



UNIVERSIDADE DO BRASIL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

O DIREITO À PROVA NA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA
Estudo de direito comparado entre França e Brasil

LARISSA CINTRA AMARAL

RIO DE JANEIRO

2008

LARISSA CINTRA AMARAL

O DIREITO À PROVA NA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA

Estudo de direito comparado entre França e Brasil

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Greco

RIO DE JANEIRO

2008

LARISSA CINTRA AMARAL

O DIREITO À PROVA NA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA

Estudo de direito comparado entre França e Brasil

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

Leonardo Greco – Presidente da Banca Examinadora
Prof. Dr. Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ – Orientador

Agradecimentos

Em primeiro lugar agradeço a Deus e à minha família, pelo sacrifício e apoio.

Em especial agradeço ao meu orientador professor Leonardo Greco, a quem devo o gosto que desenvolvi pelo direito e pela pesquisa científica nesses privilegiados anos de convivência na Faculdade Nacional de Direito.

Ao professor Fernando Gama, agradeço pela paciência e ajuda. Sem a grandiosa contribuição de sua tese de doutorado, a monografia não seria a mesma.

Agradeço à PIBIC/UFRJ pelo incentivo, que em muito contribuiu à pesquisa e à minha formação.

Também muito tenho a agradecer aos meus amigos. Entre os da faculdade, Juliana, Daniela, Carol, Diego e Felipe são alguns exemplos do enorme carinho que recebi durante esses anos.

O querido amigo Luiz Cláudio Kastrup sempre terá a minha gratidão pelos motivos que conhece bem, pelo carinho e estímulo. Fico orgulhosa de além de amiga, estar prestes a me tornar também colega de profissão.

À Laura, agradecimentos desmedidos pela amizade e estímulo para seguir a profissão.

Ao Nei, agradeço pela paciência e amor.

“La justice est la vérité en action.” - Joseph Joubert

RESUMO

Amaral, Larissa Cintra. O direito à prova na jurisdição administrativa – Estudo de direito comparado entre França e Brasil. 2008. Pesquisa (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, 2008.

Nas causas contra o Estado o cidadão encontra-se em franca desvantagem. Porém, o Estado Democrático de Direito, sob a primazia dos direitos e garantias processuais fundamentais, a sociedade exige a recuperação da busca da verdade. Nesta nova dimensão, a Administração deve agir com impessoalidade e transparência e as relações Estado-cidadão não devem mais ser condicionadas pela supremacia do interesse público. Na França, país de forte influência no direito administrativo brasileiro, Governo e Parlamento cumpriram o interesse do diálogo social e a legislação diminuiu o desequilíbrio entre o administrado e a entidade pública. A seu turno, o Conselho de Estado desempenha um papel essencial permitindo a efetividade dos direitos dos administrados. Neste trabalho, através do estudo do sistema probatório, defendemos um controle da Administração fortemente comprometido com esses direitos, tanto no seio da própria Administração, quando no seio do Judiciário. Foi demonstrado que a presunção de veracidade e impessoalidade dos atos e afirmações da Administração não dispensa das provas de seus atos e afirmações em defesa. Os processos judicial administrativo e administrativo extrajudicial devem respeitar as garantias fundamentais do processo, sobretudo as do contraditório participativo e da igualdade. Em prol da descoberta da verdade necessita-se de uma justa repartição do ônus da prova, que se exerce às vezes com a inversão do ônus da prova, quando o administrado impugna um ato restritivo de direitos ou quando não tem acesso aos meios de prova, o que é muito freqüente, e quando ele se encontra em um processo disciplinar, que deve respeitar a presunção de inocência, ou ainda a intervenção do juiz quando ele não forma sua íntima convicção com o material probatório levado aos autos. O objetivo deste estudo é, portanto, o de buscar uma justa distribuição do ônus da prova no contencioso administrativo, comparando o sistema brasileiro com o sistema francês, que muito tem a nos ensinar neste particular. O Estado brasileiro, com as mudanças impostas pela Constituição de 1988 precisa se reconciliar com a verdade; o Judiciário não pode mais encarregar o simples cidadão do ônus da prova sob o único fundamento da presunção de veracidade dos atos administrativos. Muito pelo contrário, tal presunção só deve existir até o momento de sua impugnação. Enfim, não se trata somente de buscar o ônus da prova justo, mas demonstrar que sendo a prova instrumento capaz de persuadir o <espírito da verdade>, a busca da verdade deve se desenvolver com armas iguais para os litigantes. Ora, para que essa igualdade seja obedecida são necessários não só a justa distribuição da prova, mas, para o efetivo Estado de Direito, também a boa-fé da Administração na busca pela verdade, devendo interessar-lhe tão-somente o cumprimento da lei. Assim, haverá realmente confiança no Estado, pois a sociedade deixará de vê-lo como inimigo, mas como verdadeiro guardião do bem-comum.

Palavras-chaves: Ônus da prova. Direito Processual Público. Presunção de veracidade dos atos administrativos. Direito francês.

RÉSUMÉ

Amaral, Larissa Cintra. O direito à prova na jurisdição administrativa – Estudo de direito comparado entre França e Brasil. 2008. Pesquisa (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, 2008.

Dans le contentieux administratif, il y a l'inégalité des parties. Cependant, dans l'État Démocratique, sous la primauté des droits fondamentaux et garanties procédurales, la société exige la récupération de la recherche de la vérité. Dans cette nouvelle dimension, l'administration doit agir avec impersonnalité et transparence. Les relations État-citoyen ne doivent pas plus être déterminées pour la suprématie de l'intérêt général. En France, pays qui a influencé le droit administratif brésilien, le Gouvernement et le Parlement français ont compris l'intérêt du dialogue social et la législation a-t-elle diminué le déséquilibre entre le plaideur et la collectivité. À son tour, le Conseil d'État joue un rôle essentiel en permettant l'effectivité des droits des administrés. Dans cet travail on défend un contrôle de l'administration engagé lourdement avec les droits des administrés, tant au sein de l'administration même, qu'au sein du Judiciaire. Il a été démontré que la présomption de sincérité et de désintéressement de l'administration ne dispense pas d'apporter des preuves à l'appui de ses actes et de ses dires lorsque en défense. C'est pourquoi pour faciliter la découverte de la vérité on nécessite d'une répartition équitable de la charge de la preuve, qui s'exerce parfois par un renversement de la charge de la preuve, quand l'administré conteste une acte restrictive de ses droits où quand il n'a pas accès aux moyens de preuve, ce qui est fréquent, et quand il est dans un procès disciplinaire, qui doit respecter la présomption d'innocence, ou encore l'intervention active du juge lors de la phase juridictionnelle, quand il n'a pas formé sa intime conviction avec les pièces du dossier. L'objet de cette étude c'est donc d'expliquer comment s'effectue la répartition de la charge de la preuve dans le contentieux administratif, en faisant une comparaison entre le système brésilien et le système français. L'État brésilien, avec les changements imposés par la Constitution de 1988, nécessite la réconciliation avec la vérité; le Judiciaire ne peut plus charger la preuve au simple citoyen sous le unique fondement de la présomption de véracité des actes administratifs. Au contraire, tel présomption ne peut exister que jusqu'au moment de son contestation. Enfin, il ne s'agit pas seulement de décrire comment se doit répartir effectivement la preuve entre le citoyen et l'État, mais également de démontrer qu'étant la preuve « ce qui persuade l'esprit d'une vérité », cette recherche de la vérité doit se dérouler à armes égales dans le cadre d'un procès équitable. Or, cette quête d'égalité ne peut être atteinte que si la répartition de la charge de la preuve est juste, mais il est aussi nécessaire que l'administration ait bonne foi dans la recherche de la vérité et que son intérêt soit seulement l'accomplissement de la loi. Ainsi, on aura réellement confiance en l'État, la société ne lui verra plus comme un ennemie, mais comme un véritable gardien du bien commun.

Mots-clés: Charge de la preuve. Droit Processuel Administratif. La présomption de sincérité des actes administratifs. Droit français.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA.....	14
2.1 Conceito material de jurisdição administrativa.....	14
2.2 Sistemas de jurisdição administrativa: jurisdição una e jurisdição dualista.....	16
2.3 Breve histórico da jurisdição administrativa na França.....	21
2.4 Breve histórico da jurisdição administrativa no Brasil.....	25
3. A PROVA E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO NA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA.....	30
3.1 Prova.....	30
3.2 A prova como direito.....	31
3.2.1 <u>As garantias do contraditório participativo e da paridade de armas</u>	32
3.2.2 <u>O direito à verdade material: a mitigação do princípio dispositivo e do ônus da prova formal na jurisdição administrativa</u>	35
3.2.3 <u>Ônus da prova na jurisdição administrativa e a presunção de veracidade dos atos administrativos</u>	40
3.3 A prova como dever da Administração.....	49
4. O SISTEMA PROBATÓRIO NA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA FRANCESA E OS ÓBICES AO DIREITO À PROVA NA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA BRASILEIRA.....	52
4.1 Nota preliminar: Da importância do recurso ao direito comparado.....	52
4.2 O sistema probatório no contencioso judicial administrativo brasileiro.....	54
4.3 O sistema probatório no contencioso administrativo francês.....	56
4.4 Ônus da prova e a presunção de veracidade dos atos administrativos.....	61
4.5 A colaboração das partes na busca da verdade: o princípio da cooperação.....	65
4.6 A prova e o poder discricionário dos atos administrativos.....	70
4.7 A prova e o segredo.....	71
4.8 A prova negativa.....	74
4.9 A prova no processo administrativo extrajudicial.....	76
4.10 A prova no contencioso disciplinar e a presunção de inocência.....	78
4.11 A prova e as autoridades administrativas independentes.....	78
4.12 Notas sobre a prova no contencioso fiscal.....	81

4.13 A prova e a Corte Européia de Direitos Humanos.....	84
5. CONCLUSÃO.....	86
REFERÊNCIAS.....	89

1. INTRODUÇÃO

Durante muito tempo o poder político beneficiou-se da imunidade atribuída ao “sagrado”. Na França, juristas formularam o princípio “*Le Roi ne peut mal faire*”¹, que corroborava a legitimidade da monarquia e impedia qualquer forma de controle social. Tempos depois, dominador, o Poder Executivo cercou-se de privilégios e do mito do impenetrável segredo de Estado para proteger-se de quaisquer *perigosas* contestações sociais.

Hoje, a sociedade contemporânea, sob o primado dos direitos humanos, pós Revolução científica, exige a efetivação do Estado de Direito, pautado em relações de transparência, onde o segredo só pode ser alegado em casos excepcionalíssimos, como estado de sítio ou defesa. Ela que ver a realização dos fundamentos desse Estado de Direito, os direitos fundamentais e as garantias processuais, que respaldam o processo justo. Nesse contexto, de nada adiantam os direitos do cidadão, se processo garantístico não for respeitado, se o Estado resistir a segui-lo.

Infelizmente, no Brasil o ranço da lógica da autoridade que goza de imunidades e privilégios injustificados, permaneceu. A hipossuficiência do cidadão frente ao Estado continuou abandonada ao descaso das autoridades dos três poderes. Os direitos fundamentais e as garantias processuais tão cuidadosamente expostos na Carta Constitucional de 1988 viram letra morta quando o cidadão entra na *via crucis* que é o litígio contra o Estado. Velhos quadros e institutos anacrônicos frustram a tão sonhada redemocratização. O Legislativo, apesar de pequenos avanços, não pára de retroceder e continua privilegiando o Poder Público de maneira muitas vezes injustificada; o Executivo, não larga sua estrutura patrimonialista, não profissionaliza e não educa adequadamente seus servidores quanto aos direitos dos administrados e o Judiciário, que seria nossa esperança, protege o Poder Público, fechando os olhos para as garantias do cidadão que litiga com a Administração. Não conseguimos entender o motivo dessa proteção, se no bojo do Estado de Direito a Administração deve velar estritamente pelo cumprimento da lei e deveria sair satisfeita de um processo litigioso, ainda que sucumbente se, exercendo seu dever de colaboração com a verdade, perceber que o direito do administrado foi assegurado. Na prática, quando o cidadão resolve enfrentar um processo litigioso contra o Estado depara-se com um sistema estrangulado.

¹ O princípio do “*the king can do no wrong*”, que traduzia a idéia da irresponsabilidade civil do Estado também era invocado nos países da *common law*.

Na impugnação de um ato administrativo, o direito à prova e à verdade administrado esbarra na presunção de legalidade dos atos da administração. É de admirar-se, mas a dita presunção não cessa mesmo em juízo e o ônus da prova da impugnação de um ato administrativo, na maioria das vezes recai como um fardo nas costas do cidadão. Ainda mais surpreendente é o fato de a doutrina tradicional e jurisprudência majoritária continuarem a entender nesse sentido, sem perceber o conflito entre uma presunção de legalidade dos atos do Poder Público, diga-se, *não positivada*, e garantias processuais básicas erigidas na nossa Constituição, como é o caso da paridade de armas e do contraditório, decorrente do princípio da participação democrática. Isso sem falar no conflito com outros direitos fundamentais materiais, como o princípio geral da presunção de inocência nos casos de processos sancionatórios.

Aflitos com essa resistência do Brasil em manter a ultrapassada lógica da autoridade em detrimento da lógica do cidadão, traçamos um paralelo entre o que ocorre no sistema probatório no contencioso judicial administrativo pátrio e o sistema probatório do contencioso administrativo francês, país que influenciou nosso direito administrativo e de quem herdamos muitos dos institutos que hoje não fazem mais sentido, mas que continuamos aplicando.

Não há motivos para suspense. Deparamo-nos com felicidade com um sistema em que, apesar de ser a própria Administração competente para resolver seus litígios com os administrados, é respeitosa das garantias fundamentais do processo e provedor de todos os meios capazes de compensar o desequilíbrio de forças inerente a esse contencioso.

Ao contrário do que narra a história oficial do direito administrativo, o surgimento desse direito, no sentido de estar atrelado à efetiva concepção de Estado de Direito, não foi fruto da Revolução Francesa. Através de uma manobra engendrada a pretexto do princípio da separação dos poderes, os revolucionários criaram um “Direito da Administração”, para que o Executivo se livrasse do controle e da imparcialidade de um outro poder, o Judiciário.

A submissão do Executivo ao direito e à legalidade, que representaria a vontade dos cidadãos, não foi o que efetivamente ocorreu na França pós-revolucionária. O Conselho de Estado, além de exercer o papel de instituição suprema do contencioso administrativo, foi quem construiu o direito administrativo francês, através de sua jurisprudência. Vale lembrar que até bem recentemente o direito administrativo francês era essencialmente pretoriano e foi no bojo dessa importante instituição que se criou o direito especial da Administração Pública.

Ou seja, a idéia que se tem de que a Revolução Francesa instaurou o princípio da legalidade administrativa, tornando o Executivo subordinado à vontade do Parlamento, é desbancada pela total falta de cunho garantístico de direitos individuais em uma

Administração que não só edita suas normas como também é competente para solucionar em caráter definitivo os litígios contra seus administrados.

Outro paradoxo que põe em xeque a real intenção dos revolucionários é o princípio da separação dos poderes e a criação de uma jurisdição administrativa.

Embora o surgimento dessa outra ordem jurisdicional tenha sido formalmente amparado pelo bordão « *juger l'administration, c'est encore administrer* »¹, vedando o « juiz judiciário » de imiscuir-se nos assuntos da Administração, sua real intenção foi de alargar a liberdade decisória da Administração, distanciando-se dos tribunais, dos quais os revolucionários guardavam absoluta desconfiança.

Portanto, parece-nos evidente que o nascedouro do direito administrativo, ou melhor, do Direito da Administração, estava despido de quaisquer propósitos garantísticos. Ao revés, apesar de comumente a origem garantística do direito administrativo estar associada ao acontecimento liberal do Estado de Direito, é hoje reconhecida a raiz monárquica de boa parte dos institutos e categorias do direito administrativo. Trata-se de uma teoria elaborada tendo em vista a preservação de uma lógica da autoridade, e não de uma lógica cidadã, assim conservando o ranço do Antigo Regime e da verticalidade das relações entre soberano e súditos.

A manutenção de diversos princípios e institutos enraizados dessa lógica da autoridade, tais como o ultrapassado princípio da supremacia do interesse público, a arbitrariedade sob o invólucro da discricionariedade e a insindicabilidade do mérito administrativo, e notadamente a presunção de veracidade dos atos administrativos inclusive após a impugnação dos atos administrativos, choca-se com a reestruturação constitucional e primado dos direitos fundamentais.

Na esteira dessa excessiva legitimação do poder em detrimento da liberdade, alheia à efetiva realização de direitos fundamentais, destaca-se a questão da prova no contencioso administrativo e de seus freqüentes óbices à busca da verdade no processo.

A escolha pela análise do estudo de direito comparado entre o sistema probatório no contencioso administrativo francês e o sistema pátrio, justifica-se pela influência francesa no direito administrativo brasileiro, sob os influxos dos princípios inspirados na Revolução Francesa, que se adequaram perfeitamente aos anseios de legitimação do poder da Coroa Portuguesa.

Procuramos analisar a evolução histórica do sistema probatório na jurisdição administrativa francesa desde seu nascedouro, sob o prisma da absoluta prevalência do interesse público sobre o interesse do particular, até nossos dias sob a influência da Corte

Européia de Direitos Humanos, que pressionou o contencioso administrativo a assegurar a paridade de armas como direito de acesso à justiça.

Diante dessa revisão crítica da história do direito administrativo, que procura desmistificar o milagroso surgimento de uma vertente garantística na França pós-revolucionária, nosso trabalho foi suscitado justamente pela interessantíssima evolução do contencioso desse país desde a absoluta lógica da autoridade ao respeito pelos direitos humanos e garantias processuais.

Assim, alguns juristas afirmam que só pouco a pouco é que o Direito Administrativo vai deixando de ser o direito dos privilégios especiais da Administração, para se tornar o direito regulador das relações jurídicas administrativas e consideram milagrosa a sua transformação de “direito da Administração” em Direito Administrativo.

Por não acreditarmos em milagres no direito e sim na evolução social e jurídica que o mundo experimenta no primado dos direitos fundamentais, o que aguçou nossa curiosidade nesse trabalho foi o questionamento de como o Brasil, país de Jurisdição una e imparcial pode respeitar menos as garantias processuais e direitos fundamentais do cidadão do que um país como a França, marcado pela Jurisdição dual e criação de direito administrativo no próprio seio da Administração.

Não obstante os alarmantes privilégios processuais² dos quais a Fazenda Pública goza em juízo, nesse estudo focamo-nos no sistema probatório do contencioso administrativo, principalmente nos institutos de presunção de veracidade e ônus da prova, posto que a presunção de veracidade dos atos da Administração constitui óbice a se refletir não apenas no momento em que os direitos individuais poderão ser exercitados perante o Poder Público, ela vai além alcançando o próprio julgamento de mérito da controvérsia em face do Estado, de modo a atingir drasticamente o direito subjetivo do particular.

Iniciamos o estudo com um mapa do contencioso administrativo na França e no Brasil, após, contextualizamos esse contencioso inserido num sistema probatório sob o primado dos direitos fundamentais e das garantias processuais, finalizando com diversas questões pontuais em matéria de prova, tais como ônus da prova e segredo de Estado, quando o cidadão litiga com o Poder Público, sempre contrapondo o sistema francês com o brasileiro.

2. JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA

² Entendemos que as *prerrogativas* processuais apenas justificam-se quando servem à estrita necessidade de manter o equilíbrio das partes em juízo. Ultrapassado o limite de tal necessidade, tais prerrogativas tornam-se verdadeiros *privilégios* processuais.

2.1 Conceito material de jurisdição administrativa

No presente estudo sobre o direito à prova na jurisdição administrativa, analisaremos o sistema probatório no âmbito do direito processual de interesse público, vale dizer, nas causas da Fazenda Pública em juízo, tanto no sistema jurisdicional dualista francês, quanto no sistema jurisdicional pátrio.

Preliminarmente, insta esclarecer que no título da presente monografia optamos pelo sentido lato ou material da expressão “jurisdição administrativa”, adotado por vários autores, de modo a compreender as pretensões e litígios de matéria de direito público, em que um dos litigantes seja ente da Fazenda Pública, integrante da Administração Pública direta ou indireta, sob regime jurídico público especial, não abrangendo, desse modo, seu litígios de direito material privado (causas do Direito Civil, Direito Empresarial, do Direito do Trabalho e etc.).

O eminente professor Leonardo Greco se vale dessa expressão em estudo da “Busca da Verdade e a Paridade de Armas na Jurisdição Administrativa”, que tanto aborda sistemas de jurisdição uma quanto sistemas de jurisdição dualista.³

Outras expressões orbitam pelo universo do direito processual público, ora querendo compreender sistemas de jurisdição dualista, em que existe uma ordem jurisdicional autônoma, distinta do Poder Judiciário, no próprio seio da Administração Pública, competente para os litígios de direito público, ora querendo apenas compreender o estudo processual destes mesmos litígios, independentemente do órgão ou da ordem jurisdicional competente, que são as acepções amplas ou materiais dessas expressões.

José Carlos Vieira de Andrade, professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, explica que a “justiça administrativa” entendida em sentido amplo, quase “natural”, pode ser definida como um sistema de mecanismos e de formas ou processos destinados à resolução das controvérsias nascidas de relações jurídico-administrativas.⁴

Em visão sempre percuciente, Diogo de Figueiredo Moreira Neto aponta que:

³ GRECO, Leonardo. *A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa*. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos n.º 9. p.119.

⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *A Justiça Administrativa (Lições)*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 9.

A expressão *Contencioso Administrativo* é empregada em duas acepções e, por isto, é necessário termos sempre em mente que, em sentido lato, é tomada por contenda, controvérsia, litígio, envolvendo *matéria* administrativa, isto é, concernente a relações jurídicas administrativas litigiosas – esta é a acepção *material* da expressão; em sentido restrito, *Contencioso Administrativo* é designativo da forma de especialização da atividade administrativa para, em órgãos diferenciados da Administração ativa, julgar aqueles litígios – é, pois, a acepção *formal*.⁵

Vieira de Andrade lembra que muito já se conceituou a justiça administrativa relacionando-a somente com sua finalidade da garantia dos particulares contra acusações ilegítimas da Administração. Ele explicita, porém, que essa definição advém do conceito oitocentista de reação à administração centralizada no contexto do Estado de pré-compreensão liberal, em que a Administração ativa era vista como inimiga das liberdades.⁶

De fato, no último período do Estado Absoluto, entre os séculos XVII e XVIII, uma parte da Europa experimentou o Estado de Polícia, de profunda intromissão nos direitos dos particulares. O termo “polícia”, sob ângulo político, representava o reforço progressivo do poder estatal na figura do príncipe subjacente à rotulada “ordenação da coisa pública”. O jus eminens concedia o poder administrativo em sua totalidade às mãos do príncipe, englobando o dominium eminens e o potestas eminens, que respectivamente tratavam-se do direito de dispor das coisas dos súditos para atender ao bem público e o poder do príncipe sobre a liberdade das pessoas.⁷

Porém, no âmbito do Estado Social de administração descentralizada, o conceito de justiça administrativa não pôde mais limitar-se à relação com as garantias dos cidadãos nem por sua estrutura, nem função. Basta nos lembrarmos das contendas na jurisdição administrativa, diga-se, cada vez mais numerosas, em que não há particulares atuando no processo, mas apenas entes administrativos litigando entre si.⁸

É claro que, apesar de a justiça administrativa desbordar seus limites conceituais em torno das garantias dos particulares, haja vista sua outra finalidade de persecução do interesse público e os processos em que litigam apenas entes da própria administração, as garantias dos particulares constituem o núcleo do contencioso administrativo, seja pela questão histórica de sua origem e desenvolvimento, seja pela questão prática de que as lides de particulares contra a Administração representam a esmagadora maioria dos processos na Justiça Administrativa.

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Contencioso Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 3.

⁶ VIEIRA DE ANDRADE. Op. cit., nota 5, p. 9.

⁷ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. São Paulo: R. dos Tribunais, 2000. p.20.

⁸ O crescente número de litígios entre os entes da administração chamou atenção até da imprensa:

Por derradeiro, impede deixar claro o uso da expressão “jurisdição administrativa” neste trabalho. Inobstante não nos escapar que talvez outra expressão, como “contencioso judicial administrativo” transmitisse maior clareza para definir os processos judiciais em que o Estado figure como parte em lides que não envolvam matéria cível ou penal⁹, aqui a locução “jurisdição administrativa” justifica-se por ser o trabalho estudo de direito comparado com o sistema jurisdicional francês nas causas em que a Fazenda Pública investe-se de regime jurídico público especial, a compreender o processo gracioso (para nós, processo administrativo extrajudicial ou voluntário) e o processo administrativo judicial. No sistema jurisdicional pátrio, conquanto não haja “jurisdição administrativa” em estrito senso, serão abrangidas questões probatórias do processo administrativo judicial, do controle judicial dos atos administrativos e algumas notas do processo administrativo extrajudicial para que se possa traçar um paralelo com o processo administrativo gracioso francês, que constitui etapa prévia do processo administrativo judicial naquele país.

2.2 Sistema de jurisdição administrativa: jurisdição una e jurisdição dualista

Foi através da fórmula do princípio da separação dos poderes que a tradição jurídico-política ocidental encontrou solução para o problema orgânico da existência de matéria contenciosa entre Estado e indivíduo, a ser dirimida pelo Direito. Cada país com seu sistema, porém, equacionou o binômio legalidade-controle do Estado de Direito, de acordo com sua interpretação do princípio da separação dos poderes.

Os países que optaram pelo sistema de jurisdição una, como o Brasil, seguiram a interpretação anglo-saxônica do princípio da separação dos poderes, dando ao Poder Judiciário o monopólio de jurisdição.

