicial e, ainda assim, quando seguido o devido processo legal na formação do ato (processualidade).

Cumpre, no entanto, fazer um esclarecimento acerca dessa assertiva, pois não se quer com isso dizer que ao proibir a auto-executoriedade tenha o legislador instituído uma presunção inversa, ou seja, uma presunção que autorizasse a supor que a Administração não obedece ao devido processo legal enquanto não se demonstre o contrário (uma espécie de presunção de *ilegitimidade*), pois isto seria atestar a ineficiência e o caos na atividade administrativa.

Existe um grande espaço de possibilidades entre a confiança na legitimidade dos atos da Administração – que vem a ser consagrada pela ordem jurídica – e a idéia oposta de uma desconfiança geral, de modo que a negação de uma não importa necessariamente na aceitação da outra. Para esclarecer esta questão faz-se mister compreender a presunção de legitimidade como uma *categoria jurídica* (princípio) e não como um elemento da realidade aferível a partir de critérios meramente sociológicos. É certo que os fatos sociais, tal como comumente acontecem, são e devem ser levados em conta pelo legislador ao editar as normas jurídicas e pelo aplicador do Direito nos casos concretos (fundamentos políticos). Isto já foi compreendido quando se examinou anteriormente a presunção de legitimidade como um reflexo da confiança na atuação da Administração Pública. Mas tal não é essencial ao exame do fenômeno, como categoria jurídica, não raras as vezes em que o legislador se vale até mesmo de ficções para instituir as realidades do Direito.

Assim se deve conceber a presunção de legitimidade dos atos da Administração Pública, porquanto, consoante salienta Eduardo Couture, constitui um dado certo da experiência jurídica “el de que el pueblo no cree, realmente, en la verdad de todos los instrumentos públicos; pero se intenta atenuar esa ficción, con una construcción emanada de los actos de la autoridad,

que impone coactivamente esa creencia”.<sup>683</sup> Quando se diz que o legislador afasta, em determinadas situações, a presunção de legitimidade, o que se deve simplesmente compreender é que, nestes casos, o ordenamento não admite os *efectos jurídicos* que tal instituto poderia proporcionar como mecanismo formal de percepção, nem a possibilidade de auto-executoriedade do ato administrativo, preferindo-se, por opção política, condicioná-lo a prévio controle judicial do ato.

Não haveria aí *confiança jurídica*, mas isso nada tem a ver, enfatize-se, com uma suposta *desconfiança* institucionalizada na atuação administrativa, como se poderia inadvertidamente pensar<sup>684</sup>. Se assim não fosse, o mesmo raciocínio equivocado serviria para sustentar que, nas hipóteses em que o ordenamento jurídico admite a presunção de legitimidade de determinados atos administrativos sancionadores, estaria o legislador presumindo, como regra geral, que os particulares costumam cometer infrações administrativas ou atuar com má-fé. De outro lado, cumpre lembrar que a presunção de legitimidade, como uma *categoria jurídica*, é condição *sine qua non* à possibilidade de auto-execução do ato administrativo e, mais do que isso, é o próprio fundamento jurídico dela. Destarte, não se deve invocar a presunção de legitimidade como um dado jurídico senão nas situações nas quais os atos administrativos, por força do sistema do Direito, possam ser executados à força pela Administração Pública e segundo o devido processo legal.

---

<sup>683</sup> *Op. cit.*, p.23.

<sup>684</sup> Não obstante, há autores que, como destacado anteriormente, para reforçar as críticas à concepção de uma ampla presunção de legitimidade dos atos administrativos ressaltam que a realidade dos fatos sociais demonstra o grande número de casos em que a Administração age com arbítrio e por isso não mereceria tal grau de confiança em sua atuação. Gordillo, *v.g.*, salienta que “la realidad es el incumplimiento de las reglas del procedimiento, la dificultad práctica de tener vista de las actuaciones, la arbitrariedad con que él trámite se desenvuelve, la falta de cumplimiento de las normas que fijan los requisitos mínimos del acto, de audiencia previa, dictamen legal, sólida fundamentación etc”. *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 3, V-10.

### 3.5 DISTINÇÃO CATEGÓRICA ENTRE *PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E FÉ PÚBLICA*

Não raramente se vê falar, na doutrina e na jurisprudência, que os atos administrativos estariam revestidos de presunção de legitimidade em função da *fé pública* de que gozariam todos os agentes da Administração Pública<sup>685</sup>. Nessa amplitude com que são juridicamente empregadas as expressões, coloca-se a presunção de legitimidade e a fé pública numa mesma esteira semântica, como se fossem atributos dos atos administrativos em geral. Isto, todavia, merece uma reflexão aprofundada.

Eduardo Couture ensina que a expressão *fé pública*, em seu sentido originário, era reservada apenas aos agentes estatais que desempenhavam funções *notariais* (tabeliães, registradores, escrivãos)<sup>686</sup>, porém, com o tempo, o seu conteúdo veio se alargando e perdendo precisão.<sup>687</sup> Mas o jurista uruguaio ressalta a necessidade de se delimitar e precisar os conceitos jurídicos, asseverando que “cuando un concepto jurídico ha desbordado de tal manera sus primitivos límites, se hace indispensable acotarlo y fijarle su contorno próprio”.<sup>688</sup>

No Direito brasileiro ainda se encontra a alusão à *fé pública* no aludido sentido originário, *ex vi* do art. 3º da Lei n. 8935/94, que regulamenta o art. 236 da Constituição Federal de 1988, dispondo sobre serviços notariais e de registro: “Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o

<sup>685</sup> Confira-se v.g. o julgamento do AI. AgR. n. 375124 (*relator: Min. Celso de Mello, DJ de 26.04.2002*), quando o Supremo Tribunal Federal decidiu que “as declarações emanadas dos servidores estatais que atuam no âmbito das Secretarias dos Tribunais judiciários, consubstanciadas em certidões exaradas em razão de seu ofício, revestem-se – essencialmente em função da *fé pública* de que gozam tais agentes auxiliares do Juízo – de presunção juris tantum de legitimidade e de veracidade (RTJ 133/1235), prevalecendo, sempre, aquilo que nelas se achar atestado, até que se produza prova idônea e inequívoca em sentido contrário”.

<sup>686</sup> “Una primera acepción, restringida, de la fe pública, es la que la adscribe al instrumento notarial. Numerosas definiciones reputan que lo propio, lo específico, de la fe pública, lo constituye su emanación notarial. Es, se dice, certificar los escribanos por escrito alguna cosa que há pasado ante ellos. Con mayor rigor se habla de *fe pública notarial*, para referirse a esta acepción del concepto; y entonces se acostumbra a definirla como la exactitud de lo que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos. Estas definiciones se apoyan en un modo familiar de lenguaje, según el cual la fe pública es la fe del escribano y no otra. No se dice, por ejemplo, que los funcionarios públicos, en general, son funcionarios de fe pública”. *Op. cit.*, p. 23.

<sup>687</sup> “Así, por ejemplo, en numerosas definiciones se hace extensiva a los funcionarios publicos, aunque no sean escribanos, la misión de dar fe o certificar determinados hechos; lo que constituye, ya de por sí, una primera extensión del concepto. De inmediato se advierte una nueva extensión que consiste en prolongar la idea de fe pública hacia objetos que non son documentos públicos, sino meramente privados. Tal cosa sucede, por ejemplo, cuando en el Código Penal se califica la falsificación de documentos privados como delito contra la fe pública. Con un simple paso más, la fe pública se extiende a cosas que ni siquiera son documentos, como ocurre con las monedas o con el cuño que lleva la impronta del Estado. Ocurre, entonces, que la fe pública ha perdido su originario contenido y en lugar de ser una atestación de la autoridad, se há convertido en un símbolo o una mera opinión, espontánea unas veces, impuesta por el Estado otras”. *Op.cit.*, p. 18.

<sup>688</sup> *Op. cit.*, p. 30.

exercício da atividade notarial e de registro”. Mas o emprego do termo há muito já extrapolou este sentido.

A amplitude que se tem inadvertidamente conferido ao conceito de *fé pública* – em alguns casos praticamente igualando-o ao conceito de presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos –, mais do que um problema de simples imprecisão terminológica, enseja graves equívocos ao se comparar situações de atuação administrativa que, por suas peculiaridades, não podem estar submetidas a um mesmo regime jurídico de efeitos.

Um mínimo de precisão conceitual é recomendável à pesquisa científica, para que se faça a devida distinção entre as categorias<sup>689</sup>, daí porque Gordillo, em que pese salientar sempre haver aspectos concretos não considerados na fixação dos conceitos, reconhece as inevitáveis razões práticas na adoção de certo rigor nas classificações de categorias lógico-científicas.<sup>690</sup> Também Machado Neto destaca a importância prática e pedagógica na utilização das classificações e dos conceitos lógico-formais da Teoria Geral do Direito.<sup>691</sup> Pontes de Miranda, apesar de salientar os “perigos da dedução” e os “perigos dos métodos puramente racionalistas e, principalmente, desse categorismo apriorista que tantos males causa em todos os domínios do saber”<sup>692</sup> –, reconhece a utilidade das definições abstratas, desde que, adverte, tenha-se sempre em mente a natureza meramente instrumental da dogmática para se alcançar o conhecimento.<sup>693</sup>

<sup>689</sup> Segundo Paulo de Barros Carvalho, “*conceituar* importa selecionar caracteres, escolher traços, separar aspectos, desprezando os demais. As singularidades irrelevantes o legislador as deixa de lado, mesmo porque são em tal quantidade que o trabalho ganharia proporções indefinidas”. *Tributo e segurança jurídica*. In: George Salomão Leite (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 349.

<sup>690</sup> “No hay dos cosas en el universo que sean exactamente iguales en todos los aspectos. Por consiguiente, por semejantes que sean dos cosas, podemos usar las características en que difieren como base para colocarlas en clases distintas; podemos elegir un criterio para la pertenencia a una clase tal detallado y específico que en todo el universo no haya más que un miembro de cada clase. En la práctica no lo hacemos porque entonces el lenguaje sería tan incómodo como lo sería si todas las palabras fueran nombres propios.(...) Las características comunes que adoptamos como criterio para el uso de una palabra de clase son una cuestión de conveniencia”. *Tratado de Derecho Administrativo*, p. I-21.

<sup>691</sup> “Nossa opinião é, pois, que a Teoria Geral do Direito, sem possuir embora uma autonomia científica, é uma *disciplina didática* de natureza predominantemente lógico-epistemológica, e de singular importância pedagógica na formação do jurista. Daí dizermos que ela é o centro, o próprio nervo vital dessa disciplina enciclopédica mas também de evidente teor epistemológico – que é a *Introdução à Ciência do Direito*. Sua falta de autonomia científica lhe advém, exatamente, da diversidade de fontes teóricas donde promanam os seus ensinamentos. A sua problemática lógico-epistemológica provém da filosofia jurídica, não há de negar. Mas, o material empírico com o qual ela constrói suas sistematizações e generalizações de tão grande interesse didático é buscado no conhecimento científico dos diferentes ordenamentos jurídicos, objeto da dogmática ou ciência do direito no sentido estrito”. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 133-134.

<sup>692</sup> *Sistema de ciência positiva do direito*, p. 106.

<sup>693</sup> “O uso de fórmulas, quando ultrapassa a medíocre função mnemônica, pode levar a erros lastimáveis. É a palha enganosa, como que se cobre o solo e com que se oculta a escavação do abismo. Se baixarmos ao exame imediato, concreto, das situações, não raro verificaremos a heterogeneidade das relações. São os perigos da construção lógica, a que se referiram, com especial cuidado, Stampe e Gény. (...) Dogmaticamente, isto é, na parte construtivo-lógica do Direito (definições jurídicas contidas nas leis), toda definição é perigosa: ou porque diz mais, ou porque exprime menos do que é; mas o reparo crítico de que *omnis definitio periculosa est* não proscreve qualquer tentativa ou esforço para definir; o corrimão não dispensa a ação de andar, nem se poderia ter por indispensável, mas auxilia a subida. É, pois, *meio* a definição, e não *fim*; o valor dela é relativo; e nunca se mede por virtude intrínseca, e sim pela maior ou menor ajustabilidade ao que se define. (...) As ficções são raciocínios hipotéticos; e não devemos depreciá-los; na própria Geometria é grande a função do raciocínio fictivo. O que é preciso é não as tomar em sentido absoluto, nem lhes atribuir valor independente dos fatos. Ainda quando o legislador as apresenta como dogmas, é como hipóteses que as devemos considerar. (...) Conceitos são representações de classes de dados. Assim, quando a lei dita ou enuncia o julgamento, não liga unidades, mas classes; e, como os dados singulares compreendidos no conceito de classe não são idênticos

Não obstante as críticas feitas às classificações formais e abstratas, notadamente às tradicionais metodologias procedimentalistas do Direito – como bem assinalado por Lênio Streck ao defender uma postura mais substancial e fenomenológica na interpretação e aplicação das normas jurídicas<sup>694</sup> – não se pode olvidar da grande utilidade prática dos conceitos, classificações e exemplificações formulados pela dogmática jurídica no desenvolvimento sistêmico alcançado pela Ciência Jurídica ao longo dos dois últimos séculos. Acusações que possam ser feitas à visão estritamente dogmática do Direito não obstam que a utilização rigorosa de conceitos sirva ao menos como ponto de partida para o estudo das diversas situações postas a exame jurídico, evitando generalizações descabidas, mas sem descuidar, é claro, das variáveis que devem ser levadas em conta em cada caso concreto, bem como das cautelas necessárias para não se ignorar a essência das coisas.

Posta a questão nestes moldes, tem-se que o pesquisador do Direito Administrativo deve caminhar com cuidado ao examinar textos doutrinários e jurisprudenciais que façam alusão indiscriminada à *fé pública* como uma categoria aplicada aos agentes administrativos em geral. Se o jurista quer trabalhar como um cientista do Direito, deve se valer de certo rigor metodológico consistente na utilização dos princípios essenciais da Lógica e de uma linguagem técnica.<sup>695</sup> Sob o prisma das especificações conceituais, não se deve então considerar que a fé pública dos tabeliães possa ter os mesmos efeitos jurídicos que a mera presunção de legitimidade dos atos administrativos, pois dizem respeito a realidades bem distintas que, por razões de segurança jurídica, o Direito busca regular. Na doutrina e na jurisprudência brasileira, como dito, não se costuma fazer esta diferenciação, mas volta e meia já se encontram decisões que cuidam de apontar a diferença entre os dois institutos.<sup>696</sup>

Cumprido ter presente que, ao tratar da fé pública dos tabeliães, a lei cuida de estabelecer, além da fiscalização direta exercida pelo Poder Judiciário, procedimentos típicos e vinculados para a certificação de atos, assegurando maior possibilidade de controle e responsabilização. Cite-se, por exemplo, as disposições dos artigos 4º, 41 e 42 da Lei n. 8.935/94, que fazem menção à “segurança para o arquivamento de livros e documentos”, à adoção de “sistemas de computação, microfilmagem, disco óptico e outros meios de reprodução”,

---

entre si, pode a ciência perceber o erro de classificação, e o julgamento do legislador tem de sofrer mudança de conteúdo, porque a presença de certa dado *a* na classe B implicaria maior contradição a ele”. *Idem*.

<sup>694</sup> *Jurisdição constitucional e Hermenêutica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

<sup>695</sup> Edvaldo Brito, *op. cit.*, p. 27-28.

<sup>696</sup> Cumprido mencionar dois importantes precedentes do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. No julgamento da *apelação criminal n.1760 (relator: Carreira Alvim, DJ de 06/09/2001)* decidiu-se: “A materialidade do delito não se prova pela exibição de um simples auto de infração, sujeito a contestação em sede administrativa, não tendo os fiscais do INSS fé pública, sendo seus atos quanto muito dotados de mera presunção de legitimidade, que, de resto, possui todo ato emanado do Poder Público”. No julgamento de outro *recurso criminal (relator: Raldênio Bonifácio Costa, DJ de 11/11/1999)*, decidiu-se: “O laudo pericial comprovaria minimamente a procedência estrangeira da mercadoria, que é elemento do tipo, conforme se vê no CP, art.334, não bastando a palavra do servidor da Receita, que não tem fé pública, por mais que seus atos gozem de presunção de legitimidade”.

bem como ao arquivamento de papéis “mediante utilização de processos que facilitem as buscas”.

Já na grande maioria dos atos administrativos, como se sabe, não se tem, em regra, tal procedimento vinculado de registro de atos, haja vista a alta carga de discricionariedade necessária a fazer frente à dinâmica dos fatos que envolvem a atuação da Administração Pública. Por isso, assevera Couture, “cuando en el sistema de la ley se utiliza el vocablo ‘ministro de fe pública’ o más sencillamente ‘funcionario de fe pública’ no se alude a las condiciones normales y genéricas de todos los funcionarios públicos”.<sup>697</sup>

Ainda que, fugindo a esta precisão terminológica defendida por Couture, venha-se a utilizar da mesma terminologia (*fé pública*) para designar uma e outra atividade, como, aliás, tem sido comum, faz-se mister um complemento adjetivo que ao menos distinga a atividade notarial da atividade administrativa em geral, mormente quanto aos seus efeitos. Daí já se encontrarem referências doutrinárias a categorias específicas: de um lado a fé pública *notarial* e de outro a fé pública *administrativa*.<sup>698</sup> Tratam-se de especificações que hoje são encontradas, por exemplo, nas doutrinas espanhola e mexicana<sup>699</sup>, cuidando-se sempre de fazer referência à fé pública administrativa como um conceito bem mais limitado do que a fé pública notarial<sup>700</sup>, pois, como salienta César Belda, “lo fundamental dentro del ámbito administrativo no es, por supuesto, su fe pública, sino el principio de legalidad que se presupone en toda actuación administrativa”.<sup>701</sup>

<sup>697</sup> *Idem*, p. 37. Acrescenta o autor: “Cuando se habla de fe pública para referirse a los documentos, se alude a algo específicamente notarial. No se dice, por ejemplo, que el juez, o el ministro, o el embajador sean ‘funcionarios de fe pública’. Se dice, en cambio, que son funcionarios de fe pública el escribano o el secretario judicial. Éste es un hecho, un simple hecho del lenguaje. Pero en la determinación de los conceptos, los hechos del lenguaje no pueden ser desestimados. (...) No debe buscarse, pues, el sentido de las palabras ‘fe pública’ fuera del notariado o fuera de la secretaría o actuaría judicial. La condición de ‘magistrado de fe pública’ del escribano o del secretario es, ante todo, una cualidad funcional. Sólo el escribano o el secretario ejercen ese ministerio”. *Idem*, p. 37-38.

<sup>698</sup> Luciana Rodrigues Antunes. *Introdução ao direito notarial e registral*. Disponível em [www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6765](http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6765). Acesso em 10.08.2006.

<sup>699</sup> Os mexicanos José González Cuevas e Leticia González Aceves falam ainda em outras modalidades de fé pública, destacando, porém, que a fé notarial é a que possui o maior grau de efeitos constitutivos no tocante à veracidade dos fatos declarados pelo agente público: “Nuestro derecho reconoce varias clases de fé pública, con diversos grados de operancia dando así a determinados actos la garantía que son verdaderos: 1. La fe pública legislativa (cuerpos camerales); 2. La fe pública administrativa (funcionarios); 3. La fe pública judicial (secretarios); 4. La fe pública notarial (notarios públicos); 5. La fe pública registral (registradores); 6. La fe pública mercantil (corredores). Todas las modalidades de la fe pública son constitutivas, pero operan con diversos grados, siendo más rica la operancia de la fe notarial. El notario genera juridicidad o derecho positivo que tiene vigencia o eficacia, a partir de actuaciones individualizadas que quedan establecidas como válidas erga homes, frente a terceros, por la operancia constitutiva jurídica de las funciones de su fe”. *Derecho notarial*. Disponível em: [www.comarga.com/notarial.htm](http://www.comarga.com/notarial.htm). Acesso em 14.08.2006.

<sup>700</sup> Escreve o espanhol Cesar Belda: “Lo que nos lleva a hablar de otra fe pública, la de la Administración. Aunque el ámbito de ésta es mucho más limitado que la notarial, dado que se refiere exclusivamente a la facultad certificante de los Secretarios, y demás funcionarios que ostenten dicha facultad respecto de los actos administrativo que tengan obligación de presenciar y de los expedientes que se encuentren bajo su custodia”. *Fe pública y realidad jurídica*. Disponível em [www.mappinginteractivo.com/plantilla-ante.asp?idarticulo=243](http://www.mappinginteractivo.com/plantilla-ante.asp?idarticulo=243). Acesso em 14.08.2006.

<sup>701</sup> E adverte o autor, acrescentando: “Este principio se encuentra sustentado en otros: El principio de utilidad pública o fin social para las actuaciones que impliquen una lesión en los derechos de los particulares, y el principio de contradicción en trámite de audiencia a los particulares en cualquier caso”. *Idem*.

Além das críticas ao emprego da expressão *fé pública* como sinônimo de presunção de legitimidade ou veracidade, Couture segue refutando também o emprego generalizado da expressão para designar os crimes de falsificação de moeda ou títulos, papéis e sinais públicos, como é feito na legislação italiana e também na brasileira,<sup>702</sup> asseverando que “en el campo del derecho penal, los delitos de falsificación no son configurados como delitos contra la fe pública sino *contra la buena fe*.”<sup>703</sup> Prefere, portanto, a utilização da terminologia *boa-fé*, ao invés de *fé pública*, pois é aquela que diz respeito a um estado de crença coletiva, enquanto esta refere-se tão-somente a uma qualidade e autoridade emanada de uma atestação feita pelo agente notário. Ao lado disso, a medida de eficácia probatória a ser dada aos documentos oficiais expedidos pelos agentes administrativos recebe o nome de *plena fé*, esclarecendo que “como tales, hacen *plena fe*, pero no son documentos de fe pública, ya que carecen, específicamente, de la investidura notarial de su autor”.<sup>704</sup>

Em resumo, segundo o entendimento de Eduardo Couture, devem ser precisamente classificados os seguintes conceitos: 1) *fé pública*, para designar apenas a qualidade que a intervenção notarial (tabeliães, escrivães e secretários judiciais) confere a certos instrumentos; 2) *boa-fé*, para designar o estado de crença coletiva que cabe ao Estado zelar, inclusive por meio de tipificação de delitos que contra ele atentem; 3) *plena fé*, para designar a medida de eficácia probatória dos atos praticados pelos agentes administrativos em geral, isto é, a sua presunção de legitimidade e veracidade. E para se esquivar às críticas de que tal classificação seria um inócuo jogo de linguagem desprovido de utilidade prática, Couture esclarece que, dada a forma solene dos atos notariais e o seu específico regime de fiscalização e de responsabilidade<sup>705</sup>, o conteúdo probatório da *fé pública* é muito mais representativo do que o conteúdo da *plena fé* emanada dos atos administrativos em geral.<sup>706</sup>

<sup>702</sup> O nosso Código Penal (Decreto-lei n. 2848/40) tipifica estes delitos em seu título X, artigos 289 a 311, sob a denominação de “Dos Crimes contra a Fé Pública”.

<sup>703</sup> *Op. cit.*, p. 47. Escreve ainda o autor: “La fe pública no es un estado de creencia colectiva. Cuando el Código Penal reprime determinados hechos por considerarlos atentatorios contra la fe pública, no se refiere a ésta, precisamente, sino a la buena fe. La buena fe y la fe pública no deben ser confundidas. La buena fe es una creencia; la fe pública es la calidad y autoridad de una atestación”. *Idem*.

<sup>704</sup> *Ib idem*, p. 39.

<sup>705</sup> No caso brasileiro, a Lei n. 9835/94 prevê a responsabilidade civil, criminal e administrativa dos notários e oficiais de registro. Bem verdade que no tocante à responsabilidade criminal, aplicam-se as mesmas normas da legislação geral relativa aos crimes contra a Administração Pública (art. 24), não havendo aí diferenças em relação aos demais agentes administrativos. Todavia, a lei prevê uma fiscalização judiciária de suas atividades (arts. 37 e seguintes), bem como penalidades administrativas específicas para as infrações disciplinares cometidas por tais agentes, culminando com a perda da delegação (arts. 32 e seguintes).

<sup>706</sup> “El acto de fe pública (acto notarial) es doblemente solemne: por la exigencia necesaria en los casos establecidos en la ley y por la solemnidad del acto jurídico en su sentido ceremonial. Una y otra cosa tienen su función en el sistema del derecho. El primero, la pieza escrita, prueba en forma privilegiada el derecho, salvando la voluntad de su natural fugacidad originaria. El segundo, la ceremonia constituida por la intervención de un profesional de superior investidura, por la unidad de acto, por la lectura en alta voz, por la presencia de testigos, acrecienta la responsabilidad de los partícipes. Por su parte, el Código Penal se encarga de reagrar la pena de los infractores a la verdad en esa clase de actos. También aquí solemnidad y responsabilidad sirven a la causa del derecho. (...) el contenido de la fe pública es el valor representativo de la aseveración notarial. En los actos

Registre-se, por fim, que mesmo no caso dos agentes administrativos notariais (funcionários de fé pública), Couture adverte que a força probatória de seus atos é meramente relativa no tocante ao conteúdo declarado, na medida em que “admitir la verdad de todo cuanto un funcionario público ha escrito configuraría algo más que su autoridad: significaría su infalibilidad”.<sup>707</sup> Se assim o é em relação aos atos praticados por funcionários de fé pública, por muito mais razão deve ser em relação aos atos praticados pelos demais agentes da Administração, revestidos que estão de mera presunção de legitimidade e veracidade.

### 3.6 A PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE NA LEGISLAÇÃO

#### 3.6.1 Legislação Brasileira

Ao se analisar o ordenamento pátrio, constata-se que os principais diplomas normativos que tratam da atividade administrativa não mencionam expressamente a presunção de legitimidade. Começando pela Constituição Federal de 1988, cujo art. 37 fixa, em linhas gerais, a obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, nada se diz sobre a tal presunção de legitimidade. E a lacuna persiste ao longo do nosso extenso texto constitucional. A Lei n. 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal), por sua vez, também não se referiu à presunção de legitimidade, não obstante enunciar, em seu art. 2º, *caput* e p. único, uma série de princípios e critérios que devem reger a atividade administrativa. A presunção também não consta no elenco dos princípios fundamentais das atividades da Administração Federal, fixado no art. 6º do Decreto-lei n. 200/67. Podem ser

---

no solemnes, el contenido es puramente probatorio. La aseveración notarial vale por el cúmulo de elementos que rodean su contenido representativo. La ley da, por razones que se verán más adelante, una significación probatoria excepcional a esa aseveración. Pero aun la aseveración notarial en los actos solemnes, tiene un contenido probatorio. La fe pública del acto solemne, es en su significación *inmediata* una cobertura protectora del acto, inseparable jurídicamente de su sustancia; pero en su significación *mediata* vale por su plenitud probatoria y por su poder demostrativo de la verdad jurídica”. *Op. cit.*, p. 54-55.

<sup>707</sup> *Idem*, p.34. Acrescenta o autor: “El instrumento notarial protocolizado es, en resumen, una prueba plena en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha. En tal sentido es una prueba legal. En cuanto a su contenido, es una semi-plena prueba, que el juez apreciará con arreglo a las normas de la sana crítica. Esta tesis conduce, en realidad, a una inversión de la carga de la prueba, punto éste que viene a constituir, en último término, el sentido propio de toda presunción. Quien tiene una presunción a su favor, se halla relevado de acreditar por otros elementos de juicio el hecho objeto de la presunción. Si la prueba en contra de la presunción se produjere con el mismo sentido de intensidad que la presunción que emana del documento notarial, una y otra suposición se destruirán recíprocamente; si la prueba contraria al hecho documentado en el instrumento notarial refleja mucho mayor evidencia que el contenido de éste, predominará la prueba contraria”. *Ib idem*, p. 113-114.



encontradas ligeiras referências em legislações específicas, a exemplo do Decreto-lei n. 779/69, cujo art. 1º trata da presunção de validade dos recibos de quitação ou pedidos de demissão de empregados públicos<sup>708</sup>, mas certamente são casos bem isolados no sistema jurídico.

Percebe-se nitidamente que o legislador brasileiro não optou por estabelecer uma norma geral que contemplasse literalmente a presunção de legitimidade dos atos administrativos, ao contrário do que ocorre em algumas legislações estrangeiras, consoante será visto no próximo tópico. Entrementes, não se deve por isso concluir pela inexistência de tal presunção entre nós ou que se trate de presunção simples (*hominis*) e não presunção legal (*legis*), segundo a aludida classificação calcada no critério da procedência (item 1.5.3 *retro*).

Cumprе discordar do posicionamento de Sérgio Covello neste particular, quando entende que “não existe presunção legal sem texto de lei que a estabeleça”.<sup>709</sup> Ao que parece, a presunção de legitimidade dos atos administrativos, como referida na doutrina pátria, há de ser considerada uma presunção *legal e relativa* que se extrai *implicitamente* do ordenamento jurídico. Tal se infere, sobretudo, diante da gama de deveres que a Constituição Federal atribui ao Poder Público, a serem concretizados mediante um vasto rol de atividades, o que impõe, em muitos casos, a auto-executoriedade de medidas interventivas.

Já se destacou anteriormente que a concepção de *legalidade administrativa*, no atual contexto do Estado Democrático de Direito, não se restringe às regras e princípios expressos nos textos legislativos, abrangendo ainda os princípios que se consideram *implícitos* e também integram o Direito positivo. Daí porque, ao tratar da vinculação administrativa, Paulo Otero prefere empregar a expressão “juridicidade administrativa” ao invés de falar simplesmente em legalidade.<sup>710</sup> Por conseguinte, mesmo à míngua de expressa previsão legal, o reconhecimento da presunção de legitimidade dos atos administrativos já é da tradição doutrinária e jurisprudencial

<sup>708</sup> “Nos processos perante a Justiça do Trabalho, constituem privilégios da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das autarquias ou fundações de direito público federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica: I – a presunção relativa de validade dos recibos de quitação ou pedidos de demissão de seus empregados, ainda que não homologados nem submetidos à assistência mencionada nos parágrafos 1º, 2º e 3º do art.477 da CLT”.

<sup>709</sup> *Presunção jurídica, op. cit.*, p. 419. Acrescenta Covello: “Em sendo norma jurídica, a presunção legal só existe se consagrada em texto de lei. O magistrado não pode criá-la, pois que esta é tarefa do legislador. Em nosso direito positivo, consideram-se presunções legais aquelas consignadas na lei, como no direito romano. Tais presunções preexistem ao caso concreto. As outras presunções – i. e., não legisladas – são presunções comuns *hominis*”. *Idem*.

<sup>710</sup> Explica o autor lusitano, ilustre professor da Faculdade de Direito de Lisboa, que “a juridicidade administrativa traduz uma legalidade mais exigente, revelando que o poder público não está apenas limitado pelo Direito que cria, encontrando-se também condicionado por normas e princípios cuja existência e respectiva força vinculativa não se encontram na disponibilidade desse mesmo poder. Neste sentido, a vinculação administrativa à lei transformou-se numa verdadeira vinculação ao Direito, registrando-se aqui o abandono de uma concepção positivista-legalista configurativa da legalidade administrativa, tal como resulta do entendimento doutrinário subjacente à Constituição de Bona”. *Op. cit.*, p.15. Apesar de o enfoque dado pelo jurista português se referir especificamente aos *limites* impostos à Administração (aspecto negativo da atuação administrativa, com respeito às liberdades individuais), parece-nos que o mesmo raciocínio sistêmico pode ser perfeitamente empregado no tocante também às *prerrogativas* da Administração, como é o caso da presunção de legitimidade.

brasileira, certamente inspirada nas clássicas lições dos administrativistas europeus, sobretudo os franceses e italianos.

Em suma, descabe dizer simplesmente que, à falta de dispositivo legal expresso no Direito brasileiro, de nada valeria a presunção de legitimidade dos atos administrativos, pois o preceito há de ser considerado *implícito* no sistema jurídico, como decorrência do próprio modelo de atuação estatal consagrado na Carta Magna de 1988, seja no tocante às situações urgentes que justificam a pronta atuação estatal independentemente de prévia ordem judicial, seja noutros casos em que, também por razões de interesse público, o sistema admite o recurso a mecanismos formais de percepção da verdade pela própria Administração.

### 3.6.2 Exemplos na Legislação Estrangeira

Na França, tal como ocorre no Brasil, a legislação que cuida especificamente das relações entre a Administração e os cidadãos administrados (Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, “relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations”) nada dispõe em seu texto sobre a presunção de legitimidade dos atos administrativos. Em verdade, como dito anteriormente, o *privilège du préalable* é fruto da construção pretoriana francesa. Contudo, há ordenamentos positivos estrangeiros que estabelecem de modo expresso a presunção de legitimidade dos atos praticados pela Administração Pública. Sem a pretensão de se fazer aqui uma análise de Direito Comparado, mas, apenas à guisa de exemplo, serão mencionados alguns desses ordenamentos.

A presunção de legitimidade é prevista literalmente no ordenamento jurídico argentino, por meio da *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos* (Ley 19549/72), cujo art. 12 aponta a sua relação direta com a força executória dos atos administrativos, de modo que eventual impugnação, pelo administrado, a princípio não teria o condão de suspender os seus efeitos, salvo se assim decidisse a Administração, de forma fundamentada, para evitar graves prejuízos ao interessado ou quando se tratar de ato viciado com nulidade absoluta.<sup>711</sup>

---

<sup>711</sup> “Presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria: Artículo 12. – El acto administrativo goza de presunción de legitimidad: su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios – a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención –, e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario. Sin embargo, la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y

Também a legislação espanhola vale-se de referência expressa ao princípio no capítulo III da *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (n. 30/1992), ao tratar da eficácia dos atos administrativos, estabelecendo a regra da executoriedade a partir da sua presunção de validez.<sup>712</sup>

No México, a *Ley Federal de Procedimiento Administrativo* cuida da presunção de legitimidade de modo ainda mais específico, reconhecendo-a apenas em relação aos atos regulares e aos meramente anuláveis, já que os atos inquinados de nulidade absoluta não devem produzir efeitos jurídicos válidos e podem, segundo tal legislação, ser objeto de resistência pelos particulares por eles atingidos.<sup>713</sup>

No Chile, as normas gerais de procedimento administrativo estão dispostas na *Ley 19.880*, de 14 de maio de 2003, cujo art. 3º contempla expressamente a presunção de legalidade, de império e exigibilidade dos atos administrativos, enquanto não suspensos por ordem da autoridade administrativa ou judicial competente<sup>714</sup>.

---

mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta”.

<sup>712</sup> “Capítulo III: Eficacia de los actos”. “Artículo 56. Ejecutividad. Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley”. “Artículo 57. Efectos. 1. Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa. 2. La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior. 3. Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas”.

<sup>713</sup> “Artículo 6.- La omisión o irregularidad de cualquiera de los elementos o requisitos establecidos en las fracciones I a X del artículo 3 de la presente Ley, producirá la nulidad del acto administrativo, la cual será declarada por el superior jerárquico de la autoridad que lo haya emitido, salvo que el acto impugnado provenga del titular de una dependencia, en cuyo caso la nulidad será declarada por el mismo. El acto administrativo que se declare jurídicamente nulo será inválido; no se presumirá legítimo ni ejecutable; será subsanable, sin perjuicio de que pueda expedirse un nuevo acto. Los particulares no tendrán obligación de cumplirlo y los servidores públicos deberán hacer constar su oposición a ejecutar el acto, fundando y motivando tal negativa. La declaración de nulidad producirá efectos retroactivos. En caso de que el acto se hubiera consumado, o bien, sea imposible de hecho o de derecho retrotraer sus efectos, sólo dará lugar a la responsabilidad del servidor público que la hubiere emitido u ordenado”. “Artículo 7.- La omisión o irregularidad en los elementos y requisitos señalados en las Fracciones XII a XVI del Artículo 3 de esta Ley, producirá la anulabilidad del acto administrativo. El acto declarado anulable se considerará válido; gozará de presunción de legitimidad y ejecutividad; y será subsanable por los órganos administrativos mediante el pleno cumplimiento de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la plena validez y eficacia del acto. Tanto los servidores públicos como los particulares tendrán obligación de cumplirlo. El saneamiento del acto anulable producirá efectos retroactivos y el acto se considerará como si siempre hubiere sido válido”.

<sup>714</sup> “Artículo 3º - (...) Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional”.

## 4 OS LITÍGIOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

### 4.1 A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO

Antes de se apontar parâmetros jurídicos para a adequada distribuição do ônus da prova nos processos litigiosos envolvendo atos da Administração Pública, torna-se necessário perquirir sobre os órgãos competentes para a resolução de tais conflitos (aspecto subjetivo) e os respectivos regimes jurídicos aplicáveis (aspecto objetivo), reunindo-se tais aspectos sob o rótulo geral de *justiça administrativa* ou *jurisdição administrativa*.

#### 4.1.1 Jurisdição Administrativa em Sentidos Amplo e Restrito

Sabe-se que o Estado de Direito é fundamentalmente marcado pela sujeição do poder estatal a normas jurídicas. Não que a figura do Estado tenha antes disso existido à margem de qualquer regramento jurídico, afinal, o fator de autoridade pública é também uma criação do Direito vigente em cada grupo social, desde as mais antigas concepções de sociedade organizada. Mas é no Estado de Direito, tal como se conheceu a partir das revoluções americana e francesa no final do século XVIII, que se encontra uma distribuição sistemática de normas jurídicas regendo as relações entre entes, órgãos e agentes públicos e entre estes e os particulares.

Notadamente após tais revoluções liberais, em oposição aos modelos absolutistas do chamado *antigo regime*, revelou-se a moderna face do Estado de Direito, centrada na idéia de separação dos poderes. Nas palavras de Montesquieu, é preciso que “pela disposição das coisas, *o poder freie o poder*”<sup>715</sup>, daí a concepção de um modelo estatal em que as principais funções de

---

<sup>715</sup> *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 156.

autoridade pública (legislativa, executiva e jurisdicional) devem ser desempenhadas por diferentes órgãos, dispostos de modo harmônico e independente. Por conseguinte, não mais se olvida que todos os atos estatais devem estar sujeitos a mecanismos de controle por órgãos distintos daqueles que os produzem, sejam atos administrativos, jurisdicionais ou, até mesmo, atos legislativos (v.g. o controle de constitucionalidade das leis). No que concerne aos atos administrativos – por se distribuir a função administrativa na mais vasta área de atuação estatal –, devem ser igualmente bem extensos os mecanismos de controle, mormente quando destes atos derivem conflitos de interesses envolvendo os administrados.

Havendo um litígio respeitante à atividade da Administração Pública, a sua solução, a cargo também de um órgão estatal, insere-se no âmbito da chamada “jurisdição administrativa” ou “contencioso administrativo”, expressões assim empregadas em seu sentido mais amplo possível (*lato sensu*), de modo a abranger todo e qualquer mecanismo de controle das ações administrativas geradoras de conflito. “Jurisdição” aí, portanto, em seu puro sentido etimológico de “dizer o direito”<sup>716</sup> pela aplicação da lei aos casos concretos com a finalidade específica de dirimir-se litígios. É o sentido material, substancial ou objetivo da jurisdição administrativa, preconizado por Eduardo Lobo Botelho Gualazzi, em excelente monografia sobre o tema.<sup>717</sup>

Consoante pontua José Carlos Vieira de Andrade, a justiça administrativa em sentido amplo “pode ser definida como um *sistema* de mecanismos e de formas ou processos destinados à *resolução das controvérsias nascidas de relações jurídicas administrativas*”.<sup>718</sup> Logo, quando se fala em jurisdição administrativa *lato sensu* não se tem em mente ainda qual o órgão encarregado de desempenhá-la, isto é, se estará a cargo de órgãos dispostos na estrutura hierárquica da própria Administração Pública ou de órgãos dispostos fora desta estrutura e que, portanto, gozem de maior autonomia e independência funcional, como ocorre com certos tribunais administrativos existentes em alguns países e com os órgãos integrantes do Poder Judiciário.

Por outro lado, não tem sido uniforme na doutrina a utilização das expressões “jurisdição administrativa” e “contencioso administrativo”, o que parece ser fruto de uma

---

<sup>716</sup> Do latim *jus dicere* ou *juris dictio*.

<sup>717</sup> “Justiça administrativa material, substancial ou objetiva é a própria matéria, a substância, o conteúdo, o que vai ser julgado ou contrastado, distinguindo-se, por exemplo, da matéria trabalhista, civil, comercial, penal, tributária, fazendo-se abstração do aparelhamento administrativo que a aprecia. Desse ângulo, justiça administrativa é a substância do litígio entre a Administração e o administrado, é o conflito entre o Estado e o administrado, em matéria administrativa, não interessando, no caso, o tipo de aparelhamento que vai exercer a jurisdição. Todo litígio de natureza administrativa, ao ser julgado, não importa por quem, é conteúdo de justiça administrativa”. *Justiça administrativa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 24.

<sup>718</sup> *A justiça administrativa (lições)*. Coimbra: Edições Almedina, 2005, p. 09. Acrescenta o autor que “a instituição da justiça administrativa não se justifica integralmente em função da defesa dos direitos dos cidadãos: a garantia da legalidade (da juridicidade) da administração também serve (se é que não serve em primeira linha) a *prossecução do interesse público* definido pelo legislador e que constitui a finalidade necessária e própria da atividade administrativa”. *Idem*, p. 10.

confusão feita ao se empregar indistintamente tais palavras sob diferentes parâmetros conceituais e sem atentar-se para os variados sistemas jurídicos de controle dos atos da Administração Pública.

Fácil observar que as divergências quanto ao exato sentido da atividade jurisdicional, ou simplesmente *jurisdição*, têm como pano de fundo a variedade de critérios adotados na distinção das funções estatais, basicamente em se considerando um critério subjetivo (que leva em conta o órgão que desempenha a atividade) ou dois critérios objetivos (um que leva em conta a natureza da atividade estatal desempenhada, com base em elementos materiais, ou outro que leva em conta aspectos jurídicos, com base em elementos formais).<sup>719</sup> Autores há que, apegados ao critério objetivo material de identificação da função estatal, conferem à jurisdição aquele sentido amplo acima enfocado, isto é, como sendo toda atividade estatal consistente em, frente a um litígio, decidir a autoridade pública pelo direito aplicável ao caso concreto, dirimindo o conflito. Para estes, seria exercício de *jurisdição administrativa (lato sensu)* não apenas julgamentos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário envolvendo atos administrativos, mas também aqueles praticados pela própria Administração Pública nos processos administrativos contenciosos no âmbito de seu controle interno, a exemplo dos julgamentos de representações, pedidos de reconsideração e recursos hierárquicos envolvendo aplicação de punições disciplinares a servidores ou sanções de polícia aos administrados em geral. Tem-se aí jurisdição administrativa como sinônimo de *contencioso administrativo*<sup>720</sup>.

<sup>719</sup> Consoante explica Celso Antônio Bandeira de Mello, “os critérios até hoje apresentados para caracterizar as sobreditas funções do Estado, em última instância, podem ser reduzidos, fundamentalmente, a apenas dois: A) um critério ‘orgânico’ ou ‘subjetivo’, que se propõe a identificar a função através de quem a produz e B) um critério ‘objetivo’ que toma em conta a atividade, vale dizer, um dado objeto (não um sujeito). Este segundo critério, de seu turno, subdivide-se em dois: a) um critério (objetivo) *material* ou substancial, que busca reconhecer a função a partir de elementos intrínsecos a ela, isto é, que se radiquem em sua própria natural tipologia. Os que defendem tal critério (objetivo) material usualmente afirmam que a atividade característica da função legislativa se tipifica pela expedição de atos gerais e abstratos; a função administrativa por ser ‘prática’, ou então por ser ‘concreta’, ou por visar de modo ‘direto e imediato’ a realização da utilidade pública, e a atividade jurisdicional por consistir na solução de controvérsias jurídicas; b) um critério (objetivo) *formal*, que se apegua essencialmente em características “de direito”, portanto, em atributos especificamente deduzíveis do tratamento normativo que lhes corresponda, independentemente da similitude material que estas ou aquelas atividades possam apresentar entre si. Por este critério, o próprio da função legislativa seria não apenas a generalidade e abstração, pois sua especificidade adviria de possuir o predicado de inovar inicialmente na ordem jurídica, com fundamento tão-só na Constituição; o próprio da função administrativa seria, conforme nos parece, a de se desenvolver mediante comandos ‘infralegais’ e excepcionalmente ‘infraconstitucionais’ (estes com o conteúdo já inteiramente prefigurado na própria Constituição), expedidos na intimidade de uma estrutura hierárquica; o próprio da função jurisdicional seria resolver controvérsias com a força jurídica da definitividade”. *Curso de direito administrativo*, p. 31.

<sup>720</sup> Este sentido amplo para as expressões *contencioso administrativo* e *jurisdição administrativa* é bem diferente do que originariamente lhes foi dado pelo Direito francês. Citando Hauriou, Seabra Fagundes alerta “para a conveniência de não confundir *contencioso administrativo* e *jurisdição administrativa*. O *contencioso administrativo*, observa ele, compreende o conjunto de processos suscitados pela atividade da Administração Pública. *Jurisdição administrativa* é expressão que designa o conjunto de poderes de certos tribunais para o conhecimento das causas do contencioso administrativo. Tem um sentido semelhante ao das expressões *jurisdição civil* e *jurisdição penal*. Nos países que adotam o chamado *sistema de jurisdição única*, quando se fala em jurisdição ordinária se compreende o conhecimento pelas autoridades judiciárias de quaisquer ações. Onde se adota o sistema oposto (duplicidade jurisdicional), aparece completamente organizada, ao lado da jurisdição comum ou ordinária, a administrativa compreendendo o conhecimento das ações originárias de atos da Administração Pública”. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, nota de rodapé, p. 141.

Nessa abordagem ampla, a par de ser uma função *típica* do Poder Judiciário, a atividade jurisdicional seria também exercida *atipicamente* pelos demais Poderes.<sup>721</sup> Encontramos no Direito brasileiro algumas referências assim indiscriminadas no tocante a procedimentos de *contencioso administrativo*<sup>722</sup> e de *jurisdição administrativa*.<sup>723</sup>

Celso Antônio tece críticas ao critério subjetivo (orgânico) bem como ao critério objetivo material, assinalando a sua preferência pelo critério objetivo *formal*, “ou seja, aquele que se prende a características impregnadas pelo próprio Direito à função tal ou qual”<sup>724</sup>, fundamentando que somente há de se falar em *jurisdição* quando se trata de atividade estatal de julgamento levada a cabo por um órgão independente em relação aos contendores e cuja decisão seja marcada por caráter definitivo de coisa julgada.<sup>725</sup> Sob ótica mais restrita, portanto, nem toda atividade de solução de conflitos administrativos pode ser considerada “jurisdição administrativa” ou “contencioso administrativo”, expressões agora empregadas em um sentido mais estrito do que o anteriormente exposto.

<sup>721</sup> Manoel Jorge e Silva Neto alude às funções típicas e atípicas do Poder Judiciário, assinalando que “tarefa principal do Poder Judiciário é dirimir conflitos de interesses, aplicando o direito objetivo ao caso concreto. Esta é a sua função típica. Exerce, no entanto, funções atípicas. Quais são? De logo, é importante esclarecer que os tribunais, com o fim de realizar o mister jurisdicional, admite e exonera servidores, concede férias e licenças a magistrados, atos que, rigorosamente, nada têm a ver com a função de julgar. São atos administrativos. Por isso se afirma que o Poder Judiciário, além da função precípua de julgar, também administra. Mas os tribunais igualmente legislam. De que forma? Quando, por exemplo, elaboram os seus regimentos internos, cujo desatendimento poderá resultar, inclusive, na inadmissibilidade de eventual recurso interposto. Em síntese, temos que o Poder Judiciário detém uma função típica (julgar) e duas atípicas (administrar e legislar)”. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 373. Na mesma linha de pensamento, Hely Lopes Meirelles considera que a cada um dos Poderes corresponde “uma função que lhe é atribuída com precipuidade. Assim, a função precípua do Poder Legislativo é a elaboração da lei (função normativa); a função precípua do Poder Executivo é a conversão da lei em ato individual e concreto (função administrativa); a função precípua do Poder Judiciário é a aplicação coativa da lei aos litigantes (função judicial). Referimo-nos à função *precípua* de cada Poder de Estado porque, embora o ideal fosse a *privatividade* de cada função para cada Poder, na realidade isso não ocorre, uma vez que todos os Poderes têm necessidade de praticar *atos administrativos*, ainda que restritos à sua organização e ao seu funcionamento, e, em caráter excepcional admitido pela Constituição, desempenham funções e praticam atos que, a rigor, seriam de outro Poder”. *Direito administrativo brasileiro*, p. 56-57. Celso Antônio menciona a opinião de muitos (dos quais ele discorda no particular) no sentido de que “tanto Legislativo quanto Judiciário, como Executivo, exerceriam as três funções estatais: de modo normal e típico aquela que lhes corresponde primacialmente – respectivamente, legislar, julgar e administrar – e, em caráter menos comum (ou até mesmo em certas situações muito invulgares como ocorre no processo de *impeachment*), funções, em princípio, pertinentes a outros órgãos do Poder. À vista disso, jamais se poderia depreender, com segurança, se uma atividade é legislativa, administrativa ou jurisdicional pelo só fato de provir do corpo Legislativo, Executivo ou Judiciário, fato que compromete irremissivelmente o critério orgânico”. *Op. cit.*, p. 32.

<sup>722</sup> Dispõe o art.12 da Lei Complementar n.73/93 (Lei da Advocacia-Geral da União) que “são consideradas causas de natureza fiscal as relativas a: (...) IV – decisões de órgãos do *contencioso administrativo* fiscal”. Também o art.304 do Decreto n.3048/99 (Regulamento da Previdência Social) finca que “compete ao Ministro da Previdência e Assistência Social aprovar o regimento interno do Conselho de Recursos da Previdência Social, bem como estabelecer as normas de procedimento do *contencioso administrativo*”. Neste mesmo sentido o art.16 da Lei n. 10637/92, ao fazer referência ao “INSS, no âmbito do seu *contencioso administrativo*”.

<sup>723</sup> Consoante o art.303 do Decreto n.3048/99, “o Conselho de Recursos da Previdência Social, colegiado integrante da estrutura do Ministério da Previdência e Assistência Social, é órgão de controle *jurisdicional* das decisões do Instituto Nacional do Seguro Social, nos processos de interesse dos beneficiários e dos contribuintes da seguridade social”.

<sup>724</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 33.

<sup>725</sup> Para o autor, função *jurisdicional* “é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de ‘coisa julgada’, atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso”. *Idem*.

Nessa linha, excluem-se, do campo da *jurisdição administrativa (stricto sensu)*, os procedimentos de solução de litígios na via do controle interno administrativo.<sup>726</sup> Como também afirma Élio Fazzalari, “não entra na jurisdição administrativa uma série de remédios que o cidadão pode usar contra um ato ilegítimo da administração pública antes de voltar-se ao juiz administrativo”.<sup>727</sup>

Feitas deste modo as necessárias diferenciações entre os sentidos amplo e restrito da expressão, pode-se doravante neste estudo designar a jurisdição administrativa *stricto sensu* simplesmente como “jurisdição administrativa”. Contudo, mesmo se delimitando o conteúdo da expressão aos julgamentos proferidos por órgãos imparciais e independentes, com força de decisão definitiva, subsiste ainda a confusão no tocante à localização, na estrutura do aparelho estatal, dos órgãos encarregados da *jurisdição administrativa*, e isto vai variar conforme o sistema jurídico adotado em cada país.

#### 4.1.2 Sistemas de Jurisdição Administrativa e o Modelo Brasileiro

Conforme se abordou no item 3.2.3 *retro*, na gênese do Direito Administrativo foram tradicionalmente dois os sistemas de controle jurisdicional dos atos praticados pela Administração Pública: o de jurisdição única e o de jurisdição dual. Vários doutrinadores, nacionais e estrangeiros, dedicaram-se a explicar detalhadamente as raízes históricas e as características de cada um desses sistemas, salientando, ainda, o posterior surgimento de modelos híbridos reunindo os fundamentos que os inspiraram.

No sistema de *jurisdição única*, de origem inglesa, a jurisdição administrativa é exercida pelos mesmos órgãos que desempenham a jurisdição comum, órgãos estes integrantes

<sup>726</sup> Evitando imprecisões terminológicas, esclarecemos que a expressão *contencioso administrativo* (na sua concepção original francesa) deve ser empregada no mesmo sentido formal de *jurisdição administrativa*, sem olvidar, é claro, que também existem conflitos tratados em processos que tramitam perante a própria Administração (e, portanto, são também “contenciosos” na sua essência), mas sem produzirem coisa julgada definitiva.

<sup>727</sup> Em relação a estes remédios, o autor esclarece que “trata-se de recursos à administração pública os quais podem já atingir o resultado de conter o ato viciado. Mesmo se tais remédios foram, pelo menos, colocados sob a etiqueta de uma justiça administrativa entendida em sentido lato, eles são colocados no quadro da ‘função administrativa’, como atividade ‘de controle’, assim como em tal quadro coloca-se também a chamada ‘autotutela’ por parte da administração pública, isto é, o fenômeno pelo qual, pela norma, ela está – a tutela dos interesses que lhe são confiados – legitimada a revogar os próprios atos ilegítimos” *Op. cit.*, p. 272. Mais adiante em seu livro, reforça o jurista italiano: “os recursos em exame podem ser inscritos numa vasta acepção da ‘justiça administrativa’. Trata-se, ao invés, de remédios que não entram na jurisdição, mas na própria atividade administrativa, aqui exibindo o peculiar perfil de ‘controle’ do ato já criado. É o caso de se ressaltar que falta um dos contra-sinais indefectíveis da jurisdição, isto é, a independência e estranheza do autor da decisão em relação à realidade substancial”. *Idem*, p. 715.



do Poder Judiciário, pelo que “toda ou quase toda a matéria do contencioso administrativo incide no seu conhecimento como órgão jurisdicional”.<sup>728</sup> Havendo aí um monopólio da jurisdição, “o mesmo aparelhamento judicante, com ou sem especializações internas, conhece e decide a totalidade de litígios, inclusive administrativos, ocorrentes num Estado soberano, por competência originária ou recursal”.<sup>729</sup> Marcelo Caetano o denomina *sistema judicialista*, em que “os tribunais com poder de proferirem sentenças com força de coisa julgada estão todos integrados no Poder Judiciário, submetidos à jurisdição de um Supremo Tribunal, órgão máximo desse Poder”.<sup>730</sup> É o modelo que, como aponta Vieira de Andrade, “parte do princípio de que toda a atividade administrativa, mesmo nos momentos discricionários, está subordinada ao Direito e que atribui aos tribunais a competência para conhecer todas as questões jurídicas interpessoais”.<sup>731</sup>

Noutro giro, há o sistema de *jurisdição dual*, de origem francesa, no qual os órgãos de jurisdição administrativa não integram a estrutura do Poder Judiciário, ficando a este último reservada a jurisdição comum.<sup>732</sup> Nesse caso, o exame de legalidade dos atos administrativos fica fora da alçada do Poder Judiciário e “para o seu controle existe, ao lado da jurisdição comum,

<sup>728</sup> Seabra Fagundes, *op. cit.*, p. 141.

<sup>729</sup> Eduardo Gualazzi, *op. cit.*, p. 115.

<sup>730</sup> *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 483. No âmbito dos sistemas judicialistas, o jurista português ainda diferencia aqueles a que ele chama de *judicialismo perfeito* de outros caracterizados por um *judicialismo imperfeito*. Assim esclarece: “O *judicialismo perfeito* apresenta duas características fundamentais. A primeira está em pertencer ao Poder Judiciário a competência para conhecer e julgar as questões administrativas contenciosas, muito embora o sistema seja compatível com a especialização de tribunais administrativos, no mesmo plano em que admite tribunais cíveis, criminais, de família, do trabalho... (...) Mas há uma segunda característica mais importante: no *judicialismo perfeito* os órgãos administrativos ficam dependentes a todo momento da apreciação da juridicidade dos seus atos pelos tribunais que, a solicitação dos interessados e mediante processo sumário, podem emitir ordens ou mandados que os órgãos da Administração são forçados a acatar. Quer dizer que, no sistema judicialista perfeito, os órgãos administrativos não gozam de independência na autoridade que possuem para interpretar e aplicar as leis. Acima deles, como se fossem superiores hierárquicos no uso de poderes de superintendência, estão os tribunais judiciais de quem, portanto, esses órgãos dependem. Os juízes só podem intervir para sustar a ação administrativa quando haja requerimento do titular de um direito líquido e certo e com fundamento na ofensa deste. (...) O *judicialismo perfeito* resulta da conjugação das características apontadas: competência dos tribunais judiciais para conhecerem das causas em que esteja interessada a Administração, mesmo que nelas se aplique o seu Direito peculiar, e dependência das autoridades administrativas dos juízes quanto ao controle, mediante pedido do interessado, dos aspectos jurídicos da sua atividade corrente. Onde apenas se encontre a primeira característica teremos um *judicialismo imperfeito*, como sucede em Espanha”. *Idem*, p. 483-486.

<sup>731</sup> *Op. cit.*, p.37. O autor ainda define o modelo judicialista como aquele “em que a decisão das questões jurídicas administrativas cabe a tribunais integrados numa ordem judicial (de acordo com o princípio de que ‘julgar a administração é verdadeiramente julgar’), quer se trate de tribunais comuns ou de tribunais especializados em razão da matéria”. *Idem*.

<sup>732</sup> Consoante explica Athos Gusmão Carneiro, “no sistema da *dualidade da jurisdição* (sistema ‘francês’, aqueles litígios (geralmente os referentes a atividades de serviço público) em que for parte a administração (ou suas autarquias) são apreciados não por órgãos do Poder Judiciário, mas por ‘tribunais’ integrados na estrutura do próprio Poder Executivo. E esses ‘tribunais’ decidem com *eficácia vinculativa plena*, i. e., suas decisões *transitam materialmente em julgado*, não podendo a questão ser reexaminada pelo Poder Judiciário. Tais ‘tribunais administrativos’, pois, ‘*exercem jurisdição*’. É o *contencioso administrativo* propriamente dito. Na França, o ‘contencioso administrativo’ tem como órgão de cúpula o Conselho de Estado; e, como órgãos de base, as cortes administrativas de apelação, criadas pela Lei de 31 de dezembro de 1987, e os ‘tribunais administrativos’. Seus ‘juízes’, mercê do prestígio granjeado pelo alto nível das decisões proferidas, adquiriram virtual independência e constituem, realmente, um ‘segundo’ Poder Judiciário, embora entrosados organicamente no Poder Executivo; aliás, na França é geralmente negada ao Judiciário a qualificação de “Poder”. Para a resolução dos dissídios sobre competência entre os tribunais jurisdicionais e administrativos existe em França o ‘Tribunal dos Conflitos’ (Bernard Pacteau, *Contentieux administratif*, 3. ed., Paris, 1994). Nos países do Leste europeu (antes de orientação marxista), ao lado do Poder Judiciário, existem (ou existiam) órgãos de arbitramento para dirimir as lides entre as empresas estatais, ou entre estas e os particulares”. *Jurisdição e competência*. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 35-36.

uma outra, a administrativa, que nele participa absorventemente”.<sup>733</sup> Referindo-se a esta realidade, Marcelo Caetano utiliza a expressão *sistema administrativo*, no qual “as duas ordens de autoridades – administrativa e judicial – são independentes uma da outra: nem a Administração pode influir no Poder Judiciário, nem este tem a possibilidade de intervir na função administrativa”.<sup>734</sup> Ensina Vieira de Andrade que este modelo administrativista “baseava-se em concepções de *separação dos poderes* que postulavam o caráter *livre* da atividade administrativa estadual (sujeita apenas à fiscalização política)”.<sup>735</sup>

Seabra Fagundes explica que houve no Direito francês “a separação entre as autoridades administrativas *ativas* e as autoridades administrativas *judicantes*”<sup>736</sup> ou, como fala Eduardo Gualazzi, “órgãos da *Administração ativa*, de um lado, e órgãos da *jurisdição administrativa*, de outro lado”.<sup>737</sup> Élio Fazzalari também identifica, ao lado dos processos de controle, os processos da “administração ativa”.<sup>738</sup> E Gordillo destaca bem esta característica dos tribunais administrativos franceses, de serem órgãos integrantes da própria Administração e imunes ao controle judicial, diferentemente da sistemática que veio a ser adotada na Argentina.<sup>739</sup> Registre-se, porém, que se fala ainda em um terceiro modelo de organização da jurisdição administrativa, chamado de *modelo judicialista ou quase-judicialista*, no qual o julgamento cabe a tribunais administrativos independentes, mas que não integram a estrutura orgânica do Poder Judiciário, consoante assinala José Carlos Vieira de Andrade.<sup>740</sup>

<sup>733</sup> *Idem*. Acrescenta o autor que “tanto num, como noutro sistema, há pleno controle jurídico do exercício do Poder Executivo. O que neles difere é a organização dos tribunais incumbidos de exercê-lo”. *Ib idem*.

<sup>734</sup> *Princípios fundamentais do direito administrativo*, p. 486.

<sup>735</sup> *Op. cit.*, p. 36. “Modelo *administrativista* – chamado de ‘administrador-juiz’, de ‘auto-tutela’ ou de ‘jurisdição reservada’ ou ‘conservada’ -, em que a decisão final dos litígios administrativos compete aos órgãos superiores da *Administração ativa* (‘julgar a administração é ainda administrar’). Foi o modelo liberal(ista), típico dos primórdios do sistema de administração executiva, fortemente centralizado no governo e em que o ‘contencioso’ era visto como instrumento de realização do interesse público, na época concebido como interesse do Estado (isto é, do *todo* da sociedade), estranho aos interesses individuais que compunham as relações sociais”. *Idem*.

<sup>736</sup> *Op. cit.*, p. 151.

<sup>737</sup> *Op. cit.*, p. 36. Diz Gualazzi que “embora ambas as espécies de órgãos se encontrem inseridos no âmbito do Poder Executivo-Administração Pública (fora do Poder Judiciário comum), é absolutamente certo que subsiste total independência entre a Administração ativa e a jurisdição administrativa, no mesmo grau em que existiria entre a Administração ativa e o Poder Judiciário comum. Assim é porque a justiça administrativa francesa consiste, verdadeiramente, numa jurisdição contenciosa, numa configuração material do poder jurisdicional do Estado francês, embora formalmente não esteja inserida na estrutura do Poder Judiciário francês, da justiça comum”. *Idem*, p. 36-37.

<sup>738</sup> “Há, pois, processos que não são promovidos sob pressuposto de um provimento administrativo de controlar, mas sim – como se disse – com a finalidade de prover, pela primeira vez, o cuidado de um interesse confiado à administração pública. Com ele a administração pública, em vez de dispor *tout court* e de esperar a sucessiva reação dos destinatários do ato, provoca e realiza um contraditório entre e com aqueles sujeitos antes da emanção do provimento”. *Op. cit.*, p. 724.

<sup>739</sup> “El vocablo ‘contencioso administrativo’ tuvo su origen en los tribunales administrativos franceses de tal nombre, que se caracterizan por ser órganos de la propia administración que resuelven los litigios entre ellas y los administrados, sin revisión judicial posterior. Es de destacar que en concepto francés de la división de los poderes, la justicia no debe inmiscuirse para nada en los asuntos relativos a la administración pública, siendo ésta la que debe decidirlos en última instancia y por sí sola. En cambio, en nuestro sistema y en nuestra interpretación de la división de los poderes no puede negarse a los habitantes el acceso a una instancia judicial propiamente dita, siendo inconstitucional precisamente el que la administración pretenda ejercer funciones propias de los jueces”. *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, p. XIII-5, nota de rodapé.

<sup>740</sup> “Modelo *judicialista* ou quase-judicialista – em regra chamado de ‘jurisdição delegada’ ou ‘transferida’ -, em que a resolução dos litígios relativos à Administração, por não ser (substancialmente) estranha à função jurisdicional, cabe a autoridades ‘judiciárias’, que são órgãos administrativos independentes, alheios à orgânica dos tribunais (apesar da sua designação como

As razões históricas que ensejaram a adoção de cada um dos sistemas foram mencionadas item 3.2.3<sup>741</sup>. Mas é interessante registrar que apesar de já haverem cessado tais razões históricas que fizeram nascer a doutrina francesa da separação dos poderes<sup>742</sup>, “subsistiu o sistema de dupla jurisdição dela originário, já agora por motivos de ordem técnica”.<sup>743</sup>

Ressalte-se que nenhum desses sistemas vigora atualmente na forma pura em que originariamente foram concebidos<sup>744</sup>, já que o desenvolvimento do Direito Administrativo e, sobretudo, a ampliação dos campos de atuação da Administração Pública no chamado Estado do Bem-Estar Social, fizeram com que até mesmo nos países de origem eles sofressem algumas modificações, mesclando-se regras oriundas dos dois modelos de controle.<sup>745</sup>

---

‘tribunais administrativos’). Trata-se de órgãos com funções específicas de controle e que atuam segundo um procedimento contraditório de tipo jurisdicional, embora freqüentemente sem autoridade executiva. É, temporal e culturalmente, um *modelo intermédio* na transição dos modelos administrativistas para os modelos judicialistas”. *Op. cit.*, p. 37.

<sup>741</sup> Reforça-se aqui o que foi dito, com a seguinte lição de Jean Rivero a respeito das raízes históricas da jurisdição dual francesa: “A jurisdição administrativa nasceu de um *princípio*, interpretado à luz de uma *tradição*. O princípio é o da *separação dos poderes*, aplicado às relações entre o Judicial e o Executivo: para salvaguardar a liberdade dos cidadãos, ‘o poder de julgar’ deve, segundo Montesquieu, ser separado do ‘poder executante’. Mas como aplicar o princípio ao julgamento de litígios nos quais ‘o poder executivo’ está comprometido, ou seja, no contencioso administrativo? Trata-se de *julgar*: isto pode levar a confiá-los ao poder judicial ordinário; trata-se de julgar o Executivo: isto pode conduzir a subtrair-lhos, na medida em que, ao julgá-los, corre o risco de imiscuir-se na ação do Executivo. Pode-se, pois, a partir do princípio da separação dos poderes, optar com igual lógica por uma ou outra solução. O que dita a opção dos homens de 1789 é a *tradição*. O *Ancien Régime* conheceu tribunais especializados nas matérias administrativas (corte de auxílios, câmaras de contas, tribunais de águas e florestas). Sobre tudo viu o conflito quase permanente entre os parlamentos e a administração real: para vencer as resistências levantadas pelos parlamentares, o rei chamava ao seu conselho, ou fazia julgar pelos seus comissários, principalmente pelos intendantes, um grande número de casos administrativos. Os revolucionários temem que os corpos judiciários retomem, no que toca à nova Administração, a tradição de ingerência e de oposição dos parlamentos. É por isso que fazem derivar do princípio da separação dos poderes a proibição de o judicial estatuir sobre os litígios em que a Administração está em causa. O regime do ano VII completa o sistema, pedindo emprestado à tradição monárquica o seu aspecto positivo: o julgamento desses litígios por órgãos especializados”. *Direito Administrativo*, trad. de Rogério Ehrhardt Soares, Coimbra: Livraria Almedina, 1981, p. 157-158. *Apud* Eduardo Gualazzi, *op. cit.*, p. 27-28.

<sup>742</sup> Na lição de Rogério Bastos Arantes, “as diferentes aplicações práticas da tese de Montesquieu resultaram em definições bastante distintas para o Judiciário, no quadro geral da separação de poderes. Na França, a idéia de supremacia do Legislativo, bem como a profunda desconfiança dos revolucionários em relação à magistratura do Antigo Regime, não poderiam ter levado a uma valorização do Judiciário como poder de Estado. Nos Estados Unidos, a preocupação com o direito à propriedade frente à voracidade legislativa de governos populares acabou elevando o Judiciário à condição de poder político, capaz de se colocar entre o governo e o cidadão, na defesa dos direitos individuais deste último (principalmente o direito à propriedade)”. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: Lúcia Avelar; Antônio Octavio Cintra. *Sistema político brasileiro: uma introdução*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Fundação Unesp Ed., 2004, pp.81/82.

<sup>743</sup> Seabra Fagundes, *op. cit.*, p. 153.

<sup>744</sup> Como diz Seabra Fagundes, “hoje em dia, nenhum país aplica um sistema de controle puro, seja por meio do Poder Judiciário, seja por meio de tribunais administrativos. O que se dá em todas as organizações políticas mais conhecidas é a adoção dum tipo misto, com a prevalência ora de um, ora de outro desses órgãos”. *Idem*, nota de rodapé, p. 140.

<sup>745</sup> Hely Lopes cita o próprio exemplo dos Estados Unidos, onde apesar de se conservar “na sua maior pureza o sistema de jurisdição única, ou do *judicial control*, que se afirma no *rule of law*, ou seja, na supremacia da lei”, nem por isso deixaram de “criar *Tribunais Administrativos* (*Court of Claims – Court of Custom Appeals – Court of Record*) e *Comissões de Controle Administrativo* de certos serviços ou atividades públicas ou de interesse público, com funções regulamentadoras e decisórias (*Interstate Commerce Commission – Federal Trade Commission – Tariff Commission – Public Service Commission* etc.), mas essas *Comissões e Tribunais Administrativos* não proferem decisões definitivas e conclusivas para a Justiça Comum, cabendo ao Poder Judiciário torná-las efetivas (*enforced*) quando resistidas, e para o quê pode rever a matéria de fato e de direito já apreciada administrativamente”. *Direito administrativo brasileiro*, p. 53. Da mesma forma, alguns litígios envolvendo a Administração Pública na França são submetidos a controle pelo Poder Judiciário, pois “embora caiba à jurisdição administrativa o julgamento do contencioso administrativo – ‘ensemble des litiges que peut faire naître l’administration’ –, certas demandas de interesse da Administração ficam sujeitas à Justiça Comum desde que se enquadrem numa dessas três ordens: a) litígios decorrentes de atividades públicas com caráter privado; b) litígios que envolvam questões de estado e capacidade das pessoas e de repressão penal; c) litígios que se refiram à propriedade privada”. *Idem*, p. 49-50.

Nos Estados Unidos e na Inglaterra, berços do sistema jurisdicional único, foram sendo criados alguns tribunais administrativos fora do aparelho judiciário, mas com função *quase-judicial*<sup>746</sup>, isto é, seus julgamentos não produzem decisões marcadas por definitividade, submetidos que estão a eventuais processos de revisão por parte dos órgãos integrantes do Poder Judiciário, quando acionados pelo prejudicado.<sup>747</sup> E nos países da Europa continental, tradicionalmente marcados pela dualidade de jurisdição, os órgãos de jurisdição administrativa foram sendo dotados de maior independência em relação à Administração central, galgando situação análoga, portanto, aos órgãos do Poder Judiciário. Vieira de Andrade fala do desenvolvimento de uma “*jurisdicionalização total* (material, processual e orgânica) do contencioso administrativo, isto é, a instituição de uma verdadeira ‘justiça administrativa’, dentro da lógica própria comum a todos os tribunais”.<sup>748</sup> Estes tribunais administrativos, ao contrário daqueles criados na Inglaterra e nos Estados Unidos, desempenham atividades tipicamente *judiciais*, apesar de, em alguns casos, estarem situados fora da organização estrutural do Poder Judiciário<sup>749</sup>. É o que ocorreu na grande maioria dos países que empregaram ou ainda empregam o sistema de jurisdição dual, onde a organização do Conselho de Estado e dos demais tribunais administrativos evoluiu ao longo do tempo de modo a assegurar aos seus membros a necessária imparcialidade no julgamento dos litígios contra a Administração.

