

**Pró-Reitoria Acadêmica
Curso de Pós-Graduação em Combate à Corrupção
e à Lavagem de Dinheiro
Trabalho de Conclusão de Curso**

**DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO
SUBJETIVO NO ÂMBITO DO PROCESSO
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E DO PROCESSO
ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO**

**Autores: Fabian Gilbert Saraiva Silva Maia
Júlia Rodrigues Lírio
Orientador: Prof. Me. Dr. Marcos Salles Teixeira
Coorientador: Prof. Dr. Lucas Fucci Amato**

**Brasília - DF
2022**

**FABIAN GILBERT SARAIVA SILVA MAIA
JÚLIA RODRIGUES LÍRIO**

**DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO SUBJETIVO NO ÂMBITO DO
PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E DO PROCESSO
ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO**

Artigo apresentado ao curso de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro da Universidade Católica de Brasília, como requisito parcial para obtenção do Título de Especialista em Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro.

Orientador: Prof. Me. Marcos Salles Teixeira.

Coorientador: Prof. Dr. Lucas Fucci Amato

Brasília
2022

DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO SUBJETIVO NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO

FABIAN GILBERT SARAIVA SILVA MAIA¹
JULIA RODRIGUES LÍRIO²

Resumo:

A problemática da distribuição do ônus probatório na condução de processos administrativos disciplinares e de processos administrativos de responsabilização é pouco explorada pela doutrina. Nesse sentido, e a partir do tratamento dado ao tema pelo processo civil e pelo processo penal, o artigo traz os normativos próprios ao Direito Administrativo, interpretando-os segundo a lógica subjacente à distribuição do ônus da prova no âmbito processual em geral. No Código de Processo Civil, a distribuição do encargo probatório está prevista nos incisos I e II do art. 373, os quais, por expressa disposição legal, são aplicados às ações de improbidade. Já no Código de Processo Penal, o ônus da prova é tratado no caput do art. 156. Em ambos os ramos, a distribuição é tranquilamente aceita pela jurisprudência. Assim, e tendo como base legal o art. 36 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, sustenta-se que a distribuição do encargo probatório é igualmente aplicável na condução de processos administrativos disciplinares e processos administrativos de responsabilização.

Palavras-chave: distribuição do ônus da prova; processo administrativo disciplinar (PAD); processo administrativo de responsabilização (PAR).

1 INTRODUÇÃO

A partir da experiência na condução de processos correccionais, pode-se notar certa insegurança a respeito da lógica do ônus da prova no processo administrativo. Com efeito, diferentemente do que ocorre no processo civil e no processo penal, no campo administrativo são escassos os estudos sobre o tema, o que acaba deixando margem para a interpretação equivocada de que, ao desempenhar a atividade correccional, caberia à Administração o ônus total e unilateral sobre a produção de provas.

Nesse sentido, esse artigo busca contribuir para o debate acerca dos encargos probatórios atinentes à Administração e aos administrados, a fim de propiciar o aperfeiçoamento da dialética processual no âmbito dos processos administrativos disciplinares (PADs) e dos processos administrativos de responsabilização de entes privados (PARs).

Antes de passar ao tema do artigo propriamente dito, contudo, convém aclarar os principais conceitos para apresentação do raciocínio que ora se expõe. Assim, primeiramente serão abordados os conceitos de prova e de ônus da prova, no sentido objetivo e subjetivo.

¹ Auditor Federal de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União; fabian.maia@cgu.gov.br

² Auditora Federal de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União; julia.lirio@cgu.gov.br

A seguir, será revisitado o tratamento dado ao ônus da prova no âmbito do processo civil – incluindo as peculiaridades quanto à ação de improbidade administrativa – e do processo penal, para então ser abordado o campo específico do Direito Administrativo Correccional.

Em síntese, o argumento ora defendido é o de que, se tanto no âmbito civil quanto no penal admite-se a distribuição do encargo probatório, no campo do Direito Administrativo não poderia ser diferente.

Por fim, cabe, desde já, um alerta sobre o escopo e sobre o singelo propósito deste artigo. Como se sabe, a distribuição do encargo probatório só terá influência no caso concreto caso as provas já juntadas aos autos não sejam suficientes para convicção da comissão processante e da autoridade julgadora, conforme o *standard* probatório aplicável. A definição da regra geral de tal *standard*, contudo, merece estudo próprio e aprofundado em outra oportunidade. Por enquanto, e apenas para facilitar o desenvolvimento do raciocínio, adotaremos a concepção preliminar de que ao processo administrativo se aplicaria, como regra e sem olvidar das peculiaridades do direito material que podem demandar ajustes, o *standard* de prova além da dúvida razoável, a exemplo do direito processual penal.