Apesar de alguns atribuírem a origem do sistema judiciário ou de jurisdição una à Bélgica, em 1831, para a maioria a origem é do sistema anglo-saxão, decorrente das lutas do povo contra os privilégios da Coroa inglesa, a partir da segunda metade do século XVII, com a formulação de documentos como o Habeas Corpus Act (1679), Bill of Rights dos Oranges (1689) e o Act of Settlement (1701). A jurisdição única teria surgido precisamente quando este último concedeu estabilidade aos juízes e os separou do poder real, atribuindo-lhes

⁹ Sobre o sentido dessas expressões, v. MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Ônus da prova no Direito Processual Público*, Rio de Janeiro: Tese de Doutorado da UGF, 2008, inédita. P. 25

competência para julgar as questões comuns e as questões administrativas. O sistema judicial da Inglaterra passou para as colônias norte-americanas, sendo erigido em norma constitucional com a Independência. Os tribunais administrativos também existem neste sistema, porém sem proferirem decisões definitivas e conclusivas. No sistema de jurisdição una, então, o Poder Judiciário é o único competente para decidir com autoridade final.¹⁰

Já a criação de uma ordem de jurisdição administrativa em vários países da Europa continental, inspirados no modelo jurisdicional francês, pressupõe a coexistência de duas esferas de jurisdição¹¹: de um lado a jurisdição judiciária, competente para apreciar matéria civil e penal, e do outro a jurisdição administrativa, composta por juízes administrativos advindos de escolas de administração, cuja competência alcança a maior parte dos litígios em que o Estado, a Administração Pública, figura como parte.

A ordem de jurisdição administrativa também logicamente pressupõe o estabelecimento de um regime próprio da Administração, definido no domínio da função administrativa, em cujo conjunto de relações a Administração reveste-se de poderes de autoridade com vistas à persecução do interesse público.

Alguns autores caracterizam a jurisdição administrativa sob o aspecto material, de modo que a ela só seriam submetidos litígios emergentes de relação jurídico-administrativa. Em consequência, excluir-se-iam as questões de direito privado em que a Administração exerce sua capacidade privada, submetida ao regime comum das normas de direito privado.

Outros a analisam somente pelo aspecto funcional ou em sentido orgânico-processual, que a caracteriza por realizar um processo especial de julgamento, mas a melhor e mais moderna concepção do sistema do contencioso administrativo, que condiz com a evolução desses sistemas em vários países europeus, parece ser a que opta por mesclar modelos objetivistas, que ampliam a legitimidade de iniciativa processual, com subjetivistas, que fornece proteção intensa aos direitos dos administrados.¹²

Na história do contencioso administrativo podem-se observar três modelos básicos de sua organização: administrativista, judiciarista ou quase-judicialista e judicialista. O modelo administrativista, a que também se convencionou chamar de “autotutela” ou de “justiça reservada”, em que se encontrava a figura do administrador-juiz, a decisão final de litígios

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Contencioso Administrativo na Emenda n. 7/1977*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, (10): 247-79, jun. 1977. p. 250.

¹¹ Vale anotar que apesar de a Constituição Francesa de 1958 citar apenas a função consultiva do Conselho de Estado, a competência das jurisdições administrativas na França tem *status* constitucional por decisão do Conselho Constitucional (23 de janeiro de 1987 – Conseil de la Concurrence), que diz que tal competência trata-se de princípio fundamental reconhecido por leis da República, conforme a tradição francesa da separação de poderes.

¹² VIEIRA DE ANDRADE. Op. cit., nota 5, p. 11 e ss.

administrativos competia à Administração ativa. Esse foi o modelo típico dos primórdios do sistema de administração executiva, do modelo liberalista perpetrado pela França, como veremos em tópico específico do histórico desse país. Contextualizado em época de forte centralização estatal, o modelo justificava-se invocando a busca do interesse público, na época concebido como interesse da sociedade como um todo, alheio aos interesses individuais. Ele baseava-se na interpretação tradicional francesa da separação de poderes, que postulava a livre atividade administrativa estadual, subordinada apenas ao controle político. Mesmo que tal interpretação tenha sido fruto da Revolução Francesa, tanto no regime parlamentarista quanto no regime monárquico, a Administração sofria apenas fiscalização política, sob a desconfiança em relação ao poder judicial.

Já no modelo judiciarista ou quase-judicialista, chamado também de “jurisdição delegada”, a resolução das causas da Administração cabe a autoridades judiciárias, que seriam órgãos administrativos independentes, alheios à orgânica dos tribunais, apesar de muitas vezes receberem o nome de tribunais administrativos. Tais órgãos possuem funções específicas de controle e atuam segundo procedimento contraditório, embora no mais das vezes sem autoridade executiva. Esse modelo é considerado intermediário na transição dos modelos administrativistas e judicialistas.¹³

Evolutivamente, como observaremos em tópico específico do histórico do modelo tradicional francês, sedimentou-se o modelo judicialista, em que os litígios jurídicos administrativos são submetidos a tribunais integrantes de uma ordem judicial, em tribunais comuns ou tribunais especializados em razão da matéria. Esse é o padrão atual dos países que adotam a jurisdição dualista, que entende a subordinação de toda atividade administrativa ao Direito, atribuindo a verdadeiros tribunais a competência para conhecer todos os litígios emergentes de relações jurídico-administrativas.

Os países que adotam a dualidade de jurisdição sofriam críticas - e eventualmente ainda sofrem - em relação à dificuldade em se fixar os limites de competência de cada ordem jurisdicional, à falta de celeridade processual e à efetiva execução no seio da própria Administração, além de por vezes ser questionada a imparcialidade de um juiz administrador.

A existência da dualidade de jurisdição e suas regras de competência, que são naturalmente complexas para leigos, poderiam constituir óbice ao direito de acesso à justiça do requerente. A eventual imposição do conhecimento destas regras pelo requerente poderia desencorajá-lo a iniciar um processo que lhe seria ainda mais lento e custoso. Estes eventuais

¹³ Porém, há de se ressaltar que na França subsiste o modelo de jurisdição delegada na instituição do Conselho de Estado pelo prestígio histórico da instância suprema do contencioso administrativo, que embora formalmente incluído nesse modelo de jurisdição, na prática aproxima-se do modelo judicialista de tribunais especializados.

entraves são solucionados pelos “Tribunais de Conflitos”, que resolvem conflitos positivos e negativos de competência.¹⁴

Outro ponto que poderia acirrar a complexidade da dualidade de ordens de jurisdição é o das questões prejudiciais, quando uma das ordens competente para julgar determinada demanda depara-se com uma questão que não é de sua alçada. Porém, na prática note-se que o sistema dual de jurisdição não obsta que a questão prejudicial de direito privado seja apreciada pela ordem jurisdicional administrativa e vice-versa.¹⁵

Em relação à criticada falta de celeridade nos processos, na França as recentes reformas na ordem administrativa, notadamente em relação aos *référés*¹⁶ (requerimentos de urgência), principalmente em matéria de liberdades e a criação de “Cours administratifs d’appel” (cortes recursais) em 1987 permitiram evitar com sucesso o problema da lentidão das jurisdições administrativas.¹⁷

Por fim, cabe aqui destacarmos a importante evolução histórica do juiz administrativo no sentido de que ele bem soube conciliar as exigências de ordem pública com a necessidade de proteção das liberdades individuais, deixando para trás a clássica e atualmente inócua discussão sobre se não seria o juiz judiciário o melhor protetor das liberdades individuais. Naturalmente, a evolução da imparcialidade do juiz administrativo com vistas à proteção das garantias individuais dos administrados deveu-se em muito graças às pressões das cortes internacionais de direitos humanos, notadamente à Corte Europeia de Direitos Humanos.

Aos naturais questionamentos acerca da imparcialidade do juiz administrativo, podemos esclarecer que o juiz administrativo dispõe estatutária e juridicamente de uma completa independência principalmente frente à Administração ativa.¹⁸

¹⁴ O “Tribunal de Conflits” também é competente para resolver *conflits de décisions* (v. loi 20 avril 1932), isto é, quando as duas ordens de jurisdição, sem declinarem de sua competência, prolatam decisões contraditórias, acarretando em denegação de justiça, esse tribunal é competente para decidir o mérito em última instância e para resolver *conflits sur renvoi* (v. décret du 25 juillet 1960), quando o « Conseil d’État » ou a « Cour de Cassation » submetem preventivamente o « Tribunal de Conflits » quando um litígio é suscetível de acarretar conflito de competência entre as duas ordens de jurisdição.

¹⁵¹⁶ Nesse sentido, José Carlos Vieira de Andrade faz referência à conjugação dos princípios da devolução facultativa com o da suficiência discricionária consagrados em Portugal, onde se tem entendido que por economia processual o juiz deve optar por decidir a questão prejudicial se esta for simples (artigos 4º, nº 2 do ETAF e 7º da LPTA). VIEIRA DE ANDRADE. Op. cit., nota 5, p. 11.

¹⁶¹⁷ V. Loi du 30 juin 2000.

¹⁷¹⁸ Em nome da celeridade do processo o décret n°2005-911 du 28 juillet 2005 acrescentou ao artigo R311-1 do Code de Justice Administrative francês o parágrafo 7º ampliando o rol de competências do Conselho de Estado em primeira e última instância nos casos de ações de responsabilidade dirigidas contra o Estado por duração excessiva do processo perante órgãos da justiça administrativa. Acessado no sítio eletrônico <http://www.legifrance.gouv.fr> em 15/04/2008.

¹⁸¹⁹ Há uma questão delicada acerca da cumulação de funções consultivas e contenciosas de membros do Conselho de Estado, que vem sendo debatida pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Vide casos: CEDH *Procola c/ Luxembourg* (28 septembre 1995) e CEDH *Sacilor Lormines c/ France*.

Exemplos reais de tal independência são os poderes de injunção e de imposição de astreintes, que também acabam por denotar a evolução do contencioso administrativo na ainda mitigada execução no próprio seio da Administração¹⁹.

Além disso, é possível vislumbrar mediante simples análise jurisprudencial, a ser exposta nesta monografia no âmbito do sistema francês, que o juiz administrativo protege o particular e seus direitos, assim como qualquer juiz judiciário.

Vale lembrar que o juiz administrativo não detém o monopólio da jurisdição administrativa e que o princípio de separação das autoridades administrativas não impede que o “juiz judiciário” conheça certos aspectos da ação administrativa. O juiz administrativo é apenas o juiz natural da ação administrativa.

Os sistemas de dualidade de jurisdição tanto na França quanto nos países europeus que seguiram seu modelo, inobstante passíveis de críticas, como quaisquer outros sistemas jurídicos, costumam funcionar bem e são frutos de uma tradição secular daqueles países. As críticas mais freqüentes eram relacionadas à lentidão do processo e à complexidade de normas para os requerentes. Porém, como foi dito, a jurisdição administrativa desfrutou nos últimos tempos de reformas que melhoraram consideravelmente tanto a duração dos processos quanto o esclarecimento de normas e de sua organização.

Reformas radicais foram sugeridas, como a limitação de competência do juiz administrativo ao contencioso da legalidade ou mesmo a fusão das ordens de jurisdição.²⁰ Entretanto, frente ao bom funcionamento do sistema francês, respeitoso das garantias fundamentais do cidadão, e em nome da manutenção de uma tradição, haja vista que uma fusão das jurisdições acarretaria em uma mudança muito grande, e especialmente tendo em vista que seus originais fundamentos históricos já estão ultrapassados, não observamos problemas na manutenção do sistema dual de jurisdição nesses países.

2.3 Breve histórico da jurisdição administrativa na França

Como foi dito, o sistema jurisdicional francês caracteriza-se pela coexistência de duas ordens de jurisdição: de um lado a jurisdição judiciária, que abrange as esferas civil e penal, e

¹⁹²⁰ Na França os defensores da jurisdição administrativa alegam que os juizes administrativos, advindos da ENA (Escola Nacional de Administração), conhecem melhor a realidade da Administração e que suas decisões podem fazer surtir efeitos mais concretos, tendo em vista que a Administração ativa se curvaria mais facilmente às regras instituídas no seio de uma ordem jurisdicional dentro de seu mesmo Poder.

do outro a jurisdição administrativa, cuja competência alcança a maior parte dos litígios em que o Estado, a Administração Pública, figura como parte.

O surgimento de outra ordem jurisdicional na França, embora formalmente amparado por uma interpretação tradicional do princípio da separação dos poderes, bem traduzida na máxima « *juger l'administration, c'est encore administrer* », que vedava o « juiz judiciário » de imiscuir-se nos assuntos da Administração, sua real intenção foi de alargar a liberdade decisória da Administração, distanciando-se dos tribunais, dos quais os revolucionários guardavam absoluta desconfiança.

A criação da chamada Jurisdição Administrativa, em sentido estrito, decorrente da exegese dita tradicional do princípio da separação dos poderes, por muitos é compreendida pelo receio que tinham os revolucionários de que os juízes retomassem a política de oposição aos governantes do Executivo, agora contra o governo vitorioso da Revolução de 1789.²¹

Segundo o comissário de governo Sainte-Rose é o princípio da separação das autoridades administrativas e judiciárias o fundamento da competência da jurisdição administrativa e não o princípio da separação dos poderes, haja vista que a separação de poderes não acarreta necessariamente a separação das autoridades administrativas e judiciárias²², como se pode constatar em países de jurisdição una, como o Brasil.

Além disso, a existência de uma jurisdição administrativa própria adveio da necessidade de se criar um « direito administrativo » autônomo, que resguardasse o « interesse geral » e outros princípios que lhe são inerentes.

Não obstante renomados autores, talvez tomados pela idéia de modernidade, confirmassem incisivamente a ruptura total com o Antigo Regime pós Revolução Francesa, atribuindo à lei 28 pluviose do ano VIII (1800) o marco do nascimento do Direito Administrativo, hoje é reconhecida a raiz monárquica de diversos institutos jurídicos pós-revolucionários e o inegável vínculo com o Estado Absoluto.²³

Odete Medauar lembra que, dentre outros, Prosper Weil chegou a anunciar que « o direito administrativo emerge lentamente do nada ».²⁴ Mas é certo que parte da doutrina reconhece, embora com matizes, o prolongamento de figuras do Antigo Regime.²⁵

²¹ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 158.

²² Conclusions no Tribunal de Conflits. 17 février 1997, n° 03045, Menvielle, La Semaine Juridique Édition Générale n° 30, 23 Juillet 1997, II 22885.

²³ MEDAUAR. Op. cit., nota 8, p. 16 e ss.

²⁴ Ibid., p.16.

²⁵ Ibid., p; 16. Odete Medauar cita o nome do mestre Jean-Louis Mestre, que, entre outros, afirmava que o direito administrativo foi produto de longa história e não a partir de uma lei e de uma data, embora tenha ganhado organização e reconhecimento pós- Revolução Francesa.

A título exemplificativo, o próprio estabelecimento do Conselho de Estado no ano VIII da Revolução, tido por muitos como sendo de caráter inovador, na verdade, inspirava-se no Conselho do Rei do Estado monárquico.

Como para os revolucionários não bastava afastar o Judiciário, tornou-se imperativo que se estabelecesse um juízo para as causas administrativas. Em um primeiro momento a própria Administração ativa cuidou desses litígios, indo de encontro ao senso comum de que ninguém é bom juiz de si mesmo. O modelo inicial da autotutela vigorou até 1799, ano VIII da Revolução, quando do advento do Conselho de Estado. Nessa oportunidade, convencionou-se o modelo de justice retenue, na qual o soberano reservava para si o exercício da justiça, em vez de delegar tal atribuição aos tribunais.

O ministro responsável pela decisão funcionava como primeira instância julgadora, com a possibilidade de recurso ao Conselho de Estado (central) e aos Conselhos de Prefeitura (departamentos).²⁶

Ao Conselho de Estado, portanto, cabia emitir pareceres, sem efetivamente decidir, mas na prática sempre eram seguidos, até porque quase sempre em harmonia com decisões do Primeiro Cônsul.

O modelo de justiça retida ou reservada vigorou até 1872, ano da edição de lei que ampliou a autonomia do Conselho de Estado, estabelecendo-se o sistema de jurisdição delegada.

Apesar da ampliação da autonomia, o contencioso administrativo mantinha imenso grau de dependência com a Administração ativa, uma vez que seus órgãos continuavam ostentando a condição de apenas consultivos, sem poderes próprios, mas sim delegados pelo Executivo, e ainda, sua jurisdição só era exercida de forma recursal, após julgamento da causa pelos ministros.²⁷

A efetiva emancipação do contencioso administrativo francês deu-se no acórdão « Cadot » de 13 de dezembro de 1889, no qual o Conselho de Estado passou a admitir interposição de recurso diretamente para ele sem a necessidade de apresentação prévia aos ministros de Estado, abandonando em definitivo a figura do ministro-juiz.²⁸

A jurisdição administrativa, como foi esclarecido, encontra seus fundamentos sólidos na história do direito francês e notadamente da concepção francesa de separação dos poderes.

Também neste sentido SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra : Almedina, 2003. p.28 e 29.

²⁶ SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da. *Ibid.*, p. 30.

²⁷ SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da. *Ibid.*, p. 33.

²⁸ Jurisprudência acessada no sítio eletrônico < http://www.conseil-etat.fr/ce/jurisp/index_ju_la04.shtml > em 10 de junho de 2008.

Assim, no Antigo Regime o Conselho do Rei foi o ancestral da jurisdição administrativa, que gerou os contenciosos administrativos. Em sua forma atual, a jurisdição administrativa francesa apareceu entre a Revolução e o Consulado. A criação do Conselho de Estado resultou de uma dupla preocupação: da desconfiança dos revolucionários frente ao poder judiciário e a necessidade de controlar a administração pelo governo.

A perenidade da jurisdição administrativa foi alcançada pela extensão de seus poderes com a lei de 24 de maio de 1872, que reconheceu efetivamente o Conselho de Estado, ao permitir a passagem da justiça retida para a justiça delegada, além do acórdão Cadot de 1889, que suprimiu a ficção do ministro-juiz.

Depois de mais de um século, o juiz administrativo pôde ter suas decisões agraciadas pela autoridade da coisa julgada e as do Conselho de Estado receberam o mesmo caráter definitivo dado às decisões da Corte de Cassação.

O acórdão Casanova de 1901 preparou um movimento de extensão do interesse de agir em matéria de excesso de poder que abriu largamente aos administrados o contencioso da legalidade dos atos administrativos, enquanto com o acórdão Canal em 1962, o Conselho de Estado demonstrou sua independência em relação ao governo.²⁹

Como se percebe, a jurisdição administrativa foi pouco a pouco ancorada no sistema jurídico francês ao longo de sua história e impôs sua legitimidade através de um rigoroso controle da administração e de uma atenção voltada à proteção dos cidadãos ao mesmo tempo em que definia o interesse geral e o serviço público.

Apesar de tudo, e a despeito de há muito pertencer à paisagem jurisdicional e jurídica francesas, o dualismo jurisdicional francês continua sendo objeto de debate. A doutrina e jurisprudência majoritárias perceberam que é preciso se apegar aos fundamentos históricos e racionais do dualismo jurisdicional. Malgrado o fundamento histórico da jurisdição administrativa tenha sido o de evitar qualquer tipo de ingerência do juiz civil na ação administrativa, o fundamento moderno é no sentido de que tal ordem de jurisdição conquistou alto grau de legitimidade em seu controle jurisdicional. Da mesma forma o « juiz administrativo » não é acusado de qualquer tipo de conluio com a Administração, haja vista que a jurisprudência assegura um controle profundo dos atos administrativos na esfera da legalidade.

No sentido alvitrado, Odete Medauar lembra que esse tipo de organização perdurou graças ao otimismo em relação às mudanças da administração francesa, espanhola e italiana

²⁹ Jurisprudência acessada no sítio eletrônico http://www.conseil-etat.fr/ce/juris/index_ju_la09.shtml em 10 de junho de 2008.

desde 1978.³⁰ Também o português Vasco reflete que ainda que a origem do contencioso administrativo esteja contaminada pelo “pecado original” de um sistema tendente à isenção judicial da Administração, tal pecado hoje serial venial, pois vai se “expiando” com a independência adquirida pelos órgãos dessa jurisdição.³¹

A mesma autora, sem desmentir o evidente ranço do Antigo Regime no direito administrativo pós-revolucionário, traz à tona o que para ela foram as verdadeiras novidades emergidas da Revolução Francesa: (i) os preceitos obrigatórios para as autoridades administrativas, muitos limitando seu poder; (ii) o reconhecimento dos direitos dos particulares ante a Administração e a previsão de remédios jurisdicionais; (iii) a elaboração doutrinária de aspectos legais da atividade administrativa e (iv) a elaboração jurisprudencial vinculativa da Administração, norteadora de novos institutos jurídicos.

Ainda Odete Medauar, sob as lições de Massimo Severo Gianni, esclarece que o direito administrativo teria alcançado a confluência dos dois pólos típicos desse direito, o da autoridade e suas prerrogativas e o dos direitos dos particulares, ou seja, a somatização das experiências do *actum principia* e do direito de polícia com os princípios constitucionais emergidos na Revolução Francesa.³²

Atualmente, o que será constatado na presente monografia, muito graças à universalização dos direitos humanos e da pressão das cortes internacionais, percebe-se na jurisdição administrativa francesa elevado grau de independência do Conselho de Estado e dos demais órgãos do contencioso, o que favoreceu o amplo respeito às garantias fundamentais do cidadão, notadamente do princípio processual do contraditório participativo, que analisaremos com o devido cuidado no capítulo do sistema probatório dessa jurisdição.

2.4 Breve histórico da jurisdição administrativa no Brasil

Podemos contextualizar o controle jurisdicional da Administração Pública no Brasil de acordo com os três grandes períodos da história do direito no país, quais sejam, colonial, imperial e republicano.

No primeiro período (de 1500 a 1822) o Brasil, submetido às Ordenações Portuguesas, adotava o regime administrativo municipalista. Das decisões dos corregedores e ouvidores do

³⁰ MEDAUAR. Op. cit., nota 8, p. 15.

³¹ SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da. Op. cit., nota 26, p.33.

³² MEDAUAR. Op. cit., nota 8, p. 15.

Rei, cabiam recursos para tribunais superiores. Aos magistrados era conferida jurisdição administrativa que ia até o ponto de anular posturas ilegais das Câmaras municipais.

Por ocasião da proclamação da independência foi traçado um segundo período (de 1822 a 1889), marcado pela constitucionalização de índole francesa. A nossa Carta de 1824 foi elaborada sob o influxo dos princípios inspiradores da Revolução Francesa, sendo liberal a tal ponto que muitas de suas disposições foram repetidas na primeira Constituição republicana. Assim, inspirando-se no modelo francês, previu também a divisão e harmonia entre Poderes, com a peculiaridade de, além do Executivo, Judiciário e Legislativo, ter criado um quarto poder político, o Poder Moderador, auxiliado por um Conselho de Estado, que funcionava como órgão de autocontrole.

O Conselho de Estado tinha função meramente consultiva e, mesmo quando apreciava questões contenciosas, a sua manifestação ficava sujeita à decisão do Imperador, assemelhando-se com as funções dos primórdios do Conselho de Estado francês, no período de justiça retida.

Em nosso país, a história do Conselho de Estado foi curta e tumultuada, tendo sido suprimida pelo Ato Adicional de 1834 e restabelecida por Dom Pedro II em 1841, quando se lhe outorgou função jurisdicional. Contudo, no Brasil, o Conselho de Estado nunca chegou a exercer função jurisdicional como ocorreu na França e em outros países que adotaram o sistema de jurisdição dualista. Aqui, apesar de se falar em jurisdição administrativa do Conselho de Estado, não houve independência em relação ao Poder Executivo, ele era visto como um órgão auxiliar da Administração Pública e funcionava como tribunal de última instância. De qualquer maneira, pouco mais tarde acabou por se extinguir, sob pressão dos constitucionalistas republicanos.

No tocante às relações com o Poder Judiciário, tanto os atos praticados pelo Poder Executivo e, evidentemente, pelo Poder Moderador, não se submetiam ao controle judicial. Era à autoridade administrativa que competia decidir sobre relações entre as coisas públicas ou entre as coisas públicas e particulares.

Com o advento do período republicano, suprimiu-se o Poder Moderador e a jurisdição administrativa antes atribuída ao Conselho de Estado. Abandonou-se, então, a influência francesa da dualidade de jurisdição, acolhendo-se a interpretação anglo-saxônica da independência e harmonia dos Poderes, a do modelo de unidade de jurisdição.

Materializando o início do período republicano, a Constituição de 1891, calcada nos documentos federalistas norte-americanos, alterou profundamente o panorama do controle, passando à Justiça Federal, de caráter especial e excepcional, a competência do contencioso

administrativo. A ela cabia processar e julgar ações intentadas por particulares contra a União e por esta contra particulares, só em raras circunstâncias apreciava questões civis e penais.

A Administração Pública passou então a submeter-se ao controle do Judiciário, passando a jurisprudência a ocupar lugar de destaque como fonte de direito em matéria de direito administrativo e sob influência do direito anglo-americano. Esse importante papel no desenvolvimento do direito administrativo ocorreu, por exemplo, na ampliação da interpretação do habeas corpus, na utilização dos interditos possessórios para formular o que depois veio a ser considerada a desapropriação indireta, a aplicação do instituto de concessão de uso, na submissão das servidões administrativas a regime jurídico próprio, dentre outros.

Porém, só em 1894, com o advento da Lei nº. 221 é que o particular realmente ganhou instrumento de controle sobre o ato administrativo através da ação específica de anulação de atos administrativos, que autorizava o juiz a anular total ou parcialmente atos administrativos, não imiscuindo-se no mérito administrativo.

Tal passo, entretanto, revelou-se insuficiente principalmente pela lentidão do processamento da ação, inadequado para a maioria dos casos, que exigiam de tutela pronta até mesmo em sentido cautelar.

