

Multa de Trânsito - Anulação

Juiz(a): Dr. Renato Luís Dresch

Comarca: Belo Horizonte

Feito nº

Anulatória e multa

Vistos, etc.

..... e ajuizaram ação ANULATÓRIA DE MULTA DE TRÂNSITO em face de sob alegação de que a primeira é proprietária e o segundo é condutor de veículo objeto de notificação em razão de infrações de trânsito consubstanciadas em estacionar veículo em desacordo com a regulamentação e de dirigir sem a utilização de cinto de segurança. Negam que o veículo estivesse sendo conduzido sem a utilização do cinto de segurança. Argumentam que as 17h10 foi multado porque o veículo estava estacionado irregularmente e às 17h25 foi multado por dirigir sem a utilização de cinto de segurança. Negam que o veículo tenha sido conduzido sem utilização do cinto de segurança. Pediu o processamento até final procedência com o cancelamento da infração nº, objeto da notificação nº, com o cancelamento dos registros na autuação. Requereu liminar para suspender a exigibilidade da multa. Reclamou a citação do Município com litisconsorte passivo necessário. Pede a gratuidade, requer provas, atribui à causa o valor de R\$ 350,00 e junta documentos.

A liminar foi indeferida (fl. 16).

A contestou e juntou documentos (fls. 19-50) alegando, em síntese, que Maximilian Gonçalves de Magalhães é parte ativa ilegítima porque está qualificado como condutor, mas que o condutor não está identificado. Afirma que o auto de infração goza da presunção de legitimidade e veracidade, de modo que cabe à parte o ônus de provar o fato desconstitutivo do ato administrativo. Afirma que os Autos de Infração foram lavrados obedecendo todos os requisitos legais em razão de infração ao art. 181, XVII do Código de Trânsito Brasileiro em razão de fato constatado por agente de trânsito na Avenida, nº, no dia 02.4.2007, às 17h10, cuja infração não está sendo contestada. A impugnação se refere apenas ao Auto de Infração nº por infração ao art. 167 do Código de Trânsito Brasileiro, praticado na Av. no dia 02.4.2007, às 17h25. Reputa válidas as duas infrações imputadas que foram lavradas de acordo com a lei. Afirma que é perfeitamente possível sofrer uma multa às 17h10 e outra às 17h25 em locais distintos. Reputa legal e válido o ato administrativo. Pede a improcedência da pretensão e junta documentos. Ainda requereu o julgamento antecipado.

O Município de Belo Horizonte também contestou e juntou documentos (fls. 51-63) alegando em preliminar que é parte passiva ilegítima porque não foi o responsável pela aplicação da multa, cujo ato foi realizado pela BHTRANS que tem personalidade jurídica. Também alega que Maximilian Gonçalves Magalhães é parte passiva ilegítima e que não houve identificação do condutor. Pede no mérito a improcedência.

Os autores replicaram reiterando a pretensão inicial de anulação das multas (fls.64-65).

Na especificação de provas a requereu o julgamento antecipado e os autores requereram o depoimento pessoal (fls. 67-68).

A preliminar de ilegitimidade ativa de Maximilian Gonçalves Magalhães e da ilegitimidade passiva do Município de Belo Horizonte foram acolhidas (fls. 71-72), designando-se audiência.

Em audiência (fls. 79-84) foram tomados os depoimentos pessoais das partes e inquirida uma testemunha. Em debates orais as partes reafirmaram suas pretensões inaugurais.

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

Trata-se de ação ANULATÓRIA que depois das exclusões mantém como partes em face de na qual questiona multa que lhe foram impostas.

O ponto controvertido deste processo se resume praticamente quanto à existência do fato. A questão pode parecer bastante simples, porque em tese implicaria apenas na análise da ocorrência ou não da infração. Contudo, não é bem assim.

Os atos administrativos se sujeitam aos pressupostos de existência, validade e de regularidade, a exemplo do que ocorre com atos jurídicos em geral, mas estes possuem como atributos a presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e a excoutoriedade. Somente com a análise do alcance desses atributos, especialmente quanto à presunção

de legitimidade, representado pela fé pública é possível analisar com segurança o ponto controvertido e avaliar o valor da prova produzida nos autos.

A competência da assim como a regularidade do procedimento administrativo não estão sendo questionados, razão pela qual não se justifica a análise desses aspectos.

Dos atos administrativos

A fim de melhor compreender o desdobramento da interpretação a ser dada à matéria, para demonstrar a coerência na solução que se pretende dar à espécie, faremos algumas considerações rápidas sobre a conceituação dos atos administrativos, seus pressupostos e seus atributos.

O ato administrativo pode ser conceituado genericamente, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, como:

Declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes - como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 359).

Os elementos básicos exigidos para a validade dos atos administrativos são o agente, o objeto, a forma, o motivo e o fim. Além disso, o ato administrativo tem como atributos a presunção de legitimidade, a imperatividade, a exigibilidade e a executoriedade.

O processo administrativo, de acordo com Maria Sylvia Di Pietro, se sujeita a alguns princípios, que identifica como sendo:

"os princípios da publicidade, da ampla defesa, do contraditório, do impulso oficial, da obediência à forma e aos procedimentos estabelecidos em lei. E existem outros princípios que são próprios do direito administrativo, como o da oficialidade, o da gratuidade e o da atipicidade". (Direito Administrativo, 12ª ed.. São Paulo: Atlas, 2000, p. 487).

Nada impede, contudo, que o ato administrativo seja questionado judicialmente, a fim de discutir vícios na sua formação ou mesmo a existência do próprio fato. Para tanto é necessário analisar os limites do controle jurisdicional dos atos administrativos, matéria que tem gerado bastante polêmica em doutrina e jurisprudência.