<sup>746</sup> Alice Gonzalez Borges destaca, neste sentido, que “em todos os países que consagram o sistema de jurisdição única, tal não impede que haja órgãos administrativos de várias espécies dotados de poderes *quase-judiciais*, que examinam e decidem pendências administrativas. Dito é exemplo, nos Estados Unidos, a instituição de grande número de *agencies, comissions, boards*, cortes especiais, dedicadas à apreciação e solução de questões administrativas”. Processo administrativo e controle. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 226, p. 179-186, 2001. José Carlos Vieira de Andrade menciona que existe aí “um contencioso especial para as relações de direito público entre a Administração e os particulares, *subtraído à lógica própria dos Tribunais judiciais* e atribuído a ‘tribunais administrativos’ (não sendo, em regra, verdadeiros tribunais, mas órgãos administrativos independentes ou quase-tribunais, embora atuando segundo um processo jurisdicionalizado)”. *Op. cit.*, p. 39.

<sup>747</sup> Eduardo Gualazzi explica que “no Direito norte-americano, como no inglês, existem muitos ‘tribunais administrativos’, que realizam a justiça administrativa por meio de procedimento quase-judicial. Entretanto, estes tribunais administrativos, ingleses e norte-americanos, jamais poderiam ser confundidos com o *contencioso administrativo*, no sentido técnico-jurídico, que é, *verbi gratia*, o do Direito francês; não consistem em contencioso administrativo porque suas decisões podem, quase sempre, ser revistas pelos tribunais ordinários, que fixarão a decisão judicial definitiva. Portanto, salvo raríssimas exceções, inflexivelmente preservado remanescerá o princípio da unidade jurisdicional – *una lex, una jurisdictio*. Na concepção americana, como na inglesa, não há ordem judicial administrativa, autônoma e independente do Poder Judiciário comum: há somente órgãos administrativos quase-judiciais, mais ou menos autônomos em relação ao Poder Executivo (Administração) e *jungidos ao Poder Judiciário comum pela via recursal*”. *Op. cit.*, p. 51.

<sup>748</sup> *Op. cit.*, p.40. Pode-se dizer que “os modelos administrativistas puros ou mitigados já não existem atualmente e que a generalidade dos países adotou modelos organizativos judicialistas – mesmo em França, onde, em função do prestígio fundador do *Conseil d’État*, ainda subsiste (embora só ao nível supremo), um modelo de justiça delegada, este aproxima-se fortemente, na prática, do modelo judicialista de tribunais especializados”. *Idem*, p. 38.

<sup>749</sup> Diogo de Figueiredo explica que “entrega-se o contencioso administrativo, por cláusula geral, a *tribunais administrativos* que, por exercerem função jurisdicional, ficariam melhor situados organicamente dentro do Poder Judiciário, nada importando que, como se dá em vários países, se alinhem, topologicamente, no Poder Executivo”. *Contencioso administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 10. Por outro lado, Hely Lopes não admite que se fale em *sistema misto*, considerando que “o que caracteriza o *sistema* é a predominância da jurisdição comum ou da especial, e não a exclusividade de qualquer delas, para o deslinde contencioso das questões afetas à Administração”. Identifica assim, mesmo no presente, a ocorrência dos dois sistemas referidos, mitigados pelas peculiaridades de cada país. *Direito administrativo brasileiro*, p. 48.

Até mesmo na França – onde nos primeiros dez anos pós-revolução a jurisdição administrativa era entregue a funcionários da própria Administração – evoluiu-se muito em termos de independência dos tribunais administrativos<sup>750</sup>. Diogo de Figueiredo aponta que “na Europa pode-se observar a tendência generalizada de instituir tribunais administrativos utilizando cláusulas gerais ou parciais de competência, até mesmo por exclusão ou remanência”.<sup>751</sup> O Conselho de Estado francês – órgão supremo da jurisdição administrativa – foi concebido em 1800 como um órgão meramente consultivo de Napoleão, somente adquirindo independência a partir de 1872.<sup>752</sup> Hoje ele ainda conserva algumas funções consultivas, porém isso, segundo Bernard Stirn, não mais afeta a sua imparcialidade no desempenho da jurisdição administrativa<sup>753</sup>. Já “na Alemanha, assim como na Áustria e no Luxemburgo, a dualidade de jurisdição existe sem que a jurisdição administrativa tenha, ao mesmo tempo, atribuições consultivas”<sup>754</sup>.

Em Portugal adotou-se, a partir de 1833, um modelo de jurisdição dual ao modo francês<sup>755</sup>, em que os litígios administrativos eram submetidos ao Conselho de Estado, órgão integrante da Administração Pública. Posteriormente, explica Mônica Sifuentes, passou-se “a

<sup>750</sup> Atualmente, mesmo na França a jurisdição do contencioso administrativo é exercida por órgão executivo independente e sem qualquer liame hierárquico com a Administração ativa. Eduardo Gualazzi assim resume o sistema jurisdicional administrativo francês: “Na França contemporânea, os órgãos da jurisdição administrativa são numerosos: ao lado daqueles que constituem a hierarquia normal – Conselho de Estado e tribunais administrativos – um grande número exerce a sua competência num domínio limitado (Tribunal de Contas, jurisdições disciplinares da Universidade, jurisdições das ordens profissionais etc.). *Jamais são compostos por funcionários da Administração ativa*. Ao contrário, são compostos por funcionários especializados na atividade jurisdicional (salvo tribunais universitários ou profissionais, que funcionam de modo episódico), que gozam de *independência extremamente acentuada*, em relação à Administração ativa. Ao lado de seu papel jurisdicional, os órgãos da jurisdição administrativa exercem frequentemente um papel consultivo, especialmente desenvolvido no Conselho de Estado”. *Op. cit.*, p. 39-40.

<sup>751</sup> *Contencioso administrativo*, p. 12. Nesta obra, publicada em 1977, o autor o autor cita o exemplo da Alemanha Federal.

<sup>752</sup> Segundo Odete Medauar, “para a solução de litígios administrativos, Lei de 1800, editada por Napoleão, estabeleceu a competência da decisão final pelo Primeiro Cônsul (Napoleão), com manifestação prévia do Conselho de Estado, então criado. Esse foi o período da ‘justiça retida’ em que o soberano se reservava o exercício da justiça administrativa, limitando-se o Conselho de Estado a emitir pareceres. A partir de 1872 reconheceu-se à jurisdição administrativa francesa independência para decidir, com o que se passou à fase de justiça delegada. Portanto, a contar de 1872 a jurisdição administrativa francesa deixou de subordinar-se à Administração, passando a desfrutar das mesmas garantias de independência da jurisdição comum, caracterizando-se, então, como jurisdição. O sistema do contencioso administrativo expandiu-se para outros países da Europa, com variações e particularidades”. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 162.

<sup>753</sup> Escreve o autor que “se for acompanhada de precauções de organização, a dupla missão, consultiva e contenciosa, é perfeitamente compatível com as exigências de imparcialidade”. *A jurisdição administrativa*. Disponível em [www.france.org.br/abr/imagesdelafra/france/jurisdição.htm](http://www.france.org.br/abr/imagesdelafra/france/jurisdição.htm). Consulta em 03.10.2006.

<sup>754</sup> *Idem*. Também Hely Lopes ensina que o sistema contencioso francês recebeu “adaptações e simplificações nos diversos países que o adotam, tais como a Suíça, a Finlândia, a Grécia, a Turquia, a Iugoslávia, a Polónia e a Tcheco-Eslováquia, embora guarde, em linhas gerais, a estrutura gaulesa”. *Direito administrativo brasileiro*, p. 50-51.

<sup>755</sup> Segundo Eduardo Gualazzi, “a concepção portuguesa de justiça administrativa, nitidamente caracterizada pela dualidade jurisdicional, aproxima-se muito da concepção francesa, embora não tenha Tribunal de Conflitos. Por outro lado, comprova-se que a Revolução Portuguesa de 1974 não rompeu com a tradição anterior de justiça administrativa; ao contrário, confirmou-a e aperfeiçoou-a, havendo-a erigido a nível constitucional, por meio da previsão expressa de ‘tribunais administrativos’. Esta evidência ilustra a excelência da obra administrativa legada a Portugal pelo saudoso Professor Marcelo Caetano”. *Op. cit.*, p. 76. Atualmente, após as reformas no contencioso administrativo português geradas pelas Leis 13/2002 e 15/2002, existe em Portugal e está hoje consolidada, a exemplo do que sucede na França, na Alemanha ou na Itália, uma ordem jurisdicional administrativa e fiscal, constituída por verdadeiros tribunais, submetidos ao mesmo estatuto que a Constituição estabelece para os tribunais judiciais e dotada de magistrados judiciais com o mesmo estatuto dos que exercem funções nos tribunais judiciais. Cf. *Reforma do contencioso administrativo*. Disponível em: [www.portugal.gov.pt](http://www.portugal.gov.pt). Acesso em 11.10.2006.

adotar uma completa jurisdicionalização dos tribunais administrativos”.<sup>756</sup> Interessante observar que apesar de a Constituição Portuguesa de 1989 não mencionar expressamente quais os órgãos integrantes do Poder Judiciário<sup>757</sup> (ao contrário da nossa Carta de 1988), os Tribunais Administrativos são considerados como *tribunais verdadeiros e próprios*, na expressão de Gomes Canotilho.<sup>758</sup>

Tribunais administrativos com jurisdição especial são também encontrados, por exemplo, na Itália<sup>759</sup>, na Bélgica<sup>760</sup>, na Espanha<sup>761</sup> e na Alemanha<sup>762</sup>, com peculiaridades específicas em cada qual desses países<sup>763</sup> que revelam a existência de variados *sistemas*

<sup>756</sup> Problemas acerca dos conflitos entre a jurisdição administrativa e judicial no direito português. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 227, p.167-206, 2002.

<sup>757</sup> Consoante anota Mônica Sinfuentes, “a atual Constituição da República Portuguesa não utilizou a denominação Poder Judiciário. Preferiu o legislador constituinte elencar, na parte relativa à ‘Organização do Poder Político’, ao lado do Presidente, da Assembléia da República e do Governo, os Tribunais, como ‘órgãos de soberania com competência para administrar a Justiça em nome do povo’”. *Idem*, p. 170, nota de rodapé.

<sup>758</sup> *Apud* Mônica Sinfuentes. *Op. cit.*, p. 169. Aduz a autora: “Essa colocação pôs fim às dúvidas existentes a respeito de serem os administrativos verdadeiros *tribunais*, decorrentes da concepção tradicional de que a essa designação fariam jus apenas os judiciais. (...) Com essa opção, duas soluções alternativas restavam: 1) criar tribunais judiciais comuns de 1ª instância especializados para o julgamento dos litígios administrativos e seções especializadas para o mesmo efeito nos Tribunais da Relação e no Supremo; 2) a de estabelecer uma ordem jurisdicional administrativa. A justificativa para a segunda opção em Portugal, segundo se tem entendido, reside não só na própria tradição francesa, como na presunção da melhor preparação dos órgãos administrativos (ou melhor, jurisdicionais administrativos) para a apreciação dos litígios envolvendo a Administração Pública, resultante da sua especialização. Revela ainda o entendimento manifestado pelo legislador constituinte a respeito da existência de uma certa conexão da matéria a decidir com a organização e o funcionamento dos serviços públicos, ou com o conhecimento das relações jurídico-administrativas”. *Idem*, p. 171.

<sup>759</sup> Na Itália, a jurisdição administrativa constitui uma atividade de controle da legitimidade dos atos administrativos exercida em primeira instância pelos Tribunais Administrativos Regionais e em segunda instância pelas seções jurisdicionais do Conselho de Estado e do Conselho de Justiça Administrativa da Região da Sicília, sendo que os juízes administrativos distinguem-se dos magistrados comuns e têm um órgão de governo autônomo. Cf. dados obtidos no site [http://ec.europa.eu/civiljustice/jurisdiction\\_courts](http://ec.europa.eu/civiljustice/jurisdiction_courts). Na lição de Eduardo Gualazzi, “verifica-se, em interpretação sistemática, que a vigente Constituição italiana adota um sistema *intermediário*, entre o da unidade jurisdicional e o da duplicidade de jurisdição, pois admite a possibilidade de legislação ordinária atribuir competência à jurisdição ordinária para decidir litígios relativos a atos da Administração Pública, no tocante a direitos subjetivos como a interesses legítimos. Portanto, a justiça administrativa italiana, embora prevista na Constituição, não dispõe de competência exclusiva para conhecer de matéria administrativa, atinente a atos da Administração Pública, ao contrário do que ocorre, por exemplo, no contencioso administrativo puro, no modelo francês. Aliás, imprescindível para a compreensão desta matéria é a distinção entre *direito subjetivo* e *interesse legítimo*, assentada na doutrina italiana. (...) E acrescenta Orlando que ‘o critério discriminador de competência entre a autoridade judiciária e os órgãos de jurisdição administrativa é dado pela natureza da matéria em litígio. Se esta considera direitos, a competência é da ordem judiciária; se considera interesses, é da jurisdição administrativa, salvo exceções expressamente previstas em lei’”. *Op. cit.*, p. 54-55.

<sup>760</sup> Eduardo Gualazzi explica que “embora a proximidade geográfica e a identidade idiomática tenham sido causas determinantes da intensa influência do Direito francês sobre o Direito belga, em geral, e sobre o Direito Administrativo belga, em especial, surpreendentemente verifica-se que, no tocante à justiça administrativa, o Direito belga apresenta concepção intermediária, híbrida, afastando-se do modelo francês de *contencioso administrativo puro*. Procedeu o Direito belga de modo diverso do que o Direito turco, *verbi gratia*, que acolheu o padrão francês de modo absoluto, ao importar e absorver, sem distorção, o arquétipo elaborado pelo Direito francês. (...) Assim, o Direito Administrativo belga abandona a solução da *unidade de jurisdição – una lex, una jurisdictio* -, por um lado, mas não adota, por outro lado, o extremo oposto, – o do contencioso administrativo puro, – criado pelo Direito gaulês, inclinando-se por uma solução intermediária”. *Op. cit.*, p. 42.

<sup>761</sup> “A justiça administrativa espanhola observa o princípio da unidade jurisdicional, com a peculiaridade de que a jurisdição administrativa contenciosa constitui seção formal e materialmente especializada do Poder Judiciário da Espanha. Em suma, a justiça administrativa, na Espanha, é uma especialização do poder judicante ordinário. Trata-se, em nossa opinião, de magnífica concepção de justiça administrativa, que poderia, *mutatis mutandis*, inspirar o legislador brasileiro”. Eduardo Gualazzi. *Op. cit.*, p. 74.

<sup>762</sup> Ao lado da jurisdição *constitucional* (*Verfassungsgerichtsbarkeit*, exercida pelo Tribunal Constitucional Federal), da jurisdição *ordinária* (Tribunal de Justiça Federal – *Bundesgerichtshof*) e da *administrativa* (Tribunal Administrativo Federal – *Bundesverwaltungsgericht*), tem-se ainda, na Alemanha, as jurisdições *social* (Tribunal Social Federal – *Bundessozialgericht*), *trabalhista* (Tribunal Federal do Trabalho – *Bundesarbeitsgericht*) e *financeira* (Tribunal Federal das Finanças – *Bundesfinanzhof*).

<sup>763</sup> Destacando as diferenças existentes em cada sistema jurídico, Odete Medauar assinala que a Alemanha, a Suécia e Portugal adotam a jurisdição dupla “numa versão que se pode intitular de pura ou completa”, ao passo que “a Itália e a Bélgica instituíram a jurisdição dupla incompleta”. *Controle da administração pública*, p. 161.

*intermediários* entre o da unidade e o da dualidade de jurisdição. Característica destes tribunais administrativos é o exercício de função jurisdicional que, salvo os recursos cabíveis no bojo de cada processo, não se sujeita à revisão por outro órgão judiciário.

Themístocles Cavalcanti insere tais tribunais administrativos no âmbito do que ele chama de *justiça administrativa autônoma*, regime vigente “naqueles países em que existe um organismo estranho à administração para conhecer e julgar das reclamações contra os atos por ela praticados, mas constituindo órgão próprio”<sup>764</sup>. Acrescenta que “os tribunais administrativos são órgãos jurisdicionais, por meio dos quais o poder executivo impõe à administração o respeito ao Direito”.<sup>765</sup>

Parece não haver razões, senão ideológicas, para se permanecer situando formalmente tais órgãos judicantes fora do aparelho do Poder Judiciário. Ora, na medida em que se consagra a sua independência em relação à estrutura hierárquica da Administração Pública e, sobretudo, aos desejos do Governo, igualam-se eles aos órgãos judiciários. Daí concordarmos com a posição de Seabra Fagundes de que, a partir do momento em que se atribui aos membros do tribunal administrativo prerrogativas funcionais e garantias próprias da magistratura, ficam eles equiparados aos membros do Judiciário, razão pela qual “a distinção que se fizesse, então, entre os tribunais administrativos e comuns, seria puramente nominal”.<sup>766</sup>

O que importa destacar como principal característica dos órgãos integrantes do Poder Judiciário é justamente a sua independência funcional em relação aos representantes do governo que dirigem a Administração Pública, o que lhes propicia atuar com a necessária imparcialidade nos julgamentos e conferir a estes a vocação à formação definitiva da coisa julgada formal e material. Não se deve, portanto, centrar a distinção na natureza das atividades desempenhadas, até porque, ontologicamente falando, a atividade jurisdicional é uma atividade de concretização da lei, portanto, uma atividade de administração da justiça nos casos concretos. Vale dizer, no que concerne a sua essência, não há diferença entre os atos de julgamento praticados por órgãos

<sup>764</sup> *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Freitas Bastos, 1977, p. 340.

<sup>765</sup> *Idem*. Acrescenta o autor que “deve-se, porém, distinguir os casos em que o órgão da administração que julga as questões contenciosas administrativas é o próprio poder, a mesma autoridade que praticou o ato, ou se é a chamada justiça administrativa. A distinção é importante porque, se no primeiro caso a sujeição parece manifesta, no segundo ela não existe porque a justiça administrativa, embora integrada dentro do sistema da administração pública, a ela se sobrepõe pela própria natureza de sua função jurisdicional. Nenhuma colisão existe, portanto, do princípio que serve de base à instituição da justiça administrativa, com a idéia geralmente aceita no Direito moderno da separação dos poderes. Como observa Bielsa, para atingir o seu objetivo, a ação administrativa deve ser contínua e integral. Assim concebida, diz o aludido autor, a jurisdição administrativa é considerada apenas uma faculdade jurisdicional do poder administrativo e não pode ser considerada uma *jurisdição*, no sentido técnico formal. (...) Os tribunais administrativos não transferem as suas atribuições às autoridades judiciais; são apenas uma das formas por meio das quais se exerce a autoridade administrativa”. *Ib idem*.

<sup>766</sup> Seabra Fagundes, *op. cit.*, p.158. Acrescenta o autor: “Nem procede a objeção que se possa fazer da possibilidade de outorgar aos funcionários dos tribunais administrativos garantias próprias dos magistrados comuns, porque, como nota Ranalletti, isto seria equipará-los a estes, pondo-os a cavaleiro das influências do Poder Executivo, já não havendo razão para repelir, só por si, a entrega ao Poder Judiciário, como órgão único, do controle jurisdicional”. *Idem*.

judiciais (integrantes do Poder Judiciário) e órgãos não-judiciais, havendo neste sentido uma aproximação crescente entre o processo administrativo e o processo judicial, como assinalou Kelsen.<sup>767</sup>

Após destacar a dificuldade em se apontar critérios subjetivos ou orgânicos de distinção entre as funções administrativa e jurisdicional, Athos Gusmão Carneiro aponta que “o ato jurisdicional de composição da lide (sentença de mérito) adquire a ‘*autoridade de coisa julgada*’, ou seja, seus efeitos tornam-se *imutáveis*”, ao passo que as decisões administrativas “podem apenas *precluir* no âmbito da administração (não admitem recurso administrativo), mas estão sujeitas, sem exceção, *quanto à sua legalidade*, ao reexame pelo Judiciário”.<sup>768</sup> A diferença, pois, está tão-somente na força que o ordenamento confira aos julgamentos, único critério objetivo que servirá para distinguir os atos *jurisdicionais* em sentido estrito dos atos *administrativos de julgamento*. Este mesmo raciocínio se aplica nos sistemas jurídicos nos quais a jurisdição administrativa é exercida também por órgãos não-judiciais, isto é, em que tanto os atos administrativos de julgamento (*Administração julgadora*) quanto os atos jurisdicionais em matéria administrativa (*Jurisdição administrativa*) são reservados a órgãos do Poder Executivo, como acontece tradicionalmente na França.

Na lição de Marcelo Caetano, mesmo que seja o ato *jurisdicional* da competência de um órgão integrante do Executivo (externo, portanto, à estrutura do Poder Judiciário), este órgão age com a indispensável *imparcialidade* e independência funcional, ao contrário do que acontece com o simples ato administrativo de julgamento na esfera dos recursos hierárquicos.<sup>769</sup> Por outro

<sup>767</sup> Para Kelsen, nas Constituições modernas, a separação da justiça e da administração é muito mais acentuada que a da legislação e da execução. Todavia, com a aproximação crescente do processo administrativo e do processo judicial, entre outras razões pelo desenvolvimento da Justiça administrativa, a importância dessa separação não cessa de diminuir. *Teoria geral do direito e do estado*, 2. ed., Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1992, p. 122.

<sup>768</sup> *Op. cit.*, p. 23. Para o jurista, “se, em geral, é bastante precisa a distinção entre o ato jurisdicional e o ato legislativo, apresenta-se tarefa complexa a de buscar teoricamente, em linhas nítidas, os elementos que permitam discernir entre o ato jurisdicional e o ato administrativo. Em muitos países, inclusive, a doutrina dominante, negando ao Judiciário a qualificação de ‘Poder’, é no sentido de considerar a jurisdição apenas como modalidade, embora bastante diferenciada, da administração, inexistente, assim, uma distinção essencial entre o ato administrativo e o ato jurisdicional. No direito brasileiro, o Judiciário é *um dos Poderes da União*, ‘independentes e harmônicos’ entre si (CF, art.2º). A distinção não será certamente encontrada pelo *critério subjetivo* ou *orgânico* (de quem praticou o ato), pois os juízes também praticam atos administrativos, quer sob a forma *processual*, no exercício da chamada ‘jurisdição voluntária’, ‘graciosa’ ou ‘administrativa’, quer praticando os atos de autogoverno da magistratura e de administração dos serviços judiciários. A distinção deve, pois, ser buscada na conjugação de diversos critérios *de ordem subjetiva*”. *Idem*, p. 21.

<sup>769</sup> “Qual a diferença então entre o ato administrativo e este ato jurisdicional praticado por um órgão de Administração? É que o ato administrativo é a decisão do órgão que realiza interesses, é uma decisão da Administração como titular de certos interesses na qualidade de interessada ou *parte*. Ao passo que o ato jurisdicional resolve conflitos de interesses, mesmo quando estejam em causas interesses públicos e interesses particulares. Quando prossegue interesses, a Administração deve procurar todos os caminhos legais e lícitos para dar conta da sua missão usando de iniciativa. Ao julgar conflitos, o órgão administrativo deve colocar-se acima dos interesses para averiguar se as pretensões em colisão estão, ou não, conformes com a lei, no propósito de resolver imparcialmente. Na definição do ato administrativo importa, pois, incluir o elemento diferencial do ato jurisdicional, acentuando que a Administração Pública, quando o pratica, está a levar por diante a realização de interesses que a lei põe a seu cargo para que deles trate como coisa sua. Como dizer isto? Costumo, para significar este modo de atuar, empregar o verbo *prosseguir*, por não conhecer outro que exprima tão bem o que quero dizer. Verbo que não deve confundir-se com *perseguir*: porque, como em qualquer dicionário pode ser verificado, perseguir é ir no encalço de alguém, seguir de perto, ao passo que prosseguir é dar seguimento, assegurar a continuidade”. *Princípios fundamentais do direito administrativo*, p. 120-121.



lado, inspirados na tradição francesa da jurisdição administrativa, que busca uma maior especialização do órgão julgador, muitos países europeus atribuem tal atividade (jurisdição administrativa no sentido estrito) a órgãos integrantes da estrutura orgânica do Poder Judiciário, optando assim por criar tribunais judiciais com competência especial para julgar litígios administrativos ou, então, dentro de um mesmo tribunal, juízos especializados em matérias administrativas, ao lado dos juízos comuns.

Themístocles Cavalcanti se refere a tais atividades judicantes especiais ao falar da *justiça administrativa como ramo da justiça comum*: “um dos meios preconizados para a constituição da justiça administrativa está apenas na diferenciação de certos tribunais ou câmaras de tribunais, com especificação para conhecer das questões administrativas, *ratione materiae* ou *ratione personae*”.<sup>770</sup> Ainda segundo Marcelo Caetano, a tendência atual é realmente especializar os órgãos no seio do Poder Judiciário, “admitindo também, nos tribunais superiores colegiados, a existência de câmaras, secções ou salas que assegurem até à instância suprema essa especialização dos juízes”.<sup>771</sup>

O sistema judicial na Alemanha, por exemplo, é dividido entre jurisdições especiais e independentes, dentre elas a *jurisdição administrativa*. Mas, não obstante tal pluralidade de jurisdições, todas são exercidas por órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário, reunidos pela Constituição em um todo único.<sup>772</sup> Destarte, a especialidade – marca característica do sistema judicial alemão que enseja até mesmo a adoção de regulamentos processuais específicos (como, v.g., o código de processo administrativo – *Verwaltungsprozessordnung*) –, revela a ocorrência, naquele país, de um sistema misto que traz influências tanto do sistema inglês quanto do francês.

<sup>770</sup> *Op. cit.*, p. 344.

<sup>771</sup> *Op. cit.*, p. 484.

<sup>772</sup> Sobre a jurisdição administrativa na Alemanha, assim escreve Fritz Fleiner: “No puede negarse que, como en la formación de las demás teorías políticas alemanas, influyó también mucho en esta discusión el ejemplo de Francia. Al implantar Francia su nueva organización administrativa en el año 1801, eliminó definitivamente el control de la Justicia sobre la Administración, control conferido por el *ancien regime*, creando el legislador en la Administración misma autoridades especiales de protección jurídica (los *Conseils de préfecture* y *Conseil d’Etat*) y encargando a éstas la misión de fallar los litigios planteados entre la Administración pública y los ciudadanos (*le contentieux administratif*). El movimiento para la implantación de una ‘jurisdicción administrativa’ judicial en Alemania, tuvo que rechazar ante todo la creencia de que no se necesitaba una mayor protección jurídica en los llamados asuntos contencioso-administrativos, y de que las autoridades administrativas aplicaban el Derecho administrativo con la misma imparcialidad que los Tribunales, puesto que no estaban interesados personalmente en los asuntos que se les encomendaban. No fué difícil desvirtuar esta objeción y justificar, con las experiencias de la vida cotidiana, la necesidad de un control judicial sobre la Administración. Además, se consideró como cosa comprensible que una plena protección jurídica no podía ser garantizada más que por Tribunales independientes (‘justicia administrativa’). (...) Los Tribunales administrativos ejercen funciones judiciales. Jurisdicción administrativa significa jurisdicción sobre la Administración; su misión consiste en una revisión judicial de los actos administrativos. (...) La justificación en Derecho Público de la jurisdicción administrativa estriba en la consideración de que el ciudadano debe tener la posibilidad de hacer revisar la legalidad de un acto administrativo que le perjudica, por una instancia judicial que sea inaccesible a influencias políticas, contrarias a la realización del Derecho. (...) La jurisdicción contencioso-administrativa constituye esencialmente una rama de la Jurisdicción. Se coloca en el mismo rango que la jurisdicción civil y la penal. Si en la legislación alemana los Tribunales criminales y civiles son considerados como Tribunales ordinarios, débese ello a su prioridad histórica sobre los Tribunales contencioso-administrativos, como Tribunales históricamente posteriores”. *Instituciones de derecho administrativo*. Barcelona – Madrid – Buenos Aires: Editorial Labor S.A., 1933, p. 190-199.

Em outros casos, mesmo não sendo criados tribunais especializados, especializam-se órgãos de um mesmo tribunal, isto é, “varas e seções especializadas do aparelhamento judiciário, com competência privativa ou predominante para conhecerem e decidirem litígios administrativos”.<sup>773</sup> Nesses casos, assinala Odete Medauar, “aditem-se órgãos ou varas especializadas (que não significa justiça especial) mas inseridas entre os órgãos de uma única ordem de jurisdição”<sup>774</sup>.

Seja como for, praticamente não mais se encontram países que adotem o sistema de contencioso administrativo puro do tradicional modelo francês.<sup>775</sup> Na opinião de Fernando Mendes de Almeida – um dos mais ferrenhos críticos do sistema contencioso<sup>776</sup> –, “as varas, as câmaras julgadoras especializadas e até os tribunais administrativos especializados são, realmente, uma necessidade, dada, sobretudo, a expansão do direito administrativo positivo em países novos, como, v.g., o nosso”<sup>777</sup>, asseverando, todavia, que “todos esses órgãos devem pertencer ao Judiciário em *caráter exclusivo*”.<sup>778</sup> Outro grande crítico do sistema contencioso francês – o professor Mário Masagão – chegou a asseverar que “na forma absoluta, o instituto é na verdade incompatível com a civilização”.<sup>779</sup>

De tudo quanto dito, infere-se que a clássica distinção feita entre o sistema de jurisdição única e o sistema dual não tem mais a mesma nitidez de outrora, pois a maioria dos modelos de jurisdição hodiernamente adotados nos países já podem ser genericamente enquadrados no chamado sistema de jurisdição única em seu sentido tradicional<sup>780</sup> – eis que a atividade de julgamento de conflitos com força de produzir coisa julgada é exercida tipicamente por órgãos independentes que, segundo a organização constitucional dos poderes, integram o Poder Judiciário –, com algumas variantes. Em verdade, as principais distinções se restringem basicamente a três variantes: *I*<sup>a</sup>) o órgão judicial é exatamente o mesmo que cuida da justiça

<sup>773</sup> Eduardo Gualazzi, *op. cit.*, p. 114.

<sup>774</sup> *Controle da administração pública*, p. 163-164.

<sup>775</sup> Além da própria França, citem-se Suíça, Finlândia, Grécia, Polônia e Turquia, com algumas adaptações em cada um.

<sup>776</sup> Assim escreve o jurista acerca dos julgamentos feitos por funcionários da Administração Pública: “Que se vê aí? Nada menos que o estranhável fenômeno de alguém julgar como parte no feito. Um absurdo indefensável. Nada mais! (...) Ora, se, como sustentamos, a tutela jurídica como atividade jurídica sempre contenciosa se traduz pela jurisdição e esta constitui *função específica* do Poder Judiciário, não podemos compreender, agora, que nos casos em que a Administração Pública resolva que o assunto é administrativo, ela mesma, por seus órgãos, julgue o litígio. É que, não somente nos parece incontestável que a jurisdição no sentido restrito e adequado não é matéria de direito administrativo, como também não se nos apresenta, como de conteste lisura, que alguém possa julgar em causa própria e fazer com que tal julgamento prevaleça. Portanto, aqui já temos o conceito que convém, em nosso sentir, ao contencioso administrativo: a) formalmente, é o sistema em que, atenta a natureza administrativa das controvérsias entre a Administração Pública e o administrado, há um tribunal ou um juiz de arremedo, porque em nome de uma das partes é que julga; b) materialmente, é o conjunto de órgãos da Administração Pública que, em causa própria, julga certas demandas em que o Executivo é interessado”. *Noções de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 152.

<sup>777</sup> *Idem*, p. 153, nota de rodapé.

<sup>778</sup> *Ib idem*.

<sup>779</sup> *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974. **VER A PÁGINA**

<sup>780</sup> Conforme já enfocado anteriormente, a tradicional distinção entre os sistemas inglês e francês sempre esteve centrada no exercício ou não da atividade julgadora por um órgão integrante do Poder Judiciário, haja vista as diferentes acepções acerca do princípio da separação dos poderes nos dois países.

comum, sem qualquer especialização (modelo ainda predominante na Inglaterra e nos Estados Unidos da América); 2<sup>a</sup>) o órgão judicial é o mesmo que cuida da justiça comum, mas há, dentro dele, subdivisões especializadas (é o que já acontece no Brasil, com as varas da Fazenda Pública, as varas especializadas previdenciárias, dentre outras); 3<sup>a</sup>) o órgão judicial é especializado e distinto da justiça comum (é o que ocorre na maioria dos países da Europa, nos quais existem Tribunais Administrativos que integram o Poder Judiciário, a exemplo de Portugal, Espanha, Itália e Alemanha).

No Brasil sempre predominou o sistema inglês de jurisdição única, com algumas rápidas e frustradas tentativas de adoção do sistema dual do contencioso administrativo na época do Império e mesmo no período republicano.<sup>781</sup> Na época do Brasil-colônia, explica Cretella Júnior, “nem se cogita do problema dos dois tipos de jurisdições, porque a concentração de todos os poderes na pessoa do monarca impedia o pronunciamento livre e objetivo de qualquer magistrado”.<sup>782</sup> No Império brasileiro, a despeito das influências das doutrinas políticas que pugnavam o ideal de separação de poderes, o monarca manteve a sua supremacia decisória ao exercer o chamado *Poder Moderador* previsto na Carta Política de 1824, por meio do qual intervinha sobre as decisões dos órgãos dos demais poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). Além disso, o Imperador conservou o poder de julgamento dos litígios administrativos, seja por ato próprio, seja por ato do Conselho de Estado por ele presidido, excluindo tais conflitos da apreciação do Poder Judiciário. O Conselho de Estado foi extinto pela Lei n.16, de 1834, mas novamente criado pela Lei n.234, de 1841, vigorando até a proclamação da república.<sup>783</sup>

<sup>781</sup> Consoante leciona Odete Medauar, “por influência francesa, no período imperial parecia que o Brasil se inclinava para a instituição de uma jurisdição administrativa. Assim, a Constituição de 1824 criou um Conselho de Estado, que foi extinto pelo Ato Adicional de 1834 e instaurado novamente pela Lei 234, de 23.11.1841. Foi abolido tacitamente pelo Decreto n.1, de 15 de novembro de 1889. O Conselho de Estado atuou muito mais como órgão de assessoramento do Imperador para assuntos graves e medidas gerais, do que com atuação jurisdicional, mesmo contida; embora o art.7º, inc. 4º, da Lei 234, de 23.11.1841 tenha lhe atribuído a manifestação por consulta do Imperador, sobre conflitos de jurisdição entre as autoridades administrativas e entres estas e as judiciárias, o Conselho de Estado não firmou tradição como órgão jurisdicional, como o Conselho de Estado Francês. O Visconde de Uruguay teceu muitas críticas ao seu funcionamento pela demora em que se manifestou sobre litígios administrativos, acarretada, sobretudo, pela ausência constante do Imperador, que o presidia (cf. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, vol.1º, 1862, p. 308). A Constituição de 1891 adotou o sistema de jurisdição una, por força das disposições do art. 60, que permaneceu desde então, reiterado que foi nos textos constitucionais posteriores. Ressalte-se que a Emenda Constitucional n. 1/69 e a Emenda n. 7/77 previram a criação por lei, de contencioso administrativo (não se tratava de verdadeiro contencioso), o que não ocorreu. A Constituição de 1988 não se refere a essa possibilidade”. *Controle da administração pública*, p. 165.

<sup>782</sup> *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, v X, 1972, p. 213. *Apud* Eduardo Gualazzi. *Op. cit.*, p. 136. Acrescenta o autor que “tal situação, porém, não era peculiar às causas em que a Administração pugnava com o particular. Era o vício insanável, típico dos regimes absolutistas, em que a magistratura fraca e superveniente se prostrava aos pés da onipotência governamental. Nem qualquer autoridade ia ou podia ir de encontro ao que o governo julgasse de interesse público, porque o rei tinha meios para impedir o pronunciamento de qualquer autoridade, já que os juízes, delegados e instrumentos do Poder Executivo, formavam um único poder indiviso”. *Idem*.

<sup>783</sup> Rosalina Corrêa de Araújo explica que “o poder judicial na Constituição imperial era formalmente separado e independente dos demais poderes. Todavia, foi negada aos membros do Poder Judicial a garantia de inamovibilidade, e, por conseguinte os juízes poderiam ser transferidos ou suspensos por ato do imperador. Por outro lado, foi assegurada aos membros da magistratura a garantia de perpetuidade, que dependia, entretanto, de decisão do imperador no exercício do Poder Moderador. (...) Por estas razões é que entendemos que, no Império, o Poder Judicial era um poder proscrito, pois a sua autonomia – tanto a estrutural como a judicial – era relativa, estando sujeita às interferências do Poder Moderador. (...) Na Constituição imperial, paralelamente

Neste período imperial, como leciona Rosalina Corrêa de Araújo, “o controle de legalidade dos atos administrativos se realizava, na medida em que o cidadão reclamava um direito subjetivo pela via do contencioso administrativo, e o Conselho de Estado o processava e decidia”<sup>784</sup>, havendo posições favoráveis e contrárias a este modelo de jurisdição. Ensina Castro Nunes que, segundo o entendimento de alguns, “o Judiciário seria impróprio para a função de dirimir as contendas, por aplicação de leis de caráter administrativo, sendo necessário criar ou organizar a jurisdição administrativa”<sup>785</sup>, enquanto outros defendiam “que se deveria aboli-la, entregando à Justiça toda a competência contenciosa em tais questões, porque só por magistrados inamovíveis poderia ser exercida”<sup>786</sup>. Mas o Conselho de Estado brasileiro nunca teve o mesmo papel que aquele existente no contencioso administrativo francês da mesma época, haja vista a sua dependência em relação à figura do nosso Imperador, o que, na França, já havia sido superado.<sup>787</sup>

---

ao contencioso judicial – objeto do Poder Judicial –, também vigorava o contencioso administrativo – objeto do Conselho de Estado. Assim, as questões contenciosas, naquele período, se dividiam entre o Poder Judicial e o Conselho de Estado, superpostas pelo Poder Moderador. Desta forma, nesta Constituição, o Conselho de Estado não pode ser desprezado nos estudos sobre o Poder Judicial. (...) O que se verifica, finalmente, é que o Poder Judicial, embora já firmado como um dos poderes, não tinha, no período imperial, autonomia e independência bem definidas, perdendo seu espaço para o Poder Executivo (contencioso administrativo) e para o Conselho de Estado, ambos comandados pelo imperador – no primeiro como chefe, no segundo como presidente. O imperador exercia também a chefia do Poder Moderador – idealizado no Brasil diferentemente da proposta de Benjamin Constant – que, por determinação constitucional, também detinha alta parcela das funções jurisdicionais. O Poder Judicial imperial procurou se afastar, após a outorga da Constituição Política, do modelo judicial colonial e do Reino Unido, mas a supervalorização do Poder Moderador e a centralização das suas decisões na linha da administração, decorrentes também do modelo unitário de Estado, restringiram as competências do Poder Judicial e viabilizaram o fortalecimento do poder administrativo, que incluía nas suas atribuições poderes jurisdicionais, inclusive para definir o que era da competência do Poder Judicial”. *O Estado e o poder judiciário no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 39-41 e 85.

<sup>784</sup> *Idem*, p. 53. Aduz a autora que “este mecanismo de controle de legalidade, pela via do contencioso administrativo, gerava polêmica entre os publicistas daquele período. Os que eram contra formavam opinião de que toda questão contenciosa deveria ficar a cargo dos tribunais judiciários, pois o contencioso administrativo não era senão uma usurpação feita à Justiça ordinária, e os que o defendiam demonstravam que havia necessidade de se atribuir o conhecimento da questão ao governo, através de seu Conselho de Estado. Na linha de defesa da existência do contencioso administrativo, entendiam alguns que, resolver as questões administrativas ou governamentais através dele, seria o mesmo que administrar ou governar, e que, transferir essa competência da administração ou do governo à autoridade judiciária e a seu processo moroso, seria subordinar e aniquilar toda a força governamental, impossibilitando-a de cumprir a sua grande missão. O Conselho de Estado não se configurava em um tribunal, e as suas decisões no contencioso administrativo obedeciam à sistemática da lei, que previa a realização de reunião plena, por consulta em sessões e por parecer”. *Idem*.

<sup>785</sup> *Da Fazenda Pública em juízo*. 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1960, p. 276. Acrescenta que “uma das razões que militam a favor das vias administrativas como jurisdição separada das vias judiciárias para as causas do Estado, como Administração, é a de que os magistrados judiciais são em geral *privativistas*, muito inclinados ao individualismo jurídico, que exageram, deixando em abandono os fins sociais da lei; ao passo que as vias administrativas, servidas por magistrados de cultura especializada e mais desenvolvido espírito público, amparam o direito individual com melhor compreensão do interesse geral, quicá comprometido no seu reconhecimento”. *Op. cit.*, p. 281.

<sup>786</sup> *Idem*.

<sup>787</sup> “Na época imperial o Brasil não teve, a rigor, o instituto do contencioso administrativo, como jurisdição administrativa totalmente independente da Administração ativa e do Poder Judiciário, a exemplo do contencioso administrativo francês, tal como passou a constituir-se a partir de 1872 (adoção da *justiça delegada*). Com efeito, o Imperador sempre pôde rever e alterar as decisões do Conselho de Estado sobre matéria contenciosa administrativa, situação que recorda a daqueles dez anos (1789-1799) em que a França conheceu o fenômeno da Administração-Juiz (funcionários da Administração ativa que julgavam litígios administrativos), bem como relembra, *mutatis mutandis*, a do período francês inaugurado pelo Imperador Napoleão Bonaparte, no tocante à ‘justiça retida’ (...) Portanto, a *doutrina* do Brasil-Império, em harmonia com o *jus positum* e com os costumes político-institucionais daquela época, deixa nítido que, desde 1822 até 1889 (da Independência à República), o Brasil nunca conheceu, verdadeiramente, o instituto do *contencioso administrativo*, tal como conceituado pela Ciência do Direito e definido pelo Direito Administrativo Comparado. No máximo, tivemos no Brasil-Império um arremedo de justiça administrativa, alheia ao Poder Judiciário, *mas totalmente dependente da Administração ativa*, na qual se inseria e a que se *subordinava* por texto legal, expresso e claro”. Eduardo Gualazzi, *op. cit.*, p. 139-140.

Com a proclamação da República e a adoção do sistema presidencialista no Brasil, foi abolido o Poder Moderador e os mecanismos de contencioso administrativo, atribuindo-se ao Poder Judiciário a função de apreciar inclusive os litígios entre a Administração Pública e os particulares. Nas palavras de Ruy Barbosa ao comentar a Constituição de 1891, “ante os arts. 59 e 60 da nova Carta Política, é impossível achar-se acomodação no Direito brasileiro para o *contencioso administrativo*”.<sup>788</sup> Mas, apesar de não existir entre nós o verdadeiro contencioso administrativo (com função jurisdicional), Athos Gusmão Carneiro assinala que “é, entretanto, usada tal denominação com relação aos ‘Tribunais’, Conselhos, ou outros órgãos administrativos que exercem funções decisórias no âmbito da administração e *sem eficácia de coisa julgada material*”.<sup>789</sup>

Não obstante, o nosso modelo federativo abriu espaço para uma outra espécie de “dualidade”, segundo denominam alguns autores quando se referem à repartição da jurisdição entre a União e os Estados-membros<sup>790</sup> implementada com a organização do Poder Judiciário nacional a partir do Decreto n. 848 de 1890. Afora alguns altos e baixos quanto à independência e definição de competências do Poder Judiciário (mormente nos períodos ditatoriais das Cartas de 1937<sup>791</sup> e 1967/1969<sup>792</sup>), o fato é que durante todo o período republicano brasileiro adotou-se

<sup>788</sup> *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, 1933, IV/429. *Apud* Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 53.

<sup>789</sup> *Op. cit.*, p. 36. O autor se refere a “jurisdições anômalas” como aquelas exercidas por órgãos alheios ao Poder Judiciário. Menciona o Tribunal de Contas, cujas atribuições “são de natureza administrativa. Entretanto, quando ‘julga’ as contas ‘dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos’, tal julgamento impõe-se ao Poder Judiciário no que concerne ao aspecto contábil, sobre a regularidade da própria conta; o julgado do Tribunal de Contas constitui *prejudicial* no juízo penal, como apuração, da qual o juiz não se pode afastar, de elemento de fato necessário à tipicidade do crime (José Cretella Júnior, Tribunal de Contas, *Dicionário*, cit. Seabra Fagundes, *O controle*, cit., n. 62). Da mesma forma, tal *julgado* impõe-se na ação de ressarcimento promovida contra o responsável pelo alcance”. Menciona também o Tribunal Marítimo, “conceituado como ‘órgão auxiliar do Poder Judiciário’ e vinculado ao Ministério da Marinha (hoje Comando da Marinha), não interfere no monopólio jurisdicional do Poder Judiciário. Suas decisões, relativas a responsabilidades técnicas por acidentes de navegação, constituem em juízo apenas elemento de prova, com presunção de certeza (Lei n. 2180, de 5-2-1954, modificada pela Lei 5056, de 29-6-1966; Dec. 72.169, de 4-5-1973). As decisões do Tribunal Marítimo, julgou a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ‘podem ser revistas pelo Poder Judiciário; quando fundadas em perícia técnica, todavia, elas só não subsistirão se esta for cabalmente contrariada pela prova judicial’ (Resp. 38082, ac. 20-5-1999, rel. Min. Ari Pargendler, DJU, 4 out. 1999, p.52)”. *Op. cit.*, p. 15-16.

<sup>790</sup> Este sistema dual de justiça (federal e estadual) não deve ser confundido com aquele referente ao contencioso administrativo francês. A Constituição de 1891, confirmando a organização judiciária adotada pelo Decreto 848/1890, estabeleceu o modelo dual de justiça consectário do pacto federativo. Não se trata aqui de repartição de jurisdição entre órgão administrativo e órgão judicial, mas sim entre órgãos integrantes do Poder Judiciário nas esferas federal e estaduais. Rosalina de Araújo explica que “na organização do Poder Judiciário definida pela Constituição de 1891, optou-se, entre efusivos debates, pela adoção do modelo dual de Justiça, ao contrário do que ocorrera no Império, onde, naturalmente, prevaleceu o sistema de unidade das Justças, que correspondia ao próprio modelo unitário de Estado. O modelo dual é consequência dos princípios republicano e federativo”. *Idem*, p. 102-103.

<sup>791</sup> Segundo Rosalina de Araújo, “a divisão de poderes no regime constitucional de 1937 ficou obscurecida; em consequência o Poder Executivo foi fortalecido, o Legislativo, violado, e o Judiciário, limitado nas suas competências jurisdicionais, especialmente nas referentes ao julgamento de *habeas corpus*. A constituição outorgada também não incluiu em seu texto o recém-criado mandado de segurança, como também não se referiu ao histórico instituto do júri. (...) As garantias das magistraturas não foram confirmadas e os juízes ficaram impedidos de exercer o magistério; foi-lhes permitido, quando em disponibilidade, exercer cargos de confiança direta do Presidente da República. (...) O texto da Constituição de 1937 explicitou a sua ideologia e permitiu que um poder único, ou seja, a força pessoal do chefe de Estado, permeasse toda a nação, interferindo no processo de consolidação democrática, enfraquecendo o Poder Judiciário e derruindo todos os direitos de cidadania conquistados com o advento da República”. *Idem*, p. 407-408.

<sup>792</sup> “O regime político que teve início em 1964 sufocou o Poder Judiciário, que viu suprimidas as suas garantias e restringida a sua autonomia para o exercício das funções jurisdicionais, principalmente no que se refere aos assuntos relacionados com os

um sistema de *jurisdição única*, ou seja, de jurisdição exercida apenas por órgãos integrantes do Poder Judiciário nacional, havendo dualidade apenas no sentido deste poder jurisdicional único ser distribuído entre órgãos federais e estaduais<sup>793</sup>.

A Constituição de 1967 foi alvo das Emendas Constitucionais 01/69 e 07/77 que intencionaram recriar espécies de contencioso administrativo entre nós. Mas não se tratou tecnicamente de uma jurisdição administrativa no sentido estrito mencionado alhures, pois não se afastou por completo o controle judicial. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o ressurgimento do contencioso administrativo deu-se aí de maneira bastante tímida<sup>794</sup>, haja vista as limitações quanto às pessoas sujeitas à competência administrativa, às matérias por ela alcançadas e à definitividade de suas decisões.<sup>795</sup> A atual Constituição Federal de 1988 é clara ao atribuir, a órgãos integrantes do Poder Judiciário, a jurisdição sobre matéria administrativa, na medida em que contempla em seu art.5º, inc. XXXV<sup>796</sup>, o *princípio da inafastabilidade* do controle judicial.

Cabe aos órgãos do Judiciário brasileiro a última palavra sobre os litígios envolvendo o Poder Público, mesmo quando já tenham sido estes apreciados nas instâncias internas da Administração<sup>797</sup>. O fato de a legislação admitir um processo administrativo de natureza

direitos fundamentais. As restrições impostas ao Poder Judiciário se acentuaram com mais evidência com as atribuições concedidas à Justiça Militar para julgar crimes de natureza política ou que contrariassem a Lei de Segurança Nacional”. *Idem*, p. 410.

<sup>793</sup> Frise-se mais uma vez que a expressão “jurisdição dual” aqui não é utilizada no mesmo sentido da jurisdição dual francesa do contencioso administrativo.

<sup>794</sup> “A Reforma do Judiciário, introduzida pela Emenda n.7, de abril de 1977, reinstitucionalizou o Contencioso Administrativo, aqui entendida a expressão em seu sentido *formal* – órgão ou conjunto de órgãos competentes para exercer jurisdição, com ou sem definitividade em suas decisões, em hipóteses de ameaça ou lesão de direitos subjetivos pela Administração. A Constituição de 1967, desde a Emenda Constitucional n.1, de 17 de outubro de 1969, já continha o nebuloso art.111, a respeito do qual dissentiam os publicistas. Alguns, nele viam uma fenda no sistema de jurisdição uma, com a abertura da possibilidade de criação de tribunais administrativos do Poder Executivo com funções formalmente jurisdicionais, com definitividade em suas decisões; outros, não lhe admitiam mais que a previsão de órgãos administrativos com funções apenas materialmente jurisdicionais, com suas decisões sujeitas à apreciação plena do Poder Judiciário. (...) O objetivo prioritário da Reforma foi o desafogar-se a Justiça Federal que, já em 1975, apresentava a expressiva soma de 318.000 feitos em primeira instância e 7.000 na segunda. Além da recriação do Contencioso Administrativo, aqui tratado, o aumento do número de Ministros do Tribunal Federal de Recursos (de 13 para 27) e a redução das hipóteses de competência por via recursal, como resultado indireto da restrição de competência dos juízes federais (art.125), convergiram para alcançar aquele objetivo. Este objetivo imediato determinou o ressurgimento do Contencioso Administrativo de forma bastante limitada, quase tímida, diríamos”. *Contencioso administrativo*, p. 70-71.

<sup>795</sup> O autor aponta três ordens de limitações ao contencioso administrativo previsto na reforma dada pela Emenda n.07/77: “a) *quanto às pessoas* – somente se as questões se travarem entre a União, os Estados, o Distrito Federal, os municípios e as respectivas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, ou entre umas e outras, é que a competência administrativa será *plena*, quanto à matéria, e *definitiva*, quanto à força decisória (art.205); (...) b) *quanto à matéria* – o Contencioso Administrativo ficou adstrito, salvante a hipótese de competência plena, acima referida, às seguintes matérias: questões de servidores (art.111), fiscais, previdenciárias e relativas a acidentes de trabalho (art.203); c) *quanto à definitividade* – o Contencioso Administrativo ficou limitado segundo critérios *sui generis*: nem se lhe atribui definitividade às decisões administrativas, nem se o compatibilizou estritamente com o sistema de jurisdição uma, tornando-o peça formal do Poder Judiciário. Esta ambigüidade se deve à permissão que poderá ser aberta por lei à parte vencida na instância administrativa, para recorrer diretamente ao tribunal competente; não utilizado o permissivo (quicá sujeito à técnica dos prazos), é de se entender que a decisão administrativa poderá transitar em julgado. No primeiro caso, estaremos diante da ablação de um grau de jurisdição; no segundo, poderá ocorrer a de ambos os graus (art.204)”. *Idem*, p. 71-72.

<sup>796</sup> “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”.

<sup>797</sup> Ressalve-se o fato de o administrado prejudicado deixar escoar *in albis* o prazo prescricional ou decadencial para ajuizamento da ação judicial visando anular o ato administrativo decisório. Outrossim, há ainda os casos em que a Administração, uma vez provocada em seu controle interno, decide recurso hierárquico a favor do administrado, quando então se dará a chamada “coisa

contenciosa<sup>798</sup> não obsta que o prejudicado dirija o seu pleito ao órgão judicial competente. Não existe, na estrutura do nosso Poder Judiciário brasileiro, tribunais especializados em causas administrativas, nem mesmo no que concerne às questões previdenciárias ou fiscais. Nas três esferas de poder da Administração Pública (federal, estadual e municipal), os litígios administrativos são da competência dos tribunais com jurisdição comum. No âmbito federal, tais questões são decididas pelos Tribunais Regionais Federais e seus Juízes Federais, enquanto nos âmbitos estadual e municipal são da competência dos Tribunais de Justiça dos respectivos Estados-membros e de seus Juízes de Direito. Mesmo existindo varas especializadas em matérias administrativas<sup>799</sup>, são elas integradas por juízes vinculados ao mesmo tribunal que os juízes das varas comuns.

Mantendo-se fiel ao sistema de jurisdição exclusivamente a cargo do Poder Judiciário, Diogo de Figueiredo há muito defendeu a criação, no Brasil, de tribunais judiciais

---

julgada administrativa”, que, no entanto, só vale em relação à Administração. Como leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “na função administrativa, a Administração Pública é parte na relação que aprecia; por isso mesmo se diz que a função é parcial e, partindo do princípio de que ninguém é juiz e parte ao mesmo tempo, a decisão não se torna definitiva, podendo sempre ser apreciada pelo Poder Judiciário, se causar lesão ou ameaça de lesão. Portanto, a expressão coisa julgada, no Direito Administrativo, não tem o mesmo sentido que no Direito Judiciário. Ela significa apenas que a decisão se tornou *irretratável pela própria Administração*. Embora se faça referência apenas à hipótese em que se exauriu a via administrativa, não cabendo mais qualquer recurso, existem outras possibilidades que abrangem os casos de irrevogabilidade dos atos administrativos. Aliás, a coisa julgada administrativa costuma ser tratada dentro do tema das limitações ao poder de revogar os atos da Administração”. *Direito administrativo*, p. 596. No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho ressalta que a decisão administrativa goza de definitividade meramente relativa: “No Direito Administrativo, a doutrina tem feito referência à *coisa julgada administrativa*, tomando por empréstimo o instituto em virtude de alguns fatores de semelhança. Mas a semelhança está longe de significar a igualdade entre essas figuras. Primeiramente, é preciso levar em conta que a verdadeira coisa julgada é própria da função jurisdicional do Estado, função essa que tem o objetivo de autorizar que o juiz aplique a lei no caso concreto. Ocorre que o sistema brasileiro de controle, como veremos mais detalhadamente adiante, só admite o exercício da função jurisdicional para os órgãos do Judiciário, ou, excepcionalmente para o Legislativo, neste caso quando a Constituição o autoriza. A Administração Pública não exerce função jurisdicional. Desse modo, embora possam ser semelhantes decisões proferidas no Judiciário e na Administração, elas não se confundem: enquanto as decisões judiciais podem vir a qualificar-se com o caráter da *definitividade absoluta*, as decisões administrativas sempre estarão desprovidas desse aspecto. A definitividade da função jurisdicional é *absoluta*, porque nenhum outro recurso existe para desfazê-la; a definitividade da decisão administrativa, quando ocorre, é *relativa*, porque pode muito bem ser desfeita e reformada por decisão de outra esfera de Poder – a judicial. A coisa julgada administrativa, desse modo, significa tão-somente que determinado assunto decidido na via administrativa não mais poderá sofrer alteração *nessa mesma via administrativa*, embora possa sê-lo na via judicial. Os autores costumam apontar que o instituto tem o sentido de indicar mera irretratabilidade dentro da Administração, ou a preclusão da via administrativa para o fim de alterar o que foi decidido por órgãos administrativos. Podemos conceituar, portanto, a coisa julgada administrativa como sendo a situação jurídica pela qual determinada decisão firmada pela Administração não mais pode ser modificada na via administrativa. A irretratabilidade, pois, se dá apenas nas instâncias da Administração. Essa figura ocorre comumente em processos administrativos onde de um lado está o Estado e de outro o administrado, ambos com interesses contrapostos. Suponha-se que o administrado, inconformado com certo ato administrativo, interponha recurso para uma autoridade superior. Esta confirma o ato, e o interessado utiliza novo recurso, agora para autoridade mais elevada, que também nega provimento ao recurso e confirma o ato. Essa decisão faz coisa julgada administrativa, porque dentro da Administração será ela irretratável, já que nenhum outro caminho existe para o administrado insistir na sua pretensão. Mas a definitividade do decisório administrativo é relativa, porque o administrado, ainda inconformado, poderá oferecer sua pretensão ao Judiciário, e este poderá amanhã decidir em sentido contrário ao que foi decidido pela Administração. Essa decisão judicial, sim, terá definitividade absoluta ao momento em que o interessado não mais tiver qualquer mecanismo jurídico que possa ensejar sua modificação”. *Direito Administrativo*, p. 772-773.

<sup>798</sup> Consoante abordado em tópico anterior, ressaltou-se a preferência pela utilização da palavra “processo” (ao invés de “procedimento”) também para a formação dos atos administrativos decisórios e não apenas no que tange à esfera judicial. Da mesma forma, já se alertou que a situação “contenciosa” dos processos resolvidos no âmbito interno da Administração (sem caráter de definitividade) não deve ser confundida com o chamado “contencioso administrativo”, empregado na terminologia francesa como sinônimo de “jurisdição administrativa” e que produz coisa julgada material.

<sup>799</sup> É o acontece, por exemplo, no âmbito da Justiça Federal em algumas regiões nas quais foram criadas varas especializadas em matéria previdenciária, agrária ou execução fiscal. Tais órgãos, ao lado das varas comuns, integram a mesma estrutura do Tribunal Regional Federal. Também nas Justças dos Estados se encontram varas especializadas nas ações contra a Fazenda Pública.

especializados em questões administrativas, a exemplo que já acontece com a Justiça Militar, a Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho, pois, no seu entender, “a justiça tem sofrido um contínuo processo de especialização para atender à diversificação da matéria contenciosa, conseqüência da complexificação da vida contemporânea”<sup>800</sup>, ressaltando que “a pluralidade de jurisdição, em substituição da jurisdição una, nada mais é que um imperativo do processo evolutivo que busca, cada vez mais, a resposta eficiente”.<sup>801</sup>

Eduardo Gualazzi também aventa a possibilidade de uma especialização da justiça administrativa no âmbito do Poder Judiciário, voltada para dirimir “os litígios administrativos, algo como *Justiça Administrativa* ou *Justiça Pública*, a exemplo da Justiça do Trabalho, da Justiça Eleitoral ou da Justiça Militar, *verbi gratia*, como existem no Brasil”.<sup>802</sup> Mas o jurista reconhece a existência de um outro modelo de justiça administrativa no Brasil, por meio das turmas e varas especializadas no âmbito do Poder Judiciário, daí porque tece severas críticas àqueles que, à época da Emenda Constitucional 07/77, defendiam a adoção de um contencioso administrativo entre nós.<sup>803</sup>

Fato é que não há previsão de criação de tribunais especializados em matérias administrativas, reputando-se suficiente a atuação das varas especializadas em matérias administrativas (fiscal, previdenciária, agrária, execução fiscal etc.) no âmbito dos tribunais já existentes. Aliás, registra-se atualmente no Brasil uma forte tendência de se retirar da competência judicial certas atribuições de controle sobre atividades administrativas, transferindo-as para a própria Administração Pública, tal como previsto, *v.g.*, em recente projeto de lei que pretende levar parte do procedimento da execução fiscal para a seara administrativa.<sup>804</sup>

<sup>800</sup> *Contencioso administrativo*, p. 15. O jurista salienta que “o advento do Estado do Bem-Estar Social, com sua multifária atividade, está hipertrofiando o Executivo cada vez mais”, ao passo que o Legislativo “já de há muito não basta para atender à pletera de normas que a Administração moderna exige”. Do mesmo modo, “assim como o Legislativo não estava preparado para o surto explosivo do Estado Social, o Judiciário, por seu turno, também não o estava. E, não obstante, urge outra solução que não seja a nefasta delegação jurisdicional. É para enfrentar este perigo que assoma, justamente nos países do *judicial control*, e mais, contra o hábito pernicioso de subtrair as atividades ao controle jurisdicional, com *acts of indemnity*, a idéia de que é preciso reforçar o Poder Judiciário, aparelhando-o convenientemente, atualizando-o e especializando-o para que não comprometa a mentalidade jurídica que as tradições nos legaram (...). Cumpre, portanto, examinar que vantagens pode oferecer o sistema dos tribunais administrativos sobre os demais. (...) Os tribunais administrativos somariam, assim, as vantagens do primeiro e do segundo sistema, surgindo como órgãos de um Poder Judiciário uno”. *Idem*, p.46-52.

<sup>801</sup> *Ib idem*. Perceba-se que o autor emprega as expressões “pluralidade de jurisdição” e “jurisdição una” no contexto do sistema de jurisdição única, isto é, jurisdição exercida apenas por órgãos do Poder Judiciário, ainda que vinculados a tribunais com distintas competências.

<sup>802</sup> *Op. cit.*, p. 114-115.

<sup>803</sup> “Já existem, no Brasil, a nível federal e estadual, em primeiro e segundo grau de jurisdição, Turmas e Varas especializadas em *justiça administrativa*, no âmbito do Poder Judiciário. Talvez por ser tão óbvia, esta evidência aparentemente fique esquecida, em algumas análises ligeiras sobre o tema do ‘contencioso administrativo’. Se o Brasil já tem justiça administrativa, no sistema de jurisdição uma, para que se cogitar sobre criação de um ‘contencioso administrativo’? Para o Brasil, o *contencioso administrativo* de modelo francês é *inútil*. Ouçamos novamente José Cretella Júnior: ‘a solução para o problema do desafogamento do nosso excelente Poder Judiciário é a aplicação de verbas, no setor, aumentando o número de Juízes e Varas, ao mesmo tempo que prestigiando ao máximo as funções dos magistrados, outorgando-lhes vencimentos compatíveis com a alta função de julgar’ (*O ‘Contencioso Administrativo’ Inexistente*, in *O Estado de S. Paulo*, de 29 de maio de 1984, p.36)”. *Op. cit.*, p. 153.

<sup>804</sup> Trata-se de projeto de lei apresentado pelo Conselho da Justiça Federal e que visa substituir a Lei n. 6830/80, instituindo uma fase administrativa na execução de dívida ativa da Fazenda Pública, retirando do Poder Judiciário as atividades de localização e



Porém, mesmo nesses casos, por força do imperativo constitucional do art.5º, XXXV, não se nega ao administrado que possa posteriormente buscar apoio perante o Judiciário, razão pela qual, faltando definitividade a tais atos administrativos decisórios, a jurisdição administrativa somente existe aí em seu sentido amplo e não no sentido estrito acima mencionado.

Em suma, ao se falar na solução de conflitos entre a Administração Pública e os administrados – sejam estes funcionários do Estado sujeitos ao poder disciplinar, bem como as pessoas em geral sujeitas ao poder de polícia, beneficiárias de serviços públicos ou que tenham alguma relação contratual com o Poder Público – destacam-se basicamente duas vias de controle no Direito brasileiro vigente: a) o controle interno a cargo de órgãos ou entes da própria Administração, exercido por meio de *processos administrativos*, mas em caráter não-definitivo<sup>805</sup> e, portanto, sem natureza jurisdicional; b) o controle externo a cargo precipuamente dos órgãos do Poder Judiciário<sup>806</sup>, exercido por meio dos *processos judiciais*, em caráter definitivo quando esgotados todos os recursos possíveis (com força de coisa julgada). Ressalte-se que no âmbito do processo administrativo de controle interno não há propriamente exercício de função jurisdicional, mas de algo similar que se pode chamar de *função administrativa julgadora*, ou, na expressão empregada por Castro Nunes, uma função “quase judicial”,<sup>807</sup> na medida em que as decisões administrativas podem ainda vir a ser objeto de reapreciação por órgão judicial.

---

notificação do devedor e de seus bens penhoráveis. Nesta mesma linha, Leon Fredja Szklarowsky é um dos principais defensores da penhora administrativa e o seu pensamento contribuiu para o Projeto de Lei do Senado n. 174, de 1996, da autoria do Senador Lúcio Alcântara. Citando o magistério do ministro Carlos Veloso, Fredja assinala que “a penhora é um ato administrativo e não jurisdicional, segundo a melhor doutrina, não necessitando realizar-se sob as vistas do magistrado”. *A execução fiscal e a penhora administrativa*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1319>. Acesso em 16.10.2006.

<sup>805</sup> Salvo, como dito, os casos de prescrição e decadência (definitividade em relação ao administrado) ou de *coisa julgada administrativa* (definitividade em relação à Administração).

<sup>806</sup> Fala-se *precipuamente* porque não se pode esquecer de mencionar o controle externo que, por força da Constituição, cabe episodicamente a órgãos não-judiciais, como o exercido pelo Congresso Nacional nos casos de julgamento de contas do Executivo (CF, art. 49, IX), sustação de atos e contratos do Executivo (CF, art. 49, X), convocação de Ministros e requerimentos de informações; recebimento de petições, queixas e representações dos administrados e convocação de qualquer autoridade ou pessoa para depor (CF, art. 50), das Comissões Parlamentares de Inquérito (CF, art. 58, §3º), das autorizações ou aprovações do Congresso necessárias para os atos concretos do Executivo (CF, arts. 49, I, II, III, IV e V) dentre outros; o exercido pelo Senado Federal, como, por exemplo, ao dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno (CF, art. 52, VIII), estabelecer limites e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (CF, art. 52, IX), bem como suspender e destituir (“impeachment”) o Presidente ou seus Ministros (CF, art. 52, I). Todas estas situações não configuram propriamente exercício de *jurisdição*, mas dada a sua natureza *política*, tais mecanismos de controle se revestem de amplo caráter de definitividade, somente sendo possível um novo questionamento perante o Judiciário (no caso, perante o STF) em situações de manifesta inconstitucionalidade. Até mesmo os atos políticos estão sujeitos ao controle do Poder Judiciário no tocante aos elementos formais e substanciais vinculados à Constituição e às leis, por força do art. 5º, XXXV, da Carta Magna de 1988.

<sup>807</sup> “Função ‘quase judicial’ dos órgãos jurisdicionais da administração – Não todos, senão certos órgãos instituídos para a solução de contestações surgidas na execução de algumas leis, proferem decisões que, no tocante aos fatos apurados ou apreciações de natureza técnica, são em princípio acatáveis pelas Cortes judiciais, salvo se o contrário se demonstrar concludentemente. Tais são, na administração fiscal, os Conselhos de Contribuintes e, de um modo mais geral, os órgãos colegiados que em vários setores da Administração a lei institui com o mesmo caráter. Assim é que legislando sobre a preservação dos monumentos históricos, a lei que dispôs sobre essa matéria instituiu desde logo o Conselho respectivo, com a incumbência de apurar o interesse histórico ou artístico do edifício, localidade, objeto etc., como condição da restrição que pelo tombamento se impõe à propriedade particular. A questão foi longamente debatida e examinada no Supremo Tribunal, quer do ponto de vista dessa restrição, quer no tocante ao reexame pelo Judiciário das razões em que o órgão especializado administrativo tenha fundado a sua conclusão”. *Op. cit.*, p. 72.

No Direito brasileiro, portanto, a utilização da expressão *jurisdição administrativa* em seu sentido estrito aqui enfocado – qual seja, de atividade julgadora exercida por órgão independente, imparcial e com força de produzir coisa julgada – deve ficar reservada à via dos *processos judiciais*. Ante a ausência de tribunais judiciais com esta especialidade em nosso ordenamento, a jurisdição administrativa é exercida em primeiro grau pelos Juízes de Direito e Juízes Federais, com recurso para os respectivos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, bem como para o Superior Tribunal de Justiça. Certos litígios administrativos, que envolvem matéria constitucional podem ainda chegar ao crivo do Supremo Tribunal Federal. Não obstante, têm sido criados, no âmbito interno dos Tribunais, órgãos fracionados especializados em causas de natureza administrativa.

#### 4.1.3 O Processo Administrativo Brasileiro

No Brasil, quando se fala em *processos administrativos*, tem-se em mira apenas os processos que tramitam no âmbito da Administração Pública, excluídos, portanto, os aludidos processos referentes à jurisdição administrativa *stricto sensu*, aos quais se aplicam as normas gerais e especiais previstas no Código de Processo Civil e em algumas legislações esparsas tais como as que versam sobre o mandado de segurança (Lei n. 1533/51), a execução fiscal (Lei n. 6.830/80) e a improbidade administrativa (Lei n. 8429/92<sup>808</sup>).

A fim de evitar confusões que poderiam advir do emprego inadvertido das expressões no sentido dado em sistemas jurídicos estrangeiros, cumpre lembrar que, conforme já apontado no item 1.3.2 *retro*, a doutrina e a legislação de muitos países adotam diferentemente os termos *procedimento administrativo* e *processo administrativo*, reservando o primeiro para designar as atividades da Administração Pública e o segundo para se referir à atuação dos órgãos da jurisdição administrativa. Em outras palavras, o que se chama de “processo administrativo” em muitos países, aqui é tratado como “processo judicial civil”. E o nosso “processo administrativo”, por sua vez, é o que neles se chama de “procedimento administrativo”.

---

<sup>808</sup> Consoante o art. 17, *caput*, da Lei n. 8429/92, as ações de improbidade administrativa seguem o rito ordinário do CPC, observadas, todavia, as regras específicas previstas nos parágrafos 1º a 12 do art. 17 e no art. 18.