Na seqüência, surgiu a chamada “doutrina brasileira do habeas corpus”, inspirada no writ americano. Rui Barbosa via na redação do dispositivo constitucional relativo ao remédio do habeas corpus, cláusula geral de direitos individuais e não deveria restringir-se a interpretação desse remédio à mera defesa de liberdade de locomoção, mas também deveria poder impugnar qualquer ilegalidade ou abuso de poder. Em 1926, houve reforma constitucional que novamente restringiu interpretação do habeas corpus.

A nova ordem estabelecida por ocasião da Revolução de 1930 inspirou-se na Constituição weimariana de 1934, ansiava por novo remédio e instituiu o mandado de segurança (Lei nº. 191 de 1936), que detinha força monitória da injunction.

O mandado de segurança sofreu um hiato em 1937 com o Estado Novo, mas repristinou-se a lei, restringindo-se novamente os atos dos governantes. Com o restabelecimento da democracia representativa, em 1946 o mandado de segurança retomou suas dimensões tradicionais.

Em 1977, a emenda constitucional nº. 7 da Reforma do Judiciário pretendeu reinstitucionalizar o Contencioso Administrativo em sentido formal no Brasil.³³ A Emenda Constitucional 1, de 1969, à Constituição de 1967, ex vi da Emenda 7, de 1977, modificou o §

³³ Vide MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Contencioso Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. Capítulos IV e V.

4º do artigo 153 da Carta Política, permitindo, pelo artigo 203, que os entes federados criassem o contencioso administrativo e com a faculdade de a parte vencida na instância administrativa requerer diretamente ao Tribunal competente a revisão da decisão nela proferida (artigo 204).

À época, diversos renomados autores debateram sobre o sentido da expressão “contencioso administrativo”, se questionando se a criação de um Contencioso Administrativo, em sentido formal, poderia configurar exceção ao princípio da inafastabilidade do controle judiciário, previsto no §4º do artigo 153 da Constituição de 1967. Segundo esclareceu Ada Pellegrini Grinover, alguns respondiam a essa questão afirmativamente, mas ela posicionou-se de acordo com as conclusões da “Comissão de Estudo do Contencioso Administrativo”, nomeado pelo então Ministro de Justiça prof. Buzaid. As conclusões de Cretella Júnior foram no sentido de a expressão “contencioso administrativo” não ter sido empregada em acepção técnica, pois que em nenhum outro país o contencioso administrativo subordinava-se ao Poder Judiciário, porque, se o fosse, estaria negando a própria razão de ser do instituto, entre outras razões elencadas.

Para a professora Ada não se poderia cientificamente falar em contencioso administrativo um sistema no qual o Tribunal Federal de Recursos tivesse competência para a esfera recursal, como pareceu à Comissão.³⁴

Para Caio Tácito, a linha inovadora da Emenda nº. 7 consistiria, verdadeiramente, na previsão, em termos de generalidade, do princípio do exaurimento das vias administrativas que a lei poderia estabelecer como condição da ação. Ele ressalta, porém, que tal limitação não se compatibilizaria com a natureza dos remédios especiais e céleres previstos constitucionalmente, como o mandado de segurança e o habeas corpus.³⁵

A seu turno, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, inobstante posicionamento a favor de uma especialização total do contencioso administrativo material em órgãos do Poder Judiciário, rechaçava o hibridismo do “contencioso administrativo” previsto na emenda nº. 7. Para ele ou atribuía-se ao Contencioso Administrativo a função formalmente jurisdicional – e nesta hipótese seus órgãos deveriam constituir um ramo especializado do Poder Judiciário (juízes e tribunais administrativos) – ou se criava um Contencioso Administrativo interno, do Poder Executivo, despido de qualquer função formalmente jurisdicional, incapaz de revestir de definitividade suas decisões.³⁶

³⁴ GRINOVER. Op. cit., nota 11, p 252 a 255.

³⁵ TÁCITO, Caio. *Contencioso Administrativo*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, (10): 149-61, junho de 1977. p. 159.

³⁶ MOREIRA NETO, Op.cit., nota 34, p. 80.

Como lembra Maria Sylvia Di Pietro, apesar de se poder afirmar que o direito administrativo brasileiro sofreu, a partir do período republicano, influência do direito norte-americano em relação ao sistema de unidade de jurisdição e à necessidade de submissão da Administração Pública ao controle do Poder Judiciário, no que diz respeito às teorias e princípios, ficou evidente que a influência predominante continuava sendo a do direito francês criado pela jurisdição administrativa que, aos poucos, pela decisão dos casos concretos, foi derogando o direito privado antes aplicado à Administração e criando seu regime jurídico próprio. Nítidos exemplos dessa influência são a teoria de responsabilidade civil objetiva do Estado, as teorias do fato do príncipe, a teoria dos atos administrativos, a submissão da Administração Pública ao princípio da legalidade e a própria de sua submissão a um regime jurídico de direito público derogatório e exorbitante do direito comum.³⁷

É interessante notar que o direito administrativo brasileiro influenciado enormemente pelo direito francês, incorporou a seu direito positivo as teorias e princípios de origem pretoriana do direito francês, aumentando consideravelmente sua rigidez.³⁸

No entanto, Maria Sylvia ressalva também a influência do direito italiano e do direito alemão, que contribuíram para a adoção de um método técnico-científico do estudo de direito administrativo, desenvolvendo uma sistematização antes alheia ao direito administrativo de formação jurisprudencial.³⁹

O atual período de redemocratização e institucionalização do Estado Democrático de Direito, pós Constituição de 1988, subsiste o modelo de unidade de jurisdição baseado na interpretação anglo-saxônica do princípio da separação dos poderes. O Poder Executivo submete-se ao controle jurisdicional do Poder Judiciário e aos dispositivos desta Constituição garantista e protetiva dos direitos humanos, incluindo as garantias fundamentais do processo. Além desses, os princípios informativos da Administração Pública devem ser por ela sempre observados, como o da legalidade, moralidade, impessoalidade, razoabilidade e motivação, limitadores de sua discricionariedade, o que faz aumentar a rigidez do controle externo do Poder Judiciário. Acresce-se a esse rol de princípios e garantias constitucionais, um princípio pilar do Estado Democrático de Direito, o da participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública, no processo político, econômico, social e cultural.⁴⁰ O princípio da participação democrática, no qual nenhum cidadão deve ter sua esfera de direitos modificada sem ter tido a oportunidade de se manifestar sobre as decisões políticas, imprime-se, por

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 12 e 14.

³⁸ *Ibid.*, p. 15.

³⁹ *Ibid.*, p. 14.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 16.

exemplo, no direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV da CRFB/88), além do direito à informação (art. 5º, XXXIII da CRFB/88), dentre os diversos instrumentos de participação previstos na Carta, essenciais ao decurso do devido processo legal administrativo ou judicial, e conseqüentemente, a um sistema probatório justo.

Resta saber se todas essas garantias e princípios, notadamente no tocante ao sistema probatório, tema da presente monografia, estão sendo concretamente observados, com especial relevância nas relações entre Fazenda Pública e cidadão, o qual na maioria das vezes está em franca situação de desvantagem em relação ao poder público.

3. A PROVA E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO NA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA

3.1 Prova

Nossa idéia de justiça e de direito é congênita à noção de provar um fato. Em princípio, o fato que não pode ser provado permanece no plano da inexistência e é por isso que a prova atenaza as partes de maneira mais ou menos intensa na maioria dos processos.

Curiosamente, na doutrina jurídica as questões de fato pareciam quase inteiramente alheias ao mundo do direito (jus litigatoris), o que nos deixava à mercê de um saber vulgar, sujeito a erro, ou científico, investido de uma confiança incontestável, e na prática ao processo só interessaria os meios e modos de como o conhecimento dos fatos é produzido como premissa necessária da sentença judicial.⁴¹

Respeitadas essas regras, o quão o resultado probatório estava próximo da realidade da vida, era questão indiferente aos operadores do direito e à decisão judicial.⁴²

O professor Leonardo Greco, em majestoso estudo intitulado “O Conceito de Prova”, sob influência das lições de Michele Taruffo, aponta que a sociedade atual revela-se mais exigente e não se contenta com qualquer reconstrução dos fatos, mas apenas com aquela que a consciência coletiva assimila e aceita como autêntica, porque a exata reconstituição dos fatos é um pressuposto fundamental de decisões justas.⁴³

No âmbito da Administração, assim como nas relações jurídicas privadas, civis ou penais, a prova dos fatos exerce um papel essencial: em geral, a efetividade do direito, o destino do processo, depende da prova. A prova ostenta condição ainda mais delicada nas ações dirigidas contra a Administração Pública, que, tanto na França quanto no Brasil, goza tradicionalmente de uma situação jurídica privilegiada.

Os elementos de prova, cuja apreciação da verdade, da plausibilidade ou da evidência, assim como a pertinência e a força, dependem de seu julgamento racional, que se dá ao permitir o juiz de formar sua íntima convicção da qual resultará a sentença.

⁴¹ GRECO, Leonardo. *O Conceito de Prova*, in *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p 423.

⁴² *Ibid.*, 424.

⁴³ TARUFFO, Michele, *apud* GRECO, Leonardo. *Ibid.*, p. 424.

Para os autores franceses Alain-Plantey e François-Charles Bernard diversas razões explicam o crescimento atual das questões relativas à prova perante todas as jurisdições e notadamente as jurisdições administrativas francesas: o intervencionismo do Estado e das entidades públicas, a multiplicação de instituições ou de autoridades que exercem funções de decisão, jurisdicional ou quase-jurisdicional, a importância dos procedimentos, frequentemente sob a influência da jurisprudência dos organismos europeus de Bruxelas, Luxemburgo e Strasbourg e mais generalizadamente, o gosto de nós contemporâneos pelo combate contencioso.⁴⁴

3.2 A prova como direito

O direito à prova e à verdade merece especial atenção no contencioso administrativo, já que há uma forte tradição da:

Indiferença com o resultado da apuração dos fatos no processo, que encontrava justificativa na inspiração divina da decisão judicial, aceita desde a Antiguidade grega, ou no poder absoluto do soberano, que substituiu na Idade Moderna o poder divino, ou no individualismo da livre convicção liberal, em que o juiz emanava a lei do caso concreto.⁴⁵

Contra a correnteza dessa forte tradição, direitos fundamentais erigidos no Estado Democrático Contemporâneo, sobretudo os direitos de defesa inerentes à tutela jurisdicional efetiva, ora subjazem o direito à prova e à verdade.

Desse modo, as garantias fundamentais do processo, traduzidas no processo justo, constante da Convenção Européia de Direitos Humanos, tais como, paridade de armas, ampla defesa e contraditório, devem ser respeitadas em prol de um processo judicial ou administrativo justo.

O chamado processo civil de interesse público ou direito processual público, que trata dos litígios civis, no sentido de não-penais, merece ainda maior esmero dos direitos e garantias fundamentais do processo, face à indiscutível posição de superioridade da Administração Pública.

⁴⁴ PLANTEY, Alain; BERNARD, François-Charles. *La Preuve Devant Le Juge Administratif*. Paris: Economica, 2003. p. 2

As garantias do contraditório e da paridade de armas devem militar a favor do direito à verdade objetiva, desbordando os limites impostos pela verdade formal e presunções probatórias aprioristicamente estabelecidas⁴⁶ e a prova é o legítimo instrumento da busca da verdade.

3.2.1 As garantias do contraditório participativo e da paridade de armas

Com proficiência ensina o professor Leonardo Greco que o contraditório é o mais importante princípio geral do processo judicial contemporâneo, que exprime na sua projeção processual o princípio político de regência das relações do Estado e os cidadãos, que é o da participação democrática, segundo o qual ninguém deve ser atingido na sua esfera de interesses por um ato de autoridade sem ter tido a oportunidade de influir na elaboração dessa decisão.⁴⁷

Um processo contraditório pressupõe audiência prévia e bilateral das partes (audiatur et altera pars), o conjunto de prerrogativas traduzido na ampla defesa, flexibilidade dos prazos e a própria igualdade concreta.⁴⁸

O princípio da participação democrática e o contraditório englobam o próprio direito à prova que, para ser efetivo, não se exaure no direito de propor as provas, mas no de efetivamente produzi-las. Para que o processo possa ostentar seu caráter contraditório, não se pode mais alegar que o juiz seja o único destinatário das provas e que por isso caberia a ele decidir livremente sobre sua admissão. Para que as provas sejam admitidas, basta que elas possam ser hipoteticamente acolhidas, assim, o juízo de relevância deve ser reduzido ao da não manifesta irrelevância.

Desse modo, o contraditório participativo projeta-se no direito de defender-se provando e não se satisfaz se a parte apenas propuser as provas, mas sofrer desvantagem para acessá-las e efetivamente produzi-las, sob pena de violação da garantia de paridade de armas.

A garantia de paridade de armas imprime-se no princípio da igualdade que, mal se distingue do conceito de justiça, valor perseguido pelo próprio direito, e constitui verdadeira pedra de toque do regime republicano.

⁴⁶ GRECO. *O Conceito de Prova*. Op. cit., nota 42, p. 469.

⁴⁷ Id. *A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa*. Op. cit., nota 4, p. 121.

⁴⁸ V. GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório*, in *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p.541.

Desse modo, não concorrem os elementos que constituem o contraditório se a igualdade concreta, dita também material, não for verificada. Contraditório e igualdade são garantias indissociáveis, posto que não se pode influir eficaz e previamente na decisão judicial quando se está em posição de desvantagem no acesso aos elementos probatórios.

A seu turno, Juvêncio Vasconcelos Viana aponta que:

Se não fosse garantido o tratamento igualitário perante o juiz, ficaria extremamente difícil conhecer uma relação jurídica processual tingida pelo contraditório. O contraditório, pois, depende da garantia previa da igualdade.

49

O processo contraditório precisa ser equânime, permitindo que as partes gozem das mesmas oportunidades de sucesso final em face das circunstâncias da causa.

O princípio da igualdade formal, ao contrário de como era acolhido no Estado Liberal, não encontrou amparo no seio do Estado Social. A igualdade dita formal acabava por negar a si própria, ao rejeitar a realidade quando pretendia tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, sem levar em consideração os objetivos e contextos das normas, provocando muitas vezes discriminações desarrazoadas.⁵⁰

A impossibilidade de a igualdade jurídica, formal e negativa, eliminar a desigualdade econômica clamou pela passagem à igualdade substancial, também chamada material, numa concepção positiva da isonomia, realçando o conceito realista que pugna pela igualdade proporcional, a qual significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais.⁵¹

Martenet, em seu belo estudo sobre a igualdade⁵², questiona parte da mais famosa máxima da igualdade «tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual», ao afirmar que situações idênticas devem ser tratadas como tal, mas que nem sempre situações desiguais exigem também um tratamento desigual.

Para o autor, essa máxima é antiquada, imbuída de uma falsa simplicidade, que nos leva a crer que as distinções e mesmo as assimilações entre pessoas, grupos, coisas ou mesmo situações estariam sempre ligadas às suas características. Ora, tanto o legislador como os operadores do direito frequentemente são obrigados a recorrer a uma situação de comparação

⁴⁹ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 35.

⁵⁰ Sobre a garantia da igualdade concreta v. GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*, in *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 225.

⁵¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 53 e 54.

⁵² MARTENET, Vincent. *Géométrie de l'égalité*. Zurich-Bâle-Genève: Shulthess, 2003. p.3.

que deve atender a um objetivo e não necessariamente a uma comparação de características. Ou seja, são os motivos e não meras características que devem justificar distinções.

Baseado nessa simples e essencial explicação, no processo civil de interesse público, as eventuais prerrogativas concedidas à Fazenda só são legítimas para atender ao objetivo da estrita necessidade da plenitude de sua defesa em juízo, em igualdade de condições com o outro litigante⁵³. Do mesmo modo, o juiz deve se utilizar de iniciativas compensatórias para suprir as freqüentes deficiências apresentadas em juízo pelo particular de maneira a restabelecer o equilíbrio necessário à igualdade material, de acordo com os casos concretos.⁵⁴

De outro giro, Ada Pellegrini, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Dinamarco sintetizam a paridade de armas na legitimação no processo civil de normas e medidas destinadas ao reequilíbrio substancial sempre que alguma causa ou circunstância exterior ao processo ponha uma delas em condições de superioridade ou de inferioridade em face da outra.⁵⁵

Seguindo essa linha, em lúcido comentário o professor Leonardo Greco acentua que somente em uma sociedade de castas poder-se-ia admitir que, em razão de características pessoais, a palavra de uma parte valesse mais do que a de outra, que uma tivesse mais possibilidades do que a outra de demonstrar a veracidade de suas alegações ou que a lei conferisse prazos mais vantajosos do que à outra⁵⁶.

No primado da dignidade humana, seria injustificável a concessão de privilégios a uma parte no acesso às provas que podem fazer acolher a pretensão ou defesa do adversário, pois deve o juiz revelar-se não mero espectador, satisfeito com uma demonstração fática lacônica, mas conhecedor de legítima verdade material, lembrando que ele também é destinatário do contraditório e parte do diálogo no processo.

A efetividade do processo e o Estado de Direito exigem a legitimidade democrática do poder conferido aos juízes e da credibilidade de suas decisões, que não se contentam nem com um hermético regime legal de provas nem com a livre convicção do juiz.

⁵³ GRECO. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*. Op. cit., nota 51, p. 256.

⁵⁴ Vale lembrar que o princípio da igualdade, além de servir como diretriz para o legislador, também é direcionado ao juiz ao interpretar as normas e até mesmo ao administrador. No Brasil, além de o princípio constitucionalmente previsto, a legislação infraconstitucional, no Código de Processo Civil (art. 125, I CPC) determina que ao juiz o dever de garantir a igualdade entre as partes no processo. Ademais não se pode olvidar de sua previsão no art. 8.1 do Pacto de São José da Costa Rica, que integra o nosso ordenamento por força do decreto 678 de 6.11.92.

⁵⁵ CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO. Op. cit., nota 52, p. 54.

⁵⁶ GRECO. *A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa*. Op. cit., nota 4, p. 126.

Em prol de tais anseios democráticos o magistrado tem o dever de exigir a colaboração das partes em busca da verdade concreta para que não mais a decisão seja inculcada de arbítrio, sob a égide do regime da livre convicção fundamentada.

O direito à tutela jurisdicional efetiva, minudenciado nas garantias fundamentais do processo, no direito de defender-se provando, em última análise, assegura verdade como autêntico direito subjetivo.

3.2.2 O direito à verdade material: a mitigação do princípio dispositivo e do ônus da prova formal na jurisdição administrativa

O direito à verdade supõe o direito à busca da verdade, que possa alcançar a realidade da vida da maneira mais próxima possível e não o contentamento com a falaciosa verdade formal (construída no processo), que impõe barreiras artificiais entre questões de fato e de direito. No entanto, é evidente que a verdade material por nós defendida não configura uma inocente “verdade absoluta”, na qual sua busca poderia ser realizada por um juiz autoritário, no âmbito de um processo não contraditório ou violador de direitos fundamentais.

Na busca da verdade, deve-se ter à disposição todos os meios investigatórios ao alcance do entendimento humano, pois só com a retratação dos fatos da maneira mais fiel possível é que a decisão judicial será justa⁵⁷ e os direitos gozarão de plena eficácia.

A realização dessa eficácia só pode ser alcançada pela liberalização do regime de provas, despido de fortes limitações probatórias, presunções ou regras artificiais de valoração de determinadas provas.

Essa devida atenção do juiz à realidade, no entanto, não nos pode induzir ao senso comum de que nas causas regidas pelo princípio dispositivo a busca da verdade concreta é sempre obstada.

Assinala o professor Leonardo Greco que nas causas que versam sobre direitos disponíveis o respeito ao princípio dispositivo é salutar, pois protege a imparcialidade do juiz e deve-se conciliar esse princípio com a busca da verdade concreta, desde que haja livre admissão das provas e incentivo para que as partes empreguem todas as provas disponíveis.⁵⁸

⁵⁷ GRECO. *O Conceito de Prova*. Op. cit., nota 42, p. 448.

⁵⁸ GRECO. *O Conceito de Prova*. Op. cit., nota 42, p. 426.

No âmbito do direito material público sustenta-se que o modelo processual garantista exige a prevalência do direito à verdade material, levando em consideração o princípio da demanda e a vedação de provas ilícitas, mormente pela indisponibilidade do interesse do Estado.

Não obstante muitas vezes haver interesse público assentado em litígios entre particulares, é evidente que nos processos judiciais administrativos a relação processual é qualitativamente diversa porque nela há normalmente um desequilíbrio de forças. No Brasil esse desequilíbrio é ainda mais patente quer pela presunção de legitimidade dos atos administrativos, quer pelos privilégios processuais de que goza a Administração Pública.⁵⁹

Em nosso país tanto nos litígios entre particulares, quanto nos litígios em que o Estado é parte, há prevalência do princípio dispositivo, que está sendo mitigado como veremos adiante e no sistema francês vigora o princípio inquisitório na instrução dos processos da Fazenda Pública.

Para nós, independentemente do princípio adotado, o que nos interessa é que fique clara a urgência no processo civil contemporâneo da necessidade de desmistificar a verdade puramente formal sob pena de violação da eficácia imediata e concreta dos direitos subjetivos.

No direito pátrio ainda não há lei específica para o contencioso judicial administrativo e por isso aplicam-se as normas do Código de Processo Civil, onde não houver norma especial, ao contrário do direito administrativo francês, que fora construído jurisprudencialmente e que hoje goza de um código de processo administrativo. Apesar disso, como veremos no capítulo seguinte, na França as duas ordens de jurisdição têm se influenciado reciprocamente e suas regras diferem-se mais nas formas que no conteúdo e em seus princípios.

Na França vigora o princípio inquisitório nas causas em que a Fazenda Pública figura como parte. Observando-se o princípio da demanda, o caráter inquisitório é da instrução nos processos judiciais administrativos e é pacífico na doutrina e jurisprudência. Neste sentido, René Chapus leciona que na prática é preciso contar com o caráter inquisitorial da instrução e com a preocupação do juiz de não encarregar o requerente da prova de suas alegações nos casos freqüente em que não há meios de fazer esta prova porque esses meios estão sob poder da Administração. O professor francês acrescenta que é assim que facilmente vemos alegações dos requerentes tidas por estabelecidas quando a Administração, ao contestar, não

⁵⁹ MIRANDA NETTO. Op cit., nota 10, p. 59.

consegue provar a inexatidão das alegações ou se abstém de explicações ou justificações esperadas⁶⁰.

M. Guy Thuillier nota que há de se lembrar também que em geral o juiz trabalha sobre o provável, que ele tem uma visão dupla, já que cada parte pode lhe oferecer uma imagem alterada, deformada ou mentirosa da realidade. São dois sistemas de trincheira, mais ou menos hábeis e o juiz deve construir uma maquinaria, tendo que cruzar os fatos relatados nos autos, ciente de que fatos importantes podem lhe escapar.⁶¹

No Brasil há uma corrente que condiciona o princípio dispositivo e inquisitório segundo os interesses da Administração Pública sejam primários ou secundários. Porém, em nosso país prevalece o princípio dispositivo erigido no Código de Processo Civil, abrangendo: a) o princípio da demanda (art. 2º, 128, 262 e 460); b) o poder das partes de dispor do direito material (arts. 269, II, III e V, CPC); c) o princípio da aporção, que vincula o juiz aos fatos alegados (art. 128 e 302, CPC); d) o princípio da disponibilidade das provas, que vincula o juiz às afirmações provadas (arts. 282, VI e 300, CPC)⁶².

O princípio dispositivo, de inegável sentido liberal, consiste na regra de que o juiz depende na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que se fundamentará a decisão. Tal regra geral é vista pela doutrina como forma de salvaguardar a imparcialidade do juiz.⁶³

Porém, diante da colocação publicista do processo, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial. Nesse novo contexto de autonomia do direito processual como ramo do direito público, a função jurisdicional é tida como poder-dever do Estado, em torno do qual se reúnem os interesses dos particulares e do próprio Estado. Os poderes do juiz foram paulatinamente aumentados, passando de espectador inerte à posição ativa, cabendo-lhe não só impulsionar o processo, como também determinar provas e conhecer ex officio de circunstâncias que antes ficavam dependentes de alegação das partes.⁶⁴

Vieira de Andrade também faz ponderações em relação ao princípio dispositivo ou da “autoresponsabilidade das partes”, em que compete às partes interessadas a dinamização do processo. O autor aponta a tendência atual para a acentuação dos poderes do juiz de direção do processo, mesmo no processo civil (art. 265 do CPC português), havendo de se considerar o princípio inquisitório, sobretudo quando ao princípio do favorecimento do processo,

⁶⁰ CHAPUS, René. *Droit du Contentieux Administratif*. Paris: Montchrestien, 1997. p. 728.

⁶¹ THUILLIER, M. Guy, *L'art de juger*. Paris: Economica, 2001. p. 38.

⁶² MIRANDA NETTO. Op cit., nota 10, p. 65.

⁶³ CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO. Op. cit., nota 52, p. 64.

⁶⁴ Ibid. p 64.

constitui um limite intrínseco da autoresponsabilidade das partes, plenamente aplicável no processo administrativo.⁶⁵

Para o professor português, o princípio do inquisitório (princípio da investigação ou da verdade material) vale logo na ocasião da aquisição dos fatos necessários para a decisão, de modo que os fundamentos da decisão não têm de se limitar pelos fatos carreados pelas partes. O autor elucida que, no processo administrativo lato senso, sobretudo no que respeita ao contencioso de impugnação de atos e de normas, é natural que prevaleça o princípio da verdade material. Citando artigos da Lei de Processo dos Tribunais Administrativo, ele exemplifica o poder inquisitório do qual ostenta o juiz quando ordena diligências que entenda necessárias e adequadas à descoberta da verdade.⁶⁶

Apesar de ter sido ultrapassada a figura do juiz inerte em relação à produção probatória, e que nas causas que tenham direitos disponíveis por objeto deva prevalecer a liberalidade do princípio dispositivo, o juiz do processo moderno é o “juiz garante”⁶⁷, que deve proporcionar o diálogo entre as partes e garantir a paridade de armas em atenção ao contraditório participativo, não sendo, portanto, nem inerte nem autoritário. Já nas causas em que direitos indisponíveis são postos em liça, o interesse público prevalece sobre o privado e o juiz deve perquirir a verdade real utilizando-se do poder inquisitório, não de forma autoritária, mas obediente ao contraditório participativo.

