

O ATO ADMINISTRATIVO QUESTIONADO EM JUÍZO: PONDERAÇÃO DE VALORES À LUZ DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Gustavo Knopp¹

RESUMO: No presente estudo, efetua-se uma análise do atributo de presunção de validade dos atos administrativos à luz do regramento processual vigente, que inaugura uma disciplina sobre a distribuição dinâmica do encargo probatório. Com a delimitação da referida presunção e de suas funções, o estudo toma por foco a ponderação de valores relativa à aplicabilidade do método de redistribuição do ônus da prova em face dos atos administrativos. São identificados os princípios colidentes e investigadas as soluções que melhor se conformam ao nosso molde constitucional e ao ideário da legislação processual, em atenção ao princípio da paridade de armas, ao direito à boa administração pública e ao princípio da proteção da confiança, sob o enfoque da necessária dialogicidade no trato da coisa pública.

PALAVRAS-CHAVE: Atos Administrativos. Presunção de Validade, Legitimidade e Veracidade. Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova. Técnica de Ponderação. Direito à Boa Administração Pública. Administração Pública Dialógica. Princípio da Proteção da Confiança.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Atos administrativos: regime jurídico de direito público presunção relativa de validade (legitimidade e veracidade). 3 Distribuição dinâmica do ônus da prova na seara dos atos administrativos. 3.1 Ponderação entre os valores conflitantes. 3.2 Critérios de decidibilidade no âmbito processual. 4 Considerações finais. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo dedica-se a examinar a aplicabilidade do método de distri-

¹ Pós-graduado em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal no Estado do Rio Grande do Sul (Esmafe/RS), em convênio com a Universidade de Caxias do Sul (2016). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (2013). Analista Processual da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul (de 2014 até o presente).

buição dinâmica do ônus da prova no âmbito dos atos administrativos, explorando as intercorrências que o emprego de tal técnica pode sofrer em face do atributo de presunção de validade, legitimidade e/ou veracidade que a doutrina comete a essa espécie particular de ato jurídico.

O propósito motivador do trabalho relaciona-se com a constatação de que a correta atribuição do encargo probatório na seara dos atos administrativos vai além de uma simples regra de instrução processual. Cuida-se de providência que se relaciona com os limites de imposição da potestade pública no trato com os administrados, importando sérias consequências à justiça material das decisões. Na prática administrativa e forense, há acentuado risco de iniquidade caso os comandos e as decisões sejam proferidas sem consideração às particularidades dessa especial relação material, permeada por preceitos de direito público.

É no mundo dos fatos, pois, que a discussão reforça a sua relevância, porque envolve a quase totalidade dos atos administrativos praticados nas relações entre o Estado e seus administrados. Investiga-se, nesse passo, o quanto a supremacia estatal se impõe no trato com particulares no tocante à tarefa probatória, em especial nos casos em que os litígios entre os polos dessa relação são levados ao Poder Judiciário, o que ocorre diuturnamente e em face dos mais variados contextos: na imposição de multas administrativas, na suspensão e interdição de atividades, nas alegações sobre abuso de autoridade, na sanção disciplinar, na busca pelo reconhecimento da responsabilidade civil do Estado etc.

A doutrina administrativista traz uma provocação, lembrando a frase por vezes ouvida em balcões de repartições públicas: “Se acha que tem direitos, vá procurá-los no Judiciário!” E com base nisso indaga: será que a função administrativa pode permanecer alheia aos direitos dos indivíduos? Seria mesmo meritório lançar mão da potestade pública para deixar de reconhecer direito de alguém?

A resposta a tais indagações desafia a análise das razões que fundamentam o regime especial de direito público e as prerrogativas de que estão investidos os atos praticados pelos órgãos e agentes públicos na relação com os administrados. Passa, ainda, pela abordagem do *direito à boa administração pública* e dos princípios e regras que o materializam; pela necessária consideração das noções de dialogicida-

de e procedimentalização na Administração Pública, e dos princípios da proteção da confiança, da transparência e da cooperação.

Nesse esteio, cuida-se de buscar a conciliação do mencionado método com os efeitos decorrentes do reconhecimento da presunção de validade, dentre os quais se costuma inserir a indigitada “inversão” do encargo probatório em desfavor do administrado. O presente estudo discute até que ponto a presunção de validade pode servir como fundamento para deslocar o encargo probatório, e quais as consequências fáticas e jurídicas das soluções que possam ser dadas a tal questionamento.

A ponderação tem o objetivo de apreciar quais seriam as alternativas que melhor se adaptariam ao nosso modelo constitucional, colaborando na estruturação de um raciocínio que facilite a tarefa de distribuição do ônus da prova nas situações acima mencionadas, tendo em vista que se trata de matéria de valor expressivo, seja por conta de sua fluência no cotidiano forense, seja por força dos bens jurídicos envolvidos na ponderação.

Ao longo da exposição, o estudo introduz a noção de ato administrativo e aponta suas peculiaridades, para, na sequência, adentrar na ponderação sobre a aplicabilidade do método de redistribuição do ônus da prova nas hipóteses em que os atos administrativos têm sua validade questionada, com a investigação das alternativas que melhor se conformam ao nosso molde constitucional e ao ideário da legislação processual vigente.

Pontua-se que o propósito deste trabalho não é o de explorar as variações e modulações da aplicação do método da distribuição dinâmica na generalidade dos casos, mas, isto sim, de tratar do alcance desse regramento *especificamente* no que se refere à temática dos atos administrativos. Uma análise mais abrangente desbordaria das finalidades deste artigo.

A abordagem toma como base o método hipotético-dedutivo: apresentam-se, preliminarmente, os fundamentos constitucionais e os parâmetros legais que amparam o atributo de presunção de validade e os que conduzem a aplicação do método de distribuição dinâmica do ônus da prova, para tratar, no sucessivo, da aplicação específica deste método em face dos litígios envolvendo atos administrativos, to-

mando em consideração suas características distintivas.

2 ATOS ADMINISTRATIVOS: REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO E PRESUNÇÃO RELATIVA DE VALIDADE (LEGITIMIDADE E VERACIDADE)

Para iniciar este estudo, impõe-se o exame do atributo de presunção de validade (legitimidade e veracidade) que a doutrina e a jurisprudência reconhecem ao ato administrativo, como modo de edificar o raciocínio acerca das características dessa espécie de fato jurídico no que interessa ao assunto abordado neste trabalho.

O ato administrativo se insere na esfera dos *atos jurídicos humanos* ou *atos jurídicos*, que constituem espécie de *fato jurídico lato sensu*, com o ponto distintivo de que o seu móvel principal é a vontade humana². No entanto, ele detém algumas particularidades que o estromam dos demais fatos jurídicos. O ato administrativo compreende uma *declaração unilateral do Estado* no exercício de *prerrogativas públicas*, manifestada mediante *comandos concretos complementares da lei* (ou, excepcionalmente, da Constituição), *a título de lhe dar cumprimento*, e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional³.

A partir dessas informações, já se pode diferenciá-lo dos atos privados sem maiores dificuldades. Entretanto, de maneira a aprofundar o assunto, convém analisar seus *atributos* com o fito de esclarecer quais são essas *prerrogativas públicas* do ato administrativo em razão das quais se afirma que ele se submete a um *regime jurídico administrativo* ou *regime jurídico de direito público*.

De uma maneira geral, a doutrina costuma creditar pelo menos três atributos aos atos administrativos: (i) a *imperatividade* ou *coercibilidade*, segundo a qual os atos administrativos são cogentes em face daqueles que se encontrem em seu âmbito de incidência, podendo instituir obrigações aos seus destinatários independente-

² Apontamento elaborado a partir da exposição da teoria do fato jurídico apresentada por TARTUCE, Flávio. *Direito civil, 1*: Lei de introdução e parte geral. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, versão digital, s/p.

³ Noção de ato administrativo em sentido estrito: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 71, de 29/11/2012. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 423.

mente da concordância destes – o chamado *poder extroverso* da Administração Pública⁴ –, contanto que respeitados os ditames da legalidade⁵; (ii) a *autoexecutoriedade* ou *executoriedade*⁶, que significa que os atos administrativos podem ser praticados e executados imediata e concretamente pela Administração Pública, não havendo necessidade de autorização do Poder Judiciário para que sejam levados a efeito⁷, à exceção das hipóteses de invasão direta no patrimônio jurídico dos cidadãos, mormente no que se refere aos direitos e garantias fundamentais⁸; (iii) a presunção de validade, legitimidade e/ou veracidade, que será especificada a seguir.