Do controle jurisdicional dos atos administrativos

Sempre que se analisa o controle jurisdicional dos atos administrativos aqueles que defendem posição mais conservadora defendem a tese totalitária e dogmática de superioridade da administração pública, com a sustentação de que os atos administrativos comportam revisão apenas no que respeita aos aspectos formais e extrínsecos.

Contudo, a concepção mais moderna é um pouco diferente, porque analisa a matéria dentro do Estado Democrático de Direito, sustentado na unidade jurisdicional e na inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV).

Dentro dessa concepção, reconhece-se a necessidade de o Poder Judiciário perquirir não apenas quanto ao cumprimento das formalidades extrínsecas formais, mas também a verificação dos requisitos substanciais do ato administrativo, com a análise dos pressupostos tanto de fato e de direito que levaram a sua formação, em razão da legalidade estrita que vincula a administração pública.

De acordo com Cretella Júnior:

"Se em qualquer operação administrativa, ocorre injustiça, inoportunidade, irrazoabilidade, inconveniência, nada pode fazer o Judiciário, mas se o defeito é formal, impõe-se a imediata correção." (CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ, Controle jurisdicional do ato administrativo. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 213).

Conclui ensinando:

"... deve acentuar que o controle jurisdicional dos atos da Administração Pública incide só, nos aspectos da ilegalidade e do abuso de poder das autoridades, ficando fora, totalmente, daquele controle o terreno do mérito do ato administrativo, imune à apreciação do Poder Judiciário, precisamente por tratar-se da discricionariedade administrativa, campo reservado à Administração, único juiz da oportunidade e da conveniência das medidas a serem tomadas, mas interdito a qualquer ingerência de outros Poderes." (CRETELLA JÚNIOR. Op. cit. p. 246.)

Ainda de acordo com Cretella Jr.:

A orientação do Supremo Tribunal Federal firmara-se no sentido de apreciar apenas as questões de competência e os

aspectos formais do inquérito, mas a seguir a Egrégia Corte rompeu com esta tradição, firmando princípios opostos, ou seja, de que é possível o reexame da prova, contrapondo-se-lhe novas provas, produzidas em juízo. Tendo evoluído, em direito à outorga de maiores garantias às liberdades públicas, nossos magistrados máximos decidiram que a defesa é ampla e irrestrita. Deixa-se a película do ato, aprofundando-se até o âmago da pendência, na procura de todos e quaisquer fatos, no deslinde integral dos motivos responsáveis pela edição do ato administrativo. (CRETELLA Jr. José. Dos atos administrativos especiais. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 302).

Confira-se pronunciamento do STF:

CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS, QUANDO ILEGAIS OU ABUSIVOS. POSSIBILIDADE. Não viola o princípio da separação dos Poderes a anulação de ato administrativo que fere a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa. Precedentes: REs, Relator o Min. Maurício Corrêa; e, Relator o Min. Moreira Alves. Agravo desprovido. (AI-AgR - BAHIA - AG. REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgamento: 08/03/2005 - Primeira Turma)

Ainda com base em Cretella Jr.:

"A atual ação de finalidade condenatória, que substitui a antiga ação cominatória, pode ser empregada sem restrição contra o Estado, a fim de que se processe o controle jurisdicional dos atos da Administração, para que o Poder Judiciário, sempre que ocorra ilegalidade ou abuso de poder, ordene a prestação, a) de dar coisa certa, b) de dar coisa incerta, c) de fazer, d) de não fazer". (Controle jurisdicional do ato administrativo. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 507).

Acontece que a discricionariedade da administração pública tem limites na razoabilidade, na proporcionalidade, na lealdade, na boa-fé e na igualdade que são critérios que devem ser avaliados nas ações anulatórias.

Bandeira de Mello pondera o seguinte sobre o controle jurisdicional do ato administrativo:

A razoabilidade - que, aliás, postula a proporcionalidade - a lealdade e boa fé, tanto como o respeito ao princípio da isonomia, são princípios gerais de Direito que também concorrem para conter a discricionariedade dentro de seus reais limites, assujeitando os atos administrativos a parâmetros de obediência inadversável." (MELO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 96.)

Deve ser acentuado que esse controle da razoabilidade e da proporcionalidade será analisado no aspecto da moralidade e finalidade, para apurar se o ato discricionário não se desdobrou em arbítrio, redundando em ilegalidade e abuso de poder.

Quanto à revisão do processo administrativo disciplinar, Hely Lopes Meirelles escreve:

Permitido é ao Poder Judiciário examinar o processo administrativo disciplinar para verificar se a sanção imposta é legítima e se a apuração atendeu ao devido procedimento legal. Essa verificação importa conhecer os motivos da punição e saber se foram atendidas as formalidades procedimentais essenciais, notadamente a oportunidade de defesa ao acusado e a contenção da comissão processante e da autoridade julgadora nos limites de sua competência funcional, isto sem tolher o discricionarismo da Administração quanto à escolha da pena aplicável dentre as consignadas na lei ou regulamento do serviço, à graduação quantitativa da sanção e à conveniência ou oportunidade de sua imposição. O que se nega ao Judiciário é o poder de substituir ou modificar penalidade e deve ser confirmada, ou é legal, e há que ser anulada; inadmissível é a substituição da discricionariedade legítima do administrador por arbítrio ilegítimo do juiz. (Direito administrativo brasileiro. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 596)

No caso de infração de trânsito inexistente qualquer discricionariedade. O ato da administração é vinculado. O valor das penalidades se encontra estabelecido concretamente na lei.