Filiamo-nos, dessa forma, ao entendimento do professor Fernando Gama, para quem:

parece que nos conflitos entre particulares, toda manifestação do princípio inquisitivo deve estar prevista em lei, porque a regra é o princípio dispositivo, expressão da liberdade; ao revés, o princípio inquisitório terá incidência quando estiver em jogo algum direito indisponível. Embora a regra do art. 130, já citada, confira, aparentemente, amplos poderes de investigação ao magistrado, parece que o sistema recomenda que a norma tenha uma interpretação diferenciada, quer se trate de direitos disponíveis, quer se trate de direitos indisponíveis.⁶⁸

Para o mesmo professor, nas causas que versem sobre direitos disponíveis a iniciativa probatória do juiz deve sempre ter caráter subsidiário para suprir as deficiências das partes em caráter assistencial⁶⁹.

O autor anota duas situações que devem ser observadas para a aplicação do princípio inquisitório, quais sejam, a indisponibilidade do direito material e a situação de desigualdade entre as partes, em cuja incidência do referido princípio é plena, sendo irrelevante a regra

⁶⁵ VIEIRA DE ANDRADE. Op. cit., nota 5, p. 260.

⁶⁶ Ibid. p. 265. Artigos 11.º, 14.º, 83.º, n.º 2, 87.º, n.º 2, 89.º, n.º 3, 91.º, n.º 3 da LTPA.

⁶⁷ MIRANDA NETTO. Op cit., nota 10, p. 72.

⁶⁸ Ibid., p. 75.

⁶⁹ Ibid. p. 75.

contida no art. 282, VI do Código de Processo Civil, que prescreve como requisito da petição inicial a indicação das provas com as quais o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados.⁷⁰

É forçoso, portanto, o reconhecimento de que o juiz do contencioso judicial administrativo deve ter uma postura diferente do juiz do processo civil, já que àquele, via de regra, competem ações em que há desigualdade das partes e que têm por objeto direito material indisponível.

De outro giro, Pellegrini, Dinamarco e Cintra concluem que o processo civil hoje não é mais eminentemente dispositivo, como era outrora, imperando o princípio da livre investigação das provas.⁷¹

O princípio da livre apreciação das provas estabelece que o que torna provado um fato é a íntima convicção do juiz, e não com a aplicação de tábuas de valores pré-fixadas na lei.

No entanto, essa livre convicção não representa arbítrio ou puro subjetivismo, já que, no entender de Vieira de Andrade:

Para além da força probatória legal de determinadas provas (designadamente documentais), essa convicção ou certeza prática tem como pressupostos valorativos os critérios de experiência comum e da lógica do homem médio (do *bonus paterfamilias*), havendo de ser racional e susceptível de motivação, em termos de se lhe reconhecer uma capacidade de convencimento objectiva (ou intersubjectiva) e controlável.⁷²

Ademais, o mesmo autor ressalva que o princípio é limitado pelo contraditório, na medida em que não pode ser proferida decisão com base em fatos probatórios sobre os quais alguma das partes, em especial a parte que por eles é desfavorecida, não tenha tido a oportunidade de se pronunciar.⁷³

É evidente, contudo, que, apesar de vigorar, tanto no ordenamento pátrio quanto no francês, o princípio da livre apreciação das provas, há limitações de seus meios que devem ser observadas. Há de se considerar, por exemplo, a impossibilidade jurídica como nos casos de proibição de provas ilícitas.

Antes da análise do instituto do ônus da prova revisitado pelos direitos fundamentais, à luz do direito à verdade, cabe aqui a lembrança de uma passagem de Leo Rosenberg relativa à delimitação do campus do ônus da prova e da valoração da prova:

⁷⁰ Ibid. p. 76.

⁷¹ CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO. Op. cit., nota 52, p. 66.

⁷² VIEIRA DE ANDRADE. Op. cit., nota 5, p. 260.

⁷³ Ibid., p. 262.

A livre apreciação da prova e o ônus da prova dominam dois terrenos que, a rigor, situam-se próximos, mas que estão claramente separados por limites fixos. A livre apreciação da prova ensina ao juiz a obter livremente a convicção acerca da verdade ou inverdade das alegações deduzidas e discutidas no conjunto do debate processual, sobre a base de sua experiência de vida e com pessoas; O ônus da prova o ensina a encontrar a sentença quando a livre apreciação da prova não o conduz a resultado algum. Ali, onde o domínio da livre apreciação termina, começa o domínio do ônus da prova. Se o juiz atravessou aquele sem poder encontrar a sentença, o ônus da prova lhe dá o que a livre apreciação da prova lhe negou.⁷⁴

3.2.3 Ônus da prova na jurisdição administrativa e a presunção de veracidade dos atos administrativos

Em relação ao ônus da prova na jurisdição administrativa, inerente à própria mitigação do princípio dispositivo no contexto do processo civil publicista, devemos fazer algumas considerações sobre esse instituto delicado e imprescindível à busca da verdade, principalmente quando a causa tiver direitos fundamentais como objeto.

As regras de distribuição do ônus da prova não podem impedir a emergência da verdade no processo e é por isso que se deve exigir a colaboração das partes na administração da justiça. O rigor deve ser imperioso na busca da verdade como legitimadora das decisões judiciais e não na manutenção de regras obsoletas que ofuscam a realidade dos fatos e conduz à teratológica distância entre direito e realidade.

De início, cabe explicarmos que partimos da premissa de que só haverá justa distribuição do ônus da prova no contencioso judicial administrativo se a presunção de legalidade dos atos administrativos for afastada, pois esta, viola a paridade de armas tanto no processo administrativo extrajudicial quanto no processo judicial administrativo e é um dos mais perigosos privilégios da Fazenda Pública já que vai além da questão processual e cria obstáculo ao próprio mérito, desrespeitando a tutela efetiva dos direitos fundamentais.

Nossa doutrina de Direito Administrativo reconhece entre os atributos do ato administrativo sua presunção de legalidade (conforme o Direito), que tem por consequência sua presunção de veracidade, ou seja, seus pressupostos fáticos são tidos como verdadeiros até o reconhecimento jurídico de sua nulidade. Registre-se, porém, que esse atributo restringe-se ao âmbito doutrinário e jurisprudencial, já que não conta com nenhum fundamento legal. Tal presunção é muitas vezes relacionada com o poder de autotutela ou da imperatividade da

⁷⁴ MIRANDA NETTO. *apud* ROSENBERG, Leo. Op cit., nota 10, p. 116.

Administração e alguns autores chegam a dizer que devido a essa relação ela estaria implícita no ordenamento.

O reconhecimento da presunção de legalidade dos atos administrativos é pacífico na doutrina e na jurisprudência e as diferenças doutrinárias aparecem apenas quanto à nomenclatura⁷⁵. A questão muda de figura, no entanto, quanto às conseqüências de sua manutenção nos processos judiciais ou extrajudiciais e principalmente quanto ao ônus da prova na impugnação do ato administrativo pelo particular.

O posicionamento tradicional é no sentido de que a presunção de legalidade dos atos administrativos transfere não só o ônus de impugnação, mas também o de fazer prova de sua invalidade ou inveracidade⁷⁶.

Maria Sylvia Di Pietro, apesar de admitir certos temperamentos, ao final entende que a presunção de veracidade dos atos administrativos traz em si o efeito da inversão do ônus da prova, ressaltando o dever de a Administração provar suas razões:

Inverte-se, sem dúvida nenhuma, o ônus de agir, já que a parte interessada é que deverá provar, perante o Judiciário, a alegação da ilegalidade do ato; inverte-se, também, o ônus da prova, mas não de modo absoluto: a parte que propôs a ação deverá, em princípio, provar que os fatos em que se funda sua pretensão são verdadeiros; porém, isto não libera a Administração de provar a sua verdade.⁷⁷

Contrária à doutrina tradicional e ainda majoritária, parte da nossa doutrina, como Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem, ao reconhecer a presunção de legalidade dos atos administrativos, ressalva que “dita presunção só existe até serem questionados em juízo”⁷⁸. A professora da PUC-SP Lúcia Valle de Figueiredo vai além ao afirmar que a presunção se inverte quando os atos forem contestados não apenas em juízo, mas também administrativamente. E ainda conclui que “prerrogativa de tal importância – presunção de legalidade – deve necessariamente corresponder, se houver confronto, à inversão do onus probandi.⁷⁹”

⁷⁵ Encontramos o reconhecimento da presunção de legalidade como atributo do ato administrativo nos manuais tradicionais. Por todos, DI PIETRO. Op. cit., nota 38, p. 86.

⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 141; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 88 e CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 89.

⁷⁷ DI PIETRO, Op. cit., nota 38, p. 164.

⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 195.

⁷⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 171.

Leonardo Greco, em estudo das garantias fundamentais do processo na execução fiscal, aponta ser incompatível com o Estado Democrático de Direito contemporâneo a presunção de veracidade dos atos da Administração Pública⁸⁰.

Outros também entendem em semelhante sentido como Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari para quem o Poder Público é quem tem que demonstrar a legalidade de sua atuação, valendo a presunção de legalidade até o momento em que o ato for impugnado:

Havendo impugnação, em sede administrativa ou judicial, inverte-se o ônus da prova, porque, diferentemente dos particulares, que podem fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, a Administração Pública somente pode fazer o que a lei autoriza ou determina, Sendo assim, **sempre cabe à Administração o dever de demonstrar que atuou de maneira conforme a lei.**⁸¹ (grifei)

Compartilhamos desse pensamento, ou seja, a presunção relativa de legalidade dos atos administrativos só deve existir até o momento de sua impugnação seja em sede de processo judicial administrativo ou em sede de processo administrativo extrajudicial. Noutras palavras, o administrado ficaria encarregado do ônus de impugnar o ato, mas a presunção de legalidade não pode transferir o ônus da prova da invalidade do ato para quem a invoca.

Compreendemos que para o andamento normal das funções estatais e suas exigências de celeridade e eficiência a presunção relativa da legalidade de seus atos é fundamental, mas, quando o ato é impugnado via processo administrativo extrajudicial ou judicial a presunção deve cessar, notadamente quando o ato em questão for restritivo de direitos do cidadão.

Partindo-se da premissa de que para a realização do processo justo a presunção de legalidade dos atos administrativos deve ser afastada, de modo que o instituto do ônus da prova seja estudado e aplicado à luz dos direitos fundamentais e, sobretudo, da garantia da paridade de armas, investigar-se-á como deve ser realizada a justa distribuição do ônus da prova no contencioso judicial administrativo.

Não se pode perder de vista que existe uma relação muito especial entre o direito de se defender provando, do contraditório participativo analisado linhas atrás, e o ônus da prova justo⁸².

Neste tópico tentaremos responder à delicada pergunta de se seria adequada a utilização pura e simples do artigo 333 do Código de Processo Civil brasileiro para todas as lides do Direito Processual Público.

⁸⁰ GRECO, Leonardo. *As garantias fundamentais do processo na execução fiscal*. In: LOPES, João Batista; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. (Org.). *Execução civil* (aspectos polêmicos). São Paulo: Dialética, 2005. p. 257.

⁸¹ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 139-140.

⁸² MIRANDA NETTO. Op cit., nota 10, p. 130.

O professor Vieira de Andrade elenca no rol dos princípios da Justiça Administrativa o princípio da repartição do ônus da prova objetivo (material ou de averiguação) e discorre que, em decorrência do princípio inquisitório e da livre apreciação das provas que vigoram no contencioso administrativo, conclui-se que um ônus da prova subjetivo (formal ou de produção), que implicaria que o juiz só pudesse considerar os fatos alegados e provados por cada uma das partes interessadas, pelo menos em seu sentido mais rigoroso, não vale no processo judicial administrativo.⁸³

De outro giro, em tese de doutorado específica sobre o ônus da prova no Direito Processual Público, o professor Fernando Gama nos traz outros temperamentos em estudo aprofundado das classificações do complexo instituto do ônus da prova, revelando inclusive uma revitalização do ônus da prova subjetivo. O autor esclarece que o ônus da prova pode ser analisado sob a égide de sua função negativa ou positiva. O ônus da prova objetivo exerceria a função negativa, que consistiria em enxergá-lo como regra de julgamento, devendo o juiz fazer uso desta para a hipótese de falta ou insuficiência de provas. Já em sua dimensão positiva, no ônus da prova subjetivo, a parte é informada que tem o ônus de provar concretamente determinado fato e quem tem a possibilidade de sair vitoriosa⁸⁴. Por este raciocínio, o professor Leonardo Greco em estudo das garantias fundamentais do processo aponta para a inconstitucionalidade da regra do art. 36, III da Lei Complementar nº. 35/79⁸⁵, pois o juiz tem o dever de dialogar com as partes, revelando que um fato permanece controverso e que sua incerteza deve ser afastada por uma das partes. Fernando Gama ainda anota a advertência feita por Leo Rosenberg de que seria ir muito longe eliminar o chamado ônus da prova subjetivo porque existe o dever para o órgão jurisdicional de alertar a parte quanto à necessidade de esclarecer os fatos que permanecem incontroversos. Assim, conclui não haver incompatibilidade entre a efetivação do direito à prova e o ônus da prova subjetivo na construção do processo justo⁸⁶.

Nesta linha de idéias, para o autor seria possível compreender o comentário de Redeker/Von Oertzen de que o ônus da afirmação e o ônus da prova formal valem no contencioso judicial administrativo somente na proporção do ônus da cooperação das partes. Assim, para Fernando Gama seria possível afirmar a existência do ônus da afirmação e do ônus da prova formal, apesar de o princípio inquisitório ter um peso um tanto diferenciado no juízo civil e no administrativo⁸⁷.

⁸³ VIEIRA DE ANDRADE. Op. cit., nota 5, p.268.

⁸⁴ MIRANDA NETTO. Op cit., nota 10, p.106 e 107.

⁸⁵ GRECO. *Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo*. Op. cit., nota 51, p. 234.

⁸⁶ MIRANDA NETTO. Op cit., nota 10, p. 107.

⁸⁷ Ibid., p. 115.

O ônus da prova objetivo pressupõe uma repartição equitativa dos encargos da alegação, de modo a repartir os riscos da falta de prova, já que a decisão naturalmente desfavorece quem não veja provados os fatos em que assenta a posição por si sustentada no processo.

Antes da análise das regras do ônus da prova há de se observar que as normas de direito privado foram confeccionadas para execução por meio de processo judicial, o que não acontece com muitos direitos subjetivos públicos que, apesar de garantidos constitucionalmente, esbarram muitas vezes na falta de regulamentação legal. É também por esse motivo que devemos olhar o ônus da prova com olhar ainda mais atento nos processos judiciais administrativos.

Ainda Vieira de Andrade indica que a regra geral do ônus da prova:

Não pode ser, designadamente, aplicada aos processos mais típicos do contencioso administrativo, aos meios impugnatórios de actos e de normas, até porque não está em causa directamente um direito substantivo do recorrente (que pode até nem existir e nunca existe no caso de acção pública), mas a conformidade com o ordenamento jurídico de uma decisão administrativa de autoridade (é essa a “questão de direito” a resolver).

Assim, não pode exigir-se ao recorrente a prova dos factos constitutivos da sua pretensão de anulação (desde logo e, por exemplo, a prova da não verificação dos pressupostos legais da prática do acto), de modo a caber à Administração apenas provar as excepções invocadas – **tal equivaleria na prática a pura e simples invocação da “presunção de legalidade do acto administrativo”, fazendo recair sobre o particular o ônus da prova (subjectivo) da ilegalidade do acto impugnado.**⁸⁸(grifei)

Para o professor português parece que há de caber, em princípio, à Administração o ônus da prova da verificação dos pressupostos legais vinculativos de sua atuação, designadamente se agressiva (positiva e desfavorável); em contrapartida, caberá ao administrado apresentar prova bastante da ilegitimidade ao ato, quando se mostrem verificados esses pressupostos⁸⁹. No que toca aos aspectos discricionários das decisões, a Administração ainda deveria, em rigor, suportar as 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 não for aparentemente desrazoável. Na prática, sob a égide do princípio da livre convicção na avaliação das provas, o juiz deveria anular o ato administrativo sempre que se convencesse positivamente, por ser manifesto ou por resultar claramente de provas trazidas ao

⁸⁸ VIEIRA DE ANDRADE. Op. cit., nota 5, p. 269.

⁸⁹ Ibid. p. 269.

processo que o ato é desrazoável ou viola alguns princípios que regem a atividade administrativa.⁹⁰

A regra geral do princípio do interesse, erigida no brocardo latino do ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat ou simplesmente actori incumbit probatio⁹¹, nos termos do qual quem invoca um direito tem o ônus da prova dos respectivos fatos constitutivos, cabendo à contraparte a prova dos fatos impedidos, modificativos ou extintivos, pode em princípio ser aplicada no direito processual público, mas resta claro que essa regra não é suficiente para resolução de todos os tipos de situações, sobretudo porque não faz diferenciação conforme as posições das partes e os interesses e as situações em jogo nos domínios específicos da realidade normativamente concebida⁹².

Não entende dessa maneira a doutrina tradicional, pois para ela nos litígios do contencioso judicial administrativo não haveria ônus da prova subjetivo, como já informamos, e os tribunais devem investigar sempre que necessário os fatos afirmados sem os limites impostos pelas provas aduzidas pelas partes.

Já para os que entendem não haver incompatibilidade entre ônus da prova subjetivo, apesar de o poder inquisitório ter um peso diferenciado no contencioso judicial administrativo, o problema do actori inncumbit probatio dá-se, na verdade, por tornar-se arbitrária para casos idênticos em que as partes se apresentem em posições processuais trocadas, como no caso das demandas declaratórias negativas. A crítica, então, que se faz ao artigo 333 do CPC brasileiro é que a regra parte do pressuposto que todas as demandas são condenatórias.

Podemos agora questionar: existe uma regra do ônus da prova capaz de atender a todos os casos das lides com o Poder Público?

O instituto do ônus da prova foi investigado sob o foco de diversas teorias, como por exemplo, a teoria alemã da norma mais favorável de Leo Rosenberg, na qual é o direito material, em primeiro plano, que decide sobre quem recai o ônus de provar o fato controverso. Essa regra é aplicada até hoje em seu país e é agasalhada pelo CPC brasileiro. Tal formulação teórica aplica-se no caso concreto: quem pretende fazer valer sua pretensão, carrega o ônus da prova para os fatos constitutivos do direito; ao revés, quem quiser de qualquer modo paralisar a eficácia da pretensão, carrega o ônus da prova para os fatos impeditivos, extintivos e excludentes do direito. Por esta teoria, nos casos de falta de prova permite-se fundamentar

⁹⁰ Ibid. p. 270.

⁹¹ A regra geral do princípio do interesse é acolhida no artigo 333, I do CPC brasileiro. Art. 333: “O ônus da prova incumbe : I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito.”.

⁹² VIEIRA DE ANDRADE. Op. cit., nota 5, p. 268.

tanto um resultado favorável para o cidadão quanto para a Administração⁹³. Essa regra, no entanto, não merece prosperar ao menos no contencioso judicial administrativo, pois quando um particular ajuíza uma demanda, ela serve tanto para a efetivação de seu direito individual como também para o controle da Administração Pública⁹⁴. Ora, no direito público não se pode dizer necessariamente que o fato de alguém sair derrotado favoreça o Estado, pois esse age em nome do interesse público e sob a estrita legalidade. Além disso, poder-se-ia chegar ao absurdo de que uma violação de um preceito constitucional seria favorável ao Estado.

Acreditamos que o processo judicial administrativo clama hoje pela flexibilização das regras do ônus da prova. Há necessidade do estabelecimento de normas gerais flexíveis voltadas para essa espécie de contencioso, inobstante a observância de regras especiais de cada ramo, não se acreditando mais na existência de apenas uma regra geral. Não nos esqueçamos, contudo, que o artigo 333 do CPC continua sendo o ponto de apoio para a aplicação do instituto no direito pátrio.

Para o direito ao ônus da prova justo parte da doutrina inclina-se para um teoria dinâmica do ônus da prova, que considere o tipo de vício deduzido, a espécie do ato contestado, o interesse que se pretende fazer valer e a disponibilidade do material instrutório⁹⁵.

Filiamo-nos à tese de doutorado do professor Fernando Gama que defende a regra da normalidade, propondo um regramento diferenciado do ônus da prova no Direito Processual Público. Por essa regra, cabe à Administração provar os fatos constitutivos justificantes de sua intervenção na esfera jurídica do cidadão e ao particular os fatos que fundamentam o seu direito à determinada prestação. Ou seja, ao exigir uma prestação do Poder Público cabe ao particular provar seu direito, mas ao impugnar um ato administrativo é a Administração que deve juridicamente justificar a sua realização⁹⁶.

Resumidamente, a regra da normalidade dar-se-ia da seguinte maneira:

A) Se o particular exige uma prestação a ele cabe a prova dos fatos que fundamentam o seu direito à determinada prestação; ao Poder Público a prova dos fatos impeditivos, extintivos e modificativos;

B) Se o particular impugna um ato administrativo, ao Poder Público cabe a prova dos fatos que fundamentam o ato administrativo; ao particular qualquer tipo de exceção referente à sua existência, validade ou eficácia;

⁹³ MIRANDA NETTO. Op cit., nota 10, p. 135.

⁹⁴ Ibid. p. 136.

⁹⁵ MIRANDA NETTO. Op cit., nota 10, p.139 e 140.

⁹⁶ Ibid. p. 139 e 140.

C) Se houver norma abstrata especial para o caso, esta prevalece (devendo, logicamente, ser compatível com as normas constitucionais).⁹⁷

Esse guia considera como critério de distribuição do ônus da prova a classificação do processo em ampliativo ou restritivo de direitos.⁹⁸

Tendo sido demonstrado que a busca da verdade material é um escopo do contencioso judicial administrativo e que deve concretizar-se na distribuição equitativa do ônus da prova, Micheli ressalta que o julgamento administrativo não deve distribuir o ônus da prova sem atenção à proximidade das partes com a prova e sua possibilidade de produzi-la, devendo ser aplicado o princípio da disponibilidade ou facilidade da prova. Ou seja, se não constar dos autos qualquer prova que garanta a certeza dos fatos apontados no processo, deve o julgador do contencioso judicial administrativo analisar qual das partes, particular ou Administração, estaria em melhores condições de produzi-la, fazendo contra este pender o ônus probatório. Em entendimento semelhante, Juan Montero Aroca inclui no referido princípio a possibilidade de se impor o ônus probatório à parte que tem condições de produzir a prova, ou dela está mais próxima, independentemente de os fatos alegados lhe serem favoráveis ou não.⁹⁹

Inúmeras vezes a Administração ostenta posição privilegiada no processo porque detém o controle dos meios de prova tanto para demonstrar quanto para ilidir o fato alegado pelo cidadão e nestes casos é óbvio que o Poder Público tem obrigação de apresentar tais provas. De outro modo, se o material probatório tiver em poder do particular, ele tem o ônus trazê-lo aos autos. Alerta-se neste caso para o cuidado na aplicação do ônus da prova dinâmico segundo a facilidade na produção da prova, sob pena de ser criada uma probatio diabólica reversa, criando-se uma presunção de culpa do particular.¹⁰⁰

Quanto às regras de inversão do ônus da prova, que transferem a outra parte o dever de provar determinado fato, deve-se ter em mente que são legítimos instrumentos da garantia da paridade de armas, prevista constitucionalmente e disposta no artigo 125, I do nosso Código de Processo Civil.

Na inversão do ônus da prova o magistrado impõe ao réu o oferecimento da contraprova, o que constitui exceção, não compondo o princípio da eventualidade, que abrange os fatos extintivos, modificativos e impeditivos, nos termos do artigo 333 do CPC.¹⁰¹

⁹⁷ Ibid. p. 141.

⁹⁸ No âmbito extrajudicial v. GUEDES, Demian. *Processo Administrativo e Democracia: uma reavaliação da presunção da veracidade*. Rio de Janeiro: Fórum. p. 67 e ss.

⁹⁹ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba em el proceso civil*. Madrid: Civitas, 2002. p. 94 e ss.

¹⁰⁰ KNIJNIK, Danilo. *apud* MIRANDA NETTO. p. 145.

¹⁰¹ Ibid. p. 160.

Em virtude da vulnerabilidade probatória do cidadão frente ao Poder Público entendemos que cabe a inversão do ônus da prova em desfavor da Administração quando houver dificuldade objetiva de adquirir o material probatório.¹⁰² Absurdo seria entender de outra forma, já que o magistrado deve zelar pelo exercício do direito fundamental do cidadão e a Administração tem o dever de atuar sob a estrita legalidade, defendendo um direito que não lhe é próprio.

Pode-se chegar a essa conclusão também pela interpretação ampliada do artigo 333, parágrafo único, II do CPC:

É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:
(...)
II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Desse modo, acertadamente conclui Fernando Gama:

Ora, se não pode haver acordo tendente a dificultar o exercício de um direito, tampouco pode a lei inviabilizá-lo, mormente quando a outra parte tem plenas condições de fornecer documentos capazes de esclarecer os fatos da causa.¹⁰³

Importantíssima é a explicação de Leonardo Greco que nos ensina que, ao contrário do que se possa pensar, a regra do artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor não é privativa das relações de consumo, aplicando-se a todas as hipóteses em que as regras do artigo 333 do CPC venham a gerar uma concreta desigualdade entre as partes ou tornar excessivamente onerosa a demonstração da verdade fática que a uma delas interessa.¹⁰⁴

Para que haja inversão do ônus da prova há de se atender a dois requisitos, qual sejam, o de que a decisão seja motivada, em atenção ao artigo 93, IX da Constituição brasileira, e que se configure uma das seguintes situações: vulnerabilidade probatória, alegação de fatos verossímeis (artigo 6º do CDC) ou sanção por comportamento reprovável¹⁰⁵.