Esses são, em um exame abreviado, os atributos essenciais dos atos administrativos aceitos de forma mais harmônica na dogmática jurídica, correspondentes às mencionadas prerrogativas públicas que asseguram a submissão a um *regime jurídico de direito público*. Convém analisar, então, o atributo específico da presunção de validade, legitimidade ou veracidade, que é indicado por parte da doutrina como sendo inclusive a *fonte* de outros atributos⁹.

Como uma primeira observação, convém salientar que não há uma posição pacífica na doutrina acerca da denominação desse atributo. Fala-se em *presunção de validade*, em *presunção de legitimidade* e em *presunção de veracidade*. Aqui, entretanto, a divergência conceitual não assume maior relevância, porque, apesar das discordâncias na terminologia, o efeito jurídico reconhecido pela dogmática a tal atributo é basicamente o mesmo.

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 71, de 29/11/2012. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 423.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31/12/2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 122.

⁶ Em um posicionamento particular, Bandeira de Mello diferencia a executoriedade da *exigibilidade*, sustentando que este é aquele atributo que possibilita a imposição de obrigações pelo poder público em face dos administrados independentemente de ordem judicial, ao passo que a executoriedade autoriza, para além dessa exigência, a coação material do destinatário ao cumprimento da obrigação imposta, representando um acréscimo à ideia de exigibilidade. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 71, de 29/11/2012. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 423-424.

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31/12/2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 123.

⁸ MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 95.

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31/12/2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 123.

Di Pietro¹⁰ fraciona a acepção de presunção, sustentando que se refere a duas noções distintas: (i) a *presunção de legitimidade* é relativa à *conformidade do ato com a lei*, no sentido de que o ato administrativo, desde o momento em que é emitido, se presume em harmonia com o ordenamento jurídico, salvo prova em contrário; (ii) a *presunção de veracidade* relaciona-se com os fatos, de modo que as afirmações sobre fatos e os fundamentos de fato elencados pela Administração Pública como motivadores do ato administrativo igualmente se presumem verdadeiros até que seja demonstrado o contrário.

De toda sorte, cabe ponderar que a denominação *presunção de validade* abarca, com rigor científico, as duas noções anteriores. Explica-se. Um dos pressupostos de validade do ato administrativo é o motivo (pressuposto objetivo), enquanto situação fático-jurídica autorizadora, impositiva ou justificadora da prática do ato¹¹. Evidentemente, o motivo precisa ser *verdadeiro* para que o ato preserve a sua validade. Além disso, a validade exige a existência de pertinência lógica entre o *motivo* e a *medida* eleita pelo administrador em função da finalidade prescrita pelo ordenamento jurídico. Nesse passo, considerando que a ideia de validade implica tanto a adequação à lei (*lato sensu*) quanto a conformidade com a realidade fática, é tecnicamente apropriado usar a denominação *presunção de validade* como gênero, que compreende as duas noções destacadas por Di Pietro.

O exame das razões que fundamentam o atributo será deixado para o tópico seguinte, que terá por objetivo delimitar até que ponto se justifica a extensão dessa prerrogativa conferida aos atos administrativos. Neste tópico, abordam-se as especificidades os efeitos normalmente atribuídos à presunção de validade dos atos administrativos pela dogmática jurídica.

Como primeira observação, é necessário destacar que, conforme consenso doutrinário e jurisprudencial, a presunção aqui referida constitui uma presunção relativa (*iuris tantum*), e não absoluta (*iuris et de iure*). Em outras palavras, significa dizer que a pressuposição de que o ato administrativo é válido – isto é, legítimo e verdadeiro – *pode ser contraditada*, admitindo-se prova em contrário. A validade do ato

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 206-207.

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 71, de 29/11/2012. São Paulo: Malheiros, p. 408.

pode ser objeto de contraprova tanto na via administrativa quanto na via judicial, seja em relação à sua conformidade com a Constituição e com as normas infraconstitucionais incidentes (*conformidade jurídica*), seja em relação às razões de fato que serviram como fundamento para a adoção da medida (*conformidade fática*).

A presunção de validade guarda sintonia com a noção de fé pública, conforme lição de Maffini¹². Muito embora seja praxe associar essa concepção a uma suposta prerrogativa de determinados agentes públicos (oficiais de justiça, escrivães de cartório, tabeliães, oficiais de cartórios imobiliários etc.), a realidade é que a fé pública decorre da *natureza administrativa* do ato praticado, e não de uma condição especial do agente público que o edita. Como bem observa o autor, todos os agentes públicos “possuirão” fé pública quanto aos atos praticados em seu círculo de atribuições.

A doutrina aponta importantes efeitos decorrentes do atributo em exame. Como primeiro deles, indica-se a circunstância de que o ato, mesmo quando viciado, produz seus efeitos e deve ser cumprido até o momento em que seja decretada sua invalidade pelo Poder Judiciário ou pela própria Administração Pública, no exercício da autotutela. Em certas ocasiões, porém, relativiza-se esse paradigma. É o caso da ressalva ao cumprimento, por parte de servidores públicos, de ordens manifestamente ilegais ditadas por seus superiores hierárquicos¹³, exceção que costuma estar prevista nos Estatutos dos Servidores Públicos, tal como se observa no art. 116, inc. IV, da Lei do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União¹⁴, e no art. 177, inc. VI, do Estatuto dos Servidores do Estado do Rio Grande do Sul¹⁵.

Como extensão de tal circunstância, os recursos administrativos, *em regra, não possuem efeito suspensivo*. Por serem presumidamente verdadeiros e legítimos os atos por eles questionados, não se admite que a impugnação sirva como óbice à sua produção de efeitos¹⁶. Esse aspecto encontra previsão no art. 61, *caput*¹⁷, da Lei

¹² MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 92.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 207-208.

¹⁴ “Art. 116. São deveres do servidor: [...] IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais; [...]”

¹⁵ “Art. 177. São deveres do servidor: [...] VI - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais; [...]”

¹⁶ MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 93.

¹⁷ “Art. 61. Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo. [...]”

Federal n. 9.784, de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. O parágrafo único do mesmo dispositivo, porém, abrandando o rigor da regra, dispõe que, em havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução do ato administrativo, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá conferir efeito suspensivo ao recurso, de ofício ou a pedido do recorrente. Cuida-se de hipótese de concessão de efeito suspensivo *ope iudicis*, sendo possível, todavia, que a própria lei, por alguma razão especial, estipule que a simples interposição de determinado recurso impeça a execução do ato (efeito suspensivo *ope legis*)¹⁸.

Outro fator resultante da mencionada presunção é o de que o Poder Judiciário não pode apreciar de ofício a validade dos atos administrativos, de modo que eventual decretação de nulidade depende de provocação e pedido específico da pessoa, entidade ou órgão interessado¹⁹.

Em remate, pontua-se que a doutrina indica que a presunção de veracidade gera o efeito de deslocar para o particular o encargo de demonstrar que os pressupostos de fato do ato administrativo não se conformam à realidade, invertendo, dessa maneira, o ônus da prova no campo processual. Por ser um dos objetos centrais deste estudo, o tema será destacado deste tópico e tratado no tópico seguinte, com mais profundidade.

3 DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NA SEARA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

No presente tópico, como ponto introdutório, serão indicadas as razões levantadas pela doutrina e jurisprudência para justificar o atributo de presunção de validade dos atos administrativos, a fim de que, em um segundo momento, se possa depurar esses argumentos e confrontá-los com os fundamentos que dão suporte à teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

¹⁸ MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 93.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 208.

3.1 PONDERAÇÃO ENTRE OS VALORES CONFLITANTES

Há mais de um fundamento indicado pela doutrina para sustentar o atributo de presunção de validade. Elencam-se como fundamentos: (i) a necessidade de observância ao princípio da legalidade^{20, 21}, o que tornaria possível presumir que todos os atos praticados pela Administração seriam efetuados em harmonia com a lei²²; (ii) a própria natureza do ato, que é levado a efeito por agentes detentores de parcela do poder público e que têm por objetivo o resguardo do interesse público²³; (iii) a necessidade de celeridade e segurança nos atos da Administração²⁴; (iv) o fato de constituir uma expressão da soberania estatal²⁵; (v) o seu préstimo enquanto instrumento destinado a possibilitar o regular exercício da função administrativa, sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário para demonstrar a legitimidade da atuação do Estado e, só depois disso, vincular terceiros²⁶; (vi) a fiscalização a que se sujeita o ato, que pode ser realizada pela própria Administração ou pelos demais Poderes da República, servindo como garantia de observância da legalidade²⁷. Além disso, como observa Maffini²⁸, já houve julgado do Supremo Tribunal Federal no qual foi feita a referência de que o atributo encontraria abrigo na Constituição Federal, em especial no seu art. 19, inc. II, segundo o qual é vedado aos entes federados recusar fé aos documentos públicos²⁹.

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 38. ed. atual. até a emenda constitucional 68, de 21/12/2011. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 166.

²¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 106.

²² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 207.

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31/12/2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 122.

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 38. ed. atual. até a emenda constitucional 68, de 21/12/2011. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 166.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 207.

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 409.

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 207.

²⁸ MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 91.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24.262 – MG. Julgado em 05 de fevereiro de 2004. Relatora Ministra Ellen Gracie. Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes.

Entende-se que alguns desses argumentos não possuem uma justificação interna válida, devendo ser afastados já de início. Primeiramente, há o argumento de que a presunção se ancora no fato de que o ato administrativo deve *obedecer ao princípio da legalidade* e têm por objetivo o resguardo do interesse público. Como consequência disso, seria possível presumir que todos os atos praticados pela Administração seriam realizados em harmonia com a lei – vale dizer: porque a ela devem obedecer.

Com a vênua à posição contrária, tais argumentos não se sustentam. É desarrazoado pensar que pelo só fato de um ato *ter de* observar uma série de pressupostos ele já possa ser presumido de acordo com eles. Trata-se de confundir a *condição real* do ato administrativo com a sua *condição ideal*; confundir a realidade com o dever; embaralhar o aspecto ôntico e o deontológico. Em matéria de atos administrativos, não há o que justifique dizer que a necessidade de *observância* de uma norma acarreta na automática presunção de que todas as condutas estejam com ela alinhadas.

Raciocínio similar serve para rebater a posição que fundamenta o atributo na possibilidade de fiscalização, revisão e anulação do ato pela própria Administração ou pelos demais Poderes da República. Em verdade, a particularidade de o ato poder ser fiscalizado, revogado ou anulado não justifica que sobre ele repouse uma presunção de validade. Bem pelo contrário: a sujeição à fiscalização demonstra a sua possível falibilidade, e serve para evitar a manutenção de atos viciados, contrários à lei e ao interesses sociais.

Por outro lado, entende-se que alguns dos motivos indicados pela doutrina efetivamente refletem valores prestigiados pela ordem constitucional, merecendo destaque. Parece legítimo afirmar, nessa perspectiva, que o atributo da presunção de validade se justifica pela circunstância de que o ato administrativo constitui expressão da soberania estatal – praticado, como regra, por agentes detentores de parcela do poder público –, sendo corolário da posição de supremacia assumida pelo Estado, voltada à consecução da finalidade pública.

Com acerto, Di Pietro³⁰ observa que a prerrogativa de presunção de validade, a exemplo das demais prerrogativas, decorre da clássica noção de *poder* como um dos elementos integrantes do conceito de Estado: povo, território e *governo soberano*. Além disso, é interessante apontar que, caso não existisse o atributo em exame, toda a atividade administrativa seria *imediatamente* questionável por qualquer pessoa, o que obstaculizaria o cumprimento das finalidades públicas³¹.

O atributo baseia-se, ainda, na necessidade de celeridade, de eficiência e de segurança jurídica no exercício da função administrativa. A ausência de definitividade dos atos inviabilizaria o regular desempenho da atividade-fim por parte do Estado. A rotina estatal é feita de múltiplos atos administrativos. Em razão disso, a celeridade na prestação e a estabilidade das atividades estatais são essenciais para garantir a eficácia no exercício da função estatal.

Especificamente no que tange à necessidade de segurança jurídica, é interessante destacar que a presunção de validade dos atos administrativos não atua somente em favor da Administração, mas também *no interesse dos cidadãos*. É nesta a perspectiva que se fundamenta a existência de limites para a extinção dos atos administrativos: os cidadãos depositam sua confiança na legitimidade e na veracidade dos atos administrativos, não podendo ser surpreendidos com a extinção de um ato sem que lhes seja franqueada a participação no processo que visa à extinção (contraditório e ampla defesa), nem tampouco depois de transcorrido um lapso de tempo considerável (prazo decadencial). Os limites formais e materiais à extinção dos atos administrativos fundamentam-se no *princípio da proteção da confiança*³².

Diante desses esclarecimentos, tem-se, de modo geral, um panorama sobre os valores que fundamentam o atributo em exame. Fixados tais parâmetros, cumpre questionar se as premissas supramencionadas autorizariam a conclusão de que a presunção de validade seria capaz de deslocar, em toda e qualquer situação, o ônus da prova em desfavor do administrado. Ou, em uma perspectiva contrária, se o re-

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 207.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 207.

³² MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 93-94.

gramento de redistribuição do encargo probatório poderia ser aplicado irrestritamente à Fazenda Pública.

A problemática que confronta o atributo da presunção de validade com os princípios fundadores da distribuição dinâmica do ônus probatório é, de certa forma, multifacetada. Invoca argumentos atinentes ao direito público, mas traz à tona uma ponderação sobre diferentes aspectos constitucionais, administrativos e processuais mais específicos.

Como primeiro registro, convém ressaltar que uma circunstância está posta: a distribuição dinâmica do ônus da prova constitui um regramento legal, positivado no diploma processual vigente³³. Por sua vez, a presunção de validade não encontra previsão específica na legislação processual brasileira, quando se trata de processos judiciais. Na jurisprudência da Suprema Corte³⁴, já foi mencionado, em voto específico do então Ministro Ayres Britto, que o atributo encontraria respaldo no artigo 19, inc. II, da Constituição da República, segundo o qual é vedado aos entes federados recusar fé aos documentos públicos. Nada obstante, tal previsão é por demais genérica para que se pudesse concluir, com pretensão de decidibilidade, que o referido enunciado, por si só, causaria óbice à aplicação do método tratado neste estudo, que consiste em regramento processual específico e igualmente calcado em valores constitucionais de especial relevo.

Em relação aos processos administrativos, a Lei Federal n. 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estipula que cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado (art. 36, primeira parte); todavia, ressalva que esse encargo não prejudica o dever de instrução do pro-

³³ A distribuição dinâmica do ônus da prova está disciplinada nos parágrafos do art. 373 do Código de Processo Civil: "Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º **Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.** § 2º **A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.** § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo." [Original sem grifos.]

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24.262 – MG. Julgado em 05 de fevereiro de 2004. Relatora Ministra Ellen Gracie. Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes.

cesso atribuído ao órgão administrativo (art. 36, segunda parte). Além disso, a mencionada legislação estabelece que, toda vez que o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração, o órgão instrutor *deverá* prover, *de ofício*, a obtenção dos documentos ou das respectivas cópias (art. 37). Tais dispositivos abrandam o encargo probatório atribuído ao administrado, reforçando o dever-poder da Administração quanto à instrução do processo administrativo, e homenageando os princípios da oficialidade e da cooperação processual³⁵.

Pois bem, ante a ausência de regra específica no tocante ao ônus da prova relativamente aos atos administrativos discutidos na seara judicial, entende-se que o conflito em análise não se resolve pela simples subsunção de um suporte fático a uma hipótese normativa, tampouco pelos critérios hermenêuticos tradicionais referentes ao aspecto hierárquico, cronológico e da especialidade. Exige, isto sim, o emprego do método da ponderação, que, como aponta Ana Paula de Barcellos³⁶, constitui “a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”.

Uma observação para esclarecer a terminologia empregada no que se refere aos vocábulos *valores*, *princípios* e *regras*. Os *valores* têm caráter axiológico e dizem respeito a determinadas grandezas classificadas como boas e que são desejadas por uma comunidade – são, em última análise, as *escolhas éticas* de um corpo social. Os *princípios* legitimam tais grandezas no ordenamento jurídico, prescrevendo sua garantia ou promoção. A condição que discrimina os princípios dos valores provém desta distinção de caráter: enquanto os valores têm caráter axiológico e classificam, *e.g.*, uma determinada escolha ou decisão como a melhor possível, os princípios têm caráter deontológico e prescrevem que essa mesma decisão ou escolha é devida, justamente por ser a mais recomendada no nível axiológico, consoante ensina Robert Alexy³⁷.

³⁵ HEINEN, Juliano; SPARAPANI, Priscilla; MAFFINI, Rafael. *Comentários à lei federal do processo administrativo – Lei n. 9.784/99*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2015.

³⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 35.

³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 153.

Além dos princípios, as regras também legitimam valores no sistema jurídico. Nesse sentido, Aulis Aarnio³⁸ põe em destaque as chamadas *generalizações jurídicas* enquanto subespécies de princípios jurídicos, que adviriam de um raciocínio indutivo baseado em um *grupo harmônico de regras*. Consoante essa acepção, as regras em um mesmo sentido seriam generalizadas e formariam um princípio não expresso no ordenamento, mas por ele reconhecido. Seguindo a mesma diretriz, Humberto Ávila³⁹ refere que dispositivos cujo conteúdo preliminar determine a adoção de comportamentos para assegurar um valor podem fazer com que esse valor seja autonomizado para exigir comportamentos distintos, não previstos na legislação, mas necessários à sua satisfação. Assim, as regras também respondem a um predicado axiológico, pois constituem *soluções antecipadas para um determinado conflito entre valores*.