Embora o controle jurisdicional da atividade administrativa não possa, em princípio, ater-se ao mérito, na análise dos vícios é necessário apreciar a razoabilidade e a proporcionalidade, porque são garantias individuais donde se extrai da igualdade, impessoalidade e moralidade.

Do direito ao contraditório e à ampla defesa

A Constituição Federal de 1988 institui no art. 5º, LV o direito ao contraditório e à ampla defesa nos processos judiciais e administrativos, de modo que deve ser assegurada a ampla dilação probatória e o combate a todos os elementos de prova carreados aos autos.

O contraditório e a ampla defesa não significam a mera possibilidade de se defender e recorrer. Ao administrado deve ser assegurada a produção de todas as provas necessárias para desvendar a verdade, podendo exigir da administração pública a prova do fato constitutivo da obrigação que lhe é imposta.

A supremacia do interesse público com a possibilidade de praticar unilateralmente atos administrativos revestidos da presunção de legitimidade (fé pública), justifica-se apenas quando se visa preservar os interesses da coletividade. Isso não significa dizer que a Administração Pública esteja dispensada de provar o fato constitutivo do seu direito. Quando questionado em juízo ou administrativamente, é da administração o ônus de demonstrar a regularidade do procedimento administrativo.

A fé pública inerente aos atos administrativos convalida apenas o aspecto extrínseco, formais e exteriores na formação do ato, dando-lhes legitimidade. Isso não significa que o administrado não lhes possa opor as exceções de direito material, cujo ônus da prova é da administração.

A afirmação de que é do administrado o ônus da prova para desconstituir ato administrativo constituído unilateralmente pela administração é um equívoco.

A presunção de legitimidade dos atos administrativos milita em favor da administração pública apenas no sentido de que foram observados os elementos formais de constituição. Impõe-se ao administrado o ônus da prova para desconstituir o ato administrativo apenas quando na formação do ato administrativo os elementos foram extraídos de elementos materiais produzidos pelo próprio administrado. Isso ocorre, por exemplo, quando é realizado lançamento tributário com base na contabilidade do contribuinte, como ocorre nos tributos contra as empresas das quais se exige contabilidade regular. Também existe a obrigatoriedade de o administrado produzir prova inequívoca para desconstituir lançamentos de IPTU e taxas, quando o lançamento é efetuado com base em dados cadastrais lançados na Fazenda Pública pelo próprio contribuinte. Nas demais hipóteses, ou seja, quando o ato administrativo é produzido unilateralmente em razão de sanção administrativa ou tributária, no exercício do poder de polícia administrativa, compete ao Poder Público o ônus da prova do fato e os motivos que levaram à sua formação. Ainda devem ser indicados todos os elementos de legalidade para consubstanciar a sua legitimidade.

Não se pode olvidar que os atos administrativos se sujeitam ao princípio da verdade real e não formal, de modo que as afirmações unilaterais são insuficientes para a validade dos atos quando não embasadas em prova concreta.

Caso se exigisse do administrado a prova de fato que lhe é imposto unilateralmente seria o mesmo que lhe impor a produção de prova negativa, o que é materialmente impraticável.

Tradicionalmente se afirma, em razão dos privilégios da atividade administrativa pública, amparados na presunção de legitimidade, que no controle jurisdicional dos atos administrativos a atuação do Poder Judiciário não se permite perquirir quanto ao seu mérito, sobre a conveniência e oportunidade, porque isso estaria dentro do poder discricionário. Em razão disso, a análise se limitaria na verificação da competência e da legalidade, neste caso quanto aos aspectos formais.

A questão não é bem assim. Esses aparentes privilégios da administração pública não se podem sobrepor às garantias individuais, porque deve ser assegurado o respeito à liberdade, à presunção de inocência e à inexigibilidade de prova negativa.

Os atributos de existência, validade e regularidade do ato administrativo dizem respeito apenas ao seu aspecto externo e formal quanto ao cumprimento das fases procedimentais, o que não significa por si só a comprovação dos requisitos de existência material para consubstanciar a sua legitimidade, eficácia e exigibilidade. Isso significa dizer que o ato documentado por agente público e processado de acordo com as formalidades legais constitui um título executivo, porque a afirmação do agente administrativo constitui prova da existência válida para a administração pública, mas não é válido por si só como prova contra o administrado. O simples fato de se tratar de documento particular produzido unilateralmente impõe à administração pública o ônus da prova da existência do fato e a observância das formalidades legais na sua constituição.

É um equívoco comum 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 se exigindo prova inequívoca para tanto. Interpretação nesse sentido é um resquício do autoritarismo que historicamente tem gerido os atos da administração pública brasileira, muitas vezes impossibilitando o exercício da defesa, já que não é possível a produção de prova negativa.

É cruel porque impossibilita a produção de prova quando se impõe ao administrado o ônus da prova para desconstituir penalidade de trânsito imposta unilateralmente.

Vamos imaginar o agente de trânsito imputar ao motorista a direção de veículo em via pública sem utilizar cinto de segurança, ou que avançou sinal, ou que realizou de ultrapassagem proibida, ou conversa ao celular. Se o motorista estava dirigindo sozinho não terá como produzir prova em sentido contrário, especialmente quando a notificação da infração lhe é comunicado depois de 30 dias. O poder do agente de trânsito é superior a de um Ministro da nossa Corte Maior, já que não tem o ônus de fundamentar a sua decisão. Basta a identificação do veículo para dizer que o ato está perfeito. Isso é inaceitável.

Vamos imaginar que um agente de trânsito pretenda imputar a um desafeto uma penalidade de trânsito que não tenha ocorrido. Caso se dispense a administração pública do ônus de provar a ocorrência do fato, o motorista estará indefeso já que não tem como provar fato negativo, uma vez que basta o agente identificar o veículo.