No tocante ao princípio da cooperação das partes e do juiz no processo, nosso Código de Processo Civil estabelece em seus artigos 339 a 341 um legítimo dever de colaboração das partes na busca da verdade.

Em decorrência da possibilidade de inversão do ônus da prova em desfavor da Administração, concluímos que o Poder Público tem o dever de produzir a prova contra si.

¹⁰² Ibid. p. 161.

¹⁰³ Ibid. p. 161.

¹⁰⁴ GRECO, Leonardo. *A prova no processo civil: do Código de Processo Civil de 1.973 ao novo Código Civil*. in Estudos de Direito Processual. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 369.

¹⁰⁵ MIRANDA NETTO. Op cit., nota 10, p. 171.

No capítulo seguinte revelaremos de que modo o sistema pátrio e o francês obrigam a Administração a expor seus documentos e quais são as conseqüências da violação do dever de cooperação.

Seguindo esse raciocínio, é fácil notar que a Administração Pública não pode demitir-se de provar determinados fatos que o juiz entenda que ela tenha maior facilidade de acesso e produção, ou mesmo nos casos de prova negativa, em que na maioria das vezes é impossível impor ao particular tal demonstração, devendo a Administração provar a estrita legalidade com que agiu em seus atos devidamente motivados. Tais situações peculiares decorrem dos poderes de iniciativa probatória dos magistrados e do dever de colaboração das partes, previstos tanto no Brasil quanto na França. Neste país, o poder inquisitório na instrução é tão forte que nos deparamos com inúmeras “mesures d’instruction” e, no Brasil também há numerosos dispositivos que conferem poderes de iniciativa probatória ao juiz, a serem analisados no capítulo próximo.

Enfim, analisaremos o sistema probatório na França, país de onde se originaram diversos de nossos institutos jurídicos, em especial do direito administrativo, e que conseguiu implantar um sistema de liberalização das provas, focado no dever democrático de colaboração das partes na busca da verdade, em que o Estado não passa mais a ser visto como inimigo, e sim como ente que respeita os direitos dos cidadãos e defende-se estritamente sob a égide da lei.

3.3 A prova como dever da Administração

Além das garantias fundamentais do processo, no Estado democrático de direito toda relação entre Estado e cidadão deve transparente, norteadas pelos princípios informativos constitucionais do direito administrativo da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, inclusive a relação processual.¹⁰⁶

Aliás, em especial, princípio da publicidade e o regime democrático revelam-se intimamente interligados, pois que tal princípio é requisito lógico das relações transparentes de um Estado de direito, sem o qual tornar-se-ia impossível a sindicabilidade da legalidade e da moralidade dos atos do Poder Público. No dizer de Diego de Figueiredo, a publicidade é

¹⁰⁶ Artigo 37 da CRFB/88.

verdadeiro direito fundamental do administrado, sem ela não passaria de uma falácia a sustentação dos direitos fundamentais e do próprio Estado de Direito.¹⁰⁷

Norteadas por esses princípios a Administração deve pautar suas condutas, tanto em juízo como fora dele, de modo a resguardar o dever da estrita legalidade a que devem observar todos os seus atos. Desse modo, a Administração não pode necessariamente querer a condenação de um administrado ou sempre rebater a impugnação de seus atos independentemente da verificação de sua legalidade ou veracidade. A Administração, apesar de figurar no processo parte antagônica ao particular, não tem um interesse próprio, mas o interesse de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos quando ameaçados ou efetivamente violados por quaisquer atos, haja vista estar o Estado democrático de direito inserido no primado dos direitos fundamentais.

Ademais, é bom lembrar que em atenção ao primado dos direitos fundamentais em que os Estados de direito estão imersos, a chamada supremacia do interesse público, que era e ainda é no Brasil frequentemente invocada, é rechaçada pela doutrina moderna, que lucidamente atenta para a desconstrução deste princípio não positivado e supressor de direitos fundamentais¹⁰⁸.

A seu turno, Gustavo Binbenojm, adverte que há entre direitos fundamentais e democracia uma relação de interdependência e reciprocidade¹⁰⁹. Por isso, no processo judicial a Administração também é parte interessada na proteção dos direitos fundamentais de seu administrado, assim como também deve velar por um processo justo, revelando sem resistência todos os documentos e provas da veracidade e legalidade de seus atos, principalmente quando impugnados atos que restrinjam direitos do administrado. Como analisado linhas atrás no tópico relativo ao ônus da prova, a presunção de veracidade dos atos administrativos só é válida até o momento da impugnação do ato administrativo, não implicando de maneira alguma que a Administração possa demitir-se de seus deveres com a verdade no processo.

No Brasil, esbarramos com diversos óbices nos litígios contra a Fazenda Pública. Afora as diferenças jurídicas materiais inerentes ao seu regime jurídico especial, há um imenso rol de prerrogativas ou de privilégios processuais, o qual não nos cabe avaliar no

¹⁰⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 278.

¹⁰⁸ Nesse sentido: GRECO. *A prova no processo civil: do Código de Processo Civil de 1.973 ao novo Código Civil*. Op. cit., nota 105. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria dos direitos administrativos: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. e SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional*, in *Interesses públicos vs. Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. (coord. SARMENTO, Daniel). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 23/116.

¹⁰⁹ BINENBOJM. Op. cit., nota 109, p. 50.

presente trabalho, com exceção da presunção de veracidade dos atos administrativos e sua relação com o ônus da prova, com que o administrado deve se deparar. O certo é que inobstante algumas dessas prerrogativas possam ser ainda de alguma forma justificáveis, no caso do presente estudo a presunção de veracidade dos atos administrativos não pode imunizar a Administração da prova de seus atos, fazendo recair sempre o encargo da prova nas costas do cidadão comum. Na maioria das vezes, como analisaremos no capítulo seguinte, a Administração ostenta condição de verdadeira “superparte” pois é inegavelmente mais forte que o administrado e possui acesso mais fácil à matéria probatória. Por sua vez, o cidadão ostenta no mais das vezes uma posição enfraquecida

No capítulo a seguir, no estudo de direito comparado com o sistema francês, analisaremos como é possível a realização de um processo efetivo, justo e liberal nas contendas com a Fazenda Pública.

4. O SISTEMA PROBATÓRIO NA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA FRANCESA E OS ÓBICES AO DIREITO À PROVA NA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA BRASILEIRA

4.1 Nota preliminar: Da importância do recurso ao direito comparado

Antes da análise do sistema probatório na jurisdição administrativa francesa, impõe-nos esclarecer em breves palavras a importância do recurso ao direito comparado.

Afora a indiscutível influência do direito administrativo francês em nosso direito pátrio, que já fora revelada no primeiro capítulo do presente estudo, o recurso ao direito comparado é eficaz e moderno método de estudo, especialmente importante no contexto de universalização de princípios e direitos fundamentais do homem.

Não pretendemos divinizar o direito francês, nem desejamos importar suas normas de direito positivo, pois, além de termos ciência de que seu sistema também merece críticas, o direito positivo é eminentemente nacional¹¹⁰, fruto de tradições e realidades próprias de cada nação.

Por outro lado, percebemos traços de identidade entre os dois sistemas, notadamente pela influência do direito francês em nosso direito, além de os dois países ostentarem condição de Estados democráticos de direito e por isso serem igualmente obrigados a respeitar as garantias fundamentais do processo e os direitos humanos.

Se o direito positivo é eminentemente nacional, a paridade de armas e a busca objetiva à verdade são universais e merecem a mesma obediência dos sistemas jurídicos.

Aponda Cândido Rangel Dinamarco algumas utilidades maiores no método de estudo de direito comparado, dentre as quais, a contribuição para o melhor conhecimento e aprimoramento do direito nacional¹¹¹.

Em notável obra, Cândido Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antonio Carlos de Araújo Cintra, ao elencarem as normas ideais ou os “princípios informativos do processo”, quais sejam, princípio lógico, princípio jurídico e princípio econômico, ponderam que:

¹¹⁰ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Op. cit., nota 50, p. 64.

¹¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Processo Civil Comparado, Fundamentos do Processo Civil Moderno*, vol. II. São Paulo: RT, 1987. p. 763.

o estudo comparado das tendências evolutivas do processo tem apontado uma orientação comum que inspira todos os ordenamentos do mundo ocidental, mostrando uma tendência centrípeta de unificação que parece ser o reflexo daquelas normas ideais, a imprimirem uma comum ideologia mesmo a sistemas processuais de diferente matriz (v.g, os países do common law e os ligados à tradição jurídica romano-germânica).¹¹²

Se outros países, como a França, conseguem desfrutar nas causas do Estado de um processo verdadeiramente equânime, apto à busca da verdade e absolutamente respeitoso da paridade de armas, pensamos que transformar o sonho de implantar essa realidade no Brasil não é impossível.¹¹³ Se conseguirmos alcançar essa realidade,

a sociedade passará a respeitar a autoridade de Estado, hoje profundamente desgastada, porque terá deixado de vê-lo como um inimigo, mas verdadeiramente como guardião do bem comum, que, sem prejuízo da sua tutela, respeita igualmente os direitos dos cidadãos e, no confronto entre aquele e estes contribui de boa fé para a busca da verdade, em igualdade de condições com os demais interessados, para que afinal prevaleça o interesse efetivamente agasalhado pela lei, o único que o Estado tem de fato o direito-dever de defender.¹¹⁴

Ademais, nos cabe fazer algumas básicas distinções entre o sistema francês e o brasileiro.

Como foi dito na introdução desse trabalho, a França adota sistema de jurisdição dualista, diferentemente da jurisdição una adotada no Brasil ou em países da common law, onde o controle dos atos da Administração é feito pelo próprio Poder Judiciário.

Na França, a matéria contenciosa entre o Estado e o indivíduo foi confiada a tribunais administrativos, que se notabilizaram curiosamente pela independência e imparcialidade.¹¹⁵

Verificamos que, não obstante a importação do princípio da separação de poderes pelo Brasil, aqui ele fora interpretado de maneira distinta. Na França, como já foi dito no início deste trabalho, apesar de o princípio ter sido invocado em nome da independência dos poderes, o pensamento de Montesquieu parece ter sido distorcido, pois ali o contencioso administrativo compete a tribunais não integrantes do Judiciário. Na concepção americana desse mesmo princípio, a revisão dos atos administrativos que extrapolam a legalidade, é judicial. Seguindo esse entendimento, os sistemas latino-americanos inspiraram-se no controle judicial anglo-americano, como é o caso do Brasil.¹¹⁶

¹¹² CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO. Op. cit., nota 52, p. 51.

¹¹³ GRECO. *A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa*. Op. cit., nota 4, p. 141.

¹¹⁴ Ibid. p.141.

¹¹⁵ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Op. cit., nota 50, p 68.

¹¹⁶ Ibid. p. 66.

Para nós, a discussão acerca da interpretação do princípio da separação dos poderes hoje nos parece inócua, haja vista que independentemente de como a tradição de cada país firmou seu sistema, o importante é que sendo a jurisdição una ou dual, seja ela, quando provocada, o remédio para a defesa dos direitos dos cidadãos.

Separamos no presente capítulo alguns tópicos que nos parecem mais importantes e controvertidos na questão das provas nas contendas em que a Fazenda Pública figura como parte. Cabe aqui adiantar que apesar de o Brasil adotar o sistema de jurisdição una e para nós a expressão “processo administrativo” em estrito senso respeitar ao processo administrativo extrajudicial e na França muitas vezes este processo gracioso (processo administrativo para nós) confundir-se com o processo judicial da jurisdição administrativa, achamos válido comentar acerca dos processos disciplinares e chamar atenção para a moderna figura da agência reguladora, que há até pouco tempo causava muita polêmica no Brasil, como ocorreu na França. Ademais, sendo o foco do nosso trabalho, em última análise, verificar se as garantias processuais dos cidadãos nos processos em face da Fazenda Pública estão sendo efetivamente asseguradas, também relevante é perquirir essa efetividade nos processos administrativos extrajudiciais ou graciosos, em que as autoridades administrativas não podem se escusar de resguardar garantias processuais erigidas como verdadeiros direitos humanos.

4.2 O sistema probatório no contencioso judicial administrativo brasileiro

No Brasil, como foi esclarecido no Capítulo 1 por ocasião da explicação do sistema de jurisdição una, vigora o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV da Constituição Federal).¹¹⁷ Sendo assim, o controle dos atos administrativos é realizado pelos tribunais judiciais tanto no âmbito da Justiça Federal quanto no âmbito da Justiça Estadual (nas Varas de Fazenda Pública, quando houver).

Para identificarmos os entraves ao direito à prova que o particular sofre nas contendas judiciais administrativas com a Fazenda Pública devemos traçar, ao menos em linhas gerais, o tratamento das regras probatórias dispensado a tais pretensões e litígios.

¹¹⁷ Cabe lembrar que, apesar de o Brasil não seguir o modelo de “jurisdição condicionada”, há casos em que a via administrativa prévia é exigida, como ocorre com a exigência de esgotamento da Justiça Desportiva (art. 217, § 1º da Constituição Brasileira) e a impetração do habeas data (art. 8º, parágrafo único da Lei 9.507/1997).

O Brasil não possui lei própria para disciplina dos litígios de direito público e, por isso, a maioria de seus procedimentos são regulados pelo Código de Processo Civil. Porém, o país dispõe de algumas leis especiais atinentes aos processos em que a Administração Pública necessariamente figura como uma das partes.

Em relação ao procedimento sumaríssimo destaca-se a lei dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/2001). O procedimento sumaríssimo desses juizados é de iniciativa exclusiva do cidadão e trata de causas que não ultrapassam o valor de 60 salários mínimos. O problema é que tal procedimento sumaríssimo restringe-se às causas da União e suas autarquias e fundações. Neste ponto, Fernando Gama em estudo específico do ônus da prova no direito processual público faz crítica a uma grave violação ao acesso a justiça, expondo que se, por exemplo, um particular quiser demandar em face do Município em razão de uma multa de trânsito no valor de 120 reais terá que desembolsar, em tese, um valor superior apenas para o pagamento das custas judiciais, já que não pode ingressar nos Juizados Especiais Cíveis, onde não podem figurar como partes pessoas jurídicas de direito público (art. 8º da Lei 9.099/95).¹¹⁸

O mesmo autor também faz referência às leis especiais em que a instauração do processo judicial depende da iniciativa do Estado, quais sejam, as leis de desapropriação¹¹⁹, de improbidade administrativa¹²⁰, de execução fiscal¹²¹ e a ação civil pública¹²², além de lembrar dos procedimentos em que a iniciativa é ônus do cidadão, quais sejam, mandado de segurança¹²³, habeas corpus, habeas data, mandado de injunção, ação popular e execução contra a Fazenda Pública.

No âmbito do processo administrativo extrajudicial o Brasil alcançou notável avanço com o advento da Lei nº. 9.784/99. Antes dessa lei geral, haviam os chamados “processos administrativos de expediente”, que não dispunham de lei específica e ficavam à mercê da discricionariedade. Agora com a lei geral dos processos administrativos extrajudiciais, há proteção dos direitos dos administrados e regulamentação para a efetividade desses direitos como, por exemplo, os prazos de 5 dias para resposta da Administração e de até 30 dias para obter uma decisão.

¹¹⁸ MIRANDA NETTO. Op cit., nota 10, p. 30-31.

¹¹⁹ Decreto-lei 3.365/1941, Lei 4.132/1962, Decreto-Lei 1.075/1970, Lei 8.629/1993, Medida Provisória 2.183-56/2001.

¹²⁰ Lei 8.429/1992.

¹²¹ Lei 6.830/1980.

¹²² Lei 7.347/1985 e Lei 8.078/1990 com a ressalva de que no processos coletivos a iniciativa pode ser de particulares, notadamente, as associações.

¹²³ Lei 1.533/1951, Lei 4.348/1964, Lei 5.021/1966 e Lei 2.770/1956 com a ressalva de estar a jurisprudência admitindo a legitimidade ativa das pessoas de direito público para a impetração do *writ*.

Além desse avanço, inobstante ainda muito nos faltar para a concretização da proteção dos administrados nos tribunais e na própria Administração, podemos notar outros passos para a evolução desejada por nós. Podemos citar a preocupação da doutrina com a efetividade na obtenção do resultado da execução da tutela específica¹²⁴ e os avanços trazidos pela Lei nº. 10.259 na extinção de vários privilégios processuais, como a vedação de medidas de urgência, a remessa necessária e prazos diferenciados¹²⁵, demonstrando maturidade do legislador. Já podemos também vislumbrar algumas mudanças no olhar da jurisprudência em relação a institutos e conceitos obsoletos que ensejavam interpretação absurda da “supremacia do interesse público”, que veremos nos tópicos seguintes, ainda que a evolução desejada pareça ainda longe de se concretizar.

O instituto do ônus da prova e outros questões pontuais do direito à prova no contencioso administrativo brasileiro serão analisados nos tópicos seguintes. Cabe lembrar que no Capítulo II já analisamos a aplicação em geral do ônus da prova no contencioso judicial administrativo e filiamo-nos à regra da normalidade, à qual sucintamente nos reportaremos na conclusão do estudo.

4.3 O sistema probatório no contencioso administrativo francês

Na França, como já foi dito no histórico de sua jurisdição administrativa, a atitude geral a respeito da Administração foi influenciada por uma tradição secular do poder do Estado. No curso do século XIX a concepção extensiva do interesse público acabou por apoiar a autoridade pública soberana: primazia do serviço público, legitimação da superioridade do Estado e de suas entidades públicas e generalização do anonimato e do segredo da coisa pública.¹²⁶

Mas, felizmente hoje assistimos aos resultados de uma evolução, que à primeira vista pode parecer surpreendente, mas que na realidade é fruto da obediência à primazia dos direitos fundamentais.

Exemplo da atual preocupação com o administrado é o cuidado nas expressões “usuário”, “beneficiário” e até “cliente” nos serviços públicos. Governo e Parlamento

¹²⁴ GRECO, Leonardo. *Tutela Jurisdicional Específica*, in *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 513.

¹²⁵ Artigos 4º, 13º e 9º da Lei 10.259/2001.

¹²⁶ PLANTEY, Alain; BERNARD, François- Charles. *La Preuve devant le Juge Administratif*. Paris: Economica, 2003. p. 89.

cumpriram o interesse no diálogo social, não somente pela democracia, mas também pela eficácia da Administração e pela prevenção de conflitos. Como pano de fundo essencial para tais transformações encontramos uma forte influência das cortes internacionais, principalmente da Corte Européia de Direitos Humanos.

Assim, a sucessivos saltos a legislação diminuiu o desequilíbrio entre demandante e Administração Pública: assistência judiciária, acesso às informações (nominativas ou não), motivação das decisões individuais, gestão de dados, procedimentos consultivos e contraditórios e aumento do *sursis* na execução (através dos *référés*).¹²⁷

O professor Colson, em “L’office du juge et la preuve dans le contentieux administratif”, estima que a história do progresso do controle jurisdicional da Administração na França consistiu primeiramente na extensão da competência do juiz, reduzindo os atos discricionários, em seguida desenvolveu-se o recurso por excesso de poder pelo aprofundamento do controle dos motivos e agora, enfim, o alvo da jurisprudência seria o aumento da ação de juiz sobre a prova.¹²⁸

O regime de provas da jurisdição administrativa francesa, assim como o direito administrativo francês em geral, tem origem quase inteiramente pretoriana, tendo sido o papel do legislador apenas intervir em situações pontuais e, ainda assim, apenas recentemente.

Costumava-se distinguir o processo administrativo e civil apontando que o primeiro seria inquisitório e o segundo seria acusatório, ou seja, que o juiz civil se restringia a assistir ao processo deixando toda a liberdade de produção probatória às partes.

Tal distinção não mais atende à realidade já que o Novo Código de Processo Civil francês expandiu os poderes do magistrado, fazendo do juiz civil também um juiz intervencionista. Os dois regimes atualmente se diferenciam menos pelas características que pelas particularidades técnicas. A autonomia de cada ordem de jurisdição marca orgânica e materialmente os dois regimes e a pacífica conclusão da doutrina é a de que não obstante as nuances entre os dois regimes, a justiça não pode ser realizada sem um mínimo de poder de iniciativa.¹²⁹

Além do fundamental poder de iniciativa que deve ser concedido aos magistrados, é essencial que seja garantido ao particular perquirir a verdade em juízo, ou seja, ter o direito ao acesso e apreciação das provas.

¹²⁷ Ibid., p.89.

¹²⁸ COLSON. *apud* DARCY, Gilles. *La Preuve et le juge administrative* in *La preuve*. PUIGELIER, Catherine (dir.). Paris: Economica, 2004. p.102.

¹²⁹ DARCY. Op. cit., nota 129, p. 106 e 107.

O artigo 11 do Novo código de processo civil francês faz referência à “production forcée”, ou seja, é conferido ao juiz o poder de impor às partes ou a terceiros a produção de provas por eles acessíveis, o que vale em toda jurisdição de ordem judiciária e principalmente nos requerimentos de urgência (référés). O mesmo artigo diz que é ressalvado ao juiz tirar as conclusões advindas de uma abstenção ou recusa a disponibilizar provas e o espírito desse dispositivo também inspira o processo administrativo.¹³⁰

Apesar desse espírito comum e do crescente intercâmbio e enriquecimento recíproco entre o juiz judiciário e administrativo, notadamente no plano jurisprudencial, o regimes das provas das duas ordens de jurisdição possuem regras distintas.

O juiz administrativo tem a árdua tarefa de tomar conhecimento de diferentes novas legislações, que ajudam a melhorar as relações entre cidadãos e administração pública, além de regulamentações internacionais, principalmente aquelas afetas aos direitos humanos.

A instrução na jurisdição administrativa francesa atende ao princípio da obrigação de instruir perante o juízo, ou seja, as causas não podem ser julgadas sem terem sido objeto de uma instrução apropriada para que o juiz forme sua íntima convicção. Desse modo o Conselho de Estado qualifica este princípio como “formalidade essencial” que impõe respeito a toda a jurisdição administrativa.¹³¹

Em geral, a doutrina qualifica a instrução na jurisdição administrativa como escrita, inquisitorial e contraditória.¹³²

Doutrina e jurisprudência zelam bastante pelo caráter inquisitório dos processos na jurisdição administrativa. A melhor doutrina francesa diz que na prática é preciso contar com o caráter inquisitório da instrução e com a preocupação de o juiz não encarregar o requerente da prova de suas alegações nos casos freqüentes em que os meios de fazer a prova estão em poder da Administração¹³³. É por isso que não é raro deparar-se com alegações do administrado tidas como verdadeiras quando a Administração não prova sua inexatidão ou abstém-se de explicações ou justificações que possam fundamentar sua contestação.¹³⁴

De maneira geral o juiz forma sua convicção baseado nos elementos probatórios trazidos aos autos e, na presença de elementos contraditórios ou não decisivos, ele se pronuncia de acordo com o que lhe parece mais próximo da realidade, tendo em conta que, conforme o caso, cabe à Administração destruir as presunções estabelecidas em favor do

¹³⁰ PLANTEY;BERNARD. Op. cit., nota 127, p. 3.

¹³¹ CHAPUS. Op. cit., nota 61, p. 698.

¹³² Ibid., p. 699.

¹³³ Ibid., p. 728.

¹³⁴ Ibid.

requerente e que a ela igualmente incumbe provar os fatos que originaram sanções ou perseguições disciplinares.¹³⁵

As *mésures d'instruction* são tomadas pelo juiz quando o material probatório trazido aos autos não é suficiente para formar sua convicção, quer dizer, quando ele se encontra na presença de alegações que não tenham precisão e que nenhuma prova nos autos as corroborem.

Alguns textos legislativos dispõem sobre tais medidas de instrução, porém não são limitativas. O caráter inquisitório do processo é suficiente para investir o juiz de poderes próprios que lhe permitem estabelecer os fatos.¹³⁶

Em geral, as medidas de instrução podem ser divididas em três categorias:

A) Nas demandas de explicações ou de documentos: em que o juiz pode ordenar as partes, inclusive a Administração, a fornecer em um determinado prazo explicações e documentos. É uma das mais notáveis ilustrações dos poderes inquisitórios do juiz;

B) Investigações praticadas pelo próprio juiz: são medidas em que o próprio juiz assegura sua execução. Tais medidas acontecem, por exemplo, nos casos de verificação de documentos administrativos (como por exemplo, apreciar sua comunicabilidade, verificar sua autenticidade), de visita a locais (que tornou-se mais freqüente nos casos de contencioso de urbanismo e de expropriação), na colheita de depoimentos e de interrogatórios feitos nas audiências;

C) Medidas executadas por técnicos ou peritos. Um perito pode, por exemplo, em matéria de abuso de poder, apreciar a realidade de uma inaptidão física em razão da qual tenha havido restrição para permissão de carteira de motorista¹³⁷.

Porém, há de se ressaltar que a liberdade do juiz não significa arbitrariedade. O magistrado deve ordenar somente as medidas necessárias à completude da instrução, pois as partes têm direito à completa instrução, capaz de formar o íntimo convencimento do juiz. Assim, o juiz deve abster-se de ordenar medidas, sobretudo as medidas de técnicos ou peritos, frustrantes em razão de sua inutilidade.¹³⁸

É evidente que também nos casos de *mésures d'instruction* o contraditório deve ser respeitado. Os resultados das medidas devem ser anotados em relatório, comunicados às partes, principalmente nas medidas de visita, de depoimentos e nas realizadas por peritos.¹³⁹

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Ibid., p. 730.

¹³⁷ Sobre as medidas de instrução v. CHAPUS. Op. cit., nota 61, p. 730 a 744.

¹³⁸ Ibid., p. 742.

¹³⁹ Ibid., p. 743.