Em que pese a já mencionada controvérsia doutrinária acerca dos significados das expressões *processo administrativo* e *procedimento administrativo* no Direito brasileiro, ambas têm sido aplicadas, entre nós, para designar as seqüências de atos praticados pela Administração Pública no âmbito de sua atuação típica (atividade administrativa). A dicotomia, portanto, para os nossos doutrinadores que ainda a defendem, tem outra razão de ser que não a natureza da função estatal desempenhada.<sup>809</sup>

Feitos esses esclarecimentos, cumpre agora examinar como se rege o *processo administrativo* no ordenamento jurídico brasileiro.

A nossa atual lei federal do processo administrativo é a Lei n. 9.784/99<sup>810</sup>, havendo ainda leis estaduais – a exemplo da Lei n. 10.177/98 do Estado de São Paulo, da Lei n. 6.161/2000 do Estado de Alagoas e da Lei n. 14.184/2002 do Estado de Minas Gerais – e algumas legislações municipais. Com efeito, a autonomia político-administrativa conferida aos entes federativos faz com que a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios possam legislar sobre normas gerais e específicas de processo administrativo aplicáveis no âmbito de suas respectivas administrações, ressalvadas apenas as competências privativas previstas na Constituição em relação a determinados procedimentos.<sup>811</sup>

A Lei n. 9.784/99 estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração (art. 1º). Não obstante, os processos administrativos específicos continuam a reger-se por lei própria, com aplicação subsidiária de suas disposições.<sup>812</sup> No âmbito da União, por exemplo, ainda está em vigor o Decreto n. 70.235/72, que rege especificamente o processo administrativo de determinação e

<sup>809</sup> Como já dito, boa parte da doutrina aponta critérios de distinção com base na existência ou não de controvérsia. Contudo, na esteira de conclusões do presente estudo, parece não haver razão prática para a distinção terminológica entre *processo* e *procedimento*, pois, tendo o Direito brasileiro adotado o sistema de jurisdição única, basta falar em processo administrativo e processo judicial, sendo que, em ambos, o procedimento seria o aspecto extrínseco referente ao *rito*.

<sup>810</sup> Não se trata de uma lei *nacional*, mas sim de uma lei *federal*, isto é, editada para valer apenas no tocante à atividade administrativa da União, tendo em vista que os Estados-membros possuem competência para editar suas próprias leis sobre processo administrativo. Não obstante, Marçal Justen Filho defende que “as normas gerais e os princípios fundamentais contemplados na Lei federal n. 9.784/99 são de observância obrigatória para todos os entes federativos. Não se contraponha que a Lei federal n. 9784/99 explicitamente determinou que suas regras seriam aplicáveis apenas aos processos administrativos no âmbito da atividade administrativa da União. Essa solução seria inconstitucional, pois a competência para editar normas gerais obriga à formalização de soluções gerais aplicáveis a todas as órbitas federais”. *Curso de direito administrativo*, p. 220.

<sup>811</sup> Cite-se, v.g., as normas gerais sobre licitações, que são da competência legislativa privativa da União, conforme previsto na Constituição Federal de 1988: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art.37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III”.

<sup>812</sup> É o que dispõe o art. 69 da Lei n. 9784/99: “Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei”. Com base nisso, Celso Antônio considera “importante anotar que a lei em causa aplica-se apenas subsidiariamente aos processos administrativos específicos, regidos por leis próprias, que a elas continuarão sujeitos. Como é lógico, aplica-se integralmente a quaisquer outros processos administrativos”. *Curso de direito administrativo*, p. 454.

exigência dos créditos tributários federais. Nesse caso, apenas no que for lacunoso este diploma específico aplicam-se as normas gerais da Lei n. 9784/99. Do mesmo modo, o art. 1º da Lei estadual n. 10.177/98 reza que as suas disposições se aplicam aos “atos e procedimentos administrativos da Administração Pública centralizada e descentralizada do Estado de São Paulo, *que não tenham disciplina legal específica*”. Encontram-se ressalvas desta natureza também nas referidas legislações de Alagoas (art. 69) e Minas Gerais (art. 1º, par. 2º).

Nos termos da Lei n. 9.784/99, o processo administrativo pode iniciar-se de ofício ou a pedido de interessado (art. 5º). Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito (art. 56), sendo que o recurso administrativo tramitará no máximo por três instâncias administrativas, salvo disposição legal diversa (art. 57).

#### **4.1.4. A Administração Pública no Processo Judicial Brasileiro (a Jurisdição Administrativa *Stricto Sensu*)**

Como visto, a chamada *jurisdição administrativa* (solução de lides envolvendo matéria administrativa, a cargo de órgãos independentes e com força de coisa julgada) é exercida no Brasil pelos mesmos órgãos com jurisdição comum para decidir os litígios de natureza civil. Não há aqui dualidade de jurisdição, o que não obsta que possam ser criadas divisões judiciais especializadas em questões administrativas. Em nosso país, salvo algumas exceções no tocante a procedimentos específicos para determinados assuntos e situações<sup>813</sup>, o exercício da jurisdição envolvendo conflitos de matérias administrativas segue basicamente o mesmo rito processual que os conflitos afetos à jurisdição comum, no caso aquele previsto no Código de Processo Civil.

Vale dizer, como assinala Castro Nunes, as causas fazendárias são remetidas à jurisdição civil, embora envolvam questão afetas ao regime jurídico-administrativo.<sup>814</sup> Empregase então a expressão *jurisdição fazendária*.<sup>815</sup> Note-se que as normas estudadas pelo Direito

<sup>813</sup> Já se citou as legislações que tratam do mandado de segurança (Lei n. 1.533/51), da ação de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92), da execução fiscal (Lei n. 6.830/80), dentre outras.

<sup>814</sup> Explica Castro Nunes que “a jurisdição exercida nas causas da Fazenda é dominada pelo direito administrativo, pelo qual se disciplinam na sua grande maioria as espécies submetidas ao julgamento judiciário. Em princípio, histórica e materialmente, tais questões pertencem ao âmbito da própria Administração pelos órgãos prepostos ao exercício da jurisdição. O deslocamento para o Poder Judiciário constitui um passo avançado que, todavia, não tira às questões decorrentes de atos do Estado, sobretudo quando atue como pessoa política ou Poder Público, a sua índole de questões de direito administrativo.” *Op. cit.*, p. 63.

<sup>815</sup> “Diz-se *fazendária* a jurisdição pelo conteúdo, que são as causas em que interessada seja a Fazenda Pública, como por igual se qualifica de comercial, orfanológica, secular ou eclesiástica, civil ou criminal etc. a jurisdição particularizada a esses assuntos,

Processual Civil são aqui aplicadas tanto para os litígios de Direito Privado (jurisdição civil) quanto para os litígios de Direito Público (jurisdição administrativa ou fazendária), apenas com algumas peculiaridades em relação a estes últimos, seja por norma expressa do próprio CPC<sup>816</sup>, seja por restrições decorrentes de leis especiais ou de interpretações jurisprudenciais de determinados dispositivos.<sup>817</sup>

Em suma, o Código de Processo Civil é o diploma processual brasileiro destinado a regular o processo judicial no âmbito de toda a nação e em todas as lides de natureza não-criminal, inclusive, subsidiariamente, aquelas sujeitas a diploma processual específico.<sup>818</sup> Não existe no Brasil um código de processo judiciário especificamente voltado para a Administração Pública, o que não significa, todavia, que o regime processual seja o mesmo para o particular e para o Estado. Porquanto recomendável uma diferença de tratamento compatível com a posição de supremacia do interesse público, a solução encontrada pelo legislador brasileiro foi inserir no CPC normas voltadas especificamente para as lides contra a Fazenda Pública.

No tocante a tais prerrogativas processuais, emprega-se a expressão *Fazenda Pública* para designar os entes estatais com personalidade jurídica de Direito Público, os quais integram a chamada Administração Direta (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) e parte da Administração Indireta (autarquias e fundações autárquicas). Excluem-se deste conceito os entes estatais com personalidade jurídica de Direito Privado, como é o caso das empresas públicas e sociedades de economia mista.<sup>819</sup> São variados os argumentos para justificar a

---

sem o sentido de regalista que se pudesse emprestar àquela qualificação. Não muda a atitude mental do juiz, sempre equidistante dos interesses em litígio, aos quais não é chamado a servir, senão à lei nas suas aspirações superiores. Os privilégios de que goza a Fazenda Pública não vão além do processamento do feito, nos estritos termos da preceituação legal. A *declaratio* (julgamento) não comporta privilégio nem presunção em favor de qualquer das partes, nem mesmo nas questões de natureza fiscal, como veremos adiante. (...) A jurisdição fazendária é dominada pelo direito administrativo, outrora ramo ou extensão do direito civil, hoje disciplinação do direito público com um corpo de doutrina que lhe é próprio, regendo-se por princípios que nem sempre são os mesmos do direito comum” *Idem*, p. 280.

<sup>816</sup> Como acontece no tocante às regras especiais que tratam dos honorários advocatícios (art. 20, par. 4º), dos prazos diferenciados (art. 188), do recurso oficial (art. 475, inciso II), da execução contra a Fazenda Pública (art. 730), a audiência de justificação em ação de reintegração de posse (art. 928, p.único), dentre outros.

<sup>817</sup> Cite-se, v.g., o art. 1º da Lei n. 8.437/92 e o art. 1º da Lei n. 9.494/97, que restringiram a concessão de medidas cautelares e de antecipação de tutela contra atos do Poder Público, bem como a extensa jurisprudência em derredor do tema que se seguiu ao julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4 pelo Supremo Tribunal Federal.

<sup>818</sup> Como é o caso das lides trabalhistas, que seguem as normas processuais da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com aplicação subsidiária do CPC. O mesmo acontece nas lides envolvendo defesa do consumidor, nas quais se aplicam prioritariamente as normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

<sup>819</sup> Nelson Nery Júnior aponta que “vários são os sentidos em que é empregado o vocábulo *Fazenda Pública*. Pode significar o erário como instituidor e arrecadador de impostos, o Estado em juízo litigando genericamente sobre aspectos patrimoniais, ou simplesmente a administração pública por todos os seus órgãos da administração direta e entidades autárquicas, porque é seu erário que suporta os encargos patrimoniais da demanda. Em oportuna síntese, já se afirmou que o termo fazenda pública pode ser compreendido em três acepções: a) como teoria do regime econômico do Estado; b) como instituição ou organismo administrativo que gere os dinheiros públicos; c) como o patrimônio que os dinheiros públicos constituem. Embora tecnicamente a locução *fazenda pública* devesse indicar apenas e tão-somente o Estado em juízo com seu perfil financeiro, na verdade se tem denominado dessa forma, tradicionalmente, a administração pública por qualquer das suas entidades da administração direta (União, Estado e Município) e autárquicas, irrelevante o tipo de demanda em que a entidade se vê envolvida. Com relação às autarquias, há expressa disposição legal determinando-lhes a extensão da prerrogativa de prazo para a Fazenda Pública (DL 7659/45). O mesmo ocorre com as fundações públicas. Já os demais órgãos da administração indireta, como a sociedade de economia mista e a empresa pública, não são beneficiados pela prerrogativa, pois não se enquadram na definição de Fazenda

existência de tratamento diferenciado à Fazenda Pública na via processual civil. No tocante aos prazos dilatados (CPC, art. 188), por exemplo, Pontes de Miranda escreve que “o fundamento hodierno da exceção está em precisarem os representantes de informações e de provas que, dado o vulto dos negócios do Estado, duram mais do que as informações e provas de que precisam os particulares”.<sup>820</sup> No mesmo sentido, Moniz de Aragão assinala que “a Administração Pública depende de um complicado e emperrado mecanismo burocrático, que não funciona com a rapidez necessária a possibilitar a seus advogados contestarem uma ação no prazo normal”.<sup>821</sup>

Delimitados assim os regimes jurídicos que consubstanciam o *processo administrativo* (atividade administrativa) e o *processo de jurisdição administrativa* (atividade judicial) no Direito brasileiro, será examinado a seguir qual o tratamento dado à Administração Pública em tema de direito probatório nestas duas esferas.

#### 4.2 A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Assunto que desperta grande polêmica – e constitui o eixo do presente estudo – diz respeito à questão da distribuição da carga probatória nos litígios envolvendo a Administração, mormente naqueles casos em que se questiona a validade de atos administrativos restritivos de direitos dos administrados. O correto exame da questão demanda inevitáveis desdobramentos, começando pela própria análise do que seja o *ônus da prova* e a disciplina jurídica das normas de *distribuição* desse ônus, o que foi detidamente abordado em tópicos anteriores. Deveras, o tema da prova tem grande importância no Direito Administrativo, na medida em que a função

---

Pública”. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p.53-54. Em outra obra, juntamente com Rosa Maria Nery, baseia-se em posicionamento do Superior Tribunal de Justiça para assinalar que “as prerrogativas processuais conferidas à Fazenda Pública devem ser interpretadas restritivamente. Somente as pessoas jurídicas de direito público, incluídas as autarquias, é que estão compreendidas no conceito de Fazenda Pública. Nele não se incluem as empresas públicas nem as sociedades de economia mista (STJ, 1ª T, Resp. 30367-2-DF, rel. Min.Demócrito Reinaldo, j.3.3.1993, m.v. BolAASP 1804/294). No mesmo sentido: RTJ 74/557”. *Código de processo civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 489. Pinto Ferreira ensina que “a expressão ‘Fazenda Pública’ designa a União, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios (atualmente não há territórios no Brasil). Todos têm o seu prazo computado em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, quando forem parte. Mas a Fazenda Pública tem duas divisões específicas, a direta e a indireta (Dec-Lei n. 200/67). No que concerne à administração indireta, somente as autarquias são pessoas de direito público e gozam da franquia de ampliação de prazo para contestar ou recorrer. Ao contrário das autarquias que são pessoas de direito público, existem pessoas de direito privado vinculadas à Fazenda Pública, tais como as empresas públicas e as sociedades de economia mista, estas últimas não podendo desfrutar do privilégio dos prazos dilatados”. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 1995. v 1, p. 456-457.

<sup>820</sup> *Comentários ao código de processo civil*, t 3, p. 145.

<sup>821</sup> *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense. v 2, p. 113.

administrativa abrange uma série de atividades de aplicação das normas legais aos casos concretos envolvendo os agentes públicos e os administrados em geral, deparando-se a todo o momento com fatos que demandam cuidadoso esforço de percepção, como etapa necessária no cumprimento deste mister.

Já se salientou, outrossim, que o tema da prova não constitui objeto apenas de normas sobre processos contenciosos, mas também daquelas que estabelecem processos de formação dos atos jurídicos (item 1.4.5 *retro*). Mencionou-se, assim, que a concepção contemporânea do processo administrativo, no sentido amplo de uma desejada *processualidade* da atividade administrativa, envolve todas as séries de atos e formalidades que precedem e preparam o ato administrativo (item 1.3 *retro*). Nesse prisma, dada a dinâmica da atividade administrativa, os parâmetros probatórios merecem atenção antes mesmo da ocorrência de litígios concretos entre a Administração e os administrados.

As normas sobre provas devem servir de critério para que a Administração Pública fixe com antecedência – se preciso por meio de regulamentos executivos que busquem uniformizar a sua atuação – o adequado procedimento a ser adotado por seus agentes para o registro dos fatos, seja para evitar o surgimento de conflitos com os administrados, seja, sobretudo, para viabilizar a futura produção de provas no bojo de um processo litigioso. Daí porque cumpre examinar o ônus da prova não apenas no que concerne aos processos administrativos de impugnação e à jurisdição administrativa, mas, antes disso, quanto à própria forma de produção dos atos administrativos.

Sob o ponto de vista pragmático, a maior importância da distribuição do ônus da prova está justamente na ausência de provas. Quando as provas são produzidas e levadas à percepção do aplicador do Direito, pouco importa quem as produz (princípio da aquisição processual). O problema ocorre quando a prova não vem à tona, levando a que se busque a solução com base em um raciocínio lastreado no ônus daquele que deveria ter produzido a prova e, não o fazendo, suporta o efeito de não ter por demonstrada a sua assertiva fática. É nessa linha que vai o pensamento de Pontes de Miranda quando assinala que “o problema da carga ou ônus da prova é, portanto, o de determinar-se a quem vão as conseqüências de se não haver provado”.<sup>822</sup>

---

<sup>822</sup> *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954. t 3, p. 414-415. Escreve ainda Pontes de Miranda: “Em verdade, as regras sobre conseqüências da falta da prova exaurem a teoria do ônus da prova. Se falta prova, é que se tem de pensar em se determinar a quem se carga a prova. O problema da carga ou ônus da prova é, portanto, o de determinar a quem vão as conseqüências de se não haver provado: ao que afirmou a existência do fato jurídico (e foi, na demanda, o autor), ou a quem contra-afirmou (=negou ou afirmou algo que exclui a validade ou eficácia do fato jurídico afirmado), seja o outro interessado, ou, na demanda, o réu”. *Idem*.

A partir do momento em que a veracidade de determinado fato afirmado pelo agente público é contestada pelo administrado, surge a questão de se definir quais as provas a serem produzidas e, mais importante do que isso, quais os critérios de julgamento na ausência delas. Quanto se discute esta questão, tem-se em mira basicamente duas situações distintas: 1) o administrado busca perante a própria Administração a invalidação do ato, segundo o princípio da autotutela administrativa<sup>823</sup> (esfera dos processos administrativos); 2) o administrado, inconformado com o que restou decidido no âmbito do processo administrativo, ou, ainda, sem ter se valido desta esfera revisional<sup>824</sup>, busca apoio à sua pretensão junto ao Poder Judiciário (esfera dos processos judiciais).

É assim que o tema da distribuição do ônus da prova – e o seu referido aspecto objetivo, relacionado ao critério de julgamento na ausência de provas – encontra espaço tanto nos processos administrativos quanto nos processos judiciais.

#### **4.2.1 A Prova e a Forma dos Atos Administrativos**

Escreve Rafael Munhoz que tradicionalmente a doutrina não se ocupou do controle da formação do ato administrativo, pois “durante certo período a preocupação estava voltada à análise do ato final, sobre o qual era exercido o controle. Os atos que o antecediam, entretanto, não mereciam a mesma atenção”.<sup>825</sup> Esta abordagem clássica, que veio ao longo do tempo sendo feita no estudo do ato administrativo, perdeu significativa importância no atual estágio do Direito Administrativo.

Hoje não basta perquirir sobre as espécies e os efeitos dos atos administrativos a partir de uma perspectiva futura (para frente), sendo fundamental examiná-los com os olhos voltados para trás, isto é, com atenção especial ao contexto de sua formação. Tem toda razão

---

<sup>823</sup> Nos termos da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, “a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados dos vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

<sup>824</sup> Em que pesem algumas divergências doutrinárias e jurisdicionais, pensamos que o administrado não necessita utilizar ou esgotar a via processual administrativa para só depois dirigir a sua pretensão perante o Judiciário. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXV, assegurou plenamente a inafastabilidade da jurisdição quando se aponta lesão ou ameaça de lesão a direito. Outrossim, uma vez contestada pela Administração a pretensão do administrado na via judicial, resta configurada a resistência reveladora do interesse de agir por parte deste. A única exceção ao referido princípio é prevista na própria Carta Magna, no tocante ao esgotamento da chamada justiça desportiva (art. 217, parágrafo 1º).

<sup>825</sup> *Op. cit.*, p. 85.



Marçal Justen Filho ao apontar a preponderância do conceito de “atividade” sobre o conceito de “ato”, salientando que “é necessário estudar o ato administrativo, mas é indispensável reconhecer que a configuração de cada ato, isoladamente considerado, é condicionada pela pluralidade de atuações administrativas”.<sup>826</sup>

É preciso, consoante a crítica de Carlos Ari Sundfeld, não apenas assegurar o controle *a posteriori* de legalidade dos atos administrativos, mas, antes mesmo disso, mecanismos que evitem o cometimento de ilegalidades.<sup>827</sup> Daí porque os critérios de prova devem servir de parâmetro da atuação administrativa enquanto “atividade” que envolve a percepção de fatos pelos agentes públicos encarregados de aplicar a lei, recomendando a adoção de certos procedimentos ainda na fase de formação dos atos administrativos, de modo a garantir a possibilidade de defesa por parte dos administrados (*princípio da ampla sindicabilidade da atividade administrativa*, conforme tratado no item 3.3.4 *retro*).

Sobre a importância da prova em todos os campos do Direito Administrativo, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho destaca que “antes do conhecimento do conflito pela Administração, a prova quando existente já se apresenta com uma certa eficácia fora do processo administrativo e antes mesmo que este seja instaurado”.<sup>828</sup>

<sup>826</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 137-138. Acrescenta o jurista que “o conceito de ato administrativo perdeu sua relevância como instrumento de compreensão e organização do direito administrativo. O fundamento está em considerar a atuação administrativa de modo global, não cada ato administrativo isoladamente. Isso não significa considerar o ato administrativo uma entidade não existente ou juridicamente irrelevante. O que se afirma é que o Estado pós-moderno é uma estrutura organizacional vocacionada a produzir atos em massa, não a promover atos isolados. Somente é possível compreender o Estado e a Administração Pública como um conjunto de instituições aptas a produzir atos em massa, para satisfazer grande quantidade de interesses e necessidades que parecem exauríveis”. *Idem*.

<sup>827</sup> “Se nos for permitida uma figura, a teoria do Direito Administrativo parece visualizar a Administração ainda como um castelo fortificado e inexpugnável, à volta do qual os indivíduos distribuem suas poucas armas, para se defenderem de qualquer agressão. Vinda esta, providencia-se uma expedição corretiva. Mas a gerência do castelo, seu funcionamento íntimo, persiste sem controle jurídico possível. Os indivíduos podem escolher o castelão-mor e mais alguns conselheiros. Não podem, porém, derrubar muralhas e portões para examinar o que se passa lá dentro antes que alguma agressão seja tentada. Em outras palavras: pode-se reagir contra o ato ilegal, mas pouco ou nada se pode fazer para que ele não seja ilegal”. *A importância do procedimento administrativo*, p. 85.

<sup>828</sup> *A prova no processo administrativo*, p. 37. E acrescenta o antigo professor da UFPR: “Mestre Giuseppe Chiovenda quando argumenta, fixando-se na distinção entre normas probatórias gerais e normas probatórias particulares, parecendo impor com a sua autoridade a admissibilidade sem reservas dos meios de prova, e que as normas verdadeiras e próprias sobre as provas pertencem ao direito processual, inclui talvez o Direito Administrativo no seu pensamento linear e também o processo administrativo. Já Francesco Carnelutti, ampliando quem sabe o pensamento linear de Chiovenda, lembra que a prova é uma figura da teoria geral do direito, como o ato jurídico, como o direito subjetivo, para que dela se sirvam os que vivem e fazem a vida do direito. Na mesma orientação se coloca Castro Neves, mas deferindo a prova administrativa em especial uma posição consentânea com as imposições reais de natureza jurídica, reconhecendo a evidência da prova no processo contencioso e também no processo gracioso e em todo o campo da administração pública de direitos privados”. *Idem*, p. 37-38. Registre-se, todavia, que, nessa obra de 1972, Franco Sobrinho, certamente ainda apegado aos conceitos tradicionais da ciência processual, apenas concebe o *processo administrativo* a partir da instauração de um contraditório formal quando assevera que “do ato administrativo impugnado, impugnável, contraditório, ou sob que forma se apresente, é que surge o *processo*. Não antes do ato. Ou da existência de um ato que contrarie o fato-lei”. *Idem*, p. 86. Em trecho posterior da mesma obra, todavia, Franco Sobrinho, em uma aparente contradição, admite que “também na esfera da Administração prevalece o *direito-jurídico*, como equivalente ao processo ou ao Direito Processual. E, concordo aqui, sem reservas, com José Cretella Júnior, quando pondera: ‘em extensa escala a atividade da administração é *atividade processual* e esta, pela importância de que se reveste, está inscrita entre os capítulos de maior responsabilidade do direito administrativo’. Não só, no entanto, cumpre dizer, com respeito à aplicação das penas disciplinares, ou para assegurar ao funcionário público uma série infinita de recursos, mas para colocar o administrado também a salvo do arbítrio do poder onde quer que se exercite a Administração, inclusive no plano do Direito das Obrigações”. *Idem*, p. 87.

A par de ser uma garantia de respeito às liberdades e direitos individuais dos particulares atingidos pela ação do Estado, é muito importante destacar que a adoção de procedimentos probatórios por ocasião da atividade administrativa contribui para a defesa dos próprios agentes administrativos nela envolvidos, de modo a evitar que venham a ser eventualmente acusados da prática de arbítrio ou do abuso de autoridade. Com efeito, por conta de atuações estatais desastrosas, não raro se vê agentes administrativos no banco dos réus, praticamente impossibilitados de se defender de acusações deste jaez e tendo contra si a força argumentativa das tragédias que falam por si só, não obstante tenham agido em estrito cumprimento de ordens inseqüentemente dadas por seus superiores e sem os cuidados de adoção do adequado procedimento. Nesses casos – e a casuística tem demonstrado isso –, a acusação de excesso de poder recai quase sempre sobre os agentes mais subalternos que mantiveram contato imediato com os fatos.

Salienta Franco Sobrinho que “no Direito Administrativo, as formalidades que revestem o ato administrativo são exigíveis tanto no interesse dos administrados, como em garantia da Administração, para o acerto de suas decisões”.<sup>829</sup> Também Alberto Xavier alude à “observância de certas formalidades essenciais para garantia da correta formação da vontade administrativa: a prática de um ato definitivo e executório, sem que essas formalidades processuais tenham sido observadas, torna-o inquinado de vício de forma”.<sup>830</sup>

Levando-se em conta a necessidade da adoção de procedimentos probatórios adequados no bojo da atividade administrativa, antes mesmo do surgimento de potenciais litígios, infere-se que a percepção de fatos jurídico-administrativos não pode ser simples percepção pessoal e psíquica do agente, senão *percepção proceduralizada*. Significa dizer que de nada vale o conhecimento que a autoridade pública tenha sobre determinado fato se tal não houver sido produzido mediante registro de fatos segundo um procedimento adequado (devido processo legal). É certo que muitos fatos são facilmente conhecidos pelos agentes administrativos, até porque alguns deles são notórios. Mas este conhecimento, esta percepção, somente adquire importância se for submetida a um mínimo procedimento de investigação e registro formal, passível de mínimo de controle nos casos concretos.

A percepção que tem o condão de acionar a máquina estatal não se traduz meramente no elemento psicológico ou volitivo do agente; este sozinho de nada vale. A *percepção administrativa* é um algo mais, que tem de ser minimamente formalizado para produzir os seus efeitos, ainda que esta formalização, em alguns casos, deva ser dar em momento posterior à

---

<sup>829</sup> *Idem*, p. 27.

<sup>830</sup> *Do procedimento administrativo*, p. 143.

atuação administrativa, quando não seja possível um procedimento prévio mais cuidadoso.<sup>831</sup> Soa claro que a regra geral para a Administração Pública é a atividade sujeita a um procedimento mínimo de registro de fatos a fim de justificar a sua ação (ou a sua inação), daí ser prioritariamente dela o ônus da prova de tais fatos, pois se a Administração somente pode agir nas situações em que a lei lhe autoriza, tais situações devem ser de alguma forma por ela demonstradas.

O problema da percepção administrativa não está propriamente no ônus, daí ser equivocado dizer – como se costuma inadvertidamente fazer – que a presunção de legitimidade dos atos administrativos “inverteria o ônus da prova”, atribuindo ao administrado o encargo de provar fato contrário ao afirmado pelo agente público. O grande cerne da questão está, sim, no conteúdo da prova a cargo da Administração, ou seja, em examinar qual o procedimento adequado a ser adotado em cada caso para que haja, dentro dos meios razoavelmente possíveis, registro dos fatos que desafiam a sua atividade. Quanto a isso não pode haver um critério absoluto, pois este conteúdo da prova pode variar. Há situações em que o procedimento administrativo pode ser mais extenso e detalhado. Em outros casos, porém, o interesse público exige que este procedimento deva ser sumário ou, ainda, adiado para momento posterior à ação administrativa.

Conclui-se este tópico, então, com uma importante assertiva no tocante à atividade administrativa: *à Administração Pública cumpre sempre atuar com a consciência de que lhe cabe precipuamente a demonstração dos fatos que desencadeiam a sua atuação, daí porque os seus agentes devem cuidar de adotar o melhor procedimento possível para registrá-los.* Como bem salienta Héctor Mairal, “no siempre el particular está en condiciones de informarse acerca del cumplimiento por parte de la Administración de los recaudos formales y de procedimiento que condicionan la validez de los actos de ésta”.<sup>832</sup> Portanto, a presunção de legitimidade dos atos administrativos por si só não pode servir de escudo que autorize à Administração agir sem adotar os meios possíveis e razoáveis de registro dos fatos. Dita presunção apenas serve de mecanismo formal de facilitação da prova a cargo da Administração, nas situações em que, adotados tais meios, ainda assim subsista controvérsia acerca dos fatos envolvidos.

É nesse diapasão que a Lei n. 9784/99 fixa como critérios na prática de atos administrativos a “observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados” (art. 2º, p. único, VIII) e a adoção de formas simples, mas suficientes “para

---

<sup>831</sup> Há situações de urgência em que o agente público deve agir tão logo tome ciência pessoal do fato e antes mesmo de adotar qualquer procedimento de registro de sua percepção. Em regra são situações que desafiam as chamadas medidas cautelares administrativas, a serem abordadas em tópico específico deste estudo.

<sup>832</sup> *La doctrina de los propios actos y la administración pública*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1994, p. 79.

propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados” (art. 2º, p. único, IX).

#### **4.2.2 A Prova nos Processos Administrativos**

Se, como dito, as normas sobre provas desempenham importante papel na prévia definição do adequado procedimento de atuação administrativa, tal se revela mais perceptível ainda quando surgem os conflitos entre a Administração e o administrado. Refere-se aqui aos processos administrativos de impugnação de atos administrativos, dentro da classificação já exposta no item 1.3.3 *retro*.

##### *4.2.2.1 O regime geral da Lei federal n. 9.784/99.*

A Lei n. 9784/99 trata do procedimento probatório em capítulo dedicado à instrução processual (arts. 29 a 47). Acerca do ônus da prova, a lei estabelece que “cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução” (art. 36), acrescentando que “quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias” (art.37).

Observa-se que a lei brasileira de regência do processo administrativo não cuidou de apontar critérios mais precisos de distribuição do ônus da prova, ao contrário do que acontece com os litígios judiciais que tramitam segundo o disposto no Código de Processo Civil, que tem como ponto de partida a regra de distribuição prevista no art. 333, que atribui ao autor o ônus da prova dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu o ônus da prova dos fatos modificativos, impeditivos e extintivos do direito apontado pelo autor. Aliás, tal lacuna normativa é da nossa tradição, pois, como já ressaltou Franco Sobrinho há mais de trinta anos, “no sistema brasileiro,

impreciso por falta de normas basilares, a matéria de prova administrativa jamais foi considerada tal e qual é considerada na exatidão do processo civil”.<sup>833</sup> Vale lembrar que a lei brasileira também nada dispôs expressamente sobre a *presunção de legitimidade dos atos administrativos*, ao contrário do que fizeram alguns legisladores estrangeiros, a exemplo da Argentina (Ley n. 19.549/72, art. 12), da Espanha (Ley n. 30/92, art. 57), do Chile (Ley 19.880/2003, art. 3º) e do México (Ley Federal de Procedimiento Administrativo, arts. 6º e 7º).<sup>834</sup> Apesar disso, já se disse, não se nega a aplicação do princípio entre nós, *implícito* que se encontra no ordenamento jurídico brasileiro.

Considerados os tipos de processos administrativos, segundo a classificação apontada no item 1.3.3 *retro*, vê-se que as poucas normas sobre ônus probatório dispostas na lei processual administrativa brasileira aplicam-se basicamente aos processos de impugnação de atos administrativos, a processos administrativos sancionadores ou outros de natureza similar que são instaurados quando já se constatou, entre Administração e administrado, algum traço de litigiosidade decorrente de controvérsia sobre questões fáticas. A lei pouco trata dos procedimentos a serem adotados nos processos de fiscalização administrativa e de formação de atos administrativos restritivos de direitos, quando ainda não se instaurou formalmente um litígio. Mas parece ser justamente nesta seara que o tema da presunção de legitimidade merece maior atenção.

No âmbito do exercício do poder de polícia, por exemplo, observa-se que a preocupação com a prova está bem presente no que tange ao processo que levará à aplicação de uma penalidade (sanção administrativa), mas não tanto naquele processo anterior em que se deu a percepção do agente administrativo sobre o fato previsto como infração (autuação administrativa). Nesse caso, acostumaram-se doutrina e jurisprudência a dizer – e aceitar sem maiores questionamentos! – que o ato administrativo detector da conduta do administrado goza de presunção de legitimidade e veracidade, isto é, que se deve a princípio ter como legítimo o procedimento adotado pelo agente público e verdadeiros os fatos por ele percebidos e declarados, cabendo ao administrado cuidar de provar o contrário.

Contudo, admitir incondicionalmente esta premissa, supostamente em nome do interesse público, levaria ao absurdo de se aceitar, como padrão de normalidade, que as pessoas comuns devam ter o cuidado de andar sempre acompanhadas de potenciais testemunhas,

---

<sup>833</sup> *A prova no processo administrativo*, p. 33.

<sup>834</sup> Para o exame do teor de tais legislações, remete-se ao item 3.6.2 *retro*.

munidas de máquinas fotográficas ou filmadoras de que possam rapidamente se valer em socorro da sua defesa.

É certo que, não obstante a ausência de previsão expressa em regra legislativa, a presunção de legitimidade há de ser mesmo considerada como um princípio administrativo *implícito* no sistema jurídico brasileiro, sendo da tradição doutrinária e jurisprudencial inspirada em clássicas lições advindas do Direito europeu. O presente estudo, como se percebe, não busca negar a existência de tal presunção entre nós. Não se chega a tanto no afã de proteger os direitos individuais em face do Leviatã interventor, como diriam os mais frenéticos defensores do modelo liberal! Mas é preciso ter cuidado quanto às situações que comportam tal presunção, bem como à extensão dada aos seus efeitos em matéria de direito probatório, sob pena de transformá-la em uma arma potente e eficaz para cometimento de arbitrariedades.

Não se olvida que a presunção de legitimidade nem sempre pode ser invocada pela Administração para reputar válida a sua atuação ou atribuir ao administrado o ônus da prova dos fatos declarados pelo agente administrativo. A presunção de legitimidade não é atributo que compõe a *essência* dos atos administrativos em geral, mas, sim, um atributo *accidental* que apenas se revela no plano da existência concreta, em situações peculiares e sob um determinado procedimento. Vale dizer, o mecanismo da presunção de legitimidade não sobrevive sem a adoção do *devido processo legal* adequado a cada caso concreto.

Da observância do *due process of law* decorre que “sem prévio processo não é possível a edição de qualquer ato estatal que atinja, ainda que minimamente, o patrimônio dos particulares, entendido aqui em acepção latíssima”.<sup>835</sup> E por “devido processo legal” considera-se não apenas os ritos formais previstos em lei ou regulamento, mas sobretudo, com esteio nos princípios constitucionais, a adoção dos meios razoáveis e disponíveis ao adequado registro dos fatos postos à percepção do agente público como aplicador do Direito nos casos concretos. Como ressalta Egon Bockmann Moreira, “o adjetivo ‘devido’ reporta-se à *adequação* da conduta administrativa. Atuação *adequada*, tal como exigida pela Constituição, é aquela que atende às expectativas mínimas de um Estado Democrático de Direito”.<sup>836</sup>

<sup>835</sup> Rafael Munhoz de Mello, *op. cit.*, p. 90.

<sup>836</sup> *Op. cit.*, p. 216. E essa atuação *adequada*, segundo o autor, deve “corresponder e satisfazer o que se espera de uma Administração aberta e participativa, em que se garante ao particular voz ativa, em condição de igualdade com o ente público e sem qualquer espécie de submissão e/ou supressão de expectativas. A *adequação* confere ao administrado segurança e certeza de que seus direitos serão respeitados. O núcleo do objetivo visado pelo Estado está no prestígio ao cidadão, não à máquina administrativa. O controle substancial da *adequação* pode ser aferido diretamente nas previsões legais, bem como na conduta do agente público. Ou seja: o devido processo legal autoriza controle legislativo e na prática da Administração. Sob esse aspecto, assumem especial relevância para aferição do conteúdo *apropriado* da lei ou ato administrativo os princípios da finalidade, razoabilidade e proporcionalidade. (...) não será *devido* o processo que desatenda a qualquer aspecto da relação de dever-poder que orienta toda atividade da Administração Pública, com base na exata compreensão de um Estado Democrático de Direito. O

Já se salientou que a presunção é um instrumento formal de aplicação do Direito que prestigia a segurança jurídica e a estabilidade das relações sociais, quase sempre em detrimento da verdade material, daí porque a sua utilização como parâmetro decisório só deve encontrar guarida nas situações em que haja dificuldade na adoção de outros meios que possam assegurar um maior estabelecimento da certeza. No terreno do Direito Administrativo, em que a busca da verdade real é da essência da atividade administrativa, como pontua Celso Antônio<sup>837</sup>, isso adquire maior significação na medida em que cumpre à Administração Pública valer-se de todos os meios possíveis de que razoavelmente dispõe para assegurar o registro dos fatos relacionados à sua atuação (mormente em se cuidando de infrações administrativas), e não simplesmente escudar a sua atuação sob a presunção de legitimidade, colocando os seus atos, na prática, à margem de qualquer controle eficaz. A utilização desses meios possíveis e razoáveis significa nada mais, nada menos, do que o emprego do adequado *processo administrativo* na produção de seus atos.

Não se nega haver casos em que, face à urgência na adoção de medidas administrativas, o interesse público não pode aguardar a prévia adoção de um extenso processo que assegure ao particular amplos mecanismos de defesa. São as “providências acauteladoras” de que fala o art. 45 da Lei n. 9.784/99: “Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado”.

Acerca deste dispositivo legal, Egon Bockmann Moreira entende aplicável nas “hipóteses concretas em que é absolutamente inviável a instalação do ‘devido processo legal’, quer devido à alta probabilidade de perecimento imediato do interesse posto à guarda do ente público, quer pela natureza jurídica do ato a ser praticado”.<sup>838</sup> Também Rafael Munhoz admite exceções ao devido processo legal nos casos de adoção de providências acauteladoras em casos de risco iminente, sob pena de prejudicar o interesse público.<sup>839</sup>

---

aplicador da lei não pode perder de vista a origem de sua competência, nem, tampouco, os fins a que ela se dirige”. *Idem*, p. 216-218.

<sup>837</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 450.

<sup>838</sup> *Op. cit.*, p. 224. Esclarece o jurista que “ainda que supressores da ‘liberdade’ e/ou ‘propriedade’ dos particulares, são circunstâncias e atos excepcionais, que ou impõem a pronta e motivada tomada de decisão e ação, ou só podem ser praticados de forma pontual (exaurindo-se naquele momento)”. *Idem*.

<sup>839</sup> Após destacar a importância do princípio do devido processo legal, Munhoz adverte que “não pode ser interpretado de modo desarrazoado, impedindo em casos de absoluta urgência e necessidade a edição, sem prévio processo administrativo, de atos administrativos que atinjam o patrimônio dos particulares. Se assim o fosse o interesse público restaria prejudicado, pois há medidas que se fazem necessárias de imediato, mormente as decorrentes do poder de polícia. Não seria razoável, por exemplo, exigir da autoridade administrativa que a instauração de um processo prévio para desconstituir passeata que se realize em desconformidade com as regras de ordem pública. Ou ainda, para vedar o acesso de pessoas a construção que apresente risco iminente de desabamento. Em casos dessa natureza a exigência de prévio processo tornaria inútil a providência administrativa, que só seria adequada ao interesse público se praticada de imediato. Veja-se que a própria Lei n.9784/99 prevê a adoção de ‘providências acauteladoras’, desde que praticadas ‘em caso de risco iminente’, hipótese em que é dispensada a ‘prévia

Cumpro, com a devida *venia*, discordar dos nobres advogados curitibanos no que concerne ao alegado impedimento de instalação do devido processo legal nos casos urgentes.<sup>840</sup> Ora, sendo urgente ou não a conduta administrativa, deve-se seguir sempre um *devido processo legal*, até porque o legislador constitucional nada excepcionou ao determinar que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV). Por conseguinte, é uma garantia *absoluta*.

Na linha de estudo já defendida em tópico anterior e ancorada no pensamento do Adolf Merkl (item 1.3 *retro*), tem-se que o devido processo legal administrativo envolve todos os instrumentos de produção de atos jurídico-administrativos por aplicação das normas legais nos casos concretos. A necessária *juridicidade* da atividade administrativa impõe que o Poder Público deva sempre seguir o *due process of law*, seja sob aspecto formal, seja substancial. Por mais urgente ou discricionária que se revele a atuação dos agentes públicos, jamais poderá estar à margem do devido processo legal. O que apenas varia, em cada caso, é a extensão das garantias de contraditório e ampla defesa asseguradas aos administrados, algo similar, aliás, ao que acontece nas medidas cautelares e antecipações de tutela no processo civil.

Com efeito, não se olvida que, no processo civil, as figuras de natureza cautelar ou até mesmo o instituto da antecipação de tutela estão previstos no próprio CPC, integrando, por assim dizer, o *due process of law*. Não se diz que quando um juiz concede uma liminar cautelar ou antecipatória da tutela estaria com isso deixando de observar o devido processo legal. Em verdade, na antecipação de tutela o juiz aplica o devido processo *adequado* às tutelas de urgência e, diante da situação peculiar de verossimilhança, inverte as fases do procedimento reservado às situações de normalidade, de modo a assegurar a efetividade da tutela, ainda que em parcial detrimento do contraditório e ampla defesa.

Outrossim, na antecipação de tutela do processo civil não se aniquila por completo o contraditório e a ampla defesa; apenas se adia as oportunidades de questionamento e dilação probatória. Como diz Calmon de Passos, “sacrifica-se, provisoriamente, o contraditório, porque recuperável depois, assegurando-se de logo a tutela que, se não antecipada, tornar-se-ia

---

manifestação do interessado’ (art.45). À exceção de tais casos de medidas acauteladoras, atos que atinjam o patrimônio dos particulares não podem dispensar a prévia tramitação do processo. Assim, sanção administrativa e outros atos administrativos restritivos de direitos não podem ser aplicados sem que o devido processo legal seja instaurado”. *Op. cit.*, p. 90-91.

<sup>840</sup> Ao que parece, Bockmann não emprega o termo “processo” no sentido amplo aqui defendido, preferindo utilizá-lo para designar apenas o momento da impugnação do ato administrativo. Tanto assim que se posiciona pela existência, em algumas atuações administrativas, de um mero processo “em potência”, ou seja, processo que ainda não existe, mas poderá existir se o particular o provocar. Escreve que “casos há em que o processo é da essência da prática do provimento administrativo, tornando-se requisito obrigatório para sua regularidade. Ainda assim, mesmo nos atos notoriamente instantâneos (v.g., multa de trânsito aplicada por guarda – ou máquina -, ato urgente vinculado à segurança pública e apreensão de mercadorias pelo agente aduaneiro) ou nas questões em que seja imperiosa a prática de ato administrativo urgente (tal como qualificado pelo interesse público que se vise a proteger) existirá processo em potência – basta que o administrado o instale”. *Op. cit.*, p. 215.



impossível no futuro”.<sup>841</sup> Aplicando este pensamento ao processo administrativo, insiste-se que, mesmo nos casos reputados urgentes (nos quais, como já visto, admitem-se imediatas medidas de força auto-executórias), deve a Administração cuidar de seguir algum procedimento (devido processo legal) que assegure, dentro do possível, um mínimo de certeza acerca dos fatos ocorridos, de modo a viabilizar o controle de legalidade *a posteriori*.

É certo que este procedimento sumário não terá as amplas garantias de contraditório e dilação probatória reservadas aos processos de impugnação por via de defesa-prévia ou recurso administrativo. Mas nem por isso é dado à Administração atuar de improviso como bem entender e aniquilando qualquer possibilidade de defesa posterior. A presunção de legitimidade, sob este prisma, só deve ser empregada em situações em que tenha sido difícil ou impossível o registro probatório dos fatos.

O que se vê infelizmente no Brasil – lamentável dizer – é uma constante e arbitrária repressão por parte da polícia administrativa, sem assegurar o mínimo de transparência sobre os fatos ocorridos no momento da sua atuação, em total descaso para com a defesa dos direitos individuais. E essa cultura deve-se, em grande parte, a uma concepção simplória e equivocada acerca da presunção de legitimidade dos atos administrativos, que vem sendo suscitada como se fosse um mecanismo garantidor de imunidade na atuação dos agentes públicos. A forma como muitos agentes administrativos atuam em nosso país, sobretudo nas áreas de fiscalização e sanção de polícia, demonstra uma total despreocupação em se demonstrar ativamente a lisura da sua atuação, como se pensassem algo como: “nada tenho que mostrar sobre minha conduta (pois esta será presumida como legítima); esse pobre súdito que cuide de mostrar que eu estou agindo mal”.

Reitere-se que a concepção de *processo administrativo* não deve se restringir aos trâmites de resolução de litígios, mas, antes disso, servir como amplo instrumento balizador do exercício da atividade administrativa, cujas finalidades, no dizer de Odete Medauar, apresentam-se cumulativamente sob os aspectos de garantia<sup>842</sup>, melhor conteúdo das decisões<sup>843</sup>, legitimação do poder<sup>844</sup>, correto desempenho da função<sup>845</sup>, justiça na Administração<sup>846</sup>, aproximação entre

---

<sup>841</sup> *Comentários ao código de processo civil*, p. 16.

<sup>842</sup> *Direito administrativo moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 195. Assim escreve Medauar: “Na sua função garantista, o processo administrativo vem finalizado à garantia jurídica dos administrados (particulares e servidores), pois tutela direitos que o ato administrativo pode afetar. Isso porque a atividade administrativa tem de canalizar-se obrigatoriamente por parâmetros determinados, como requisito mínimo para ser qualificada como legítima. No esquema a processual o cidadão não encontra ante si uma Administração livre, e sim uma Administração disciplinada na sua atuação”.

<sup>843</sup> “No processo administrativo os interessados são ouvidos, apresentam argumentos e provas, oferecem informações. Contribuem, portanto, para a determinação do fato ou da situação objeto do processo. Com isso se ampliam os pressupostos objetivos da decisão administrativa”. *Idem*, p. 196.

<sup>844</sup> “A processualidade está associada ao exercício do poder. O poder é, por si próprio, autoritário. No âmbito estatal, a imperatividade característica do poder, para não ser unilateral e opressiva, deve encontrar expressão em termos de paridade e

Administração e cidadãos<sup>847</sup>, sistematização de atuações administrativas<sup>848</sup> e facilitação do controle da Administração<sup>849</sup>.

#### 4.2.2.2 A prova nos processos administrativos sancionadores e nas medidas cautelares administrativas

A referência a “processos administrativos sancionadores” – e não a apenas um processo administrativo sancionador – deve-se ao fato de que o regime punitivo estatal, nesta seara, alberga diferentes subsistemas a depender do tipo de relação existente entre a Administração Pública e o sujeito passivo da sanção.

Ao tratar dos poderes jurídicos conferidos ao Estado no trato com os particulares, Régis Fernandes de Oliveira assinala que a supremacia estatal pode ser *geral* (quando se refere a todas as pessoas) ou *especial* (quando alcança apenas aqueles que mantêm com a Administração alguma relação jurídica específica).<sup>850</sup> Na *supremacia especial*, diz Eduardo Rocha Dias, existe

---

imparcialidade no processo preordenado. Daí a importância dos momentos de formação da decisão como legitimação do poder em concreto, pois os dados do problema que emergem no processo permitem saber se a solução é correta ou aceitável e se o poder foi exercido de acordo com as finalidades para as quais foi atribuído”. *Ib idem*, p. 196.

<sup>845</sup> “O processo administrativo, ensejando o afloramento de vários interesses, posições jurídicas, argumentos, provas, dados técnicos, obriga à consideração dos interesses e direitos co-presentes em certa situação. Muitas vezes o desempenho incorreto da função provém do insuficiente conhecimento ou consideração dos dados da questão”. *Ib idem*.

<sup>846</sup> “Há um pensamento que associa justiça exclusivamente ao Poder Judiciário. De modo diverso coloca-se uma postura que atribui também à Administração uma tarefa de justiça. Tal postura importa em mudanças das condutas administrativas inertes ou negligentes, movidas por má-fé ou não, no atendimento de direitos de cidadão ou servidores. Muito comuns se tornaram as frases, em tom de jactância, do seguinte teor: ‘Se acha que tem direitos, vá procurá-los no Judiciário’, como se a função administrativa pudesse permanecer alheia a direitos dos indivíduos, como se fosse meritório deixar de reconhecer direito de alguém. O processo administrativo direciona-se à realização da justiça não só pelo contraditório e ampla defesa vistos do ângulo do indivíduo, mas também por propiciar o sopesamento dos vários interesses envolvidos numa situação”. *Ib idem*, p. 196-197.

<sup>847</sup> “Mediante a colaboração individual ou coletiva de sujeitos no processo administrativo realiza-se aproximação entre Administração e cidadãos. Rompe-se, com isso, a idéia de Administração contraposta à sociedade; muda a perspectiva do cidadão visto em contínua posição de defesa contra o poder público. O processo administrativo instrumentaliza as exigências pluralistas do contexto sociopolítico do fim do século XX e a demanda de democracia na atuação administrativa”. *Ib idem*, p. 197.

<sup>848</sup> “O processo instituído implica organização racional da edição de muitos atos administrativos. Sistematizam-se, desse modo, várias atividades. Sob o ângulo da Administração, representa meio de simplificar práticas, pois não se pode pedir a cada servidor que invente, a cada questão que surge, todas as medidas que devam ser adotadas. Para o administrado, permite o conhecimento do modo de exercício de funções administrativas, em contraste, assim, com funções não processualizadas, cujo modo de exercício dificilmente se dá a conhecer”. *Ib idem*, p. 197.

<sup>849</sup> “A colaboração dos sujeitos e o conhecimento do modo de atuação administrativa, decorrentes do esquema processual, facilitam o controle por parte da sociedade, do Poder Judiciário e de todos os outros entes que fiscalizam a Administração”. *Ib idem*.

<sup>850</sup> “A supremacia geral não se expressa apenas quando da expedição de normas e atos, mas também em fases sucessivas da realização de suas finalidades, inclusive pela execução coativa quando houver resistência ao cumprimento das ordens emanadas. Ao lado do poder de supremacia geral apontam os autores os poderes de *supremacia especial*, ou seja, ‘conteúdo genérico desta supremacia a um estado de *especial sujeição pessoal* do indivíduo frente à Administração, mais acentuado do que a normal sujeição frente à Administração considerada simplesmente como titular do poder de império’ (Renato Alessi). (...) Quando

“um particular vínculo jurídico entre a Administração e os administrados, como é o caso dos servidores públicos, dos contratados pelo poder público, dos internos em estabelecimentos prisionais etc.”<sup>851</sup>. Já na *supremacia geral*, fundada no vasto poder de polícia administrativa, “tipificam-se os ilícitos e as sanções com vistas a punir comportamentos considerados como infrações a uma legislação pré-existente, não existindo qualquer vínculo jurídico entre a Administração-sancionadora e o particular afetado”<sup>852</sup>.

Nesse amplo espectro das sanções administrativas, podem-se destacar peculiaridades nos regimes jurídicos que tratam de situações tais como, *v.g.*, a do particular a quem se aplica uma multa por violação às normas de trânsito (sanção administrativa de polícia), da empresa que é penalizada por inadimplemento de obrigação prevista em um contrato administrativo de fornecimento (sanção administrativa contratual), ou, ainda, a do servidor público que sofre uma suspensão por desvio de conduta funcional (sanção administrativa disciplinar).

Em suma, a atividade da *Administração sancionadora* abrange o universo das sanções jurídicas relacionadas ao descumprimento de deveres instituídos em prol da coletividade (*interesses públicos primários*) ou da própria Administração (*interesses públicos secundários*) e cuja fiscalização e repressão cabem ao Estado através dos seus diversos órgãos e agentes administrativos. Todas estas sanções submetem-se a regimes jurídicos de Direito Público, portanto, exorbitantes do regime aplicado às sanções de Direito Privado.

Excetuadas as sanções públicas de natureza penal – cuja iniciativa para a aplicação cabe, em regra, ao Ministério Público auxiliado pelos órgãos policiais de persecução criminal e sempre perante o Poder Judiciário – as demais sanções jurídicas existentes no campo do Direito Público são, em regra, aplicadas por órgãos e agentes que compõe a Administração Pública, sendo qualificadas como *sanções administrativas*.<sup>853</sup> Nas palavras de Suay Rincón, sanção administrativa é “cualquier mal infligido por la Administración a um administrado como

alguém entra em relação especial com o Poder Público, ou seja, quando há um vínculo específico a unir o particular com aquele, a tal elo dá-se o nome de ‘supremacia especial’. Como leciona Celso Antônio, ‘a supremacia geral é mera decorrência da posição sobranceira da Administração diante dos administrados, graças à circunstância de expressar um dos poderes do Estado, enquanto a supremacia especial supõe um ‘estado de especial sujeição do indivíduo’, em razão de sua inserção em um vínculo mais estrito com a Administração, do que decorre, para esta, a necessidade de sobre ele exercitar uma supremacia mais acentuada”. *Infrações e sanções administrativas*, p. 17-18.

<sup>851</sup> O que, para ele, “justificaria o estabelecimento de ilícitos e das sanções respectivas como forma de tutelar a disciplina interna de tais relações”. *Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 19-20.

<sup>852</sup> *Idem*.

<sup>853</sup> Diz-se “em regra” porque há sanções administrativas que, por exigência legal, somente podem ser aplicadas por ordem judicial, como acontece, *v.g.*, na demissão de magistrado por falta disciplinar (depende de sentença condenatória) ou com a cobrança forçada de créditos fazendários (depende de execução fiscal). Fábio Medina Osório define a sanção administrativa como “um mal ou castigo, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, agente público, indivíduo ou pessoa jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo”. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 80.

consecuencia de una conducta ilegal a resultar de un procedimiento administrativo y con una finalidad puramente repressora”.<sup>854</sup>

No tocante ao poder punitivo do Estado, são bem antigos os debates doutrinários e jurisprudenciais acerca da unidade ontológica dos ilícitos administrativos e penais, isto é, de que não existiria distinção entre as *essências* das sanções administrativas e as das sanções criminais. Tal entendimento teve por finalidade precípua atrair a incidência, para o Direito Administrativo, de tradicionais princípios jurídicos do Direito Penal. Contudo, Alejandro Nieto adverte que esta comparação não deve ser feita levando-se em conta aspectos metajurídicos (não normativos), pois no campo do Direito o exame dos institutos deve ser feito com vistas apenas aos seus respectivos regimes jurídicos (o que ele chama de *ontologia normativa*).<sup>855</sup> Assevera que, em se tratando de simples qualificação jurídica de atos humanos, “los dos ilícitos no son ontológicamente ni iguales ni desiguales (en el sentido real, no normativo, a que nos estamos refiriendo) por la sencilla razón de que *son conceptos rigurosa y exclusivamente normativos*”.<sup>856</sup>

Com efeito, atendo-se ao aspecto fenomenológico, não é de acertado rigor se falar em igualdade ou desigualdade substancial entre as sanções criminais e administrativas, pois apenas se tratam de esferas *formalmente* distintas e justificadas por razões ideológicas do legislador.<sup>857</sup> Sob o ponto de vista do conteúdo fático (aspecto não normativo), qualquer ato humano pode mesmo ser tratado como ilícito penal ou administrativo, pois é o legislador que (atento aos ditames jurídico-constitucionais) elege as condutas passíveis de punição na via administrativa e aquelas passíveis de punição na via judiciária criminal, imprimindo-lhes o regime jurídico adequado. A distinção deve ser feita, portanto, em termos de tratamento normativo.

Logo, assinala Alejandro Nieto, “*en lugar de decir que la ley debe regular por igual a los ilícitos porque son ontológicamente iguales, hay que decir – invirtiendo el planteamiento –*

<sup>854</sup> Apud Osório, *idem*, p. 56.

<sup>855</sup> *Derecho administrativo sancionador*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2000, p. 152. Assim escreve o autor espanhol: “Carencia de diferencias ontológicas equivale a que, *por naturaleza* o esencia, se trata de ilícitos idênticos o no distintos. Ahora bien, si ésto es claro, no lo es tanto el determinar *si esa naturaleza idéntica es de carácter normativo (jurídico, por tanto) o no normativo: y tal es lo fundamental*. Porque una cosa es la identidad física o real y otra la jurídica: de tal manera que *dos figuras metanormativamente idénticas pueden ser normativa o jurídicamente muy distintas, y a la inversa*. En otras palabras: los ilícitos pueden ser considerados como figuras reales que existen con independencia de las normas o como meras creaciones de éstas. En el primer caso la norma se limita a reconocer su existencia y a dotarlos de régimen jurídico; mientras que, en el segundo, los crea”. *Idem*, p. 151.

<sup>856</sup> “El ilícito no existe en la realidad, es creado por la norma, de tal manera que sin norma no puede haber ilícito. Sin norma que establezca una prohibición, no puede quebrantarse prohibición alguna. (...) El ilícito es, por definición, un antijurídico y lo antijurídico sólo puede surgir cuando hay un *ius* que es violado. Nada hay, por tanto, antijurídico por sí mismo. (...) Si la naturaleza de los ilícitos es inequívocamente normativa, nada hay que vincule la norma creadora de ellos, que puede determinar libremente su igualdad o su desigualdad con todas sus consecuencias”. *Ib idem*, p. 152-153.

<sup>857</sup> “El legislador, cuando lo tiene por conveniente, altera substancialmente la situación y lo que ayer eran infracciones administrativas, se convierten mañana en delitos (como sucedió con las infracciones de contrabando a partir de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio), y lo que eran ilícitos penales se convierten de pronto en infracciones administrativas. Esto es lo que ha sucedido fundamentalmente con la más importante, hasta ahora, de nuestras leyes despenalizadoras, la 3/1989, de 21 de julio”. *Ib idem*, p. 161.

que los ilícitos son iguales porque la ley les ha dado un tratamiento normativo igual”.<sup>858</sup> Nesse mesmo prisma, Régis Fernandes de Oliveira acentua que restaram frustradas todas as tentativas doutrinárias de apontar diferenças ontológicas (não normativas) entre as sanções administrativas e as sanções criminais<sup>859</sup>, destacando que “apenas na emolduração jurídica, feita através da norma, é que se pode falar em distinções sancionadoras”.<sup>860</sup> Lastreando suas conclusões nos escólios de juristas como Merkl, Vittorio Ottaviano, Laubadère, Zanobini, Miele, Garrido Falla, Marienhoff, Sayagués Laso, García de Enterría e Tulio Chiossone, Régis de Oliveira defende que “inexistindo diferença ontológica entre crime, contravenção e infração e entre pena e sanção, deve o jurista buscar, em dado formal, o critério diferenciador”.<sup>861</sup>

Tomando por base o ordenamento jurídico espanhol, Alejandro Nieto ainda destaca que as sanções administrativas são normativamente distintas das sanções penais, haja vista as classes de normas diferentes<sup>862</sup>, aplicadas por órgãos estatais diferentes<sup>863</sup>, segundo procedimentos e regimes jurídicos materiais diferentes<sup>864</sup>, bem como diferentes modelos de tipificação.<sup>865</sup> Ademais, apenas as sanções penais admitem a figura da pena privativa de liberdade. *Mutatis mutandis*, estas observações podem ser aplicadas também ao Direito brasileiro.

Dada a distinção *normativa* entre as sanções administrativas e penais, tem-se que, não raro, uma mesma conduta humana desafia as duas esferas punitivas, sem que se possa aí falar em duplicidade de sanção (*bis in idem*). O fato de eventualmente o quanto decidido na via criminal

<sup>858</sup> *Ib idem*, p. 153.

<sup>859</sup> Como defensores da posição que distingue a pena da sanção administrativa, em razão da essência, o autor cita os pensamentos de Goldschmidt, Entreña Cuesta, Montoro Puerto. Mas conclui por considerar que tal distinção “não resiste à crítica, sem embargo de notarmos algumas diferenças que, na realidade, não dizem respeito à *essência da conduta antijurídica, nem da repulsa*, mas à *diversidade de tratamento normativo dado a ambas*; isto é, o *regime jurídico* de cada qual é ou pode ser diverso, dependendo de cada ordenamento normativo.” *Op. cit.*, p. 27.

<sup>860</sup> *Idem*. E acrescenta o autor, transcrevendo lição de Adolf Merkl: “Do mesmo modo como é impossível deduzir da natureza de uma matéria jurídica dada se se trata de matéria judicial ou administrativa, senão que ela deriva da atribuição de competência verificada pelo Direito Positivo, assim também só o Direito Positivo pode responder à pergunta se um determinado fato corresponde ao Direito Penal Judicial ou ao Administrativo, segundo seja a forma em que se achem estabelecidas as competências”. *Ib idem*, p. 30.

<sup>861</sup> *Ib idem*, p. 32.

<sup>862</sup> “Existen dos clases de normas diferentes: unas se autocalifican de penales (Código Penal y leys penales especiales) y otras de administrativas. En las primeras se describen y castigan unos ilícitos que se denominan de delitos o faltas y en las segundas se describen y castigan otros ilícitos que se denominan infracciones administrativas. Ello sin perjuicio, claro es, de que las normas penales se remitan ocasionalmente a las infracciones administrativas, de la misma forma que las leyes administrativas se remiten a los delitos y faltas”. *Op. cit.*, p. 160.

<sup>863</sup> “En unas y otras normas se encomienda el castigo de cada uno de estos grupos de ilícitos a órganos diferentes: los delitos y faltas, a los Jueces e Tribunales penales; las infracciones administrativas a los órganos judiciales no penales (los Tribunales contencioso-administrativos). Excepcionalmente puede encomendarse a los jueces el castigo de infracciones administrativas, pero jamás a los órganos administrativos el castigo de delitos”. *Idem*.

<sup>864</sup> “La represión ha de ajustarse, además, a procedimientos distintos, según se trate de delitos y faltas o de infracciones administrativas. Estos órganos – y de acuerdo con su procedimiento respectivo – imponen castigos también distintos. Formalmente los Jueces imponen penas y la Administración sanciones. Materialmente, buena parte de las penas y sanciones coinciden (inhabilitación, suspensión, multa), aunque hay una variante cuya imposición es del monopolio de los Jueces: las penas privativas de libertad”. Independientemente de la diversidad de órganos, de procedimientos y de castigos, las normas establecen un régimen jurídico material distinto para cada grupo de ilícitos (reincidencia, prescripción, dolo etc)”. *Ib idem*, p. 160-161.

<sup>865</sup> “Las normas penales son aceptablemente concretas y se nuclean en torno al Código Penal. Las normas sancionadoras administrativas, por el contrario, son de momento tan dispersas como incompletas”. *Ib idem*, p. 161.

vincular a decisão na via administrativa sancionatória deve-se a razões de ordem *formal* e não propriamente substancial.<sup>866</sup>

Tudo o que foi dito, todavia, não obsta que se possam aplicar, no campo do Direito Administrativo sancionador, princípios oriundos do Direito Penal, desde que se atente às especificações de cada regime jurídico. Deveras, embora destacando que “crime ou delito e infração administrativa são entidades distintas em sua essência”, Edilson Pereira Nobre Júnior ressalta que “essa distinção ontológica, no entanto, não pode olvidar que, tanto no ilícito criminal como no ato administrativo, está-se ante situação ensejadora da manifestação punitiva do Estado”.<sup>867</sup> Por isso, acrescenta que nada impede sejam aplicados os princípios do Direito Penal no âmbito das sanções administrativas, desde que observadas as peculiaridades que distinguem os dois regimes.<sup>868</sup>

Voltando o foco para a sanção administrativa, tem-se que, em sentido amplo, é toda e qualquer sanção imposta pelo Poder Público sob a égide do regime jurídico-administrativo, isto é, do conjunto de normas (regras e princípios) que compõe o Direito Administrativo. Em geral, as sanções administrativas, aplicadas segundo um devido processo legal, no qual sejam

---

<sup>866</sup> No Brasil, se um agente administrativo infrator – respondendo simultaneamente na via administrativa e na via judicial criminal e relativamente a um mesmo fato – vem a ser absolvido pelo juiz, por negativa de autoria ou inexistência material do fato, esta decisão vincula a decisão administrativa (vide o art.126 da Lei n. 8.112/90). Isto, porém, não se deve ao fato de ser a sanção criminal essencialmente superior à sanção administrativa. Tal ocorre simplesmente porque o procedimento para aplicação da sanção criminal é mais exaustivo no tocante às investigações probatórias, ou seja, sob o ponto de vista *formal* o processo penal está mais próximo do alcance da verdade, daí porque as decisões nele tomadas acerca da autoria ou da materialidade do fato prevalecem sobre as demais esferas de responsabilidade. Não obstante, se a absolvição criminal se dá apenas por ausência de tipicidade do fato, tal não impede a punição administrativa da chamada *falta residual* (o fato, apesar de não se revelar um ilícito penal típico, constitui uma infração administrativa). Outrossim, a absolvição criminal por simples ausência de provas não vincula em nada a esfera punitiva da Administração.

<sup>867</sup> *Sanções administrativas e princípios de direito penal*. Rio de Janeiro: RDA n.219, jan./mar. 2000, p. 128. Assim conclui o autor: “O procedimento administrativo punitivo, no Estado Democrático de Direito, perfilhado como modelo pelo nosso Constituinte (art. 1º, CF), ostenta feição vinculada. Os aspectos submetidos à discricção do administrador sofreram redução demasiada. Em consequência, impende ao intérprete a difícil tarefa de cinzelar os parâmetros que deverão comandar essa atividade estatal, tema a que estas modestas linhas se propuseram. Adotou-se o critério de examinar a recepção que, no Direito Administrativo, mereceu as premissas estruturantes do *jus puniendi* da coletividade e o Direito Penal comum, cuja elaboração foi longamente sedimentada no decurso da história da humanidade. Tais arquétipos são hábeis ao fornecimento da medida de justiça ideal das punições impostas pela Administração, as quais, na hipótese de desvio, expõem-se ao arbítrio, clamando a expedita corrigenda do Judiciário”. *Idem*, p. 151.

<sup>868</sup> “Segue-se, em linha de princípio, nada haver a obstar, antes a recomendar, serem os postulados reitores da aplicação das punições criminais, cuja sistematização doutrinária e legislativa é bem anterior à ordenação das sanções administrativas, a estas aplicáveis. Há necessidade, porém, de restarem sempre consideradas as peculiaridades das últimas. Releve-se não constituir matéria estranha ao campo das punições administrativas a incidência, via construção jurisprudencial, de modelos do direito criminal. Nota exemplificativa a extensão, precisamente no concernente às multas da SUNAB, da regra da continuidade delitiva. A admissão dessa hipótese também não passou despercebida pelo STF, conforme se pode, de maneira implícita, extrair do MS 20.999. Infere-se do voto do relator, Min. Celso de Mello, acolhido à unanimidade pelo Tribunal Pleno, que a consagração, no Texto Básico (art.5º, LV), do contraditório e da ampla defesa, implicou no reconhecimento, no âmbito do processo administrativo disciplinar, de clara limitação dos poderes da Administração, em contrapartida à crescente intensificação do grau de proteção jurisdicional dispensada aos direitos dos agentes públicos. Considerando-se que a concreção da responsabilidade criminal é privativa do Judiciário, a aproximação do processo administrativo frente ao judicial é traduzível, pelo menos no plano formal, pela implícita constatação de que os parâmetros aplicáveis ao *jus puniendi* no tocante aos crimes ou delitos são extensíveis, na medida do possível, à responsabilização pela prática de infrações administrativas”. *Ib idem*, p. 128-129.

asseguradas a ampla defesa e o contraditório, podem ser executadas pela própria Administração, independentemente de ordem judicial.<sup>869</sup>

Cumpra salientar que algumas destas sanções administrativas citadas pela doutrina podem, em alguns casos especiais, revestir a forma de *medidas administrativas cautelares ou preventivas*, quando então poderão ser imediatamente adotadas pela Administração mesmo sem se assegurar a defesa-prévia ao particular atingido, por não ser este procedimento compatível com a urgência da situação. Contudo, não se tem aí propriamente *sanções* administrativas, mas aquelas já mencionadas “providências acauteladoras” a que se refere o art. 45 da Lei n. 9.784/99. Em que pese o seu conteúdo sancionador (como uma espécie de sanção *prima facie*), não obedecem aos requisitos formais constitucionalmente necessários à aplicação de sanções. Nesses casos, o devido processo legal administrativo segue parâmetros que prestigiam a imediata proteção do interesse público em provisório detrimento da defesa do particular atingido pela medida, sem, contudo, aniquilá-la por completo, já que caberá à Administração adotar um procedimento *adequado* que viabilize o posterior reexame nas vias legais de controle (administrativa e judicial), a fim de que, caso venha a ser detectada a ilegalidade da medida tomada, se possa recompor o *status quo* ou, não sendo isso mais possível, indenizar-se o prejudicado.

Deveras, consoante destaca Rafael Munhoz, “o processo a ser instaurado deve permitir que os indivíduos que poderão ser afetados pelo ato administrativo tenham oportunidade de exercer uma série de garantias processuais, as quais têm por escopo protegê-los da arbitrariedade”.<sup>870</sup> O fato de se tratar de medida cautelar, em regra tomada segundo um procedimento sumário que viabilize a pronta atuação da Administração, não afasta a necessidade de adoção de meios razoáveis e adequados que possibilitem um posterior controle de legalidade (princípio da ampla sindicabilidade), caso contrário se abriria espaço ao cometimento de arbitrariedades. De outro lado, há certas sanções administrativas que somente podem ser executadas perante o Poder Judiciário, *v.g.* a cobrança de multas e outras vantagens pecuniárias. Além disso, como restou argumentado no item 3.2.4 *retro*, imprescindem também de ordem judicial medidas administrativas cautelares a serem tomadas em situações delicadas nas quais,

---

<sup>869</sup> Como exemplos de sanções administrativas que permitem a auto-execução, sem a interveniência do Poder Judiciário, Edimur Ferreira de Faria cita “a apreensão de gêneros alimentícios postos à venda em condições impróprias para o consumo; fechamento do estabelecimento ou até a cassação da respectiva licença para o exercício do comércio nos casos de reiteração do ilícito, além de aplicação de multa; apreensão de equipamentos de pesca, se estiverem em desacordo com as especificações estabelecidas em lei ou regulamento, ou em épocas em que a pesca esteja proibida; apreensão de peixes pescados de tamanho menor do que o permitido; demolição de prédio que, em razão de sua ruína, esteja pondo em risco a segurança de prédio vizinho ou de pessoas; rebocamento de veículo que esteja obstruindo o trânsito ou estacionado em lugar proibido; impedimento de venda de bebidas alcoólicas em determinados locais ou dias; imposição de multas em virtude de desmatamento sem prévia autorização ou em virtude de poluição etc.”. *Curso de direito administrativo positivo*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 207-208.