Por essa razão, se conclui que nas sanções administrativas imputadas unilateralmente cumpre à Administração Pública o ônus de provar a ocorrência do fato constitutivo do seu direito sempre que negado pelo administrado.

O Poder Judiciário não pode se descurar de exigir da administração pública a prova do fato e seu lançamento formalmente válido porque a cada parte cumpre o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito.

Sobre o ônus da prova escreve Hely Lopes Meirelles:

Ao Poder Judiciário é permitido perquirir todos os aspectos de legalidade e legitimidade para descobrir e pronunciar a nulidade do ato administrativo onde ela se encontra, e seja qual for o artifício que a encubra.

...

Não há confundir, entretanto, o mérito administrativo do ato, infenso a revisão judicial, com o exame de seus motivos determinantes, sempre passíveis de verificação em juízo. Exemplificando: O Judiciário não pode dizer da conveniência, oportunidade e justiça da aplicação de uma penalidade administrativa, mas poderá e deverá sempre examinar seu cabimento e a regularidade formal de sua imposição. Nesse sentido, já decidiu o TJSP, com inteira razão: "Para que o Judiciário bem possa verificar se houve exata aplicação da lei, força é que examine o mérito da sindicância ou processo administrativo, que encerra o fundamento legal do ato.

Idêntica é a orientação do STF, deixando julgado que "a legalidade do ato administrativo, cujo controle cabe ao Poder Judiciário, compreende não só a competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato, desde que tais elementos sejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo. (Meirelles, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 704).

Em razão dessas dificuldades de provar o desvio de finalidade no ato administrativo, escreve Cretella Jr.:

Fácil é compreender que quando o administrador usa os poderes de que é detentor para fim nefando, não será ingênuo em confessá-lo ou em deixar vestígios palpáveis de sua conduta. Disfarça, então os motivos verdadeiros do ato praticado e apresenta, oficialmente, um pretexto legal. Trata-se de desmascarar o embuste, o que nem sempre é fácil. Na França, o Conselho de Estado, neste particular, está mais bem aparelhado para descobrir a verdade do que os tribunais judiciais (Marcel Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6ª ed., 1952, p. 144).

...

Na realidade, seria facilímo para o administrador pouco escrupuloso tomar decisões inspiradas em móveis estranhos ao interesse público, se lhe bastasse, para fugir à censura do Conselho de Estado, tomar a precaução elementar de não deixar transparecer os verdadeiros motivos do seu ato, quer no próprio texto deste, quer na carta de notificação (Marcel Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6ª ed., 1952, p. 144).

...

O móvel pessoal, que afeta o fim do ato, pode ser o interesse econômico do autor do ato (Waline cita o caso, na França, de um Prefeito que regulamentava bailes e "dancings" da Comuna para combater a concorrência que faziam à sua hospedaria (*Traité élémentaire*, 6ª ed., 1952, p. 141, nota 2), ou qualquer tipo de sentimento, como a inimizade, o ódio, a vingança pessoal. (CRETILLA Jr. José. Dos atos administrativos especiais. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 326-328).

Portanto, a presunção de veracidade do ato não desonera a administração pública de produzir a prova quando questionada administrativamente ou em juízo, porque a presunção de inocência, a inexigibilidade de prova negativa, a presunção de inocência e o princípio da verdade real regem os atos da administração pública.

Vejamos o que escreve Maria Sylvia Di Pietro:

3. a presunção de veracidade inverte o ônus da prova; é errado afirmar que a presunção de legitimidade produz esse efeito, uma vez que, quando se trata de confronto entre o ato e a lei, não há matéria de fato a ser produzida; nesse caso, o efeito é apenas o anterior, ou seja, o juiz só apreciará a nulidade se argüida pela parte.

Alguns autores têm impugnado esse último efeito da presunção. Gordillo (1979, t. 3, V:27) cita a lição de Treves e de

Micheli, segundo a qual a presunção de legitimidade do ato administrativo importa uma relevatio ad onera agendi, mas nunca um a relevatio ad onera probandi; segundo Micheli, a presunção de legitimidade não é suficiente para formar a convicção do juiz no caso de falta de elementos instrutórios e nega que se possa basear no princípio de que "na dúvida, a favor do Estado", mas sim no de que "na dúvida, a favor da liberdade"; em outras palavras, para esse autor, a presunção de legitimidade do ato administrativo não inverte o ônus da prova, nem libera a Administração de trazer as provas que sustentem a ação.

Na realidade, não falta parcela de razão a esses autores; inverte-se, sem dúvida nenhuma, o ônus de agir, já que a parte interessada é que deverá provar, perante o Judiciário, a alegação de ilegalidade do ato; Inverte-se também o ônus da prova, porém não de modo absoluto: a parte que propôs a ação deverá, em princípio, provar que os fatos em que se fundamenta a sua pretensão são verdadeiros; porém isto não libera a Administração de provar a sua verdade, tanto assim que a própria lei prevê, em várias circunstâncias, a possibilidade de o juiz ou o promotor público requisitar da Administração documentos que comprovem as alegações necessárias à instrução do processo e à formação da convicção do juiz. (PIETRO, Maria Sylvania Di. Direito Administrativo, 12ª ed.. São Paulo: Atlas, 2000, p. 487)

Portanto, reafirmando, a presunção de legitimidade não dispensa a administração de provar o fato que originou a constituição do ato administrativo.