A jurisdição administrativa tem o pleno domínio do processo, ela forja as regras da provas, que passam necessariamente por ela no contraditório e, por outro lado, ordena a produção de provas ou quaisquer elementos de informação, investida de poder inquisitorial.

Na fase instrutória tanto as partes quanto a própria jurisdição são regidas pelo contraditório, que é inerente a todo processo jurisdicional. Dentro dos prazos, deverão ser transmitidos às partes todos os documentos, memorandos, fatos novos ou mesmo resultados da instrução para que as partes possam articular suas réplicas e observações.

Assim como prevê o famoso artigo 6º, § 1º da Convenção Européia de Direitos Humanos, o Código de Justiça Administrativa assegura o contraditório nos dispositivos L.4, L.5 e L. 522-1, tanto nos procedimentos comuns quanto nos de urgência. Portanto, o juiz só pode considerar para formação de sua íntima convicção as informações das quais as partes tomaram conhecimento e puderam manifestar-se em sua presença, na mais completa igualdade.

A exigência de um contraditório participativo, no entanto, não engloba apenas o direito a manifestar-se previamente sobre quaisquer questões submetidas à apreciação do juiz, mas também, dentre outros aspectos, o direito de defender-se provando, que não se exaure no direito de propor as provas, mas se completa com o de efetivamente produzir todas as provas que potencialmente tenham alguma relevância para o êxito da postulação ou da defesa.¹⁴⁰

Na arguta preleção do mesmo professor, a noção descritiva do conteúdo do princípio do contraditório, em última análise, do modo a influir eficazmente nas decisões do magistrado, nos permite avaliar o grau de observância do princípio por qualquer sistema processual.¹⁴¹

Esse grau de observância do contraditório no sistema francês releva-se bastante satisfatório tanto em estudo jurisprudencial quanto na opinião da doutrina mais qualificada. Graças ao sucesso da influência do direito europeu, não há mais o entendimento de que a jurisdição administrativa ou autoridades administrativas independentes estariam fora do alcance do artigo 6º, § 1º da Convenção Européia de Direitos Humanos.¹⁴²

Nas linhas seguintes demonstraremos como a lentamente construída jurisprudência do Conselho de Estado procura estabelecer a “conciliação entre dois princípios fundamentais de direito: a presunção de legalidade, de sinceridade e de eficiência dos atos administrativos e o caráter contraditório essencial a todo processo jurisdicional”.¹⁴³

¹⁴⁰ GRECO. *A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa*. Op. cit., nota 4, p. 122.

¹⁴¹ Ibid., p. 121.

¹⁴² DARCY. Op. cit., nota 129, p. 109.

¹⁴³ PLANTEY. Op. cit., nota 127, p.91. (tradução livre)

A aplicação do instituto do ônus da prova e outros questões pontuais do direito à prova no contencioso administrativo francês serão analisados nos tópicos seguintes.

4.4 Ônus da prova e presunção de veracidade dos atos administrativos

Dentre a miríade de importantes questões suscitadas em relação à complexa matéria de provas, principalmente no delicado sistema probatório administrativo, concluímos que, juntos, o ônus da prova e a presunção de legitimidade dos atos administrativos são a pedra de toque da falta de efetividade e da lentidão nos processos em diversas jurisdições administrativas.

Muitas vezes esses dois institutos tornam-se verdadeiros entraves à garantia do contraditório, que só é plenamente exercida se também efetivamente assegurada a garantia da paridade de armas entre os litigantes.

Ademais, em última análise, o direito à verdade também é seriamente comprometido, já que o simples cidadão não consegue perquirir a verdade real sem ter o devido acesso às provas, sob o vago fundamento da presunção de legitimidade dos atos administrativos, conjugado com a pesada carga do ônus da prova sobre o cidadão, a pretexto da sempre conveniente maquiagem do princípio da supremacia do interesse público.

Foi no instituto do ônus da prova que o Conselho de Estado atuou de forma original e inovadora na jurisdição administrativa francesa. Desde o século XIX o Conselho pôde ordenar discricionariamente à Administração a submeter-se ao seu controle de modo que se pudesse verificar a exatidão dos fatos alegados pelo particular.

Marcello Caetano lembra que “o contencioso administrativo francês integra-se numa estrutura judiciária, de uma Justiça que está à margem, a latere, do Poder Executivo, mas com total independência. Sabe-se que ela é tão independente que, desde Napoleão, embora o poder real detivesse atribuições de justiça retida, na realidade, em relação à jurisdição dos órgãos deliberantes do contencioso administrativo, muitíssimo raramente exerciam o poder real no concernente a essa justiça retida.”¹⁴⁴

Esse verdadeiro poder de injunção do Conselho de Estado não feriu o tradicional princípio da separação das autoridades administrativas e judiciárias, por não representar intervenção externa o que, no contexto cultural do país, corroborou a legitimação de sua conduta.

¹⁴⁴ CAETANO, Marcello. in *Revista de Ciências Políticas* 21/28.

Na França, como no Brasil, em regra o ônus da prova recai sobre o demandante, seguindo a máxima actori incumbit probatio, princípio geralmente aplicado sob a lógica de que deve provar quem invoca uma exceção à regra geral.¹⁴⁵

La preuve d'une allégation, d'une argumentation, d'une prétention incombe à celui qui les formule, en demande ou en défense. Le procès s'instruit alors selon une balance des preuves dont la juridiction apprécie la pertinence et les conséquences. Les mêmes principes valent pour les litiges entre collectivités publiques.¹⁴⁶

Porém, há desigualdade entre as partes no contencioso administrativo em função do regime especial da Administração, que se justifica pelos interesses coletivos gerados (teoricamente superiores para a maior parte da doutrina brasileira), pela presunção de legitimidade e veracidade de suas decisões ou mesmo por invocar que a maior parte de sua receita advém dos contribuintes. Devido à incidência de tais fortes condições, o Estado dispõe de meios de coação jurídicos e sociais e, por consequência lógica, para o simples cidadão a prova de fatos contrários aos atos da Administração é na maioria das vezes um fardo muito pesado.¹⁴⁷

Dessa afirmação não discrepa GILLES DARCY, que lembra que em matéria administrativa a teoria do ato administrativo unilateral, ou seja, sem a concordância do destinatário, nos obriga a interpretar de maneira particular o tradicional princípio do ônus da prova. Ora, aplicar o actori incumbit probatio em matéria administrativa pode acarretar em consequências impertinentes para o requerente, posto que na maioria das vezes é a Administração quem detém em seu poder os elementos da prova. O administrado em juízo sofre, portanto, uma desvantagem que a jurisprudência deve compensar.¹⁴⁸

Nosso entendimento é exatamente neste sentido, conforme explicitado no Capítulo II. O ônus da prova no contencioso administrativo deve ser revisitado pelos direitos fundamentais, notadamente quando o ato administrativo é restritivo de direitos. Neste caso, cabe à Administração a prova dos fatos por ela alegados, assim como em todos os casos em que há impugnação dos atos administrativos. No caso das sanções disciplinares

¹⁴⁵ Na França o princípio do ônus da prova em direito público é o de que "*la preuve incombe au demandeur*" e também do âmbito do direito privado o artigo 9 do novo Código de Processo Civil dispõe que cada parte deve provar conforme à lei os pontos necessários ao sucesso de sua pretensão. Assim, no direito das obrigações, quem deve provar é quem reclama a execução de uma obrigação de direito privado, conforme dita o artigo 1315 do Código Civil.

¹⁴⁶ PLANTEY;BERNARD. Op. cit., nota 127, p. 92. Citam jurisprudências do Conselho de Estado de 1965, 1969, 1970e 2001. No vernáculo: "A prova de uma alegação, de uma argumentação, de uma pretensão incumbe a quem as formula, em demanda ou em defesa. O processo se instrui então segundo uma balança de provas da qual a jurisdição aprecia a pertinência e as consequências. Os mesmos princípios valem para as entidades públicas." (tradução livre)

¹⁴⁷ PLANTEY;BERNARD. Op. cit., nota 127, p. 91.

¹⁴⁸ DARCY. Op. cit., nota 130, p. 114.

administrativas, em acordo com o princípio da presunção da inocência, sempre cabe à Administração demonstrar a legalidade da sanção aplicada e a prova dos fatos que ensejaram a sanção. Já nos casos em que o particular deseja uma determinada prestação estatal, em princípio, caberia a ele a prova de suas alegações. Em todos os casos, porém, não há demissão de nenhuma das partes de seu dever de colaboração.

O particular não está na maior parte das vezes em condições de produzir prova completa e circunstanciada de suas alegações, por ela estar em poder da Administração ou caracterizar-se prova negativa (impossível). Na França, se o juiz detecta essa desigualdade, utiliza-se de instrumentos compensatórios, podendo inverter o ônus da prova, exigir a colaboração de ambas as partes ou intervir na instrução através das *mésures d'instruction* quando lhe parecer que as alegações merecem ser corroboradas ou completadas.¹⁴⁹

Ao contrário do que em geral ocorre no Brasil, há uma miríade de precedentes do Conselho de Estado que afirmam categoricamente que a condição de “alegação do Poder Público” não pode conduzir à imposição, contra o particular, do ônus da prova de fatos negativos (Ce, decisão de 28.7.1951) ou da inexistência de certas circunstâncias alegadas pela Administração (CE, decisão de 26.02.1982).¹⁵⁰

Felizmente, para que se inverta o ônus da prova, a jurisprudência mais recente deu um passo ainda maior e costuma exigir apenas uma argumentação séria, verossímil.¹⁵¹

Alain Plantey e François-Charles Bernard esclarecem que a presunção de sinceridade e impessoalidade da Administração não a dispensa de produzir provas em apoio de seus atos e de suas afirmações quando ela está na posição de defesa.¹⁵²

É cediço que cabe ao administrado o ônus de agir para impugnar o ato da Administração, mas o controle da atividade do serviço público pelo juiz administrativo existe desde o momento em que o ato é contestado e para esse controle ser efetivo a Administração não poderá silenciar ou limitar-se a afirmações só porque seus atos são presumivelmente verdadeiros.¹⁵³

Vale lembrar que nas causas que envolvem o Estado as provas documentais são indubitavelmente as mais importantes e a exigência do “*actori incumbit probatio*” seria fatal ao particular, obrigado a produzir provas que estão frequentemente nas mãos da

¹⁴⁹ PLANTEY;BERNARD. Op. cit., nota 127, p. 95.

¹⁵⁰ Ibid., p. 96.

¹⁵¹ Essa evolução deu-se a partir do caso *Société Maison Genestal* (Conselho de Estado, 26 de janeiro de 1968.) Acessado no sítio eletrônico do Conselho < <http://www.conseil-etat.fr/ce/home/index.shtml>> em 8 de junho de 2008.

¹⁵² PLANTEY;BERNARD. Op. cit., nota 127, p. 96.

¹⁵³ Ibid.

Administração. No silêncio ou na recusa em disponibilizar os documentos e informações necessárias à defesa do particular, o contraditório, sob a ótica do direito de defender-se provando, não é efetivamente assegurado.

É por isso que o Conselho de Estado diversas vezes descarta as regras gerais do ônus da prova. Essa importante instituição francesa não exige que o requerente faça a prova integral dos fatos alegados, sendo muitas vezes suficiente a impugnação do ato que tenha suscitado no particular algum tipo de dúvida acerca de sua legalidade ou veracidade.

Se os autos não estão completos ou convincentes, a jurisdição exige explicações ou justificações da Administração e tal exigência nos parece óbvia já que se é o Estado que deve obedecer ao estrito princípio da legalidade, é sobre ele que deve recair o encargo de demonstrar que agiu segundo o mesmo.

Já que deve estar assente no Estado Democrático de Direito uma relação transparente entre particular e Administração, à luz do princípio da participação democrática, o Estado não só pode ser obrigado a colaborar para o deslinde do litígio, como também o deve fazer espontaneamente.¹⁵⁴

Outro importante instrumento compensatório da desigualdade é o de beneficiar o administrado diante da dúvida, bastando que suas alegações sejam plausíveis. Vale lembrar que o Conselho de Estado, sempre inovador, já tinha esse entendimento mesmo quando se acreditava que perante a dúvida, a Administração deveria sempre ser beneficiada.¹⁵⁵

Assim, quando a Administração silencia ou não produz prova em contrário os argumentos do particular são considerados e seus direitos são reconhecidos.¹⁵⁶

Em contrapartida, no Brasil uma das referências jurisprudenciais mais antigas à presunção de veracidade dos atos administrativos e sua relação com o ônus da prova do Supremo Tribunal Federal data de 1955. No julgamento do Recurso em Mandado de Segurança n.º 2.846, a Corte apontou o princípio do interesse, excetuando-se a Administração Pública, que teria a seu favor a presunção de veracidade¹⁵⁷. Atente-se para o parágrafo anterior, em que revelamos que o Conselho de Estado francês em 1951 já afirmava que a

¹⁵⁴ Ibid., p. 97. Citando jurisprudência do Conselho de Estado 5-12-1975, que diz inclusive que sendo a Administração a única a deter o documento e somente ela podendo mensurar todo seu alcance e juntá-lo à sua produção probatória, ela deve ser considerada como tendo retido o documento mesmo antes da requisição pelo Conselho de Estado.

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ Ibid., p.100.

¹⁵⁷ O acórdão foi assim ementado:

“PROVA. O ÔNUS DA PROVA CABE A QUEM ALEGOU. ATÉ PROVA EM CONTRÁRIO, A AFIRMAÇÃO DA AUTORIDADE PÚBLICA TEM A SEU PROL, A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE.” (STF. RMS n.º. 2468. Órgão julgador: Segunda Turma. Relator: Min. Lafayette de Andrada. Julgado em 27 de maio de 1955; consultado no sítio eletrônico do Tribunal www.stf.gov.br em 8 de junho de 2008.

presunção do poder público não poderia impor contra o particular o ônus da prova de fatos negativos.

Infelizmente, até hoje o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência brasileira é o mesmo, conforme foi dito no Capítulo II¹⁵⁸. Mas, em casos pontuais já conseguimos perceber alguma evolução jurisprudencial, que traremos ao longo dos tópicos.

4.5 A colaboração das partes na busca da verdade: o princípio da cooperação

Continuando a análise do grau do contraditório do sistema francês, temos que avaliar, além da obediência ao direito de as partes se manifestarem previamente sobre as questões submetidas à apreciação do juiz, o direito de defender-se provando, que se projeta no dever de colaboração das partes.

Como já foi ressaltado, não se pode pensar em efetividade do processo sem que a garantia da igualdade esteja subjacente à garantia do contraditório. Não havendo conjunção dessas duas garantias, temos cerceados os básicos direitos de ação e de defesa¹⁵⁹ e é por isso que os doutrinadores franceses destacam a importância da colaboração das partes, sobretudo da Administração na produção das provas no processo.

Em princípio, as regras de distribuição do ônus da prova parecem ser justas, de maneira que sempre caberia a cada interessado o encargo de demonstrar suas alegações, equilibrando o tratamento das partes em juízo. Porém, ensina Leonardo Greco que:

¹⁵⁸ “No caso, a recorrida ajuizou ação que denominou anulatória de débito, alegando na petição inicial a invalidade do processo administrativo que culminou na imposição de multa. Haveria, portanto de provar o fato que redundaria no seu alegado direito de não ser multado, afastando, assim, a presunção de legalidade do ato administrativo. Não tendo provado o vício que entendia inquirar o processo administrativo, este é válido e produz efeitos, não sendo exigível da administração recorrente fazer prova que contrarie os fatos alegados pela outra parte.” (STJ. Recurso Especial nº. 813.799/MG. Órgão julgador: Primeira Turma. Relator: Min. Francisco Falcão. *DJU*, 19 de junho de 2006, consultado na revista eletrônica do Tribunal <www.stj.gov.br> em 8 de junho de 2008).

“Ato administrativo que goza da presunção *juris tantum* de veracidade, cabendo aos titulares das contas vinculadas, a teor do art. 333, I do CPC, o ônus de provar que, no seu caso específico, o referido índice não foi aplicado, mediante apresentação de extrato emitido pelo banco depositário ou, pela CEF, após a centralização das contas. Havendo resistência, a prova pode ser exibida em juízo. 4. O fato de o STJ ter se posicionado no sentido de dispensar os titulares das contas da apresentação dos extratos quando do ajuizamento das demandas em nada interfere na situação dos autos, porque naquela hipótese era suficiente provar a titularidade no período cuja correção se reclama. Aqui, diferentemente, questiona-se a aplicação de percentual definido em ato administrativo, que goza da presunção *juris tantum* de veracidade.” (STJ. Recurso Especial nº. 445.727/MG. Órgão julgador: Segunda Turma. Relatora: Min. Eliana Calmon. *DJU*, 16 ago. 2004, consultado na revista eletrônica do Tribunal <www.stj.gov.br> em 8 de junho de 2008).

¹⁵⁹ Nesse sentido v. VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Op. cit., nota 50, p. 39.

essas mesmas regras podem transformar-se em instrumentos de desigualdade, na medida em que muitas vezes a parte a quem interessa determinado fato não é aquela que se encontra na posição mais favorável para produzir a sua prova e não pode a justiça admitir que a outra, através de sua inércia ou resistência, venha a frustrar o acesso à verdade que à primeira beneficia.¹⁶⁰

O cerne dessa questão é que a paridade de tratamento em juízo não se contenta com regras formais, mas deve ser garantida in concreto, segundo a noção de igualdade material, pois alguma das partes pode se encontrar em posição de inferioridade no acesso aos meios de defesa. Desse modo, devem ser tomadas pelo juiz iniciativas compensatórias para estabelecer um real equilíbrio entre as partes, sem o qual não se pode atingir um resultado justo.¹⁶¹

Nessa esteira, a colaboração das partes na busca da verdade também faz parte da estrita obediência à participação eficaz das partes no processo de maneira a influir sem restrições na decisão do magistrado.

O princípio da cooperação é dirigido tanto às partes quanto ao juiz. Norteador por este princípio, o “juiz garante” propicia o reforço ao diálogo entre os sujeitos processuais, diferentemente de um processo autoritário, em que as partes só conhecem o caminho do pensamento do juiz na sentença¹⁶².

O Código de Processo Civil brasileiro dispõe em seus artigos 339 a 341 um dever de colaboração das partes e dos terceiros. Não se pode olvidar, no entanto, o importantíssimo papel do juiz na busca da verdade. Neste sentido, encontra-se ultrapassado o artigo 36, III da Lei Complementar nº. 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura), que veda ao juiz “manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre o processo pendente de julgamento, seu ou de outrem”.¹⁶³

Mas, ainda cabe perquirir se o princípio da cooperação induz a um dever ou ônus das partes. Esse questionamento tem sua resposta em acordo com a política legislativa do sistema jurídico. Se há opção por um ônus de cooperar a parte pode sofrer um prejuízo, como perder a causa por falta de apresentação de um documento indispensável. Por outro lado, se há um dever de cooperar o comportamento poderá ser exigido de forma coercitiva ou poderá acarretar uma sanção de ordem penal ou disciplinar.¹⁶⁴

Ora, aqui nos parece claro que é o princípio da legalidade que deve nortear a escolha. Explica-se: podemos dizer que o Estado tem a função de buscar a estrita legalidade de seus

¹⁶⁰ GRECO. *A Busca da Verdade e a Paridade de Armas na Jurisdição Administrativa*. Op. cit., nota 4, p. 128.

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² MIRANDA NETTO. Op. cit., nota 10, p.172.

¹⁶³ Ibid. p. 173.

¹⁶⁴ Ibid. p. 179.

atos e a efetiva proteção dos direitos dos administrados e deveria se satisfazer com uma pretensão de um cidadão atendida, ainda que sucumbente no processo. Ademais, o princípio da publicidade erigido no artigo 37 da Constituição obriga a Administração a dar publicidade a seus atos. Portanto, o princípio da cooperação ensejaria para a Administração um verdadeiro dever de fornecer a prova, ou seja, o Poder Público tem o dever de produzir a prova contra si, não só quando houver previsão legal, mas também em atenção aos princípios constitucionais da publicidade, moralidade e transparência¹⁶⁵. Se este dever for violado, deve acarretar em sanção por comportamento reprovável.

Assim, por exemplo, a Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei nº. 10.259/2001) dispõe em seu artigo 11 que a entidade pública ré deverá fornecer ao Juizado a documentação de que disponha para o esclarecimento da causa, apresentando-a até a instalação da audiência de conciliação.

Quanto ao particular a tendência é que ele seja aliviado da auto-incriminação, conforme aparece no artigo 17 do Projeto de Lei Complementar do Senado nº. 646/1999, nos seguintes termos:

Ninguém será obrigado a atestar ou testemunhar contra si próprio, considerando-se ilícita a prova assim obtida do contribuinte (art. 5º, LVI, Constituição Federal).

A falta de cooperação traz conseqüências tanto para o ônus quanto para o dever de cooperar, podendo resultar em uma decisão desfavorável. As normas dos artigos 14 e 15 do Código de Processo Civil brasileiro prevêm o dever de lealdade, podendo o juiz infligir sanção de multa. A litigância de má-fé está prevista no artigo 17, cujo rol é taxativo.

É claro que não se pode ir tão longe a ponto de aplicar multa processual para a parte que, em seu próprio interesse, deixa de apresentar algum tipo de prova¹⁶⁶. Também há de se fazer ressalva quanto aos processos sancionadores, em que deve-se respeitar a presunção de inocência, devendo o órgão acusador demonstrar a responsabilidade administrativa da parte. Neste caso, ocorreria apenas um dever de colaboração passiva, que consiste na sujeição da parte à inspeção e exame de documentos por parte do Poder Público ou investigações determinadas pelo Poder Judiciário¹⁶⁷.

Felizmente, no Brasil de modo geral as entidades públicas têm sido convocadas a fornecer seus documentos¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Ibid. p.182.

¹⁶⁶ Ibid., p.184

¹⁶⁷ Ibid. p. 184/185.

¹⁶⁸ "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS.

Na França encontramos fortes exemplos desse diálogo processual, dirigido pelo juiz, o que revela certa mitigação do princípio do inquisitório em razão do dever de cooperação das partes.

Neste país quando o órgão da Administração se limita a fazer afirmações, sem fornecer justificações ou documentos probantes, perde a causa. Nesse sentido, na jurisprudência francesa criou-se o aforismo “quand l’Administration perd ses dossiers, elle

FGTS. EXTRATOS DAS CONTAS VINCULADAS. HONORÁRIOS. ART. 29-C DA LEI 8.036/90, COM REDAÇÃO DADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA 2.164-40/01. AÇÕES AJUIZADAS ANTES DE 27.07.2001. INAPLICABILIDADE.

1. Após a edição da Lei 8.036/90, foi atribuída à CEF a qualidade de agente operador do Fundo de Garantia por Tempos de Serviço, que assumiu, assim, a obrigação de centralizar e controlar as contas vinculadas, além de "emitir regularmente os extratos individuais correspondentes às contas vinculadas e participar da rede arrecadadora dos recursos do FGTS."

2. O artigo 24 da citada legislação fundiária determinou que, quando ocorresse à migração das contas, a CEF seria informada pelo banco depositário, de forma detalhada, sobre toda a movimentação das contas vinculadas.

3. Assim, a partir da migração das contas para a CEF, impõe-se à essa empresa pública a responsabilidade pela apresentação em juízo dos extratos analíticos das contas vinculadas. Precedentes.

4. O art. 29-C da Lei nº 8.036/90, introduzido pela MP nº 2.164-40/2001, é norma especial em relação aos arts. 20 e 21 do CPC, não se aplicando às ações ajuizadas antes 27.07.2001.

5. Recurso especial a que se nega provimento, com ressalva do ponto de vista pessoal do relator.” (STJ. Recurso Especial nº. 647939 / PE. Órgão julgador: Primeira Turma. Relatora: Min. Teori Albino Zavascki. *DJU*, 04.04.2005, consultado na revista eletrônica do Tribunal <www.stj.gov.br> em 8 de junho de 2008).

“IMPOSTO DE RENDA. CONTRIBUIÇÃO PARA A PREVIDÊNCIA PRIVADA. DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS. PRESCRIÇÃO. LC Nº 118/2005. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. LEIS Nº 7.713/1988 E Nº 9.250/1995. BITRIBUTAÇÃO. DECLARAÇÕES DE AJUSTE ANUAL. ÔNUS DA RÉ.

O contribuinte está desobrigado da apresentação de qualquer documento que venha a comprovar o efetivo recolhimento do tributo, quando a retenção foi efetuada diretamente na fonte de rendimentos, deduzindo-se que a entidade pagadora cumpriu a legislação aplicável.

O disposto no artigo 3º da LC nº 118/2005 se aplica tão-somente às ações ajuizadas a partir de 09 de junho de 2005, já que não pode ser considerado interpretativo, mas, ao contrário, vai de encontro à construção jurisprudencial pacífica sobre o tema da prescrição havida até a publicação desse normativo. Tendo sido a ação ajuizada em 01 de julho de 2005, posteriormente à entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/2005, restam prescritas as parcelas anteriores a 01 de julho de 2000.

Incide imposto de renda no resgate das contribuições para plano de previdência privada a partir de 1º de janeiro de 1996, conforme dispõe o artigo 33 da Lei nº 9.250, de 1995, excluídos os valores recolhidos pelo participante no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995, porquanto já tributados na fonte.

A Medida Provisória nº 2.159, de 2001, excluiu expressamente a incidência do imposto de renda no resgate ou na percepção de aposentadoria complementar sobre as contribuições efetuadas pelos beneficiários ao fundo de previdência privada sob a égide da Lei nº 7.713, de 1988, por reconhecer a ocorrência de bitributação.

À parte autora incumbe tão-somente demonstrar a incidência indevida do imposto de renda sobre as verbas discutidas, enquanto à parte ré cumpre provar que determinada parcela desse indébito já foi restituída por ocasião da declaração de ajuste anual, devendo ser abatida do valor a ser restituído (art. 333, I e II, CPC).