<sup>870</sup> *Op. cit.*, p. 91.

sem que ocorra risco de lesão irreparável ao interesse público, existe, ao revés, um risco irreversível e desproporcional de se afetar a vida ou a propriedade de pessoas atingidas pela medida.

Feitos estes esclarecimentos, resta examinar quais os parâmetros jurídicos na distribuição do ônus da prova nos processos administrativos que visam à aplicação de sanções ou à adoção de medidas cautelares, já que, a depender da situação, poderão ser variados os critérios.

#### *4.2.2.2.1 Sanções administrativas e medidas cautelares na atuação do poder de polícia*

Há certa controvérsia doutrinária no tocante ao estudo das sanções administrativas e das medidas afetas ao poder de polícia. Alguns autores, a exemplo de Fábio Medina Osório, apontam distinção entre tais atividades da Administração Pública, apesar de reconhecerem a sua íntima conexão, tendo em vista que “o parentesco das medidas de polícia com as sanções administrativas é forte, podendo produzir confusões”<sup>871</sup>. Assim sendo – acrescenta Osório – “quando o Estado veda ao indivíduo um exercício de um direito para o qual não estava habilitado, não há falar-se propriamente em sanção administrativa”.<sup>872</sup> Também Daniel Ferreira aponta esta mesma distinção entre as medidas de polícia e as sanções administrativas.<sup>873</sup>

---

<sup>871</sup> *Op. cit.*, p. 85. Ainda segundo Fábio Medina, “não prospera, em sua globalidade, a teoria de que o poder sancionador estaria integrado no poder de polícia, diante das peculiaridades do direito administrativo sancionador, suas garantias, sua generalidade, tipicidade, legalidade, incompatibilidade com a flexível e extremamente elástica natureza que deveria ostentar para ser considerado integrante do poder de polícia. A sanção administrativa não resulta ligada a um genérico poder de polícia, embora possa, não raro, servir instrumentalmente à atividade administrativa no sentido de uma consecução de determinados objetivos públicos. Não se deve desprezar a íntima conexão do poder de polícia com as sanções administrativas, mas tampouco se pode conectá-los de forma a dissipar o conceito e a autonomia da atividade sancionadora, a qual está regida por princípios e regras específicos”. *Idem*, p. 86-87.

<sup>872</sup> *Ib idem*, p. 82. “Nessa linha de raciocínio, o fechamento ou a interdição de uma atividade iniciada pelo particular sem a necessária autorização do Poder Público não constitui sanção administrativa, pois em realidade se trata de uma medida adotada para o restabelecimento da legalidade, como poder legítimo da Administração. As medidas de polícia, diferentemente do que ocorre com as sanções, podem ter um caráter preventivo, perseguindo o bem comum, a consecução da boa ordem no uso dos bens e serviços públicos, visando o exato cumprimento da lei e das disposições normativas pertinentes. Exemplo de medidas de polícia são o fechamento de locais e retirada de produtos de circulação”. *Ib idem*, p. 83-85.

<sup>873</sup> “Ao suspender a execução material da conduta incompatível com o interesse público, se também reconhecida como ilícito, o agente está a realizar, em verdade, tão-somente uma medida de polícia, não deixando que a conduta em si traga mais prejuízos à coletividade, desde logo obstaculizando-a. Quanto à sanção como decorrência desse mesmo ilícito, haverá a mesma de ser imposta, todavia somente após o anterior implemento do devido processo legal. Daí que tudo o que o aparato estatal impuser antes de deferido o prévio contraditório e ampla defesa válida sanção, não pode ser”. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 24.



Parece, todavia, que tal distinção repousaria melhor sobre a separação que deve ser feita entre as *sanções* administrativas e as já referidas *medidas cautelares* administrativas, e não propriamente no fato de consubstanciarem atos de polícia. Diante de uma infração administrativa (ou até mesmo a fim de prevenir a sua ocorrência), a Administração pode adotar medidas cautelares e, enquanto as sanções administrativas demandam em regra um extenso processo cognitivo em que sejam previamente assegurados o contraditório e a ampla defesa, as cautelares podem ser empregadas sumariamente em situações de urgência que justifiquem a pronta atuação estatal, de modo a fazer cessar de imediato a ilegalidade. Nesses casos, como antes dito, o contraditório é transferido para momento posterior, por razões de interesse público, o que não significa, porém, que não se deva também adotar um devido processo legal adequado à urgência.

Destarte, não há razão para excluir as sanções administrativas do âmbito do poder de polícia. Tanto as sanções quanto as medidas cautelares administrativas, impostas aos particulares em geral, no benefício do interesse público, decorrem do poder de polícia. A distinção, repita-se, concerne apenas ao procedimento de aplicação do Direito em cada caso, levando-se em conta as distintas situações fáticas que autorizam um ou outro rito. Fora isso, os fundamentos de autoridade (imperatividade, exigibilidade e auto-executoriedade) são os mesmos que caracterizam o poder de polícia estatal.

Em suma, concorda-se com Fábio Medina quando ele distingue as sanções e as medidas administrativas, mas se discorda quando ele exclui aquelas do campo do poder de polícia. Assim, segue-se aqui a clássica lição ainda adotada por grande parte da doutrina e que identifica basicamente quatro formas de atuação do poder de polícia, quais sejam: *ordem* de polícia, *fiscalização* de polícia, *consentimento* de polícia e *sanção* de polícia. A *ordem de polícia* refere-se à atuação regulamentar que busca assegurar a fiel execução da lei, por meio de instrumentos normativos tais como decretos, portarias, instruções normativas, resoluções etc. A *fiscalização de polícia* visa assegurar o respeito às normas legais e às ordens de polícia, podendo ser exercida, por exemplo, em relação à higiene de alimentos e segurança nas construções. O *consentimento de polícia* “consiste na permissão dada pela Administração ao administrado para exercer algum ato ou para utilização de determinado bem”<sup>874</sup>, o que geralmente ocorre por meio de licenças e autorizações veiculadas por alvarás. Já a *sanção de polícia* “pode ser entendida como a penalidade aplicada pela Administração em virtude da inobservância da ordem de

---

<sup>874</sup> Reis Friede. *Lições objetivas de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 112.

polícia”<sup>875</sup>. Tais penalidades devem ter assento em lei, das quais são exemplos: a multa, a interdição, a demolição, a destruição, a inutilização, o embargo etc.

José dos Santos Carvalho Filho considera que “se a sanção resulta do exercício do poder de polícia, qualificar-se-á como *sanção de polícia*”, acrescentando que “são sanções, na verdade, todos os atos que representam a punição aplicada pela Administração pela transgressão de normas de polícia”<sup>876</sup>. Também reconhecendo a sanção administrativa como forma de atuação do poder de polícia, Edimur Ferreira de Faria entende que “norma jurídica sem sanção não é, normalmente, observada”, pelo que se o poder de polícia “não for adequadamente aparelhado para impor sanções nos casos cabíveis, de nada valerá o esforço da Administração na missão de coibir os comportamentos anti-sociais”<sup>877</sup>.

Odete Medauar, ao falar em “sanções decorrentes do poder de polícia”, destaca a necessidade de um devido processo legal que assegure o contraditório e a ampla defesa.<sup>878</sup> Também no escólio de Diógenes Gasparini, “as sanções que tornam efetivas as medidas de

<sup>875</sup> Cláudio Brandão de Oliveira. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: *Impetus*, 2003, p. 55.

<sup>876</sup> *Op. cit.*, p. 74. Para o autor, “as sanções espelham a atividade repressiva decorrente do poder de polícia. Estão elas difundidas nas diversas leis que disciplinam atividades sujeitas a esse poder. As mais comuns são a multa, a inutilização de bens privados, a interdição de atividade, o embargo de obra, a cassação de patentes, a proibição de fabricar produtos etc.”. *Idem*.

<sup>877</sup> *Op. cit.*, p. 210-211. E, acrescenta o autor, “por estes motivos a legislação de polícia prevê diversas modalidades de sanções a serem impostas aos indivíduos desrespeitadores das regras impostas pelo Poder Público através do poder de polícia. As sanções têm, normalmente, o caráter intimidatório e natureza puramente punitiva. Há, entretanto, casos em que a imposição visa evitar danos a pessoas ou a objetos. As principais sanções previstas no sistema jurídico brasileiro são: a) *multa* – estabelecida no caso concreto, de acordo com a extensão da infração e critérios discricionários da autoridade competente; b) *demolição de construção* – esta ocorre nos casos de prédios em ruína ou em situação em que esteja expondo a vizinhança ou os transeuntes em risco, ou na hipótese de construção clandestina ou em desacordo com o projeto aprovado pela Prefeitura; c) *interdição de atividade* – esta sanção é imposta principalmente quando o atuado está fabricando ou vendendo produtos inadequados ao consumo ou à finalidade a que se destina. A interdição, em regra, é por prazo determinado ou até a normalização da atividade; d) *fechamento de estabelecimento* – modalidade sancionatória que se verifica nos casos de reincidência reiterada ou de fabrico ou comércio de produtos proibidos por nocivo à saúde, ou em outros casos de atividades ilícitas; e) *destruição de objetos* – quando inadequados ou impróprios à sua finalidade, por motivos técnicos ou proibição. Exemplo é a incineração de redes e outros equipamentos de pescaria apreendidos por estarem fora dos padrões e especificações estabelecidos pelo órgão responsável pela polícia de pesca; f) *inutilização de gêneros* – esta hipótese ocorre quando o comerciante é flagrado vendendo alimentos *in natura* ou industrializados, em condições impróprias para o consumo. Exemplos: carne deteriorada, arroz e feijão carunchados, frutas e legumes passados; g) *proibição de instalação de indústria ou de comércio em determinada região ou local* – esta medida visa à preservação do meio ambiente e à boa qualidade de vida, na zona urbana, principalmente. Todas as sanções referidas acima, bem como outras não arroladas, devem estar previstas em lei, e a imposição delas depende de prévio processo administrativo. Diversas são, como visto antes, auto-executáveis, independentemente da participação do Judiciário. Em qualquer caso, aquele que sofreu o ônus decorrente da sanção tem o direito de recorrer à Justiça, se se julgar prejudicado com a medida. Esse direito é assegurado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que garante a apreciação pelo Judiciário de toda e qualquer lesão ou ameaça de direito. O ônus da prova é do particular que investe contra o ato, em virtude do atributo de legitimidade de que goza o ato administrativo”. *Idem*.

<sup>878</sup> *Direito Administrativo Moderno*, p. 397. Assim discorre Medauar: “As medidas resultantes do poder de polícia exigem observância por parte dos sujeitos a que impõe restrições em seus direitos; tais medidas podem implicar obrigações de fazer ou de se abster. O descumprimento de tais prescrições enseja, para o agente, a possibilidade de impor sanções. A imposição de sanções norteia-se pela legalidade das medidas punitivas, descabendo à autoridade “inventá-las”. O requisito de competência também prevalece. Além do mais, deve ser assegurado, ao sujeito, contraditório e ampla defesa, por força da Constituição Federal, art. 5º, LV. No caso das multas de trânsito, a existência de prazo suficiente para recorrer e ter o recurso apreciado, antes do vencimento, atende a essas garantias, pois o efeito patrimonial se concretiza no pagamento. Dentre as sanções, citem-se: as *formais* – cassação de licença, revogação de autorização; as *pessoais* – quarentena; as *reais* (atuação sobre coisas, tolhendo sua disponibilidade) – apreensão e destruição de gêneros alimentícios deteriorados, apreensão de armas e instrumentos usados na caça e pesca proibidas, guinchamento de veículos, interdição de atividades, fechamento de estabelecimentos, embargo de obra, demolição de obra, demolição de edificação”. *Idem*.

polícia são impostas ou fixadas em lei”<sup>879</sup>, destacando, como exemplo de sanções administrativas, “a *multa* (pagamento em dinheiro), a *interdição* (de atividade), a *demolição* (de prédios), a *destruição* (de armas apreendidas), a *inutilização* (de gênero alimentício impróprio ao consumo) e o *embargo* (de obra)”<sup>880</sup>.

Portanto, há se concordar aqui com esta corrente doutrinária que localiza as sanções administrativas no bojo do poder de polícia da Administração Pública, identificando-as como uma das suas formas de atuação, indispensável, inclusive, para garantir a sua efetividade. Quando o Estado aplica sanções e, com isso, impõe restrição a interesses individuais em prol do interesse público, atua no exercício do seu poder de polícia sancionador. O fato de o regime jurídico das sanções administrativas deter certas peculiaridades e garantias específicas por si só não as descaracterizam como ínsitas ao poder de polícia. Qualquer ato da Administração Pública que condicione ou provoque restrição ao uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado<sup>881</sup>, enquadra-se no conceito amplo de poder de polícia. O poder de polícia estatal representa o vínculo de autoridade que liga a Administração Pública aos particulares em geral por força da lei (*ex lege*) e que, portanto, legitima a aplicação de sanções imperativas ante o descumprimento de deveres pelos administrados. As sanções de polícia aplicadas aos administrados decorrem de relações jurídicas sem qualquer vínculo hierárquico-funcional, tal como ocorre com a relação entre motoristas e os órgãos de polícia de trânsito, os construtores e os órgãos de polícia edilícia, os profissionais e os órgãos de polícia das profissões, os estrangeiros e os órgãos de polícia de estrangeiros, os comerciantes e os órgãos de polícia do comércio, os cidadãos em geral e os órgãos de polícia de costumes, de polícia ambiental etc.

Verifica-se, contudo, que ao contrário do que acertadamente fez Fábio Medina, alguns doutrinadores colocam em uma única classe a sanção e a medida cautelar administrativa, sem fazer a necessária separação categórica. Tratam indistintamente, uma e outra, como *sanções de polícia*.<sup>882</sup> Por isso, emprega-se aqui a expressão sanção de polícia em um sentido mais amplo, de modo que, partindo do gênero das sanções de polícia (*lato sensu*), há de se colocar de um lado as sanções administrativas propriamente ditas (*stricto sensu*) e as medidas cautelares administrativas.

<sup>879</sup> *Op. cit.*, p.132. Acrescenta o autor que “outras poderão ser estabelecidas pela legislação da entidade política (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município) competente. A aplicação dessas penas não se legítima se, em processo administrativo, não for dado ao infrator amplo direito de defesa e garantido o contraditório, consoante lhe é assegurado pelo art.5º, LV, da Constituição Federal. Observe-se que essas ou outras penas não podem ser instituídas por decreto ou outro ato sublegal, nem podem ter caráter perpétuo (RT, 686:182)”. *Idem*.

<sup>880</sup> *Ib idem*.

<sup>881</sup> Cf. Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro, op. cit.*, p. 115.

<sup>882</sup> Já se referiu ao caso da *demolição* de prédio de propriedade privada, geralmente tratada pela doutrina como uma sanção administrativa mas que, a depender da situação, pode configurar-se como medida cautelar.

#### 4.2.2.2.2 O poder de polícia e o ônus da prova

É da tradição no Direito Administrativo brasileiro conferir-se um alto prestígio à presunção de legitimidade/veracidade dos atos administrativos no terreno das sanções administrativas de polícia. Praticamente não se ouve falar da *presunção de inocência* nesta seara e o resultado desta perversa equação tem sido sempre se atribuir, ao administrado, o ônus da prova em sentido contrário ao quanto afirmado pelo agente público no tocante ao cometimento da suposta infração administrativa.

Citando o exemplo da fiscalização do trânsito, Fábio Osório ressalta a necessidade de se invocar a presunção de veracidade relativa dos autos de infração, salientando que do ponto de vista prático, “a presunção de inocência poderia inviabilizar o funcionamento das multas de trânsito”.<sup>883</sup> Mas, consoante ressaltado anteriormente, vem crescendo na doutrina e na jurisprudência uma concepção – que parece estar mais afinada com os princípios constitucionais – no sentido de que as garantias de defesa devem ser asseguradas não apenas nos processos de impugnação, mas, antes mesmo disso, quando ainda no processo de formação dos atos administrativos deva a Administração adotar uma postura de atuação compatível com o princípio da presunção de inocência que socorre os acusados em geral. Não se trata de apenas assegurar o direito de apresentar contestação ou de produzir provas no bojo do processo administrativo, pois isto é evidente e decorre de norma constitucional expressa. A presunção de inocência exige mais ainda: que os agentes da Administração, no exercício do seu poder de polícia, empreguem adequados procedimentos de registro dos fatos, de modo a viabilizar o confronto de provas e o controle dos seus atos.

---

<sup>883</sup> *Op. cit.*, p. 359. Assim escreve ainda o autor: “Difícilmente o policial responsável direto pela aplicação da multa de trânsito poderia recordar, posteriormente, da figura do infrator, dada a quantidade de multas que poderiam ser impostas ao longo de suas atividades. Ademais, mesmo que se admitisse seu testemunho solitário, contra a palavra do condutor do veículo, qual prova deveria prevalecer? Rigorosamente, à luz de uma radical presunção de inocência, o testemunho do policial não poderia ser suficiente para a condenação do suposto infrator, mormente porque esse testemunho resultaria naturalmente comprometido, dado que seria uma espécie de acusador oficial a testemunhar a validade de seu próprio ato. (...) Quais os meios de prova que as autoridades deverão estabelecer para fixar a responsabilidade dos infratores, em matéria de ilícitos de circulação de veículos? Haverá necessidade de testemunhas presenciais da infração? Bastarão fotografias? Serão exigíveis provas técnicas, invariavelmente? São perguntas que pairam no ar, embora as respostas mais prováveis apontem simplesmente um caminho restritivo à presunção de inocência, estabelecendo-se, com critérios de razoabilidade, uma equilibrada distribuição do ônus probatório, sem desconsiderar as peculiaridades dos casos concretos e, inclusive, as necessidades sociais. Documentos, atas, atos administrativos elaborados por funcionários públicos gozam, no mínimo, do *status* de meios de prova, não sendo considerados meras denúncias”. *Idem*, p. 359-360.

Se as distinções entre as sanções penais e as sanções administrativas apenas ocorrem por razões de ordem *formal*, não se olvida da aplicação substancial do dogma da presunção de inocência também no campo administrativo, variando apenas os efeitos desta incidência por conta das peculiaridades de cada regime jurídico. As diferenciações aí aparecem, sobretudo, no que tange à adoção dos famigerados *mecanismos formais de estabelecimento da verdade*, mas que, como se disse ao tratar do papel das presunções no estudo do Direito (item 1.5.2 *retro*), somente devem encontrar espaço naquelas situações em que efetivamente seja impossível ou muito difícil a produção de meios de prova.

Apesar de inegável a aplicação do princípio da presunção de inocência ao campo das sanções administrativas, tem-se que do seu sopesamento com a idéia da presunção de legitimidade dos atos administrativos podem decorrer efeitos variados conforme o tipo de sanção e o subsistema jurídico tratado, com proeminência de um ou outro vetor axiológico a depender do caso. São concepções que encerram valores aparentemente paradoxais, pois se de um lado se busca facilitar a prova quanto aos fatos afirmados pelo agente estatal, de outro se busca facilitar a prova em benefício da defesa daquele que está sendo acusado pelo Estado.

Dada a diferença *formal* dos regimes jurídicos, a presunção de inocência no campo administrativo não pode mesmo gerar todos os efeitos que dela decorrem no campo criminal. Na seara penal, a presunção de legitimidade dos atos administrativos parece sucumbir inteiramente à presunção de inocência dos acusados de infrações criminais. Nela, como se sabe, vale o *in dubio pro reo*, pelo que a simples assertiva da autoridade estatal não é suficiente para se reputar provado o fato típico culpável pressuposto da sanção. Significa dizer que, nesse campo, as eventuais infrações autuadas em documentos oficiais da Administração não podem ser reputadas presumidamente verdadeiras de modo a dispensar a produção de outras provas pelo Estado-acusador ou transferir ao acusado o ônus da prova em sentido contrário. Necessário aí, portanto, ir-se além no exercício probatório em busca da verdade real, sem o que o réu haverá de ser absolvido.

Destarte, é interessante observar que um mesmo fato afirmado pela Administração pode vir a ser, na via do processo administrativo, julgado existente à dispensa de maiores comprovações (por força da presunção de legitimidade), sem que assim seja reputado quando do julgamento na via do processo penal (por força da incidência, em alto grau, do princípio da presunção de inocência). Em outras palavras, para uma mesma situação fática, o ordenamento jurídico exige graus diferentes de requisitos na busca da verdade. A título de exemplo, um mesmo motorista que sofre uma multa por ter supostamente avançado um sinal vermelho (por

força da presunção de legitimidade do registro feito pelo agente de trânsito no auto de infração) pode eventualmente vir a ser absolvido em um processo penal no qual é acusado de ter atropelado um transeunte que por ali passava (se, diante da negativa de culpa, não tiver havido prova suficiente de que realmente tenha avançado o sinal vermelho).<sup>884</sup>

Como justificativa para isso, procura-se acentuar o maior garantismo existente no processo penal, cujas penalidades incluem a privação da liberdade, o que não ocorre no campo das sanções administrativas. Todavia, se isso já foi um forte argumento tempos atrás, quando o processo penal se direcionava basicamente a penas privativas de liberdade, nos dias de hoje nem de longe traduz uma verdade incontestável, na medida em que o ordenamento já alberga uma série de penalidades criminais alternativas, muitas delas semelhantes às sanções administrativas. Outrossim, existem sanções administrativas que, se não privam a liberdade das pessoas, produzem outros efeitos desastrosos, como acontece, *v.g.*, no fechamento de estabelecimentos, na apreensão de equipamentos, no embargo de obras, nas restrições ao exercício da profissão, sem contar as sanções administrativas pecuniárias que podem acabar levando as pessoas ao completo endividamento e empresas à falência.

Deixando de lado as peculiaridades da seara criminal, observa-se que mesmo no campo do direito administrativo sancionador os efeitos da presunção de legitimidade, quando sopesados com os da presunção de inocência, variam conforme o tipo de sanção que se esteja tratando. Deveras, enquanto a doutrina em geral costuma prestigiar mais a presunção de legitimidade dos atos administrativos no terreno das sanções de polícia, praticamente omitindo o vetor normativo contrário advindo da presunção de inocência, este, por outro lado, amplamente invocado no âmbito das sanções disciplinares, conforme se verá a seguir.

---

<sup>884</sup> Não se quer com isso dizer que o juiz deva simplesmente ignorar o auto de infração, até porque não deixa de ser um elemento de prova ou, ao menos, um indício da ocorrência do fato. O que se enfatiza aqui é tão-somente que a condenação criminal não pode se calcar na presunção de legitimidade dos atos administrativos, pois caberá sempre ao Estado-acusador demonstrar a culpa do acusado e não o contrário.

#### 4.2.2.2.3 Sanções administrativas e medidas cautelares na atuação do poder disciplinar

O processo administrativo disciplinar “é o instrumento formal, instaurado pela Administração Pública, para a apuração das infrações e aplicação das penas correspondentes aos servidores, seus autores”.<sup>885</sup> Está voltado para a *responsabilidade funcional* “apurada no âmbito da própria Administração e apenada com sanções de natureza administrativa, denominadas sanções disciplinares, impostas por autoridade administrativa”.<sup>886</sup>

Reconhecendo a existência de um regime jurídico mais específico nesta seara, Fábio Medina Osório assinala que “as sanções disciplinares são, evidentemente, espécies de sanções administrativas, embora possuam suas peculiaridades”<sup>887</sup>, acrescentando ainda que “no âmbito disciplinar, resulta, de fato, mais específica a necessidade de proteção de uma ordem administrativa interna, de valores de hierarquia, subordinação, coordenação entre os múltiplos funcionários públicos ou tutela de peculiares deveres profissionais”.<sup>888</sup> Não obstante, o autor defende que “os princípios básicos que regem o Direito Administrativo Sancionador estão mantidos no campo das infrações disciplinares”.<sup>889</sup>

Costuma-se empregar a expressão *inquérito administrativo* por analogia ao inquérito existente na via de investigação policial. Tal nomenclatura, porém, revela-se inadequada porque,

<sup>885</sup> Diógenes Gasparini, *op. cit.*, p. 807.

<sup>886</sup> Odete Medauar. *Direito administrativo moderno*, p. 352. Acrescenta a autora que “o poder disciplinar é atribuído à autoridade administrativa com o objetivo de apurar e punir faltas funcionais, condutas contrárias à realização normas das atividades do órgão, irregularidades de diversos tipos. Não deve ser confundido o poder disciplinar com o poder penal do Estado. (...) A diferença entre as duas atuações possibilita sua concomitância ante a mesma conduta do servidor, ensejando a imposição conjunta de sanção disciplinar e de sanção penal, sem que seja caracterizado o ‘bis in idem’. (...) As normas e princípios norteadores do poder disciplinar decorrem da Constituição Federal, dos estatutos de servidores, das leis orgânicas de categorias funcionais, dos princípios do direito administrativo, de orientação jurisprudencial, exercendo, esta, influência marcante na matéria. Os aspectos fundamentais do regime disciplinar aplicam-se a outros âmbitos, na ausência de disposições específicas explícitas; por exemplo: no exercício do poder disciplinar relativo a condutas de alunos de faculdades públicas; no exercício do poder disciplinar das ordens profissionais (OAB, CRM, CREA etc.); no exercício do poder disciplinar do Judiciário sobre seus magistrados; no exercício do poder disciplinar do Ministério Público sobre seus integrantes”. *Idem*, p. 353-354.

<sup>887</sup> *Op. cit.*, p. 124. O autor chama a atenção para as “especificidades de determinadas infrações disciplinares, que resultam subordinadas por regras especialmente rigorosas. É o caso das sanções disciplinares militares, que se pautam por rígidos sistemas de hierarquia e subordinação. Há precedentes, na jurisprudência brasileira, admitindo, inclusive, a ausência de controlabilidade judiciárias das chamadas ‘prisões militares’, que estariam excluídas do âmbito de alcance do *habeas corpus*. (...) Com a devida vênia, não me parece razoável subtrair do controle do Judiciário o exame de qualquer ato administrativo, muito menos de um ato que implica, excepcionalmente, privação de liberdade”. *Ib idem*.

<sup>888</sup> *Ib idem*, p. 126. Aduz que “o direito disciplinar integra o Direito Administrativo Sancionador, embora suas infrações sejam distintas, tenham uma estrutura mais aberta, flexível, e estejam sujeitas a critérios punitivos vinculados às finalidades de preservação preponderante da ordem administrativa, do bom funcionamento da instituição lesada. *Ib idem*, p. 132.

<sup>889</sup> *Ib idem*, p. 133. Cita, “v.g., legalidade, tipicidade, *non bis in idem* (em medidas distintas), irretroatividade das normas sancionadoras, culpabilidade, presunção de inocência e devido processo legal”. *Ib idem*.

ao contrário do procedimento policial inquisitório, o processo administrativo disciplinar demanda a observância da ampla defesa e do contraditório. Por isso, o art. 151, II, da Lei n. 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis Federais) utiliza esta expressão para indicar a fase de colheita de provas, já no bojo do processo administrativo disciplinar instaurado, a qual deverá forçosamente obedecer ao princípio do contraditório, assegurando-se ao acusado a ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito (art. 153).

Também se emprega o vocábulo *sindicância*, que, na verdade, serve melhor para designar a fase investigatória anterior ao processo disciplinar propriamente dito. Aí, sim, pode-se apontar a aludida equivalência com o inquérito policial<sup>890</sup>, pois a sindicância tem caráter inquisitório que, portanto, não demanda contraditório, por não haver, ainda, acusação formal contra o servidor. Todavia, o legislador inadvertidamente se valeu do termo também para designar uma espécie de processo administrativo de rito sumário, voltado à apuração de faltas consideradas leves, tais como a advertência ou suspensão de até trinta dias (art. 145, II, da Lei n. 8.112/90<sup>891</sup>). Nesse caso, a aplicação da sanção não pode ocorrer sem o contraditório e a ampla defesa, por imperativo constitucional.<sup>892</sup> Observe-se que o art. 143 da Lei n. 8.112/90 distingue as duas situações, ao dispor que a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância *ou* processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa. Nessa linha, é preferível empregar o termo *sindicância* para designar a fase de investigação prévia na qual ainda não estão reunidos elementos concretos em torno da materialidade do fato ou de sua autoria. Aquela “sindicância” de que trata o art. 145, II, é, na verdade, um *processo administrativo disciplinar*.

Noutro giro, como *medida cautelar administrativa*, a fim de que o servidor não venha a influir na investigação ou não sendo recomendável, para o interesse público, a sua permanência no local de trabalho enquanto não apurados os fatos, a autoridade instauradora do processo disciplinar poderá determinar o seu afastamento do exercício do cargo, pelo prazo de até 60

---

<sup>890</sup> Edvaldo Brito considera que “em termos matemáticos poder-se-ia dizer que a sindicância está para o processo administrativo assim como o inquérito policial está para o processo penal”. *Opiniões jurídicas*, p. 47.

<sup>891</sup> Segundo esta norma legal, da sindicância poderá resultar: I) arquivamento do processo; II) aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias; III) instauração de processo disciplinar.

<sup>892</sup> Sobre o tema escreve Odete Medauar: “Nos estatutos, em geral, aparecem duas modalidades de *sindicância*: a *sindicância preliminar a processo administrativo* e a *sindicância como processo sumário*. A primeira modalidade caracteriza a peça preliminar e informativa do processo administrativo disciplinar, devendo ser instaurada quando os fatos não estiverem definidos ou faltarem elementos indicativos da autoria. Configura meio de apuração prévia, em relação ao processo administrativo disciplinar, destinada a colher elementos informativos para instaurá-lo ou não. Nesta acepção, a sindicância não se instaura contra um servidor; visa a apurar possíveis fatos irregulares e seu possível autor. Inexistem, então, acusados ou litigantes a ensejar as garantias do contraditório e da ampla defesa, previstas na Constituição Federal, art. 5º, LV. Em geral observa as seguintes fases: instauração, instrução, relatório. Desta sindicância pode resultar o seguinte: o arquivamento do caso, por inexistência de infração, de irregularidade, ausência de autoria; ou instauração de processo disciplinar, ante a caracterização do fato como infração e a identificação do possível autor. A segunda modalidade é a sindicância de caráter processual, pois destina-se a apurar a responsabilidade de servidor identificado, por falta leve, podendo resultar em aplicação de pena. Trata-se, na verdade, de um processo administrativo sumário” *Direito administrativo moderno*, p. 360.



(sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração. O afastamento poderá ser prorrogado por igual prazo, findo o qual cessarão os seus efeitos, ainda que não concluído o processo (art. 147).

#### 4.2.2.2.4 O poder disciplinar e o ônus da prova

A abordagem do princípio da presunção de legitimidade/veracidade dos atos administrativos em matéria de sanções disciplinares de servidores públicos costuma ter estreita relação com o instituto da *verdade sabida*, nome dado ao conhecimento direto e imediato que o superior tem acerca de alguma suposta infração cometida pelo subordinado<sup>893</sup>. Assim, tendo presenciado o fato, o superior certifica o ocorrido como fundamento da punição do subordinado, independente de maiores formalidades probatórias. Assinala Hely Lopes Meirelles que “tem-se considerado também como verdade sabida a infração pública e notória, estampada na imprensa ou divulgada por outros meios de comunicação de massa”.<sup>894</sup>

Nesse prisma, a verdade sabida seria uma espécie de prova *prima facie* acerca da falta funcional, lastreada na presunção de que os fatos afirmados pelo superior são verídicos, de modo que, em havendo divergência entre a sua assertiva e a do subalterno, há de prevalecer aquela salvo prova em contrário. Portanto, ocorre aí uma presunção de legitimidade/veracidade do ato punitivo praticado pela autoridade superior. Mas, em que pese o prestígio que há tempos atrás já foi dado a esse meio probatório<sup>895</sup> – se é que assim pode ser chamado – tal mecanismo inquisitório de apuração de irregularidades para fins de imediata punição disciplinar não pode mais encontrar espaço na atual ordem constitucional brasileira, haja vista as garantias do art. 5º, LV, da Carta de 1988. Ora, se a Constituição dispõe que “*aos acusados em geral são*

<sup>893</sup> Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, “é a hipótese em que a autoridade toma conhecimento pessoal da infração (como a insubordinação do servidor), ou quanto a infração é do conhecimento público (por exemplo, a notícia na imprensa). *Direito administrativo*, p. 797.

<sup>894</sup> *Direito administrativo brasileiro*, p. 602. Para Meirelles, “*verdade sabida* é o conhecimento pessoal da infração pela própria autoridade competente para punir o infrator. Tal ocorre, p. ex., quando o subordinado desautora o superior no ato do recebimento de uma ordem ou quando em sua presença comete falta punível por ele próprio. Em tais casos, a autoridade competente, que presenciou a infração, aplica a pena pela *verdade sabida*, consignando no ato punitivo as circunstâncias em que foi cometida e presenciada a falta. Esse meio sumário só é admissível para as penalidades cuja imposição não exija processo administrativo disciplinar. (...) O essencial para se enquadrar a falta na *verdade sabida* é seu conhecimento direto pela autoridade competente para puni-la, ou sua notoriedade irretorquível. Não obstante, embora sem rigor formal, deve-se assegurar a possibilidade de defesa”. *Idem*.

<sup>895</sup> Segundo anota Cretella Júnior, o instituto era previsto nas Ordenações do Reino, livro 3º, títulos 63 e 66 e foi revivido pela Lei paulista n. 10.261/68, arts. 271 e ss. *Direito administrativo brasileiro*, p. 756.

*assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”, não há como se admitir punição disciplinar que não obedeça a este devido processo legal.

É na direção deste vetor constitucional que muitos doutrinadores repudiam veementemente a aplicação de punições com base apenas na verdade sabida, citando-se, dentre eles, Diógenes Gasparini<sup>896</sup>, Edmir Netto de Araújo<sup>897</sup>, José dos Santos Carvalho Filho<sup>898</sup>, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>899</sup> e Odete Medauar<sup>900</sup>. Mauro Roberto Gomes de Mattos, por sua vez, defende que o critério da verdade afronta o princípio constitucional da presunção de inocência,<sup>901</sup> enquanto para José Armando da Costa “a simples probabilidade de que tais punições possam ser frutos de mera perseguição pessoal, já põe por terra toda a conveniência de se adotar esse sistema”.<sup>902</sup>

<sup>896</sup> Assim escreve o jurista acerca da *verdade sabida* e do termo de declaração: “Esses dois meios sumários de apuração de irregularidades e de punição de seus autores não podem ser utilizados em nosso meio, pois aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art.5º, LV, da CF), que esses institutos não propiciam. Com efeito, pela *verdade sabida*, a autoridade competente, que presenciou a infração, aplica a pena, consignando no ato punitivo as circunstâncias em que foi cometida a presenciada falta. Também já se considerou verdade sabida a infração pública e notória, divulgada pela imprensa e por outros meios de comunicação em massa. Pelo termo de declaração, a comprovação da falta do servidor surge com a tomada do depoimento do acusado sobre a irregularidade que lhe é imputada. Se esta é confessada, o termo de declaração serve de base para a aplicação da pena” *Direito Administrativo*, p. 963.

<sup>897</sup> “Certas faltas leves, às quais correspondem penalidades também mais suaves, constituíam, antes da Constituição Federal de 1988, exceções a este princípio, pelo instituto da aplicação de penalidades pela *verdade sabida*, conforme o qual, o conhecimento direto e imediato da falta pela autoridade competente para aplicar a penalidade era suficiente para a responsabilização e punição do servidor. A Lei Federal n. 8.112/90 não acolheu este instituto (como o fazia o Estatuto de 1952), pois, em seu art. 143, determina expressamente que as irregularidades sejam apuradas mediante sindicância ou processo administrativo, assegurados em uma e outro, a ampla defesa. Portanto, atualmente é inviável, na área federal, a aplicação de penalidades pela ‘*verdade sabida*’, e mesmo que assim não fosse, a própria Constituição Federal garante (art. 5º, LV) aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, e não é lícito supor que o dispositivo é aplicável somente ao caso de processo, porque logo a seguir o mesmo estende tal garantia ‘*aos acusados em geral*’”. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 858.

<sup>898</sup> “Essas formas sumárias de apuração (sindicância, verdade sabida e termo de declarações), contudo, não mais se compatibilizam com as linhas atuais da vigente Constituição. As normas constantes de estatutos funcionais que as prevêm não foram recepcionadas pela Carta de 1988, que foi peremptória em assegurar a ampla defesa e o contraditório em processos administrativos onde houvesse litígio, bem como naqueles em que alguém estivesse na situação de acusado”. *Direito administrativo*, p. 797.

<sup>899</sup> “Verdade sabida é o conhecimento pessoal e direto da falta pela autoridade competente para aplicar a pena. É o conceito que consta do artigo 271, parágrafo único, do Estatuto paulista. Pelo *caput* do dispositivo, é possível aplicar a pena pela verdade sabida, quando se tratar de repreensão e suspensão. Esse dispositivo estatutário não mais prevalece, diante da norma do artigo 5º, LV, da Constituição, que exige o contraditório e ampla defesa nos processos administrativos. Mesmo antes da atual Constituição, já se entendia que o princípio da ampla defesa, previsto no artigo 153, §16º, para o processo penal, era aplicável às esferas civil e administrativa. A lei federal não prevê a aplicação da pena pela verdade sabida”. *Direito administrativo*, p. 616.

<sup>900</sup> “Deve-se notar que, desde a Constituição Federal de 1988, não mais pode vigorar a aplicação de sanção disciplinar pelo critério da *verdade sabida*; por esse critério, podiam ser aplicadas, de imediato, penas leves, por exemplo, repreensão e suspensão até cinco dias, por autoridade que tivesse conhecimento direto da falta cometida. Tendo em vista que a Constituição Federal, art.5º, LV, assegura, aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, se torna inconstitucional a imposição imediata de punição, sem observância dessas garantias”. *Direito administrativo moderno*, p. 361.

<sup>901</sup> “O princípio da presunção de inocência vem contido no art.5º, LVII, da CF. Funciona esse princípio como uma garantia que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. No processo administrativo disciplinar incide o mesmo princípio, que possui uma presunção *juris tantum*, podendo ser elidida ou afastada mediante a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal e como garantia da ampla defesa. Em boa hora a era da verdade sabida foi descartada do cenário do processo administrativo, para dar lugar a verdade real, onde os fatos e as provas devem desconstituir a presunção de inocência do servidor público. Não se julga mais administrativamente pelo fator político, onde a vontade da Administração Pública era a prevalente, independentemente da materialidade ou das provas do procedimento serem contrárias ao entendimento do poder público”. Da presunção de inocência do servidor público – no processo disciplinar brasileiro o ônus da prova incumbe à administração. Rio de Janeiro: *Revista de Direito Administrativo*, n. 233, p. 07-12, 2003.

<sup>902</sup> *Teoria e prática do processo administrativo disciplinar*. 4. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 102. Assim aduz o autor: “Alguns estatutos, não muito atentos aos princípios norteadores da moderna processualística disciplinar, adotam o sistema da

Grande parte da jurisprudência tem atentado para a manifesta inconstitucionalidade deste procedimento sumário<sup>903</sup>, não obstante ainda hoje se encontrem algumas decisões judiciais admitindo o emprego deste expediente quando se trate de aplicação de punições leves<sup>904</sup>, na linha do que dispõe o art. 145, II, da Lei n. 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis Federais). Esta norma, como se viu no tópico anterior, prevê a possibilidade de aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias a partir de uma simples sindicância, independentemente da instauração de processo disciplinar. Cuida-se de dispositivo legal de duvidosa constitucionalidade<sup>905</sup> ou que, ao menos, demanda uma interpretação conforme a Constituição que considere tratar-se aí de um processo administrativo disciplinar, ainda que sumário, mas compatível com a ampla defesa e o contraditório.

Com efeito, é inconcebível que a legislação preveja a possibilidade de punição a partir de mera *sindicância* de caráter inquisitório. Se, como diz Cretella Júnior, “a sindicância está para o processo administrativo, do mesmo modo que o inquérito policial está para o processo penal”<sup>906</sup>, haveria de ser oportunizado o contraditório ao servidor acusado. E isto só é possível na via do processo administrativo, já que na sindicância não existem ainda acusação formal, mas apenas indiciados. Logo, o referido dispositivo legal (art. 145, II) somente pode ser interpretado no sentido de que a *sindicância* nele tratada deve seguir um rito que assegure um

---

verdade sabida na repressão de delitos disciplinares de menor gravidade. Dentre eles, destacamos o Estatuto dos Funcionários Civis do Estado de São Paulo (Lei n. 10.261, de 28.10.69), o qual, indo até um pouco mais em sua ousadia, concebe que, por tal critério, se aplique até a pesada pena de noventa dias de suspensão (art. 271). A verdade sabida é a ciência pessoal e direta da ocorrência funcional irregular por quem quer que seja competente para julgar o caso e aplicar a punição correspondente. Embora a dinâmica da Administração Pública moderna e o princípio hierárquico requeiram que certos atos, por questão de oportunidade, sejam realizados de forma emergencial, vale contraditar, por outro lado, que é bastante temerário, sob o ponto de vista jurídico, deixar a sorte do funcionário, que também necessita de garantias legais para exercer suas funções (finalidade publicística de grande relevo), ao inteiro dispor do chefe de sua repartição. (...) Atento a essa delicada questão, o Poder Judiciário – o guardião dos direitos individuais – já pacificou o entendimento de que nenhuma punição disciplinar, mesmo com respaldo no critério da verdade sabida, poderá ser regularmente imposta sem que se tenha, pelo menos, ouvido o acusado. Esse juízo o ponto de vista dos nossos pretórios se estriba no aplaudido e decantado princípio do direito natural, segundo o qual ninguém pode ser punido sem prévia audição (*inauditus nemo damnari potest*), bem como no preceito constitucional que vem catalogado no art. 5º, LV, da nossa Carta Magna em vigor. Mesmo nas punições leves, estamos que o critério da verdade sabida, deixando a repressão disciplinar ao inteiro talante do superior hierárquico, sobre ser injurídico em qualquer perfil, constitui escancarado opróbrio às nossas letras jurídicas e às garantias que o direito público moderno estende aos servidores do Estado. O Judiciário e a Administração devem, pois, ter como letra morta ou não escrita os dispositivos estatutários e regulamentares, de qualquer nível de governo, que prevejam tão ignominioso instituto”. *Idem*, p. 102-103.

<sup>903</sup> Cite-se um julgado do Superior Tribunal de Justiça no recurso ordinário em mandado de segurança n. 825, relatado pelo ministro Hélio Mosimann e publicado no DJ de 28.06.1993, no qual se decidiu: “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”.

<sup>904</sup> Cite-se o quanto decidido também pelo STJ no julgamento do recurso especial n. 622298, relatado pelo ministro Assis Toledo e publicado no DJ de 17.04.1995: “Administrativo. Servidor. Pena disciplinar de suspensão inferior a trinta dias. Desnecessidade de processo preliminar para aplicação de pena de suspensão inferior a trinta dias, nos termos da lei, na hipótese de ‘verdade sabida’”.

<sup>905</sup> Este dispositivo também é alvo de críticas por Diógenes Gasparini, com vista ao direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa, considerando que “não se tem como observar esse direito do acusado se a infração é apurada mediante *sindicância* ou outro *meio sumário*, que pelas suas características são incompatíveis com os institutos do contraditório e da ampla defesa. Logo, é nula a pena, qualquer que seja ela, aplicada a servidores em que esses direitos não lhes foram assegurados, mesmo que tenha sido precedida de sindicância, ou decorra da aplicação dos princípios da *verdade sabida* ou da *flagrância*”. *Direito Administrativo, op. cit.*, p. 242.

<sup>906</sup> *Direito administrativo brasileiro*, p. 744.

mínimo de contraditório<sup>907</sup>, ao contrário da típica sindicância inquisitorial que conduz ao arquivamento ou instauração de processo disciplinar (art. 145, I e III). Neste caso seria uma sindicância de caráter investigativo; naquele, uma sindicância de caráter acusatório.

Comunga com esse pensar a advertência de Carvalho Filho ao defender que a “sindicância” tratada no inciso II do art. 145 “não corresponde à noção clássica de sindicância”.<sup>908</sup> Em verdade, trata-se, na expressão usada por Odete Medauar, de uma espécie de “processo administrativo disciplinar sumário”.<sup>909</sup> Do mesmo modo, Edmir Araújo assinala que “caso no decorrer da apuração se incline pela responsabilidade (e, em conseqüência, pela punição) é indispensável a abertura do contraditório e da oportunidade de defesa”<sup>910</sup>. Também na opinião de Dirley da Cunha Júnior “a Lei 8.112/90 não prevê qualquer aplicação de pena por meio da verdade sabida, o que andou bem, em respeito à garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa (CF/88, art.5º, LV)”<sup>911</sup>.

Disso tudo se vê que a presunção de legitimidade/veracidade dos atos administrativos não gera efeitos probatórios no campo do processo administrativo disciplinar – no que diz respeito ao ato do superior que certifica a suposta falta cometida pelo subordinado (uma espécie de auto de infração) –, temperado que está pelo influxo normativo dos princípios constitucionais da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa. Vale dizer, na via administrativa, a simples percepção fática da autoridade superior não é suficiente para punir o servidor subalterno. A percepção punitiva deve estar *processualizada* e lastreada em provas que demonstrem suficientemente a materialidade e a autoria, cabendo à Administração o encargo de provar a falta funcional cometida pelo servidor, ou seja, o fato constitutivo da aplicação da penalidade disciplinar. Por conseguinte, ao servidor nada cumpre inicialmente provar para se esquivar dos efeitos obrigacionais do ato administrativo sancionador.

<sup>907</sup> Neste sentido, confira-se o teor do seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no recurso oficial n. 9101170996, relatado pelo Desembargador Federal Jirair Jair Megueriam e publicado no DJ de 15/04/1996: “1. Mesmo na vigência da Ordem Constitucional anterior, a ampla defesa era indispensável para aplicação de punições a servidores na esfera administrativa, por construção jurisprudencial. 2. Ainda que de prazo inferior a 30 (trinta) dias a pena suspensiva, aplicada pela autoridade competente, é nulo o ato se não concedida ao servidor oportunidade de, pelo menos, esclarecimentos. 3. A ‘Verdade Sabida’ mesmo considerada como prova suficiente não pode dispensar a defesa do indiciado. 4. ‘Breve sindicância’ não se equipara a apuração de infração, se não houve oitiva ou oportunidade de oitiva do suposto ‘sindicado’”.

<sup>908</sup> Escreve o autor que o Estatuto federal “dispõe, primeiramente, que a apuração de irregularidade no serviço público se formaliza mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar (art.143). Mais adiante, consigna que da sindicância poderá resultar *aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até trinta dias* (art.145, II). Ora, só por esse texto se pode verificar que essa sindicância só tem nome de sindicância, mas *sua natureza é a de processo disciplinar principal*, porque somente dessa categoria pode resultar aplicação de penalidades. Assim, nesse tipo de sindicância, que tem caráter acusatório, há repercussão do princípio da ampla defesa e do contraditório, sendo inconstitucionais quaisquer dispositivos estatutários que dispensarem essa exigência. Repita-se, contudo, que esse processo *não corresponde à noção clássica da sindicância*. A jurisprudência tem diferenciado os dois tipos de sindicância. Quando se trata da verdadeira sindicância, como processo preliminar, tem sido dispensado o princípio da ampla defesa e do contraditório. Ao contrário, quando o nome é sindicância, mas a natureza é a de processo disciplinar principal, a exigência tem sido considerada impostergável e sua dispensa decidida como nula”. *Direito administrativo*, p. 791-792.

<sup>909</sup> *Direito administrativo moderno*, p. 360.

<sup>910</sup> *Op. cit.*, p. 858.

<sup>911</sup> *Direito administrativo*. 3. ed. Salvador: Edições Podium, 2004, p. 467.

Ademais, buscar justificativas para a *verdade sabida* na presunção de legitimidade/veracidade do ato de percepção levado a cabo pela autoridade superior revela-se logicamente contraditório na medida em que o ato praticado pelo servidor subalterno, enquanto agente administrativo, também estaria amparado por esta mesma presunção, pelo que a suposta infração funcional por ele cometida deveria ainda assim ser objeto de comprovação material.

#### 4.2.2.2.5 A aplicação do princípio da presunção de inocência no processo administrativo sancionador

Do que foi expendido até aqui, tem-se que a aplicação do princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos recomenda certa cautela quando se estiver especificamente dentro da seara das sanções administrativas, pois não se pode olvidar também da máxima advinda do princípio da *presunção de inocência* que beneficia os administrados acusados da prática de infrações administrativas. É preciso, nas palavras de José Bermejo Vera, buscar uma “ponderación o equilibrio entre la presunción de inocencia y la presunción de veracidad de las autoridades y funcionarios a quienes la Ley otorga esa especie de prerrogativa o privilegio”<sup>912</sup>, pois, acrescenta o catedrático da Universidade de Zaragoza, “la protección de los intereses públicos requiere un grado de efectividad suficiente que, al mismo tiempo, no quiebre el derecho fundamental a ser considerado inocente”<sup>913</sup>.

Ao contrário do que se possa extrair de uma leitura meramente superficial do art. 5º, LVII, da nossa Carta Magna de 1988, o princípio da presunção de inocência não se aplica apenas à área criminal. A presunção de inocência é, antes de tudo, “um princípio fundamental de civilidade”<sup>914</sup>, verdadeiro corolário do postulado da *dignidade da pessoa humana*.

No Estado Democrático de Direito a presunção de inocência há de prevalecer no tocante a toda e qualquer acusação, alcançando também os acusados no âmbito do processo administrativo, quais sejam, “as pessoas físicas ou jurídicas às quais a Administração atribui

---

<sup>912</sup> La potestad sancionadora de la administración. In: Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 250-251.

<sup>913</sup> *Idem*, p. 251.

<sup>914</sup> Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, p. 506.

determinadas atuações, das quais decorrerão conseqüências punitivas”.<sup>915</sup> Mônica Martins Toscano Simões defende com isso que “o princípio da presunção de inocência deve ter suas fronteiras alargadas para alcançar, além do processo penal, o processo administrativo”.<sup>916</sup> Também Franco Sobrinho, calcando-se na lição de Marcelo Caetano no Direito português, reconhece que a presunção de inocência se aplica não apenas como garantia do processo penal, mas como garantia dada aos argüídos em geral, inclusive no processo administrativo.<sup>917</sup> Para García de Enterría e Fernandez, “gravar ao sancionado com o encargo de provar sua inocência é condená-lo a uma falta de defesa quase absoluta, ou, em outros termos, legitimar a Administração para sancionar à sua vontade quem quiser e pelo que quiser”.<sup>918</sup> Por isso João Batista Gomes Moreira defende que “não há, assim, motivo para distinguir quanto ao ônus da prova – que é sempre do órgão que pretende impor a sanção – entre infração administrativa e penal propriamente dita”.<sup>919</sup>

Ao tratar da presunção de inocência, Fábio Medina Osório salienta que é uma “garantia plenamente vigente no procedimento sancionador” como um todo, não apenas no terreno penal por força do art.5º, LVII, da CF/88, mas também no campo administrativo, haja vista tratar-se de uma “garantia genérica da pessoa humana”, decorrente da adoção do devido processo legal substancial e da proporcionalidade, bem como por força dos princípios consagrados na órbita do Direito Internacional.<sup>920</sup> Conta Osório que a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol vem contemplando um alcance mais amplo ao princípio da presunção de inocência, levando-o para o campo do Direito Administrativo sancionador de forma que “o ato sancionatório, nessa medida, não gozaria da presunção de veracidade comum aos demais atos

<sup>915</sup> Odete Medauar. *Direito administrativo moderno, op. cit.*, p. 199. A autora cita os seguintes exemplos: “imposição de sanções decorrentes do poder de polícia, inclusive sanções de trânsito; atuações disciplinares sobre servidores e alunos de escolas públicas; atuações disciplinares que, por delegação, cabem às ordens profissionais; aplicação de sanções por má execução de contratos administrativos”. *Idem*.

<sup>916</sup> *Op. cit.*, p. 104.

<sup>917</sup> “O artigo 8º da Constituição Política de Portugal inclui entre os direitos, liberdades e garantias individuais dos cidadãos portugueses, ‘haver instrução contraditória, dando-se aos argüídos, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa’. Embora o contexto mostre, no dizer de Caetano, que o legislador constituinte tinha em mente o processo penal, ‘a lei não restringe a esse processo a garantia dada e refere-se a argüídos em geral’, pois o preceito constitucional é válido no processo administrativo, em geral, e no disciplinar, em especial”. *A prova no processo administrativo*, p. 72.

<sup>918</sup> *Op. cit.*, p. 900.

<sup>919</sup> O autor aduz que nesse sentido orientaram-se os seguintes julgados: “Inexiste distinção ontológica, mormente no campo da heterotutela, entre infração penal e infração administrativa, logo, comunicam-se à sanção administrativa os critérios do direito penal e do direito processual penal. A presunção de legitimidade do ato administrativo, atributo que, por sua raiz absolutista, vem perdendo prestígio, não é suficiente para inverter o ônus da prova no processo administrativo destinado à aplicação da pena. A afirmação em sentença trabalhista (que considera o princípio *in dubio pro misero*), baseada em um único depoimento de testemunha, sem grande consistência, de fatos configuradores de infração, não é suficiente para ensejar a aplicação de pena administrativa, transferindo para o autuado o ônus de prova contrária” – TRF da 1ª Região, 5ª Turma. AMS 1999.01.00.037217-6/MG. Relator: Desembargador Federal João Batista Gomes Moreira. Maioria. Data do julgamento: 08.04.2002, DJ de 25.10.2002, p. 144. “Em homenagem aos princípios da ampla defesa e do contraditório, deve ser inequívoco o conhecimento das notificações relativas a infrações de trânsito, não se mostrando razoável que o condutor ou proprietário do veículo tenha a obrigação de comprovar que não foi devidamente cientificado, cabendo essa demonstração aos órgãos de trânsito, estes cada vez mais aparelhados em sua estrutura funcional” – STJ, 2ª Turma. Resp. n. 89116/SP. Relator: Ministro Paulo Gallotti. Data do julgamento: 06.03.2001. DJ de 30.04.2001, p. 128.

<sup>920</sup> *Op. cit.*, p. 351.

administrativos. O ônus probatório caberia à administração”.<sup>921</sup> Não obstante, apesar de reconhecer que o princípio da presunção de inocência deve ser aplicado também ao processo administrativo sancionador, como decorrência “da adoção do devido processo legal substancial e da proporcionalidade, além da origem no direito internacional”<sup>922</sup>, adverte que deve haver certa adequação neste terreno, sob pena de se inviabilizar por completo a atuação administrativa. Daí porque, acrescenta, “a presunção de inocência penal não seria idêntica à presunção de inocência vigente no Direito Administrativo Sancionador”<sup>923</sup>, reconhecendo situações em que a presunção de inocência por si só não protegeria o administrado de uma atuação sancionadora da Administração à falta de maiores elementos de provas.<sup>924</sup>

Realmente não se deve supervalorizar o princípio da presunção de inocência na seara administrativa, como de resto nenhum princípio constitucional há de ser encarado de modo absoluto em sua força normativa. Torna-se imprescindível um juízo de ponderação de valores tendo em vista, é claro, as peculiaridades da atividade administrativa e o adequado alcance dos fins de interesse público que justificam o poder de império da Administração. Por outro lado, a presunção de inocência deve ser considerada como um importante vetor axiológico a ser levado em conta no balizamento da discricionariedade administrativa, mormente no que tange aos atos restritivos de direitos e garantias individuais.

Nas palavras de Eduardo Rocha Dias, o reconhecimento da competência punitiva estatal “não torna despidendo buscar-se cercarem os administrados do maior número possível de garantias a seus direitos fundamentais”.<sup>925</sup> Mencionando decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Espanhol, afirma que o princípio da presunção de inocência desempenha uma dupla função: “por um lado, é uma regra processual que condiciona a administração da prova;

<sup>921</sup> *Idem*, p. 352.

<sup>922</sup> *Idem*, p. 356.

<sup>923</sup> *Ib idem*. “Veda-se, por certo, a responsabilidade objetiva, também no sistema brasileiro, mas isto não significa que, em alguns casos, o ônus probatório não se inverta em desfavor dos acusados em geral”. *Ib idem*.

<sup>924</sup> “(...) o Conselho Constitucional Francês tem sido mais cético no estabelecer o alcance da presunção de inocência no campo administrativo ou, melhor dizendo, no contexto das sanções administrativas. Leia-se, nesse sentido, a excelente tese doutoral de Georges Dellis, *Droit pénal et droit administratif, l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, Paris. LGDJ, EJA, 1997, p.347 e ss. Afirma o autor que a presunção de inocência não é exatamente uma presunção no sentido jurídico do termo, mas sim uma ficção, um procedimento técnico consistente em considerar verdadeiro um fato diverso da realidade, daí deduzindo consequências jurídicas. Trata-se de um princípio que comporta conteúdo muito variado, que tem admitido, por exemplo, restrições provisórias a direitos. Em realidade, tal princípio não protege o imputado contra todas as possíveis aparências de culpabilidade, p.349. Reconhece o autor que a principal consequência da presunção de inocência reside na distribuição do ônus probatório. Em geral, evidentemente que o ônus probatório está nas mãos da parte acusadora, mas é amplamente admitido o fato de que nem toda carga probatória é suportada exclusivamente pelo poder público, p.352. É certo que a regra da dúvida favorecedora dos interesses do acusado também impera no Direito Administrativo Sancionador, p.354, mas não se pode olvidar que as certezas se estabelecem, fundamentalmente, em face da distribuição do ônus probante. O certo é que mesmo no direito penal a presunção de inocência não tem assumido funções radicais. De um lado, ao acusador incumbe provar os fatos. De outra banda, o elemento psicológico da infração geralmente resulta presumido a partir dos fatos estabelecidos. Há infrações, mesmo no campo penalístico, em que o elemento material é presumido. Essas inversões de ônus probatório, no direito francês, ainda que benéfica aos acusadores, são consideradas compatíveis com a presunção de inocência. *Idem*, p. 357.

<sup>925</sup> *Op. cit.*, p. 25.

por outro lado, é uma forma de tratar o interesse que proíbe ao titular do poder de sanção considerá-lo como culpado até que sua culpabilidade tenha sido estabelecida”.<sup>926</sup>

Lamentavelmente o que se vê no Brasil são atuações administrativas que ignoram completamente este vetor constitucional e, o que pior, caminham num sentido diametralmente oposto ao instituir, na prática, uma espécie de “presunção de culpa” dos administrados, como se estes agissem sempre de má-fé perante a Administração. Basta observar no dia a dia os procedimentos adotados nos mais diversos campos de fiscalização administrativa e se verá como a Administração Pública brasileira costuma ser cruel com os administrados.

Não se olvida que existe em nosso país um sério déficit educacional, além do que se aponta um grave problema cultural traduzido na idéia generalizada de que *o brasileiro gosta de levar vantagem em tudo* (conhecida, no popular, como “Lei de Gérson”<sup>927</sup>). Mas isso não pode servir de pretexto para que os agentes administrativos ajam como se estivessem sempre diante de ávidos e contumazes sonegadores fiscais, poluidores do meio ambiente, infratores das normas de trânsito etc.; na área de segurança pública, então, parece que todos (com destaque para determinados estereótipos preconceituosos) são “bandidos” até prova em contrário! Ora, a Administração Pública deve dar exemplo de como agir com boa-fé e respeito às regras e princípios do Direito. Não pode cometer arbitrariedades à desculpa de estar agindo com rigor supostamente condizente com o alto grau de desobediência dos administrados para com os deveres legais, algo como a famigerada política de “tolerância-zero”<sup>928</sup> aplicada ao Direito

<sup>926</sup> *Idem*, p. 46. Também no escólio de Daniel Ferreira “em respeito ao modelo adotado pela nossa Carta Política em vigor, é de sempre se prestigiar a presunção de inocência, até prova robusta em contrário – ou seja, aquela capaz de sobrepujar o silêncio ou a negativa de autoria como feita pelo próprio acusado. Portanto, sendo prova e contraprova da mesma ordem, há de prevalecer a que melhor atenda aos interesses do acusado”. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 124.

<sup>927</sup> Referência a um grande jogador da Seleção Brasileira de Futebol na Copa de 1970, que aparecia numa propaganda publicitária na qual se exaltava a idéia de levar vantagem em tudo. Infelizmente, isso vai além de uma simples brincadeira ou trocadilho, pois ainda hoje serve como símbolo do baixo nível ético de grande parte do povo brasileiro. Segundo consta na enciclopédia livre Wikipédia, “segue a Lei de Gérson a pessoa que ‘gosta de levar vantagem em tudo’, no sentido negativo de se aproveitar de todas as situações em benefício próprio, sem se importar com a ética. A expressão originou-se em uma propaganda, em meados da década de 70, dos cigarros Vila Rica, na qual o meia armador Gérson da Seleção Brasileira de Futebol era o protagonista. Embora tenha sido um dos maiores craques da história do futebol mundial, Gérson sempre foi um jogador polêmico. A propaganda dizia que esta marca de cigarro era vantajosa por ser melhor e mais barata que as outras, e Gérson dizia no final: ‘Você também gosta de levar vantagem em tudo, certo?’. Mais tarde, o jogador anunciou o arrependimento de ter associado sua imagem ao reclame, visto que qualquer comportamento pouco ético foi sendo aliado ao seu nome nas expressões ‘Síndrome de Gérson’ ou ‘Lei de Gérson’. Também é conhecida como a ‘lei Brasilis’. Este ideal subjacente à ‘Lei de Gérson’ é, indiscutivelmente, um dos valores mais arraigados à cultura brasileira. Embora nem sempre verbalizado, a valorização e a mitificação desta ‘lei’, do conceito de malandragem, do uso de ‘pistolões’ (Br.) ou de ‘cunhas’ (Pt) são aqueles dos comportamentos socialmente condicionados que em grande parte levam o Brasil a manter-se tão imaturo cultural, política e socialmente. A forma como se dá a política brasileira, tão mal falada, antes de ser a causa dos problemas brasileiros, é, senão exclusivamente, ao menos simultaneamente consequência de valores tão maléficos”. Texto disponível em [http://pt.wikipedia.org/wiki/Lei\\_de\\_G%C3%A9rson](http://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_de_G%C3%A9rson). Acesso em 21.02.2007. Para a historiadora Maria Izilda Matos, “a propaganda captou um elemento de identificação que estava no imaginário popular. A lei de Gerson funcionou como mais um elemento na definição da identidade nacional e o símbolo mais explícito na nossa ética ou falta de ética”. Texto disponível em [www.terra.com.br/istoé/política/1999/12/22/003.htm](http://www.terra.com.br/istoé/política/1999/12/22/003.htm). Acesso em 21.02.2007.

<sup>928</sup> Criticando veementemente a ideologia da chamada *tolerância zero*, escreve o sociólogo Loïc Wacquant: “Da mesma forma que a visão neoliberal em economia se baseia em modelos de equilíbrio dinâmico construídos pela ciência econômica ortodoxa *made in USA*, país que detém quase um monopólio dos prêmios Nobel nessa disciplina, a atual vulgata da segurança apresenta-se sob a aparência de um discurso científico que quer pôr a ‘teoria criminológica’ mais avançada a serviço de uma política



Administrativo. Isto significaria subverter os princípios que devem inspirar a atividade estatal de controle social, na qual as políticas de prevenção não de ter sempre preferência em relação às de repressão.<sup>929</sup> Ademais, como salienta Jerzy Wróblewski, a presunção de inocência constitui garantia de um valor ideológico e não se funda sobre uma probabilidade empírica. Logo, ainda que se revele alta a percentagem de administrados que descumprem as normas administrativas (o que é discutível), tal por si só não poderia justificar a modificação do princípio.<sup>930</sup>

A aplicação do princípio da presunção de inocência no âmbito dos processos administrativos sancionadores, notadamente quanto à preeminência da prova em detrimento da simples presunção de legitimidade dos atos administrativos, não se dá por tomada de empréstimo ao Direito Penal. Trata-se, sim, de um princípio inerente a toda atividade punitiva do Estado. Logo, a assertiva de que se trata de regimes jurídicos distintos não obsta a incidência do princípio na esfera administrativa, observadas, como disse Osório, as peculiaridades de cada regime. Alejandro Nieto salienta que os princípios do Direito Penal não devem ser aplicados automaticamente no campo do Direito Administrativo Sancionador, haja vista as dificuldades inerentes à diversa estrutura de ambos os ordenamentos. Não obstante serem princípios comuns a todo Direito de caráter sancionador, defende que a aplicação se faça “con matices” adequadas à

---

decididamente ‘racional’ e, portanto, ideologicamente neutra em última instância indiscutível, uma vez que é orientada por puras considerações de eficácia e eficiência. (...) Segundo a mitologia planetária difundida pelos *think tanks* neoliberais e suas correias de transmissão midiáticas e políticas, a polícia nova-iorquina teria abatido a hidra criminal aplicando uma política especial – chamada de ‘tolerância zero’ – que se empenha em perseguir sem trégua as menores infrações cometidas na via pública. Desde 1993, por exemplo, qualquer pessoa que se encontrasse mendigando ou vagando pela cidade, ouvindo o rádio do carro muito alto, sujando ou ‘grafitando’ a via pública, poderia ser automaticamente detida e diretamente enviada para trás das grades: ‘Acabaram-se os simples controles na delegacia. Se você urina na rua, vai preso. Decidimos consertar as ‘vidraças quebradas’ (ou seja, as mínimas marcas externas de desordem) e impedir quem quer que seja de quebrá-las de novo’. Essa estratégia, afirma seu chefe, William Bratton, ‘funciona nos Estados Unidos’ e funcionaria também ‘em qualquer cidade do mundo’. (...) No total, uma burocracia considerada pouco inspirada, passiva, corrompida e que tinha adotado o hábito de esperar que as vítimas do crime apresentassem a queixa para se contentar em registrá-la, transformou-se em verdadeira ‘empresa’ de ‘segurança’ zelosa, dotada de recursos humanos e materiais colossais e de uma atitude ofensiva. Se essa mutação burocrática teve um impacto significativo sobre a criminalidade – o que ninguém chegou a demonstrar –, esse impacto, no entanto, não é motivado pela tática adotada pela polícia. (...) Ora, essa pretensa teoria é tudo menos uma teoria científica, já que foi formulada, há vinte anos, pelo cientista político conservador James Q. Wilson e seu comparsa George Kelling sob a forma de um texto de nove páginas – publicado não numa revista de criminologia, submetida à avaliação de pesquisadores competentes, mas numa revista semanal cultural de grande circulação. E nunca recebeu, desde então, o menor indício de prova empírica. (...) uma cadeia de aparência silogística que permite justificar a adoção de uma política de ‘limpeza de classe’ essencialmente discriminatória. Baseia-se, na realidade, numa equivalência entre agir fora das normas e estar fora da lei, visa bairros e populações previamente suspeitas – quando não consideradas previamente culpadas. (...) Na realidade, as propostas da nova vulgata de segurança *made in USA* são desprovidas de qualquer validade científica e sua eficácia prática origina-se numa crença coletiva sem fundamento na realidade. Reunidas, servem de rampa de lançamento planetário a uma fraude intelectual que, dando um aval pseudocientífico ao ativismo desordenado dos serviços de polícia, contribui para legitimar a mudança para a gestão penal da insegurança social que, por toda parte, é gerada pelo não comprometimento econômico e social do Estado”. *Dissecando a “tolerância zero”*. Disponível em: <http://diplo.uol.com.br/2002-06,a336>. Acesso em 07.03.2007.

<sup>929</sup> Como bem salienta José Maria Pinheiro Madeira, “depreende-se que a vontade legal está direcionada ao interesse público e à prevenção, como um atuar constante para a manutenção da ordem pública e que a repressão se configura como uma necessidade de exceção, tendo em vista que não se espera que rotineiramente a prática da liberdade e o exercício dos direitos individuais se traduzam como perturbadores da boa ordem pública, nem que as forças naturais ponham em risco a integridade e a vida humana, nem também que o fortuito sobrepuje o previsível”. *Reconceituando o poder de polícia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 217-218.

<sup>930</sup> “Si on traite cette présomption formelle comme une présomption de fait, on doit constater, qu’elle n’est pas fondée sur une probabilité empirique. (...) Même si cette vérification montrait que le pourcentage des décisions selon lesquelles il est coupable, le droit n’aurait pas changé la présomption d’innocence. Il s’agit de la garantie d’une valeur idéologique, la position de l’accusé dans le procès, par la manière de placer le fardeau de la preuve”. *Op. cit.*, p. 61.

realidade da atividade administrativa, reconhecendo, contudo, que “lo difícil es graduar con precisión la diferente intensidad de tales matices, para lo que no parece existir un criterio general”.<sup>931</sup>

Decerto que o rigor probatório no Direito Administrativo não deve ser o mesmo previsto no regime jurídico das sanções criminais, mas a presunção de inocência exige um mínimo de prova da certeza da acusação imputada ao administrado e cujo ônus cabe, em regra, à Administração, sem prejuízo de que o encargo possa ser direcionado ao administrado em determinadas situações. Deve-se, assim, buscar parâmetros que conciliem razoavelmente a presunção de legitimidade dos atos administrativos com a presunção de inocência dos acusados no que tange à prática de infrações administrativas. E o principal tema que remete a tal ponderação de valores diz respeito precipuamente aos processos de formação dos atos administrativos, notadamente com vistas a se assegurar adequadamente os meios de prova que garantam a defesa dos acusados em oportunidade posterior.

Cumpra buscar critérios de proporcionalidade que possam orientar na análise dos casos concretos da atuação de polícia administrativa, sem descuidar da importante missão a cargo da Administração Pública e das prerrogativas de que deve realmente dispor para cumprir este mister, mas, também, sem olvidar do mínimo de proteção aos direitos individuais daqueles que são acusados da prática de infrações administrativas ou que são alvos de medidas preventivas por parte do Poder Público.

---

<sup>931</sup> E acrescenta: “Una vez determinados los principios concretos del Derecho Penal que han de aplicarse al Derecho Administrativo Sancionador, aún queda por resolver el problema fundamental, es decir, el de precisar el alcance con que tales principios han de aplicarse. Los Tribunales insisten una y otra vez, y siempre con gran énfasis, en la afirmación de que no es lícita una aplicación automática de un ámbito a otro, que presentaría, además, no pocas dificultades técnicas. En palabras de la STS de 21 de diciembre de 1977, ‘la translación automática de lo que constituyen instituciones o instrumentos dulcificadores de la responsabilidad de previsión expresa en el Código Penal al campo sancionador de la Administración presenta *dificultades inherentes a la diversa estructura de ambos ordenamientos*’. Por ello, se viene advirtiendo desde el primer momento (cfr. la STC de 18 de junio de 1981), y de manera reiterada, que la aplicación ha de hacerse ‘*com matices*’. (...) ‘debidas matizaciones que dimanen de la naturaleza de las sanciones administrativas que atienden (...) al debido cumplimiento de los fines de una actividad de la Administración’. (...) ‘la existencia de unos principios comunes a todo Derecho de carácter sancionador (...) no puede significar el desconocimiento de las singularidades concurrentes en los ilícitos tipificados en los distintos ordenamientos’. (...) La consecuencia que ello trae es que la aplicación de ‘principios y criterios’ ha de realizarse con *atenuado rigor y mayor flexibilidad*, según expresiones consagradas ya en la jurisprudencia. (...) De cualquier manera que sea, lo que en todo caso está fuera de duda es que los principios del Derecho Penal aplicables al Derecho Administrativo Sancionador no van a serlo de forma mecánica, sino ‘con matices’, es decir, debidamente adaptados al campo que los importa”. *Op. cit.*, p.171-174.