Segundo a definição proposta por Humberto Ávila⁴⁰, as *regras* são padrões normativos que estipulam condutas específicas a serem adotadas diante da verificação, pelo intérprete, do suporte fático descrito pelo texto legal, constituindo soluções ditas previamente pelo legislador para um determinado conflito entre razões; os *princípios*, a seu turno, são padrões normativos que prescrevem um estado de coisas a ser preservado ou promovido, sem descrever, especificamente, os meios necessários para atingir tal finalidade.

Não se desconhecem as divergências acerca da existência de uma diferença estrutural entre regras e princípios, tampouco sobre o alcance da teoria dos princípios em seus diferentes matizes – seja enquanto teoria metodológica que remete à ponderação, seja enquanto dogmática especial dos direitos fundamentais⁴¹. De qualquer sorte, é inquestionável que os princípios são padrões normativos existentes no ordenamento jurídico, que têm força normativa própria e servem como razões autônomas no processo de interpretação. A par de figurarem como argumentos no pro-

³⁸ AARNIO, Aulis. Las reglas en serio. In: AARNIO, Aulis; VALDÉS, Ernesto Garzón; UUSITALO, Jyrki (coords.). *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 21.

³⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 70.

⁴⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 78-79.

⁴¹ POSCHER, Ralf. Acertos, Erros e Equívocos de Autocompreensão da Teoria dos Princípios. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 10, n. 3, dez. 2015. ISSN 2317-8558.

cesso decisório, tanto os princípios quanto as regras estão essencialmente ligados a valores, que lhes dão origem e sustentação, tendo sua aplicação, afastamento, maior ou menor incidência condicionados às razões que lhes são subjacentes, cujo peso pode variar de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas da situação examinada⁴².

Feitos esses esclarecimentos, convém sinalizar quais os valores em tensão no que se refere ao conflito em exame. O atributo da presunção de validade firma as suas bases na noção de soberania estatal, bem como nos princípios da celeridade, da eficiência e da segurança jurídica no exercício da função administrativa. Por seu turno, a dinamização do ônus probatório remete à noção de justiça, calcando-se nos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (arts. 1º, 7º e 8º, CPC-2015); da isonomia e da paridade de armas (art. 7º, CPC-2015); da boa-fé processual (art. 5º, CPC-2015); da adequação e da cooperação processual (art. 6º, CPC-2015) e o postulado da razoabilidade⁴³. Consoante os ensinamentos de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, tocante à ideia de adequação/adaptação, o processo não se esgota dentro dos quadros de uma mera realização do direito material, pois as formalidades processuais devem ser destinadas à organização de um processo justo, que alcance as suas finalidades últimas e, principalmente, colabore para a justiça material da decisão⁴⁴.

Nesse contexto, cabe indagar se a aplicação do método da dinamização afetaria os valores que guarnecem a presunção de validade, ou se porventura ofenderia o núcleo essencial dos mencionados princípios.

No âmbito doutrinário, o atributo da presunção de validade vem sendo reexaminado relativamente às suas repercussões na tarefa probatória. A sua extensão tem

⁴² Sobre o peso das razões no processo argumentativo: "The relative 'weight' of a reason may depend on other factors than only the reasons themselves. Weight is case-related, and can therefore not directly be ascribed to the principles on which the reasons are based, because these principles are themselves not case-related." HAGE, Jaap C. *Reasoning with rules*: an essay on legal reasoning and its underlying logic. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1997, p. 116.

⁴³ Recorrendo à regra da "sana crítica", Jorge M. Peyrano relembra o preceito no sentido de que "aquilo que é diferente deve ser valorado de forma diversa do modo como se costuma valorar o que é comum", que não deixa de ser um imperativo decorrente do postulado da razoabilidade. PEYRANO, Jorge W. La carga de la prueba. In: CONGRESSO COLOMBIANO DE DIREITO PROCESSUAL, 34., 2013, Medelim, *Memoriais...* Medelim: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2013, p. 956-974.

⁴⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. [S.l.: s. n.], 2008. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm>. Acesso em: 08 abr. 2015.

sido abrandada no que se refere à veracidade dos pressupostos de fato que embasam a realização do ato administrativo. Di Pietro⁴⁵ destaca que, embora seja indiscutível que a presunção de validade inverte o *ônus de agir* – pois o administrado é que deverá provocar o Poder Judiciário para questionar o ato administrativo –, a inversão do *ônus de provar* não é absoluta. Assim, mesmo que a parte autora deva demonstrar a veracidade dos fatos que invoca, essa circunstância não libera a Administração de provar a sua verdade; justamente por isso, a lei prevê, em diversos casos, a possibilidade de o juiz ou o promotor requisitar da Administração documentos relacionados com as alegações necessárias à instrução do processo e à formação de sua convicção.

Adotando posicionamento mais incisivo, Marçal Justen Filho⁴⁶ pontifica que a presunção de validade depende de a Administração Pública comprovar o cumprimento do devido processo, de modo que, “se o ato administrativo afirma a ocorrência de certo fato, não se pode atribuir ao particular o ônus de provar sua inoocorrência – até porque não se produz prova de fatos negativos”. Além disso, registra que é praticamente inviável ao administrado provar que determinado fato não ocorreu, de modo que “[a] administração pública não pode afirmar, de modo unilateral e destituído de fundamento, que um fato aconteceu e pretender invocar uma presunção favorável a si, remetendo ao particular o ônus de provar o contrário”⁴⁷.

De fato, a validade do ato exige que seja verificado um suporte empírico justificador, impositivo ou autorizador da prática do ato (*pressuposto objetivo*), devendo existir um nexo de causalidade entre o motivo levado em consideração e a medida adotada (*pressuposto lógico*), especificado na exteriorização dos fundamentos do ato (*pressuposto formalístico*)⁴⁸. Além disso, na *teoria dos motivos determinantes*, tem-se que, independentemente de previsão legal, sempre que for elencado um suporte empírico, a legitimidade do ato estará submetida à *demonstração* da existência

⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 208.

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 411.

⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 411.

⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 71, de 29/11/2012. São Paulo: Malheiros, p. 401-415.

do motivo levado em consideração pelo administrador e da relação de pertinência lógica entre esse motivo e a medida adotada⁴⁹.

Partindo desse raciocínio, surge a seguinte ponderação: se, para a validade do ato, deve ocorrer um pressuposto objetivo, e se, como regra, é necessário que seja exposta a motivação desse ato, com a indicação de seu suporte fático-jurídico, é razoável pensar que a Administração esteja simplesmente isenta de demonstrar, em qualquer toda e hipótese, a situação de fato indicada em sua fundamentação, como se a sua alegação bastasse por si só?

Caso se entenda que a Administração está isenta de demonstrar a existência do pressuposto objetivo, restará ao impugnante do ato o ônus de comprovar a sua inexistência, isto é, a prova de um “fato negativo” – da negativa da ocorrência de um fato –, na generalidade dos casos. Tal circunstância é particularmente prejudicial quando a medida impugnada constitui ato sancionador ou ato ablativo (restritivo) dos direitos do administrado, pois o indivíduo que se considerar prejudicado, além de sofrer o efeito da medida propriamente dita, ainda ficará com o ônus de demonstrar a inexistência da situação de fato alegada pela Administração Pública.

Acolher sem maiores reflexões uma solução dessa natureza atentaria contra o *direito fundamental à boa administração pública*. Segundo os ensinamentos de Juarez Freitas⁵⁰, tal constitui o direito a uma administração pública eficiente, eficaz, proporcional e transparente, que cumpra, entre outros, os deveres de transparência, motivação, imparcialidade, com a observância de todos os princípios constitucionais que a regem nas relações administrativas. Esse mandamento deve ser observado tanto sob um *aspecto material* – no sentido de que as decisões administrativas devem observar os direitos fundamentais de todas as dimensões e a natureza vinculante das políticas constitucionalizadas⁵¹ –, como sob um *aspecto procedimental*, de modo que a Administração Pública deve obediência aos preceitos constitucionais atinentes ao devido processo legal, tais como o efetivo contraditório, a ampla defesa, a

⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 71, de 29/11/2012. São Paulo: Malheiros, p. 401-415.

⁵⁰ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22 e ss.

⁵¹ FREITAS, Juarez. *Políticas Públicas, Avaliação de Impactos e o Direito Fundamental à Boa Administração. Sequência (Florianópolis)*, Florianópolis, n. 70, p. 115-133, jun. 2015.

transparência e a motivação consistente, em virtude dos quais se fala em *direito à administração pública dialógica*⁵².