O crédito tributário decorrente da procedência de ação de repetição de indébito, submete-se à regra geral insculpida no artigo 100 da Constituição Federal de 1988, devendo seu pagamento ser efetuado por meio de precatório ou requisição de pequeno valor. É facultado ainda ao contribuinte manifestar a opção pela compensação do crédito.

A Fazenda Nacional pode, em embargos à execução de sentença, comprovando que parte do indébito já foi restituído por ocasião da declaração de ajuste anual, alegar a existência de excesso de execução (artigo 741, inciso V do CPC, com a redação dada pela Lei nº 11.232/2005), sem que, com isso, haja ofensa à coisa julgada.” (Tribunal – Quarta região – Classe: AC – APELAÇÃO CÍVEL – Processo 2005.70.00.019018-4 - UF: PR - Órgão julgador: Primeira Turma. Relatora: Min. Wilson Darós. Acórdão publicado no DE de 04/12/2006, consultado na revista eletrônica do Tribunal <www.trf4.jus.br/trf4> em 8 de junho de 2008).

perd son procès” ou “perd sa cause, le ministre qui se borne à affirmer sans fournir de justification”.¹⁶⁹

O dever de colaboração da Administração é tão sensível na jurisprudência francesa que entende-se que ela deva mostrar documentos necessários ao deslinde do litígio inclusive espontaneamente, pois se há material probatório em seu poder, somente ela poderia medir seu alcance:

le sieur M. a demandé à plusieurs reprises devant le tribunal administratif, dans des mémoires qui ont été communiqués à l’administration, la production par celle-ci des pièces de son dossier administratif et notamment, du procès-verbal de la séance du 5 novembre 1965; il a renouvelé cette demande dans les observations qu’il a présentées, devant le Conseil d’Etat n’a pas invité le ministre à verser le procès-verbal au dossier; il appartient, néanmoins, à l’administration, qui était seule à detenir cette pièce et qui, par suite, était seule à pouvoir en mesurer toute la portée, de la joindre à ses productions et, ce faisant, de mettre le juge à même de se prononcer en pleine connaissance de cause; elle doit être regardée dès lors comme ayant retenu la pièce dont il s’agit.¹⁷⁰

Entretanto, a condenação decorrente da contumácia da Administração face ao silêncio, à recusa ou à perda de documentos não significa que dali possa ser extraída alguma confissão ficta, mas é reconhecida a aquiescência diante de sua passividade perante as afirmações fáticas do administrado¹⁷¹. Antes da condenação, pode a Administração pugnar sua mora, mas desde que o faça ainda na fase instrutória.

Se o juiz entende que a pretensão é provida de um mínimo de pertinência e verossimilhança, ele não exige do administrado todas as provas que corroborem suas alegações porque na esmagadora maioria dos casos é a Administração quem tem fácil acesso às provas. Assim, o juiz tem amplos poderes para ordenar o réu a colaborar na produção das provas e até mesmo em caso de poder discricionário a Administração é obrigada a indicar devidamente os motivos de fato e de direito.

¹⁶⁹ PLANTEY;BERNARD. Op. cit., nota 127, p. 100. No vernáculo: “quando a Administração perde seus documentos, perde sua causa” ou “perde sua causa o ministro que se limita a afirmar, sem fornecer justificação.”(tradução livre)

¹⁷⁰ Ibid., p. 97. Citando a referida jurisprudência: Ce, 5 déc. 1975, Murawa: Rec. CE, p. 634. No vernáculo: “O senhor M. requisitou por várias vezes perante o tribunal administrativo, nos memoriais que foram comunicados à Administração, a produção das peças dos autos administrativos e, principalmente, do processo-verbal da sessão de 5 de novembro de 1965; ele renovou esta requisição nas observações que ele apresentou, perante o Conselho de Estado, em resposta à comunicação que lhe foi dada do recurso do ministro da Saúde pública e da Seguridade Social.; o Conselho de Estado não convidou o ministro a entregar o processo-verbal aos autos; compete, entretanto, à Administração, que era a única detentora deste peça e que, por consequência, era a única a poder medir todo seu alcance, de juntá-la a suas produções e, assim, possibilitar o juiz a se pronunciar em plena consciência de causa; ela deve ser vista desde então como tendo retido a peça de que se trata.”(tradução livre)

¹⁷¹ Ibid., p.105.

4.6 A prova e o poder discricionário dos atos administrativos

Há de se lembrar que o poder discricionário não é poder arbitrário, pois se submete ao respeito ao direito e a justiça pode exigir da Administração a comunicação de motivos de suas decisões. Por esse viés, o juiz deve examinar a legalidade externa do ato (incompetência, vício de forma) e também a legalidade interna (erro de direito, exatidão material dos fatos, erro manifesto de apreciação e desvio de poder). Assim, pode o magistrado verificar a materialidade e adequação da decisão, sem imiscuir-se no mérito administrativo.

Na doutrina européia e brasileira, a possibilidade de controle judicial dos atos discricionários é absolutamente pacificada e o que atualmente se discute é a questão da intensidade e dos critérios de sindicância do ato administrativo.

Na França o princípio da juridicidade está ganhando força, assim, Gustavo Binenbojm aponta a tendência dos diferentes graus de vinculação do ato administrativo.¹⁷²

A seu turno, Alain Plantey e François-Charles Bernard anotam que tanto o juiz pode exigir da Administração a exatidão material quanto a qualificação jurídica dos atos contestados pelo administrado, mas sempre deve estar apto a exercer seu controle, que será mais ou menos extenso dependendo da matéria examinada.¹⁷³

Binenbojm também pondera:

o controle judicial será tendencialmente mais denso quanto maior for (ou puder ser) o grau de restrição imposto pela atuação administrativa discricionária sobre os direitos fundamentais.¹⁷⁴

Na França, a primeira evolução do controle judicial dos atos discricionários deu-se em 1864, no surgimento da “teoria do desvio de poder”, também chamada de “teoria do desvio de finalidade”¹⁷⁵.

Nestes casos, é fácil perceber que a tradicional exigência de que a prova cabe a quem intenta a ação seria fatal para os particulares em ações de excesso ou desvio de poder, por exemplo, então o ônus de provar é comumente da Administração. No conhecido caso Barel¹⁷⁶ de 1954 o Conselho de Estado francês inovou ao inverter o ônus da prova; ao

¹⁷² BINEMBOJM. Op. cit., p. 40.

¹⁷³ PLANTEY;BERNARD. Op. cit., nota 127, p. Ob. cit. p. 99. Sentenças do Conselho de Estado de 1983 e 1997.

¹⁷⁴ BINEMBOJM. Op. cit., p. 41.

¹⁷⁵ *Leading case*: Lesbats. Consultado no sítio eletrônico do Conselho de Estado francês em “analyse de grands arrêts” < www.conseil-etat.fr > em 8 de junho de 2008.

¹⁷⁶ CE, 28 mai 1954 - Barel - Rec. Lebon. Consultado no sítio eletrônico do Conselho de Estado francês em “analyse de grands arrêts” < www.conseil-etat.fr > em 8 de junho de 2008.

particular seria apenas necessário que suas alegações fossem imbuídas de *sérias presunções*. A partir de tais presunções, inverteu-se o ônus da prova para que a Administração estabelecesse a inexatidão material dos fatos alegados.

4.7 A prova e o segredo

Já foi visto que a Administração tem o *dever de cooperação* no âmbito do processo judicial, não só quando há previsão legal, como também em respeito aos princípios constitucionais de publicidade, moralidade e eficiência. Também observamos que a violação desse fundamental dever pode acarretar em sanções como as de comportamento reprovável. No entanto, muitas vezes o Poder Público alega o segredo, principalmente o segredo de Estado para imiscuir-se da apresentação de determinados documentos.

O segredo de Estado é hoje um problema na Administração moderna, onde a comunicação tornou-se regra e as relações Administração-administrado devem ser regidas pela transparência.

Em respeito à base do contraditório e à ampla defesa, o magistrado não pode julgar baseado em peças não comunicadas às partes e só lhe é ressaltado assegurar *segredos* garantido por lei¹⁷⁷.

No sistema francês o juiz pode ordenar à Administração todos os documentos necessários à solução do litígio, com a única exceção dos documentos revestidos por um segredo garantido por lei. Principalmente depois da sentença *Assemblée Moon Sun Myung*¹⁷⁸, foi pacificado que são eles o segredo da defesa nacional, segredo médico e segredo da segurança pública e que é defeso ao juiz conhecer documentos que não possam ser comunicados às partes.

Bem assinala o professor Leonardo Greco que a garantia do contraditório desqualifica a utilização no processo judicial de documentos sigilosos, que não possam ser discutidos por todos os interessados.¹⁷⁹ Aquele que litiga contra o Estado não pode sofrer sozinho os danos decorrentes da necessidade de proteção do interesse público, pois é dever do Estado agir com lealdade e veracidade.

¹⁷⁷ CHAPUS. Op. cit., nota 61, p. 743.

¹⁷⁸CE, Ass. 6 nov. 2002, Moon consultado no sítio eletrônico do Conselho de Estado francês www.conseil-etat.fr em 08 de junho de 2008.

¹⁷⁹ GRECO. *A Busca da Verdade e a Paridade de Armas na Jurisdição Administrativa*. Op. cit., nota 4, p. 123..

Para o professor, as únicas hipóteses aceitáveis que justificam a recusa das provas no Estado de Direito são as situações de estado de sítio ou de defesa¹⁸⁰.

A jurisprudência francesa sempre velou para que a Administração não pudesse se esconder invocando o segredo médico ou segredo da Defesa Nacional¹⁸¹ e é por isso que para o juiz não basta a simples alegação da Administração de que o conteúdo do documento deve ser protegido.

Desse modo, o juiz tem a prerrogativa de verificar por toda via de direito a natureza do documento e as razões de sua incomunicabilidade.

Além disso, o segredo-defesa pode ser suprimido pelo governo através de consulta à “Comissão Consultora de Segurança da Defesa Nacional” (CCSDN). Como o processo na jurisdição administrativa deve ser escrito e contraditório, a CCSDN deve fornecer ao magistrado todos os elementos de informação sobre a natureza dos documentos recusados e as razões de sua exclusão.

Se a recusa em comunicar o documento persistir, o juiz só manifesta-se sobre as peças que lhe foram submetidas e que poderá comunicar aos requerentes.

O Conselho de Estado confirmou na sentença Moon que cabe à autoridade administrativa fazer a jurisdição tomar conhecimento dos documentos e que o magistrado tem direito de tirar as conseqüências pertinentes da eventual recusa.¹⁸²

Diferentemente dos segredos de defesa do Estado, os segredos privados são infinitos, sob a égide do direito à intimidade e à privacidade. Um dos segredos mais importantes, o segredo médico, pode ser invocado, mas é pacífico na doutrina francesa que ele não pode ser oponível ao doente. Parece-nos lógico que é o próprio interessado na proteção do segredo que deve tirar as vantagens de sua publicidade ou não.

No caso particular de documentos cobertos por um segredo garantido por lei a questão da organização do contraditório é um pouco complicada. Quando o segredo em questão é segredo médico sabe-se que o juiz não pode proibir sua comunicação ao beneficiário do segredo. Quando o beneficiário do segredo médico traz o documento para conhecimento do juiz, ele deverá saber que o documento também será comunicado às outras partes do processo. No entanto, quanto ao segredo garantido por lei¹⁸³, o Conselho de Estado considerou ser inevitável afastar as exigências do contraditório. Segundo René Chapus, nesses casos, comunicar o documento ao requerente seria o mesmo que lhe dar automaticamente o ganho de

¹⁸⁰ Ibid.

¹⁸¹ DARCY. Op.cit., nota 130, p. 115.

¹⁸² Ibid., p. 120.

¹⁸³ Na França a lei de documentos incomunicáveis é a loi du 17 juillet 1978.

causa. Por outro lado, para que o juiz conheça o fundamento do pedido é preciso que ele conheça o documento litigioso¹⁸⁴. Desse modo, Conselho de Estado decidiu que “se o caráter contraditório do processo exige a comunicação a cada uma das partes de todas as provas produzidas no curso da instância, esta exigência é necessariamente excluída no que concerne aos documentos cuja recusa de comunicação constitui o objeto do litígio.”¹⁸⁵ (nossa tradução)

Gize-se, porém: o caso dos documentos cobertos por segredo de Estado são excepcionalíssimos e todas as outras provas, de qualquer natureza, devem sempre ser comunicadas ao juiz e às partes, destinatários do princípio do contraditório.

Enfim, percebemos que pouco a pouco a transparência da Administração sucede à sua reticência: é preciso abrir os documentos, explicar suas decisões, acelerar o diálogo com o administrado.¹⁸⁶

4.8 A prova negativa

Ensinam Alain Plantey e François-Charles Bernard que, devido à desigualdade das partes no processo, não se pode exigir do jurisdicionado a prova negativa, portanto impossível, como as de medidas internas da administração ou da inexistência de circunstâncias. É a Administração que é obrigada a estabelecer as circunstâncias que justificaram a aplicação de uma sanção para punir falta, infração ou negligência. Em instância disciplinar, há cassação da decisão de faça recair o ônus da prova sobre o interessado.¹⁸⁷

GILLES DARCY esclarece que há verdadeira derrogação das regras formais do ônus da prova nos casos de *prova negativa*, pois ao particular seria impossível justificar a inexistência de um ato ou de um fato da Administração. O autor ilustra sua afirmação com os casos emblemáticos de *délégation de signature*¹⁸⁸, pois, demonstrar o que a pessoa pública não fez seria um encargo impossível para o particular, além dos casos de *sanções disciplinares*.¹⁸⁹

Uma questão de direito material que bem ilustra a prova negativa é o caso das multas de trânsito. O artigo 280 da Lei nº. 9.503/1997 (Código Brasileiro de Trânsito) dispõe que ao ocorrer uma infração no trânsito deverá a autoridade lavrar auto de infração. Essa infração

¹⁸⁴ CHAPUS. Op. cit., nota 61, p. 744.

¹⁸⁵ Ibid. Citando sentença do caso Banque de France c. Huberschwiller de 23 de dezembro de 1988 do Conselho de Estado.

¹⁸⁶ Ibid., p. 744.

¹⁸⁷ PLANTEY;BERNARD. Op. cit., nota 127, p. 96.

¹⁸⁸ *Délégations de signature* são delegações de competência no âmbito da Administração.

¹⁸⁹ Ibid., p. 114.

deverá ser *comprovada por declaração da autoridade* ou do agente da autoridade de trânsito, *por aparelho eletrônico ou por equipamento audiovisual, reações químicas ou qualquer outro meio tecnologicamente disponível*, previamente regulamentado pelo COTRAN (art. 282, §2º do Código). O Código de Trânsito ainda exige em seu artigo 280, VI a *imediate notificação do autor*, que deve constar do auto da infração, o que inúmeras vezes não é feito.

Quando há impugnação administrativa da sanção de trânsito temos o embate entre a palavra da autoridade, que apenas possui sua *própria* declaração de que o motorista infringiu uma norma de trânsito, e muitas vezes apenas a palavra do cidadão. É evidente que é injusto impor ao cidadão o ônus da prova do fato negativo de que não ocorreu a infração. Essa imposição obsta por completo o direito ao acesso à justiça.

Mas há um fundamento jurídico maior que impõe a inversão do ônus da prova em todo o direito público sancionador, qual seja, o princípio constitucional da *presunção de inocência*. A partir dessa premissa, tem-se que a Administração é obrigada a demonstrar o fato gerador da infração, fosse com uma máquina fotográfica ou filmadora.¹⁹⁰

Veja-se alguma jurisprudência brasileira nesse sentido:

Ora, torna-se patente que a opção pela prevalência absoluta da presunção torna impossível a demonstração de que a infração não foi cometida pelo cidadão. Na verdade, isso equivale a tornar absoluta uma presunção relativa, pois não é viável produzir prova em sentido contrário.

Dessa forma, em última análise, a presunção torna ineficaz, absoluta e completamente, o acesso à justiça; não é possível demonstrar que a administração teria cometido ato indevido.

Ora, essa conclusão é inadmissível, pois viola a garantia de acesso à Justiça; não é qualquer acesso aquele garantido pela Constituição, mas acesso **eficaz**, acesso efetivo. No caso, não basta a possibilidade de ingressar em Juízo, se não há qualquer viabilidade da demanda, viabilidade essa retirada porque não é possível a prova de fato negativo.

Assim, compete à administração demonstrar que o fato gerador da infração efetivamente ocorreu.

Isso também não é fácil; pode-se dizer que é um grande ônus para a administração, o que é verdade. Mas conclusão contrária significa isentar, na prática, a administração de qualquer controle, o que é contrário ao próprio Estado de Direito. Por isso, considerada a relevância da questão, o fato de ser dificultada a fiscalização de trânsito — ou qualquer outro tipo de fiscalização — torna-se de menor importância. Não fosse isso, a conclusão deveria ser idêntica, uma vez que a própria legislação de trânsito impõe seja feita imediatamente a notificação ao infrator. Com efeito, o artigo 280 do CTB prevê que deve ser o infrator imediatamente notificado da infração (inciso VI), assinando o auto. Claro que isso nem sempre é possível, tanto que há a ressalva no próprio texto legal; todavia, as circunstâncias dessa impossibilidade devem constar do auto de infração (§ 3o), o que não foi feito, apesar de haver espaço para tanto no auto (fls. 08).

Isso significa que a autuação deve ser, preferencialmente, em flagrante, para que se possa saber dela imediatamente e possibilitar defesa contra a

¹⁹⁰ MIRANDA NETTO. Op. cit., nota 10, p. 205.

autuação; quando isso não acontece, a prova de que ocorreu a infração cabe à administração, caso impugnada sua prática, administrativa ou judicialmente.

No caso, houve tal impugnação, mas a administração não logrou demonstrar a prática do ato imputado ao autor. O auto, pois, é insubsistente.

Por todo o exposto, e pelo mais que dos autos consta, **decido**, para **julgar procedente o pedido** e anular o auto de infração, cancelando a pontuação atribuída ao autor, dela decorrente.¹⁹¹

Apesar de encontrarmos decisões como essas, infelizmente, no Brasil a afirmação de que o ato praticado por agente da Administração Pública produz prova por si só, e que, em razão da fé pública que emana do mesmo, cabe ao administrado o ônus da prova para a sua desconstituição ainda é comum e é resquício do autoritarismo e do patrimonialismo que historicamente vivemos.

Recentemente, noticiou-se um caso flagrante que mostra que ainda temos muito o que evoluir na doutrina, jurisprudência e, principalmente, no próprio âmbito administrativo para que as garantias fundamentais do processo e os direitos fundamentais do cidadão sejam efetivamente respeitados. Diversos jornais e sítios eletrônicos veicularam a seguinte matéria:

O engenheiro de alimentos Rafael de Andrade não consegue regularizar o IPVA de 2008 de seu carro porque deve R\$ 127,69 ao DETRAN do Rio de Janeiro por uma multa que se recusa a pagar. A multa que recebeu consta que ele ultrapassou a **880 km/h (!)** por um radar eletrônico em Niterói, em uma via cuja velocidade máxima era 60 km/h.

(...)

Rafael entrou com recurso contra a multa. Achou que ela seria desconsiderada, mas foi mantida. Para o DETRAN de Brasília, o documento do carro só sai se ele pagar a dívida. “Eu me recuso a pagar a multa”, indigna-se o engenheiro. “Estou sem documento aqui no DF e, se for parado, quero saber o que eu vou falar para o guarda”, reclama.¹⁹² (grifei)

¹⁹¹ “Sentença. Ação anulatória de ato administrativo. Multa de trânsito. Inexigibilidade de prova de fato negativo pelo autuado. Ônus da prova da Fazenda Estadual. Afastamento do princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos. Procedência” (2ª Vara da Fazenda Pública da comarca da capital do Estado de São Paulo - Juiz Fernão Borba Franco) *in: Cadernos Jurídicos (Escola Paulista de Magistratura)*, Maio/Junho de 2003, n.º.15, p. 15 e ss. Encontrável também em <<http://www.epm.sp.gov.br/NR/ronlyres/11791F23-DB18-4D66-924FD7D71DF8CB0F/105/cadernojuridicon15.pdf>> Acessado em 10 de junho de 2008.

Quando há sentença neste sentido chega a ser vinculada pela mídia, v.: “O juiz Renato Luís Dresch, da 4ª Vara da Fazenda Pública Municipal de Belo Horizonte, cancelou uma multa aplicada pela Bhtrans porque considerou que a simples declaração unilateral do agente da Administração Pública é insuficiente para a validade do ato administrativo. (...) O magistrado entende que o ônus da prova é da Bhtrans. “Não há como impor ao administrado a produção de prova negativa, devendo a Administração Pública provar o fato, não bastando a mera afirmação do agente de trânsito”, concluiu. Ele ainda esclareceu que somente quando o ato questionado for afirmado ou declarado pelo próprio administrado, ou mesmo documentado fotograficamente, cumpre a este o ônus da prova. Essa decisão está sujeita a recurso.” Notícia veiculada no sítio eletrônico <http://www.correioforense.com.br/noticias/noticia_na_integra.jsp?idNoticia=30373> acessado em 10 de junho de 2008.

¹⁹² Notícia veiculada no sítio eletrônico <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL592540-5598,00-MOTORISTA+DO+DF+E+FLAGRADO+A+KMH+NO+RIO+DE+JANEIRO.html>> acessado em 10 de junho de 2008.

Se a Administração não corrige um ato seu de erro flagrante, ou seja, multar um motorista porque teria conduzido seu veículo a 880 km/h, impedindo o exercício de um dever seu para com o Estado, regularizar o IPVA, a sociedade fica mesmo sem saber o que esperar do Estado.

4.9 A prova no processo administrativo extrajudicial

No Brasil e na França o princípio inquisitório também se aplica aos processos administrativos extrajudiciais. Em nosso país, os servidores públicos estão obrigados a examinar de ofício os fatos do processo. O artigo 29 da lei dos processos administrativos federais (Lei nº. 9784/1999) assim dispõe:

As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulso do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias.¹⁹³

O princípio do inquisitório, porém, bem como no contencioso judicial administrativo, não demite os interessados do dever de cooperação.

Na França o estudo do processo judicial administrativo deixa em segundo plano os processos internos da Administração (chamados de processos gratuitos ou de procedimento), pois confunde-se com o próprio contencioso administrativo. As regras do processo judicial administrativo são em geral seguidas, atentando-se para o fato de que quanto às sanções disciplinares nas entidades públicas ou nas autoridades independentes (as nossas agências reguladoras) deve-se observar o princípio da presunção de inocência.

Note-se que o princípio da impessoalidade (CRFB/88, artigo 37) favorece o entendimento de que o Poder Público deve, no processo administrativo restritivo de direitos, produzir prova dos pressupostos fáticos de seus atos¹⁹⁴.

O princípio da impessoalidade nada mais é que um dever de não favorecer ou prejudicar quem quer que seja como faceta da igualdade perante a Administração¹⁹⁵.

¹⁹³ Neste sentido também o artigo 37 da Lei nº. 9.784/1999: “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.”

¹⁹⁴ GUEDES. Op. cit., p.128.

¹⁹⁵ MIRANDA NETTO. Op. cit., nota 10, p.191.

O entendimento correto da doutrina moderna tem sido no sentido que propomos o ônus da prova no processo judicial administrativo ao longo do trabalho:

Assim, a presunção de veracidade deve ser afastada no curso do processo administrativo, admitindo-se a validade e a correção dos fundamentos de fato do ato da Administração *até a sua impugnação* pelo particular, *em sede judicial ou administrativa* – uma vez que o processo judicial não é substituto do administrativo, e, de outra parte, as garantias e os princípios jurídico-constitucionais do Poder Público devem incidir sobre suas relações com os particulares independentemente de intervenção judicial.¹⁹⁶

4.10 A prova no contencioso disciplinar e a presunção de inocência

No contencioso disciplinar temos, por excelência, o embate entre duas presunções. De um lado, a presunção do ato administrativo exato, legal e executório e de outro, a presunção de inocência, que beneficia todo o cidadão e não se restringe ao domínio penal.

Ora, num regime respeitoso dos direitos do homem, nenhuma presunção de culpabilidade é admissível e, portanto, engloba as sanções disciplinares ou profissionais e os procedimentos perante as autoridades administrativas independentes.¹⁹⁷

Citando jurisprudência do Conselho de Estado, Alain Plantey e François-Charles Bernard avisam que o uso da prerrogativa de inflingir sanções disciplinares está submetido ao controle do juiz, pelo respeito à presunção de inocência, um dos mais importantes direitos do homem.

A imposição ao cidadão ou ao funcionário da prova de sua inocência seria eivada de flagrante injustiça. Desse modo, a realidade e a gravidade dos fatos devem ser estabelecidas pela autoridade que editou a sanção ou nulidade contestada.

Além da inversão do ônus da prova, o jurisdicionado pode esperar das instâncias disciplinares o respeito ao < processo equânime >, segundo a interpretação dada pela Corte Européia de Direitos Humanos. Trata-se principalmente de um conjunto de garantias processuais que asseguram os direitos de defesa através de ponderação das provas, livre

¹⁹⁶ GUEDES. Op. cit., p.148.

¹⁹⁷ PLANTEY;BERNARD. Op. cit., p. 101/103.

acesso à justiça e composição célere do litígio, presunção de inocência, liberdade na produção das provas, igualdade no tratamento das partes e processo contraditório.¹⁹⁸

Vale lembrar que o Conselho de Estado, antes mesmo da ratificação da Convenção Européia de Direitos Humanos, entendia que o exercício do poder disciplinado era regido pelo respeito ao contraditório.¹⁹⁹

4.11 A prova e as autoridades administrativas independentes

É também forçoso que façamos referência a um novo paradigma do direito administrativo e do próprio Estado, qual seja, à nova estrutura policêntrica da Administração²⁰⁰.