### 4.2.3 O Ônus da Prova na Jurisdição Administrativa

#### 4.2.3.1 A regra geral do art. 333 do CPC

O ordenamento constitucional brasileiro, como já dito, consagrou o sistema inglês de jurisdição única, significando que, em nosso país, o controle jurisdicional dos atos administrativos é feito perante juízes e tribunais com a mesma competência para a análise dos litígios em geral<sup>932</sup>.

Afora um pequeno episódio durante a fase imperial, no Brasil não vingou o sistema francês do contencioso administrativo puro que atribui exclusivamente a um tribunal administrativo, organicamente afastado da estrutura do Poder Judiciário, a competência para apreciar os litígios envolvendo a Administração Pública. Também não se encontram, no sistema jurídico brasileiro, cortes judiciais especializadas em matérias administrativas ao modelo dos Tribunais Administrativos existentes na Alemanha. Na sistemática da vigente Carta Constitucional de 1988, apenas podem ser instituídos órgãos especializados em temas administrativos (varas da fazenda pública, previdenciárias etc.), todavia vinculadas estruturalmente aos Tribunais com jurisdição comum (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais). Isso se reflete nas normas que cuidam dos ritos aplicáveis aos litígios judiciais envolvendo a Administração Pública, eis que, com exceção de algumas normas específicas, os processos seguem, em linhas gerais, o mesmo rito que é aplicado às lides entre particulares, tal previsto no Código de Processo Civil.

A regra geral que trata da distribuição do ônus da prova segue o preceito expresso no art. 333 do Código de Processo Civil, que, na esteira da tradição chiovendiana, atribui ao autor o ônus da prova dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu o ônus da prova dos fatos extintivos, modificativos e impeditivos do direito apontado pelo autor. Esta regra, contudo, vem sendo flexibilizada em determinadas situações excepcionais, nas quais se pugna pela inversão do ônus

---

<sup>932</sup> Não se ignora aqui a existência, no Brasil, de varas especializadas em litígios contra a Fazenda Pública. Trata-se de mera racionalização de trabalhos no exercício da jurisdição estatal, cujo foco é tão-somente a eficiência dos serviços judiciários em atenção às peculiaridades de cada processo, tal como ocorre também com as varas de família, previdenciárias, agrárias, criminais etc. Isto não retira o que se está dizendo acerca da adoção, entre nós, do sistema de jurisdição única, pois tanto as varas que cuidam de litígios cíveis quanto as que cuidam de litígios administrativos integram um mesmo Tribunal em cada esfera de poder.

da prova, tal como acontece, v.g., por incidência do art. 6º do nosso Código de Defesa do Consumidor.

Dentre as regras específicas aplicadas à Fazenda Pública, quase nada existe em matéria de prova que seja diferente do tratamento dado aos litigantes em geral. Vale dizer, o regime probatório previsto no CPC é basicamente o mesmo para o particular e para o Estado. A única exceção parece ser a regra que trata dos efeitos da chamada confissão ficta, eis que, consoante dispõe o art. 320, II, a revelia não induz os efeitos da confissão se o litígio versar sobre *direitos indisponíveis*, já havendo precedentes jurisprudenciais no sentido de enquadrar, nesta exceção, as questões envolvendo interesses da Fazenda Pública, de modo que eventual ausência de defesa por parte Administração por si só não conduz à presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo administrado acionante.<sup>933</sup>

#### *4.2.3.2 A idéia de inversão do ônus da prova como efeito da presunção de legitimidade dos atos administrativos*

Como o nosso Código de Processo Civil basicamente não traz qualquer diferenciação no tratamento atribuído à Fazenda Pública no que concerne à distribuição do ônus da prova, decorre que as diferenças de tratamento acabam por advir do próprio Direito Administrativo, isto é, as regras processuais sobre o tema probatório refletem as mesmas prerrogativas publicistas que consubstanciam a atividade administrativa. É precisamente aí que se tem visto a incidência indiscriminada do proclamado *princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos*.

Os particulares que litigam com a Administração Pública costumam se deparar com inúmeras dificuldades no tocante à prova de suas alegações em juízo, porquanto se entende, como fórmula geral e apriorística, caber precipuamente a eles o ônus da prova dos vícios dos atos administrativos, dotados que estariam sempre de presunção de legitimidade. São vários os precedentes na jurisprudência pátria em que o particular administrado, não podendo apresentar provas, quedou enfraquecido diante das afirmações dadas pela Administração e reputadas

---

<sup>933</sup> A título de exemplo, tem-se que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou nos seguintes termos: “Sendo o crédito tributário caracterizado como direito indisponível, sobretudo diante do preceito inscrito no art.97 e inciso do CTN, afigura-se inviável aplicar à Fazenda Pública, em sede de ação declaratória de inexistência de débito, os efeitos da revelia”. *2ª Turma, Resp. n. 96691/PR, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 13.12.2004.*

legítimas pelo juiz. A maioria dos julgados limita-se a repetir a idéia de que “se os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e auto-executoriedade, na hipótese em que se alega a sua nulidade, porque eivado de ilegalidade, incumbe ao impugnante o ônus da prova do vício, *ex vi* do artigo 333, II, do CPC”.<sup>934</sup>

Como já se deixou antever, constitui um dos objetivos desta pesquisa apresentar fundamentos contrários à aplicação pura e simples do princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos em tema de distribuição do ônus da prova nos litígios contra a Administração, sob pena de se incorrer em flagrante injustiça em determinadas situações.

---

<sup>934</sup> *STJ, REsp. n. 230307, Relator: Min. Vicente Leal, DJ de 15.05.2000.* Confirma-se o teor de alguns outros precedentes no mesmo sentido: “Se, em vez de solver algum equívoco na própria esfera administrativa, a interessada vem a juízo questionar o ato administrativo, que goza da presunção de legitimidade, veracidade e legalidade, é dela o ônus de, para elidir tal presunção, provar a não ocorrência do fato ensejador da sua exclusão (do REFIS)” – *TRF da 1ª Região, AGTAG n.200301000326636, Rel. Des. Fed. Luciano Tolentino Amaral, DJ de 17.09.2004*; “Até prova em contrário, todo ato administrativo goza da presunção de legitimidade, sendo reputado como verdadeiro o que dele possa constar. A presunção de legitimidade que protege os atos administrativos desloca para o administrado o ônus de provar o vício que implique a sua nulidade” – *TRF 1ª Região, AC 9601043020, Rel. Des. Fed. Carlos Olavo, DJ de 16.01.2003*; “Tem presunção de legitimidade os atos praticados pela Administração, pelo que quaisquer vícios na licitação devem ser provados pela parte autora” – *TRF da 1ª Região, REO 9601077367, Rel. Des. Fed. Catão Alves, DJ de 04.10.1999*; “Não se presume fraudulenta a remoção de servidores a determinada ‘praça’, no interesse da Administração, ainda que haja candidatos aprovados em concurso público, com expectativa de direito à nomeação na mesma ‘praça’, ante o princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos, somente ilidível mediante robusta prova em contrário” – *TRF da 1ª Região, AMS n.19990, Rel. Des. Fed. Assuete Magalhães, DJ de 29.10.2000*; “A presunção de legitimidade que protege os atos administrativos desloca para o administrado o ônus de provar o vício que implique a sua nulidade. Para esse efeito não é bastante a revelia da Administração na ação anulatória, porque, em relação a esta, não se produz o efeito do art. 319 do CPC, em face do disposto no art. 320, II, do mesmo Código” – *TRF da 1ª Região, AC n. 9101079417, Rel. Des. Fed. Olindo Menezes, DJ de 10.09.1999*; “Havendo presunção de legitimidade do ato administrativo, cabe à embargante desincumbir-se do ônus de provar que as alegações constantes no auto de infração são destituídas de fundamento legal, o que ino correu *in casu*” – *TRF da 2ª Região, AC n.88046, Relatora: Des. Fed. Vera Lúcia Lima, DJ de 19.07.2001*; “O ato administrativo que apura irregularidades goza de presunção de legitimidade, a qual transfere para o fiscalizado o ônus de comprovar a regularidade do seu procedimento” – *TRF da 4ª Região, Relator: Des. Fed. Valdemar Capeletti, DJ de 27.07.2005*; “Possui o ato administrativo (autuação) presunção de legitimidade, sendo direito do contribuinte defender-se, desfazendo-a, já que a presunção relativa admite prova em contrário” – *TRF da 4ª Região, AG n.200404010379210, Relator: Des. Fed. Dirceu de Almeida Soares, DJ de 12.01.2005*; “A anulação dos atos administrativos, diversamente da revogação, está ligada à análise da legitimidade ou legalidade do ato. Note-se que os atos administrativos, qualquer que seja a sua categoria ou espécie, gozam da presunção de legitimidade, presunção esta que transfere o ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca”. *TRF da 5ª Região, AC n.176001, Rel. Des. Fed. Petrucio Ferreira, DJ de 21.02.2003*; “Uma das conseqüências da presunção de legitimidade dos atos administrativos (tais como a expedição da guia de importação pelo setor competente da Secex) é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca. Cuide-se de arguição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante. E até sua anulação o ato terá plena eficácia”. – *TRF da 5ª Região, REO n.46907, Relator: Des. Fed. Geraldo Apoliano, DJ de 30.01.1998*; “Dada a presunção de legitimidade que goza o ato administrativo, àquele que alega irregularidade na multa que sofreu, por infração de trânsito, incumbe o ônus da prova da irregularidade” – *TJDF, AGI n. 20060020033212, Rel. Des. Jair Soares, DJ de 02.06.2006*; “Não tendo o candidato se desincumbido do ônus da prova dos alegados vícios no procedimento concursal, há de prevalecer a presunção de legitimidade e legalidade dos atos administrativos praticados no certame de ingresso em cargo público” – *TJDF, APC n. 20020110293452, Rel. Des. Cruz Macedo, DJ de 07.04.2005*.

#### **4.2.4 A presunção de legitimidade dos atos administrativos e a distribuição do ônus da prova**

##### *4.2.4.1 Controvérsias doutrinárias*

No tópico 3 foram apontadas as controvérsias acerca da terminologia e dos fundamentos da presunção de legitimidade. Mas as divergências continuam ainda no tocante à sua incidência e efeitos nos casos concretos.

Além de viabilizar a execução forçada dos atos administrativos (auto-executoriedade), a presunção de legitimidade tem como consequência a necessidade de apresentação de *prova em contrário* para elidi-la. Vale dizer, nos casos em que incide o princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos, esta somente será afastada se houver prova de que a atuação estatal deu-se ilegitimamente. Com isso, não se tem maiores dúvidas de que a aludida presunção é meramente relativa (*juris tantum*), sendo da sua própria natureza a possibilidade de ser elidida. O problema, todavia, reside em se apontar as circunstâncias nas quais incide a presunção e quais devem ser os seus efeitos, o que acaba refletindo na decisão sobre quem terá o encargo de oferecer os elementos de provas sob pena de perder a demanda – se o administrado interessado em afastar os efeitos do ato administrativo indigitado inválido, ou se a própria Administração que o praticou, interessada em demonstrar a sua legitimidade.

Não é pacífico o entendimento doutrinário no tocante aos efeitos produzidos pela presunção de legitimidade na distribuição do ônus da prova nos litígios envolvendo a atividade administrativa. São basicamente dois os alvos de controvérsia: 1º) por quanto tempo deve prevalecer o efeito da presunção de legitimidade a demandar apresentação de prova em sentido contrário, notadamente em havendo impugnação do ato pelo administrado; 2º) a quem cabe o ônus da prova nos processos em que se impugnam atos administrativos praticados com presunção de legitimidade.

De logo, lembre-se o quanto já se disse acerca da inexistência propriamente de uma “inversão” do ônus (item 1.5.6 *retro*), mas, sim, de uma mera facilitação da prova do fato

constitutivo, por meio da prova do fato-base da presunção. Na situação aqui versada, o fato-base da presunção seria a simples prática de um ato administrativo não manifestamente viciado, isto é, com aparência de legítimo (fato x = ato administrativo aparentemente legítimo), o que de logo serviria de indício da sua legitimidade (fato y = ato administrativo legítimo).

Muitos doutrinadores atribuem ao administrado o encargo da prova em sentido contrário (fato z = vício do ato administrativo), sem distinguir situações. Mas há quem discorde desse posicionamento simplório, como o fazem Sérgio Ferraz e Adílson Abreu Dallari, não dispensando a Administração do ônus da prova contrária aos fatos alegados pelo administrado, em caso de impugnação administrativa ou judicial.<sup>935</sup> Para estes autores, portanto, em determinadas situações a demonstração do fato x por si só não seria suficiente a se inferir a ocorrência do fato y, cabendo à Administração apresentar maiores elementos de convicção quando à validade do ato. Assim também parece pensar Lúcia Vale Figueiredo, quando considera que “caberá à Administração provar a estrita conformidade do ato à lei, porque ela (Administração) é quem detém a comprovação de todos os atos e fatos que culminaram com a emanção do provimento administrativo contestado”.<sup>936</sup>

Rafael Munhoz, em que pese reconhecer como “natural” que a Administração Pública goze da prerrogativa da presunção de legitimidade dos seus atos, haja vista a sua “inegável posição de superioridade em relação ao particular”<sup>937</sup> (leia-se: superioridade do interesse público defendido pela Administração), assevera ainda que “a presunção, obviamente, não pode servir de escudo de ilegalidades praticadas pela Administração Pública”.<sup>938</sup> Acrescenta, nesse passo, que “não basta relativizar a presunção de legalidade, permitindo que prova em contrário a elimine”<sup>939</sup>. É preciso ir além disso “e inverter o ônus da prova nos processos em que a

<sup>935</sup> *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 137-138. Defendem que “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”. *Idem*.

<sup>936</sup> *Op. cit.*, p. 171-172. Explica a autora que “determinada, por exemplo, a demolição de imóvel por ameaça à incolumidade pública, se houver contestação em juízo, deverá a Administração provar (por meios de estudos técnicos ou pareceres de profissionais competentes) que o imóvel ameaçava ruína e que desse fato resultava a periclitada da incolumidade pública. Deveras, se a presunção de legalidade fosse absoluta, despiendo seria o amplo controle judicial, como também o controle externo do Congresso Nacional e Tribunais de Contas, estes últimos nas hipóteses assinaladas pelo texto constitucional. De outra parte, se a regra de que a prova é de quem alega não fosse invertida, teríamos, muita vez, a determinação feita ao administrado de prova impossível, por exemplo, da inoportunidade da situação de fato. A prerrogativa de tal importância – presunção de legalidade – deve necessariamente corresponder, se houver confronto, a inversão do *onus probandi*. Isso, é claro, em princípio. Trazemos, agora, a contexto a aplicação de sanções. Muita vez torna-se difícil – ou quase impossível – provar que o sancionado não incorreu nos pressupostos da sanção (a prova seria negativa). Caberá, destarte, à Administração *provar cabalmente* os fatos que a teriam conduzido à sanção, até mesmo porque, em face da atuação sancionatória, vige, em sua plenitude, o inciso LV do art.5º do texto constitucional. Na verdade, quando os atos emanados forem decorrentes de infrações administrativas ou disciplinares não há como não se exigir da Administração a prova contundente da existência dos pressupostos fáticos para o ato emanado”. *Idem*.

<sup>937</sup> *Op. cit.*, p. 95.

<sup>938</sup> *Ib idem*.

<sup>939</sup> *Ib idem*.

legalidade de ato administrativo seja questionada por particular”.<sup>940</sup> Ressalta, inclusive, que “o silêncio da Lei 9.784/99 não afasta a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do administrado”, pois há se considerar isso uma decorrência do próprio Estado de Direito.<sup>941</sup>

Defendendo esta mesma idéia e calcado na doutrina italiana, Agustín Gordillo escreve que no Estado Democrático de Direito não se pode mais admitir uma concepção de que “en la duda a favor del Estado”, senão a idéia de que “*in dubio pro libertate*”, razão pela qual “la presunción de legitimidad del acto administrativo no invierte, pues, la carga de la prueba, ni libera al administrador de aportar las pruebas que sustenten su acción”.<sup>942</sup> Jesús González Pérez, no mesmo diapasão, considera inadmissível que o simples fato de haver a Administração Pública editado um ato administrativo, por mais arbitrário que seja, sirva para que o órgão judicial considere o mesmo válido enquanto o administrado não apresente provas em sentido contrário. Argumenta que a formação do ato pressupõe a adoção de um procedimento administrativo no qual, segundo seu objeto e conteúdo, o ônus da prova pode recair sobre uma ou outra parte. Acrescenta, ainda, que, por aplicação do princípio da boa-fé ao processo administrativo, o ônus da prova deve ser deslocado para a parte à qual resulte mais fácil a prova.<sup>943</sup>

<sup>940</sup> *Ib idem.*

<sup>941</sup> *Ib idem.* Eis o texto do autor, na íntegra: “Outro ponto em que a Lei n. 9.784/99 foi tímida, e que representaria importante instrumento para equilibrar a posição dos particulares e da Administração Pública no processo diz respeito à inversão do ônus da prova nos casos em que ato administrativo seja atacado pela parte atingida por seus efeitos. É natural que a Administração Pública goze de prerrogativas essenciais à sua atividade, dentre as quais se destaca a presunção de legalidade dos atos administrativos, que a coloca em inegável posição de superioridade em relação ao particular. A presunção, obviamente, não pode servir de escudo de ilegalidades praticadas pela Administração Pública. Daí sustentar a doutrina, já há muito, que a presunção de legalidade dos atos administrativos não é absoluta, mas sim relativa, *juris tantum*, permitindo prova em contrário. Mas não basta relativizar a presunção de legalidade, permitindo que prova em contrário a elimine. Ocorre que em muitos casos não poderá o particular prejudicado pelo ato comprovar a sua ilegalidade, seja por não ter acesso a elementos de prova que se encontram em poder do próprio ente estatal, seja porque a ilegalidade simplesmente não pode ser comprovada, como ocorre com frequência nos casos de desvio de poder. É necessário, portanto, ir adiante, e inverter o ônus da prova nos processos em que a legalidade de ato administrativo seja questionada por particular. É tarefa da Administração Pública comprovar que agiu em conformidade com o ordenamento jurídico, exercendo sua competência nos estritos limites legais. Cabe à Administração, e não ao particular, demonstrar que estavam presentes os pressupostos fáticos que autorizavam a edição do ato administrativo impugnado, e que a sua adoção foi a melhor solução para o atendimento do interesse público. É mais fácil que tal prova seja produzida pelos agentes administrativos, pois os elementos necessários à constatação da legalidade do ato devem ter sido analisados antes de sua edição, como assinala Lúcia Valle Figueiredo: ‘cabera à Administração provar a estrita conformidade do ato à lei, porque ela (Administração) é que detém a comprovação de todos os atos e fatos que culminaram com a emanação do provimento administrativo contestado’. Ou seja, os agentes administrativos sempre devem ter condições de demonstrar objetivamente a legalidade do ato praticado, pois tal análise é essencial à edição do ato administrativo. O silêncio da Lei n. 9784/99, ressalte-se, não afasta a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do administrado. Parece óbvio, afinal, que em um Estado de Direito a Administração Pública deva, sempre que questionada, comprovar que sua competência foi exercida nos estritos limites legais, já que sua atuação somente é lícita se não forem extrapolados os ditames do legislador”. *Op. cit.*, p. 95-96.

<sup>942</sup> *Op. cit.* t 3, V-22. “Ya hemos recordado que, como dice Treves, la presunción de legitimidad del acto administrativo importa una *relevatio ad onere agendi*, pero nunca una *relevatio ad onere probandi*; de allí se sigue, en palabras de Micheli, que ‘de por sí la presunción de legitimidad no es suficiente para formar la convicción del juez en caso de falta de elementos instructorios’ y que no puede sentarse un principio de ‘en la duda a favor del Estado’, sino en un estado democrático *in dubio pro libertate*, en otras palabras, que ‘la presunción de legitimidad del acto administrativo no invierte, pues, la carga de la prueba’, ni libera al administrador de aportar las pruebas que sustenten su acción”. *Idem.*

<sup>943</sup> “No puede admitirse que, por el hecho de que la Administración Pública haya dictado un acto administrativo, por arbitraria que haya sido su actuación, el órgano jurisdiccional haya de dar por cierto cuanto en él se contiene en tanto el demandante no haya probado lo contrario en el proceso. Pues el proceso administrativo presupone un procedimiento administrativo entre la Administración Pública y el administrado, procedimiento en el que, según su objeto y contenido, la prueba correspondía a uno u outro. Por ejemplo: \_ Si el administrado pretendía el reconocimiento por parte de la Administración Pública de un derecho, es evidente que debería acreditar en aquel procedimiento que se deban los supuestos de hecho constitutivos del derecho. \_ Si, por el



Com efeito, a partir do momento em que a Carta Magna consagrou as garantias do contraditório e da ampla defesa nas vias processuais administrativa e judicial, seria manifestamente inconstitucional uma norma que desse à Administração Pública uma prerrogativa que, sob o prisma da razoabilidade, fosse desigualitária no tocante ao ônus da prova de suas assertivas por conta da presunção de legitimidade de seus atos.<sup>944</sup> Ressaltando a igualdade das partes no processo administrativo, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari apontam que “o enobrecimento constitucional do processo administrativo impõe se despoje o Estado-parte do manto de supremacia do Estado-administrador”, haja vista a hipossuficiência do administrado em relação à Administração.<sup>945</sup>

Coerente com essa orientação está o pensamento de Márcia Tamburini Saraiva ao defender que “com a igualdade de tratamento aos litigantes assegurada na lei, desfrutam as partes das mesmas faculdades e sujeitam-se a iguais ônus e deveres na relação processual, nivelando-se a Administração ao particular sempre que ocupar a posição de parte no processo”.<sup>946</sup> A autora faz interessante análise do tema levando em conta a inevitável situação de parcialidade da Administração quando atua como órgão decisório nos processos administrativos.<sup>947</sup> Considera que o único modo de se manter a eficácia do art. 5º da nossa Constituição Federal de 1988 (que assegura o contraditório e a ampla defesa nos processos administrativos) será atribuir-se à Administração os mesmos encargos processuais que ao administrados, porquanto “a efetividade

---

contrario, la Administración Pública es la que trata de imponer una obligación o una sanción, entonces es la Administración la que há de acreditar en el procedimiento administrativo que se dan los hechos constitutivos de la obligación o los constitutivos de la falta que se sanciona. Pues bien, si se incoa un proceso administrativo por parte del administrado frente al acto que denegó el derecho o frente al acto que impuso la obligación o la sanción, es evidente que la carga de la prueba operará de modo muy distinto, siempre partiendo de la prueba obrante en el expediente administrativo y que el Tribunal podrá apreciar. \_ Si el administrado impugna en el proceso administrativo el acto que le denegó un derecho, debió acreditar los hechos constitutivos del mismo; por lo tanto, si no lo hizo así, el acto está bien dictado. Pero como el proceso administrativo no es una segunda instancia, debe admitirse la posibilidad de probar en él aquellos hechos. Sobre él recae la carga de la prueba. En aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, con el criterio de la facilidad se puede llegar a desplazar la carga de la prueba a aquella parte a la que resulte más fácil la prueba”. *Manual de derecho procesal administrativo*. 3. ed. Civitas, p. 328.

<sup>944</sup> Registre-se que, especificamente quanto aos processos administrativos de tomada de contas perante o Tribunal de Contas, a regra do art. 113 da Lei n. 8.666/93 (Lei Geral de Licitações) impõe à Administração o encargo de demonstrar a legalidade e regularidade das despesas decorrentes de contratos administrativos. Isso demonstra que a presunção de legitimidade dos atos administrativos não deve ser considerada um escudo protetor da atuação dos agentes administrativos, que a todo momento podem ser chamados a demonstrar a legitimidade dos seus atos.

<sup>945</sup> *Op. cit.*, p. 157.

<sup>946</sup> O processo administrativo como instrumento de mutação do direito administrativo: o processo igual e justo. In: Leonardo Greco; Fernando Gama de Miranda Neto. *Direito processual e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.232. Aduz a autora que “no processo administrativo há direitos e sujeições da Administração e dos demais sujeitos, rompendo-se, nesse particular, a tradição da supremacia do interesse público sobre o particular e a visão contraposta de interesse público frente ao interesse privado”. *Idem*.

<sup>947</sup> Apoia-se em Roberto Dromi ao considerar que “en ningún caso la Administración puede reunir las cualidades de julgador imparcial e independiente. La autoridad administrativa se presenta siempre como parte interesada en las relaciones y situaciones jurídicas en las cuales desarrolla la propia actividad”. *El procedimiento administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 85-86.

perfeita do princípio do devido processo somente se expressa com a completa igualdade entre as partes, que importa em *igualdade de armas*”.<sup>948</sup>

Daí se concluir que o atributo da presunção de legitimidade, apesar de presente em muitos processos de formação dos atos administrativos executórios, não pode encontrar terreno fértil para predominar nos processos litigiosos administrativos e judiciais, mormente os sancionadores, nos quais se faz necessária a adoção de um amplo procedimento assegurador do contraditório e da ampla defesa aos acusados em geral (art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988).

Há atos administrativos para cuja formação a lei exige que se oportunize previamente a ampla defesa do administrado, incluída aí a possibilidade de recurso contra a decisão administrativa. É o que acontece em regra com a aplicação de sanções administrativas e disciplinares. Não se pode invocar aí a presunção de legitimidade do ato administrativo (ato de autuação de infração administrativa ou disciplinar) para, por si só, atribuir ao administrado o encargo de provar a inocorrência da infração e esquivar-se da aplicação da sanção respectiva. Em outros casos, as circunstâncias de proteção do interesse público realmente justificam que a Administração pratique medidas invasivas sem a adoção de prévio procedimento de defesa. São as situações de prática das chamadas medidas cautelares administrativas, como ocorre no exemplo já citado da imediata interdição de um estabelecimento comercial cujo prédio está em ruínas e poderia a qualquer momento desabar. É justamente a presunção de legitimidade e veracidade da atuação da Defesa Civil que possibilita a pronta execução forçada de tal medida pela Administração, e esta presunção deverá subsistir mesmo em caso de impugnação do proprietário do estabelecimento, enquanto não esclarecidos devidamente os fatos sobre a suposta ruína do imóvel. Mas a presunção não será suficiente para exonerar a Administração de demonstrar, na via da instrução probatória, o efetivo dano que a manutenção do prédio comercial representa.

Não se quer com isso dizer que caberá sempre à Administração o ônus da prova dos fatos alegados contra os interesses dos administrados, pois tudo dependerá da situação concreta.

---

<sup>948</sup> *Op. cit.*, p. 235. Assim discorre a autora: “Na convergência dessas posições contrapostas – Administração-parte e órgão decisório – reside o ponto nevrálgico do processo administrativo. Como equacionar interesses em conflito abstraindo-se da condição de parte, para dirimir a controvérsia com a imparcialidade necessária à justiça da decisão? A sede constitucional das garantias do contraditório e da ampla defesa, asseguradas aos acusados em geral e aos litigantes em processo administrativo, fornece a resposta a essa indagação. Antes de se exaurirem em si mesmas, abarcam os postulados processuais que lhe são correlatos, possibilitando que se tornem efetivos os valores que inspiraram a produção daquelas proposições. A interpretação dos dispositivos constitucionais requer do exegeta uma acurada sensibilidade que lhe permita compreender a essência das disposições fundamentais, jamais as contrariando ou restringindo o alcance. E de nada valeriam as garantias conferidas aos litigantes em processo administrativo se os princípios instituídos em benefício dos acusados, entre os quais se inclui o *favor rei*, não se lhes aproveitasse. De outra parte, a cláusula do *due process of law* no direito brasileiro há de produzir uma série de fundamentais conseqüências no plano da atividade sancionadora do Estado, emergindo aos litigantes um leque de direitos fundamentais relacionados ao ‘juízo justo’ e ‘razoável’”. *Idem*, p. 233-234.

A presunção de legitimidade eventualmente presente no momento da atuação administrativa não poderá mais servir como fundamento para se impor *sempre* ao administrado o ônus da prova na via processual de impugnação, seja administrativa ou judicial. Se o ônus da prova recair sobre o administrado – o que é perfeitamente possível – não o será por conta de tal presunção, mas por outros motivos.

São coerentes os fundamentos doutrinários acima apontados e que balizam os efeitos da presunção de legitimidade dos atos administrativos, porquanto as normas de distribuição do ônus da prova não devem obedecer a modelos rígidos e reduzidos em fórmulas que invariavelmente atribuam, a um ou outro contendor, o encargo probatório. Faz-se coro aos que criticam a adoção destes modelos formais de distribuição, como o aparentemente adotado por nosso Código de Processo Civil vigente<sup>949</sup>, pois a distribuição do ônus da prova deve ter em mira as efetivas possibilidades das partes envolvidas e os princípios que norteiam o direito material incidente na demanda, no caso o regime jurídico-administrativo.

Não se nega aqui a supremacia da Administração Pública (do interesse público) nas relações jurídico-administrativas, marcadas pelo fator de *autoridade* necessário à concretização dos anseios coletivos em uma sociedade pluralista e extremamente dinâmica. O que não se pode admitir é que, apenas sob tal fundamento e calcando-se na presunção de legitimidade de seus atos, a Administração Pública se mantenha inerte nos casos em que seria perfeitamente possível um registro mais adequado das provas demonstrativas da validade de sua atuação. Dizer simplesmente que o ônus da prova cabe sempre ao administrado (porque se presume legítimo o ato administrativo) ou que cabe sempre à Administração (porque deve respeitar a liberdade dos administrados), por si só nada resolve, eis que uma ou outra solução, se tomada como verdade absoluta, é fadada ao fracasso, não sendo difícil detectar, nos casos práticos levados aos tribunais, que existem situações muito distintas em suas peculiaridades.

Pode-se então apontar três situações: (1) há casos em que somente a Administração detém, ou deveria deter (por meios razoavelmente disponíveis), os registros de prova necessários para a elucidação da verdade dos fatos; nesses casos a presunção de legitimidade não lhe poupa do encargo probatório; (2) em outros, é o administrado quem detém os meios mais adequados a servirem de prova, tendo contra si a presunção de legitimidade do ato administrativo; (3) nas situações mais problemáticas, todavia, nem a Administração nem o administrado se encontram em situação de vantagem quanto à aptidão para a prova; a solução, nesses *casos difíceis*, depende

---

<sup>949</sup> Diz-se “aparentemente” porque, conforme se defenderá, o art. 333 do CPC deve ser interpretado sistematicamente com outras normas do mesmo Diploma, além do que o sistema jurídico brasileiro, mormente os princípios consagrados em nossa Constituição, impõe a flexibilização do modelo rígido de predefinição do encargo da prova.

da prudente análise do julgador com vistas à adequada ponderação entre os direitos individuais fundamentais e a supremacia do interesse público.

Igualar estas três hipóteses e submetê-las a um mesmo regime de distribuição do ônus da prova resulta em enormes injustiças, tanto em prejuízo do respeito à liberdade do administrado, quanto do efetivo cumprimento dos deveres pela Administração, em prol do interesse público.

#### 4.2.4.2 A impugnação perante autoridade revisora

Alguns juristas consideram que a presunção de legitimidade dos atos administrativos produz efeitos indefinidamente enquanto não apresentada, pelo administrado, a prova em sentido contrário, significando dizer que a impugnação do ato, na própria via administrativa de revisão ou na via judicial, não afastaria a prerrogativa da Administração em ter, a princípio, reputadas verdadeiras as inferências feitas por seus agentes acerca dos fatos. Tal parece ser o posicionamento de José Cretella Júnior, quando afirma que “os atos administrativos trazem em si a presunção de veracidade e da legitimidade, sendo, pois, verdadeiros e legítimos até prova em contrário, cabendo o *onus probandi* a quem contestar-lhes tais atributos.”<sup>950</sup> Também para Hely Lopes Meirelles, uma das conseqüências da presunção de legitimidade “é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca”<sup>951</sup>, ou seja, “a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até sua anulação o ato terá plena eficácia”<sup>952</sup>. José dos Santos Carvalho Filho considera a inversão do ônus da prova como efeito automático da presunção de legitimidade dos atos administrativos, “cabendo a quem alegar não ser o ato legítimo a comprovação da ilegalidade”.<sup>953</sup> Celso Ribeiro Bastos, nessa mesma linha, defende que “não é à Administração que cabe demonstrar a correção da sua manifestação, mas sim ao particular a quem corresponde a invalidade do ato administrativo”<sup>954</sup>.

---

<sup>950</sup> *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 55.

<sup>951</sup> *Direito administrativo brasileiro*, p. 141.

<sup>952</sup> *Idem*.

<sup>953</sup> *Op. cit.*, p. 101.

<sup>954</sup> *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.32. Esclarece o autor que “no confronto entre uma afirmação administrativa e uma afirmação do particular, prevalece a administrativa, enquanto o particular não fizer acompanhar a sua manifestação com provas que habilitem o julgador, se for necessário pelo ingresso no Poder Judiciário, a verificar as razões alegadas pelo particular. Em última análise, esta presunção de legalidade acaba assumindo uma feição de ônus processual, é

Outros, porém, divergem deste ilimitado alcance temporal atribuído à presunção de legitimidade dos atos administrativos, considerando que os seus efeitos cessam quando o ato é impugnado na via administrativa ou em juízo. Nesse caso, portanto, a presunção não afetaria a regra geral de distribuição do ônus da prova. É o que faz Celso Antônio Bandeira de Mello quando chama a atenção de que “salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionados em juízo”.<sup>955</sup> Para Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, a presunção apenas atua “na sua base informal a fim de que o ato não seja discutido enquanto não haja impugnação”.<sup>956</sup> Lúcia Valle Figueiredo acrescenta que a presunção deve ser afastada também quando contestados administrativamente.<sup>957</sup>

Na mesma esteira, Diógenes Gasparini diz que a presunção de legitimidade poupa a Administração de provar a veracidade ou legalidade de seus atos, “salvo quando contestado na esfera judicial, administrativa ou perante o Tribunal de Contas”.<sup>958</sup> Para Jesús González Pérez, a presunção apenas desloca para o administrado o ônus de acionar a Administração impugnando o ato, mas em nada altera as regras sobre o ônus da prova.<sup>959</sup> García de Enterría e Fernandez, por sua vez, asseveram que “o que a presunção de legalidade transfere é, simplesmente, o encargo de acionar ou de impugnar a decisão para destruir a presunção de validade de que se beneficia, mas a impugnação poderá fundamentar-se justamente na falta de prova de que a decisão administrativa partiu”.<sup>960</sup> Tratando da executoriedade das ordens de polícia, Otto Mayer chega a afirmar que tal atributo não se calcaria propriamente numa presunção de legitimidade, mas tão-somente em virtude de uma competência legal para controlar a validade do ato. Logo, a partir do momento em que a validade do ato é posta à prova perante a autoridade competente, devem restar

---

dizer, transfere-se o ônus da produção da prova, que em princípio caberia a quem alega, para o administrado, que assim se vê com o ônus de demonstrar o contrário”. *Idem*.

<sup>955</sup> *Op. cit.*, p. 369-370.

<sup>956</sup> *Atos administrativos*, p. 33. Acrescenta o autor que: “a verdade do ato, como a legitimidade, depende dos elementos ou da perfeição *in casu* de cada ato, porque no direito público “as formas são garantias automáticas para assegurar o bom funcionamento dos serviços evitando decisões irrefletidas, precipitadas ou insuficientemente estudadas. Transposta a época ‘imperialista’, transformado institucionalmente o direito público, o ato administrativo deixou de ser uma simples manifestação de autoridade, pois ao converte-se em ato jurídico passa a resultante da lei na organização ou de fatos materiais. (...) Vale a presunção da verdade ou de legitimidade quando os pressupostos não esbarram frontalmente na lei ou no preceito jurídico normativo, dependendo o interesse acaso ferido da possibilidade probante, da ausência provada de distorcida manifestação de vontade. No momento da edição todo ato administrativo traz a presunção de verdade e legitimidade. Tal sentido presuntivo permanece até a verificação da forma e dos efeitos, até o instante da impugnação. A questão só deve ser apreciada em tese, em princípio dentro da ordem geral, e não restrita nos Estados de direito”. *Idem*.

<sup>957</sup> *Op. cit.*, p. 171-172.

<sup>958</sup> *Op. cit.*, p. 73.

<sup>959</sup> “La presunción de legalidad del acto administrativo desplaza sobre el administrado la carga de accionar para evitar que se produzca la figura del acto consentido, pero no afecta a la carga de la prueba, que se regirá por las reglas generales (Ss. de 30 de marzo y 13 de junio de 1990. Ar. 4992 y 5437; 24 de enero de 1997. Ar. 2384; 11 de febrero de 1998. Ar. 1374)”. *Manual de derecho procesal administrativo*. 3. ed. Civitas, p. 327.

<sup>960</sup> *Op. cit.*, p. 900.

suficientemente demonstrados os pressupostos fáticos e fundamentos legais que embasaram a prática do ato.<sup>961</sup>

Razão assiste aos autores que limitam a eficácia temporal da presunção de legitimidade, pois, conforme já acentuado, no Estado Democrático de Direito a única justificativa plausível para se admitir tal presunção somente pode ser a de assegurar, à Administração, a possibilidade de execução forçada dos seus atos sem necessidade de prévia autorização judicial, garantindo-se, com isso, maior eficiência na atividade administrativa e evitando-se o comprometimento da ordem pública.

Apontada, assim, a nota de *provisoriedade* sempre presente na presunção de legitimidade, cumpre discordar, todavia, quanto ao marco temporal indicado como parâmetro, pois nem sempre a presunção cessa no momento da impugnação do ato.

Em verdade, se a presunção de legitimidade dos atos administrativos somente existe nas situações de auto-executoriedade (item 3.2.2 *retro*), a correta análise sobre a duração dos seus efeitos remete necessariamente ao exame daquelas hipóteses explanadas no item 3.2.4, quais sejam: a) situações ordinárias expressamente previstas em lei; b) situações extraordinárias de perigo iminente (regime de urgência), salvo quando a lei exija prévia autorização judicial. Além disso, há de se observar ainda, em ambos os casos, se a Administração empregou um procedimento que, dentro dos meios possíveis e razoavelmente disponíveis, tenha assegurado o adequado registro probatório dos fatos. Deveras, se a utilidade da presunção está nas situações em que o registro fático se torna impossível ou muito difícil, não se deve admitir tal mecanismo de determinação formal da verdade fora dessas hipóteses justificadas.

Dito isso, extraem-se, neste tópico, as seguintes conclusões:

i) *nas situações ordinárias previstas em lei (em que não há perigo iminente), a presunção de legitimidade não mais produz efeitos quando o ato é impugnado administrativa ou judicialmente.* Portanto, cabe à Administração, nesses casos, demonstrar haver adotado um adequado processo de formação dos seus atos, com todos os mecanismos de registro de provas de que razoavelmente dispunha para assegurar uma boa percepção fática pelo agente administrativo e garantir a ampla defesa pelo administrado. Tal acontece, v.g., com os atos praticados em processos licitatórios ou nos rotineiros processos de fiscalização de polícia.

---

<sup>961</sup> “En realidad, no se trata de una presunción propiamente dicha. Para ser exacto, es preciso decir: la orden es, en sí, jurídicamente obligatoria; debe mantenerla y ejecutarla la autoridad, en tanto no se decida otra cosa en virtud de *una competencia legal de controlar su validez*. (...) la voluntad de la autoridad en el régimen de la policía, en cambio, no necesita probar su validez. Pero cuando la declaración de la voluntad del Estado está sometida a condiciones para ser válida, la presunción solo aparece cuando se comprueba que dichas condiciones se han cumplido”. *Derecho administrativo alemán*, p. 51.

Já nas situações extraordinárias de urgência, duas hipóteses podem ocorrer:

ii) *nas situações em que ainda perdura a urgência (perigo iminente) declarada como justificativa da medida executada, a impugnação do ato administrativo não tem o condão de afastar os efeitos da presunção de legitimidade.* É o que acontece quando a Administração interdita um prédio comercial em ruínas que, segundo a percepção do fiscal público, estaria prestes a desabar, podendo vir a ferir pessoas que transitam em seu interior (dependendo da gravidade da situação, poderia ser recomendável até mesmo a demolição imediata). Pois bem, havendo a impugnação do ato de interdição/demolição pelo administrado, a autoridade revisora, verificando a continuidade da situação declarada pela Administração como sendo de urgência, somente deverá suspender liminarmente o ato se o administrado impugnante cuidar de apresentar prova pré-constituída de que o referido imóvel não estaria prestes a desabar (ou que não se faz necessária de logo a demolição, bastando a simples interdição do estabelecimento). A presunção de legitimidade do ato, nesse caso, labora em prol da sua manutenção. Isso, todavia, somente pode ocorrer na fase inicial do processo de impugnação, pois no decorrer da instrução deverão ser produzidas as provas que justificam a manutenção do ato administrativo em definitivo e, por conseguinte, também a aplicação de multa pecuniária. E, conforme será abordado em tópico posterior, o ônus da prova, nesses casos, poderá caber a qualquer das partes, a depender da situação;

iii) *nas situações extraordinárias em que havia perigo iminente no momento do ato, porém este foi afastado (não há mais urgência no momento da impugnação), os efeitos da presunção de legitimidade não podem mais perdurar.* Cite-se o caso em que a autoridade de trânsito adota a medida administrativa<sup>962</sup> de retenção de um veículo que, segundo a sua percepção, não estaria em condições de trafegar, podendo causar acidentes e vitimar inclusive os passageiros. A presunção de legitimidade justifica a retenção até que a irregularidade do veículo seja sanada<sup>963</sup>, bem como a autuação do administrador infrator das leis de trânsito.<sup>964</sup> Mas não justifica que, por si só, sirva para se transferir ao administrado o encargo de provar, no bojo do processo administrativo sancionador, que não houve a infração declarada no auto. Por isso, cessado o perigo que deu causa à imediata apreensão e autuação, devem os autos ser instruídos com elementos de prova que puderam ser (ou podiam ter sido) colhidos pela Administração no

---

<sup>962</sup> Na linha da distinção aqui feita entre as sanções e as medidas acauteladoras, tem-se que o Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97) coloca de um lado as *penalidades* (arts. 256 e ss.) e de outra as *medidas administrativas* (art. 269 e ss.). Diz o art. 269, par. 2º, do CTB: “As medidas administrativas previstas neste artigo não elidem a aplicação de penalidades impostas por infrações estabelecidas neste Código, possuindo caráter complementar a estas”.

<sup>963</sup> Dispõe o par. 1º do art. 270 do CTB: “Quando a irregularidade puder ser sanada no local da infração, o veículo será liberado tão logo seja regularizada a situação”.

<sup>964</sup> Os arts. 280 e ss. do CTB fixam as regras do processo administrativo de impugnação na área de trânsito, a começar pelo procedimento para lavratura do auto de infração pelo agente competente.

momento da apreensão, sem o que não se poderá aplicar a penalidade ao administrado. Aplica-se aqui o que se disse quanto ao adequado procedimento de formação do ato. Ademais, repita-se, o ônus da prova poderá caber a qualquer das partes, a depender do caso.

#### 4.2.4.3 Casos de manifesta ilegalidade: atos inexistentes, vias de fato e o direito de resistência ou desobediência civil

Merecem destaque as situações em que a autoridade revisora pode verificar, de logo, que o ato administrativo padece de flagrante vício de legalidade formal ou substancial, não havendo então de se falar em presunção de legitimidade.

Primeiramente, o ato administrativo “deverá apresentar-se formalmente perfeito, com o cumprimento de todas as exigências e requisitos necessários à sua validade”.<sup>965</sup> Assim, por exemplo, “a autoridade destituída de *competência* não pode invocar a presunção de legitimidade do ato administrativo como fundamento para impor seu cumprimento”.<sup>966</sup> Acrescente-se a isso, na linha do que se disse em tópicos anteriores, os casos em que a Administração não observa o *devido processo legal* que cumpre anteceder à prática do ato.<sup>967</sup>

Ao lado das questões formais, pode ainda haver situações nas quais se pode de logo constatar um vício *substancial* no ato, muito comuns nas impugnações restritas a *matérias de direito*, notadamente no que concerne à *interpretação* da norma jurídica implementada pela Administração Pública. A presunção de legitimidade não alcança o exercício hermenêutico levado a cabo pelo agente público.<sup>968</sup> Destarte, não existindo controvérsia acerca de fatos, mas,

<sup>965</sup> Marçal Justen Filho, *ob. cit.*, p. 205.

<sup>966</sup> *Idem*, p. 204.

<sup>967</sup> A presunção de legitimidade, mesmo no tocante aos fatos, “depende de a Administração Pública comprovar o cumprimento do devido processo, necessário e inafastável a fundamentar suas afirmativas. Assim, se o ato administrativo afirma a ocorrência de certo fato, não se pode atribuir ao particular o ônus da provar sua inoccorrência – até porque não se produz prova de fatos negativos. É impossível provar que um fato não ocorreu; quando muito se pode provar a ausência de condições para sua ocorrência ou a consumação de fatos incompatíveis com sua verificação. Não existe presunção quanto à ocorrência de fatos se a Administração Pública não seguiu o devido processo legal. Ou seja, a Administração não pode afirmar, de modo unilateral e destituído de fundamento, que um fato aconteceu e pretender invocar uma presunção favorável a si, remetendo ao particular o ônus de provar o contrário. Então, a presunção quanto à ocorrência ou inoccorrência de fatos não se aplica quando o particular invoca, perante o Judiciário, a invalidade do procedimento administrativo anterior ao ato questionado (que geraria tal presunção), apontando vícios na atuação administrativa”. *Ib idem*, p. 206.

<sup>968</sup> Ainda segundo Marçal Justen Filho, “a presunção de legitimidade não alcança as questões jurídicas. Justamente por se tratar de uma *presunção*, somente se alcançam as questões pertinentes a fatos. Ou seja, o Poder Judiciário não fica vinculado à interpretação jurídica adotada pela Administração. É equivocado afirmar que o particular tem o ônus de provar a incorreção da interpretação jurídica adotada pela Administração Pública. Não se produz prova quanto ao direito, mas apenas quanto aos fatos. Logo, instaurado o litígio judicial, a única presunção que prevalece é aquela relacionada com a afirmação por parte da



sim, sobre a conseqüência jurídica a eles atribuída pela Administração a partir da interpretação da lei, nada obsta que a autoridade revisora, discordando do entendimento originário, suspenda de logo os efeitos do ato, independente de apresentação de provas (até porque, como dito, não há fato controverso a provar). Saliente-se neste particular que, em se tratando especificamente de controle jurisdicional de atos administrativos por via de mandado de segurança, o direito líquido e certo do administrado eventualmente prejudicado por ato arbitrário diz respeito exclusivamente à matéria fática ventilada, nada tendo a ver com as questões de pura interpretação da norma jurídica envolvidas no litígio, por mais complexas que possam parecer.<sup>969</sup> Assim, constatando o juiz que a Administração se valeu de errônea exegese da norma jurídica e que os fatos estão plenamente demonstrados a favor da parte impetrante, tem esta direito subjetivo à tutela antecipada por via de liminar, sem necessidade até mesmo de se aguardar a prestação de informações pela autoridade indigitada coatora, porquanto inócua esta providência quando o juiz conhece a norma a aplicar.

Em suma, a presunção de legitimidade encontra intransponível obstáculo lógico no exato momento da constatação, pela autoridade revisora, de que o ato está maculado por vício, formal ou substancial.

Nos casos de flagrante ilegalidade, alguns autores chegam a defender até mesmo um *direito de resistência* por parte do administrado, independente de utilização de alguma via institucionalizada de impugnação. Significa dizer que, diante de manifestações arbitrárias por parte de agentes da Administração, poderia o administrado simplesmente valer-se da própria força para descumprir a medida, sem necessidade, para tanto, de recorrer à autoridade superior da Administração ou ao Poder Judiciário. É o que pensa Gordillo ao assinalar que “el vicio manifiesto destruye precisamente la presunción de legitimidad”<sup>970</sup>, haja vista que “es insalvablemente contradictorio afirmar que un acto deba o pueda presumirse legítimo si la persona que se enfrenta con él advierte inmediatamente que no es legítimo”<sup>971</sup>. Por conseguinte,

---

Administração da ocorrência de certos fatos. O Judiciário revisará, sem necessidade de provas (em princípio), as questões jurídicas, e sem se vincular ao entendimento adotado administrativamente”. *Ib idem*, p. 205.

<sup>969</sup> Consoante escreve Eduardo Alvim, “na verdade, desde a Constituição de 1946 suprimiu-se a expressão ‘direito líquido e incontestável’, substituindo-a pela cláusula, hoje utilizada, direito líquido e certo. Suprimiu-se, também, a exigência de que se tratasse de *manifesta ilegalidade*. Acabou prevalecendo a posição daqueles que, mesmo à luz da Carta de 1934, já entendiam que a dificuldade jurídica da questão posta no mandado de segurança não podia constituir entrave à admissão daquela ação. Independentemente da complexidade da questão jurídica posta, da necessidade de o juiz dever examinar documentos e desde que não haja necessidade de dilação probatória, há espaço para o mandado de segurança. (...) Sem a possibilidade de concessão de liminar, não se reconhecendo a liminar como ínsita à garantia do mandado de segurança, estar-se-á negando, no mais das vezes, qualquer eficácia prática ao *writ* porque ele não vai se revelar um instrumento apto a contrastar um ato exigível, como é o lançamento, e muito menos qualquer outro ato administrativo executório em tempo hábil, isto é, antes que os efeitos provenientes destes atos – justamente o que se quer contrastar com a impetração do mandado de segurança – sejam sentidos na esfera jurídica do impetrante”. Perfil atual do mandado de segurança. In: Carlos Ari Sundfeld e Cássio Scarpinella Bueno (coordenadores). *Direito processual público, a fazenda pública em júzo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 120-124.

<sup>970</sup> *Op. cit.*, tomo 3, V-5.

<sup>971</sup> *Idem*, V-4.

nessas circunstâncias, se o ato “carece de presunción de legitimidad y de ejecutoriedad, no existe deber alguno de obediencia al acto y se puede resistir su cumplimiento”<sup>972</sup>

Ao tratar do sistema de nulidades dos atos administrativos, com base na doutrina e jurisprudência da Argentina e no Decreto-lei 19.549/72 (lei de processo administrativo daquele país), Gordillo aponta basicamente duas espécies de atos, cada uma delas divididas em duas subespécies: 1) atos administrativos *regulares* – incluídos aí os 1.1) *válidos* (praticados sem qualquer vício, formal ou substancial) e os 1.2) *anuláveis* (que contém vícios ocultos e não demasiadamente graves, portanto, não manifestos) –; 2) atos administrativos *irregulares* – que podem ser 2.1) *nulos* (com vícios graves e manifestos) ou 2.2) *inexistentes* (com vícios muito graves e manifestos). Por conseguinte, defende que somente os atos regulares (válidos ou anuláveis) podem gozar de alguma presunção de legitimidade, ao passo que os atos irregulares (nulos ou inexistentes) não usufruem dessa prerrogativa.<sup>973</sup>

A chamada *teoria dos atos inexistentes* remonta ao Direito Administrativo francês (“*théorie de l’inexistence des actes administratifs*”), onde há muito veio sendo objeto de polêmicos debates entre célebres juristas, citando-se a posição de Waline ao dizer que os particulares “devem obedecer às ordens verbais da polícia sob pena de cometer o delito de rebelião, salvo se essa ordem estiver maculada por uma irregularidade tão grosseira que o ato seja inexistente”.<sup>974</sup> Nesta linha de pensamento, os atos administrativos inexistentes – ao contrário dos atos nulos – não teriam sequer efeitos provisórios.<sup>975</sup>

<sup>972</sup> *Ib idem*, V-5. Gordillo cita também o pensamento de Wolff, “que en derecho alemán, en que el acto nulo es ineficaz de antemano, ‘no necesita ser obedecido por nadie, ni siquiera por el afectado o por la autoridad que lo emanó’. ‘Si embargo, el afectado soporta el riesgo de asumir erróneamente nulidad; él no puede remitirse a su buena fe. En los casos de duda debe pues acudir al tribunal administrativo’”. *Idem*, V-16.

<sup>973</sup> Menciona o julgamento feito pela Corte Suprema de Justiça da Nação, no chamado *Caso Pustelnik*, de 1975, com base no Decreto-lei argentino n.19.549/72: “Expresa ahora la Corte que ‘la invalidez *manifiesta* de los actos cuya ilegitimidad o irregularidad aparece *patente* en los mismos sin que sea necesario investigar vicio oculto algunos, constituye un concepto general del orden jurídico’ (cons.3º); o sea, la Corte adopta el criterio de que es un principio o concepto general del derecho, inevitablemente aplicable en cualquier disciplina, el que un acto manifiestamente viciado no puede ser presumido legítimo; por ello aclara el tribunal ‘*Que dicha presunción de legitimidad de los actos administrativos no puede siquiera constituirse frente a supuestos de actos que adolecen de una invalidez evidente y manifiesta*’ (cons.2º). Este tipo de acto con invalidez evidente, patente o manifiesta, es llamado por el decreto-lei 19.549/72 y por la misma Corte, irregular: ‘Dicho acto irregular no ostenta apariencia de validez o legitimidad en virtud de su título y ha de ser calificado como acto inválido por la *gravedad y evidencia* del vicio que contiene (cons.5º). Y reitera la Corte que regular no es sinónimo de válido, por cuanto un acto inválido puede ser regular si su vicio no es manifiesto, supuesto en el cual gozará de presunción de legitimidad hasta que una autoridad administrativa o judicial o anule’”. *Idem*, V-8.

<sup>974</sup> “doivent obéir aux ordres verbaux de la police sous peine de commettre le délit de rébellion, sauf si cet ordre est entaché d’une irrégularité si grossière que l’acte soit inexistant”. *Apud* Jean-Marie Auby. *L’inexistence des actes administratifs: étude de contentieux administratif*. Paris: Éditions A. Pedone, 1951, p. 310.

<sup>975</sup> Nas palavras de Jean-Marie Auby, “la théorie de l’inexistence relève une différence essentielle entre l’acte nul et l’acte inexistant. Ce dernier, à l’inverse de l’acte simplement entaché d’excès de pouvoir, serait insusceptible d’effets même provisoires. (...) Ce caractère de l’acte inexistant semble par là d’une portée considérable puisqu’il aboutit à paralyser, d’une manière complète et immédiate, l’exécution de certains actes”. *Op. cit.*, p. 310-311.

No Direito italiano, segundo apontam Luigi Galateria e Massimo Stipo, a doutrina das diversas graduações das anormalidades dos atos administrativos distinguiu entre *inexistência*, nos casos de carência de poder, *invalidade absoluta* (nulidade), nos casos de vícios em elementos essenciais, *invalidade relativa* (anulabilidade), nos casos de vícios menos graves, e *irregularidade*, nos casos de anormalidades leves. Salientam que os critérios distintivos de tais categorias, notadamente entre os atos inexistentes e nulos, serviram para a solução do problema da repartição de competências entre a jurisdição ordinária e a jurisdição administrativa<sup>976</sup>. Para Costantino Mortati somente se poderia falar em *inexistência* nos casos em que o objeto do ato fosse materialmente impossível ou quando houvesse usurpação de poder (particular que reivindica obediência sem que estejam presentes os mínimos requisitos que o tornariam funcionário de fato).<sup>977</sup> Outrossim, no tocante à distinção entre *nulidade* e *anulabilidade* na esfera administrativa, ressalta a dificuldade de se determinar, nos casos concretos, o mínimo de condições para fazer surgir um ato e a necessidade de critérios mais seguros que não sejam meramente quantitativos da gravidade do vício (já que o vício sempre se refere aos requisitos de validade). Não obstante, aponta ao menos quatro situações que considera como sendo de nulidade: a) falta de forma essencial prescrita *ad substantiam*; b) defeito absoluto de qualificação do sujeito do qual emana o ato; c) absoluta indeterminação do conteúdo do ato; d) impossibilidade jurídica”.<sup>978</sup>

Na Alemanha, Ernest Forsthoff distingue entre *nulidade*, para o caso de irregularidades graves, e *anulabilidade* para as irregularidades mais leves, porém ressalta que a

<sup>976</sup> “È anzitutto da mettere in rilievo che le anomalità assumono *graduazioni* diverse in stretta correlazione alla maggiore o minore divergenza della fattispecie concreta rispetto allá fattispecie astratta normativa. (...) Al fine di tentare di dare del concetto di inesistenza una più precisa connotazione appare opportuno esaminare anche la nozione, ad esso in un certo senso correlata, di ‘*carezza di potere*’ creata dalla giurisprudenza della Cassazione intorno agli anni quaranta. Essa fu adottata nell’intento di apportare un contributo alla soluzione del problema, sempre irto di difficoltà, della ripartizione della giurisdizione tra il giudice ordinario e il giudice amministrativo. (...) *Invalidità assoluta*: si ha tale invalidità allorché la difformità del provvedimento amministrativo dalla fattispecie normativa astratta riguarda la *mancanza* di un elemento particolarmente qualificante del provvedimento stesso. Così rientrano in tale anomalità i provvedimenti aventi un oggetto impossibile, illecito e indeterminato (o indeterminabile). (...) Si ha *invalidità relativa* nei casi in cui la divergenza fra la fattispecie reale e la fattispecie normativa si presenta in forma meno grave dell’invalidità assoluta, in quanto l’atto non manca di uno o più degli elementi particolarmente qualificanti ma presenta solo dei *vizi*. Il tal caso l’invalidità dà luogo all’*annulabilità*. (...) Altro caso – meno grave – di anomalità si ha quando la divergenza fra la fattispecie reale e la fattispecie astratta è ad un livello inferiore a quelli sopra esaminati. Da tali evenienze deriva la *irregolarità*. Essa consiste in una anomalità dell’atto amministrativo ma non così grave da portare all’invalidità del provvedimento. Si tratta quindi di una inosservanza di norme, ma di minor conto, non incidente sulla sostanza dell’atto e sanabile mediante regolarizzazione”. *Manuale di diritto amministrativo*. 2. ed. Utet, p. 382-386.

<sup>977</sup> “Di inesistenza si potrebbe parlare solo nel caso che l’oggetto dell’atto risulti materialmente impossibile, o quando il privato che pretenda di ottenere obbedienza senza averne titolo manchi anche dei requisiti che potrebbero farlo considerare ‘funzionario di fatto’”. *Istituzioni di diritto pubblico*. 10. ed. Padova: Edizioni Cedam, 1991, p. 284.

<sup>978</sup> “Occasione poi di gravi incertezze è la pratica applicazione della distinzione fra nullità e annullabilità, data la difficoltà di determinare nei singoli casi quale debba considerarsi il minimo delle condizioni necessarie per far sorgere un atto, sia pure invalido, e la necessita o di offrire criteri più sicuri che non sia quello puramente quantitativo della gravità del vizio (che, se è vizio in senso próprio, attiene sempre ai requisiti di validità). Riassuntivamente può dirsi che la nullità consegue: o alla mancanza della forma esistenziale prescritta *ad substantiam* per i singoli atti oppure all’assoluto difetto di qualificazione del soggetto da cui l’atto emana, così che questo si presenti come esplicazione di poteri usurpati; o anche all’assoluta indeterminatezza del contenuto dell’atto oppure all’impossibilità giuridica, cioè el contrasto radicale con principi inviolabili dell’ordinamento (es.: l’ordine di ridurre una persona in stato di schiavitù)”. *Idem*.

opção por uma outra categoria dependerá de considerações político-jurídicas dos seus efeitos nos casos concretos. Termina por considerar que o ato administrativo nulo seria *juridicamente inexistente*, não vinculando nem o destinatário, nem as autoridades, porém adverte que a presunção deve estar a favor da consequência mais leve, isto é, de que o vício traduziria a mera anulabilidade do ato.<sup>979</sup>

Entre nós, Celso Antônio Bandeira de Mello se vale de semelhante classificação que distingue entre atos *inexistentes*, *nulos* e *anuláveis*. Apesar de reconhecer que “não há graus de invalidade”, pois “ato algum em Direito é mais inválido do que outro”, aponta que “pode haver e há reações do Direito mais ou menos radicais ante as várias hipóteses de invalidade”<sup>980</sup>. Considera como atos administrativos *inexistentes* aqueles comportamentos correspondentes a “condutas criminosas ofensivas a direitos fundamentais da pessoa humana, ligados à sua personalidade ou dignidade intrínseca e, como tais, resguardados por princípios gerais de Direito que informam o ordenamento jurídico dos povos civilizados”.<sup>981</sup> Nesses casos – reconhece Celso Antônio – “existe *direito de resistência* contra eles”.<sup>982</sup> Adverte, todavia, que esta classificação é objeto de acirradas divergências doutrinárias, seja quanto à existência dela, seja quanto aos fundamentos que distinguem cada uma das aludidas categorias, dada a ausência de leis administrativas que sistematizem os casos de invalidade e seus efeitos.<sup>983</sup>

Também Cretella Júnior dedica extenso conteúdo de sua doutrina ao exame das nulidades no campo administrativo, logrando apontar diferenças entre os atos administrativos inválidos com vistas às consequências dos vícios, daí advindo as categorias de *inexistência*, *nulidade* e *anulabilidade*.<sup>984</sup> Explica que no ato administrativo *inexistente* ocorre a completa falta

<sup>979</sup> “Entre la ineficacia o la nulidad y la anulabilidad del acto administrativo no existen limites conceptuales, en el sentido de que pueda establecerse teóricamente y en términos generales las consecuencias y el tipo irregularidad que cada una implica necesariamente. La diferencia es de grado y se basa en puntos de vista de oportunidad. Por eso también las consideraciones de política jurídica pueden influir sobre la distinción entre actos administrativos nulos y anulables. (...) Aquellas irregularidades graves que imponen, por razones de orden público o de interés individual, privar de antemano a un acto administrativo de toda eficacia jurídica, conducen a la nulidad; las menos graves, a la anulabilidad. También aquí la presunción debe establecerse a favor de la consecuencia más leve, la anulabilidad. Las particularidades solo pueden establecer por mérito de una consideración casuística de los tipos de irregularidad, en la que se entrará seguidamente. El acto administrativo nulo es, en principio, generalmente inobservable. Ni el destinatario ni las autoridades están vinculadas, facultadas ni obligadas por él. Puesto que se trata de algo inexistente jurídicamente, no puede restablecer su validez una convalidación del defecto que lleva consigo”. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 314-315.

<sup>980</sup> *Curso de direito administrativo*, p.407. Acrescenta o jurista que “a ordem normativa pode repelir com intensidade variável atos praticados em desobediência às disposições jurídicas, estabelecendo, destarte, uma gradação no repúdio a eles. É precisamente esta diferença quanto à intensidade da repulsa que o Direito estabeleça perante os atos inválidos o que determina um discrimen entre atos nulos e atos anuláveis ou outras distinções que mencionam atos simplesmente irregulares ou que referem os chamados atos inexistentes”. *Idem*.

<sup>981</sup> *Ib idem*, p. 412.

<sup>982</sup> *Idem*.

<sup>983</sup> “Não há acordo doutrinário quanto à existência e caracterização destas várias figuras. Para alguns, no Direito Administrativo todo ato ilegítimo é nulo. Para outros, a distinção entre nulos e anuláveis, usual no Direito Privado, aplica-se, com as devidas adaptações, ao Direito Administrativo. Outros, ainda, acrescentam aos atos nulos e anuláveis os simplesmente irregulares, e há também quem reconheça a categoria dos atos ‘inexistentes’” *Ib idem* p. 407-410.

<sup>984</sup> “O *inexistente* difere do *nulo*. O *inexistente* não produz efeitos, pela simples razão de que *não é*. O *nulo*, embora por exceção e raramente, produz consequências, o que é bastante para considerá-lo no plano da existência. O *ser* pode não produzir efeitos,

de um dos seus elementos essenciais, é um “fantasma de ato administrativo”, como acontece, por exemplo, com o ato praticado por um usurpador de função pública. Descaberia, nesses casos, qualquer possibilidade de saneamento (convalidação). No ato *nulo*, por sua vez, os elementos de existência estão presentes, mas algum deles contém vício grave que lhe retira a validade. Em regra não pode ser saneado (convalidado). Já o ato *anulável* é aquele que “sofre de vício menos profundo, que não atinge a substância do ato”, daí porque pode geralmente ser saneado, salvo se não for mais possível fazê-lo ou assim não recomendar o interesse público. Mas, apesar do esforço em apontar critérios objetivos para a aludida distinção, Cretella incorre em certa contradição<sup>985</sup> e acaba por reconhecer que a teoria do ato administrativo inexistente “ainda está por fazer-se, ocasionando não pequenas controvérsias doutrinárias com as correspondentes repercussões na casuística administrativa”.<sup>986</sup>

Como principal utilidade da distinção enfocada, a doutrina aponta a completa ineficácia do ato administrativo inexistente, que, por isso mesmo, não gozaria dos atributos de presunção de legitimidade e auto-executoriedade. É assim que, segundo Eduardo Gualazzi, “o ato administrativo inexistente é *absolutamente incoercível*, ou seja, radicalmente ineficaz, a todo tempo, independentemente de qualquer declaração ou formalidade, administrativas ou judiciais”.<sup>987</sup> Rafael Bielsa, por seu turno, defende que os atributos de presunção de legitimidade

---

ainda quando perfeito; do *nulo*, por exceção, efeitos podem surtir, mas do *não-ser*, da *nada*, do *inexistente*, nada pode derivar. (...) *Ato inexistente* é aquele que não produz efeitos porque, faltando algum de seus elementos essenciais, nunca teve existência real, não tem nenhuma eficácia, não pode jamais ser sanado, diferentemente do que acontece com o *ato nulo* que, em certos casos excepcionais, pode vir a ser sanado. (...) Relativamente ao *ato administrativo*, notamos defeitos ou vícios sanáveis, isto é, falhas que ofendem princípios de ordem pública e, por isso, não podem ser remediados, atacam a própria natureza do ato e geram nulidade, bem como a violação de preceitos que se destinam à tutela de interesses individuais, cuja conseqüência é a *anulabilidade*. O *ato administrativo nulo* é insanável; pode, entretanto, sanar-se o *ato administrativo anulável*. Se faltar apenas requisito necessário à eficácia normal do ato, se os preceitos violados se destinam mais de perto à proteção de interesses individuais, o ato será anulável, isto é, tem eficácia enquanto o interessado, com quem o defeito se relaciona, não lhe promover, dentro de certo prazo, a *anulação*”. *Direito administrativo brasileiro*, p. 317-323.

<sup>985</sup> Em um trecho do seu livro, acima transcrito, afirma que o ato administrativo *nulo*, “em certos casos excepcionais, pode vir a ser sanado” *Idem*, p. 319. Duas páginas à frente, assevera peremptoriamente que “o *ato administrativo nulo* é insanável”. *Ib idem*, p. 320.

<sup>986</sup> *Ib idem*. Reconhece ainda que “os autores divergem sobre a recepção pelo direito administrativo do *conceito de anulabilidade*, aceitando alguns, aliás, a maioria, o referido instituto no âmbito do direito público, rejeitando outros qualquer presença da *anulabilidade*, neste campo, por vários motivos entre os quais o desamparo do direito positivo. Para estes autores o vício de um elemento acarretaria sempre a *nulidade*, jamais a *anulabilidade*”. *Ib idem*, p. 323.

<sup>987</sup> *Ato administrativo inexistente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 134-135. Aduz o autor que “o ato administrativo existente e nulo é relativamente incoercível, isto é, sua ineficácia depende da *desconstituição* do ato, cuja operatividade retroage *ex tunc*. Essa diversidade realça-se em ordenamentos jurídicos que – como o brasileiro – consagram as presunções de *legitimidade*, *imperatividade* e *auto-executoriedade* do ato administrativo, o que redundará na ‘imediate execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que argüidos de vícios ou defeitos que os levem à invalidade. Enquanto, porém, não sobrevier o pronunciamento de nulidade, os atos administrativos são tidos por válidos e operantes’ (Hely Lopes). Exatamente por isso, não logramos compreender *data venia*, a afirmação de Hely Lopes Meirelles, ao comentar atos inexistentes: ‘tais atos equiparam-se, em nosso Direito, aos atos nulos, sendo assim irrelevante e sem interesse público a distinção entre nulidade e inexistência, porque ambas conduzem ao mesmo resultado – a invalidade – e se subordinam às mesmas regras de invalidação’. *Permissa venia*, discordamos do pensamento acima transcrito. E discordamos com base no próprio magistério de Hely Lopes Meirelles: ‘a imperatividade é o atributo do ato administrativo que impõe a coercibilidade para o seu cumprimento ou execução (...) A imperatividade decorre da só existência do ato administrativo, não dependendo da sua declaração de validade ou invalidade’. Se da existência decorre a imperatividade (coercibilidade) do ato administrativo, da inexistência decorre a incoercibilidade, o que já é suficiente para caracterizar, sob aspectos teóricos e práticos, o acentuado interesse na distinção entre nulidade e inexistência. (...) É de bom senso que subsista a presunção de existência do ato, assim como a de legitimidade, sempre que houver dúvida

e auto-executoriedade, embora presentes em certos atos administrativos *nulos* ou *anuláveis* (eis que existentes), não condizem com os atos administrativos *inexistentes* ou *vias de fato administrativas*.<sup>988</sup>

O tema é movediço e nunca, entre os mais respeitados doutrinadores, chegou-se a uma conclusão imune a algum tipo de ataque empiricamente fundamentado. Na vã tentativa de se apontar variados acontecimentos da rotina administrativa, casos que para alguns seriam de *nulidade*, para outros são mencionados como sendo de *inexistência*. O mesmo acontece quanto se tentar distinguir situações de nulidade de outras supostamente de anulabilidade.

A razão de ser das controvérsias parece estar na tentativa de se trazer, para a seara do Direito Administrativo, categorias que somente encontram algum espaço significativo no âmbito das relações privadas e, por isso mesmo, há tempos vêm sendo tradicionalmente abordadas nas lições do Direito Civil. Falar-se em *anulabilidade*, nos casos em que supostamente o vício afetaria apenas o interesse do particular que se relaciona com a Administração, não condiz com a idéia fundamental de que o administrador deve sempre procurar cumprir o que está disposto na lei, não apenas quando em jogo o interesse da Administração, mas, também, quando a sua atuação afete direitos dos administrados.

