

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 29/04/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29446-brevi-notas-sobre-o-nus-da-prova-no-processo-administrativo-brasileiro>

Autore: Wendel de Brito Lemos Teixeira

Brevi notas sobre o ônus da prova no processo administrativo brasileiro

BREVES NOTAS SOBRE O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

WENDEL DE BRITO LEMOS TEIXEIRA

Advogado

O ônus da prova tem especial relevo nos processos, sejam eles administrativos ou judiciais.

Há autores defendendo até mesmo que o processo se resume ao ônus da prova, tamanha sua importância.

O foco do nosso estudo é o ônus da prova no processo administrativo, mas antes de adentrar em tal seara, devemos verificar o que vem a ser “ônus da prova”.

O ônus da prova pode ser conceituado como o encargo que determina qual parte tem de comprovar os fatos, sob pena de sofrer as consequências processuais de tal inércia podendo até mesmo desaguar no extremo da perda da causa.

O encargo de promover a comprovação dos fatos é um ônus processual e não uma obrigação como bem explica *Theodoro Jr.*: “A diferença entre *ônus*, de um lado, e *deveres e obrigações*, de outro lado, está em que a parte é livre de adimplir ou não o primeiro, embora venha a sofrer dano jurídico em relação ao interesse em jogo no processo. Já, com referência às obrigações e deveres processuais, a parte não tem disponibilidade, e pode ser compelida coativamente à respectiva observância, ou a sofrer uma sanção equivalente. É que, nos casos de ônus está em jogo apenas o próprio direito ou interesse da parte, enquanto nos casos de deveres ou obrigações, a prestação da parte é direito de outrem”.¹

O ônus da prova como dito, não se limita ao processo judicial, existindo também no processo administrativo.

¹ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005; p. 68.

Apesar de existir regras gerais sobre o ônus da prova, a aferição do *onus probandi* deve ser realizada casuisticamente, haja vista que vários fatores podem alterá-lo como por exemplo: fato notório, ato do qual milita presunção legal de veracidade, ato que independe de prova etc.

No presente artigo, analisaremos a regra geral, onde não há a incidência das exceções capazes de alterar o *onus probandi*.

A maioria esmagadora da doutrina aponta que o ônus da prova no processo administrativo é do administrado em decorrência do *princípio da presunção de legitimidade do ato administrativo*.

Podemos citar como adeptos de tal corrente, *Hely Lopes Meirelles*², *José Cretella Júnior*³, *Odete Medauar*⁴, *José dos Santos Carvalho Filho*⁵, *Alexandre de Moraes*⁶ e *Celso Ribeiro Bastos*⁷.

A jurisprudência ainda consagra o entendimento majoritário segundo se percebe dos arestos que seguem: “TRIBUTÁRIO - AÇÃO ANULATÓRIA DE NFLD - Advocatória ministerial válida - Habitação fornecida a empregados - Natureza da prestação - Ônus da prova que cabe ao autuado - Presunção relativa de legitimidade e veracidade do ato administrativo I - A advocatória ministerial realizada no processo administrativo não padece de qualquer dos vícios apontados: a uma porque não se verifica ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa; a duas pois a existência de erro substancial ou nulidade insanável é exigida quando a advocatória for de iniciativa do Ministro do Estado, sendo que no processo administrativo em questão ela foi suscitada por iniciativa do presidente do CRPS, à luz do disposto no art. 56 da Portaria MTPS nº 713/93. II - Não foi trazida aos autos qualquer prova de que à época do período correspondente aos débitos consolidados na NFLD nº 1200/89 os

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18a ed. São Paulo: Malheiros, 1993; p. 141.

³ CRETILLA JÚNIOR, José. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1992; p. 37.

⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; p. 167.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000; p. 89.

⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005; p. 124.

⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 159.

empregados necessitavam das moradias fornecidas pela empresa empregadora para a prestação de serviços. III - *Todo ato expedido pela Administração Pública no desempenho de sua função administrativa reveste-se de presunção relativa de veracidade, já que o princípio da legalidade impõe que a Administração aja somente de acordo com a lei. Assim, não se pode aceitar a mera alegação de que determinado ato administrativo encontra-se maculado. No caso, cabe à empresa produzir provas capazes de demonstrar a ilegalidade do ato que motivou a constituição do crédito previdenciário ora questionado.* IV - Apelação improvida. (TRF da 2ª Região - AC 199750010053860 – Rel. Des. Fed. Sandra Chalu Barbosa – DJ 13/03/2009).⁸

No entanto, entendemos de modo diverso.

Quando há impugnação do ato administrativo (seja na forma administrativa ou judicial), o ônus da comprovação é da Administração.

A alegação de presunção de legitimidade do ato administrativo em sede de fundamentação de atos administrativos procura tão somente blindar atos de desvio de poder conforme aponta *Sérgio Ferraz e Adilson Dallari*: “*Um fantasma que normalmente apavora quem litiga contra a Administração Pública é a alegação de que esta desfruta da prerrogativa de presunção de legalidade de seus atos. Tal presunção deveras existe, mas não com a extensão que se lhe tem dado, especialmente perante o Poder Judiciário. Evidentemente, tal prerrogativa não é e não pode ser um biombo a proteger iniquidades, absurdos e abusos de toda ordem.(...)A experiência prática tem demonstrado que essa presunção de legalidade em nada serve aos legítimos interesses públicos, mas milita fortemente em favor do desvio do poder*”.⁹

Desta forma, com a impugnação do ato administrativo cessa a presunção de legalidade do mesmo, cabendo à Administração a prova cabal e incontestada da ilicitude perpetrada pelos administrados com base no *princípio da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana* conforme aponta a doutrina mais abalizada: “*Em resumo: a presunção de legalidade vale até o momento em que o ato for impugnado. Havendo*

⁸ No mesmo sentido: TRF da 4ª Região - AC 199971040034355 – Rel. Juiz João Pedro Gebran Neto – DJ 29/05/2002.

⁹ Op. Cit. p. 135 e 136.

impugnação, em sede administrativa ou judicial, inverte-se o ônus da prova, porque, diferentemente dos particulares, que podem fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, a Administração Pública somente pode fazer o que a lei autoriza ou determina. Sendo assim, sempre cabe à Administração o dever de demonstrar que atuou de maneira conforme a lei”.^{10 11}

Ademais, querer que o Administrado se incumba de desconstituir o ato administrativo, ou seja, que o ato administrativo não é conforme ali constante, estar-se-á exigindo a realização de prova de fato negativo, o que é juridicamente impossível.¹²

E mesmo que se entendesse que houvesse colisão ou entrechoque de provas, ainda sim a questão deveria ser julgada contra a Administração segundo aponta *Daniel Ferreira*: “Para nós, em respeito ao modelo adotado pela nossa carta política em vigor, é de sempre se prestigiar a presunção de inocência, até prova robusta em contrário – ou seja, aquela capaz de sobrepujar o silêncio ou a negativa de autoria como feita pelo próprio acusado. Portanto, sendo prova e contraprova de mesma ordem, há de prevalecer a que melhor atenda aos interesses do acusado”.¹³

Ademais, na dúvida sempre deve haver prevalência dos direitos fundamentais, ou seja, a dignidade da pessoa humana do administrado, mesmo porque é por esta e para esta dignidade que o Direito existe.

Pelo exposto, entendemos que havendo impugnação do ato administrativo, cessa a presunção de legitimidade do ato administrativo, prevalecendo o *princípio da presunção da inocência*, cabendo à Administração o ônus da prova no processo administrativo.

¹⁰ Op. Cit. p. 137/138.

¹¹ No mesmo sentido: FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995; p. 104; FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001; p. 124; VITTA, Haroldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003; p. 107 e 112.

¹² No mesmo sentido: FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995; p. 104.

¹³ Op. Cit. p. 124.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

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

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VITTA, Haroldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.