As denominadas “autoridades administrativas independentes” no direito europeu ou *independent regulatory agency* à moda anglo-saxônica, frutos da *crise da lei* e da expansão das margens decisórias de políticas públicas pelo governo, foram instituídas na Europa ocidental na década de 70 do século XX sob os influxos de projetos de governança comunitária da União Européia e no Brasil nos anos 90 com a privatização e reforma do Estado.

Contrapondo-se à tradicional unidade administrativa, na qual era somente o governo (parlamentar ou presidencialista) considerado órgão superior da Administração, responsável pelas ações ou omissões administrativas, as autoridades administrativas independentes representam esfera jurídica externa à responsabilidade política do governo e não mais condicionam a atividade administrativa à lógica político-eleitoral. Esses órgãos autônomos, criados por lei, são responsáveis por garantir aos administrados decisão de organismos que agem em nome do Estado, com membros profissionais, que tanto podem ser apenas consultivos como também dispor de poderes de regulamentação, mediação e até de sanção em setores delicados da economia ou comércio, por exemplo.

Como tais organismos de regulação técnica independentes podem ter caráter disciplinar ou *quasi juridictionnel*, também podem estabelecer regras probatórias e estatuir sobre as provas até de maneira inquisitorial.

¹⁹⁸ Ibid. p. 44. Sentenças de 1970, 1971, 1983, 1990 e 1999 da Corte Européia de Direitos Humanos.

¹⁹⁹ Ibid.. Os autores citam sentenças de 1945 e 1956 do Conselho de Estado, no sentido de que é de encargo da autoridade administrativa a prova de culpa de funcionário, culpa que não é presumida.

²⁰⁰

O regime das agências reguladoras é muito complexo, mas certo é que na França seus poderes decisórios e sancionatórios exigem, entre diversas precauções, a adoção em matéria de prova de regras que possam assegurar os direitos de defesa, principalmente o contraditório.

Existem inúmeras autoridades administrativas independentes francesas e outras até estrangeiras, advindas de acordo entre Estado, mas podemos destacar a Comissão Nacional de Informática e Liberdades (CNIL, de 1978), que sanciona a difusão ilícita de informações confidenciais via internet, e a Comissão de acesso aos documentos administrativos (CADA), que verifica a comunicabilidade dos documentos e seu parecer constitui elemento de prova perante a jurisdição.

Felizmente, mesmo considerando que os organismos administrativos estão teoricamente fora do alcance do artigo 6º da Convenção Européia de Direitos Humanos, em relação às autoridades administrativas independentes, o Conselho de Estado inspira-se nos princípios da jurisdição na verificação de seus procedimentos quando tenham caráter sancionatório²⁰¹.

O direito a um processo equânime, no seio da jurisprudência Corte de Strasbourg, inspirada em conceitos anglo-saxões, acarretou na evolução da prática desses organismos independentes em direção à publicidade de audiências, por exemplo, até mesmo nos procedimentos sancionatórios, mas sem referência à Convenção Européia de Direitos Humanos.

Certos institutos foram modificados por levarem em conta princípios da Corte Européia de Direitos Humanos e cada vez mais serão interpretados pelas jurisdições de controle em sentido conforme a Corte e em obediência ao princípio do contraditório, presunção de inocência, imparcialidade e motivação das decisões.²⁰²

Portanto, desde que se trate de disciplina ou sanção, a influência da Corte Européia de Direitos Humanos contribui para a unificação desse papel regulador em torno do conceito de processo igualitário.²⁰³

No Brasil, a partir dos anos 90, com a privatização e reforma do Estado, a criação de agências reguladoras no início foi criticada por alguns juristas que entendiam se tratar de fruto de “golpe eleitoral”. De fato, as primeiras agências a serem criadas, como a ANEL, ANP e ANATEL regulam setores estratégicos.

²⁰¹ Ibid. p. 18, Citando sentenças de 2000 do Conselho de Estado.

²⁰² Ibid. p. 20 e 21.

²⁰³ Ibid. p. 21.

Temia-se que as agências pudessem usurpar poderes legislativos, executivos e até judiciários. Contudo, notadamente pós a alteração da lei da Agência Nacional de Energia Elétrica (março de 2004), que retirou desta agência as atribuições políticas, só lhes restando atribuições técnicas, balizou-se na doutrina a boa aceitação das agências. É evidente que seria no mínimo absurdo atribuir decisões políticas a órgãos independentes que devem ser apenas técnicos, em respeito a sua própria razão de ser, o fenômeno da *deslegalização*²⁰⁴ de conteúdo estritamente técnico.

Logo que as agências foram criadas, como foi dito, surgiu a polêmica de que estariam usurpando competência do Executivo e do Legislativo. Cogitou-se editar até medida provisória concedendo força de primeiro grau de jurisdição às agências reguladoras, mas tal medida acabou por não ser editada.

Como os atos das agências restringem-se à matéria técnica do setor que elas têm a função de regular, na feitura desses atos evidentemente são utilizados critérios objetivos, como exige toda e qualquer técnica. Por isso, não há o que se discutir acerca da revisão dos atos das agências pelo Poder Judiciário. Os atos das agências são passíveis de revisão integral pelo Poder Judiciário, posto que, repita-se, a estrita técnica não pode pressupor nenhum tipo de discricionariedade ou de mérito administrativo.

Algumas as agências, a exemplo do Tribunal de Contas e do CADE, são consideradas “quase-jurispcionais”, mesma qualificação de que se utiliza a França em relação às autoridades administrativas independentes, como já esclarecemos no presente tópico.

As sanções infligidas pelas agências pelo não cumprimento de suas normas técnicas, exigem, de igual modo a qualquer processo disciplinar, o respeito ao princípio geral da presunção de inocência e ao contraditório constitucionalmente assegurados aqui no Brasil (art. 5º, LV da Constituição Federal) também para os processos administrativos.

Quanto à questão de se poder recorrer administrativamente de decisão de agência antes de ir a juízo é um pouco delicada devido às suas inerentes características de independência e insubmissão hierárquica²⁰⁵. No caso de recurso hierárquico impróprio é, sem dúvida, cabível, mas quanto aos recursos impróprios fica difícil vislumbrar devido às citadas características das agências.

Porém, o que nos interessa saber no contexto desta monografia é que, além do dever das agências ao respeito às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art.

²⁰⁴ Expressão usada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto. MOREIRA NETO. *Mutações do Direito Público*. Op. cit., p. 399.

²⁰⁵ A título exemplificativo, nesse sentido dispõe o art. 8º, § 2º da Lei 9472/97 criadora da Agência Nacional de Telecomunicações.

5º, LV da Constituição Federal e artigo Lei nº) sempre o Poder Judiciário poderá rever integralmente os atos das agências, que, na condição de entidades da Administração Pública indireta sob regime jurídico especial, deverão ser tratadas de acordo com as orientações propostas neste estudo, vale dizer, que em juízo tais entidades devem colaborar com as provas, notadamente quando ao particular for dificultosa a produção das provas que podem acolher sua pretensão ou defesa.

4.12 Notas sobre a prova no contencioso fiscal

No *direito fiscal*, o sistema probatório caracteriza-se pela quantidade e rigor das presunções, que tentavam se justificar em nome da luta contra fraudes. Em razão das presunções irrefragáveis o encargo da prova sempre recaía nas costas do contribuinte. Graças à evolução da jurisprudência do Conselho de Estado francês, o juiz conseguiu abrandar tal rigor, transformando as presunções irrefragáveis em simples.

A prova fiscal segue os mesmos princípios que regem o contencioso administrativo, sendo o juiz administrativo ou judiciário. No entanto, um dos maiores obstáculos na prova fiscal é a dicotomia ônus jurídico *versus* ônus efetivo da prova, que acaba por ignorar a realidade, sob o invólucro da repressão à fraude. Essa dicotomia deve-se ao fato de o ônus da prova em direito fiscal ter tradicionalmente um caráter punitivo, o que não condiz com o princípio geral da presunção da inocência.

Havia na França verdadeira impossibilidade de defesa com um procedimento chamado “retificação de ofício”, do qual se utilizava a Administração ao menor sinal de erro de contabilidade, ainda que fosse benigno. Com o advento de uma lei em 1986 houve supressão desse procedimento, fruto de a jurisprudência estar cada vez mais exigente com a Administração.²⁰⁶

Também um exemplo de genuína hipótese de *probatio diabolica* vigorou até início dos anos 80, em relação à especulação imobiliária. A lei submetia os particulares ao regime de profissionais, caso se constatasse a realização de uma mais-valia e uma revenda. Os particulares deveriam produzir prova negativa de que não compraram o imóvel com intenção de revenda, de especulação imobiliária.

²⁰⁶ MARDIÈRE, Christophe de la. *La Preuve em droit fiscal*, in *La Preuve*. Op. cit., p.130.

As regras mais absurdas, de interdição de defesa²⁰⁷ ou de estabelecimento de prova impossível, forjadas em nome da dita “verdade fiscal” pertencem ao passado, mas ainda a prova está essencialmente nas costas do contribuinte.²⁰⁸

O problema parece residir na codificação do direito fiscal no seio do direito administrativo, posto que o artigo 34 da Constituição francesa impõe que o legislativo estabeleça suas regras. Ocorre que o legislador faz suas intervenções quase sempre em desfavor do contribuinte.

O papel do juiz do imposto é primordial e acaba sendo reprimido em matéria fiscal ou de ato anormal de gestão por essas intervenções legislativas em detrimento do contribuinte. Apesar de alguns progressos, principalmente após as reformas de 1986 e 1987, o ônus continua sendo quase sempre desfavorável ao contribuinte.

O juiz não segue um sistema legal de provas e costuma fazer uso de algumas variáveis. A tendência é a de que o Fisco tenha que demonstrar que o particular deveria fazer alguma declaração e não fez e nos casos de imposição de ofício, que ele tenha que justificar o montante cobrado. À Administração caberia fundamentar a origem do imposto (fato gerador) e, caso resulte no dever de fazer uma declaração, ao contribuinte que em geral tem mais acesso às provas de seus rendimentos e despesas, recairia o peso do ônus da prova. Assim, a doutrina espera que desapareça a especificidade da prova fiscal.²⁰⁹

A seu turno, o professor Leonardo Greco atenta para o fato de que em matéria tributária não basta a declaração do agente fiscal de que ocorreu o fato gerador, o lançamento deve ser fundamentado e cabe ao Fisco demonstrar a consistência do ato.²¹⁰

O mesmo professor afirma incisivamente:

Métodos presuntivos podem desencadear a ação fiscal, mas não podem servir de base à definitiva constituição do crédito tributário, pois a autoridade administrativa tem o dever de perquirir exaustivamente se o fato gerador ocorreu, por imposição dos princípios constitucionais da legalidade e da igualdade.²¹¹

O professor da universidade da Borgonha Christophe de la Mardière faz lúcido comentário ao dizer que mesmo se a lei intervém para designar quem, Administração dos impostos ou contribuinte, deve suportar o ônus da prova, o sistema não deve ser o da prova

²⁰⁷ Segundo o professor Leonardo Greco, “as provas propostas pelo interessado só podem ser recusadas em decisão fundamentada, quando sejam ilícitas, impertinentes ou protelatórias.” GRECO. *A Busca da Verdade e a Paridade de Armas na Jurisdição Administrativas*. Op. cit., nota 4, p. 140.

²⁰⁸

²⁰⁹ MARDIÈRE. Op. cit., nota 207, p. 133.

²¹⁰ GRECO. *A Busca da Verdade e a Paridade de Armas na Jurisdição Administrativas*. Op. cit., nota 4, p. 133.

²¹¹ Ibid.

legal, mas o da prova moral, ligada à íntima convicção do juiz fundamentada: somente a ele cabe admitir a força probante dos elementos que lhe são submetidos; todos os meios de prova são admitidos e não há hierarquia entre eles.²¹²

No Brasil também deparamo-nos com problemas no lançamento fiscal, principalmente no ônus da prova no processo que visa à desconstituição do lançamento realizado pelo Fisco (artigo 142 do Código Tributário Nacional). Seguindo novamente a tese do professor Fernando Gama:

(...) no lançamento fiscal a justa distribuição do ônus da prova obedece ao princípio da normalidade. Nos casos de lançamento de ofício, cabe ao Poder Público verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária; já nos lançamentos por homologação, tal ônus recai sobre o sujeito passivo da obrigação tributária, que pretende ver confirmado seu ato em detrimento do ato de lançamento complementar. A quebra do dever da cooperação por parte do contribuinte autoriza o uso de métodos presuntivos e estimativos (exemplo: lançamento por arbitramento). Nas sanções tributárias, o ônus da prova recai todo sobre o Fisco, não sendo admissíveis condenações com base em indícios ou presunções.²¹³

4.13 A prova e a Corte Européia de Direitos Humanos

Hodiernamente, atenta-se para o fenômeno de “europeização” do Direito Processual Público, decorrente do intercâmbio de experiências entre países europeus, com vistas a oferecer aos cidadãos uma tutela jurisdicional de qualidade.

A Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, diploma assinado em 1950 pelos membros do Conselho da Europa, foi pioneiro por ter criado a Corte Européia de Direitos Humanos, primeira entidade do gênero no plano internacional, responsável pela aplicação da convenção.²¹⁴

A jurisprudência da Corte penetra em larga escala em matéria de administração pública. Ao velar pelos processos e procedimentos equânimes, conforme o artigo 6º de sua convenção, ela não se cansa em reafirmar o princípio da paridade de armas entre as partes e assim influencia a jurisdições nacionais dos países signatários.

²¹² MARDIÈRE .Op. cit., nota 207, p. 133.

²¹³ MIRANDA NETTO. Op. cit., nota 10, p. 198.

²¹⁴ Vide LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional*. p. 97-98.

A citada convenção é diretamente aplicada na França (artigo 55 da Constituição francesa) e suas estipulações criam direitos em benefício dos particulares, principalmente no embate com as coletividades públicas.

Apesar de a Corte não dispor de poderes coativos²¹⁵, seus princípios decisões motivadas, definitivas e obrigatórias, como vimos nos casos analisados acima, influenciam de maneira incisiva a jurisprudência administrativa francesa, sobretudo do Conselho de Estado.

A convenção e a jurisprudência da Corte revelaram o particular como ator do sistema internacional, com direito a um processo igualitário, e que só em nome do equilíbrio da paridade de armas poder-se-ia justificar prerrogativas das autoridades públicas em quaisquer matérias.

São as intervenções das autoridades públicas que normalmente resultam em violações de direitos humanos e principalmente das liberdades públicas.²¹⁶

Por isso, assim como percebemos a importância das condições da prova na jurisdição administrativa, na Corte Europeia de Direitos Humanos tais condições também revestem-se de cuidados, principalmente quando atua segundo sua competência de jurisdição administrativa.

Uma das missões da Corte é de verificar a aplicação das estipulações da convenção, particularmente no que concerne o respeito às regras fundamentais do processo igualitário pelas jurisdições nacionais.

A interpretação dos direitos de defesa e o respeito ao contraditório está cada vez mais extensiva quanto ao campo de aplicação e controle pela Corte, como vimos, por exemplo, linhas atrás, em relação à matéria fiscal ou autoridades administrativas independentes. Além disso, também há uma forte tendência em alargar o campo de aplicação do processo igualitário (artigo 6º da Convenção) nos procedimentos administrativos não contenciosos.

A jurisprudência da Corte, considerada muitas vezes até um pouco *invasiva*, abriu novas possibilidades de prova contra a Administração e mesmo contra a jurisdição, na medida em que as condenações, investidas da relatividade da coisa julgada, se impõem aos governos por suas consequências pecuniárias.²¹⁷

Na verdade, a grande diretriz da jurisprudência relativamente aos direitos humanos e administração da prova é a igualdade objetiva das partes na produção e acesso aos elementos probatórios, na fiel tradução da paridade de armas.

²¹⁵ PLANTEY;BERNARD.Op. cit., nota 127, p. 305.

²¹⁶ Ibid. p. 306.

²¹⁷ Ibid., 312.

Portanto, como tentamos demonstrar em nossos estudos pontuais da administração da prova em diversos campos administrativos, a convenção e sua guardiã, a Corte Européia de Direitos Humanos, fizeram e ainda fazem progressivamente evoluir as noções clássicas do direito francês da prova.²¹⁸

5. CONCLUSÃO

Verificou-se em nossa pesquisa que face à presumível vulnerabilidade do cidadão em litígio contra o sujeito jurídico mais poderoso, o Estado, faz-se mister obedecer ao processo garantístico assegurado pelo Estado de Direito e, no sistema probatório do contencioso administrativo, elaborar uma teoria do ônus da prova constitucionalmente orientada.

Para isso é imprescindível o afastamento de institutos anacrônicos advindos desde o Estado monárquico imunizado por ser considerado sacro e da postura tomada no Estado-Providência, em que a palavra do funcionário público valia mais que a de qualquer cidadão comum.

No Estado Democrático de Direito, fundado nos basilares direitos e garantias fundamentais, teratológicos privilégios processuais concedidos ao Estado, como a manutenção da presunção de veracidade de seus atos mesmo após sua impugnação, não podem mais ser aceitos.

Ou seja, tentamos defender, no estudo do sistema probatório no contencioso administrativo, um verdadeiro fim do modelo autoritário com vistas à concretização integral do modelo garantista, imposto por direitos universalmente assegurados.

Sustentamos que nas causas que versem sobre direitos disponíveis a iniciativa probatória do juiz deve ser subsidiária, para resguardar a imparcialidade do magistrado. Quando ele estiver frente a uma flagrante desigualdade entre as partes, deve exercer seus

²¹⁸ Ibid., p. 313.

poderes de instrução. Assim, deve o poder inquisitório se aplicar quando houver indisponibilidade do direito material ou situação de desigualdade entre as partes. No particular, é o que comumente se dá no contencioso administrativo quando o cidadão impugna um ato administrativo restritivo de direitos.

Em que pese posição de parte da doutrina no sentido de que o ato administrativo acarreta automática inversão do ônus da prova apoiando-se no artigo 364 do CPC, o sistema do livre convencimento motivado do juiz encontra-se igualmente no CPC, em seu artigo 131. Ademais, acima da legislação infraconstitucional, encontramos o dever constitucional de a Administração fundamentar seus atos administrativos inclusive com provas, em decorrência de seus princípios de legalidade, transparência e impessoalidade. Nesse contexto, quaisquer presunções legais são inadmissíveis e prejudicam o cidadão, que dispõe de garantias fundamentais também constitucionais, como as da paridade de armas e do contraditório participativo. Em respeito a essas garantias, o cidadão tem direito não só de propor as provas que entenda que possam lhe assegurar seu direito, mas de efetivamente produzi-las.

Partindo-se da premissa do ônus da prova justo, foi demonstrado que no Brasil não temos regulamentação legal do ônus da prova no contencioso administrativo, mas que podemos seguir uma teoria constitucionalmente orientada do ônus da prova, como acontece na França. Não se acredita mais na existência de apenas uma regra geral do ônus da prova. Devemos admitir a construção de tipologias de casos em que o legislador ou, na falta de lei, o juiz possam estabelecer regras específicas de ônus da prova, tendo em vista os interesses e valores em jogo e as conseqüências da decisão, devendo distinguir-se as causas que tenham por objeto direitos fundamentais, de modo que o ônus da prova tenderá a recair mais fortemente sobre a Administração. Ademais, há de se levar em conta algumas ponderações, como por exemplo, que dependerão do tipo do ato administrativo impugnado, se são favoráveis ou desfavoráveis, positivos ou negativos. Quando o interesse do particular for pretensivo, ele deve suportar o risco da falta de provas dos requisitos da concessão do benefício, em contrapartida, deve a Administração provar cabalmente os fatos e os requisitos legais de comandos ou proibições. Ou seja, quando o particular impugna um ato administrativo, é dever da Administração justificá-lo; nesse caso, o particular tem apenas o ônus de agir. No caso dos atos sancionatórios, deve-se observar rigorosamente o princípio do in dubio pro reo, decorrente do princípio geral da presunção de inocência, não sendo, no entanto, o particular completamente desonerado da alegação dos fatos que sustentam sua pretensão, haja vista que tanto a Administração quanto o particular submetem-se ao dever de colaborar com a justiça e com a busca da verdade.

Todos os meios lícitos que possam servir à formação da convicção íntima do juiz devem ser permitidos, com vistas a um sistema de liberalização das provas. O que nós pretendemos demonstrar nesse breve estudo é que nas causas da Fazenda Pública em juízo, além de exigir do juiz um maior rigor no carreamento das provas nos autos para compensar o particular de sua em geral posição de inferioridade, o rigor na apreciação das provas e a exigência do dever da Administração em colaborar com a produção probatória, também justifica-se por ser a Administração uma parte especial, ente público submetido ao princípio da estrita legalidade, que deve querer a emergência da verdade da mesma maneira que o administrado. O juiz diante de uma causa entre particular e Administração, não está apenas visando o deslinde do litígio concreto, mas também utilizando-se de seu poder de controle dos atos do Poder Administrativo, não podendo-lhe, portanto, neste importantíssimo múnus de equilíbrio das forças estatais, ter sua livre convicção comprometida por limites não constitucionais aos meios de prova, que são resquícios autoritários como a presunção de veracidade dos atos administrativos ou a ultrapassada noção de supremacia do interesse público.

Legitima-se, desse modo, a inversão do ônus da prova em desfavor da Administração, em virtude da vulnerabilidade do cidadão, de sua dificuldade objetiva no acesso ao material probatório. Essa conclusão no Brasil pode ser obtida pela leitura ampliada do artigo 333, II do CPC. Para que haja inversão do ônus da prova é necessário que a decisão seja motivada e haja também configurada a vulnerabilidade probatória, a alegação de fatos verossímeis (aplicando-se a regra do artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor) ou sanção por comportamento reprovável.

Seguindo essa linha, na análise do sistema probatório no contencioso administrativo francês, muito influenciado pela constitucionalização e internacionalização dos direitos humanos, conclui-se que basta o requerente apresentar sérias afirmações e a Administração não conseguir produzir prova em contrário, que ela será condenada: no *silêncio ou recusa* de se explicar sobre os motivos do ato atacado, na *recusa* de produzir ou restituir um documento requerido pelo juiz, de fundamentar uma afirmação, de cumprir uma medida de instrução ordenada pelo juiz, na *insuficiência* das explicações de fato e de direito ou na abstenção da contradição das alegações do requerente e até mesmo na perda de um documento. Há, inclusive, um aforismo na jurisprudência que diz que a Administração que perde seus documentos, perde também sua causa.

Portanto, em prol da real concretização de um Estado de Direito deve-se desmistificar a Administração como inimiga do cidadão e realizá-la como aliada na busca da verdade e

garantidora de sua atuação estritamente legal. Mas, para que isso aconteça e o cidadão sinta que suas garantias processuais e direitos fundamentais serão efetivamente exercidos tanto no processo administrativo extrajudicial quanto no processo judicial administrativo, exige-se uma mudança na postura da Administração, que conscientize seus servidores da submissão ao Direito e os profissionalize, e uma mudança na postura do Judiciário, que deve se valer de sua função de aplicar a lei aos casos concretos atento aos direitos constitucionalmente assegurados, levando em conta também sua missão de controle dos atos administrativos.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria dos direitos administrativos: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CHABANOL, Daniel. “*Code de justice administrative*” 2ª ed, Le Moniteur, 2004

CHAPUS, René. “*Droit du Contentieux Administratif*”. Paris: Montchrestien, 1997.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da - *A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Dialética, 2003.

DEMIAN, Guedes. *A Presunção de Veracidade dos Atos da Administração Pública e o Processo Administrativo: o dever de fiscalizar provando*. Rio de Janeiro: Fórum, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Processo Civil Comparado, Fundamentos do Processo Civil Moderno*, vol. II. São Paulo: RT, 1987

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1999.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRECO, Leonardo. *O princípio do Contraditório*. In: Estudos de Direito Processual. 1ª ed. Campos: Faculdade de Direito de Campos. 2005.

_____. *Garantias fundamentais do processo: O processo justo*. In: Estudos de Direito Processual. 1 ed. Campos: Faculdade de Direito de Campos. 2005.

_____. *A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa*. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos. nº 9. p. 127.

_____. *A Prova no Processo Civil: do Código de 1.973 ao Novo Código Civil*. In *Estudos de Direito Processual*, 1ª ed. Campos: Faculdade de Direito de Campos. 2005.

_____. *O Conceito de Prova*, in *Estudos de Direito Processual*, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 468 e ss.

_____. *As garantias fundamentais do processo na execução fiscal*. In: LOPES, João Batista; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. (Org.). *Execução civil* (aspectos polêmicos). São Paulo: Dialética, 2005.

_____. *Tutela Jurisdicional Específica*, in *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 513.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Contencioso Administrativo na Emenda n. 7/1977*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, (10): 247-79, jun. 1977.

GUINCHARD, Serge. “*Méga nouveau Code de procédure civile*” ed. Dalloz.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MARTENET, Vincent. – *Géométrie de l'égalité*, ed. Schulthess, Zurich-Bâle-Genève, 2003.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. São Paulo: R. dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Ônus da prova no Direito Processual Público*, Rio de Janeiro: Tese de Doutorado da UGF, 2008, inédita.

MONTERO AROCA, Juan. *La prueba em el proceso civil*. Madrid: Civitas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Contencioso Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PLANTEY, Alain; BERNARD, François-Charles. *La Preuve Devant Le Juge Administratif*. Paris: Economica, 2003.

PUIGELIER, Catherine (dir.). “*La Preuve*”, ed. Economica, 2004.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional*, in *Interesses públicos vs. Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. (coord. SARMENTO, Daniel). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 23/116.

SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra : Almedina, 2003.

TÁCITO, Caio. *Contencioso Administrativo*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, (10): 149-61, junho de 1977

THUILLIER, M. Guy, *L'art de juger*. Paris: Economica, 2001.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. – *Efetividade do Processo em face da Fazenda Pública*. Dialética, São Paulo, 2003.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *A Justiça Administrativa (Lições)*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1999.