É principiológico que a Administração não deve ignorar vícios do ato administrativo, haja vista a indisponibilidade do interesse público a pugnar pela fiel observância da lei em todos os casos. Mesmo quando a anulação do ato interesse diretamente ao administrado, haverá um interesse público indireto. Portanto, salvo as hipóteses em que seja possível convalidar o ato e assim recomendar o interesse público, os atos administrativos que contenham vícios, formais ou materiais, devem ser declarados inválidos pela própria Administração, de ofício ou mediante provocação. Concorde-se então com a lição de Diógenes Gasparini quando afirma que “só há uma espécie de ato administrativo inválido: o comumente chamado de nulo”, pois “não se tem

---

razoável sobre a inexistência jurídica. A inexistência do ato administrativo é, reconhecidamente, uma exceção à existência normal, sendo no âmbito desta igualmente exceções a nulidade ou a anulabilidade”. *Idem*, p. 134-135 e 140.

<sup>988</sup> “Prodúcense en la esfera de la actividad administrativa situaciones que no se consideran actos, sino hechos o abusos de autoridad. Por ejemplo, si un funcionario administrativo se atribuye funciones que son de otro poder, v. gr., judiciales, como el condenar al desalojo de un local en razón de incumplimiento de una obligación que puede fundar tal demanda. Cualquier administrado lo juzga así con evidencia intuitiva, sin conocer derecho público, pues ese llamado acto no tiene para los administrados *color* de derecho. Estas ‘groseras’ violaciones de disposiciones o reglamentos, esta falta absoluta de competencia, hace que tal acto sea reputado inexistente, según la opinión que hemos examinado; pero, bien entendido, es inexistente como acto administrativo, porque ese acto (más bien un *hecho*) no es propio de la Administración pública. Esa violación flagrante de atribuciones sólo sería, y a lo sumo, hecho administrativo, o hecho del agente o funcionario; pero ni aun considerado como tal, sino como un particular, en cuyo caso tampoco sería hecho administrativo sino y tan sólo un acto o hecho del autor, no de un agente *de la Administración*; se trata de una *via de hecho*, por lo que la jurisdicción competente será la ordinaria o judicial, y no la contenciosoadministrativa. Descartados los llamados actos administrativos *inexistentes*, solo queda por diferenciar los actos administrativos nulos y anuláveis, pero *existentes* siempre. Por qué existe también esa diferencia del derecho privado en el derecho público? Ello se explica por las razones siguientes. Ante todo, la validez de los actos administrativos, hasta tanto se anulen, se presume. Esa *presunción de legitimidad de la acción administrativa* se explica por la propia naturaleza del acto y la *ejecutoriedad*, que es esa particular *vis jurídica* o fuerza intrínseca del mismo, por virtud de la cual él tiende a realizarse”. *Derecho administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: La Ley, 1964. t 2, p. 139.

no Direito Administrativo, como ocorre no Direito Privado, atos nulos e anuláveis, em razão do princípio da legalidade, incompatível com essa dicotomia”.<sup>989</sup>

Não há critérios seguros para a distinção entre os atos inexistentes e os nulos, além do que as conseqüências jurídicas parecem ser basicamente as mesmas em um e outro caso. Como bem salienta Régis Fernandes de Oliveira em trocadilho com certa dose de ironia, “os denominados atos inexistentes realmente não existem”.<sup>990</sup> Ressalte-se que mesmo no campo das relações jurídicas privadas, Orlando Gomes já há muito assinalava que “a teoria da inexistência é tida como construção inútil” que contempla interesse “puramente conceitual”, já que, sob aspecto prático, o negócio inexistente equivalerá ao negócio nulo.<sup>991</sup>

Para o interesse desta pesquisa, prefere-se aqui falar em *vícios manifestos* e *vícios não-manifestos*, advindo daí a tentativa de identificar, com alguma precisão, as hipóteses em que cairia por terra a presunção de legitimidade dos atos administrativos, quando, por meio de análise *prima facie*, seja possível observar estarem eles contaminados por vícios notórios em seus pressupostos e elementos constitutivos.<sup>992</sup> O cerne da questão, ao que parece, não está em se

<sup>989</sup> Aduz o autor que “os atos anuláveis ofendem direitos privados, disponíveis pelos interessados, enquanto os nulos agridem interesses públicos, indisponíveis pelas partes. Lá são anuláveis, aqui são nulos. O ato administrativo sempre ofenderá, quando ilegal, um interesse público, sendo, portanto, nulo. Destarte, não há como ser aplicada no Direito Administrativo a teoria dos atos nulos e anuláveis do Direito Privado. Essa posição, prestigiada por Hely Lopes Meirelles, Régis Fernandes de Oliveira e Sérgio Ferraz, entre outros não é pacífica. A defesa da existência dos atos nulos e anuláveis é feita por outros renomados autores, a exemplo de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Antônio Carlos Cintra do Amaral e Celso Antônio Bandeira de Mello, ainda que se valendo de nomenclatura diversa ou criando uma nova sistematização”. *Op. cit.*, p. 113.

<sup>990</sup> *Ato administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 126. Escreve o autor: “Cremos que, para se fazer menção à categoria dos chamados atos inexistentes, deveriam eles possuir caracteres inerentes que os distanciassem dos nulos, bem como produzir efeitos próprios. Se assim não fosse, desmereceriam qualquer atenção e sua identificação seria de nenhuma valia jurídica. E assim realmente é. O ato será sempre existente, já que, como vimos, para que ele nasça, bastam forma e conteúdo. E os chamados ‘atos inexistentes’ teriam forma e conteúdo. O que se passa é que não terão a menor validade, por falta dos requisitos explicitados quando do estudo das ‘condições de validade’ e, pois, confundem-se com os atos nulos, isto é, aqueles que descumprem o preceituado no ordenamento normativo. Imagine-se que quem nomeie determinado funcionário seja pessoa não ligada aos quadros da Administração Pública. Não terá ela competência para tanto e, pois, o ato será nulo por vício de sujeito”. *Idem*.

<sup>991</sup> “Diz-se por exemplo que não há vontade quando uma pessoa age num acesso de loucura (Capitant), mas, nesse caso, o ato poderia ser declarado nulo por incapacidade absoluta do agente. Por outro lado, haveria negócios inexistentes que produzem efeitos, em relação a terceiros, como os simulados. No próprio campo do Direito de Família, os casos de casamento inexistente poderiam ser reduzidos à teoria das nulidades. O interesse seria puramente conceitual. Tais objeções abalam a teoria da inexistência. Do ponto de vista prático, é indiferente que o obstáculo à validade de negócio jurídico seja de *ordem natural* ou *legal*. Em qualquer hipótese, não valerá. Demais disso, o ato inexistente, salvo quando a inexistência jurídica corresponda à inexistência de fato, é uma aparência de ato. Essa aparência precisa ser desfeita, o que se há de verificar, necessariamente, mediante pronunciamento judicial, a despeito da opinião contrária dos partidários da teoria. O negócio inexistente equivalerá, portanto, ao negócio nulo, ainda sob esse aspecto prático. Se, doutrinariamente, é admissível a distinção entre inexistência e nulidade, praticamente não teria utilidade. A lei não pode admitir a categoria dos negócios inexistentes porque, sendo simples fatos sem ressonância jurídica, logicamente, deles não deve ocupar-se”. *Introdução ao direito civil*, p. 470-471.

<sup>992</sup> Também Juan Carlos Cassagne sugere a substituição do critério da gravidade do vício pelo da técnica da ilegalidade manifesta como parâmetro para se suspender imediatamente a eficácia dos atos administrativos: “Entre las causales que habilitan a la Administración y a los jueces a suspender los efectos de los actos administrativos, la figura de la nulidad más grave (nulidad absoluta o nulidad de pleno derecho, según los diferentes ordenamientos) debería ser sustituida o, al menos, combinarse, con la técnica de la nulidad o ilegalidad manifiestas, que en algunos casos, como en el proceso de amparo argentino, ha permitido el que el restablecimiento de la legalidad sea rápido y efectivo. Ao próprio tempo, tanto en los sistemas procesales como en la jurisprudencia, sería conveniente que se reconociera con amplitud la posibilidad de suspender los efectos de los actos de alcance general que dicta la Administración cuando adolecen ilegalidades o arbitrariedades manifiestas. Ahora bien, la aplicación de la técnica de la nulidad o ilegalidad manifiesta para detener la ejecución del acto administrativo no implica la constatación flagrante de la invalidez (sin perjuicio de que así pudiera ocurrir en algún caso), como la ha venido exigiendo la jurisprudencia española del contencioso-administrativo, sino una apreciación *prima facie* de la nulidad mediante un juicio previo que se independiza de la

reconhecer a ineficácia jurídica dos atos administrativos maculados, pois os vícios que porventura os contaminem deverão ensejar a sua invalidação pela Administração ou pelo Judiciário em todos os casos, salvo, quando possível o saneamento (convalidação) por novo ato da Administração. Na verdade, interessa saber qual o *momento* em que tal vício pode ser detectado pelo destinatário ou pela autoridade revisora, já que alguns defeitos, independente da sua gravidade, são bem manifestos e notórios, enquanto outros nem tanto, decorrendo, deste último caso, a necessária dilação probatória acerca dos fundamentos e circunstâncias em que foi praticado o ato.

Dito isso, voltando à linha de pensamento defendida por Gordillo, tem-se que se o vício em um ato administrativo não é manifesto, ele preservará seus efeitos até que uma autoridade (administrativa ou judicial) o reveja e declare a sua invalidade. E isto se deve justamente aos atributos de presunção de legitimidade e executoriedade. Mas, *a contrario sensu*, se o defeito é manifesto e conduz à imediata verificação de nulidade do ato, não haveria de se falar nesta presunção, nem se impor, juridicamente, a sua execução, pois a gravidade do vício contaminador propicia de logo que ele seja percebido pelo aplicador do Direito (percepção *prima facie*), não abrindo espaço a qualquer forma de raciocínio calcado na presunção.

Concorda-se ainda com o magistério de Bartolomé Fiorini ao asseverar que o princípio da presunção de legitimidade não prevalece nas situações de manifesta irregularidade procedimental na atividade administrativa, aí incluídos aqueles casos em que não se observa devidamente as garantias constitucionais expressas em favor dos administrados.<sup>993</sup> Deveras, já se disse anteriormente que a presunção jurídica não é meio de prova, mas tão-somente uma operação mental dedutiva pelo qual o aplicador do Direito parte de um fato conhecido (fato x) para dele deduzir a ocorrência de um outro fato, ainda não conhecido (fato y). No caso da presunção de legitimidade dos atos administrativos, a partir da simples percepção da ocorrência de um ato administrativo (x) se deduz que, a princípio (presunção *juris tantum*), ele foi

---

decisión acerca del fondo del asunto, sobre el que no prejuzga. Por otra parte, la categoría de los vicios manifiestos apunta siempre a su visibilidad externa o apariencia y no siempre, coincide con el carácter grave o radical de una determinada causal de nulidad (como es la nulidad absoluta o, en el derecho español, la nulidad de pleno derecho)". *Estudios de derecho público*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1995, p. 71-72.

<sup>993</sup> "El principio que representa no se aplica en forma absoluta, pues no puede regir frente a actos de la actividad de la Administración pública que ostentan defectos flagrantes en forma manifiesta. La presunción de legitimidad es valor práctico y no absoluto, y se excluye de los actos jurídicos que no tienen existencia, los prohibidos y los de vicios ostensibles. Es imposible establecer principios que rijan la inexistencia de la presunción de legitimidad; no sucede esto por incapacidad de la doctrina para establecerlos sino que proviene de la sustancia precaria de toda tesis sobre presunción como presupuesto de carácter práctico. Nuestros tribunales han declarado la exclusión de dicha presunción para los actos que han omitido totalmente el procedimiento fijado para su creación, o las garantías dispuestas por la Ley Fundamental o las normas legislativas expresas en favor de los administrados. La presunción de legitimidad desaparece por invalidez manifiesta. (...) La ley de Procedimientos Administrativos de la Nación há receptado esta jurisprudencia que declara la nulidad absoluta – es decir la inexistencia de presunción de legalidad – por omisión de elementos esenciales. En el conflicto de la precaria presunción y la inexistencia manifiesta, ésta triunfa sobre aquélla, pero ante una situación dudosa y opinable aquélla aún se impone por el principio revisible que contiene toda presunción". *Op. cit.*, p. 359.



produzido com fiel observância dos ditames legais (y). Mas se já se sabe de antemão que o fato y não existe (verifica-se, de plano, que o ato foi praticado sem a fiel observância da lei), o raciocínio presuntivo torna-se inócuo e o aplicador sequer precisa recorrer a ele para chegar à conclusão.

É da lógica do próprio sistema jurídico do Estado Democrático de Direito que assim seja, caso contrário haveria espaço à aceitação obrigatória de arbitrariedades camufladas sob o manto do regular exercício das potestades públicas. Como bem assinala Vedel, o direito a que um ato administrativo nulo não seja executado pela força faz parte dos princípios que tornam uma nação civilizada.<sup>994</sup> Daí porque – diz Gordillo – nem mesmo o legislador poderia impor o respeito a atos arbitrários, isto é, nenhuma lei poderia atribuir expressamente presunção de legitimidade a atos nulos ou inexistentes, pois haveria nisso uma patente inconstitucionalidade.<sup>995</sup>

Estando o ato administrativo contaminado por vício manifesto, isto é, passível de imediata percepção, dele não podem decorrer efeitos jurídicos válidos. Se o agente administrativo vier a adotar medidas materiais coativamente contra o administrado resistente, não se terá aí exercício jurídico de um fator legítimo de autoridade, senão de um mero ato de força típico dos tempos da justiça privada. É o que a doutrina chama de *via de fato administrativa*<sup>996</sup> e que não raramente ocorre na prática<sup>997</sup>. Assim, por exemplo, dão lugar a vias de fato administrativa, no entender de Santiago Ibáñez, “las actuaciones ejecutorias realizadas sin previo procedimiento o sin observar las reglas de competencia”.<sup>998</sup> Acrescenta ainda que

<sup>994</sup> *Apud* Gordillo. *Idem*, V-18.

<sup>995</sup> “Podría imaginarse si esa contradicción lógica sólo podría ser superada por una norma legal expresa que así lo dijera, con lo cual tendríamos una presunción *legal*, impuesta por el legislador por razones de supuesta conveniencia cuya razonabilidad debería ponderarse. En tal sentido cabría imaginar una norma que invocando el bien común o el interés público dijera que ‘Aunque encuentres un acto manifestamente ilegítimo, debes comportarse como si fuera legítimo, pues la ley así lo impone’. Pero es claro que ello resulta irrazonable, por ende inconstitucional”. *Idem*, V-8.

<sup>996</sup> Um exemplo de *via de fato administrativa* é a chamada *desapropriação indireta*, ou *apossamento administrativo*, que ocorre nos casos em que a Administração expropria um bem particular sem adotar o devido procedimento expropriatório, dando-lhe porém uma destinação de interesse público que dificulta a posterior retomada do bem. Trata-se de verdadeiro esbulho levado a termo pelo Poder Público, restando ao expropriado pleitear uma indenização. Confirma-se, a respeito, o teor do art.5º, parágrafo único, do Decreto-lei 3365/41: “Extingue-se em 5 (cinco) anos o direito de propor ação de indenização por *apossamento administrativo* ou *desapropriação indireta*, bem como ação que vise a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público”. Mas não havendo ainda sido dada uma destinação pública ao imóvel, pensamos que, justamente por se falar em presunção de legitimidade de ato manifestamente nulo, pode o esbulhado reagir ao *apossamento administrativo*, seja por desforço incontinenti, seja nas vias judiciais possessórias.

<sup>997</sup> Não obstante identificarmos aqui o ato administrativo inexistente como uma *via de fato*, convém ressaltar que Eduardo Lobo Botelho Gualazzi entende haver diferenças entre as categorias, destacando que “os autores nacionais e estrangeiros parecem aceitar a sutil *distinção* entre o *ato administrativo inexistente* e a *via de fato*, pois raramente assimilam ambas figuras, a ponto de considerá-las idênticas e tratá-las sob a rubrica da inexistência administrativa. (...) Parece-nos que a *via de fato administrativa* seria um *fato administrativo*, que presumivelmente, *juris tantum*, buscaria concretizar a teologia pública, por meio extralegal ou ilegal, *modus faciendi* passível de convalidação excepcional, *a posteriori*, se acaso comprovada necessidade pública. Porém, o ato administrativo inexistente é um *fato da administração*, como se verificou, ontologicamente alheio à esfera da teologia pública, por não constituir para esta jurifacção suficiente: o ato não existe como administrativo e, portanto, é insuscetível de aplicar-se-lhe a noção de convalidação, que supõe a existência administrativa”. *Op. cit.*, p. 109-111.

<sup>998</sup> *La vía de hecho administrativa*. Madrid: Editorial Tecnos, 1994, p. 24. Sobre o fenômeno das vias de fato na atividade administrativa, assim discorre o autor espanhol: “Sin pretender detallar aquí los pormenores en relación con los distintos

“cuando la Administración pública incurre en una vía de hecho deja de ser un sujeto privilegiado y su condición queda reducida a la de un sujeto de Derecho común”.<sup>999</sup>

Assinalando a estreita relação entre a via de fato e a teoria dos atos administrativos inexistentes, Jean-Marie Auby, com amparo nas doutrinas de Dareste, Bonnard, Desgranges e Blaevoet, salienta que nestes casos o ato perde a natureza administrativa na medida em que, sequer em aparência, não encontra qualquer justificação em algum poder legítimo.<sup>1000</sup> Este argumento, calcado na ocorrência de vícios graves e notórios a ensejar a manifesta invalidade da atuação administrativa, serviu para que, nos países de jurisdição dual ao estilo do contencioso francês, se atribuisse aos órgãos judiciais de competência ordinária conhecer das questões configuradoras de via de fato.

Com fulcro na premissa de que “a competência dos tribunais judiciais repousa sobre a idéia da desnaturação dos atos administrativos inexistentes”<sup>1001</sup>, Auby destaca a clássica polêmica instaurada na jurisprudência francesa e levada ao Tribunal de Conflitos, entre os partidários da teoria dos atos administrativos inexistentes e os que viam em tais atos apenas uma hipótese de excesso de poder. Enquanto aqueles defendiam a competência dos tribunais judiciais para conhecer dos litígios envolvendo as vias de fato administrativas, estes, por sua vez, consideravam que o desvio de poder por si só não afastava a natureza administrativa do ato, que, portanto, deveria permanecer sob controle apenas dos órgãos de jurisdição administrativa encabeçados pelo Conselho de Estado.<sup>1002</sup> Todavia, esta discussão não encontra qualquer

---

elementos configuradores de una vía de hecho, ésta se presenta, por una parte, cuando la actividad ejecutoria administrativa no se legitima en un acto administrativo previo, al no haberse dictado o al haber dejado de existir (por haberse anulado o revocado); o igualmente, si el acto incurre en tan grave defecto que carece de toda fuerza legitimadora, o, si, existiendo acto, la ejecución material no guarda conexión con su supuesto de hecho o es desproporcionada con los fines que se propone. (...) Por otra parte, dan lugar a vías de hecho las actuaciones ejecutorias realizadas sin previo procedimiento o sin observar las reglas de competencia; de este modo, los presupuestos que dan lugar a una vía de hecho se corresponden con los requisitos de la nulidad absoluta del acto administrativo. Asimismo, en el Derecho francés, la vía de hecho, institución jurisprudencial por antonomasia, es resultado de un atentado especialmente grave de la Administración, insusceptible de ser imputado a un poder legal de la Administración, en los derechos fundamentales de los ciudadanos (libertades públicas fundamentales y derecho de propiedad); la actuación supone una salida de las atribuciones propias de la autoridad administrativa, al no poderse considerar que es aplicación de un texto legal o reglamentario” *Idem*, p. 23-25.

<sup>999</sup> *Ib idem*, p. 26.

<sup>1000</sup> “Alors que dans la conception classique l’acte inexistant est celui qui a perdu la nature administrative, on entend le plus souvent par voie de fait l’action, matérielle cette fois, dénaturée, assimilable aux agissements d’un particulier. Toutes deux ne conduisent pas, sans doute, au même résultat puisque nous avons vu que, dans certaines circonstances exceptionnelles, l’acte administratif inexistant pouvait valoir comme acte juridique de la vie civile. (...) Alors que l’exécution d’un acte illégal ne constituerait pas toujours une voie de fait, cette dernière existerait dans tous les cas lorsque l’Administration prétendrait exécuter un acte inexistant. La dénaturation de l’acte juridique entraînerait nécessairement celle de l’action matérielle destinée à l’appliquer. La théorie de l’inexistence constituerait donc une des bases de celle de la voie de fait. Ce point de vue se trouvait déjà implicitement dégagé chez Dareste qui écrivait: ‘Lorsque l’acte de la puissance publique qui porte atteinte à la propriété n’est justifié par aucun pouvoir légitime, même en apparence, il y a là une voie de fait’. Bonnard, Desgranges, Blaevoet ont affirmé de même que l’exécution d’un acte inexistant constituait une voie de fait”. *L’inexistence des actes administratifs: étude de contentieux administratif*. Paris: Éditions A. Pedone, 1951, p. 313.

<sup>1001</sup> “la compétence des tribunaux judiciaires repose sur l’idée de la dénaturation des actes administratifs inexistantes. L’acte inexistant a perdu – ou n’a pas acquis – la nature administrative”. *Idem*, p. 291.

<sup>1002</sup> “L’acte administratif inexistant n’obéit plus aux règles normales de répartition des compétences; l’autorité judiciaire accepte d’en connaître et prétend ne pas tomber ce faisant sous le coup des prohibitions qui lui ont été faites d’examiner la légalité des actes administratifs. Le Conseil d’Etat de son côté ne renonce pas à sa compétence et déclare nuls les actes qu’il considère

utilidade prática nos países de jurisdição única, como é o caso do Brasil. Aqui, seja qual for a gravidade do vício contaminador do ato administrativo, o seu controle jurisdicional caberá ao mesmo órgão de competência judiciária.

O ponto nodal da questão relativa aos atos inexistentes e vias de fato administrativas parece mesmo dizer respeito ao chamado *direito de resistência* ou, – na terminologia introduzida por Henry David Thoreau e empregada por Nelson Nery Costa – *direito de desobediência civil*.<sup>1003</sup> Classicamente o direito de resistência ou desobediência civil veio sendo muito estudado nos campos da Filosofia Política, da Ciência Política e da Teoria Geral do Estado. De tempos para cá, porém, a Ciência Jurídica também passou a se ocupar do tema, notadamente o Direito Constitucional, não obstante a dificuldade teórica de se “enquadrar a resistência como um ‘direito’ juridicamente protegido pelo ordenamento jurídico-positivo”.<sup>1004</sup>

José Carlos Buzanello adverte que muitos juristas ainda adotam uma perspectiva “conservadora” ao considerar impossível uma justificação jurídica para o fenômeno da resistência e ver no *direito de resistência* um verdadeiro paradoxo, sob o argumento de que “o mesmo ordenamento jurídico que estabelece comandos para serem obedecidos não deveria consagrar em suas prescrições a possibilidade da desobediência”.<sup>1005</sup> Apesar disso, salienta

---

comme inexistants. (...) Les partisans de l’inexistence admettent en effet que tout juge saisi est habilité à la déclarer. Mais il est loin d’en être saisi. Le Conseil d’Etat traite comme excès de pouvoir la plupart des vices que les juridictions ordinaires considèrent comme des hypothèses d’inexistence. La contradiction se révèle alors nettement, car l’acte entaché d’excès de pouvoir conserve la nature administrative, et, du point de vue de la juridiction administrative, les tribunaux judiciaires n’ont en aucune façon le droit d’en connaître. Sans doute, cette opposition s’est trouvée réduite grâce au Tribunal des Conflits qui a condamné la portée excessive donné par ces derniers à la notion d’acte inexistant”. *Ib idem*, p. 290-291.

<sup>1003</sup> Segundo o autor, a desobediência civil é um conceito mais restrito e de aplicação mais fácil e freqüente que o de resistência: “O direito de resistência propiciou um avanço considerável na sociedade, por constituir um instrumento adequado para enfrentar o arbítrio. A utilização desse direito, porém, exigia, como principal requisito, que fosse expressão da vontade da maioria. Essa exigência suscitava uma série de dificuldades para a sua efetivação como garantia jurídica da cidadania, porquanto, era muito mais fácil partir-se para uma revolução radical do que alcançar a modificação das instituições públicas através do direito. Por outro lado, as minorias não podiam jamais manifestar suas reivindicações nem requerer que seus direitos fossem reconhecidos institucionalmente, uma vez que o direito de resistência não assegurava aos grupos minoritários a posição de legítimos aplicadores desse mecanismo. O autor norte-americano Henri David Thoreau, contudo, deu novas possibilidades à resistência quando introduziu a noção de desobediência civil. Não se exigia mais a vontade da presença da maioria, nem que a crise política fosse total para a utilização desse instrumento da cidadania, tornando-o, assim, mais maleável. (...) A desobediência civil originou-se do desenvolvimento do conceito do direito de resistência. Este consistia na resistência pela maioria ao governo, até a sua substituição, quando ele não se comportasse segundo o pacto social ou, posteriormente, às constituições escritas. Aquela, porém, poderia ser praticada por indivíduos isolados ou pela minoria se, necessariamente, pretender derrubar o governo ou modificar todo o ordenamento jurídico. Assim, a sua aplicação tornava-se mais fácil e mais freqüente”. *Teoria e realidade da desobediência civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 25 e 41.

<sup>1004</sup> Maurício Gentil Monteiro. *O direito de resistência na ordem jurídica constitucional*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003, p. 193. Mas, apesar desta dificuldade, o autor busca demonstrar que “o ordenamento jurídico constitucional pátrio assegura o direito de resistência, mesmo não expressamente”. *Idem*.

<sup>1005</sup> “O posicionamento político sobre a institucionalização do direito de resistência não é assente entre os políticos e juristas. Do posicionamento contrário mantêm-se algumas prevenções para uma fundamentação aceitável do direito de resistência e a consideração de que é uma questão de menor interesse. Esses autores entendem que é impossível uma justificação jurídica da resistência, pois pressupõem que as instituições estatais detêm o monopólio da interpretação constitucional para dirimir as controvérsias do regime político e da ordem jurídica. Outrossim, sempre se deve acatar sua decisão e buscar os recursos legais disponíveis para afastar do ordenamento jurídico a lei ou o ato imperfeito ou injusto. Nesses suposto, os cidadãos que têm dúvidas acerca da constitucionalidade da lei devem seguir obedecendo-a, enquanto não se declare sua inconstitucionalidade ou não se a revogue. (...) Os que adotam essa perspectiva ‘conservadora’ acham utópico o direito de resistência, vêem nele um verdadeiro paradoxo – o mesmo ordenamento jurídico que estabelece comandos para serem obedecidos não deveria consagrar em

Buzanello, a partir do desenvolvimento dos ideais do Estado de Direito na era moderna e do constitucionalismo na era contemporânea, o direito de resistência passou a integrar-se como parte da dogmática jurídica, revelando-se como um instituto político-jurídico que “indica um ‘reforço de garantia’ da própria ordem constitucional”.<sup>1006</sup> Qualificando o direito de resistência como uma “resultante natural da insuficiência das sanções jurídicas institucionalizadas”, Machado Paupério leva em conta que “freqüentemente as sanções jurídicas organizadas contra o abuso do Poder não são suficientes para conter a injustiça da lei ou dos governantes”, daí porque “reconhece-se, *em certas condições*, a recusa da obediência”.<sup>1007</sup>

Não se olvida que o direito de resistência encontra eco nos ditames da nossa Constituição Federal de 1988, seja expressamente por meio dos institutos da greve, da objeção de consciência e das regras e princípios que consagram os direitos e garantias fundamentais, seja implicitamente como decorrência do quanto disposto no parágrafo 2º do art. 5º, no sentido de que os direitos e garantias expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Os mesmos fundamentos político-jurídicos justificadores do direito de resistência no campo do Direito Constitucional (como instrumento de insurgência contra o arbítrio na atividade legislativa estatal) servem à sua aplicação também na esfera do Direito Administrativo, no que concerne ao controle dos atos administrativos maculados por graves vícios de legalidade.

Em sentido contrário à aplicação do direito de resistência no campo administrativo, contudo, Jean-Marie Auby considera que o instituto político-jurídico, tal como concebido a partir da Declaração de 1789 e confirmada na Constituição francesa de 1946, somente se justifica em situações graves de tirania que demandem medidas coletivas de libertação do território nacional

---

suas prescrições a possibilidade da desobediência – independentemente de seu conteúdo. Dessa forma, opera com uma leitura simplista da ordem jurídica”. *Direito de resistência constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 91.

<sup>1006</sup> *Idem*, p. 106. Assim discorre o autor: “As vias de institucionalização da resistência são paralelas às seguidas na formação do Estado moderno – uma organização político-jurídica. A resistência se transforma de fato social em previsibilidade jurídica, nas Declarações de Direito e nas Constituições, em dois momentos marcantes: o primeiro, no século XVIII, que agrupamos como resistência moderna, teve ênfase no modelo jusnaturalista na luta contra o absolutismo na França e passa pela Declaração de 1789 e pela Constituição de 1793, como também pela Guerra de Independência e pela Constituição dos Estados Unidos; o segundo, no século XX, que agrupamos como resistência contemporânea teve por base o modelo ligado, inicialmente, aos movimentos de resistência, por ocasião da Segunda Guerra Mundial. (...) A resistência somente é dotada de significado real na era moderna, quando houve clara definição das perspectivas paralelas dos direitos do homem e do Estado. Essas perspectivas são reveladas por regras constitucionais e a resistência passa a exercer um papel explícito no interior da ordem constitucional. Isso significa que se, de um lado, o Estado não pode mais ser absoluto, de outro, a sociedade também tem direitos e obrigações com o Estado e consigo mesma. Antes da era moderna, não estavam criadas as condições de interação entre liberdade individual e poder político. Aduz-se que, durante esse período histórico (pré-moderno), a resistência tenha sido exercitada de forma impotente, logrando potência e legitimação a partir do momento em que os direitos da sociedade foram apontados como distintos dos do Estado. (...) A resistência contemporânea tem amparo jurídico. A definição via constitucional da resistência não encerra um entendimento ‘legalista’, já que ela faz mais essencialmente uma atividade jurídica de permissão do que de controle. Se não assume a condição de norma constitucional, o faz em forma de princípio na categoria dos direitos fundamentais, seja explícito ou implícito. Também, se não for especificada com o *nomen iuris* constitucional de direito de resistência, então, em regra, fica especificada nos formatos de espécies (greve, objeção de consciência e desobediência civil)”. *Ib idem*, p. 93-102.

<sup>1007</sup> *O Direito Político de Resistência*. Apud Maurício Gentil Monteiro, *op. cit.*, p. 186.

e de restabelecimento das instituições democráticas, sendo que as atividades administrativas comportam hipóteses bem mais modestas de arbítrio. Nesse passo, entende o jurista francês ser necessário que o administrado afetado recorra a um juiz para somente assim poder se esquivar dos efeitos do ato administrativo inexistente.<sup>1008</sup>

Em que pese tais fundamentos expendidos por Auby, há de se ponderar que, guardadas as devidas proporções, o direito de resistência também se justifica excepcionalmente na via administrativa, ainda que seja apenas um só administrado afetado pelo ato manifestamente ilegal. Como aduz Nelson Nery Costa, a desobediência é um ato normalmente coletivo, “mas isto não impede que seja cometida por um indivíduo isolado”.<sup>1009</sup> Gentil Monteiro, por sua vez, diz que o particular afetado por ato administrativo manifestamente ilegal e abusivo “eventualmente poderá até fazer uso da violência, desde que ela se apresente como excepcional, necessária e imprescindível à proteção do direito fundamental ameaçado ou violado e proporcional à violência que advenha do ato”.<sup>1010</sup>

O próprio Auby, apesar do referido entendimento restritivo, reconhece ao menos uma possibilidade de resistência contra ato administrativo inexistente, qual seja aquele praticado por usurpação de função pública. Mas nesse caso, o autor aponta outro fundamento: o ato estaria desnaturado como administrativo, por não se tratar de um agente público, mas, sim, de mero particular que praticou um crime. Discorda-se aqui mais uma vez do autor francês. Assim como a usurpação, há outras hipóteses excepcionais de atos manifestamente ilegais que do mesmo modo justificariam a desobediência. Cite-se, por exemplo, um ato criminoso praticado por agente público no exercício da sua função (excesso de poder).

Registre-se ainda que o fato de haver previsão constitucional de controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário (“judicialismo”<sup>1011</sup>) não obsta a possibilidade de desobediência civil de atos administrativos manifestamente ilegais. Primeiro porque o acesso ao

<sup>1008</sup> “En autorisant les citoyens à résister à l’oppression les auteurs de la Déclaration de 1789 pensaient à un régime tyrannique comme ceux du projet de 1946 songeaient à l’insurrection nationale qui a contribué à la libération du territoire national et au rétablissement des institutions démocratiques. Si on admet ce droit, il ne nous paraît pas s’appliquer aux hypothèses bien plus modestes que nous étudions. Cela d’autant plus que lorsque celles-ci se présentent, la résistance défensive n’est pas l’ultime ressource des intéressés. L’administration en poursuivant l’exécution forcée d’un acte inexistant commet une grave faute ou une voie de fait. Les administrés, tout en ne s’opposant pas à cette exécution, pourront par la suite s’adresser à un juge qui leur accordera toutes les réparations désirables en ordonnant s’il est nécessaire la remise des choses en état. (...) de l’existence de la faute ou de la voie de fait, on peut déduire seulement les sanctions qu’appliquera le juge ou les réparations qu’il ordonnera et non le droit pour les administrés de s’opposer par la violence à cette exécution”. *Op. cit.*, p. 318.

<sup>1009</sup> *Op. cit.*, p. 46.

<sup>1010</sup> *Op. cit.*, p. 195.

<sup>1011</sup> Maurício Gentil Monteiro refere-se à expressão empregada pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Célio Borja, no julgamento do HC n. 68.067-4, ao considerar o direito de resistência incompatível com o princípio constitucional da inafastabilidade do exame pelo Poder Judiciário: “Em seu voto, o relator, Ministro Célio Borja, assim se pronunciou: ‘O direito de resistência afirmado pela impetrante é incompatível com o judicialismo, princípio ínsito no sistema político da Constituição, segundo o qual todas as controvérsias surgidas no meio nacional e, especialmente, entre os poderes públicos e as pessoas jurídicas de direito público interno, são justiciáveis – para empregar expressivo neologismo – ou não dão origem a recurso outro que não ao Poder Judiciário, como seriam o apelo à força e à resistência’”. *Op. cit.*, p. 185.

Judiciário, como garantia fundamental que é, não pode ser ao mesmo tempo tratado como um dever condicionante. Em segundo lugar, a depender da urgência e da gravidade da situação arbitrariamente imposta pela Administração, nem sempre é viável e eficaz valer-se da via judicial. Por isso muitos autores contemplam a desobediência como mecanismo *subsidiário*<sup>1012</sup> para certas situações excepcionais ou, no dizer de Gomes Canotilho, “a *ultima ratio* do cidadão ofendido nos seus direitos, liberdades e garantias, por atos do poder público ou por ações de entidades privadas”.<sup>1013</sup> Deveras, o ordenamento jurídico já contempla situações de legítima defesa, estado de necessidade, desforço *incontinenti*, direito de retenção, dentre outras, nas quais se admite a autotutela pelo particular, ou seja, independentemente de prévio acesso à via judicial, sem que se diga haver aí alguma nota de inconstitucionalidade.<sup>1014</sup> E o direito de resistência, aqui tratado, equipara-se perfeitamente à legítima defesa.

Referindo-se ao poder do destinatário do ato nulo de subtrair-se à sua observância Costantino Mortati também admite a *resistência individual* por todos os administrados, incluindo os funcionários públicos. Mas reconhece que, dada à dificuldade prática de se verificar e valorar a causa da nulidade, a recusa de obediência expõe-se ao *risco da cominação de sanções* quando o ato, reputado nulo pelo sujeito revoltado, não seja assim declarado pelo juiz.<sup>1015</sup>

As críticas apontam, entretantes, para o perigo que isto poderia representar à segurança jurídica, na medida em que qualquer administrado poderia se arvorar no direito de esquivar-se do cumprimento das determinações administrativas, simplesmente questionando a validade dos atos praticados pelas autoridades públicas, inclusive nos casos urgentes a exigir imediata execução, o que viria a afetar gravemente a continuidade da ação administrativa em prol dos interesses públicos. Assim pensa Lafayette Ponde.<sup>1016</sup> Respondendo a isso, Gordillo

<sup>1012</sup> Nessa linha de pensamento, Maurício Gentil escreve que a simples previsão de recurso ao Judiciário “não afasta a possibilidade do exercício do direito de resistência, que, na linha da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aparece com o ‘último recurso’ do homem contra a tirania e a opressão. Ou seja: apresenta-se o direito de resistência de forma subsidiária. Somente em casos em que seja impossível o recurso ao Poder Judiciário, ou em casos em que até mesmo o Poder Judiciário se apresente como omissor ou opressor, é que o direito de resistência se encaixará com perfeição”. *Idem*.

<sup>1013</sup> *Apud* José Carlos Buzanello, *op. cit.*, p. 130.

<sup>1014</sup> Maurício Gentil ressalta que “tanto o Código Civil como o Código Penal, por exemplo, admitem, em caráter excepcional, o exercício da autotutela – que se caracteriza pela imposição da solução de uma parte à outra envolvida no conflito, diretamente – em casos como o de legítima defesa, desforço necessário, estado de necessidade, direito de retenção, cuja constitucionalidade e compatibilidade com o ‘judicialismo’ não têm sido questionadas. E nesses casos, o reconhecimento da excludente da ilicitude ou da antijuridicidade da conduta só é feito *a posteriori*, tal como aqui se defende que deve ocorrer com o direito de resistência”. *Op. cit.*, p. 189.

<sup>1015</sup> “L’importanza maggiore attribuibile all’ammisione della figura della nullità consiste, come si è detto, nel potere del destinatario dell’atto di sottrarsi alla sua osservanza, mettendo in essere quella che si chiama la ‘resistenza individuale’ agli ordini dell’autorità. Tale potere si deve riconoscere non solo ai cittadini ma anche ai pubblici funzionari. Data però la difficoltà pratica, possibile a verificarsi, nell’accertamento della causa di nullità, il rifiuto di obbedienza viene ad essere esposto al rischio della comminatoria di sanzioni allorché l’atto, ritenuto nullo dal soggetto cui è rivolto, non sia dichiarato tale dal giudice”. *Op. cit.*, p. 284-285.

<sup>1016</sup> “Admitido que o ato inexistente não tem nenhuma eficácia e que a declaração de sua inexistência independe de qualquer ato formal, será sempre temerário pressupor alguém, sem maior prova e sem adequada apuração, aquela incapacidade ou aqueles vícios de vontade e, de logo, por decisão própria, recusar toda obediência ou efeito ao ato da autoridade pública, abolindo a

salienta que não é somente a vontade (“*la sola voluntad*”) do administrado que afasta a presunção de legitimidade e a executoriedade do ato administrativo, pois há de se verificar posteriormente se se tratou ou não de um ato *manifestamente viciado*. Logo, se uma pessoa desobedece a um ato administrativo regular (válido ou anulável), ela arcará com as conseqüências e sanções correspondentes a essa resistência indevida.<sup>1017</sup> É um *risco* que ela corre ao moldar a sua conduta aos ditames de sua consciência no que toca à suposta invalidez da determinação administrativa desobedecida.

Acrescenta Gordillo que de modo algum se afeta a continuidade da ação administrativa nem se estaria com isso incitando à desobediência das decisões administrativas, mas, “ao contrario, se contribuye a detener nuestros males endémicos de corrupción sistemática, ocasiones de terrorismo de Estado, inseguridad generalizada”.<sup>1018</sup>

O Direito brasileiro não ignora a ocorrência de situações em que os agentes administrativos praticam atos manifestamente ilegais e que merecem o enquadramento típico de “*abuso de autoridade*”, consoante dispõe a Lei n. 4.898/65 ao regular o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal do agente e do ente administrativo. Por outro lado, deve haver no sistema um ponto de equilíbrio que propicie aos administrados certa margem de segurança na identificação das situações de patente ilegalidade, nas quais lhes seria dado opor justificável resistência a atos administrativos, sem, contudo, incorrer na eventual prática de crime de *resistência* (CP, art. 329)<sup>1019</sup> ou de *desobediência* (CP, art. 330)<sup>1020</sup>.

---

presunção de legitimidade desse ato, ou a sua condição normal de ato imperativo”. *Estudios de derecho administrativo*. Belo Horizonte, 1995, p. 133.

<sup>1017</sup> “Admitir la presunción de legitimidad en forma amplia, como lo hizo la Corte Suprema en el pasado, lleva a la consecuencia de proteger la arbitrariedad administrativa, facilitar el exceso, dificultar la efectiva vigencia de los derechos de los individuos. Ahora bien, cabe preguntarse, como seguramente muchos lo harán, si reducir la presunción de legitimidad sólo a los actos válidos y anulables, no extendiéndola a los actos nulos, no puede tener efectos negativos sobre la eficiencia y continuidad de la actividad administrativa, que se vería así continuamente amenazada por la desobediencia. Algo de eso pareciera haber temido la Corte, cuando en alguna oportunidad llegó a decir que ‘la sola voluntad’ del interesado es insuficiente para quitarle presunción de legitimidad y eficacia al acto administrativo. (...) Es claro que aquella duda es un error de apreciación producto del pasado: ninguna duda cabe de que ‘la sola voluntad’ del afectado no puede privar de eficacia al acto, pero es que nadie pretende semejante conclusión; lo que se propone es que, de resultar acreditado en un caso que un acto *manifestamente* viciado fue desobedecido, no puede además de ello castigarse a la persona que lo desobedeció; a la inversa, que si una persona desobedece un acto y no prueba que el acto estaba gravemente viciado, recibirá las sanciones pertinentes. Por ello, las consecuencias que se derivan de reconocer al acto administrativo presunción de legitimidad sólo cuando carece de vicios manifiestos, en ningún modo implican incitar a la desobediencia de los actos de las autoridades públicas. Si una persona no obedeciera un acto por considerarlo gravemente viciado, la administración puede a su vez sancionarla por el incumplimiento si ella estima que el acto no tiene tal tipo de vicio o incluso es válido. Y tocará al fin a la justicia pronunciarse acerca de si el individuo tuvo o no razón en considerar al acto como nulo. En caso de resolverse en definitiva que el acto tenía un vicio grave, se dejará sin efecto la sanción que se hubiera impuesto por el incumplimiento y el individuo habrá tenido razón plenamente; si en cambio se resuelve que el acto no tenía un vicio grave sino leve, entonces se decidirá que debió haberlo obedecido y que la sanción aplicada por la desobediencia es totalmente válida (...) admitir la no presunción de legitimidad del acto nulo afecta a la totalidad de los actos administrativos y si una persona no desobedece un acto *válido* o un acto *anulable*, ella cargará con las consecuencias y las sanciones correspondientes”.

*Idem*. V-14-16.

<sup>1018</sup> *Idem*. V-16.

<sup>1019</sup> “Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio: Pena – detenção, de dois meses a dois anos”.

<sup>1020</sup> “Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena – detenção, de quinze dias a seis meses, e multa”.

Apesar de ressaltar que a resistência ou a desobediência só ocorre quando não atendida uma ordem *legal* e que “não há crime na oposição a ordem ilícita, quer seja a ilegalidade patente, quer seja dissimulada”, Júlio Fabbrini Mirabete<sup>1021</sup> adverte ainda que “não há que se confundir, porém, a legalidade da ordem com a sua justiça; ou a ordem é legal, como se presume na maioria dos casos, ou não o é. Se for legal, não cabe a quem a recebe discutir-lhe o acerto”.<sup>1022</sup> Recaredo Velasco, embora saliente que “en el derecho español no cabe resistencia de ninguna clase”<sup>1023</sup>, reconhece que “no es ésta la solución general y acogida en otros derechos”, citando os exemplos dos direitos italiano, alemão e francês, nos quais se admite a desobediência em casos de exercício ilegítimo de funções administrativas.<sup>1024</sup>

Torna-se difícil pensar em parâmetros prévios e objetivos a regular o exercício do direito de resistência, como se possível fosse editar uma espécie de “estatuto da desobediência civil”. A dinâmica e o amplo campo de abrangência da atividade administrativa impedem o delineamento de critérios a partir dos quais se possam extrair as hipóteses em que a desobediência se justifica ou não. Tudo dependerá do caso concreto<sup>1025</sup>, razão pela qual a

<sup>1021</sup> *Manual de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1996, v 3, p.352. Escreve o autor: “Quanto à legalidade do ato, vale reproduzir o ensinamento de Fragoso: ‘A legalidade é *substancial* quando diz respeito à ordem a ser executada, e é *formal* quando se relaciona com a forma ou o meio de sua execução. Exige-se, assim, a competência do funcionário em relação ao ato a ser praticado, bem como a legalidade intrínseca do mesmo (emanar de autoridade competente e ser fundada em lei), além do emprego de meios legais na execução’. (...) Não se deve confundir, porém, a ilegalidade do ato com a injustiça da decisão de que este deriva. Como bem acentua Hungria, uma vez que o ato seja regular na sua *forma* e se *funde in thesi* em preceito legal, já não é permitida a resistência. (...) Se o ato de ofício não é legal, não se pode cogitar de crime contra a Administração Pública. Não se reconheceu o ilícito, por exemplo: na recusa do motorista de pedir desculpas ao guarda de trânsito que quase atropelou ao cometer infração regulamentar (RT 382/181); no não atendimento a ordem emanada de autoridade policial que, através de portaria, proibiu motorista habilitado de dirigir veículos (RT 393/353); e no não-atendimento à busca e apreensão sem êxito efetuada sem mandado formalizado (RF 221/327). (...) Diante do princípio constitucional de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, cabe ao agente examinar a legalidade da ordem (RF 220/330). Havendo dúvida sobre a legitimidade da ordem, estabelece-se um estado de dúvida sobre a própria existência do delito, que só se configura quando a ordem desobedejada seja legal e emane de funcionário competente (JTACrSP 71/38; RT 655/304). Ninguém está obrigado a suportar desmandos; assim, se o funcionário age arbitrariamente, não pode exigir obediência e a sua conduta não caracteriza o crime de desobediência (RF 571/358; JTACrSP 47/218). Além disso, é indispensável que a ordem se revista das formalidades legais e que o funcionário esteja no exercício do cargo (RT 549/387)”. *Idem*, p.347/351.

<sup>1022</sup> *Ib idem*.

<sup>1023</sup> “En el derecho español no cabe resistencia de ninguna clase, pues a tenor del art.289 del Código Penal, anteriormente transcrito, esa resistencia implicaría la comisión de un delito de sedición. No es ésta la solución general y acogida en otros derechos. Podemos recordar lo que sucede en los derechos italiano y alemán. El art.192 del Código penal italiano dispone que si el funcionario provoca el hecho excediéndose de los límites de sus atribuciones con actos arbitrarios, no se le aplica las disposiciones que preceden la del artículo a que nos referimos. Insistiendo en el propio concepto, el art.199 indica también, que non se aplican esas disposiciones si el hecho se ha provocado por el funcionario excediéndose con actos arbitrarios de los límites de sus atribuciones. Por su parte, el art.113 del Código alemán dispone: que quien con violencia o amenaza de emplearla, resiste a un empleado público encargado de ejecutar la ley, disposiciones o mandatos de la autoridad administrativa... en legítimo ejercicio de sus funciones, o quien agredirse de hecho a ese funcionario durante el ejercicio ilegítimo de sus funciones, sufrirá determinadas penas. De manera que en el derecho alemán se impone una pena a quien agrediese de hecho a un funcionario aun cuando este realizase un ejercicio ilegítimo de sus funciones, pero no si le resiste en el caso de que el ejercicio no fuera legítimo, siempre que esta resistencia no implique vía de hecho. En Francia no se encuentra disposición alguna en relación con esta cuestión; pero los autores estiman que hay derecho a resistir a la autoridad, ya que el funcionario que obra ilegalmente es el primer culpable, toda vez que abusa de su carácter, haciéndose así indigno de la protección de la ley. Ciertamente la autorización de la resistencia activa a la autoridad parecería implicar el reconocimiento de un derecho contradictorio, puesto que no pueden aunarse los dos términos. Mas por otra parte, el lo cierto que la reflexión doctrinal conduciría a los siguientes resultados en torno a los dos momentos fundamentales que encarnan la resistencia a la autoridad, es decir, el mandato ilegítimo y la resistencia”. *Op. cit.*, p. 251-253.

<sup>1024</sup> *Idem*.

<sup>1025</sup> Salienta Maurício Gentil que “o direito de resistência, uma vez exercido, somente vai encontrar reconhecimento posterior, apurado no caso concreto. Como diz Jorge Miranda, ‘o direito de resistência existe apenas quando se verifiquem comportamentos



verificação da licitude da resistência só se torna possível *a posteriori*. Mas não se olvida que a desobediência apenas pode ser juridicamente admitida em situações excepcionais nas quais a atividade administrativa revele manifesta arbitrariedade por parte do agente público e, portanto, não se possa falar de presunção de legitimidade dos atos administrativos.

Outrossim, não se deve invocar de modo simplório a presunção de legitimidade dos atos administrativos para se reputar ilícita eventual desobediência levada a cabo pelo particular, pois a depender da situação é possível de logo extrair elementos fáticos a demonstrar a manifesta ilegalidade da atuação administrativa e que, portanto, afastam por completo a aludida presunção.

#### 4.2.4.4 Efeitos no tocante à suspensão de atos administrativos ampliativos: a teoria dos atos próprios aplicada ao Direito Administrativo

Seguindo a classificação dada por Celso Antônio Bandeira de Mello, atos administrativos *ampliativos* são aqueles “que aumentam a esfera de ação jurídica do destinatário. Exemplo: concessões em geral, permissões, autorizações, admissões, licenças”.<sup>1026</sup> Tudo que se disse anteriormente em relação ao devido processo administrativo para a formação de atos restritivos, aplica-se também nos casos em que a Administração deixa de praticar atos ampliativos ou resolve desfazê-los.<sup>1027</sup>

Imagine-se que a Administração Pública, por meio de um ato administrativo ampliativo, conceda um benefício de prestação continuada a um administrado (v.g. uma aposentadoria ou pensão). Nessa circunstância, cria para este uma situação de vantagem que

---

dos cidadãos que, normalmente e em si mesmos, são ilícitos e inconstitucionais e que, apenas em virtude do direito de resistência, beneficiam de uma *causa especial de justificação*. Logo, uma conduta aparentemente ilícita e ilegal, contrária ao Estado de Direito e ao ‘judiciário’, poderá, a partir das circunstâncias concretas, obter o reconhecimento posterior, pelo próprio Poder Judiciário, de que se tratou do exercício do direito de resistência, juridicamente assegurado, elidindo qualquer sanção que a ela se pudesse impor”. *Op. cit.*, p. 188.

<sup>1026</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 376. Já os atos administrativos restritivos são “os que diminuem a esfera jurídica do destinatário ou lhe impõem novas obrigações, deveres ou ônus. Exemplo: os que extinguem os atos ampliativos, as sanções administrativas em geral, as ordens, as proibições etc.”. *Idem*.

<sup>1027</sup> Consoante já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, “para invalidação de atos ampliativos de direitos dos cidadãos, isto é, atos cuja nulidade importe diminuição da esfera patrimonial dos indivíduos, ainda que o exercício da competência administrativa esteja respaldado pelo poder de autotutela, não se afasta a necessidade imperiosa de instauração do devido processo administrativo, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa aos interessados, nos termos do art. 5º, inciso LV, da CR/88. Todos os atos administrativos, inclusive, os discricionários são passíveis de controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CR/88). Esse controle, mormente nos atos discricionários, depende da devida motivação, como condição de sua própria validade. Segurança concedida, em parte, para assegurar ao Impetrante - Agravado o direito líquido e certo da motivação do ato que invalidou seu teste de aptidão física, bem como as garantias do contraditório e da ampla defesa”. *STJ, ADROMS n. 17718, Relator: Min. Paulo Medina, DJ de 12.06.2006.*

assegura, a princípio, a manutenção na percepção do benefício por força da presunção de legitimidade que caracteriza o ato administrativo concedente. Assim, resolvendo a Administração, dentro da prerrogativa de autocontrole da legalidade de seus atos, desfazer posteriormente o ato ampliativo, deve para isso adotar um prévio processo administrativo que assegure, ao administrado beneficiário, a ampla defesa e o contraditório. Vale dizer, não pode a Administração suspender sumariamente o benefício concedido. Tem-se aí uma situação peculiar em que a presunção de legitimidade dos atos administrativos favorece o particular, beneficiado pelo ato supostamente passível de anulação.<sup>1028</sup>

O assunto conta com importantes precedentes do Supremo Tribunal Federal impondo temperamentos à questão da anulação dos atos administrativos que gerem repercussão no campo dos interesses individuais, por conta justamente da sua presunção de legitimidade.<sup>1029</sup> Já há, outrossim, inúmeros julgados de outros Tribunais brasileiros, notadamente na área previdenciária, na linha do entendimento consagrado na Súmula 160 do extinto Tribunal Federal de Recursos, de modo a se condicionar a anulação de atos administrativos ampliativos à prévia adoção de um devido processo administrativo em que seja oportunizada a ampla defesa, atribuindo-se, inclusive, à Administração o ônus da prova do suposto vício invalidador do ato.<sup>1030</sup>

<sup>1028</sup> Enfatizando o tema da invalidação, pela própria Administração, dos atos administrativos viciados, Marçal Justen Filho destaca o sentido atribuído pelo direito europeu ao chamado “*princípio da proteção da confiança*”, assinalando que “se o Estado atribui a seus atos uma presunção de legitimidade e se constrange os jurisdicionados a respeitar esses atos, a contrapartida inafastável é que os efeitos concretos desses atos sejam respeitados”. *Op. cit.*, p. 269.

<sup>1029</sup> “Tratando-se de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular” – RE n. 199.733-MG, 2ª T, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 30.04.1999; “Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. Mandado de segurança deferido para determinar a observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV)” – MS n. 24.268-MG, Pleno, Red. Min. Gilmar Mendes, DJ de 17.09.2004.

<sup>1030</sup> Convém transcrever os seguintes trechos julgados neste sentido: “O ato administrativo de concessão de benefício previdenciário possui presunção de legitimidade e de veracidade; logo, a suspensão ou invalidação, nos termos do entendimento consagrado na Súmula 160 do extinto TFR, não pode ser feita de plano, mas depende da instauração de prévio procedimento administrativo, no qual fique demonstrada a suposta ilegalidade, garantindo-se ao segurado o direito ao contraditório e à ampla defesa, em respeito ao devido processo legal, conforme dispõe o art. 5º, LV, da CF/88. (Cf. STJ, RESP 279.369/SP, Quinta Turma, Ministro Felix Fischer, DJ 29/04/2002; RESP 172.869/SP, Quinta Turma, Ministro Jorge Scartezini, DJ 20/08/2001; RESP 210.464/SP, Quinta Turma, Ministro Edson Vidigal, DJ 18/10/1999; TRF1, AC 1998.01.00.009904-6/PI, Primeira Turma Suplementar, Juiz Manoel José Ferreira Nunes, DJ 16/12/2004; AC 96.01.44793-8/PI, Primeira Turma Suplementar, Juiz João Carlos Mayer Soares, DJ 04/03/2004; AC 95.01.23853-9/MG, Primeira Turma Suplementar, Juiz João Carlos Mayer Soares, DJ

O tema trazido à baila tem relação com a aplicação, no âmbito da Administração Pública, da chamada *teoria dos atos próprios*, que, segundo ensina Héctor Mairal, recomenda que uma conduta administrativa posterior não seja contraditória em relação a uma conduta anterior emanada do mesmo sujeito jurídico para a mesma situação. Outrossim, a impessoalidade do agir administrativo faz com que se leve em conta, na aplicação desta teoria, o órgão ou entidade pública que praticou o ato e não a pessoa do agente que nele figurou, de modo que eventual substituição do agente não autoriza que este possa sustar de modo sumário e imediato o quanto decidido pelo agente substituído.<sup>1031</sup>

Escreve ainda Mairal que “si la Administración impugna el carácter de *factum proprium* de un acto suyo por considerarlo viciado, jugará un rol importante la presunción de legitimidad del acto administrativo, en este caso en favor del particular”.<sup>1032</sup> Outra conseqüência ainda é que “la apariencia que el acto administrativo crea impide que su

---

12/12/2002.)” TRF da 1ª Região, AC 1997.01.00.038767-7/PI, Relator: Juiz Federal João Carlos Costa Mayer Soares (convocado), DJ de 30/06/2005; “Quanto ao cumprimento do devido processo legal, cabe salientar que o ato administrativo de concessão de benefício previdenciário é dotado de presunção de legitimidade até prova em contrário, cabendo à Autarquia Previdenciária o ônus da prova” TRF da 2ª Região, AMS 56838, Relator: Juiz Abel Gomes, DJU de 20/04/2005; “Restando comprovada a concessão de benefício, há de se ressaltar que o ato administrativo em questão é dotado de presunção de legitimidade até prova em contrário, não podendo, de forma alguma, a autarquia proceder à sua suspensão, posto que o procedimento para averiguação de qualquer irregularidade deve obedecer a certos princípios básicos tais como o do contraditório, da ampla defesa e da legalidade”. TRF da 2ª Região, AMS 36379, Relator: Juiz Ricardo Regueira, DJU de 13/05/2004; “O bloqueio de benefício deve ser precedido pela notificação ao beneficiário, para que o mesmo possa exercer o seu direito de defesa. Concedido o benefício, o ato administrativo é ato jurídico perfeito, dotado de presunção de legitimidade até prova em contrário, sendo vedado ao órgão previdenciário, unilateralmente, ou sem motivo comprovado, suspender ou bloquear o pagamento, revertendo ao beneficiário o ônus da prova da legalidade” TRF da 2ª Região, AMS 31175, Relator: Juiz Antônio Ivan Athié, DJU de 12/03/2001; “As decisões da Administração Pública gozam da presunção de legitimidade e de legalidade, tornando-as presumivelmente verdadeiras quanto aos fatos e adequadas quanto à legalidade. A Jurisprudência do extinto Tribunal Federal de Recursos cristalizou-se no sentido de que a suspeita de fraude (ou irregularidade) na concessão de benefício previdenciário não enseja, de plano, a sua suspensão ou cancelamento, mas dependerá de apuração em procedimento administrativo (Súmula 160). Deste modo, até que seja devidamente reanalisado e reformado pela autoridade competente e pelas vias apropriadas, o benefício deve ser mantido”. TRF da 3ª Região, REOMS n. 270194, Relator: Juiz Walter do Amaral, DJU de 02/02/2006; “O ato administrativo de concessão de aposentadoria é presumidamente legítimo. Para seu desfazimento, cabe à Autarquia Previdenciária comprovar a irregularidade, e no caso de preclusão, a fraude encontrada. Reconhecido o perigo de dano ante a situação de pobreza do segurado, deve ser mantido o benefício até que se julgue se o cancelamento administrativo foi devido”. TRF da 4ª Região, AG n.200504010559034, Relator: Desembargador Federal Vladimir Passos de Freitas, DJU de 08/03/2006; “Deve ser mantida a decisão de Primeiro Grau que determinou o restabelecimento do benefício de Aposentadoria Rural por Idade do apelado, tendo em vista não constar dos autos prova da observância do devido processo legal administrativo, tampouco da alegada fraude do segurado, resultando injurídico o ato administrativo de cancelamento do benefício. O ato de concessão do benefício previdenciário é precedido de rígido procedimento administrativo, possuindo presunção de legitimidade e veracidade. Logo, não se pode admitir que a suspensão ou cancelamento seja feito de plano, sem que antes tenha sido oferecido, à parte contrária, o direito ao contraditório e à ampla defesa, em face do chamado paralelismo das formas”. TRF da 5ª Região, AC n. 387809, Relator: Desembargador Federal Napoleão Maia Filho, DJU de 07/08/2006.

<sup>1031</sup> Assim escreve o autor argentino: “El requisito de la unidad de persona exige que el *factum proprium* y la conducta posterior que lo contradice emanen del mismo sujeto jurídico. Es obvio que sólo respetando tal identidad se puede hablar de contradicción. Este requisito presenta facetas especiales cuando se invoca la doctrina contra la Administración. Ellas derivan, principalmente, de la distinción entre órgano persona y órgano institución, de la complejidad de la organización administrativa y de la diversidad de personas jurídicas públicas. En primer lugar, es obvio que ambas conductas deberán ser imputables a la persona jurídica pública, y no a la persona o personas físicas que actuaron en la especie” (...) En este sentido, nuestra jurisprudencia tiene resuelto que ‘la institución pública, que es permanente y estable, no se identifica con las personas físicas que la integran para actuar y expresar su voluntad, de tal suerte que la identidad de la institución no cambia a pesar de la alteración de los individuos’, y que ‘la continuidad institucional del órgano sustenta adecuadamente la permanencia y subsistencia de los actos por él realizados, bien que a través de la conducta de sus agentes’ (...) La conducta original que constituye el *factum proprium* puede consistir en cualquier hecho o acto, o serie de ellos, que demuestre una toma de posición ante una determinada situación jurídica”. *La doctrina de los propios actos y la administración pública*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1994, p. 63-64 e 73.

<sup>1032</sup> *Idem*, p. 81.

revocación o anulación tenga efectos retroactivos para los terceros de buena fe que basaron en él sus derechos”.<sup>1033</sup>

Apesar de não se poder falar aí propriamente em coisa julgada, isso não afasta ao menos a *força de existência material dos atos administrativos*, na expressão empregada por Hartmut Maurer,<sup>1034</sup> que limita ou impede o desfazimento do ato, tendo em vista justamente a confiança que se deposita na sua legitimidade. Na lição de Forsthoff, “aquele que confia em la validez del acto administrativo merece también la protección del Derecho”.<sup>1035</sup> Nesse mesmo diapasão, Edilson Nobre Júnior alude à “interdita *venire contra factum proprium*, a qual, configurando derivação importante do princípio da boa-fé, obsta que alguém faça valer um direito em contradição com conduta anterior”.<sup>1036</sup>

Com efeito, seria temerário admitir-se que, a pretexto de exercer o seu poder de autotutela, pudesse a Administração suspender sumariamente os seus próprios atos de modo a frustrar de repente as justas expectativas dos cidadãos por ele beneficiados e sem lhes propiciar os meios de defesa, em flagrante afronta aos postulados da segurança jurídica e da proteção à confiança depositada na atividade administrativa. A presunção de legitimidade, tão proclamada pelos defensores das prerrogativas de atuação estatal, há de ser também invocada, com a mesma veemência, para se impedir a sustação abrupta de atos administrativos praticados em benefício

<sup>1033</sup> *Ib idem*, p. 82.

<sup>1034</sup> “O ato administrativo deve, como regulação soberana, ser vinculativo e duradouro, ele deve receber estabilidade jurídica. Isso já resulta do caráter regulativo do ato administrativo; porque uma regulação, que estivesse à disposição arbitrária, seria absurda e sem valor. Isso resulta, ademais, da função de esclarecimento e de estabilização específica do ato administrativo que, por sua vez, se baseia na segurança jurídica. (...) A expressão ‘força da existência’ foi desenvolvida manifestamente com apoio no conceito processual de coisa julgada, mas deve – como mostra a formação da palavra força de – ‘existência’ -, porém, também documentar a distância ao direito processual. (...) Força de existência formal significa inimpugnabilidade. Ela indica que o ato administrativo não mais pode ser impugnado com os recursos jurídicos ordinários (oposição, demanda de impugnação). Ela corresponde, com isso, à coisa julgada formal do direito processual. (...) O verdadeiro ponto de litígio forma a força de existência material. Aqui também não se deixam achar paralelos inequívocos com o direito processual. A força de existência material pode ser posta em conexão tanto com o efeito vinculativo como com a anulabilidade limitada do ato administrativo: a) *Efeito vinculativo*. O ato administrativo é vinculativo, e precisamente tanto para o cidadão afetado como para a autoridade promulgadora. Ele é, sem dúvida, promulgado unilateralmente, mas vincula bilateralmente. A vinculatividade, que resulta da eficácia jurídica, nasce já com a dação de conhecimento do ato administrativo. Ela se solidifica com a força de existência formal, uma vez que ela agora não mais está sob a reserva da impugnação exitosa. b) *Anulabilidade limitada*. O efeito vinculativo do ato administrativo, todavia, vale somente enquanto o próprio ato administrativo existe. A autoridade está, sem dúvida, vinculada em seu ato administrativo, mas ela pode, sob determinados pressupostos, anulá-lo (retratá-lo ou revogá-lo) também fora de um procedimento de recurso jurídico e, com isso, eliminar o efeito vinculativo. (...) A solução do ato administrativo por retratação ou revogação, todavia, somente é admissível limitadamente. Essa limitação é, em geral, considerada quando se trata da força de existência material. Força de existência material e anulabilidade pela autoridade são, por conseguinte, conceitos complementares: o ato administrativo é materialmente com força de existência, à medida que ele não pode ser retratado ou revogado; revogação e retratação são admissíveis, à medida que a força de existência não se opõe a elas. (...) Em todo caso, a retratação não pode ser apreciada somente sob o ponto de vista da legalidade, mas deve ser sob o da proteção à confiança. Como ambos esses princípios entram um com o outro em antagonismo no ato administrativo beneficente antijurídico, deve ser examinado no caminho da ponderação, a qual princípio no caso particular concreto cabe maior peso e – segundo as circunstâncias, se prepondera a legalidade ou a proteção à confiança – afirmar ou negar a retratação (total ou parcialmente)”. *Direito administrativo geral*. 14. ed. São Paulo: Manole, p. 310-324.

<sup>1035</sup> *Op. cit.*, p. 311.

<sup>1036</sup> *Op. cit.*, p. 242. E acrescenta o autor: “Traduz obrigação de coerência de comportamento, da qual não escapam os órgãos estatais, implicando o encargo de observar no futuro a conduta que os atos anteriormente praticados pela parte faziam prever. Ostenta pertinência, sem ensanchar a qualquer incerteza, na atuação dos agentes públicos no procedimento administrativo”. *Idem*, p. 242-243.

dos administrados. Isso se reforça ainda mais quando se trate de situações fáticas que, se já não consolidadas, seriam de difícil comprovação por parte do administrado por conta do transcurso temporal da concessão.

#### **4.2.5 A aplicação da doutrina das cargas probatórias dinâmicas no Direito Administrativo**

Todos os critérios de distribuição do ônus da prova mencionados nesta pesquisa, desde os mais tradicionais, ainda inspirados nas fórmulas romanas, passando pelos já consagrados modernamente na legislação de muitos países, foram desenvolvidos para funcionar no âmbito do processo civil de índole judiciária. Assim também ocorreu com a contemporânea doutrina das cargas probatórias dinâmicas, concebida a partir da jurisprudência argentina e sistematizada por doutrinadores processualistas daquele país. Em se tratando de processo civil, o emprego de tais critérios probatórios em relação às lides envolvendo atividades da Administração Pública é feito, no Brasil, segundo as mesmas regras e princípios processuais empregados nos conflitos entre particulares. Consoante abordado no item 4.1 *retro*, a nossa “jurisdição administrativa” em sentido estrito cabe ao mesmo órgão judicial que cuida da justiça comum, ainda que possa haver, em sua estrutura orgânica, subdivisões especializadas em assuntos administrativos.

Mas o interesse pela atividade probatória não se restringe ao momento do processo jurisdicional, pois o tema da prova está presente em grande parte dos fenômenos levados à percepção de qualquer aplicador do Direito, em atenção às formas dos atos jurídicos previstas nas normas de natureza substancial, mesmo antes da ocorrência de conflitos e independentemente da instauração de processos litigiosos (item 1.3 *retro*). No caso específico do *ônus da prova*, embora ontologicamente pressuponha a distribuição de encargos entre as partes em um conflito, não significa dizer que se trate de uma realidade afeta exclusivamente ao processo judicial. Em verdade, os critérios de distribuição do ônus probatório podem servir a todos os tipos de processos *contenciosos* que integram as funções do Estado, aí incluídos todos os processos de aplicação do Direito Administrativo mencionados no item 1.2 *retro*.

A doutrina das cargas probatórias dinâmicas, segundo a qual o encargo probatório deve ser direcionado casuisticamente à parte em melhores condições de provar, encontra especial aplicação neste terreno, quando se sabe que é a Administração Pública, na maioria dos casos, a detentora dos meios de prova ou, pelo menos, a parte tecnicamente apta a produzi-los.

Assim pensa José Carlos Vieira de Andrade ao defender “uma repartição adequada dos encargos de alegação, de modo a repartir os riscos da falta de prova”<sup>1037</sup>, pelo que a distribuição do ônus da prova deve-se dar “de acordo com um *quadro de normalidade* concreto ou típico, construído com base nas regras *específicas* do domínio da vida em causa e nos princípios *próprios do direito administrativo*”<sup>1038</sup>. Salienta que a regra geral que leva em conta natureza dos fatos (constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos, na esteira do pensamento de Chiovenda<sup>1039</sup>) “não é suficiente para a resolução de todos os tipos de situações – sobretudo porque não faz diferenciações conforme as posições das partes e os interesses e situações em jogo nos domínios específicos da realidade normativamente concebida”.<sup>1040</sup>

Mesmo nos chamados processos *graciosos* – assim considerados por Marcelo Caetano como aqueles que apenas viabilizam o funcionamento e atuação dos órgãos administrativos na execução de atos jurídicos<sup>1041</sup> – a disciplina do ônus da prova serve ao menos para orientar a Administração Pública sobre a necessária adoção de mecanismos de registro de suas atividades, de modo a assegurar a produção da prova que lhe competirá por ocasião de eventual litígio.

---

<sup>1037</sup> *A justiça administrativa (lições)*. Coimbra: Edições Almedina, 2005, p.268.

<sup>1038</sup> *Idem*. Discorrendo sobre o princípio da repartição do ônus da prova objetivo (material ou de averiguação), o jurista lusitano assinala que “não vale no processo administrativo um ônus da prova ‘subjetivo’, ‘formal’ ou ‘de produção’, pelo menos no seu sentido mais rigoroso, que implicaria que o juiz só pudesse considerar os fatos alegados e provados por cada uma das partes interessadas. Mas há sempre um ônus da prova *objetivo*, na medida em que se pressupõe uma repartição adequada dos encargos de alegação, de modo a repartir os riscos da falta de prova – a decisão tem de desfavorecer (naturalmente) quem não veja provados os fatos em que assenta a posição por si sustentada no processo. É que não se pode excluir a hipótese de, apesar dos esforços instrutórios da parte interessada, do Ministério Público e do juiz, subsistir no espírito deste último a incerteza quanto a fatos relevantes para a decisão final. E, não sendo lícito ao juiz abster-se, não de existir ‘presunções’ que lhe permitam ultrapassar essa incerteza através de uma decisão administrativa fundamentada. O ‘ônus’ da prova, entendido neste sentido objetivo, vai depender da situação processual das partes, mas – porque depende de valorações *normativas* e não de imperativos de pura *lógica* – terá de determinar-se, na ausência de norma expressa, de acordo com um *quadro de normalidade* concreto ou típico, construído com base nas regras *específicas* do domínio da vida em causa e nos princípios *próprios do direito administrativo*”. *Ib idem*.