Raciocínio similar é arquitetado com base em outro vetor, o valor constitucional da segurança jurídica, a partir do qual se desenvolve o princípio de proteção da confiança. Consoante o escólio da doutrina moderna⁵³, a noção de segurança jurídica importa pelo menos três extensões: (i) *cognoscibilidade* ou acessibilidade, apontando para uma perspectiva formal da segurança jurídica, voltada a resguardar publicidade e clareza aos atos estatais (princípio da publicidade e da motivação), combatendo o *engano*; (ii) *calculabilidade* ou previsibilidade, indicando a possibilidade de antecipação do resultado possível na relação do particular com o Estado, evitando a *surpresa*; e (iii) *confiabilidade* ou confiança, constituinte da face subjetiva da segurança jurídica, destinada a consagrar a estabilidade das relações jurídicas e obstar a *frustração*.

A confiabilidade relaciona-se, pois, com o princípio da *proteção da confiança ou das expectativas legítimas*, em seus aspectos substancial e procedimental. Como explica Maffini⁵⁴, invocando as lições de Søren Schønberg, o *princípio da proteção procedimental da confiança* consiste na concretização de uma atividade administrativa processualizada, “em que se assegure a participação dos destinatários da função administrativa, sobretudo nos casos em que administração pública venha a lhe causar prejuízos ou a lhe reduzir vantagens outrora concedidas”.

O processo, nesse sentido, passa a ser ligado ao exercício do poder estatal, expressando o “aspecto dinâmico de um fenômeno que vai se concretizando em muitos pontos no tempo, refletindo a passagem do poder em atos e decisões”, implicando atuação dos sujeitos sob o prisma contraditório⁵⁵. Significa dizer: a imperatividade do poder estatal *somente* se legitima quando observada a paridade e a impar-

⁵² FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22 e ss.

⁵³ Cf. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*: Entre a permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012; CALMES-BRUNET, Sylvia. *Du principe de la protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*. Paris: Dalloz, 2001.

⁵⁴ MAFFINI, Rafael. Administração Pública dialógica (proteção procedimental da confiança). Em torno da Súmula Vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo*, v. 253, 2010, p. 165.

⁵⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 191-193.

cialidade em um processo preordenado, por intermédio do qual a atuação unilateral e opressiva do Estado é coibida⁵⁶.

Além disso, para compreender o grau de extensão das prerrogativas do poder público, e a sua relação com o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, convém esclarecer que os poderes administrativos são destinados a uma finalidade específica: o correto exercício da função administrativa no interesse da coletividade; em razão disso, devem sempre ser vistos como *poderes instrumentais*, servientes ao atendimento do interesse alheio, e não como mecanismos criados para beneficiar a pessoa exercente do poder:

Estes caracteres, que sem dúvida informam a atuação administrativa, de modo algum autorizariam a supor que a Administração Pública, escudada na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, pode expressar tais prerrogativas com a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercitam seus direitos. É que a Administração exerce *função*: a função administrativa. Existe função quando alguém está investido no *dever* de satisfazer dadas finalidades em prol do *interesse de outrem*, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são *instrumentais* ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do *dever* posto a seu cargo. Onde, quem os titulariza maneja, na verdade, “deveres-poderes”, no interesse alheio.⁵⁷

Em vista desse caráter de sujeição às finalidades instituídas no interesse coletivo, Bandeira de Mello⁵⁸ se opõe a designar as prerrogativas administrativas como “poderes” ou “poderes-deveres”, propondo sejam denominadas *deveres-poderes*, pois com essa terminologia se “ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações”.

⁵⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 193.

⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 71, de 29/11/2012. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 72.

⁵⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 71, de 29/11/2012. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 73.

A noção de *deveres-poderes administrativos* alinha-se com as ideias precedentemente abordadas relativas ao direito à administração pública dialógica e ao princípio da proteção da confiança. Com efeito, assim como as normas de direito público impõem deveres aos cidadãos, delas também decorrem responsabilidades a serem assumidas pela Administração Pública, que não pode lançar mão de suas prerrogativas e atributos senão para a consecução das finalidades públicas, guiadas pelos valores prestigiados pela Constituição.

O que se espera da Administração Pública sob a égide do Estado de Direito moderno, em que a força normativa dos direitos e garantias constitucionais se irradia por todo o ordenamento, é a observância constante dos padrões de transparência, de motivação, de proporcionalidade, de razoabilidade e de garantia do conhecimento e participação dos administrados no tocante às decisões administrativas concretizadas. Com isso, veda-se a arbitrariedade, o decisionismo, a inobservância das regras de procedimento e a obscuridade no agir do administrador, combatendo-se o favoritismo e a corrupção. Ponderadas essas premissas, é consentâneo pensar que, se o administrador elenca um motivo para a prática de um ato, deve ter em consideração que poderá ser demandado a comprová-lo, cercado-se dos meios para se desincumbir de tal encargo, notadamente quando o ato praticado restringe os direitos do administrado ou impõe uma sanção em face deste.

Alertando para os perigos decorrentes da presunção de validade dos atos praticados pelos exercentes do poder, Agustín Gordillo observa que acatar a presunção de legitimidade de forma ampla, como fez a Suprema Corte Argentina no passado, é o mesmo que proteger a arbitrariedade administrativa, facilitar o excesso e embaraçar a efetiva vigência dos direitos dos indivíduos⁵⁹. De modo bastante realista, Gordillo adverte que, em determinados casos, é possível que a presunção imoderada assuma o papel de um instrumento antidemocrático:

[O] ato administrativo pode ser produto da vontade isolada de um único indivíduo embriagado pelo poder e pela onipotência de crer-se semideus, enviado providencial. Reconhecer a seu capricho presunção igual à da lei, de modo a exigir seu imediato cumprimento, sem informação nem juízo jurídico

⁵⁹ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. 10. ed. Tomo 3. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2011, cap. V, p. 14.

co, sem consulta, sem discussão nem debate, sem audiência prévia, sem fundamentação normativa e fática razoável e suficiente, isso é o suicídio da democracia.⁶⁰

Dessa maneira, a presunção de validade, enquanto dever-poder administrativo, não configura um privilégio pessoal do gestor público, tampouco constitui predicado que tenha fim em si mesmo. Trata-se, isto sim, de um *meio*, de um *instrumento* para a consecução de finalidades públicas e para o exercício geral da função administrativa, cujo emprego deverá sempre observar os padrões de transparência, de motivação, de razoabilidade e de proporcionalidade, sob pena de restar desvirtuada sua vocação democrática.

3.2 CRITÉRIOS DE DECIDIBILIDADE NO ÂMBITO PROCESSUAL

Sopesados os argumentos até aqui delineados, e concluindo que o atributo da presunção de validade não é idôneo para inverter/redistribuir, em todo e qualquer caso, o ônus da prova em desfavor do administrado, resta investigar, por fim, quais seriam os critérios para definir o alcance do atributo em questão, sem descuidar dos valores contrapostos nesse mister.

No ponto, cuida-se de lançar mão da *ponderação em abstrato ou preventiva*, que consiste na técnica que procura fornecer parâmetros gerais e particulares para serem empregados em casos semelhantes – *situações-tipo de conflito* –, servindo como norte na atividade interpretativa e reduzindo a subjetividade do aplicador na análise dos casos concretos, consoante ensina Ana Paula de Barcellos⁶¹.

Como observação inicial, em vista da necessidade de garantir celeridade, eficiência e segurança jurídica ao exercício da função administrativa, julga-se que a

⁶⁰ Tradução livre do seguinte trecho: “[E]l acto administrativo puede ser producto de la sola voluntad de un sólo individuo embriagado por el poder y la omnipotencia de creerse semidios, enviado providencial. Reconocerle a su capricho igual presunción que la de la ley, como para exigir su inmediato cumplimiento, sin información ni dictamen jurídico, sin consulta, sin discusión ni debate, sin audiencia previa, sin fundamentación normativa y fáctica razonable y suficiente, esto es el suicidio de la democracia.” GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. 10. ed. Tomo 3. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2011, cap. V, p. 16.

⁶¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 146-150.

presunção de validade dos atos administrativos deve ser a regra no campo extraprocessual, evitando-se, assim, que se esvazie o sentido do atributo em questão. Dessa feita, como regra, o ato administrativo deve gozar da presunção antes de ser impugnado pelo particular ou pelos órgãos legitimados para tanto, ficando a ressalva por conta dos casos de antijuridicidade manifesta⁶².