No que respeita à presunção de legitimidade que nos interessa nesta análise podem ser destacadas algumas considerações de Celso Antônio Bandeira de Mello:

a) Presunção de legitimidade ---- é a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário. Isto é: milita em favor deles uma presunção juris tantum de legitimidade; salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionados em juízo. Esta, sim, é uma característica comum aos atos administrativos em geral; as subseqüentes referidas não se aplicam aos atos ampliativos da esfera jurídica dos administrados. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 390) (grifei)

Lúcia Valle Figueiredo expressa a mesma opinião:

Se os atos administrativos desde logo são imperativos e podem ser exigíveis (isto é, tornam-se obrigatórios e executáveis), há de militar em seu favor a presunção juris tantum de legalidade.

Todavia, como bem assinala Celso Antônio, a presunção se inverte quando os atos forem contestados em juízo ou, diríamos nós, também fora dele, quando contestados administrativamente.

Caberá à administração provar a estrita conformidade do ato à lei, porque ela (Administração) é quem detém a comprovação de todos os atos e fatos que culminaram com a emanção do provimento administrativo contestado.

Determinada, por exemplo, a demolição de imóvel por ameaça à incolumidade pública, se houver contestação em juízo, deverá a Administração provar (por meio de estudos técnicos ou pareceres de profissionais competentes) que o imóvel ameaçava ruína e que desse fato resultava a periclitación da incolumidade pública.

...

De outra parte, se a regra de que a prova é de quem alega não fosse invertida, teríamos, muita vez, a determinação feita ao administrado de prova impossível, por exemplo, da inoportunidade da situação de fato.

A prerrogativa de tal importância - presunção de legalidade - deve necessariamente corresponder, se houver confronto, a inversão do ônus probandi. Isso é claro, em princípio.

Trazemos, agora, a contexto a aplicação de sanções. Muita vez torna-se difícil - ou quase impossível - provar que o sancionado não incorreu nos pressupostos da sanção (a prova sai negativa). Caberá, destarte, à Administração provar cabalmente os fatos que a teriam conduzido à sanção, até mesmo porque, em face da atuação sancionatória, vige em plenitude, o inciso LV do art. 5º do texto constitucional. (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 7ª ed. São Paulo: Malheiros. 2004. p. 175). (grifei)

Cabe ao judiciário verificar a existência e a validade do ato imputado, cujo ônus probatório cabe à administração pública.

Ademais, quando se tratar de ato de sanção de polícia administrativa deve prevalecer a presunção inocência porque contempla os axiomas do Direito Penal e do Processo Penal, dentre esses a presunção de inocência porque cabe à Administração Pública a prova da existência do fato.

Vejamos:

Não se deve esquecer que as sanções devem ser aplicadas em observância ao devido processo legal (due process of law), para que se observe o princípio da garantia de defesa aos acusados, inscrito no art. 5º LIV e LV, da CF. Se o ato sancionatório de polícia não tiver propiciado ao infrator a oportunidade de rechaçar a acusação e de produzir as provas necessárias às suas alegações, estará contaminado de vício de legalidade, devendo ser corrigido na via administrativa ou judicial. Como se trata de processo acusatório deve reconhecer-se a incidência, por analogia, de alguns axiomas consagrados no âmbito do Direito Penal e Processo Penal. Em relação à multa de trânsito, o STJ já se pacificou no sentido de que no respectivo processo administrativo são indispensáveis as notificações de autuação e da aplicação da sanção decorrente da infração cometida pelo motorista: a primeira se materializa no ato que indica os elementos que cercam a infração (local, dia, horário etc.); a segunda consiste no ato que corresponde à efetiva aplicação da penalidade. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 83)

No mesmo sentido, ao se referir sobre a presunção de legitimidade:

A Administração Pública, em face desse princípio, não tem necessidade de realizar, em relação ao ato praticado, qualquer prova de sua veracidade ou legalidade, salvo quando contestado na esfera judicial, administrativa ou perante o Tribunal de Contas. (Gasparini, Diógenes. Direito Administrativo. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 74) (grifei)

Reportando-se à inversão do ônus da prova no direito tributário, cujas premissas se aplicam nos casos de sanções administrativas, Hugo de Brito Machado assevera:

Em outras palavras, para gerar a presunção de liquidez e certeza do crédito tributário, a inscrição deste em Dívida Ativa há de ser precedida de regular processo administrativo. Se em juízo essa regularidade é questionada, tem-se de resolver a questão probatória nos termos da teoria geral da prova, afastando-se a presunção a que se refere o art. 204 do Código Tributário Nacional. (MACHADO, Hugo de Brito. Comentários ao Código Tributário Nacional. Artigos 139 a 218. São Paulo: Atlas, 2005, v. III. p. 882). (grifei)

Para acrescentar vale lembrar as lições esclarecedoras de Mizabel Derzi quanto à relativização do parágrafo único do art. 204 do Código Tributário Nacional, perfeitamente aplicáveis aos procedimentos administrativos, ao afirmar que a exigência da prova inequívoca exigida do contribuinte para desconstituir a dívida ativa inscrita, diz respeito apenas àquela que é extraída de escritos e livros contábeis do sujeito passivo.

Vejamos:

O CTN, no parágrafo único do art. 204, exige prova inequívoca do contribuinte para ilidir a presunção de certeza e liquidez do título, quando, inexistindo dúvida sobre a ocorrência dos fatos, ou sua dimensão, baseia-se a Fazenda na verdade formal extraída da própria escrita e dos livros contábeis do sujeito passivo, verdade que ele mesmo formou contra si, retratando uma realidade equivocada que ele quer refutar ou contrariar.