<sup>1039</sup> Tratada no art.342º do Código Civil português, e equivalente ao art.333 do CPC brasileiro.

<sup>1040</sup> *Ib idem*.

<sup>1041</sup> *Op. cit.*, p. 1178.

#### 4.2.5.1 *Os processos contenciosos e os meios de prova em poder da Administração Pública*

Conforme enunciado, as considerações expendidas no tocante à distribuição dinâmica do encargo probatório nos processos contenciosos servem tanto para os processos judiciais quanto para os processos administrativos sancionadores ou de impugnação. Calcada na premissa benthiana de se atribuir o ônus à parte detentora da melhor aptidão para a prova em cada caso concreto, a aplicação da doutrina das cargas dinâmicas no âmbito das relações jurídico-administrativas começa por levar em conta que cabe à Administração o encargo de demonstrar os *pressupostos legais mínimos* que embasam todas as suas atuações.

Nesse sentido, José Carlos Vieira de Andrade reputa equivocada a aludida concepção doutrinária generalizada que invoca pura e simplesmente a presunção de legalidade dos atos administrativos e faz recair sobre o particular o ônus da prova da ilegalidade do ato impugnado. Entende o autor lusitano que “há de caber, em princípio, à Administração o ônus da prova da verificação dos *pressupostos legais* (vinculativos) da sua atuação, designadamente se agressiva (positiva e desfavorável)”.<sup>1042</sup> Só a partir desse mínimo esforço probatório, a cargo da Administração, é que tem início o encargo do particular de demonstrar em sentido contrário, ou seja, somente quando se mostrem verificados estes pressupostos vinculantes é que caberá ao administrado apresentar prova que conduza à declaração da ilegalidade do ato.

Para Lúcia Valle Figueiredo, “caberá à Administração provar a estrita conformidade do ato à lei, porque ela (Administração) é que detém a comprovação de todos os atos e fatos que culminaram com a emanção do provimento administrativo contestado”.<sup>1043</sup> Salienta que, mormente quando se tratar de atuações administrativas de polícia ou disciplinares, “não há como não se exigir da Administração a prova contundente da existência dos pressupostos fáticos para o ato emanado”.<sup>1044</sup> No mesmo diapasão, Rafael Munhoz destaca a habitual impossibilidade

---

<sup>1042</sup> “Assim, não pode exigir-se ao recorrente a prova dos fatos constitutivos da sua pretensão de anulação (desde logo e, por exemplo, a prova da não verificação dos pressupostos legais da prática do ato), de modo a caber à Administração apenas provar as exceções invocadas – tal equivaleria na prática pura e simples invocação da ‘presunção de legalidade do ato administrativo’, fazendo recair sobre o particular o ônus da prova (subjeto) da ilegalidade do ato impugnado. Deve, pelo contrário, levar-se em conta, em geral, para a construção do *quadro de normalidade* que há de servir de paradigma normativo para a distribuição das responsabilidades probatórias, a sujeição da Administração aos princípios da legalidade e da juridicidade e, pelo menos no que respeita aos atos desfavoráveis, o dever de fundamentação”. *Op. cit.*, p. 269.

<sup>1043</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 172.

<sup>1044</sup> *Idem*.

de o administrado comprovar a ilegalidade da atuação administrativa, “seja por não ter acesso a elementos de prova que se encontram em poder do próprio ente estatal, seja porque a ilegalidade simplesmente não pode ser comprovada, como ocorre com frequência nos casos de desvio de poder”.<sup>1045</sup> Considera, assim, ser “mais fácil que tal prova seja produzida pelos agentes administrativos, pois os elementos necessários à constatação da legalidade do ato devem ter sido analisados antes de sua edição”<sup>1046</sup>.

Sabe-se que não existe ato administrativo puramente discricionário, pois toda atuação da Administração, por mais discricionária que possa se revelar, sempre deve obedecer a um *conteúdo mínimo de vinculação* no tocante a pressupostos fáticos, segundo um núcleo essencial de elementos objetivos dispostos pelo legislador. Com efeito, não obstante se possa considerar didática a tradicional classificação doutrinária – que coloca de um lado os *atos vinculados* e de outro os *atos discricionários* – ela parece fugir por completo à realidade dos fatos. Ora, não existe ato estritamente vinculado (porque o agente público jamais poderá se comportar como se fosse um robô), nem muito menos ato estritamente discricionário (o que equivaleria a uma paradoxal arbitrariedade, incompatível com o dogma da separação dos poderes que localiza na legislação o vetor primário que legitima toda a atividade administrativa<sup>1047</sup>).

Preferindo, ao invés de ato discricionário, empregar a expressão “poder discricionário”, Gordillo assevera que “todo ato é em parte regrado e em parte discricionário”, pois “é quase impossível na prática – e inconveniente – prever até o último pormenor o que o órgão deve fazer”.<sup>1048</sup> Disso decorre a necessidade de se atentar às peculiaridades de cada caso, pois, no dizer de José Maria Madeira, sem a demarcação nítida dos limites da discricionariedade “a obediência se transforma em subserviência, em nulidade da personalidade, em escravidão e o

---

<sup>1045</sup> *Op. cit.*, p. 95.

<sup>1046</sup> *Idem.*

<sup>1047</sup> No tocante ao princípio da legalidade, José Maria Pinheiro Madeira salienta que “nenhum órgão ou agente da Administração tem a faculdade de praticar atos que possam contender com interesses alheios senão em virtude de uma norma geral anterior”. *Op. cit.*, p. 222.

<sup>1048</sup> *Princípios gerais de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 179-180. Assim discorre o jurista argentino: “Quando o Direito Administrativo estava em suas origens, a falta de regulação normativa fazia com que alguns atos da Administração fossem quase totalmente discricionários; hoje em dia, todo ato é em sua maior parte regrado e só parcialmente discricionário. Não existe, com efeito, ato discricionário; o que existe é *poder discricionário*. Na realidade, nunca as atribuições de um órgão administrativo poderão ser totalmente regradas ou totalmente discricionárias; é quase impossível na prática – e inconveniente – prever até o último pormenor o que o órgão deve fazer: sempre permanecerá alguma pequena margem que se deverá deixar necessariamente ao arbítrio do funcionário atuante. Contudo, cabe assinalar que a doutrina brasileira admite, com bastante uniformidade, a possível existência de atos totalmente regrados. Se esta tendência se afirmar na prática administrativa, com casos autênticos de decisão *totalmente* predeterminada pela lei, então seria possível dar-se o caso de que não fosse necessária, sequer, a intervenção de qualquer funcionário, para produzir o ato, já que não haveria, em verdade, *decisão* alguma a tomar. Se isso fosse assim, poder-se-ia abrir um campo ainda maior à computação eletrônica, não já como auxiliar instrumental do direito, mas como verdadeiro, embora novel, órgão administrativo. Pensamos, contudo, que faltam ainda alguns anos para que esta situação possa se tornar realidade. Pelo contrário, jamais existirá uma norma tal que autorize a um funcionário a executar autonomamente qualquer coisa, sem limitação nenhuma; sempre existirá alguma outra norma ou princípio que lhe fixe de antemão certos princípios a que deverá ajustar sua ação”. *Idem*, p. 179-181.



poder de mandar se transmuda em arbitrariedade, dominação, coibição, destruição do direito de ser do homem”.<sup>1049</sup>

Posta a questão nestes termos, a primeira conclusão a que facilmente se pode chegar neste tópico é a de que o ônus da prova dos fatos integrantes do núcleo essencial do conceito legal (*mínimo fático vinculante*) é sempre da Administração Pública, através dos meios que normalmente dispõe para instrumentalizar a atuação de seus órgãos e agentes.<sup>1050</sup>

Como esse mínimo fático vinculante varia de caso a caso, Vieira de Andrade admite que possa o juiz estabelecer “*regras específicas de ônus da prova*, tendo em conta os interesses e valores em jogo e as conseqüências da decisão”, distinguindo situações que envolvam restrições a direitos fundamentais (quando, no seu entender, “o ônus da prova da legalidade da sua compressão tenderá a recair mais fortemente sobre a Administração”) de outras que digam respeito a atos ampliativos de direitos dos administrados (para o autor, “quando o interesse do particular é pretensivo, deve o particular suportar o risco da falta de prova dos requisitos da concessão do benefício”). Além disso, o jurista português defende que, em se tratando de atos administrativos sancionatórios, “deve ter-se em conta o princípio *in dubio pro reo*”.<sup>1051</sup>

Ottorino Tentolini destaca a opinião de D’Alessio no sentido de que não haveria sequer de se falar em *ônus da prova* na jurisdição administrativa, por ser uma seara na qual se deve zelar ao máximo pela busca da verdade real. Nesse passo, caberia ao juiz impor a produção

<sup>1049</sup> *Op. cit.*, p. 221.

<sup>1050</sup> Nas palavras de José Carlos Vieira de Andrade, “deve ser a Administração a suportar a desvantagem de não ter sido feita a prova (de o juiz não se ter convencido) da verificação dos pressupostos legais que permitem à Administração agir com autoridade (pelo menos, quando produza efeitos desfavoráveis para os particulares); deve ser o particular a suportar a desvantagem de não ter sido feita a prova (de o juiz não se ter convencido) de que, no uso dos poderes discricionários, a Administração atuou contra princípios jurídicos fundamentais. No que toca aos aspectos discricionários das decisões, a Administração ainda deveria, em rigor, suportar a desvantagem da *falta de aparência de razoabilidade, de imparcialidade, de igualdade, de justiça e de proporcionalidade* dessas decisões, incumbindo ao particular provar o ‘mau uso’ dos poderes discricionários se a decisão aparentemente não for desrazoável – tendo em conta o princípio da livre convicção do juiz na avaliação das provas, isso significaria que, na prática, este deveria anular o ato com fundamento em vícios do poder discricionário sempre que se convencesse *positivamente* (por ser manifesto ou por resultar claramente de provas trazidas ao processo) que o ato é desrazoável ou viola alguns dos princípios jurídicos que regem a atividade administrativa, mas *também quando os fatos provados lhe deixassem dúvidas sérias sobre a razoabilidade (aparente) do ato*. Na aplicação destes princípios gerais, há que tomar em consideração o *meio processual* em causa, bem como o *caso* ou *tipo de caso* em litígio, avaliando os dados normativos que regulam a situação (quer as regras substantivas, quer as regras do procedimento decisório) e procurando extrair deles argumentos para o necessário juízo (reconstrutivo) sobre o quadro de *normalidade*”. *Op. cit.*, p. 270.

<sup>1051</sup> Assim discorre Vieira de Andrade: “Desse modo, é de admitir a construção de tipologias de casos em que o legislador (v., por exemplo, quanto à responsabilidade civil, as presunções decorrentes dos artigos 491º e ss. do Código Civil, aplicáveis às entidades públicas no âmbito da respectiva ação) ou, na falta de lei, o juiz possam estabelecer *regras específicas de ônus da prova*, tendo em conta os interesses e valores em jogo e as conseqüências da decisão – poderão distinguir-se, por exemplo, as situações em que estejam em causa *direitos fundamentais* (o ônus da prova da legalidade da sua compressão tenderá a recair mais fortemente sobre a Administração), poderá dar-se relevo ao fato de os atos serem *desfavoráveis* ou *favoráveis* e de serem atos *positivos* ou *negativos* (quando o interesse do particular é pretensivo, deve o particular suportar o risco da falta de prova dos requisitos legais de comandos ou proibições), de se tratar de atos *sancionatórios* (deve ter-se em conta o princípio *in dubio pro reo*), de atos precedidos, ou não, de *procedimentos participados* (contudo, tendo em conta os direitos de informação procedimental, não há razão para considerar o particular desonerado, em geral, da alegação dos fatos que sustentam a sua pretensão e, conseqüentemente, seguro contra o risco da respectiva falta). Em rigor, deve concluir-se que a repartição do ônus da prova, fora dos casos em que o legislador opte por regras estritas, constitui, também ela, um *problema normativo* a decidir em última análise pelo juiz, de maneira que representa, afinal, um aspecto diferenciado e motivável no processo de formação da convicção íntima (esclarecida) do juiz”. *Idem*, p. 271.

da prova àquela parte que se encontra em melhores condições de fornecê-la, o que quase sempre recai sobre a própria Administração, não podendo esta escusar-se com esteio no aforismo *nemo tenetur edere contra se*.<sup>1052</sup> Acrescenta o professor da Universidade de Roma que, segundo D'Alessio, o juiz administrativo deve integrar e suprir a atividade probatória deficiente da parte, em obediência ao critério de que a potestade nos órgãos públicos é sempre correlativa de um dever.<sup>1053</sup> Disso se deduz que o juízo administrativo representa um oportuno temperamento entre o sistema dispositivo e o inquisitório.<sup>1054</sup>

Felizmente a jurisprudência já vem atentando para a maior aptidão da Administração Pública em apresentar as provas que justificam a sua atuação, a despeito da presunção de legitimidade dos atos administrativos.

Em inúmeros processos contenciosos que tramitaram pela Justiça Federal em todo o país, envolvendo questões fáticas sobre movimentação e correção de contas do fundo de garantia por tempo de serviço (FGTS), geridas pela Caixa Econômica Federal na condição de agente operadora (atividade regida por normas jurídico-administrativas), a jurisprudência se consolidou no sentido de atribuir àquela empresa pública o ônus de apresentar os documentos que comprovariam o fato constitutivo do direito dos autores.<sup>1055</sup> Evitou-se, com isso, que se impusesse aos administrados o encargo da aludida *prova diabólica*. Também nessa linha, já há precedentes no que se refere à concessão de benefícios previdenciários a trabalhadores rurais, pequenos autônomos e empregados domésticos, com base apenas na prova testemunhal colhida,

<sup>1052</sup> “Infine, secondo sempre il pensiero dell’A., di onere della prova non si può parlare nemmeno nel senso di ripartizione fra le parti contendenti del peso della prova, poichè il giudice amministrativo può imporre la prova indifferentemente a quella delle parti che più e meglio si trovi in grado di fornirla. Di guisa che nel giudizio amministrativo il principio di ragione secondo cui ‘*nemo tenetur edere contra se*’ non può aver applicazione, dato che ciascuna parte deve prestare la sua attività ‘per l’accertamento della verità reale, nell’interesse di qualunque altra delle parti’. *La prova amministrativa*. Milano: Fratelli Bocca Editori, 1950, p. 44-45.

<sup>1053</sup> “E ciò perchè se tale onere veramente esistesse importerebbe la conseguenza che il giudice dovrebbe considerare inesistente ciò che non viene provato dalla parte, mentre un siffatto dovere manca nel giudice amministrativo, il quale ha invece il dovere opposto, cioè quello di integrare e supplire l’attività deficiente delle parti, in obbedienza al dianzi ricordato criterio, che la potestà negli organi pubblici è sempre correlativa a un dovere”. *Idem*, p. 44.

<sup>1054</sup> “Dal che si deduce che il giudizio amministrativo rappresenta un oportuno temperamento del sistema dispositivo con quello inquisitorio”. *Ibidem*, p. 48.

<sup>1055</sup> “1. Sendo a CEF ‘agente operador’ do FGTS, cabe-lhe, nessa qualidade, ‘centralizar os recursos e emitir regularmente os extratos individuais correspondentes à conta vinculada’ (art. 7º, I, da Lei n. 8036/90). 2. Nos termos do art.24, do Decreto n. 99.684/90, ficou estabelecido o procedimento quanto à migração das contas vinculadas, sendo a CEF informada pelo banco depositário, de forma detalhada, de toda movimentação, no período anterior à centralização, nesse contexto, não há razão para impor à parte autora o ônus de apresentar tais documentos” – *STJ, REsp. n. 409159, Relator: Min. José Delgado, DJ de 09/06/2003*. “Os dispositivos da lei processual devem sofrer interpretação pragmática, com vistas na economia processual e nos resultados práticos de sua aplicação. Não faz sentido exigir-se do autor que requeira da Caixa o extrato de conta e, depois o apresente em juízo, para conhecimento da própria Caixa. Semelhante exigência atentaria contra o bom-senso. Cabendo à CEF, por lei, a obrigação de ‘emitir regularmente os extratos individuais correspondentes às contas vinculadas, pode o Juiz requisitar tais documentos à instituição financeira, indispensáveis ao julgamento da causa, se a parte tem dificuldade em obtê-los” – *STJ, REsp. n. 197819, Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 19.10.1999*. “Se o requerente alega a perda da carteira de trabalho, compete à CEF o ônus da prova da inatividade da conta fundiária. Se o fato alegado, perda da carteira do trabalho, é verossímil, não pode ser desconsiderado, sob pena de tornar praticamente impossível a prova. Sendo certa a existência da conta inativa e seu controle por parte da Apelada, o ônus da prova da não permanência do Apelante fora do regime do FGTS deve ser imputado à CEF” – *TRF da 1ª Região, AC n. 2000.01.00.0614151, Relator: Juiz Federal Vallisney de Souza Oliveira, DJ de 25.08.2005*.

reputando-se descabida a exigência, pelo INSS, de começo de prova documental, dadas as modestas condições na prestação de seus serviços, incompatível com tal tarefa probatória.<sup>1056</sup>

Na área tributária são reiteradas as decisões judiciais que, a despeito da presunção de legitimidade dos atos administrativos praticados pelos fiscais fazendários, consideram que cabe à Fazenda Pública demonstrar, nos autos de infração, a metodologia seguida para o arbitramento do imposto.<sup>1057</sup> Respalhada neste entendimento jurisprudencial, a doutrina faz coro no sentido de que “a presunção de legitimidade do ato de lançamento não justifica nem explica a tese de atribuição de toda a carga da prova ao contribuinte”<sup>1058</sup>, razão pela qual, “se o fato que fundamenta o lançamento é contestado na impugnação, o ônus da prova é da Fazenda e não do contribuinte”<sup>1059</sup>. Há casos relacionados à repetição de indébito tributário, nos quais se dispensa o autor de demonstrar os pagamentos efetuados, atribuindo-se ao Fisco este encargo, por deter este as melhores condições técnicas e fáticas de fazê-lo.<sup>1060</sup>

Num caso em que o contribuinte do Imposto Territorial Rural (ITR) alegava haver declarado uma área como sendo de preservação ambiental, o Tribunal decidiu que “o ônus da prova em contrário cabe ao Fisco, não podendo ele se valer da presunção de veracidade dos seus atos para se eximir deste mister”.<sup>1061</sup> Em outro, decidiu-se que na apreensão de bem importado e

<sup>1056</sup> “(...) 4.No mundo de verdade, muito além das leis e das teses engendradas aqui e ali em desfavor dos hipossuficientes, o desempenho de trabalho como empregada doméstica em casa de família não deixa vestígios documentais, sendo a exigência de produção de começo de prova documental para o ex-doméstico muito mais diabólica do que para o ex-rurícola. Daí assumir grande relevância a prova testemunhal que - uma vez sequer contraditada em audiência pela autarquia - serve como evidência do labor prestado. 5. Inexigibilidade de contribuições. 6. Trata-se de desempenho de trabalho após os 14 anos, e mesmo que assim não fosse, impossível fazer incidir contra o cidadão uma norma que surgiu justamente para beneficiá-lo; se precisou trabalhar quando criança, apesar de proibições legais tendentes a proteger a infância, incabível negar reconhecimento àquele labor se o Estado foi ineficaz para impedi-lo” – *TRF da 3ª Região, AC 355360, Relator: Juiz Johansom Di Salvo, DJ de 08.10.2002*. “1. Prova testemunhal afirmativa de desempenho da profissão de pedreiro, lastreada em vários documentos, revelando-se o conjunto probatório suficiente para reconhecimento do tempo de serviço, devendo-se recordar que não se pode exigir comprovação documental do desempenho laboral dia-a-dia sob pena de atribuir-se normalmente a pessoas de qualificação laborativa modesta uma tarefa probatória diabólica. 2. Contribuições exigíveis dos ex-tomadores de serviço do autor, enquanto empregado; ressalvado na sentença direito do INSS em indenização pelo tempo trabalhado como pedreiro autônomo, indicado no decism. 3. O tempo de serviço antes dos 14 anos não pode ser desprezado em desfavor de quem, embora em tese protegido por norma proibitiva de trabalho antes dessa idade, ficou à margem da proteção legal por ser o Estado incapaz de evitar que o trabalho ocorresse em virtude de precisão econômica, de modo que a norma garantista não pode se voltar contra o suposto protegido” – *TRF da 3ª Região, AC 662647, Relator: Juiz Johansom Di Salvo, DJ de 03.02.2004*.

<sup>1057</sup> “O lançamento fiscal, espécie de ato administrativo, goza da presunção de legitimidade. Essa circunstância, todavia, não dispensa a Fazenda Pública de demonstrar, no correspondente auto de infração, a metodologia seguida para o arbitramento do imposto. Exigência que nada tem a ver com a inversão do ônus da prova, resultando da natureza do lançamento fiscal, que deve ser motivado” – *STJ, REsp. n. 48516, Relator: Min. Ari Pangendler, DJ de 13.10.1997*.

<sup>1058</sup> Paulo Celso Bonilha, *op. cit.*, p. 105.

<sup>1059</sup> *Idem*.

<sup>1060</sup> “Ante o princípio da carga dinâmica da prova, que transfere o dever de informar o juízo, para aquele que tem melhores condições, e muitas vezes a única possibilidade de fornecer os elementos esclarecedores do fato, deve a Copel, prestadora de serviço, informar o que realmente recebeu a título de taxa de iluminação pública” – *TJPR, Acórdão n. 1638, Relator: Des. Hélio Henrique Lopes Fernandes de Lima, julgado em 29.09.2005*. “Artigo 333 do CPC. Ônus. Princípio sujeito a exceções. Viabilidade de sua inversão. Decisão fundamentada. Prevalência do raciocínio fundado na carga dinâmica das provas. Pode o juiz da causa decidir pela inversão do ônus da prova, diante da parte que detém o controle dos elementos para a pesquisa da verdade” – *TJPR, Acórdão n. 25138, Relator: Des. Troiano Netto, julgado em 15.02.2005*. “No caso, decidiu-se que nas ações de repetição de indébito em que se visa receber os valores indevidamente recolhidos a título de imposto de renda incidente sobre parcelas indenizatórias, cabe à Fazenda Nacional o ônus da prova de que não houve compensação com o imposto apurado na declaração”. *STJ, 1ª Turma, AGRESP n. 858555, Relator: Ministro Francisco Falcão, DJ de 26.10.2006*.

<sup>1061</sup> *TRF da 5ª Região, AG n. 64211/01, Relator: Des. Fed. Edílson Nobre, DJ de 05.07.2006*.

na aplicação de pena de perdimento, caberia à Receita Federal o ônus da prova acerca da suposta falsidade do documento de interinação.<sup>1062</sup>

Também no tocante à cobrança de taxas de ocupação, a jurisprudência tem atribuído à Administração Pública o ônus da prova acerca da prévia discriminação de terras devolutas e da demarcação de terrenos de marinha, segundo os procedimentos previstos no Decreto-lei n. 9.760/46.<sup>1063</sup> O mesmo acontece em processos envolvendo desapropriação para fins de reforma agrária, nos quais se reconhece que a Administração, por dispor dos registros informativos do cadastro rural, estaria mais apta a provar a negativa de domínio referida no art.185, I, da Constituição de 1988.<sup>1064</sup>

Advirta-se que não basta atribuir à Administração Pública o encargo de demonstrar, por meios razoáveis, a ocorrência destes mínimos pressupostos fáticos que legitimam a sua atuação e cuja prova, por razões técnicas, ela tem acesso facilitado. Como bem chama a atenção Jorge Peyrano, deve-se ter cuidado também ao valorar a prova apresentada pela parte que se

<sup>1062</sup> “Narra o impetrante que em 1998 procedeu à interinação de equipamento eletrônico – televisão –, tendo observado as medidas legais. Entretanto, ao proceder ao desembarço do bem, agentes fiscais apreenderam o mesmo, em virtude de existirem indícios de que a documentação que acompanhava o equipamento seria falsa quanto ao seu valor. A premissa na qual se baseou a autoridade administrativa para apreensão do bem é falaciosa. A alegação de falsidade da fatura não prevalece, a uma, porque existe uma notável disparidade entre o preço real do bem no exterior e o preço previsto na tabela da alfândega brasileira, a duas, porque se a Receita Federal alegou a falsidade da fatura, a ela, Receita, caberia o ônus da prova, e não à parte, eis que não se pode compelir alguém a fazer prova negativa” – *TRF da 2ª Região, AMS n. 40374, Relator: Juiz Ney Fonseca, DJ de 16.09.2003.*

<sup>1063</sup> “Sem regular procedimento administrativo, com obediência às regras do Decreto-lei n. 9760/46 (arts. 9º a 14), não é possível afirmar-se estar situado em Terreno de Marinha o imóvel cuja propriedade foi registrada no Registro Geral de Imóveis, constando achar-se livre e desembaraçado de todo e qualquer ônus” – *TRF da 4ª Região, AG n. 2005.04.01.0000043, Relator: Des. Fed. Luiz Carlos de Castro Lugon, DJ de 22.06.2005.* “A inexistência de registro anterior do imóvel em nome de particular não obsta a aquisição originária da propriedade pelo possuidor, pois à União compete a prova do caráter devoluto das terras. Tendo sido demonstrada a posse justa, ininterrupta e sem oposição, por período superior a vinte anos, há que se reconhecer a prescrição aquisitiva, excluída tão-somente a faixa de terras de marinha demarcada pela Secretaria de Patrimônio da União” – *TRF da 4ª Região, AC n. 2003.04.01.0574634, Relatora: Des. Fed. Maria Helena Rau de Souza, DJ de 13.04.2005.* “Usucapião. Alegação de Estado-membro de que cabe ao usucapiente o ônus da prova de que a gleba em causa não é terra devoluta, não bastando, para comprová-lo, o depoimento de testemunhas e a existência de indícios. Inexiste em favor do Estado a presunção *juris tantum* que ele pretende extrair do art. 3º da Lei 601, de 18 de setembro de 1850. Esse texto legal definiu, por exclusão, as terras públicas que deveriam ser consideradas devolutas, o que é diferente de declarar que toda gleba que não seja particular é pública, havendo presunção *juris tantum* de que as terras são públicas. Cobia, pois, ao Estado o ônus da prova de que, no caso, se tratava de terreno devoluto” – *STF, RE n. 86234, Relator: Min. Moreira Alves, DJ de 31.12.1976.* “Cabe ao Estado o ônus da prova, quando alega ser pública a área objeto de usucapião” – *STJ, RESP n. 97634, Relator: Min. Castro Filho, DJ de 10.02.2004.* “Cabe ao Estado que alega ser o terreno devoluto o encargo probatório acerca dessa natureza” – *STJ, RESP 107640, Relator: Min. César Asfor Rocha, DJ de 15.05.2000.* “A ausência de transcrição no Ofício Imobiliário não induz a presunção de que o imóvel se incluí no rol das terras devolutas; o Estado deve provar essa alegação. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça” – *STJ, RESP n.113255, Relator: Min. Ari Pargendler, DJ de 10.04.2000.* “Questão, ademais, superada pela jurisprudência da C. Suprema Corte, que passou a atribuir ao Estado, conforme o caso, o ônus de comprovar tratar-se de terreno devoluto” – *STJ, RESP n. 164029, Relator: Min. Barros Monteiro, DJ de 17.12.1999.*

<sup>1064</sup> “A pequena e a média propriedades rurais, ainda que improdutivas, não estão sujeitas ao poder expropriatório da União Federal, em tema de reforma agrária, em face da cláusula de inexpropriabilidade que deriva do art.185, I, da Constituição da República. A incidência dessa norma constitucional não depende, para efeito de sua aplicabilidade, da cumulativa satisfação dos pressupostos nela referidos (dimensão territorial do imóvel ou grau adequado de produtividade fundiária). Basta que qualquer desses requisitos se verifique para que a imunidade objetiva prevista no art. 185 da Constituição atue plenamente, em ordem a pré-excluir a possibilidade jurídica de a União Federal valer-se do instrumento extraordinário da desapropriação-sanção. A prova negativa do domínio a que se refere a cláusula final do inciso I do art. 185 da Constituição não incumbe ao proprietário que sofre a ação expropriatória da União Federal. O *onus probandi*, em tal situação, compete ao poder expropriante, que dispõe, para esse efeito, de amplo acervo informativo ministrado pelos dados constantes do Sistema Nacional de Cadastro Rural mantido pelo INCRA” – *STF, MS n. 21919, Relator: Min. Celso de Mello, DJ de 06.06.1997.* “No caso, não foram notificados os herdeiros para a vistoria prévia, tampouco comprovou a entidade expropriante a prova do domínio para os fins do art.185, I, CF. O ônus dessa prova negativa é da entidade expropriante. Precedentes do STF: MS 23.306/PB, Ministro Celso de Mello, DJ de 29.08.03” – *STF, MS n. 24999, Relator: Min. Carlos Velloso, DJ de 04.02.2005.*

encontra em melhor condição de produzi-la, “porque, normalmente, la misma también está en condiciones de desvirtuala o desnaturalizarla en su propio beneficio”.<sup>1065</sup>

Por outro lado, impende salientar também haver situações nas quais é o administrado que possui os meios adequados de prova e, portanto, deve arcar com o encargo probatório.<sup>1066</sup> Numa situação, v.g., em que se impugnou multa aplicada pela Delegacia do Trabalho com base no art. 75 da C.L.T., o Tribunal entendeu que cabia à empresa empregadora provar a jornada de trabalho desempenhada por seus empregados, bem como a alegada necessidade imperiosa de prorrogação da duração normal de trabalho. Em outro caso, tendo a Vigilância Sanitária autuado uma empresa de laticínios, decidiu-se que cabia a esta comprovar a regularidade da fabricação dos seus produtos. Com efeito, não resta dúvida de que nessas situações os administrados estavam mais aptos a produzir a prova e, portanto, haveria mesmo de prevalecer a presunção de legitimidade e veracidade dos autos de infração lavrados pela Administração.

Em suma, consoante já se assinalou no item 4.2.4.1, 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. Como mecanismo formal de determinação da verdade que é, a presunção de legitimidade dos atos administrativos somente comporta emprego adequado naquelas situações de efetiva dificuldade probatória por parte da Administração, cabendo ao julgador, aí, a prudente ponderação entre os direitos individuais fundamentais e a supremacia do interesse público.

---

<sup>1065</sup> *Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas*, p. 21.

<sup>1066</sup> Nessa linha escreve Alessandra Dabul que “a prova da ocorrência do fato que deu ensejo ao fato jurídico tributário, e, via de consequência, a norma em sua completude existencial, deve ser produzida por quem alegou sua existência, e serão analisadas por quem de direito. Tanto o sujeito passivo como a Administração podem impugnar o ato de lançamento, seja o mesmo efetuado pelo próprio contribuinte (nos tributos autolancados) ou ainda para os casos de atos de lançamentos emanados da administração, cabendo o ônus da prova a quem alegou a ocorrência do fato que se subsumiu à hipótese normativa (...) Cabe à Administração Pública, nos casos de lançamento por ela efetuado provar o alegado, para a manutenção do ato administrativo realizado, enquanto que nos tributos subordinados ao regime de auto-imposição tributária (os chamados tributos autolancados), tal ônus recai sobre o sujeito passivo, que pretende ver confirmado seu ato em detrimento do ato de lançamento complementar (muitas vezes) praticado pela Administração Pública. (...) O ônus da prova existe, portanto, afetando ambas as partes litigantes. Não cabe a qualquer delas manter-se passiva, apenas alegando fatos que a favorecem, sem carrear provas que sustentem o lançamento efetuado, como ao contribuinte as provas que se contraponham à pretensão fiscal”. *Da prova no processo administrativo tributário*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 117.

#### 4.2.5.2 *Os processos de formação de atos administrativos e a adoção de adequados mecanismos de registro da atividade administrativa*

Já se falou anteriormente que o instituto da prova não é objeto tão-somente do Direito Processual, mas também do Direito Material, na medida em que muitos elementos probatórios são considerados, pela lei, como requisitos necessários para a formação de determinados atos jurídicos (item 1.3.6 *retro*). Esta assertiva está em consonância com a concepção ampla de *processo* defendida no presente estudo, que não se restringe apenas aos mecanismos de resolução de litígios, mas, sim, alcança toda e qualquer sucessão de atos e fatos que o ordenamento prevê para a produção de efeitos jurídicos. Relembrando o que se falou sobre o processo em sentido genérico, vale a definição dada por José dos Santos Carvalho Filho: “instrumento pelo qual se procede ao delineamento e à seqüência de fatos, atos e atividades com vistas a ser alcançado determinado fim”.<sup>1067</sup>

Disso se depreende que as normas sobre ônus da prova (estas sim voltadas para o momento específico da resolução de litígios) acabam influenciando a forma de conduta das pessoas em geral, orientando-as a se resguardarem contra potenciais conflitos que possam surgir a partir da sua atuação cotidiana. Trata-se, sob este prisma, de um viés nitidamente *preventivo* dessas normas, não no sentido de evitar propriamente a ocorrência de conflitos, mas, sim, de ao menos servir de bússola comportamental para aquele que eventualmente precisar, diante de uma pretensão resistida ou insatisfeita, defender os seus interesses perante o Estado-juiz.

Aplicando este raciocínio à realidade da Administração Pública, ele se reveste de peculiar coloração, mormente quando – partindo da premissa de que os atos administrativos são marcados pelas notas de imperatividade, exigibilidade e auto-executoriedade – o comportamento da Administração deve ser condizente com a responsabilidade que lhe cabe em viabilizar não apenas a eficiência da sua atuação, mas, também, a defesa do administrado em potencial futuro conflito de interesses. Deveras, se o particular nada decide sobre o procedimento a ser seguido no momento da atuação administrativa (unilateral), toda a responsabilidade sobre a adoção das formas adequadas há de recair exclusivamente sobre a Administração Pública, que, por isso, não pode se comportar comodamente escudando-se na idéia de que, em caso de eventual

---

<sup>1067</sup> *Processo administrativo federal (comentários à Lei n. 9.784, de 29/1/1999)*, p. 02.

questionamento, poderia simplesmente invocar a presunção de legitimidade dos seus atos, transferindo para os administrados o ônus da prova quanto aos vícios de sua atuação. Ao contrário, em muitas situações deverá a Administração previamente adotar procedimentos que assegurem, dentro dos meios de que razoavelmente dispõe, os adequados registros de seus atos, para que possam servir de prova em caso de eventual litígio com os administrados.

Consoante sustentado no item 1.3, ainda que a lei não vincule expressamente como deve se dar atuação do administrador na formação dos mais diversos atos administrativos (e não poderia ser diferente), os princípios e garantias constitucionais forçam à adoção dos mecanismos procedimentais adequados, sobretudo nos casos em que a decisão administrativa venha a prejudicar interesses individuais (atos administrativos restritivos de direitos).<sup>1068</sup> Nesse prisma, o adequado procedimento administrativo (devido processo legal) é aquele que respeita as regras e os princípios constitucionais que contemplam os direitos e garantias individuais, notadamente os concernentes ao pleno direito de defesa e acesso à justiça.

Não se concebe que a Administração atue de modo a deixar o administrado totalmente indefeso e impotente diante de seus acusadores, como se estivesse diante de um *processo kafkiano*.<sup>1069</sup>

Como bem assinala E. Schmidt-ABmann, ao tratar do procedimento administrativo alemão, “la reserva de procedimiento que contienen los derechos fundamentales exige del legislador que ponga al servicio del procedimiento las medidas que sean apropiadas para hacer más efectivo el derecho fundamental de que se trate”.<sup>1070</sup> Discorrendo sobre o procedimento administrativo japonês, Bin Takada assinala, ao lado de um sentido descritivo que leva em conta apenas o texto legal, um sentido valorativo que se refere ao “procedimento devido” em respeito aos direitos fundamentais.<sup>1071</sup>

<sup>1068</sup> Por respeito a tais princípios e garantias, é certo dizer até mesmo que se o procedimento tipificado na lei não for o adequado, haverá vício de inconstitucionalidade (devido processo legal substancial) a recomendar a adoção de outros meios.

<sup>1069</sup> O adjetivo refere-se ao legado do escritor auto-húngaro Franz Kafka, que viveu entre 1883 e 1924. Uma de suas obras, intitulada *O Processo*, “conta o aterrorizante drama de Josef K., o respeitável funcionário de um banco que é preso de modo súbito e estranho e deve defender-se contra uma acusação que nunca lhe é formalmente apresentada e sobre a qual ele não consegue obter informações. Aclamada em todo o mundo, esta história assombrosamente verossímil é uma das mais originais e importantes criações literárias do nosso tempo. Seja ela considerada um conto existencialista, uma paródia ou uma profissão, o fato é que as insuperáveis imagens de Franz Kafka anteciparam os excessos da burocracia e dos regimes totalitários do século XX, assim como a angústia do homem moderno”. *O processo*. Tradução de Marcelo Backes. Porto Alegre: L&PM, 2007, nota do tradutor.

<sup>1070</sup> *Op. cit.*, p. 330. Acrescenta o autor que “con el reconocimiento de ciertas instituciones procedimentales derivadas inmediatamente de la Constitución no se resuelve, sin embargo, la cuestión de cuales son las expresiones concretas y singulares de tales instituciones que forman parte integrante de aquel núcleo constitucional. En este punto suele sobredimensionarse el alcance de las afirmaciones constitucionales. En cualquier caso, difícilmente pueden deducirse de las referencias doctrinales a una tutela ‘óptima’ de los derechos fundamentales o a una regulación del procedimiento ‘que intensifique la protección de los derechos fundamentales’ concretas determinaciones procedimentales. (...) es algo que compete al legislador ordinario o a la discrecionalidad administrativa sin que la Constitución haya optado por una u otra de estas soluciones”. *Idem*, p. 332-333.

<sup>1071</sup> “En sentido descriptivo, se entiende por procedimiento el concepto legal, tal y como ha sido regulado por la ley. En cambio, desde una clave valorativa, se considera también como debería ser el procedimiento en cuestión. Cuando en Japón se habla del

Tratando-se, assim, de uma solução discricionária a ser bem escolhida nos casos concretos, os critérios de adoção do procedimento adequado quanto à eficiência da atividade administrativa e, ao mesmo tempo, quanto à ampla defesa dos administrados, não podem ceder espaço a arbitrariedades. Mormente no campo fiscalizador e sancionador da polícia administrativa, a discricionariedade pressupõe um adequado aparelhamento, pois, como assinala Ricardo Restá, “se a lei confia à Administração a dicção do interesse público, o faz porque está melhor aparelhada para que possa defini-lo *in concretus*: o dever da boa Administração só pode levar à satisfação ótima do interesse público”.<sup>1072</sup> Por isso, se do ato administrativo advém algum conflito entre a Administração e o particular atingido por seus efeitos, cabe ao juiz da lide estar atento à adequação do rito empregado pelos agentes administrativos no processo de formação do ato. Nas palavras de Hans Meyer, faz-se mister que “la verdad de los derechos que en seno del procedimiento se reconocen dependa también de la sensibilidad que tenga la jurisprudencia hacia los aspectos procedimentales”.<sup>1073</sup>

Um exemplo, baseado em caso real levado ao crivo judiciário<sup>1074</sup>, poderá ajudar a melhor compreender o que aqui se sustenta:

Tratou-se de concurso público altamente concorrido, cujo processo seletivo era integrado por uma extensa bateria de provas escritas de conhecimentos científicos, seguida por exames médicos e, por fim, testes de aptidão física compatíveis com as exigências do cargo. Um determinado candidato foi aprovado em todas as provas de conhecimento e nos exames médicos. Quando dos testes de educação física, porém, foi submetido a uma prova de salto em distância, na qual, segundo certificou o agente encarregado da fiscalização, teria “queimado” o salto (pisado na linha demarcada para salto). Inconformado, o candidato alegou que não havia “queimado” o salto, pois, em verdade, o piso do local escolhido para os testes era muito irregular e escorregadio, dificultando a execução da prova. Mas de nada adiantou o seu questionamento, tendo sido sumariamente reprovado na prova e, por consequência, excluído do concurso. O seu

---

‘procedimiento debido’ se pone el acento en la vertiente valorativa. (...) No basta, en efecto, una legalidad meramente formal, sino que se hace imprescindible un contenido sustantivo, los derechos fundamentales, cuya protección requiere de los instrumentos y de las garantías precisas. De ahí la necesidad, en suma, del ‘procedimiento debido’. Ello significa que la Administración no sólo debe someterse a las leyes compatibles con la Constitución, sino también a los principios constitucionales, de los que el procedimiento debido, para la producción de actos administrativos, forma parte. Surge, en consecuencia, el tema del procedimiento administrativo en sentido valorativo, o ‘proceso debido’”. El procedimiento administrativo en Japon. In: Vazquez, Javier Barnes (coord.). *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*. Madrid: Editorial Civitas, p. 382-385.

<sup>1072</sup> *Apud* José Maria Pinheiro Madeira, *op. cit.*, p. 218. Aduz o autor que a máquina administrativa “não pode funcionar bem tendo engrenagens com dentes desgastados e por isso mesmo configura-se a Administração como a chave política do Estado, incumbindo-lhe zelar para que, ao acionamento da máquina, não se verifique *a posteriori* que ela não estava em condições de entrar em funcionamento. Para administrar, é preciso planejar, vincular os dirigentes a um ideal, aperfeiçoando as instituições, a fim de atingir o tão almejado bem-comum em toda a sua plenitude. À luz desta ótica, o desenvolvimento da atividade administrativa segundo as normas jurídicas gerais corresponde a uma dupla necessidade: de justiça para os cidadãos e de eficiência para a própria Administração”. *Idem*, p. 221.

<sup>1073</sup> *Op. cit.*, p. 287.

<sup>1074</sup> Objeto de mandado de segurança impetrado perante a 13ª Vara Federal da Seção Judiciária da Bahia.



algoz: um único professor de educação física, agente terceirizado contratado pelo órgão público para realizar os testes, que assistia aos saltos, observando, a olho nu, o desempenho dos candidatos. O candidato reprovado, então, impetrou mandado de segurança contra a decisão da comissão do concurso. Notificada para prestar as informações sobre o ocorrido, a autoridade indigitada coatora, como era de se esperar (e tem sido esta a praxe nas defesas lançadas pela Administração!), limitou-se a invocar a *presunção de veracidade do ato administrativo* que certificou a suposta falta cometida pelo candidato, imputando a este o encargo de apresentar provas em sentido contrário, isto é, de que não teria “queimado” o salto em distância.

Diante desta situação específica narrada, algumas perguntas precisavam ser respondidas antes do julgamento: a) num exame desta natureza, em que estava em jogo o (in)sucesso de uma pessoa submetida a tormentoso processo seletivo (e os que já enfrentaram provas de concursos públicos bem sabem o que significa isso!), poderia a Administração Pública realizar a prova sem adotar o adequado procedimento que assegurasse a boa aferição dos resultados, limitando-se a fundamentar a sua decisão com base exclusiva na precária percepção visual de um único agente? b) no atual estágio tecnológico, não existiriam mecanismos de registro mais eficientes e facilmente acessíveis, com os quais a Administração poderia incrementar o procedimento de aferição do resultado da prova? c) na circunstância descrita, haveria a possibilidade de o candidato provar que não “queimou” o salto?

As respostas a tais questões parecem bem fáceis aos que têm um mínimo de bom senso. Começando pela última delas, é óbvio que seria extremamente difícil, senão impossível, ao candidato provar que não “queimou” o salto, sobretudo porque, segundo constou na inicial, apenas o agente fiscalizador da prova estava situado na linha demarcatória do salto e os demais candidatos estavam postados a trinta metros do local, aguardando a sua vez de saltar. Eis um bom exemplo da referida “prova diabólica”. Outrossim, não soa razoável que a aferição do importante exame tenha ficado ao crivo da percepção visual de um único agente (naturalmente falível), quando se poderia utilizar mecanismos mais adequados de registro dos fatos e dos quais facilmente poderia a Administração dispor, tais como uma simples filmagem da prova.

Partindo dessas considerações, o resultado somente poderia ser a pretendida concessão da segurança para se decretar a invalidação do ato administrativo que reprovou o candidato, haja vista o manifesto *vício de forma* nele detectado, porquanto a Administração não adotou o procedimento adequado no caso concreto, deixando de zelar não apenas pela eficiência da sua atividade, mas, sobretudo, pela garantia de ampla defesa do administrado que poderia vir a ser prejudicado em sua decisão. A alegada tese da *presunção de legitimidade/veracidade*

sucumbiu diante do flagrante vício procedimental, na linha do que se argumentou no item 4.2.4.3 *retro*.

Em suma, com base na doutrina das cargas probatórias dinâmicas, aplicada a este caso concreto referido, deveria a Administração Pública ter adotado um adequado procedimento que viabilizasse a produção das provas da suposta falta cometida pelo candidato no teste de educação física, por ser ela a parte que melhor dispunha dos meios para fazê-lo. De nada vale suscitar a presunção de legitimidade de ato administrativo manifestamente contaminado por vício procedimental, porquanto, dada a sua favorável condição técnica ou fática, detinha a Administração naturalmente a vocação para produzir antecipadamente as comprovações necessárias a legitimar a sua decisão, ainda no momento em que ocorrido o fato originário da controvérsia, sendo deveras injusto que, posteriormente, fosse o encargo transferido ao administrado, que em nada pode colaborar no registro do fato.

Muitas situações desta natureza se repetem no dia a dia da atividade administrativa, sobretudo na já aludida seara do poder de polícia fiscalizador e sancionador. Sabe-se que no desempenho do poder de polícia, a Administração não raro se depara com situações de perigo que demandam medidas urgentes com nítida feição cautelar. São as *medidas acauteladoras* tratadas no art.45 da Lei 9.784/99, as quais Marçal Justen Filho classifica como “medidas de polícia com grau de eficácia máximo”.<sup>1075</sup> Exemplo disso acontece quando se faz necessário demolir um prédio em ruínas e prestes a desabar (protegendo as pessoas que transitam pelo local), incinerar alimentos deteriorados (evitando que se propague a contaminação), remover veículos estacionados em locais proibidos, impedindo maiores prejuízos ao trânsito etc..

Nesses casos, é mesmo recomendável que as medidas de força sejam *incontinenti* tomadas pela Administração sem que se possibilite o prévio direito de defesa ao particular por elas atingidos. A auto-executoriedade, aí, encontra amparo na presunção de legitimidade da atuação administrativa na prevenção de danos à coletividade. Não obstante, consoante exposto anteriormente, até mesmo as medidas cautelares empregadas pela Administração Pública devem seguir um *devido processo legal* adequadamente ajustado a cada caso. A urgência que justifica a celeridade da atuação administrativa não pode servir de pretexto a caprichos arrogantes e desproporções no emprego da força. Deve sempre a Administração cuidar de adotar os adequados mecanismos de registro de que razoavelmente dispõe, a fim de assegurar ao

---

<sup>1075</sup> “O grau de eficácia pode ser máximo, no sentido de que a Administração Pública pode promover as medidas concretas e materiais necessárias à satisfação das determinações impostas. Admite-se que o ato administrativo já nasça com esse grau de eficácia máximo, em vista da urgência ou gravidade da situação a ser atendida. Assim, a Administração pode promover a apreensão de medicamentos deteriorados, simplesmente por descobrir que se encontram à venda. Costuma-se indicar essa característica como auto-executoriedade, para indicar a desnecessidade de a Administração Pública recorrer ao Poder Judiciário para impor a produção dos efeitos jurídicos dos atos produzidos unilateralmente”. *Op. cit.*, p. 395.

administrado o amplo exercício da defesa *a posteriori*, seja para reverter a situação ao *status quo* (se ainda for possível), seja para buscar reparação pelos danos causados pelo Estado-administrador. Destarte, nos exemplos citados, seria muito simples e perfeitamente acessível, para a Administração, antes de agir, providenciar fotografias do imóvel em ruína ou do veículo que perturba o trânsito (hoje facilmente obtidas por aparelhos digitais de baixo custo), bem como uma pequena amostra do produto deteriorado para fins de posterior exame pericial.

Tudo o que se disse neste tópico pode ser considerado uma peculiar aplicação da doutrina das cargas probatórias dinâmicas no âmbito das relações jurídico-administrativas, haja vista os efeitos daí decorrentes no que concerne aos processos de formação dos atos administrativos. Esta assertiva pode parecer paradoxal aos que, acostumados a tratar o *onus probandi* como um instituto de aplicação restrita à seara dos processos contenciosos, não enxergam os seus reflexos no campo do Direito Material. Contudo, se é certo que o recurso às normas de distribuição do ônus da prova, como mecanismo de determinação formal da verdade nos processos litigiosos, é empregado sobretudo quando não se tenha conseguido obter provas acerca do fato controverso (levando o juiz a decidir a demanda em desfavor daquele que detinha o encargo probatório e dele não se desincumbiu), não se olvida que tais normas também servem de espelho para se traçar de antemão o adequado procedimento a ser seguido pelas pessoas nas suas relações cotidianas, de modo a propiciar o devido esclarecimento dos fatos em caso de futura controvérsia.

Tem-se aqui a incidência dos princípios éticos do processo e do dever de lealdade entre as partes, tão prestigiado no âmbito do Direito Processual Civil<sup>1076</sup>, mas que comporta peculiar aplicação também na seara dos processos administrativos, sejam os de formação, sejam os de impugnação de atos administrativos. Constata-se, à evidência, que toda a problemática acerca da natureza jurídica das normas sobre prova somente encontra razão ao se conceber o termo *processo* em sua significação restrita à atividade jurisdicional. Cai por terra a distinção ao se imaginar o *processo* em um sentido mais amplo, como estrutura inerente a qualquer ato de aplicação de preceitos do Direito Material, mesmo à míngua de litigiosidade, conforme abordado

---

<sup>1076</sup> Como leciona Vicente Greco Filho, “o Código partiu da idéia de que as partes em conflito, além do interesse material da declaração de seus direitos, exercem também importante função de colaboração com a justiça no sentido da reta aplicação da ordem jurídica. Esses princípios éticos aparecem realçados em diversas passagens do Código, como, por exemplo, no rol dos deveres, na definição do litigante de má-fé, na responsabilidade por dano causado pelo processo, na enumeração dos atos atentatórios à dignidade da justiça e outros. Nos termos do art.14 do Código de Processo, compete às partes e aos seus procuradores: expor os fatos em juízo conforme a verdade; proceder com lealdade e boa-fé; não formular pretensões nem alegar defesa, ciente de que são destituídas de fundamento; não produzir provas nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito. Todas essas normas podem ser reduzidas ao princípio básico de que todos devem colaborar com a administração da justiça, fazendo valer as suas razões, mas sem o emprego de subterfúgios ou atitudes antiéticas”. *Direito processual civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v 1, p. 106. Sobre o tema, Rui Portanova escreve que “a repressão à maldícia é efeito da diminuição dos efeitos do princípio dispositivo e do aumento do interesse público e cooperativo que informa o processo civil. É por isso que as legislações vêm crescentemente dispendo sobre a repressão do comportamento malicioso”. *Princípios do processo civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 157.

no item 1.2.2.2 *retro*. Aliás, também já se destacou que a atividade processual do Poder Público, consistente na aplicação do Direito nos casos concretos, não se restringe à função jurisdicional, que substancialmente não difere da função administrativa nesse particular.<sup>1077</sup>

Se, como fez Adolf Merkl, concebe-se as normas do processo como “todos aquellos elementos del ordenamiento jurídico total que regulan la vía de producción de actos jurídicos a base de otros actos jurídicos”<sup>1078</sup>, não interessa mais saber se as normas que tratam da *prova* são materiais ou processuais. O que varia, em cada caso, é apenas o regime jurídico do seu procedimento (*método* de percepção a ser seguido pelo aplicador), conforme se trate de processo judicial ou de processo administrativo, de processo de formação de atos administrativos ou de processos de impugnação, com destaque especial para os procedimentos a serem adotados na prática de medidas administrativas acauteladoras. Todos estes casos envolvem aplicação do Direito por agentes estatais a partir de sua percepção valorativa dos fatos, seja de forma direta (o agente está presente no momento do fato, percebendo-o por seus próprios sentidos), seja de forma indireta (o agente não presencia o fato, mas, auxiliado por provas ou meios decisórios formais, convence-se da sua ocorrência).

A discussão remete ao problema concernente à unidade ou dualidade do ordenamento jurídico (relação entre o Direito e Processo), a partir da célebre polêmica entre Windscheid e Muther<sup>1079</sup>. Na lição de Hermenegildo de Souza Rego, “a unidade do ordenamento jurídico

<sup>1077</sup> José Afonso da Silva destaca bem a dificuldade de “estremar a *jurisdição* da *administração*”, apesar de que “vários critérios têm sido propostos para estabelecer a distinção. Os processualistas preocupam-se com o assunto. Chiovenda, por exemplo, concebe a jurisdição como uma atividade secundária, no sentido de que ela substitua a vontade ou a inteligência de alguém, cuja atividade seria primária; enquanto o administrador exerce atividade primária, no sentido de que a desenvolve no seu próprio interesse, o juiz julga a respeito de outrem e em razão da vontade da lei concernente a outrem. A administração decide a respeito da própria atividade. Outros, como Cristofolini e Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, chegam à conclusão de que não há, realmente, distinção entre ‘jurisdição’ e ‘administração’. Existem, na verdade, apenas *duas funções do Estado*, que são a *legislação* e a *aplicação da lei*, e esta se desdobra em ‘administração’ e ‘jurisdição’. Em verdade, o problema continuaria, pois, se ‘administração’ e ‘jurisdição’ constituem espécies do mesmo gênero ‘aplicação da lei’, se são espécies diferentes dessa função única, qual o critério distintivo das duas espécies? O próprio Cristofolini tentou resolver o problema. Diz que a distinção entre ambas não repousa tanto sobre a base lógica quanto sobre uma base histórica e política; e conclui que ‘administração’ é atividade do Estado dirigida à consecução de suas funções mediante a substituição daquele interesse que o Estado considera seu; ao passo que ‘jurisdição’ é a atividade do Estado orientada para o fim de assegurar a substituição do interesse coletivo, a composição das lides mediante o estabelecimento de ordens concretas dirigidas aos titulares dos interesses em luta – o que, no fundo, é o mesmo que disse Chiovenda”. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 500. Em tópico posterior deste estudo, teremos oportunidade de voltar a abordar o tema da identidade substancial entre a administração e a jurisdição como atividades estatais voltadas à aplicação da lei aos casos concretos.

<sup>1078</sup> *Op. cit.*, p. 281.

<sup>1079</sup> Hermenegildo de Souza Rego explica que “à base dessa polêmica, com efeito, está a afirmação do primeiro no sentido de que os romanos não tinham um sistema de direitos subjetivos, mas de *actiones*, só se chegando ao direito através da *actio*, e não estando o magistrado sujeito aos ditames do Direito Material. Desse posicionamento discordou Muther, procurando demonstrar que o ordenamento jurídico de Roma era um verdadeiro sistema de direitos, como os ordenamentos modernos, e provocando a réplica, em que Windscheid reitera as suas afirmações. Tal polêmica, embora travada entre romanistas e restrita a aspectos do Direito Romano, colocou questões que iriam propiciar todo o ulterior desenvolvimento do Direito Processual Civil. (...) Uma das questões, que essa polêmica teve o mérito de colocar para o exame dos estudiosos, é precisamente a que agora nos ocupa: a de saber se é justificável realmente a dualidade do ordenamento jurídico, a rígida bipartição entre Direito Material e Direito Processual, ou se o ordenamento é unitário, completando-se através do processo a obra que o legislador iniciou”. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 91-92.

excluiria, sim, a distinção entre o Direito Material e o Direito Processual”<sup>1080</sup>, porquanto, “como lembra Dinamarco, a discussão sobre a pertinência do instituto da prova (entre outros) ao Direito Material ou ao Direito Processual não teria sentido, se nos convencêssemos da tese unitária do direito, já que os dois ramos estariam fundidos em um só”<sup>1081</sup>.

No caso específico da Administração Pública, esta concepção monista é de grande importância quando se busca, com base nos princípios jurídicos constitucionais, reconhecer que os seus agentes devem adotar adequados procedimentos de formação dos atos administrativos, que sirvam para assegurar eficazmente a prévia defesa dos interesses dos administrados, independentemente da ocorrência de eventual futuro conflito a ser decidido nas vias de impugnação do ato. Sob esse prisma, as discussões pertinentes ao tema da prova não devem dizer respeito apenas ao *Direito Processual Administrativo*, mas ao *Direito Administrativo* como um todo. É o que se espera de uma Administração Pública séria, justa e ética.

## 5 CONCLUSÕES.

I – O Direito é um produto cultural cuja concretização se dá a partir da *percepção* humana de suas normas e dos fatos subjacentes ao momento da sua aplicação. Por isso, tem importância fundamental a *avaliação* feita pelo aplicador do Direito quando, interpretando as normas jurídicas, dá significação jurídica aos fatos. Na vida em sociedade todas as pessoas atuam como aplicadores do Direito ao deliberar sobre os seus interesses e condutas. Os agentes estatais também aplicam o Direito ao exercerem as suas respectivas funções, atuando como legisladores, juízes ou administradores públicos.

II – Toda atividade cognitiva do homem deve pressupor um *método*. No campo do Direito o método diz respeito essencialmente à atividade de percepção dos fatos jurídicos, que pode ser decomposta em duas atividades cognitivas básicas, associadas a uma terceira: i) a *percepção dos fatos* ocorridos no mundo natural; ii) a *percepção das normas*. Ambas são desenvolvidas sob: iii) o crivo *valorativo* do aplicador.

---

<sup>1080</sup> *Op. cit.*, p. 93.

<sup>1081</sup> *Idem*, p. 90.

III – Em se tratando de relações jurídicas envolvendo interesses particulares, os *métodos* de conhecimento empregados na percepção de fatos e normas são, em regra, livremente adotados pelos sujeitos envolvidos, segundo a sua vontade, salvo em situações nas quais o ordenamento jurídico impõe determinados métodos de percepção e, com isso, restringe o campo de valoração dos particulares, à guisa de resguardar interesses considerados de ordem pública. Mas a regra para os particulares, como dito, é a *liberdade de método* na aplicação do Direito, pelo que o seu modo de percepção dos fatos segue a sua própria vontade. Uns são mais cuidadosos, outros menos, mas é do seu próprio interesse (disponível) que se cuida.

IV – Os agentes estatais não deliberam sobre interesses privados, sejam próprios ou de terceiros, senão prioritariamente tendo em mira os anseios da coletividade. Sendo, em sua essência, *indisponíveis* os interesses envolvidos nas atividades destes agentes – legisladores, administradores ou juízes –, os atos de aplicação do Direito a eles incumbidos devem ser necessariamente praticados por meio de *métodos* que sejam condizentes com aquela indisponibilidade. Daí dizer que tais atividades devem estar marcadas por adequados *processos* de aplicação do Direito Público, que, por isso mesmo, jamais poderiam ser deixados à livre escolha do agente.

V – Todas as atividades estatais devem ser desempenhadas segundo *devidos processos legais*, distribuídos entre três espécies correspondentes às suas funções: o *processo legislativo*, o *processo administrativo* e o *processo jurisdicional*. O processo equivale à idéia de um *método* adequado a ser adotado por todos os agentes estatais na valoração dos fatos jurídicos postos à sua percepção. Em se tratando de atuação da Administração Pública (Estado-administrador), a aplicação do Direito, em regra, é feita por meio de suas manifestações unilaterais denominadas *atos administrativos*. Diz-se “unilaterais” porque são os agentes estatais que deliberam sobre o modo e o momento em que irão desempenhar as suas atividades, bem como sobre o seu conteúdo. Os administrados atingidos pela atuação estatal nada decidem acerca do *método* adequado a ser empregado pela Administração.

VI – Desde a transição do Estado liberal para o Estado social e deste para o “Estado pós-social”, ocorreu uma gradativa mudança de paradigmas acerca da atuação da Administração Pública, inicialmente centrada na figura do ato administrativo e numa dogmática voltada ao exame da sua validade e eficácia, passando depois a doutrina e a jurisprudência a dar maior atenção ao aspecto instrumental da *atividade administrativa* consubstanciado no *processo administrativo*. O ato administrativo continua sendo o predominante instrumento de intervenção

da Administração Pública, porém, as atenções se voltam para os pressupostos necessários à sua regular formação por meio de uma adequada procedimentalização (método).

VII – Os atos administrativos não se submetem a um único regime de produção. Há atos administrativos que, por sua natureza, não demandam maiores formalidades e produzem efeitos praticamente instantâneos e imediatos, inclusive atingindo interesses particulares. Outros, porém, não devem ser produzidos sumariamente, necessitando da prévia adoção de mecanismos formais de elaboração e controle, para que somente depois possam ser editados e gerar efeitos. Não há critério prévio e uniforme para distinguir as hipóteses em que os atos administrativos podem ser instantaneamente praticados, daquelas em que devem ser previamente adotados certos procedimentos administrativos para a sua produção. Contudo, seja nos casos em que a lei vincula detalhadamente a atuação administrativa, seja naqueles em que a legislação ordinária nada dispõe sobre procedimentos específicos para a prática de determinados atos, são as normas constitucionais que devem prioritariamente fundamentar a adoção dos ritos de formação dos atos administrativos, mormente aqueles que possam vir a prejudicar direitos individuais (restritivos).

VIII – O fato de haver situações de urgência a reclamar a pronta atuação estatal (medidas acauteladoras) por si só não significa que não se deva adotar um *devido processo legal* adequado a tais situações, pois a urgência jamais poderá justificar o cometimento de arbitrariedades. Ademais, mesmo nos casos em que o legislador optou por instituir um alto grau de vinculação para a atuação administrativa, esta norma processual administrativa padecerá de inconstitucionalidade se estabelecer um rito que, acaso aplicado irrestritamente, venha a aniquilar direitos fundamentais. Essa inconstitucionalidade pode se revelar não apenas em abstrato (quando inferida de plano, a partir da própria hipótese de incidência descrita no texto legal), mas, também, nos casos concretos (quando a sua aplicação em determinadas situações peculiares venha a ferir preceitos constitucionais). No primeiro caso, a inconstitucionalidade está na norma de conduta hipoteticamente prevista pelo legislador e, portanto, contamina toda atividade administrativa que nela se calca; no segundo caso, a inconstitucionalidade está na norma de conduta concretamente extraída pelo administrador ao aplicar a lei numa situação real.

IX – A atividade administrativa está atualmente marcada pelo signo da *processualidade*, na expressão empregada por Odete Medauar. O processo é o método adequado de atuação estatal, pelo que a relativa liberdade de forma na produção dos atos administrativos há de constituir exceção devidamente justificada pelas circunstâncias dos casos concretos. É sabido que a multiplicidade das formas que caracterizam a maior parte das atividades administrativas decorre do poder discricionário de que razoavelmente dispõe a Administração

Pública para fazer frente à dinâmica dos fatos sociais, não sendo mesmo aconselhável que a legislação se valha de modelos rígidos de vinculação. Por outro lado, dita discricionariedade na escolha dos meios não pode dar azo ao cometimento de arbitrariedades por parte dos agentes administrativos.

X – Mesmo nos atos marcados pela chamada *instantaneidade*, existe um mínimo de processualidade a observar na sua formação, pois a Administração deve empregar postura que viabilize algum tipo de controle processual por via revisional, assegurando, desta forma, o exercício *a posteriori* da ampla defesa pelo particular eventualmente prejudicado. Sob essa ótica, cumpre asseverar que todos os atos administrativos, inclusive os chamados “instantâneos”, devem obedecer ao *devido processo legal*. O que varia, em cada caso, é a complexidade do procedimento, de acordo com o grau de participação do administrado e o momento destinado ao exercício da sua defesa.

XI – O processo é o método; o procedimento é o rumo tomado pelo processo (rito). Com isso, cabe empregar sempre a expressão *processo administrativo* para designar qualquer expediente constituído por uma série de atos preparatórios dispostos ao longo de um *procedimento administrativo*, destinados à edição de um ato final pela Administração. Toda função estatal, formalizada por um procedimento (seqüência de atos encadeados) e destinada à aplicação do Direito, é um *processo*. Tem aumentado o interesse dos administrativistas no estudo dos processos de formação dos atos administrativos, haja vista as garantias que propiciam para se evitar a edição de atos que, acaso praticados açodadamente sob o singelo argumento da satisfação do interesse público, afetariam desproporcionalmente interesses dos administrados, aniquilando direitos fundamentais consagrados na Constituição.

XII – Tanto nos atos complexos quanto nos processos administrativos tem-se presente, num sentido abrangente, o elemento *forma* na produção do ato: a seqüência de manifestações dos distintos órgãos constitui a forma do ato complexo, ao passo que a seqüência de atos preparatórios que integram o processo administrativo constitui a forma do ato final a ser produzido. Sendo assim, no que tange ao método adequado a ser empregado pela Administração em tais manifestações e seqüência de atos, os parâmetros de invalidade dependerão do tratamento a ser dado ao *vício de forma*, sobretudo quanto aos seus efeitos.

XIII – A percepção pelo aplicador do Direito pressupõe a sua atenção a todos os aspectos juridicamente relevantes de um fenômeno, o que demanda um procedimento complexo de conhecimento e compreensão dos fatos. Este método implica no deslinde de questões de fato (*quaestio facti*) e questões de direito (*quaestio iuris*), pontos de análise essencial para propiciar a



aplicação do Direito nos casos concretos e que inevitavelmente estão condicionados ao elemento de *valor*. Com efeito, dado que tanto o *texto da norma* escrita quando o *fato* ocorrido no mundo natural são aspectos cuja existência se pode inferir de modo mais ou menos uniforme entre as pessoas, é no *valor* que a aplicação do Direito adquire singularidade e encontra o maior grau de subjetividade na figura do aplicador.

XIV – Por mais esforço que depreenda o aplicador do Direito, jamais conseguirá ter acesso a todos os aspectos fáticos envolvidos no fenômeno investigado, além do que razões de ordem política recomendam que não se devam conduzir indefinidamente os processos. Não diz respeito ao Direito o problema da verdade absoluta, eis que, por meio do processo, o aplicador vai apenas buscar, dentro do possível, reconstruir histórica e criticamente uma versão aproximada do fato controverso, jamais o próprio fato, que não mais existe. É a *verdade relativa*, portanto, que interessa e é suficiente, em todos os casos, à aplicação do Direito. Por outro lado, tal constatação não pode justificar a aceitação de qualquer expediente decisório no campo jurídico, pois, na busca da adequada percepção dos fatos, o aplicador do Direito deve se valer dos mecanismos que lhe propiciem o *maior grau convicção possível*.

XV – Toda representação fática feita pelo aplicador do Direito no bojo de um processo probatório, por mais evidências que possa conter, constituirá sempre um juízo de *probabilidade*, em maior ou menor grau de precisão, acerca do fenômeno investigado. Vale dizer, o fato considerado pelo aplicador do Direito será uma mera aproximação e, ainda que eventualmente coincida com o fato realmente acontecido no passado, dificilmente haverá como saber ao certo se tal se verificou. Mas, se a investigação ocorreu mediante plena atividade probatória do aplicador, valendo-se dos meios de prova possíveis assegurados pelo Direito para obter informações acerca do fato investigado e atribuindo-lhes significação segundo a sua própria percepção, diz-se que se trata aí de *verdade material*. Neste caso, tem-se que o legislador optou por assegurar certa amplitude de investigação, prestigiando a percepção do aplicador no caso concreto. Se, entretanto, a solução do processo se deu não em decorrência da percepção e significação atribuída pelo aplicador às informações colhidas no processo, mas simplesmente a partir de considerações previamente feitas pelo legislador acerca delas, diz-se que se está diante de uma *verdade formal*. Aqui o legislador optou por criar mecanismos simplificados de descoberta da verdade, antecipando, em caráter geral e abstrato, a significação a ser atribuída às informações colhidas, impedindo, com isso, que o aplicador pudesse exercer amplamente a sua própria percepção.

XVI – Os *mecanismos de determinação formal da verdade* são realmente necessários ao Direito, porquanto obstam indesejadas situações de incerteza geradoras de insegurança social. Contudo, deve-se ter cuidado no emprego desmedido de tais institutos formais, em detrimento de um maior (e possível) grau de certeza na aproximação da verdade. A chamada *presunção de legitimidade dos atos administrativos* nada mais é do que um desses mecanismos cujo emprego desmedido pode significar a institucionalização do arbítrio na atividade da Administração Pública.

XVII – Objeto de prova somente podem ser os  *fatos* controversos que sejam relevantes e pertinentes à lide. Quando se fala de prova acerca de determinada norma, o que se prova não é o Direito em si, pois a percepção da  *norma jurídica* pelo aplicador demanda atividade  *interpretativa* e não atividade probatória. O que se pode provar, na verdade, são os  *fatos* que revelam a existência e/ou vigência de determinado texto normativo estadual, municipal, estrangeiro ou de um costume.

XVIII – O aplicador do Direito apenas pode ter percepção direta dos fatos quando os presencia, valendo-se dos seus próprios sentidos por meio de contato imediato com o objeto de conhecimento. Tudo o mais que colaborar para a sua percepção será mecanismo  *indireto* de demonstração da realidade do fato, mera aproximação através de um outro  *fato intermédio*. Sob este aspecto, as provas são sempre  *indiretas*, variando tão-somente a força de convencimento no que concerne à percepção pelo aplicador e, conseqüentemente, o seu grau de certeza sobre a verdade do fato. Na percepção direta o observador valora o próprio fato controverso, o que somente é possível se o fenômeno ainda perdura no tempo. Na percepção indireta, mais comum quando o fenômeno aconteceu no passado, o observador lança a sua valoração sobre outros fatos a que tem acesso no presente (vestígios, depoimentos, descrições em laudos técnicos etc.) e dos quais retira o material de convencimento necessário à reconstrução ideal do fato controverso.

XIX – Razão assiste aos que defendem a natureza  *mista* das normas jurídicas que tratam de provas, pois se o local apropriado para a solução de litígios é o processo judicial (as normas probatórias assumem aí nítido caráter instrumental), não se pode olvidar da influência dos institutos do Direito Material na definição da prova (pois é o Direito Material que apontará quais são os elementos constitutivos das situações jurídicas que se deseja demonstrar), além do que a prova pode ser levada em conta mesmo na ausência de litígios. Partindo da idéia de que o termo  *processo* não se restringe às vias judiciais de resolução de conflitos, resulta também que a expressão  *prova* não deve ser entendida apenas como elemento de convencimento do juiz. A prova constitui o núcleo da aplicação do Direito em todos os casos em que o aplicador se utilizar

de percepção indireta para decidir sobre questões fáticas, e isso não acontece apenas por ocasião dos litígios, podendo ocorrer antes ou até mesmo independente da ocorrência destes.