Essa primeira ideia não quer dizer, de forma alguma, que a Administração Pública não tenha responsabilidade ou compromisso com a justiça e a proporcionalidade por ter presumida *ab initio* a validade de seus atos. Vem a calhar, em relação a tal ponto, a lição de Odete Medauar⁶³ quanto à observância dos ditames da justiça pela Administração Pública:

Há um pensamento que associa justiça exclusivamente ao Poder Judiciário. [...] Muito comuns se tornaram as frases, em tom de jactância, do seguinte teor: “Se acha que tem direitos, vá procurá-los no Judiciário”, como se a função administrativa pudesse permanecer alheia a direitos dos indivíduos, como se fosse meritório deixar de reconhecer direito de alguém.

O processo administrativo direciona-se à realização da justiça não só pelo contraditório e ampla defesa vistos do ângulo do indivíduo, mas também por propiciar o sopesamento dos vários interesses envolvidos numa situação.

De outro lado, em conformidade com as lições de Treves e de Micheli, lembradas por Agustín Gordillo⁶⁴, a referida presunção imputa ao administrado o ônus de provocar os órgãos competentes para buscar o reconhecimento da irregularidade ou da invalidade do ato, importando, assim, uma *relevatio ad onere agendi* – o ônus de agir fica a cargo do impugnante. Entendemos que essa sistemática se dá sem agravos ao exercício da autotutela da Administração Pública, à qual caberá anular o ato viciado, independentemente de provocação do particular, porque se trata de um *dever-poder administrativo*.

⁶² Vide exemplo de Marçal Justen Filho nas páginas seguintes.

⁶³ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 195.

⁶⁴ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. 10. ed. Tomo 3. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2011, cap. V, p. 23.

Além disso, Marçal Justen Filho⁶⁵ faz uma oportuna observação no sentido de que determinados aspectos do ato administrativo não são incondicionalmente presumidos por força do atributo em exame, invocando exemplo esclarecedor: “não basta que um sujeito afirme estar investido na titularidade de competência para que seus atos sejam presumidos como legítimos”, sendo certamente viável exigir, nessa hipótese, a comprovação da titularidade do cargo ou função pública. A partir dessa perspectiva, o autor afirma, com inegável acerto, que “o ato administrativo deverá apresentar um *grau mínimo de aparência de perfeição*, indicando o cumprimento das exigências e requisitos necessários à sua existência”⁶⁶. Trata-se de afirmação que se assemelha à ideia de Gordillo, que aponta, com razão, que os atos com vícios manifestos não podem ser albergados pela presunção de validade nem mesmo em um primeiro momento, não se podendo admitir uma presunção ampla de legitimidade⁶⁷.

Quanto ao encargo de buscar o reconhecimento da irregularidade ou invalidade do ato administrativo, Bandeira de Mello⁶⁸, acompanhando a prelação de Ney José de Freitas, sustenta que o atributo da presunção só vigora até os atos administrativos serem questionados em juízo, haja vista que a impugnação pulveriza e elimina a presunção de validade, de tal modo que, a partir da provocação levada ao Poder Judiciário, a questão deverá ser resolvida conforme as regras que ditam a teoria geral da prova.

Parece-nos que tal solução seja razoável, mas há alguns detalhes que não podem passar despercebidos. A circunstância de os fatos probandos deverem ser resolvidos com base na teoria geral da prova não significa que a propositura de uma ação judicial, por si só, acarrete uma suspensão *imediata* do ato questionado. Se

⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 410.

⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 410.

⁶⁷ “El día que se cumpla el procedimiento administrativo de manera integral, de modo que un acto administrativo únicamente se dicte después del cumplimiento de una serie de trámites formales, con debida audiencia y prueba del interesado, con dictamen jurídico previo, con fundamentos razonados de hecho y de derecho, en condiciones de imparcialidad, etc., entonces podrá con algún dejo de razonabilidad recomenzarse la discusión de si al acto puede reconocérsele en tal circunstancia una presunción amplia de legitimidad. Y de todos modos ello no puede nunca amparar el acto manifestamente viciado, por la inexcusable razón de que es imposible presumir que cierto acto es lo que manifestamente no es. El acto nulo, en consecuencia, no puede en ningún caso tener presunción de legitimidad.” GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. 10. ed. Tomo 3. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2011, cap. V, p. 11.

⁶⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 71, de 29/11/2012. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 423.

esse for o propósito do impugnante, e caso haja risco na manutenção do ato administrativo, a neutralização temporária dos efeitos da medida administrativa deverá ser buscada por meio das tutelas provisórias previstas da legislação processual. O mesmo raciocínio se aplica à seara administrativa, na qual, em decorrência do *poder geral de cautela administrativa*⁶⁹, deve ser sempre facultado ao particular requerer que se confira efeito suspensivo à impugnação ou recurso administrativo interposto, isso quando ele não advém diretamente da lei.

No contexto judicial, cumpre ao magistrado, mesmo que em sede de cognição sumária, levar em consideração a dificuldade ou a impossibilidade do particular relativamente à produção da prova de modo antecipado, ponderando sobre eventual perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo decorrente da manutenção do ato administrativo impugnado até o julgamento final da demanda. Há necessidade de que haja ponderação entre os valores ameaçados. Por seu turno, o particular deve acostar as provas que estiverem ao seu alcance para demonstrar a verossimilhança de sua versão – ou, se for o caso, justificar a sua ausência. O magistrado poderá designar audiência de justificação prévia caso julgue oportuno, a fim de cercar-se de maiores elementos para decidir sobre o pedido de tutela provisória, conforme permissivo do Código de Processo Civil em vigor⁷⁰.

No que respeita ao mérito do processo, a situação empírica eleita como motivo pelo poder público para justificar o ato administrativo constitui seu *pressuposto objetivo*, cuja veracidade é imprescindível para que se possa considerar o primeiro como válido⁷¹. Nos casos em que a impugnação desafia a existência de uma situação fático-jurídica, o deslocamento do ônus da prova em desfavor do administrado no campo processual lhe impõe o severo encargo de demonstrar a não ocorrência de um fato, colocando-o em posição de desvantagem em face da parte adversa.

Além disso, em linha de regra, os administradores públicos estão mais próximos da prova e têm maior facilidade de demonstrar a ocorrência da situação empíri-

⁶⁹ MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 93.

⁷⁰ “Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. [...] § 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.” [Original sem grifos.]

⁷¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 71, de 29/11/2012. São Paulo: Malheiros, p. 401.

ca – a qual, repisa-se, é invocada pelo próprio poder público como pressuposto de seu ato. Por força de tais circunstâncias, as regras que regulam a distribuição dinâmica do ônus da prova recomendam que haja o deslocamento do encargo probatório em face da Administração⁷², resolvendo-se eventual dúvida em favor do administrado, notadamente nos casos em que se questiona um ato que de algum modo restringe os direitos dos particulares. O estado de dúvida, em tais casos, resolve-se *in favorem libertatis*.

Noutro vértice, não há motivos para que tal raciocínio não se estenda aos atos *ampliativos* de direito, haja vista que também interessa à coletividade saber os motivos pelos quais o administrador público concede privilégios para alguns em detrimento de outros. Reprime-se, com isso, o favoritismo e a corrupção. Assim, temos que, quando, por exemplo, o Ministério Público ajuíza uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa, é possível, a depender da situação de fato, que o encargo probatório seja deslocado em face do gestor público quanto à existência do fato que motivou a concessão de um benefício escuso.

Sob outra perspectiva, vale lembrar que existem hipóteses em que a produção da prova sobre a questão fática discutida no processo se mostra muito difícil ou impossível para ambas as partes. É o caso da prova *bilateralmente diabólica*, em face da qual a disciplina processual veda a redistribuição da tarefa probatória (art. 373, § 2º, do Código de Processo Civil). A lição doutrinária acolhida neste estudo é no sentido de que, em casos de prova bilateralmente diabólica, quando a dinamização na fase saneadora se mostrar inócua e o juiz não chegar nem mesmo a uma convicção de verossimilhança sobre as alegações de fato, o magistrado deve analisar qual das partes assumiu o risco relativo à dificuldade na elucidação dos fatos, designado por Marinoni como *risco de inesclarecibilidade* ou *risco probatório*⁷³.

Para identificar a assunção do risco probatório, é necessário aferir quem, na relação de direito material, devia obediência à norma de prevenção e deixou de ob-

⁷² Adotando conclusão análoga: CARNEIRO NETO, Durval. **A presunção de legitimidade e o ônus da prova no direito administrativo**: um exame à luz das doutrinas da processualidade e das cargas probatórias dinâmicas. 2007. 359 p. Dissertação (Mestrado em Direito Público)–Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2007, p. 342-343. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/21809/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Durval%20Carneiro%20Neto.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, 10. ed., jan. 2006. Porto Alegre: EMAGIS, 2006.

servá-la, assumindo, dessa sorte, o risco relativo à dificuldade na elucidação da relação de causalidade entre a violação e o dano efetivo ou potencial discutidos no processo⁷⁴. Tal critério deve ser aplicado nos casos de procedimentos e atos ablativos/restritivos e sancionadores levados a efeito pelo poder público.