É que, em regra, somente o sujeito passivo tem o domínio dos fatos. Nos mais importantes e numerosos tributos da ordem jurídica, especialmente nos impostos e nas contribuições, somente o contribuinte é partícipe dos fatos geradores, que são estranhos à Fazenda Pública. Somente ele conhece a renda obtida, o faturamento realmente ocorrido, o volume de operações realizadas, etc. A Fazenda limita-se a reconstituir a realidade, por meio dos registros e da escrita do sujeito passivo, que assim a forma e a retrata. Tal escrita, como vimos, gera efeitos jurídicos e goza de presunção de veracidade inerente aos atos em geral. Se contra o próprio contribuinte (e por ele mesmo) se forma essa realidade, se a escrita é inconsistente, omissa ou incompleta, ou equivocadamente registra mal os fatos, então a prova necessária para refutar tal verdade formal deve ser inequívoca. Exige o CTN prova inequívoca, pois os fatos são extraídos diretamente da reconstituição que deles fez o próprio sujeito passivo. (BALEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 11ª ed. (Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi). Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 1017).

Portanto, a presunção de legitimidade com a exigência de prova inequívoca do administrado para desconstituir o ato tributário ou administrativo existe apenas quando o lançamento é efetuado com base em elementos fornecidos pelo próprio administrado/contribuinte.

Nas demais situações é da administração pública o ônus de provar a ocorrência do fato gerador ou da infração administrativa. Não basta a simples afirmação unilateral da administração para que o ato possa ser imputado ao administrado.

Dessas considerações a conclusão a que se chega é que o ato administrativo mesmo constituído unilateralmente se reveste dos atributos da presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e a executoriedade, produzindo efeitos jurídicos em relação aos administrados. Entretanto, argüidos vícios de fato ou de forma, cabe à administração exhibir o procedimento administrativo para provar a ocorrência do fato e a constituição regular do ato administrativo.

Portanto, negado o fato nas sanções de polícia administrativa, cumpre à administração o ônus da prova porque não cabe ao particular o ônus de provar fato negativo.

Como visto, não basta a declaração unilateral do agente da administração pública para que se tenha consolidado o ato, já que constituiria evidente infração ao princípio da igualdade no que se refere à prova.

Os atributos especiais dos atos administrativos têm essa característica apenas para permitir a constituição unilateral e válida no mundo jurídico sem desonerar a administração do ônus de provar que foram observados os requisitos formais, assim como quanto à existência e legalidade material do fato imputado. Acontece, como já afirmado, que o ato administrativo se rege pelo princípio da verdade material.

Por fim, para dizer que os privilégios da administração quanto ao ônus da prova são apenas aparentes, escreve Cretella Júnior:

Ora na qualidade de autor, ora na qualidade de réu, a Administração desinveste-se de suas prerrogativas de poder público, desce um degrau e, no mesmo pé de igualdade lado a lado com o administrado, fica à mercê do Poder Judiciário, que lhe ouve as razões, dando-lhe ou não ganho de causa, conforme o sentido que toma a demanda. (Cretella Jr, José. Dos atos administrativos. Op. cit. p.446).

Rui Barbosa já rogava a igualdade da administração com o particular, destacando o direito dos miseráveis:

Não negueis jamais ao Erário, à Administração, à União, os seus direitos. São tão invioláveis, como quaisquer outros. Mas o direito dos mais miseráveis dos homens, o direito do mendigo, do escravo, do criminoso, não é menos sagrado, perante a justiça, que o do mais alto dos poderes. (Barbosa, Rui. Oração aos moços. p. 68). Apud, Cretella Jr. P. 447.

Quanto ao controle jurisdicional dos atos administrativos, escreve Hely Lopes Meirelles:

Ao Poder Judiciário é permitido perquirir todos os aspectos de legalidade legitimidade para descobrir e pronunciar a nulidade do ato administrativo onde ela se encontre, e seja qual for o artifício que a encubra. O que não se permite ao Judiciário é pronunciar-se sobre o mérito administrativo. (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 703)

Quando questionada a legitimidade do ato administrativo, é necessário que se perquiram todas as circunstâncias que levaram a formação do ato, o que não significa analisar o mérito administrativo.

Hely Lopes Meirelles ainda preleciona:

A ilegitimidade, quando intencional e como toda fraude à lei, vem sempre dissimulada sob as vestes da legalidade. Em tais casos, é preciso que a Administração o Judiciário desça ao exame dos motivos, disseque os fatos e vasculhe as provas que deram origem à prática do ato inquinado de nulidade. Não vai nessa atitude qualquer exame do mérito administrativo, porque não se aprecia a conveniência, a oportunidade ou a justiça do ato impugnado, mas unicamente sua conformação, formal e ideológica, com a lei em sentido amplo, isto é, com todos os preceitos normativos que condicionam a atividade pública. (Meirelles, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.203).

Sobre a matéria escreveram Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari:

O prestígio extremo de que goza a presunção de legalidade dos atos administrativos, como uma prerrogativa pura e exclusiva dos agentes públicos, é um reflexo do brutal autoritarismo que sempre caracterizou a Administração Pública Brasileira, em proveito dos que sempre a tornaram como instrumento e satisfação de seus interesses particulares. Esse estágio não pode mais ser mantido, pois o Estado de Direito não convive com meios de favorecimento ao arbítrio. A emergência do conceito de cidadania é incompatível com a colocação do cidadão em posição subalterna aos agentes administrativos, seja qual for o escalão a que pertençam.

Seja permitido lembrar Geraldo Ataliba, que, em sua monumental obra sobre o princípio republicano, alertou para o fato de que, na República, toda e qualquer autoridade deve satisfação de seus atos, tendo o dever elementar de demonstrar que agiu corretamente, especialmente quando a lisura de sua conduta for questionada, pois o regime republicano é o regime da responsabilidade.