XX – A definição do modo e a amplitude pelos quais deve se dar a divisão de encargos na reconstrução dos fatos controversos em um litígio está intimamente relacionada, por um lado, ao ideal de aproximação da verdade e da justiça que cada comunidade almeja na aplicação do Direito e, por outro, à busca de mecanismos seguros de pacificação dos conflitos. Por isso, a definição racional das regras de ônus da prova em cada sistema jurídico, assim como ocorre quanto aos mecanismos de determinação formal dos fatos, é uma questão pura e simples de Direito positivo, isto é, 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. Qualquer que seja o critério legalmente adotado para reger a distribuição do ônus da prova nos conflitos de interesses – seja o critério calcado em fórmulas rígidas pré-estabelecidas, seja um critério que atribua ao aplicador certa discricionariedade na distribuição do ônus nos casos concretos –, sempre haverá a necessidade de, na ausência das provas, valer-se o aplicador de um mecanismo formal de julgamento consistente em desfavorecer aquele a quem tenha sido atribuído o correspondente ônus.

XXI – O regime jurídico probatório não interessa apenas ao campo do processo contencioso, pois produz reflexos na conduta das pessoas, com a finalidade de se prevenir futuros litígios ou resguardar o direito de defesa para o caso de eventual processo contencioso. Ainda no momento da formação dos atos jurídicos, as pessoas têm interesse em regular as suas condutas segundo os elementos constitutivos e comprobatórios das diversas situações nas quais se envolvem diariamente. Daí porque os atos da Administração Pública somente podem ser reputados válidos se respeitados os pressupostos procedimentais previstos na legislação e, sobretudo, inspirados em princípios constitucionais de modo a se garantir aos administrados a possibilidade de defesa em caso de impugnação do ato. Estando os particulares sujeitos à imperatividade da atuação administrativa e aos ritos unilateralmente escolhidos e empregados pelos agentes públicos (mormente nos casos em que atuam com considerável margem de discricionariedade), cabe à Administração zelar também pelos interesses comprobatórios dos administrados.

XXII – A prova é o *elemento fático* que integra o processo de aplicação do Direito, consubstanciado no fato intermédio que se coloca entre o fato controverso e o aplicador; a presunção, ao contrário, é *elemento psíquico* do aplicador ao examinar o quadro probatório, fundado na lei ou na experiência comum. Sendo um método de raciocínio comumente

empregado em qualquer pesquisa científica, a presunção encontra, na seara do Direito, uma utilidade peculiar de *facilitação da prova* em situações peculiares nas quais não se torna possível ou seria extremamente difícil a produção de provas que viabilizassem a percepção do fenômeno jurídico. É justamente a necessidade de se buscar uma solução jurídica para tais situações que faz com que o aplicador se valha de presunções.

XXIII – Por ser um mecanismo formal e facilitador da aplicação do Direito nos 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 sejam realmente impossíveis ou de difícil produção. Logo, 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 de presunções; vale dizer, seria inconstitucional, sob o prisma do princípio da razoabilidade, optar-se aí pelo sacrifício da verdade real em prol da segurança jurídica.

XXIV – No que concerne ao critério da força probante, as presunções legais são classificadas em *absolutas (juris et de jure)* – que contemplam efeitos atribuídos inexoravelmente a determinados fatos – e *relativas (juris tantum)* – quando os efeitos a princípio atribuídos a determinados fatos podem vir a ser elididos por prova em contrário. Fala-se ainda das presunções *mistas* (intermediárias), que são aquelas presunções relativas cuja prova contrária é de tipo especificamente indicado pelo legislador, não se admitindo outras fontes probatórias. Na verdade, a presunção absoluta, porquanto invencível, não tem qualquer relação com questões probatórias ou com a percepção do aplicador do Direito. Ao estabelecê-la, o legislador de antemão já elegeu, dentre as percepções que poderiam ocorrer, aquela que considera mais adequada, tornando inócuo qualquer procedimento de produção de provas e impedindo, assim, que aplicador adote caminho diferente na conclusão, por mais elementos de prova em sentido contrário que já disponha.

XXV – Costuma-se apontar que o pressuposto material da presunção é o *indício*, ou seja, é através deste (meio) que se chega àquela (resultado). Em outras palavras, o indício é a causa, cujo efeito é a presunção. Porém, não há critério seguro para se distinguir entre prova e indício, eis que, em ambos os casos, não havendo contato imediato entre o aplicador e o fato a demonstrar, a percepção é feita *indiretamente*, daí porque a presunção estará presente em

qualquer raciocínio calcado em premissas, tal como acontece com a atividade probatória em geral.

XXVI – Tanto a presunção absoluta quanto a *ficção* são especulações, raciocínios hipotéticos feitos pelo legislador acerca da realidade fática e que não admitem prova em contrário. Mas enquanto a presunção se calca em algo tido como ao menos *provável* de acontecer, a ficção se estabelece acerca de algo cuja essência ou os efeitos sabidamente não existem no mundo real; vale dizer, a ficção é uma mera invenção do Direito.

XXVII – É preciso apontar ressalvas à simplória assertiva de que o efeito imediato das presunções relativas seria a *inversão do ônus da prova*, tornando desnecessária a produção de prova em derredor do fato presumido e direcionando a atividade probatória para a verificação do fato contrário. Em primeiro lugar – partindo a presunção de um determinado fato ocorrido (fato x), para daí se inferir a ocorrência de um outro fato (fato y) – é preciso ao menos que se constate a efetiva ocorrência do fato x (que teria o condão de desencadear a presunção), sobretudo quando se trate de fato cujo método de percepção impõe ao aplicador que verifique a ocorrência de certos pressupostos específicos previstos na lei. Em segundo lugar, o que a presunção relativa ocasiona é a simples admissão de um fato como verdadeiro, se não houver prova em sentido contrário. Isto significa apenas que, em caso de processo litigioso, aquele a quem caberia provar o fato presumido (fato y) *já o fez* com a simples demonstração da ocorrência do fato-base da presunção (fato x). Não há inversão do ônus, mas apenas uma facilitação da prova do fato constitutivo do direito invocado. Na verdade, os efeitos da presunção incidem no campo da *avaliação* da prova e não propriamente no da distribuição do encargo probatório. É o julgador que, avaliando os fatos demonstrados segundo o quadro probatório exposto, vai avançando nas etapas de sua percepção fática.

XXVIII – No tocante à presunção de legitimidade dos atos administrativos, cumpre verificar precipuamente se a incidência da presunção encontra fundamento razoável no caso concreto, no sentido de servir como mecanismo de facilitação das provas cujo encargo de produção, segundo a regra de distribuição do ônus, sempre foi e continua sendo atribuído à Administração, e isso somente se justifica naquelas situações em que não tenha sido possível a adoção de procedimentos administrativos que permitissem a devida reconstrução probatória do fato x.

XXIX – A doutrina das cargas probatórias dinâmicas, sistematizada por processualistas argentinos, prega uma distribuição dinâmica dos ônus da prova em contraposição ao modelo estático adotado com base no Direito Romano e que tradicionalmente inspirou os

diplomas processuais civis, a exemplo do que aconteceu com o nosso CPC em seu artigo 333. Acena-se com isso que o encargo probatório deve ser direcionado casuisticamente àquele que se encontra em melhores condições de provar. Os seus defensores não rechaçam por completo as regras rígidas de repartição normalmente previstas nos atuais códigos de processo, na medida em que sustentam a aplicabilidade da doutrina apenas de modo subsidiário, naquelas situações excepcionais em que tais regras não funcionam bem.

XXX – O fato de não haver expressa previsão legal no ordenamento jurídico argentino não impediu que a doutrina das cargas probatórias dinâmicas encontrasse ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial. A razão para isso em que a base de sustentação da teoria busca apoio nos princípios gerais da Ciência Jurídica, notadamente naqueles vetores axiológicos segundo os quais a aplicação do Direito não deve abrir ensanchas a situações de manifesta injustiça e que, portanto, impliquem violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Tal concepção não beneficia ou prejudica determinada parte por sua situação pessoal ou sua colocação nos pólos da lide, pois a finalidade da doutrina é tão-somente auxiliar na maior aproximação possível da verdade e, por conseqüência, na boa aplicação do Direito em todas as situações nas quais as regras de distribuição não funcionam bem. Pouco importa se trate de autor ou réu, ou qual seja a matéria tratada no processo, convém que o encargo probatório recaia sobre aquele que se encontre em melhores condições de esclarecer os fatos segundo as peculiaridades das situações postas a julgamento.

XXXI – A idéia central da doutrina das cargas probatórias dinâmicas não é nova. Não se nega o mérito de Jorge Peyrano e Augusto Morello em haver dado início a um movimento de sistematização das concepções que pregam mecanismos processuais de maior aproximação da verdade, produzindo justiça nos casos concretos (equidade). Entrementes, as premissas que embasam os seus argumentos já foram abordadas por outros importantes cientistas do Direito. O principal ponto de partida da doutrina pode ser identificado nas lições de James Goldschmidt acerca da *situação jurídica processual*, como uma realidade dinâmica do Direito. Além disso, encontram-se também argumentos semelhantes expostos por pensadores tais como Jeremy Bentham, ao tratar do *menor incômodo na busca da prova*, René Demogue e o seu *princípio da solidariedade*, bem como o mexicano Porras Lopes, que defendeu o *princípio da aptidão para a prova*.

XXXII – A doutrina das cargas probatórias dinâmicas comporta perfeita aplicação no Direito positivo brasileiro, em qualquer campo material, basicamente pelas seguintes razões: a) constitui decorrência dos princípios constitucionais que consagram direitos e garantias

fundamentais, v.g. a ampla defesa e o contraditório, a igualdade e a dignidade da pessoa humana, bem como o acesso à justiça; *b*) em que pese a regra rígida do art. 333 do Código de Processo Civil, pode ser extraída supletivamente a partir de uma interpretação sistemática de outras normas do mesmo diploma, notadamente aquelas dispostas nos seus artigos 14, 16 a 18, 125, 282, 339, 340, 345 e 355; *c*) encontra eco na regra do art. 6º, VIII, da Lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que faculta ao juiz a inversão do ônus nos casos em que, segundo as regras de experiência, torne-se necessário facilitar a prova que pelos critérios tradicionais ficaria a cargo do consumidor; *d*) está em consonância com o vetor axiológico do art. 5º do Decreto-lei n. 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil) que orienta a aplicação da lei em atendimento aos fins sociais e ao bem comum.

XXXIII – A *legitimidade* administrativa consiste na legalidade qualificada pelo interesse público. Por isso não se olvida que, no atual contexto do Estado de Direito, a expressão, empregada para qualificar a atuação da Administração Pública, envolve algo mais do que a simples obediência à legislação em sentido formal. Atuação administrativa *legítima* implica obediência a todos os mandamentos do sistema jurídico, não apenas às regras extraídas dos dispositivos escritos de determinada lei, mas, sobretudo, às normas de natureza principiológica que dão flexibilidade ao processo de adequada aplicação do Direito aos casos concretos. Há de se levar em conta os princípios jurídicos consagrados expressa e implicitamente no ordenamento constitucional tais como, v.g., a moralidade administrativa, a razoabilidade, a impessoalidade e a proporcionalidade.

XXXIV – *Legitimidade* jurídica, no contexto do Estado de Direito contemporâneo, de viés nitidamente democrático, é conceito que vai muito além da mera aplicação das normas extraídas mecanicamente dos textos escritos da legislação (*legitimação formal*). Decisão *legítima* é aquela que, tomando o texto abstrato da lei como mero ponto de partida, deve inspirar-se em todos os valores que emanam do sistema jurídico, mormente aqueles decorrentes dos princípios constitucionais, de modo a se lograr a aplicação do Direito do modo mais adequado à hipótese do caso concreto (*legitimação substancial*).

XXXV – Não tem sido uniforme o enquadramento dado pela doutrina ao instituto da presunção de legitimidade no Direito Administrativo. Uns a consideram como *atributo* dos atos administrativos; outros, como *princípio* do Direito Administrativo. Contudo, tais diferenças de abordagem certamente se devem ao fato de que também não existe uniformidade teórica na conceituação do ato administrativo como categoria jurídica. Assim, desde quando se atente para o sentido empregado por cada jurista, o tema pode ser estudado sob diferentes ângulos sem

prejuízo da sua correta compreensão. Numa abordagem do ato administrativo, de modo a alcançar praticamente todos os âmbitos de atuação da Administração Pública, a presunção de legitimidade acaba adquirindo uma reconhecida carga principiológica, apenas não aparecendo naquelas atividades em que a Administração atua predominantemente sob a égide do Direito Privado, isto é, sem posição de supremacia e em pé de igualdade com os particulares.

XXXVI – Legitimidade e legalidade podem perfeitamente servir como sinônimos, bastando se atribuir à expressão *legalidade administrativa* a concepção condizente com os valores constitucionais do Estado Democrático de Direito contemporâneo. Deveras, nesse atual contexto, não se pode reputar que a Administração Pública pratique algo *legal* que não seja, ao mesmo tempo, *legítimo*, pois o que confere ares de legalidade à atuação administrativa deve ser justamente o seu elemento teleológico, consubstanciado na busca de adequada satisfação do interesse público. É certo que uma única situação pode comportar várias decisões administrativas lícitas, o que, porém, em nada muda o foco deste balizamento semântico. Significa apenas que qualquer que seja a solução reputada administrativamente lícita (dentre as possíveis), ela há de ser também considerada legítima. Se não é legítima, não pode ser tida como lícita.

XXXVII – “A lei” é mais do que “uma lei”: a legalidade é a resultante de todas as forças normativas de um *sistema jurídico* e que incidem numa determinada situação, equivalendo, assim, à legitimidade administrativa. A aplicação legítima da lei requer, por parte do agente administrativo, um esforço que propicie a melhor valoração possível; vale dizer, cumpre-lhe perceber adequadamente os fatos e interpretar adequadamente as normas jurídicas, aplicando o Direito ao caso concreto.

XXXVIII – Os fundamentos políticos, sobretudo aqueles definidos pelo poder constituinte, legitimam os *fins* da atuação estatal, enquanto os fundamentos jurídicos servem de parâmetro de legitimação dos *meios* empregados pelos poderes constituídos em suas escolhas. De modo equilibrado e proporcional, estes aspectos devem co-existir no Estado Democrático de Direito, não se admitindo, por isso, que os fins possam justificar a adoção de qualquer meio, nem que os meios adotados estejam desgarrados do adequado alcance dos fins.

XXXIX – Nem todos os atos administrativos comportam auto-executoriedade e, por conseguinte, não gozam do atributo de presunção de legitimidade. Em outros casos, mesmo se reconhecendo em tese a possibilidade de auto-executoriedade, cumpre à Administração, antes de praticar o ato, observar pressupostos formais mínimos de validade, na via do adequado procedimento, sem o que não se poderá presumi-lo legítimo. É a presunção de legitimidade que serve diretamente como *fundamento jurídico* para a auto-executoriedade, seja quando expressa



em texto legal, seja quando implícita no ordenamento jurídico a partir de uma exegese sistemática.

XL – O legislador, tendo em mira assegurar maior dinâmica à atividade administrativa na concretização do interesse público em determinadas situações específicas (fundamento político a prevalecer), admite que a Administração se valha de poderes exorbitantes que assegurem de logo a execução de seus atos, mesmo que haja, com isso, alguns inevitáveis prejuízos a liberdades individuais (fundamento político a ceder). Para instrumentalizar tal finalidade de interesse público, a lei, expressa ou implicitamente, estabelece o *instituto* da presunção relativa de legitimidade dos atos administrativos naquelas situações (fundamento jurídico autorizador). Daí ser equivocado supor que a presunção de legitimidade exista mesmo fora das situações de auto-executoriedade ou quando não demonstrada a adoção do devido processo legal, pois aí não haveria mais o elemento lógico e justificador da prerrogativa administrativa. Estender incondicionalmente os efeitos da presunção de legitimidade a todo e qualquer ato administrativo seria superar em muito os limites do atributo exorbitante, resvalando para a arbitrariedade.

XLI – No Direito anglo-saxônico tradicionalmente não se fez menção à concepção francesa da presunção de legitimidade ou da executoriedade como *atributos* dos atos administrativos ou como *princípios* do Direito Administrativo. Na Inglaterra e nos Estados Unidos, onde se adotou o sistema do *common law*, a Administração deve em regra recorrer ao Judiciário para implementar suas medidas em caso de resistência dos particulares, apenas se admitindo a auto-execução em situações de urgência que demandam solução imediata através de processos administrativos sumários (*summary powers*). O ideal da separação de poderes no Direito anglo-saxônico nasceu calcado no sistema harmônico de freios e contrapesos (*check and balances*), levando a que Administração Pública se submetesse ao controle exercido tipicamente pelos Poderes Legislativo (ao editar as normas de atuação administrativa) e Judiciário (ao julgar os litígios administrativos). Na França, por outro lado, o desenvolvimento teórico da concepção de separação de poderes caminhou em sentido distinto, haja vista a grande repulsa que se tinha dos tradicionais abusos cometidos pelos parlamentos e tribunais comprometidos com o antigo regime, o que resultou em maior prestígio institucional das autoridades executivas e deu ensejo à criação do Conselho de Estado e outros tribunais administrativos.

XLII – No caso do Brasil, o ordenamento jurídico-constitucional, em muitos casos, afasta expressamente a possibilidade de auto-executoriedade do ato administrativo e, por conseguinte, o seu próprio fundamento jurídico substancial (a presunção de legitimidade). A

concepção da auto-executoriedade não deve ser apontada como uma *regra geral* do Direito Administrativo brasileiro, pois muitas vezes a vedação de auto-executoriedade pode derivar *implicitamente* do sistema jurídico-constitucional, a depender do tipo de liberdade individual que esteja sendo confrontada pela Administração Pública e das circunstâncias em que a atuação administrativa esteja se desenvolvendo. Vale dizer, mesmo na ausência de norma expressa, deve-se em alguns casos considerar defeso à Administração que se valha diretamente da execução forçada ou que tente escudar-se sob o argumento da presunção de legitimidade. Acrescente-se a isso que mesmo quando a lei prevê expressamente a auto-executoriedade administrativa, tal não impede que se possa constatar, partindo de uma detida análise dos princípios constitucionais vigentes, que se trate de fruto de puro arbítrio legislativo não recepcionado pela nova ordem. É de se salientar, nesse particular, que muitos dos diplomas legislativos brasileiros que instituem medidas administrativas auto-executórias foram editados em regimes de exceção anteriores ao advento da Carta Magna de 1988 e parecem merecer, por isso mesmo, uma releitura, mais adequada aos novos valores consagrados na Lei Maior.

XLIII – A auto-executoriedade administrativa, como prerrogativa voltada ao resguardo dos interesses públicos primários, apenas encontra lugar entre as seguintes balizas: i) admite-se a medida quando autorizada em lei para determinadas situações suficientemente delineadas e de acordo com um processo administrativo específico; ii) 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; iii) 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 se incorrer no cometimento de arbitrariedades.

XLIV – Auto-executoriedade não é sinônimo de sumariedade ou instantaneidade, nem, muito menos, de insindicabilidade, porquanto não dispensa jamais a adequada *processualidade* da atividade administrativa. Tratando-se de verificar o *momento* em que se torna possível o emprego direto da força, somente a medida urgente pode comportar coação imediata por parte dos agentes administrativos, mesmo sem a oitiva do administrado, revestindo-se, por essa razão, de natureza eminentemente cautelar que não pode assumir, dada a ausência de defesa, os contornos de uma sanção administrativa. Fora das hipóteses qualificadas pela urgência, porém, as medidas administrativas, ainda que expressamente previstas em lei, somente podem ser implementadas depois de assegurados, ao administrado, a ampla defesa e o contraditório por meio de um processo administrativo mais extenso sob o aspecto probatório, consoante expresso mandamento constitucional (CF/88, art. 5º, LV). O fato de não depender de autorização judicial

para agir não obsta que a Administração adote a via cognitiva adequada antes de executar materialmente as suas medidas de força.

XLV – A presunção de legitimidade pressupõe a presença de *dois requisitos simultâneos*: a) possibilidade de auto-executoriedade do ato administrativo (o que, portanto, exclui os casos em que as regras e princípios do sistema jurídico impõem a necessidade de prévia ordem judicial); b) observância do devido processo legal (o que obriga que, mesmo nos casos de auto-executoriedade, tenha a Administração adotado um adequado processo de formação do ato administrativo). Em suma, a presunção de legitimidade pressupõe a percepção de dois elementos na atuação administrativa: a *auto-executoriedade* e a *processualidade*. Sem isto, o ato da Administração não pode ser tido como presumidamente legítimo.

XLVI – Não é porque a Administração deve obedecer aos ditames legais que se podem presumir legítimos os atos concretamente praticados por toda a sua gama de agentes e nas mais diversas funções da máquina estatal, até porque a concepção de legalidade sofreu uma substancial mudança de paradigmas desde a concepção liberal do século XVIII, não mais se restringindo ao seu mero aspecto formal. Por conseguinte, a função administrativa, consubstanciada na aplicação das normas legais aos casos concretos, revela-se hoje como uma atividade complexa de percepção e valoração de fatos que vão muito além do texto escrito da lei. Se a presunção de legitimidade, à época em que idealizada pelos juriconsultos franceses da pós-revolução, encontrava terreno fértil num sistema jurídico pensado sob modelos de legalidade formal e plena vinculação do administrador à letra da lei, assim não se pode mais considerar em um sistema construído sob textura normativa aberta (com importante destaque para a “normatividade principialista”), no qual o legislador não raro se vale abstratamente de conceitos imprecisos e indeterminados que inevitavelmente dão aos agentes administrativos uma considerável margem de discricionariedade na sua atuação nos casos concretos.

XLVII – Os atos administrativos são presumidamente legítimos não porque existe o dever da Administração de fazer somente aquilo que lhe é permitido por lei, mas, sim, porque existem situações nas quais, não sendo possível ou sendo muito difícil para a Administração adotar um procedimento de investigação da verdade real, a necessidade de atuação administrativa (interesse público) faz com que o sistema jurídico admita a verdade formal extraída de tal presunção. A construção aparentemente lógica, segundo a qual a presunção de legitimidade dos atos administrativos seria uma mera decorrência do dever de respeito ao princípio da legalidade, revela-se falaciosa quando se observa que os dois institutos jurídicos estão voltados para momentos essencialmente diferentes da percepção administrativa.

XLVIII – O princípio da legalidade serve fundamentalmente como referencial formal de *dever-ser* para a Administração Pública, razão pela qual o seu estudo, na Ciência do Direito, dá-se no campo de investigação das normas gerais e abstratas, quando os debates se concentram em torno das chamadas *questões de direito*. Mesmo ao se revisar uma conduta concreta da Administração, verificando se os seus agentes respaldaram o seu dever de agir em uma norma legal permissiva (princípio da legalidade), o ponto de partida para a percepção aí costuma ser o da interpretação da lei e a sua aplicabilidade às situações rotineiramente vivenciadas pela Administração. Vale dizer, a análise parte da lei para o fato, perquirindo-se se o agente administrativo recorreu à norma hipoteticamente prevista para incidir sobre os fatos levados à sua percepção.

XLIX – Já o instituto da presunção de legitimidade – não obstante, é claro, o seu inequívoco liame com o ideal de legalidade – diz respeito precipuamente à atuação concreta da Administração (no campo do *ser*), consideradas todas as circunstâncias juridicamente relevantes e passíveis de percepção pelo aplicador do Direito, daí porque somente encontra espaço naquelas hipóteses em que, não sendo possível ou sendo muito difícil a produção das provas dos fatos subjacentes à sua atuação, a supremacia do interesse público justifica razoavelmente a utilização de *mecanismos formais de percepção*. O exame, aí, se volta para as *questões de fato*, ou seja, deve partir do fato para a lei, cabendo perquirir se o agente administrativo tomou as providências necessárias à adequada percepção dos fatos envolvidos na aplicação do Direito.

L – Não procede a comparação feita entre a presunção de legitimidade dos atos administrativos e a *presunção de constitucionalidade dos atos legislativos*, porquanto se sabe que a Constituição, ao tratar das prerrogativas estatais de inovação da ordem jurídica, confere ao legislador um poder com alto grau de discricionariedade, muito mais amplo do que o normalmente conferido ao administrador pelas leis infraconstitucionais. Além disso, os atos oriundos da atividade legislativa são, em regra (ressalvada a famigerada medida provisória), frutos da vontade majoritária dos membros das casas parlamentares, como representantes do povo, e por meio de extenso processo de discussão e votação. O processo legislativo possui mecanismos formais de prévio controle de abusos do poder, o que em regra não ocorre nos processos administrativos, já que os atos produzidos pelos mais diversos agentes da Administração geram, em muitos casos, efeitos instantâneos e em situações dinâmicas submetidas a muito pouco ou praticamente nenhum controle.

LI – É precisamente a *confiança* de que a Administração Pública fará adequadas escolhas dentre as suas opções de conduta que leva a se admitir a presunção de legitimidade dos

atos administrativos em determinadas situações. A presunção de legitimidade pressupõe a confiança no agir administrativo de modo adequado a cada situação concreta, sobretudo naqueles casos em que pode ocorrer emprego de força estatal em havendo resistência ao cumprimento de ordens. Por isso cabe à Administração Pública atuar com boa-fé quando exercita tal prerrogativa exorbitante.

LII – No Estado de Direito, poder é indissociável de responsabilidade, e esta pressupõe a existência de *mecanismos de responsabilização*. Em outras palavras: quem detém poder só atua com responsabilidade se houver *meios eficazes de responsabilizá-lo* em caso de abuso desse poder. Se o legislador, representando o povo, deposita confiança (jurídica) na Administração Pública e edita um ordenamento atribuindo presunção de legitimidade a sua atuação em determinadas situações, esse mesmo ordenamento deve prever os mecanismos de controle necessários à verificação de possíveis abusos que venham a ser produzidos, ainda que se trate de um controle *a posteriori*. Devem ser preservadas para momento posterior as condições possíveis de *plena defesa* do indivíduo contra eventuais abusos cometidos pela Administração ao praticar atos executórios. E tal somente ocorre se houver o devido registro dos atos administrativos praticados, por meio de um adequado processo a ser seguido por ocasião de sua formação e que viabilize a possibilidade de amparo ao administrado em momento futuro. Esta plena defesa somente se completa, é claro, se for também possível reconstruir, por meio de provas, os fatos controversos.

LIII – A presunção de legitimidade dos atos administrativos – como *presunção relativa* que é – não deve ser invocada de modo a inviabilizar a descoberta da verdade, pois isso equivaleria indiretamente a tê-la como uma *presunção absoluta*. Muito menos se deve dar a tal presunção um grau de importância como instrumento de fixação da verdade jurídica que acabe por destoar daquilo que, segundo os padrões normais de comportamento, sabe-se acontecer na realidade fática da atuação administrativa, pois isso equivaleria a tê-la como uma *ficção* jurídica.

LIV – A amplitude que se tem inadvertidamente conferido ao conceito de *fé pública* – em alguns casos praticamente igualando-o ao conceito de presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos –, mais do que um problema de simples imprecisão terminológica, enseja graves equívocos ao se comparar situações de atuação administrativa que, por suas peculiaridades, não podem estar submetidas a um mesmo regime jurídico de efeitos. Não se deve então considerar que a fé pública dos tabeliães possa ter os mesmos efeitos jurídicos que a mera presunção de legitimidade dos atos administrativos, pois dizem respeito a realidades bem distintas que, por razões de segurança jurídica, o Direito busca regular.

LV – Descabe dizer simplesmente que, à falta de dispositivo legal expresso no Direito brasileiro, de nada valeria a presunção de legitimidade dos atos administrativos, pois o preceito há de ser considerado *implícito* no sistema jurídico, como decorrência do próprio modelo de atuação estatal consagrado na Carta Magna de 1988, seja no tocante às situações urgentes que justificam a pronta atuação estatal independentemente de prévia ordem judicial, seja noutros casos em que, também por razões de interesse público, o sistema admite o recurso a mecanismos formais de percepção da verdade pela própria Administração.

LVI – Há ordenamentos positivos estrangeiros que estabelecem de modo expresso a presunção de legitimidade dos atos praticados pela Administração Pública, citando-se as legislações da Argentina (art. 12 da *Ley 19.549/72 – Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*), da Espanha (art. 57 da *Ley n.30/92 – Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*), do México (arts. 6º e 7º da *Ley Federal de Procedimiento Administrativo*) e do Chile (art. 3º da *Ley 19.880/ 2003*).

LVII – Havendo um litígio respeitante à atividade da Administração Pública, a sua solução, a cargo também de um órgão estatal, insere-se no âmbito da chamada “jurisdição administrativa” ou “contencioso administrativo”, expressões assim empregadas em sentido mais amplo possível (*lato sensu*), de modo a abranger todo e qualquer mecanismo de controle das ações administrativas geradoras de conflito. Quando se fala em jurisdição administrativa *lato sensu* não se tem em mente ainda qual o órgão encarregado de desempenhá-la, isto é, se estará a cargo de órgãos dispostos na estrutura hierárquica da própria Administração Pública ou de órgãos dispostos fora desta estrutura e que, portanto, gozem de maior autonomia e independência funcional, como ocorre com certos tribunais administrativos existentes em alguns países e com os órgãos integrantes do Poder Judiciário.

LVIII – Não tem sido uniforme na doutrina a utilização das expressões “jurisdição administrativa” e “contencioso administrativo”, o que parece ser fruto de uma confusão feita ao se empregar indistintamente tais palavras sob diferentes parâmetros conceituais e sem atentar-se para os variados sistemas jurídicos de controle dos atos da Administração Pública. Sob ótica mais restrita, portanto, nem toda atividade de solução de conflitos administrativos pode ser considerada “jurisdição administrativa” ou “contencioso administrativo”, expressões agora empregadas em um sentido mais estrito. Nessa linha, excluem-se, do campo da *jurisdição administrativa (stricto sensu)*, os procedimentos de solução de litígios na via do controle interno administrativo. No tocante à localização dos órgãos encarregados desta jurisdição administrativa

na estrutura do aparelho estatal, e isto vai variar conforme o sistema jurídico adotado em cada país.

LIX – Ao se falar na solução de conflitos entre a Administração Pública e os administrados – sejam estes funcionários do Estado sujeitos ao poder disciplinar, bem como as pessoas em geral sujeitas ao poder de polícia, beneficiárias de serviços públicos ou que tenham alguma relação contratual com o Poder Público – destacam-se basicamente duas vias de controle no Direito brasileiro vigente: a) o controle interno a cargo de órgãos ou entes da própria Administração, exercido por meio de *processos administrativos*, mas em caráter não-definitivo e, portanto, sem natureza jurisdicional; b) o controle externo a cargo precipuamente dos órgãos do Poder Judiciário, exercido por meio dos *processos judiciais*, em caráter definitivo quando esgotados todos os recursos possíveis (com força de coisa julgada). Ressalte-se que no âmbito do processo administrativo de controle interno não há propriamente exercício de função jurisdicional, mas de algo similar que se pode chamar de *função administrativa julgadora*, na medida em que as decisões administrativas podem ainda vir a ser objeto de reapreciação por órgão judicial.

LX – No Direito brasileiro, a utilização da expressão *jurisdição administrativa* em sentido estrito – ou seja, como atividade julgadora exercida por órgão independente, imparcial e com força de produzir coisa julgada – deve ficar reservada à via dos *processos judiciais*. Ante a ausência de tribunais com esta especialidade em nosso ordenamento, a jurisdição administrativa é exercida em primeiro grau pelos Juízes de Direito e Juízes Federais, com recurso para os respectivos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, bem como para o Superior Tribunal de Justiça. Certos litígios administrativos, que envolvem matéria constitucional podem ainda chegar ao crivo do Supremo Tribunal Federal. Não obstante, têm sido criados, no âmbito interno dos Tribunais, órgãos fracionados especializados em causas de natureza administrativa.

LXI – No Brasil, quando se fala em *processos administrativos*, tem-se em mira apenas os processos que tramitam no âmbito da Administração Pública, excluídos, portanto, os aludidos processos referentes à jurisdição administrativa *stricto sensu*, aos quais se aplicam as normas gerais e especiais previstas no Código de Processo Civil e em algumas legislações esparsas. A doutrina e a legislação de muitos países adotam diferentemente os termos *procedimento administrativo* e *processo administrativo*, reservando o primeiro para designar as atividades da Administração Pública e o segundo para se referir à atuação dos órgãos da jurisdição administrativa. Em outras palavras, o que se chama de “processo administrativo” em

muitos países, aqui é tratado como “processo judicial civil”. E o nosso “processo administrativo”, por sua vez, é o que neles se chama de “procedimento administrativo”.

LXII – O Código de Processo Civil é o diploma processual brasileiro destinado a regular o processo judicial no âmbito de toda a nação e em todas as lides de natureza não-criminal, inclusive, subsidiariamente, aquelas sujeitas a diploma processual específico. Não existe no Brasil um código de processo judiciário especificamente voltado para a Administração Pública, o que não significa, todavia, que o regime processual seja o mesmo para o particular e para o Estado. Porquanto recomendável uma diferença de tratamento compatível com a posição de supremacia do interesse público, a solução encontrada pelo legislador brasileiro foi inserir no CPC normas voltadas especificamente para as lides contra a Fazenda Pública.

LXIII – Levando-se em conta a necessidade da adoção de procedimentos probatórios adequados no bojo da atividade administrativa, antes mesmo do surgimento de potenciais litígios, infere-se que a percepção de fatos jurídico-administrativos não pode ser simples percepção pessoal e psíquica do agente, senão *percepção proceduralizada*. Significa dizer que de nada vale o conhecimento que a autoridade pública tenha sobre determinado fato se tal não houver sido produzido mediante registro de fatos segundo um procedimento adequado (devido processo legal). É certo que muitos fatos são facilmente conhecidos pelos agentes administrativos, até porque alguns deles são notórios, mas este conhecimento, esta percepção, somente adquire importância se for submetida a um mínimo procedimento de investigação e registro formal, passível de mínimo de controle nos casos concretos. À Administração Pública cumpre sempre atuar com a consciência de que lhe cabe precipuamente a demonstração dos fatos que desencadeiam a sua atuação, daí porque os seus agentes devem cuidar de adotar o melhor procedimento possível para registrá-los.

LXIV – A lei brasileira de regência do processo administrativo não cuidou de apontar critérios mais precisos de distribuição do ônus da prova, ao contrário do que acontece com os litígios judiciais que tramitam segundo o disposto no Código de Processo Civil, que tem como ponto de partida a regra de distribuição prevista no art. 333, que atribui ao autor o ônus da prova dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu o ônus da prova dos fatos modificativos, impeditivos e extintivos do direito apontado pelo autor. As poucas normas sobre ônus probatório dispostas na lei processual administrativa brasileira aplicam-se basicamente aos processos de impugnação de atos administrativos, a processos administrativos sancionadores ou outros de natureza similar que são instaurados quando já se constatou, entre Administração e administrado, algum traço de litigiosidade decorrente de controvérsia sobre questões fáticas.



LXV – A Lei n. 9.784/99 pouco trata dos procedimentos a serem adotados nos processos de fiscalização administrativa e de formação de atos administrativos restritivos de direitos, que são justamente aqueles em que o tema da presunção de legitimidade merece a maior atenção. Outrossim, nada dispôs expressamente sobre a *presunção de legitimidade dos atos administrativos*, ao contrário do que fizeram algumas legislações estrangeiras já citadas. Contudo, não se nega a aplicação do princípio, que se encontra *implícito* no ordenamento jurídico brasileiro.

LXVI – Há casos em que, face à urgência na adoção de medidas administrativas, o interesse público não pode aguardar a prévia adoção de um extenso processo que assegure ao particular amplos mecanismos de defesa. São as “providências acauteladoras” de que fala o art. 45 da Lei n. 9.784/99. Todavia, mesmo sendo urgente a conduta administrativa, deve-se seguir sempre um *devido processo legal*, até porque o legislador constitucional nada excepcionou ao determinar que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV). Por conseguinte, é uma garantia *absoluta*. A necessária *juridicidade* da atividade administrativa impõe que o Poder Público deva sempre seguir o *due process of law*, seja sob aspecto formal, seja substancial. Por mais urgente ou discricionária que se revele a atuação dos agentes públicos, jamais poderá estar à margem do devido processo legal. O que apenas varia, em cada caso, é a extensão das garantias de contraditório e ampla defesa asseguradas aos administrados, algo similar, aliás, ao que acontece nas medidas cautelares e antecipações de tutela no processo civil.

LXVII – A atividade da *Administração sancionadora* abrange o universo das sanções jurídicas relacionadas ao descumprimento de deveres instituídos em prol da coletividade (*interesses públicos primários*) ou da própria Administração (*interesses públicos secundários*) e cuja fiscalização e repressão cabem ao Estado através dos seus diversos órgãos e agentes administrativos. Todas estas sanções submetem-se a regimes jurídicos de Direito Público, portanto, exorbitantes do regime aplicado às sanções de Direito Privado. Nada obsta que se possam aplicar, no campo do Direito Administrativo sancionador, princípios oriundos do Direito Penal, desde que se atente às especificações de cada regime jurídico. Nas *medidas administrativas cautelares* ou *preventivas*, o devido processo legal administrativo segue parâmetros que prestigiam a imediata proteção do interesse público em provisório detrimento da defesa do particular atingido pela medida, sem, contudo, aniquilá-la por completo, já que caberá à Administração adotar um procedimento *adequado* que viabilize o posterior reexame nas vias

legais de controle (administrativa e judicial), a fim de que, caso venha a ser detectada a ilegalidade da medida tomada, se possa recompor o *status quo* ou, não sendo isso mais possível, indenizar-se o prejudicado.

LXVIII – O ato do agente público superior que certifica a suposta falta cometida por seu subordinado (com base na *verdade sabida*) não goza do atributo da presunção de legitimidade/veracidade dos atos administrativos, pois é temperado pelo influxo normativo dos princípios constitucionais da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa. Vale dizer, na via administrativa disciplinar, a simples percepção fática da autoridade superior não é suficiente para punir o servidor subalterno; a percepção punitiva deve estar *processualizada* e lastreada em provas que demonstrem suficientemente a materialidade e a autoria, cabendo à Administração o encargo de provar a falta funcional cometida pelo servidor, ou seja, o fato constitutivo da aplicação da penalidade disciplinar. Por conseguinte, ao servidor nada cumpre inicialmente provar para se esquivar dos efeitos obrigacionais do ato administrativo sancionador.

LXIX – Ao contrário do que se possa extrair de uma leitura meramente superficial do art. 5º, LVII, da nossa Carta Magna de 1988, o princípio da presunção de inocência não se aplica apenas à área criminal. A presunção de inocência é, antes de tudo, um princípio fundamental de civilidade, verdadeiro corolário do postulado da *dignidade da pessoa humana*. No Estado Democrático de Direito a presunção de inocência há de prevalecer no tocante a toda e qualquer acusação, alcançando também os acusados no âmbito do processo administrativo. Decerto que o rigor probatório no Direito Administrativo não deve ser o mesmo previsto no regime jurídico das sanções criminais, mas a presunção de inocência exige um mínimo de prova da certeza da acusação imputada ao administrado e cujo ônus cabe, em regra, à Administração, sem prejuízo de que o encargo possa ser direcionado ao administrado em determinadas situações.

LXX – Há de se apontar parâmetros que conciliem razoavelmente a presunção de legitimidade dos atos administrativos com a presunção de inocência dos acusados no que tange à prática de infrações administrativas. E o principal tema que remete a tal ponderação de valores diz respeito precipuamente aos processos de formação dos atos administrativos, notadamente com vistas a se assegurar adequadamente os meios de prova que garantam a defesa dos acusados em oportunidade posterior. Cumpre buscar critérios de proporcionalidade que possam orientar na análise dos casos concretos da atuação de polícia administrativa, sem descuidar da importante missão que tem a Administração Pública e das prerrogativas de que deve realmente dispor para cumprir este mister, mas, também, sem olvidar do mínimo de proteção a direitos individuais que

devem ter aqueles que são acusados da prática de infrações administrativas ou que são alvos de medidas preventivas por parte do Poder Público.

LXXI – Na jurisdição administrativa em sentido estrito, a regra geral que trata da distribuição do ônus da prova segue o preceito expresso no art. 333 do Código de Processo Civil, que, na esteira da tradição chiovendiana, atribui ao autor o ônus da prova dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu o ônus da prova dos fatos extintivos, modificativos e impeditivos do direito apontado pelo autor. Dentre as regras específicas aplicadas à Fazenda Pública, quase nada existe em matéria de prova que seja diferente do tratamento dado aos litigantes em geral. Vale dizer, o regime probatório previsto no CPC é basicamente o mesmo para o particular e para o Estado. A única exceção parece ser a regra que trata dos efeitos da chamada confissão ficta, eis que, consoante dispõe o art. 320, II, a revelia não induz os efeitos da confissão se o litígio versar sobre *direitos indisponíveis*, já havendo precedentes jurisprudenciais no sentido de enquadrar, nesta exceção, as questões envolvendo interesses da Fazenda Pública, de modo que eventual ausência de defesa por parte Administração por si só não conduz à presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo administrado acionante.

LXXII – Como o Código de Processo Civil brasileiro basicamente não traz qualquer diferenciação no tratamento atribuído à Fazenda Pública no que concerne à distribuição do ônus da prova, decorre que as diferenças de tratamento acabam por advir do próprio Direito Administrativo, isto é, as regras processuais sobre o tema probatório refletem as mesmas prerrogativas publicistas que consubstanciam a atividade administrativa. É precisamente aí que se tem visto a incidência indiscriminada do proclamado *princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos*.

LXXIII – Não se deve dizer simplesmente que o ônus da prova cabe ao administrado (porque se presume legítimo o ato administrativo) ou que cabe à Administração (porque deve respeitar a liberdade dos administrados), eis que uma ou outra solução, se tomada como verdade absoluta, é fadada ao fracasso, não sendo difícil detectar, nos casos práticos levados aos tribunais, que existem situações muito distintas em suas peculiaridades. Por isso: (1) há casos em que somente a Administração detém, ou deveria deter (por meios razoavelmente disponíveis), os registros de prova necessários para a elucidação da verdade dos fatos; nesses casos a presunção de legitimidade não lhe poupa do encargo probatório; (2) em outros, é o administrado quem detém os meios mais adequados a servirem de prova, tendo contra si a presunção de legitimidade do ato administrativo; (3) nas situações mais problemáticas, todavia, nem a Administração nem o administrado se encontram em situação de vantagem quanto à aptidão para a prova; a solução,

nesses *casos difíceis*, depende da prudente análise do julgador com vistas à adequada ponderação entre os direitos individuais fundamentais e a supremacia do interesse público.

LXXIV – A eficácia temporal da presunção de legitimidade está marcada pelo signo da *provisoriedade*, pois no Estado Democrático de Direito a única justificativa plausível para se admitir tal presunção somente pode ser a de assegurar, à Administração, a possibilidade de execução forçada dos seus atos sem necessidade de prévia autorização judicial, garantindo-se, com isso, maior eficiência na atividade administrativa e evitando-se o comprometimento da ordem pública. Há de se observar, porém, se a Administração empregou um procedimento que, dentro dos meios possíveis e razoavelmente disponíveis, tenha assegurado o adequado registro probatório dos fatos.

LXXV – Nas situações ordinárias previstas em lei (em que não há perigo iminente), a presunção de legitimidade não mais produz efeitos quando o ato é impugnado administrativa ou judicialmente. Portanto, cabe à Administração, nesses casos, demonstrar haver adotado um adequado processo de formação dos seus atos, com todos os mecanismos de registro de provas de que razoavelmente dispunha para assegurar uma boa percepção fática pelo agente administrativo e garantir a ampla defesa pelo administrado.

LXXVI - Nas situações extraordinárias de urgência e nas quais ainda perdura a urgência (perigo iminente) declarada como justificativa da medida executada, a impugnação do ato administrativo não tem o condão de afastar os efeitos da presunção de legitimidade. Nesses casos, a autoridade revisora, verificando a continuidade da situação declarada pela Administração como sendo de urgência, somente deverá suspender liminarmente o ato se o administrado impugnante cuidar de apresentar prova pré-constituída de que tal não ocorre, ou seja, a presunção de legitimidade do ato labora em prol da sua manutenção. Isso, todavia, somente pode ocorrer na fase inicial do processo de impugnação, pois no decorrer da instrução deverão ser produzidas as provas que justificam a manutenção do ato administrativo em definitivo e, por conseguinte, também a aplicação de multa pecuniária.

LXXVII – Nas situações extraordinárias em que havia perigo iminente no momento do ato, porém este foi afastado (não há mais urgência no momento da impugnação), os efeitos da presunção de legitimidade não podem mais perdurar. Por isso, devem os autos ser instruídos com elementos de prova que puderam ser (ou podiam ter sido) colhidos pela Administração no momento da atuação.

LXXVIII – O princípio da presunção de legitimidade não prevalece nas situações de manifesta irregularidade procedimental na atividade administrativa, aí incluídos aqueles casos

em que não se observa devidamente as garantias constitucionais expressas em favor dos administrados. É da lógica do próprio sistema jurídico do Estado Democrático de Direito que assim seja, caso contrário haveria espaço à aceitação obrigatória de arbitrariedades camufladas sob o manto do regular exercício das potestades públicas. Estando o ato administrativo contaminado por vício manifesto, isto é, passível de imediata percepção, dele não podem decorrer efeitos jurídicos válidos. Se o agente administrativo vier a adotar medidas materiais coativamente contra o administrado resistente, não se terá aí exercício jurídico de um fator legítimo de autoridade, senão de um mero ato de força típico dos tempos da justiça privada. É o que a doutrina chama de (*via de fato administrativa*).

LXXIX – Não se olvida que o *direito de resistência* encontra eco nos ditames da nossa Constituição Federal de 1988, seja expressamente por meio dos institutos da greve, da objeção de consciência e das regras e princípios que consagram os direitos e garantias fundamentais, seja implicitamente como decorrência do quanto disposto no parágrafo 2º do art. 5º, no sentido de que os direitos e garantias expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Os mesmos fundamentos político-jurídicos justificadores do *direito de resistência* no campo do Direito Constitucional (como instrumento de insurgência contra o arbítrio na atividade legislativa estatal) servem à sua aplicação também na esfera do Direito Administrativo, no que concerne ao controle dos atos administrativos maculados por graves vícios de legalidade.

LXXX – O fato de haver previsão constitucional de controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não obsta a possibilidade de *desobediência civil* de atos administrativos manifestamente ilegais. Primeiro porque o acesso ao Judiciário, como garantia fundamental que é, não pode ser ao mesmo tempo tratado como um dever condicionante. Em segundo lugar, a depender da urgência e da gravidade da situação arbitrariamente imposta pela Administração, nem sempre é viável e eficaz valer-se da via judicial. Todavia, se uma pessoa desobedece a um ato administrativo regular (válido ou anulável), ela arcará com as conseqüências e sanções correspondentes a essa resistência indevida. É um *risco* que ela corre ao moldar a sua conduta aos ditames de sua consciência no que toca à suposta invalidade da determinação administrativa desobedecida. Por outro lado, não se deve invocar de modo simplório a presunção de legitimidade dos atos administrativos para se reputar ilícita eventual desobediência levada a cabo pelo particular, pois a depender da situação é possível de logo extrair elementos fáticos a demonstrar a manifesta ilegalidade da atuação administrativa e que, portanto, afastam por completo a aludida presunção.

LXXXI – A aplicação da *teoria dos atos próprios* no âmbito do Direito Administrativo recomenda que uma conduta administrativa não se revele contraditória em relação a outra conduta anterior emanada do mesmo sujeito jurídico. Seria temerário admitir-se que, a pretexto de exercer o seu poder de autotutela, pudesse a Administração suspender sumariamente os seus próprios atos de modo a frustrar de repente as justas expectativas dos cidadãos por ele beneficiados e sem lhes propiciar os meios de defesa, em flagrante afronta aos postulados da segurança jurídica e da proteção à confiança depositada na atividade administrativa. Isso se reforça ainda mais quando se trate de situações fáticas que, se já não consolidadas, seriam de difícil comprovação por parte do administrado por conta do transcurso temporal da concessão.

LXXXII – A doutrina das cargas probatórias dinâmicas, segundo a qual o encargo probatório deve ser direcionado casuisticamente à parte em melhores condições de provar, encontra especial aplicação no âmbito do Direito Administrativo, pois é a Administração Pública, na maioria dos casos, a detentora dos meios de prova ou, pelo menos, a parte tecnicamente apta a produzi-los. Por isso, 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. Como mecanismo formal de determinação da verdade que é, a presunção de legitimidade dos atos administrativos somente comporta emprego adequado naquelas situações de efetiva dificuldade probatória por parte da Administração, cabendo ao julgador, aí, a prudente ponderação entre os direitos individuais fundamentais e a supremacia do interesse público.

LXXXIII – Cabe à Administração viabilizar não apenas a eficiência da sua atuação, mas, também, a defesa do administrado em potencial futuro conflito de interesses. Deveras, se o particular nada decide sobre o procedimento a ser seguido no momento da atuação administrativa (unilateral), toda a responsabilidade sobre a adoção das formas adequadas há de recair exclusivamente sobre a Administração Pública, que, por isso, não pode se comportar comodamente escudando-se na idéia de que, em caso de eventual questionamento, poderia simplesmente invocar a presunção de legitimidade dos seus atos, transferindo para os administrados o ônus da prova quanto aos vícios de sua atuação. Ao contrário, em muitas situações deverá a Administração previamente adotar procedimentos que assegurem, dentro dos meios de que razoavelmente dispõe, os adequados registros de seus atos, para que possam servir de prova em caso de eventual litígio com os administrados.

LXXXIV – Até mesmo as medidas cautelares empregadas pela Administração Pública devem seguir um *devido processo legal* adequadamente ajustado a cada caso. A urgência que justifica a celeridade da atuação administrativa não pode servir de pretexto a caprichos arrogantes e desproporções no emprego da força. Deve sempre a Administração cuidar de adotar os adequados mecanismos de registro de que razoavelmente dispõe, a fim de assegurar ao administrado o amplo exercício da defesa *a posteriori*. Isto também pode ser considerado uma peculiar aplicação da doutrina das cargas probatórias dinâmicas no âmbito das relações jurídico-administrativas, haja vista os efeitos daí decorrentes no que concerne aos processos de formação dos atos administrativos.

**REFERÊNCIAS:**

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AGRA, Walber de Moura. **Manual de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **O acesso do consumidor à justiça no Brasil**. In: Revista de Direito do Consumidor, n. 16, out./dez. 1995, p. 22-28.

AIRASCA, Ivana María. Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W. **Cargas probatorias dinámicas**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

ALEGRE, Juan Carlos. Las cargas probatorias dinámicas en el derecho de daños. In: PEYRANO, Jorge W. **Cargas probatorias dinámicas**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. 3. ed. Traduzida. Barcelona: Bosch Casa Editorial. t 1 e 2.

ALMEIDA, Fernando Henrique Mendes de. **Noções de direito administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 1956.

\_\_\_\_\_. **Os atos administrativos na teoria dos atos jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969.

ALVIM, Eduardo. Perfil atual do mandado de segurança. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). **Direito processual público, a fazenda pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

ANDERY, Maria Amália Pie Abib *et al.* **Para compreender a ciência: uma perspectiva histórica**. 13. ed. Rio de Janeiro: Garamond; São Paulo: EDUC, 2004.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **A justiça administrativa (lições)**. Coimbra: Edições Almedina, 2005.

ANTUNES, Luciana Rodrigues. **Introdução ao direito notarial e registral**. Disponível em: [www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6765](http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6765). Acesso em: 10 ago. 2006.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **Para um direito administrativo de garantia do cidadão e da administração**. Coimbra: Almedina, 2000.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense. v 2.

ARAIA, Eduardo. Stanislav Grof rumo à psicologia holística. **Planeta**, São Paulo, n. 413, p. 56-59, fev. 2007.



ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octavio. **Sistema político brasileiro: uma introdução**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Fundação Unesp Ed., 2004.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

ARAÚJO, Rosalina Corrêa de. **O Estado e o Poder Judiciário no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ARAZI, Roland. **La prueba en el proceso civil**. 2. ed. Buenos Aires: La Rocca, 1998.

ATALIBA, Geraldo. **O direito administrativo no sistema do “common law”**. São Paulo: Editora da USP.

AUBY, Jean-Marie. **L'inexistence des actes administratifs: etude de contentieux administratif**. Paris: Éditions A. Pedone, 1951.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BARACAT, Edgar J. Estado actual de la teoria de la carga dinámica de la prueba con especial referencia a antecedentes jurisprudenciales y a la materia juzgada. In: PEYRANO, Jorge W. **Cargas probatorias dinámicas**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

BARBERIO, Sérgio José. Cargas probatorias dinámicas: Qué debe probar el que no puede probar? In: PEYRANO, Jorge W. **Cargas probatorias dinámicas**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. A nova interpretação constitucional dos princípios. In: LEITE, George Salomão. **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BENACHES, Mercedes Lafuente. **La ejecución forzosa de los actos administrativos por la administración pública**. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1991

BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales**. Buenos Aires: Ejea, 1971. v 2.

BELDA, Cesar. **Fe pública y realidad jurídica**. Disponível em [www.mappinginteractivo.com/plantilla-ante.asp?idarticulo=243](http://www.mappinginteractivo.com/plantilla-ante.asp?idarticulo=243). Acesso em 14/08/2006.

BEZNOS, Clovis. **Poder de polícia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo**. 6. ed. Buenos Aires: La Ley, 1964. t 2.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONILHA, Paulo Celso Bergstrom. **Da prova no processo administrativo tributário**. São Paulo: Ed. LTr, 1992.

BORGES, Alice Gonzalez. Processo administrativo e controle. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 226, p. 179-186, 2001.

BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

\_\_\_\_\_. **Opiniões jurídicas**. Divulgação de opiniões jurídicas expostas perante a Federação do Comércio do Estado da Bahia, a Universidade Federal da Bahia e a Associação Bahiana de Medicina, Salvador, 1974.

BUENO, Francisco da Silveira. **Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa**. Santos – São Paulo: Brasília Limitada, 1974.

BUENO, Vera Scarpinella. Devido processo legal e a administração pública no direito administrativo norte-americano: uma breve comparação com o caso brasileiro. In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). **Devido processo legal na administração pública**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

BUZAID, Alfredo. **Estudos de Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 1972.

BUZANELLO, José Carlos. **Direito de resistência constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CABRAL, Antônio Silva. **Processo administrativo fiscal**. São Paulo: Editora Saraiva: 1993.

CAETANO, Marcelo. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1970. t 2.

\_\_\_\_\_. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

CANABARRO, Américo. **Estrutura e dinâmica do processo judiciário**. Rio de Janeiro – São Paulo: Ed. Jurídica e Universitária, 1971.

CANASI, José. **Derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1972. v 1.

CARBONE, Carlos Alberto. Cargas probatorias dinâmicas: una mirada al derecho comparado y novedosa ampliación de su campo de acción. In: PEYRANO, Jorge W. **Cargas probatorias dinâmicas**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. Tributo e segurança jurídica. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Direito administrativo**. 10. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. **Processo administrativo federal (comentários à Lei n. 9.784, de 29/1/1999)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho administrativo**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. t 2.

\_\_\_\_\_. **El acto administrativo**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1981.

\_\_\_\_\_. **Estudios de derecho público**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1995.

\_\_\_\_\_. **La ejecutoriedad del acto administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971.

CASTRO NUNES. **Da Fazenda Pública em juízo**. 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1960.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1977.

CORNERO, Guillermina. El pago sin causa, los cheques de favor y la carga de la prueba. In: PEYRANO, Jorge W. **Cargas probatorias dinámicas**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

COSTA, Cristina. **Sociologia: introdução à ciência da sociedade**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do processo administrativo disciplinar**. 4. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

COSTA, Nelson Nery. **Processo administrativo e suas espécies**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria e realidade da desobediência civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

COUTURE, Eduardo J. **Estúdios de derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979. t 2.

COVELLO, Sérgio Carlos. **A presunção em matéria civil**. São Paulo: Saraiva, 1983.

\_\_\_\_\_. Presunção jurídica. In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v 60.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo comparado**. São Paulo: Editora da USP, 1972.

\_\_\_\_\_. **Do ato administrativo**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1972.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1966, v 2.

CUEVAS, José de Jesús González; ACEVES, Leticia Rocío González. **Derecho notorial**. Disponível em: [www.comarga.com/notorial.htm](http://www.comarga.com/notorial.htm). Acesso em: 14 ago. 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Direito administrativo**. 3. ed. Salvador: Edições Podium, 2004.

DABUL, Alessandra. **Da prova no processo administrativo tributário**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 788:92-107, jun. 2001.

DELLEPIANE, Antônio. **Nueva teoría de la prueba**. 9. ed. Santa Fé de Bogotá: Ed. Temis S.A., 1994.

DENTI, Vittorio. **Estudios de derecho probatorio**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América.

DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados**. São Paulo: Dialética, 1997.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DIDIER JR., Fredie. **Regras processuais no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIEZ, Manuel Maria. **El acto administrativo**. 2. ed. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina S.A., 1961.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v 3.

\_\_\_\_\_. **A reforma do Código de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. Metodologia jurídica. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord). **Enciclopédia saraiva do direito**, São Paulo, n. 52, p. 336-355, 1977.

DROMI, Roberto. **El procedimiento administrativo**. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório**. Coimbra: Almedina, 1996.

DUEZ, Paul; DEBEYRE, Guy. **Traité de droit administratif**. Paris: Librairie Dalloz, 1952.

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

ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoría general de la prueba judicial**. 5. ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia, 1981, t 1.

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FAURE, Miryam Balestro. La dinámica de las cargas probatorias: una proyección del principio que prohíbe abusar de los derechos procesales. In: PEYRANO, Jorge W. **Cargas probatorias dinámicas**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

FEIJÓ, Ricardo. **Metodologia e filosofia da ciência**. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência da direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1980.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, São Paulo, 2003.

\_\_\_\_\_. Legitimidade na Constituição de 1988. In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, R. **Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia. Supremacia**. São Paulo: Atlas, 1989.

FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

- FERREIRA, Pinto. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 1995. v 1.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- FIORINI, Bartolomé A. **Derecho administrativo**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. t 1.
- FLEINER, Fritz. **Instituciones de derecho administrativo**. Barcelona – Madrid – Buenos Aires: Editorial Labor S.A., 1933.
- FORSTHOFF, Ernest. **Tratado de derecho administrativo**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. Contraditório e invalidação administrativa no âmbito da administração pública federal. In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Devido processo legal na administração pública**. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **A prova no processo administrativo**. Curitiba: Conselho de Pesquisas da UFPR, 1972.
- \_\_\_\_\_. **Atos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1980.
- FRAGOLA, Umberto. **Gli atti amministrativi**. Unione Tipografico – Editrice Torinese.
- FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FRIEDE, Reis. **Lições objetivas de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FURNO, Carlos. **Teoria de la prueba legal**. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1954.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2004.
- GALATERIA, Luigi; MASSIMO, Stipo. **Manuale di diritto amministrativo**. 2. ed. Utet.
- GARCÍA DE ENTERRÍA; Eduardo. FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- GARRIDO FALLA, Fernando. **Regimen de impugnacion de los actos administrativos**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1956.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GIANNICO, Maricé. **A prova no Código Civil: natureza jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GÓES, Gisele. **Teoria geral da prova**. Salvador: JusPodium, 2005.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Barcelona: Labor, 1936.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao direito civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

\_\_\_\_\_. **Obrigações**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOODNOW, Frank J. **The principles of the administrative law of the United States**. New York-London: G. P. Putnam's Sons, The Knickerbocker Press, 1905.

GORDILLO, Agustín. **Princípios gerais de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

\_\_\_\_\_. **Tratado de derecho administrativo**. 6.ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 4 t.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v 1.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Ato administrativo inexistente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

\_\_\_\_\_. **Justiça Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e devido processo legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. 4. ed. Madrid: Santillana Ediciones Generales; México: Taurus Humanidades, 2003.

HART, James. **An introduction to administrative law: with selected cases**. New York: F. S. Crofts & CO, 1947.

HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif et de droit public general**. 5. ed. Paris: Larose, 1903.

IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. **La vía de hecho administrativa**. Madrid: Editorial Tecnos, 1994.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KAFKA, Franz. **O processo**. Tradução de Marcelo Backes. Porto Alegre: L&PM, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**, 2. ed., Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1992.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KIELMANOVICH, Jorge L. **Teoría de la prueba y medios probatorios**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEGUISAMÓN, Héctor E. La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W. **Cargas probatorias dinámicas**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2004.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología. Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996.

MACHADO JÚNIOR, César P. S. **O ônus da prova no processo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001.

MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Reconceituando o poder de polícia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. Presunção (direito privado). In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v 60.

MAIRAL, Héctor A. **La doctrina de los propios actos y la administración pública**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1994.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. São Paulo: Conan Editora Ltda., 1995. v 1.

MAMEDE, Gladston. **Semiologia e direito**. Belo Horizonte: Editorial 786, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. Almiro Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos. In: ÁVILA, Humberto (organizador). **Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao professor Almiro Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MASAGÃO, Mário. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.



MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Da presunção de inocência do servidor público – no processo disciplinar brasileiro o ônus da prova incumbe à administração. Rio de Janeiro: **Revista de Direito Administrativo**, n. 233, p.07-12, 2003.

MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. 14. ed. São Paulo: Manole.

MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982.

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

\_\_\_\_\_. **Da retroatividade do ato administrativo**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo moderno**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **Processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_. Segurança jurídica e confiança legítima. In: ÁVILA, Humberto (organizador). **Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao professor Almiro Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. **Estudos e pareceres de direito público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v 8.

\_\_\_\_\_. O processo administrativo. In: ABUJAMRA JÚNIOR, João (Coord.). **Direito administrativo aplicado e comparado**, São Paulo: Resenha Universitária, 1979. t 1.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Editora Saraiva, 1981.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. **Elementos de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

\_\_\_\_\_. Procedimento administrativo. In: \_\_\_\_\_. **Direito administrativo na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v 1.

MELLO, Rafael Munhoz de. Processo administrativo, devido processo legal e a Lei n.9784/99. **Revista de Processo Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 227, p.83-104, 2002.

- MERKL, Adolf. **Teoria general del derecho administrativo**. México: Ed. Nacional, 1980.
- MEYER, Hans. El procedimiento administrativo en la Republica Federal de Alemania. In: VAZQUEZ, Javier Barnes (coord.). **El procedimiento administrativo en el derecho comparado**. Madrid: Editorial Civitas. ANO?/
- MICHELLI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**. Bogotá: Ed. Temis, 1989.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1996. v 3.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MONTEIRO, Maurício Gentil. **O direito de resistência na ordem jurídica constitucional**. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003.
- MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- MONTEZANTI, Néstor Luis. **Suspensión del acto administrativo**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1993.
- MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977.
- MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- \_\_\_\_\_. O processo administrativo no rol dos direitos e garantias individuais. In: GUIMARÃES, Edgar (coord). **Cenários do direito administrativo: Estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacelar Filho**. Belo Horizonte: Decálogo Livraria Editora, 2004.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Contencioso administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- \_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Legitimidade e discricionariedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- MORRIS, Clarence. **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- MORTATI, Costantino. **Istituzioni di diritto pubblico**. 10. ed. Padova: Edizioni Cedam, 1991.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- \_\_\_\_\_; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- NEVES, André Luiz Batista. **A interpretação conforme à Constituição**. Salvador, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia.

NEVES E CASTRO, Francisco Augusto das. **Teoria das provas e suas aplicações aos atos civis**. Campinas: Servanda, 2000.

NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2000.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

\_\_\_\_\_. **Sanções administrativas e princípios de direito penal**. Rio de Janeiro: RDA n.219, jan./mar. 2000.

NONATO, Orosimbo. Presunção e ficções de direito. **Repertório enciclopédico do direito brasileiro**, v. 39, Rio de Janeiro: Borsoi, p.133.

OLIVEIRA, Antônio Carlos A. de. **Problemas de teoria geral do direito**. Salvador: Legislação e jurisprudência fiscal, 1977.

OLIVEIRA, Cláudio Brandão de. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

OLIVEIRA, Nelci Silvério de. **Filosofia geral**. Goiânia: AB, 2000.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Ato administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978.

\_\_\_\_\_. **Infrações e sanções administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Lisboa: Almedina, 2003.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PASSOS, J.J. Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense. v 3.

\_\_\_\_\_. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PASTOR, Carlos Daniel. Cargas probatorias dinámicas y su aplicabilidad a la inoponibilidad de la personalidad jurídica. In: PEYRANO, Jorge W. **Cargas probatorias dinámicas**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

PEYRANO, Jorge W. De la carga probatoria dinámica embozada a su consagración legislativa. In: \_\_\_\_\_. **Cargas probatorias dinámicas**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

\_\_\_\_\_. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica. In: \_\_\_\_\_. **Cargas probatorias dinámicas**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

\_\_\_\_\_. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: \_\_\_\_\_. **Cargas probatorias dinámicas**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

PEYRANO, Marcos L. La teoría de las cargas probatorias dinámicas en la flamante ley de enjuiciamiento civil española (Ley 1/2000). In: PEYRANO, Jorge W. **Cargas probatorias dinámicas**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

PEYRANO, Guillermo F. Una sentencia en la que se patentiza la relación entre la interpretación contractual y la carga de la prueba del cumplimiento de las obligaciones asumidas. In: PEYRANO, Jorge W. **Cargas probatorias dinámicas**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

PERELMAN, Chain; FORIERS, P. **Les présomptions et les fictions en droit**. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1974.

PÉREZ, Jesús González. **Manual de derecho procesal administrativo**. 3. ed. Civitas.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PINA, Rafael de. **Tratado de las pruebas civiles**. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 1975.

PISTOLESE, Gennaro Roberto. **La prova civile per presunzioni e le c. d. massime di esperienza**. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Millani, 1935.

POLTRONIERI, Renato. **Discricionariedade dos atos administrativos e a ambigüidade da norma jurídica positiva**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PONDÉ, Lafayette. **Estudos de direito administrativo**. Belo Horizonte, 1995.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t 3 e 4.

\_\_\_\_\_. **Sistema de ciência positiva do direito**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954. t 3.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

POUND, Roscoe. **Justiça conforme a lei**. São Paulo: Ibrasa, 1965.

RAMBALDO, Juan Alberto. Cargas probatorias dinámicas: un giro epistemológico. In: PEYRANO, Jorge W. **Cargas probatorias dinámicas**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

REGO, Hermenegildo de Sousa. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

REZENDE FILHO, Gabriel. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1966. v 2.

RIBEIRO, Débora de Oliveira. **Inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo, 2005. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo comparado**. Tradução de J. Cretella Júnior, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. **Droit administratif**. 5. ed. Paris: Précis Dalloz, 1971.

\_\_\_\_\_. Fictions et présomptions en droit public français. In: PERELMAN, Ch.; FORIERS, P. **Les présomptions et les fictions en droit**. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1974.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: EDIPRO, 2000.

RUZAFÁ, Beatriz S. Las cargas probatorias dinámicas em juicio ejecutivo. In: PEYRANO, Jorge W. **Cargas probatorias dinámicas**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v 2.

\_\_\_\_\_. **Prova judiciária no cível e comercial**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad. v 1.

SANTOS, Ernani Fidélis dos. **Algumas considerações sobre a teoria geral do processo**. Disponível em: [http://www.uniube.br/institucional/publicações/unijus/unijus\\_1.pdf](http://www.uniube.br/institucional/publicações/unijus/unijus_1.pdf). Acesso em: 28 dez. 2006.

SARAIVA, Márcia Maria Tamburini Porto. O processo administrativo como instrumento de mutação do direito administrativo: o processo igual e justo. In: GRECO, Leonardo; MIRANDA NETTO, Fernando Gama. **Direito processual e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHÄFFER, Heinz. El procedimiento administrativo austriaco: evolución, estado actual y perspectivas de futuro. In: VAZQUEZ, Javier Barnes (coord.). **El procedimiento administrativo en el derecho comparado**. Madrid: Editorial Civitas.

SCHMIDT-ABMANN, E. El procedimiento administrativo, entre el principio del estado de derecho y el principio democrático. In: VAZQUEZ, Javier Barnes (coord.). **El procedimiento administrativo en el derecho comparado**. Madrid: Editorial Civitas .ANO???

SICHES, Recásens. **Tratado de Sociologia**. Porto Alegre: Editora Globo, 1965. v 2.

SIFUENTES, Mônica. Problemas acerca dos conflitos entre a jurisdição administrativa e judicial no direito português. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 227, p. 167-206, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SIMAS, Henrique de Carvalho. **Manual elementar de direito administrativo**. Rio de Janeiro; Livraria Freitas Bastos, 1974.

SIMÕES, Mônica Martins Toscano. **O processo administrativo e a invalidação de atos viciados**. Temas de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2004. v 10.

SOUZA, Wilson Alves de. Ônus da prova – considerações sobre a doutrina das cargas dinâmicas. **Revista jurídica dos formandos em direito da UFBA**, 1999. v 6.

STIRN, Bernard. **A jurisdição administrativa**. Disponível em [www.france.org.br/abr/imagesdelafrance/jurisdição.htm](http://www.france.org.br/abr/imagesdelafrance/jurisdição.htm). Consulta em 03/10/2006.

STRECK, Lênio. **Jurisdição constitucional e Hermenêutica**. 2ª ed. Rio da Janeiro: Forense, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 84, p. 64-74, 1987.

\_\_\_\_\_. Processo e procedimento administrativo no Brasil. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUNOZ, Guillermo Andrés. **As leis de processo administrativo: lei federal 9.784/99 e lei paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SURGIK, Aloísio. Presunção absoluta e relativa (teoria da prova). In: FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 60.

SZKLAROWSKY, Leon Fredja. **A execução fiscal e a penhora administrativa**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1319>. Acesso em 16/10/2006.

TAKADA, Bin. El procecimiento administrativo en Japon. In: VAZQUEZ, Javier Barnes (coord.). **El procedimiento administrativo en el derecho comparado**. Madrid: Editorial Civitas.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A prova no processo do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 1993.

TENTOLINI, Ottorino. **La prova amministrativa**. Milano: Fratelli Bocca Editori, 1950.

TEPSICH, María Belén. Cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W. **Cargas probatorias dinámicas**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

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

VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VELASCO, Recaredo F. de. **El acto administrativo**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1929.

VERA, José Bermejo. La potestad sancionadora de la administración. In: NETO, Diogo de Figueiredo Moreira (coordenador). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. 18. ed. São Paulo: Cultrix.

WHITE, Inés Lépori. Cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W. **Cargas probatorias dinámicas**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

WHITE, Leonard D. **Introduction to the study of public administration**. 3. ed. New York: The Macmillan Company, 1948.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Structure et fonction des présomptions juridiques. In: PERELMAN, Chain; FORIERS, P. **Les présomptions et les fictions en droit**. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1974.

XAVIER, Alberto. **Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

\_\_\_\_\_. **Do procedimento administrativo**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.