Dentre uma infinidade de possibilidades, sabe-se que existem atos administrativos que causam a inibição de direitos individuais dos administrados, a imposição de sanções administrativas e/ou disciplinares, a determinação de condutas a serem obedecidas por indivíduos específicos, a revogação de vantagens anteriormente concedidas etc. Em tais situações, nas quais o agir administrativo é capaz de afetar diretamente a esfera jurídica dos administrados, a Administração Pública deve cercar-se de elementos comprobatórios do pressuposto objetivo da medida tomada, justamente pelo fato de serem condutas potencialmente lesivas a direitos individuais. Caso não o faça, assumirá, no plano processual, o risco probatório decorrente da situação de inescclarecibilidade, na hipótese de a produção da prova sobre a situação empírica que justificou o ato restar por algum motivo inviabilizada *a posteriori*.

Na prática, já se exige a produção de prova por parte da Administração Pública em relação a atos dessa espécie, até mesmo por um imperativo de bom senso. É o que ocorre em relação à cominação de multas decorrentes de infrações de trânsito, em relação às quais a própria lei prevê os meios de fiscalização e os parâmetros de qualidade que deverão ser obedecidos por esses instrumentos de vigilância. Pode-se dizer o mesmo em relação a determinados aspectos de exações tributárias: a jurisprudência exige, por exemplo, que o Fisco faça prova da sucessão empresarial – da alienação fundo de comércio ou estabelecimento – para fins de incidência da responsabilidade por sucessão e para o correlato redirecionamento do processo de execução fiscal, dado que “não existe responsabilidade por presunção”⁷⁵.

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, 10. ed., jan. 2006. Porto Alegre: EMAGIS, 2006.

⁷⁵ “A relação jurídica que exsurge da sucessão de empresas é obrigacional, fundada, porém, em uma sanção administrativa. Se a adquirente não cumprir o dever de verificar a regularidade fiscal da alienante para firmar o negócio, exigindo o pagamento de todos os débitos porventura existentes, será penalizada pela sua omissão, arcando com a responsabilidade de adimplir a dívida da empresa sucedida. Isso pressupõe a caracterização incontestável e manifesta da alienação do fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, porquanto não seria admissível sancionar terceiro que efetivamente não adquiriu a empresa e tampouco considerar existente, no ordenamento jurídico tributário, responsabilidade por presunção. É, portanto, do Fisco o ônus da prova de que ocorreu a sucessão.” Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento n. 0004914-70.2014.404.0000. Julgado em 15 de outubro de 2014. Relator para o Acórdão Jorge Antonio Maurique.

Enfim, esses são alguns critérios gerais sugeridos para a aplicação da distribuição dinâmica do encargo probatório na seara dos atos administrativos, nos casos em que estes forem impugnados na via judicial. Evidentemente, as múltiplas contingências do mundo fenomênico impossibilitariam a estipulação de critérios apriorísticos absolutos, que solucionassem todas as *situações-tipo* de conflito. Há, inclusive, searas jurídicas que envolvem a consideração a princípios que lhes são particulares, como é o caso, *exempli gratia*, da responsabilização decorrente de dano ambiental (princípio da precaução). Em virtude disso, se os parâmetros gerais indicados não forem inteiramente adaptados ou adaptáveis às particularidades do caso examinado, cumprirá ao intérprete investigar uma nova solução ponderativa, tomando em consideração os elementos específicos da situação real. Essa é a tarefa designada por Ana Paula de Barcellos como *ponderação em concreto ou real*⁷⁶.

Diante de tal cenário, consigna-se que o objetivo deste artigo foi o de operar uma ponderação entre as razões colidentes envolvendo o atributo da presunção de validade dos atos administrativos e o regramento que prevê a possibilidade de dinamização do encargo probatório no âmbito processual. Foram propostos parâmetros gerais para contrabalançar, na dinâmica processual, os valores em exame, com o cuidado de não comprometer o núcleo essencial dos preceitos em discussão. O propósito foi o de contribuir, ainda que de modo singelo, para a formulação de soluções interpretativas prévias, destinadas à resolução de situações em que se constatem conflitos idênticos ou similares aos versados neste estudo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para finalizar o presente estudo, parece conveniente que, neste tópico final, sejam feitas referências às principais questões que este artigo se propôs a abordar, a

⁷⁶ Sobre o tema, esclarece a autora: "[C]onsiderando a ponderação em concreto ou real, se as normas concebidas em tese pela doutrina e pela jurisprudência a partir dos enunciados existentes e/ou do sistema como um todo não forem capazes de solucionar o conflito verificado no caso concreto, este, com suas sutilezas e particularidades, vai fornecer ao aplicador subsídios para uma nova 'regulagem' do processo ponderativo e, conseqüentemente, para a construção da norma adequada a ele. [...] Uma vez que se proceda a uma ponderação em concreto, a solução adotada no caso poderá aprimorar o modelo geral formulado pela ponderação em abstrato." BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 152-154.

fim de que se possa ter uma visão mais abrangente dos temas versados. Com o intuito de prevenir um eventual reducionismo, ressalva-se que estas considerações finais não se destinam à realização de um resumo detalhado do trabalho, mas a fornecer um panorama das ideias apresentadas ao longo do artigo, destacando-se certos pontos que parecem ser mais relevantes.

No tópico inicial do desenvolvimento, foram identificadas as prerrogativas públicas do ato administrativo em razão das quais se afirma que ele se submete a um regime jurídico de direito público. Considerou-se, ainda, que o atributo da presunção de validade firma as suas bases na *noção de soberania estatal*, coadjuvando no equilibrado desempenho da potestade pública. Fundamenta-se também nos *princípios da celeridade, da eficiência e da segurança jurídica* no exercício da função administrativa, pois a ausência de definitividade desses atos inviabilizaria o regular desenvolvimento da atividade-fim por parte do Estado.

Noutro vértice, foi destacado que a técnica de dinamização do ônus probatório remete à noção de justiça, calcando-se nos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa; da isonomia e da paridade de armas; da boa-fé processual; da adequação e da cooperação processual; e no postulado da razoabilidade. A partir desse cenário de valores constitucionais e processuais, indagou-se se a aplicação do método da dinamização, incorporado na legislação pátria, afetaria os valores que guarnecem a presunção de validade, ou se porventura ofenderia o núcleo essencial dos mencionados princípios.

Pontuou-se que o atributo da presunção de validade vem sendo reexaminado pela doutrina em relação às suas repercussões na tarefa probatória no âmbito judicial, no sentido de que a inversão do ônus de provar não deve ser vista como algo absoluto. Se, para a validade do ato, deve ocorrer um pressuposto objetivo, e se é necessário que seja exposta a motivação desse ato, com a indicação de seu suporte fático-jurídico, não é razoável pensar que a Administração esteja isenta de demonstrar a situação de fato indicada em sua fundamentação, como se a alegação bastasse por si só. Como ressaltado em lição doutrinária, não pode o gestor da coisa pública afirmar, de modo unilateral e apartado de fundamentos, que um fato aconteceu, e

pretender invocar uma presunção favorável a si, remetendo ao particular *todo* o ônus de provar a alegação de fato contrária à versão delineada pelo poder público.

Nessa senda, apontou-se que acolher sem maiores reflexões uma solução dessa natureza atentaria contra o *direito fundamental à boa administração pública*, que corresponde ao direito de todos os cidadãos a uma administração pública eficiente, eficaz, proporcional e transparente, que cumpra os deveres de transparência, motivação, imparcialidade, com a observância dos princípios constitucionais que a regem nas relações administrativas. Em referência ao aspecto procedimental, a Administração Pública deve obediência aos preceitos constitucionais atinentes ao devido processo legal, em virtude dos quais se fala em direito à *administração pública dialógica*.

Raciocínio similar é arquitetado com base em outro vetor, o valor constitucional da segurança jurídica, a partir do qual se desenvolve o *princípio de proteção da confiança*, que, no seu aspecto procedimental, consiste na concretização de uma atividade administrativa processualizada, na qual se garanta a efetiva (ou, ao menos, potencial) participação dos destinatários da função administrativa, sobretudo nos casos em que administração pública venha a lhes causar prejuízos ou a lhes reduzir vantagens antes concedidas. Nesse esteio, o processo passa a ser ligado ao exercício do poder estatal, expressando o aspecto dinâmico de um fenômeno que vai se concretizando em muitos pontos no tempo, implicando atuação dos sujeitos sob o prisma contraditório, conforme lição doutrinária. A imperatividade do poder estatal somente se legitima quando observada a *paridade* e a *imparcialidade* em um *processo preordenado*, por intermédio do qual a atuação unilateral e opressiva do Estado é coibida.