Em resumo: a presunção de legalidade vale até o momento em que o ato for impugnado. E não desobriga a Administração de provar suas alegações, até mesmo em homenagem ao princípio da isonomia e ao postulado da verdade real. Havendo impugnação, em sede administrativa ou judicial, inverte-se o ônus da prova, porque, diferentemente dos particulares, que podem fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, a Administração Pública somente pode fazer o que a lei autoriza ou determina. Sendo assim, sempre cabe à Administração o dever de demonstrar que atuou de maneira conforme à lei. (FERRAZ, Sérgio. DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 179)

Esse é o verdadeiro sentido a ser dado à matéria em razão do Estado Democrático de Direito.

Vejamos ainda o que deduz Leonardo Greco:

No Estado Democrático de Direito contemporâneo não pode mais prevalecer a presunção de legalidade e de veracidade dos atos da Administração Pública. O Estado que se justifica tem o dever de apresentar as provas concretas dos fatos afirmados pelos seus agentes sob pena de sujeitar os cidadãos ao mais completo arbítrio. SÉRGIO FERRAZ enfatiza que o prestígio da presunção de legalidade dos atos administrativos é um reflexo do autoritarismo que caracterizou a Administração brasileira. O conceito de cidadania é incompatível com a colocação do cidadão em posição subalterna aos agentes administrativos.

Conforme leciona PAULO DE BARROS CARVALHO, hoje não mais se acredita na inversão do ônus da prova por força da presunção de legitimidade dos atos administrativos. O lançamento tem de estar devidamente fundamentado. Em caso de impugnação, cabe ao Fisco demonstrar a sua improcedência. (GRECO, Leonardo. As garantias fundamentais do processo na execução Fiscal. In: Processo Administrativo Tributário. ROCHA, Sérgio André (Coord.) São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 372.

Ainda quanto à inexigibilidade de prova negativa, a título ilustrativo é oportuno trazer à colação considerações de Mauro Luís Rocha Lopes:

Nem sempre será suficiente à Fazenda exeqüente, ao impugnar a defesa oferecida na execução fiscal, simplesmente invocar a presunção de certeza de seu crédito regularmente inscrito em dívida ativa, deslocando o ônus da prova ao embargante.

Imagine-se, v.g., hipótese em que a Fazenda Nacional proponha execução fiscal para cobrança de crédito de Imposto de Renda e Proventos de qualquer natureza (IR), lançado sob a justificativa de ter o contribuinte declarado acréscimo patrimonial tributável em um dado período-base sem ter honrado a prestação tributária conseqüente. Se, em sede de embargos à execução, o sujeito passivo alega não ter efetuado tal declaração, nenhuma prova lhe há de ser exigida, por isso que inviável a respectiva produção (fato negativo). À evidência, caberá à exeqüente apresentar ao julgador o documento comprobatório da declaração aludida, sob pena de desconstituição judicial do título.

Nessa trilha seguiu o Superior Tribunal de Justiça, como se vê a seguir:

Processo Civil. Execução Fiscal. ICMS declarado e não pago. Não obstante a Certidão de Dívida Ativa goze da presunção de certeza e liquidez, a Fazenda está obrigada a provar a existência da declaração de débito, se o contribuinte desde os Embargos do Devedor firma, peremptoriamente, que não o fez; trata-se de prova que só está ao alcance da Fazenda, que teria recebido a declaração. Recurso Especial conhecido e provido. (REsp nº, 2ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 3/8/98, p. 176).

Aliás, a Fazenda Pública tem a obrigação de trazer à juízo os documentos administrativos relativos ao débito cobrado em execução fiscal, quando intimada tanto, por força do comando contido no art. 41, caput e parágrafo único, da LEF, devendo assumir o ônus de sua inércia injustificada..." (LOPES, Mauro Luís Rocha. Processo judicial tributário. Execução fiscal e Ações tributárias. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 21)

A fé pública diz respeito a regularidade na formação do ato. Cabe ao administrado o ônus da prova para desconstituir o ato apenas quando o ato foi constituído com base em registros extraído de livros ou com base em informações fornecidos pelo próprio administrado. Naqueles atos registrados unilateralmente por agentes da administração pública há necessidade de prova material do fato e a regularidade formal no processamento. Não basta a simples afirmação unilateral. O ônus da prova do fato cumpre à administração.

Como se não bastassem os argumentos acima, ainda há necessidade de analisar se os atos administrativos praticados por particulares que não sejam servidores públicos se revestem dos mesmos atributos de certeza e legitimidade.

Acontece que a é uma sociedade de economia mista em que o regime jurídico dos seus agentes é regido pelo regime jurídico da CLT.

Sobre a delegação dos atos de poder de polícia a particulares, escreve Celso Antônio Bandeira de Mello:

34. Daí não se segue, entretanto, que certos atos materiais que precedem atos jurídicos de polícia não possam ser praticados por particulares, mediante delegação, propriamente dita, ou em decorrência de um simples contrato de prestação. Em ambos os casos (isto é, com ou sem delegação), às vezes, tal figura aparecerá sob rótulo de "credenciamento". Adilson Dalari, em interessantíssimo estudo, recolhe variado exemplário de "credenciamentos". É o que sucede, por exemplo, na fiscalização do cumprimento de normas de trânsito mediante equipamentos fotossensores, pertencentes e operados por empresas privadas contratadas pelo Poder Público, que acusam a velocidade do veículo ao ultrapassar determinado ponto e lhe captam eletronicamente a imagem, registrando dia e momento da ocorrência.

Para execução desta atividade material, objetiva, precisa por excelência, e desde que retentora de dados para controle governamental e dos interessados, nada importa que os equipamentos pertençam ou sejam geridos pelo Poder Público ou que pertençam e sejam geridos por particulares, aos quais tenha sido delegada ou com os quais tenha sido meramente contratada. É que as constatações efetuadas por tal meio caracterizam-se pela impessoalidade (daí por que não interfere o tema do sujeito, da pessoa) e asseguram, além de exatidão, uma igualdade completa no tratamento dos administrados, o que não seria possível obter com o concurso da intervenção humana.

De resto, não há nisto atribuição alguma de poder que invista os contratados em qualquer supremacia engendradora de desequilíbrio entre os administrados, pois não está aí envolvida expedição de sanção administrativa e nem mesmo a decisão sobre se houve ou não violação de norma de trânsito, mas mera constatação objetiva de um fato.

...

Para concluir: salvo hipóteses excepcionalíssimas (caso dos poderes outorgados aos comandantes de navio), não há delegação de ato jurídico de polícia a particular nem a possibilidade de que este o exerça a título contratual. Pode haver, entretanto, habilitação do particular à prática de ato material preparatório ou sucessivo a ato jurídico desta espécie, nos termos e com as limitações supra assinaladas. (MELO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 777).

Portanto, a fé pública de que se reveste o ato praticado pela administração tem seu alcance apenas para atos praticados por servidor público no exercício da profissão.

No caso da, os atos são praticados por servidores vinculados a uma sociedade de economia mista, empregados sujeitos ao regime da CLT, que não se sujeitam aos crimes próprios de servidores públicos, de modo que seus atos não se revestem de fé pública. Quando o servidor celetista extrapola na sua legitimidade de praticar meros atos materiais de documentação, com a imposição de penalidades por mero registro do que presenciou, esses atos não são válidos porque não estarão revestidos de legitimidade, de modo que nessas circunstâncias não há dúvida de que o ônus da prova cabe à administração.

Ainda, apenas para ilustrar e utilizando como paradigma os atos de intimação e citação realizados pelos Oficiais de Justiça em juízo, não há dúvidas de que seus atos se revestem de fé pública. Mesmo assim, exige-se na medida do possível, que o ato seja realizado na presença de duas testemunhas (art. 143, II do CPC). Embora não haja mais obrigatoriedade das duas testemunhas como previsto na antiga redação do art. 239, III, do CPC, alteração feita pela Lei nº 8.952/1994, a doutrina ainda recomenda que, para a credibilidade do ato, recusando-se o citado ou o intimado de dar recibo, deve o Oficial de Justiça "descrever as características físicas da pessoa que se recusou a assinar, a fim de dar maior credibilidade a tal declaração". DINAMARCO, Pedro da Silva. In Código de processo civil interpretado. Coord. Antônio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004. p. 617).

Nessa esteira de entendimento, a conclusão não pode ser outra a não ser de que a simples declaração unilateral de agente da administração pública é insuficiente para a validade do ato administrativo. Quando contestado cumpre à administração o ônus da prova.

Feitas essas considerações, chega-se as seguintes conclusões:

- a) em razão do princípio da verdade material, quando for questionada sanção de polícia administrativa imposta unilateralmente e desde que não embasada em informações do próprio administrado, cumpre à administração pública o ônus da prova sobre a ocorrência do fato, sendo insuficiente a mera afirmação do agente administrativo.
- b) quando o ato administrativo questionado resultar de afirmações ou declarações do próprio administrado, cumpre a este o ônus de apresentar prova inequívoca para desconstituir o ato.
- c) quando se tratar de ato administrativo documentado fotograficamente, como ocorre com os radares de excesso de velocidade ou de avanço de sinal ou outras infrações de trânsito, é do administrado o ônus de provar o vício. À Administração Pública cumpre provar apenas o regular funcionamento do equipamento e a sua aferição dentro dos nos prazos legais.

A situação dos autos

No caso dos autos, a autora alega que seu marido dirigia o veículo e mesmo usando cinto de segurança foi multado.

Duas multas foram aplicadas num período de 15 minutos. Essa multa foi aplicada às 17h10 quando o veículo estava estacionado na Av. nº, em local da carga e descarga. Esta multa não está sendo contestada.

A segunda multa aplicada às 17h25 por infração praticada na mesma Av., nº pela falta de uso do cinto de segurança, está sendo contestada.

A única testemunha da autora inquirida nos autos (fl. 81) afirma que ao estar estacionado, o motorista do veículo discutiu com agente da porque estava sendo multado em local de carga e descarga por estacionamento irregular. Depois de se deslocar do local, o motorista colocou o cinto de segurança e colocou o veículo em movimento.

Em princípio, por quaisquer circunstâncias o motorista poderia ter retirado o cinto de segurança. Contudo, como acima asseverado cumpre à o ônus da prova de que o veículo estava sendo conduzido sem utilização do cinto de segurança.

Por essas razões, deve ser anulada a multa imposta porque a requerida não se desincumbiu do ônus de apresentar prova material do fato imputado.

Ademais, a única testemunha da autora afirmou que quando o condutor deixou o local e colocou o veículo em movimento, utilizou cinto de segurança.

Dispositivo

Diante do exposto e considerando o mais que dos autos consta JULGO PROCEDENTE o pedido da presente ação anulatória de multa ajuizada por em face da e, em conseqüência, anulo a Infração nº, constante da notificação nº, a qual deve ser cancelada pela requerida no prazo de 10 dias do trânsito em julgado desta decisão, sob pena de multa diária equivalente a R\$ 100,00.

Ainda condeno a no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que arbitro em R\$ 700,00, atentando nessa fixação ao disposto no art. 20, § 4º do CPC, especialmente ao trabalho despendido, a complexidade e o valor da causa

P.R.I.

Belo Horizonte, 14 de abril de 2008.

Renato Luís Dresch

Juiz de Direito