Os poderes administrativos são destinados a uma finalidade específica: o correto exercício da função administrativa no interesse da coletividade. Em razão disso, devem ser vistos como *poderes instrumentais* ou *deveres-poderes*, servientes ao atendimento do interesse alheio, e não como mecanismos criados para beneficiar a pessoa exercente do poder, sob pena de assumir o papel de instrumento antidemocrático.

Dessa maneira, se o gestor da coisa pública elenca um motivo para a prática de um ato, deve considerar que poderá ser demandado a comprová-lo, cercandose

dos meios para se desincumbir de tal encargo, notadamente quando o ato praticado restringe os direitos de administrados ou impõe sanção em face destes. Assumindo, nessa toada, que o atributo da presunção de validade não é idôneo para redistribuir, em todo e qualquer caso, o ônus da prova em desfavor do administrado, investigou-se quais seriam os critérios para definir o alcance do atributo em questão, sem descurar dos valores contrapostos nesse mister. Tratou-se de efetivar uma *ponderação em abstrato ou preventiva*.

Salientou-se que a referida presunção imputa ao administrado – e isso é inegável – o ônus de provocar os órgãos competentes para buscar o reconhecimento da irregularidade ou da invalidade do ato, de modo que o ônus de agir fica a cargo do impugnante, em linha de regra. O ônus de agir vigora sem agravos ao exercício da autotutela da Administração Pública, visto que este constitui um *dever-poder administrativo*, que, como regra, não pode ser desatendido.

Sob outro prisma, o ato administrativo deverá apresentar um grau mínimo de aparência de perfeição, indicando o cumprimento das exigências e requisitos necessários à sua existência e validade. Os atos com vícios manifestos não podem ser albergados pela presunção de validade nem mesmo em um primeiro momento, não se podendo admitir uma presunção ampla (ou imoderada) de legitimidade.

Ressaltou-se que o atributo da presunção só deve vigorar até os atos administrativos serem questionados em juízo, haja vista que a impugnação elide a presunção de validade. A partir da impugnação levada ao Poder Judiciário, a questão deverá ser resolvida conforme as regras que ditam a teoria geral da prova, o que não significa, todavia, que a propositura de uma ação judicial, por si só, acarrete a suspensão imediata do ato questionado. Caso haja risco na manutenção do ato administrativo, a neutralização temporária dos efeitos da medida administrativa deverá ser buscada por meio das tutelas provisórias previstas da legislação processual.

Na esfera judicial, cumpre ao magistrado, mesmo analisando um pedido feito em sede de cognição sumária, levar em consideração a dificuldade ou a impossibilidade do particular relativamente à produção da prova de modo antecipado, ponderando sobre eventual perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo decorrente da manutenção do ato administrativo impugnado até o julgamento final da deman-

da. Deverá haver uma ponderação entre os valores ameaçados, para bem aquilatar a correta decisão a ser tomada em sede de cognição sumária.

Na generalidade dos casos que geram demandas judiciais, as regras que disciplinam a distribuição dinâmica do ônus da prova recomendam o deslocamento do encargo probatório *em face* da Administração, resolvendo-se eventual dúvida em favor do administrado, notadamente nos casos em que se questiona um ato que de algum modo restringe injustificadamente os direitos dos particulares. O estado de dúvida, em tais casos, resolve-se *in favorem libertatis*. E não há motivos para que tal raciocínio – relativo a atribuir à Administração o encargo de produzir a prova – não se estenda também aos atos ampliativos de direito, haja vista que é de interesse da coletividade saber os motivos pelos quais o administrador público concede privilégios para alguns em detrimento de outros.

De outro lado, o Código de Processo Civil em vigor prevê uma regra para as hipóteses em que a produção da prova sobre a questão fática discutida no processo se mostra muito difícil ou impossível para ambas as partes, vedando a redistribuição do ônus probatório nesse caso (*probatio diabolica* reversa). Em caso de medida administrativa potencialmente lesiva a direitos individuais, a Administração Pública deve cercar-se de elementos aptos a comprovar o pressuposto objetivo que levou à adoção da medida. Caso não o faça, poderá assumir, no plano processual, o risco probatório decorrente da situação de inesclarecibilidade, no eventual caso de a produção da prova sobre a situação empírica que justificou o ato restar por algum motivo inviabilizada *a posteriori*. Na prática, já se exige a produção de prova por parte da Administração Pública em relação a atos dessa espécie.

Esses foram critérios gerais elencados para a aplicação da distribuição dinâmica do encargo probatório na seara dos atos administrativos, nos casos em que tais atos forem impugnados na via judicial. Evidentemente, as múltiplas contingências do mundo fenomênico impossibilitariam a estipulação de critérios apriorísticos absolutos, que solucionassem todas as situações-tipo de conflito. A *ponderação em abstrato ou preventiva* deve ser complementada pela *ponderação em concreto ou real*, a ser levada a efeito pelo intérprete.

Nesse cenário, o objetivo da última seção foi o de operar uma ponderação entre as razões colidentes envolvendo o atributo da presunção de validade dos atos administrativos e o regramento que prevê a possibilidade de dinamização do encargo probatório no âmbito processual. Com isso, foram propostos parâmetros gerais para contrabalançar, na dinâmica processual, os valores em exame, com o cuidado de não comprometer o núcleo essencial dos preceitos em discussão.

Como últimas palavras: o que se espera da Administração Pública sob a égide do Estado de Direito moderno, em que a força normativa dos direitos e garantias constitucionais, na forma de princípios e regras, se irradia por todo o ordenamento, é a observância constante dos padrões de transparência, de motivação, de proporcionalidade, de razoabilidade e de garantia do conhecimento e participação dos administrados no tocante às decisões administrativas. Em síntese, o nosso tempo reclama uma Administração Pública *responsável* por seus atos. Com isso, inibe-se a arbitrariedade, o decisionismo, a inobservância das regras de procedimento e a obscuridade no agir do administrador, combatendo-se o favoritismo e a corrupção. Os apontamentos realizados neste trabalho objetivaram contribuir, ainda que de modo singular, para a construção dessa nova realidade.

5 REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. Las reglas en serio. In: AARNIO, Aulis; VALDÉS, Ernesto Garzón; UUSITALO, Jyrki (coords.). **La normatividad del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: Entre a permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30. ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 71, de 29/11/2012. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, 1988.

BRASIL. **Código de Processo Civil (2015)**. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília: DF, 2015.

BRASIL. **Lei do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e Fundações Públicas Federais**. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Brasília: DF, 1990.

BRASIL. **Lei do Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Brasília: DF, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 24.262 – MG**. Julgado em 05 de fevereiro de 2004. Relatora Ministra Ellen Gracie. Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento n. 0004914-70.2014.404.0000**. Julgado em 15 de outubro de 2014. Relator para o Acórdão Jorge Antonio Maurique.

CALMES-BRUNET, Sylvia. **Du principe de la protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001.

CARNEIRO NETO, Durval. **A presunção de legitimidade e o ônus da prova no direito administrativo: um exame à luz das doutrinas da processualidade e das cargas probatórias dinâmicas**. 2007. 359 p. Dissertação (Mestrado em Direito Público)—Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2007. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/21809/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Durval%20Carneiro%20Neto.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Políticas Públicas, Avaliação de Impactos e o Direito Fundamental à Boa Administração. **Sequência (Florianópolis)**, Florianópolis, n. 70, p. 115-133, jun. 2015.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas**. 10. ed. Tomo 3. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2011.

HAGE, Jaap C. **Reasoning with rules: an essay on legal reasoning and its underlying logic**. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1997.

HEINEN, Juliano; SPARAPANI, Priscilia; MAFFINI, Rafael. **Comentários à lei federal do processo administrativo – Lei n. 9.784/99**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MAFFINI, Rafael. Administração Pública dialógica (proteção procedimental da confiança). Em torno da Súmula Vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, v. 253, p. 159-172, 2010.

MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. **Revista de Doutrina da 4ª Região** [endereço eletrônico], 10. ed., jan. 2006. Porto Alegre: EMAGIS, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 38. ed. atual. até a emenda constitucional 68, de 21/12/2011. São Paulo: Malheiros, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. [S.l.: s. n.], 2008. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm>. Acesso em: 08 abr. 2015.

PEYRANO, Jorge W. La carga de la prueba. In: CONGRESSO COLOMBIANO DE DIREITO PROCESSUAL, 34., 2013, Medelim, **Memoriais...** Medelim: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2013, p. 956-974.

POSCHER, Ralf. Acertos, Erros e Equívocos de Autocompreensão da Teoria dos Princípios. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre, v. 10, n. 3, dez. 2015. ISSN 2317-8558.