2 DISCUSSÕES

2.1 DA PROVA

Há enorme controvérsia sobre o termo “prova” no âmbito do direito. Essa controvérsia abrange tanto o campo do direito material quanto a seara do direito processual.

Na esfera processual, o termo “prova” comporta inúmeras acepções³. Uma delas, a que terá mais relevância no âmbito deste artigo, compreende a expressão “prova” como sendo a produção de atos tendentes a formar o convencimento do agente responsável pelo julgamento de um dado processo sobre um fato ou um conjunto de fatos submetidos a sua apreciação (LIMA, 2021).

É inegável que toda pessoa (física ou jurídica) que participe de um processo judicial ou administrativo no contexto de um Estado Democrático de Direito tem a possibilidade de realizar atos destinados a convencer o julgador da causa a respeito da veracidade daquilo que alega.

Reconhece-se, portanto, o direito à prova, no sentido adotado neste artigo, como sendo um direito constitucional de todo cidadão, em que pese não haver previsão expressa na Constituição Federal (CF) sobre tal direito⁴.

³ Para CARNELUTTI (1982, p. 37-44, apud GARCIA, 2021, p.19), a prova é a demonstração da verdade de um fato, efetuada por meios legais (legítimos). O vocábulo verdade é empregado como verdade formal e não material. Já Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Arenhart entendem que a prova pode se resumir em um aspecto argumentativo-retórico, apto a justificar a escolha de uma das teses apresentadas pelas partes no processo (MARINONI, 2015, apud GARCIA, 2021, p.126).

⁴ O direito a prova, enquanto direito fundamental, decorre do princípio do contraditório e ampla defesa, o qual é reconhecido no inciso LV, do art. 5º da CF, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Cabe salientar que o princípio do contraditório não está dirigido exclusivamente à Defesa, mas sim a todos os litigantes.

Apesar de se reconhecer e de se afirmar a possibilidade de produção probatória no âmbito de um processo como um direito de toda e qualquer pessoa, é preciso observar que esse direito tanto não é absoluto⁵ como não pode ser exercido indiscriminadamente⁶.

O princípio do devido processo legal, dentre outros, impõe uma série de limitações ao direito à prova, bem como o condiciona aos regramentos previstos nos mais diversos procedimentos jurídicos.

2.2 DO ÔNUS DA PROVA

Por mais que se reconheça que a produção probatória é um direito (e, também, uma faculdade) de toda pessoa e uma conquista da cidadania, há que se observar que, no âmbito de qualquer processo, existe, numa perspectiva inversa, uma certa “provocação” para que as pessoas nele envolvidas exerçam efetivamente o seu direito à produção probatória⁷.

O autor de uma ação cível, por exemplo, assim como leva a juízo um pedido e uma causa de pedir, também é, de certo modo, “provocado” (implicitamente) a exercer o seu direito de produzir as provas que respaldem a sua versão sobre os fatos constantes de sua causa de pedir, de modo a legitimar o seu pleito judicial.

Na hipótese de o autor da referida ação deixar de exercer o seu direito de produção probatória ou de exercê-lo de maneira insuficiente, o julgador da causa deverá rejeitar a demanda que lhe foi apresentada, julgando-a improcedente.

No geral, no entanto, a “provocação” processual para o exercício do direito de produção probatória não recai apenas sobre o autor da demanda.

No comum das vezes, também aquele que vem a ser demandado é “provocado” a fazer uso do seu direito à prova, de maneira a legitimar, perante o julgador, a versão dos fatos que apresenta em contraposição àquela fornecida pelo demandante.

Nos dois casos, cabe observar que nem o demandante nem o demandado têm o dever jurídico de atender à provocação que (implicitamente) lhes é feita.

Nada obstante, caso deixem de atendê-la é, bem provável que vejam os seus interesses processuais serem – judicial ou administrativamente – fulminados.

Juridicamente, diz-se que os sujeitos parciais de um processo possuem o ônus (não o dever!) de exercer o seu direito à produção probatória, de modo a demonstrar – ao julgador do feito – a veracidade das alegações sobre os fatos levados à apreciação daquele.

Sob essa perspectiva, portanto, denomina-se ônus da prova o encargo que os sujeitos parciais de um processo – administrativo ou judicial – possuem de provar aquilo que alegam.

Repise-se, por oportuno, que a ideia de ônus é bem diferente da concepção de obrigação ou de dever.

⁵ Um exemplo é a vedação à utilização de provas ilícitas.

⁶ Os regramentos processuais, de forma geral, estabelecem sistemas de preclusões de modo a tornar viável a lógica procedimental que impele o processo a sempre “caminhar para a frente”.

⁷ Para Simone Trento (2012, p. 67), “produzir prova em processo pode ser compreendido tanto como o exercício de um direito – inerente ao direito constitucional ao contraditório – quanto como a desincumbência de um ônus”.

Com efeito, na hipótese do descumprimento do ônus probatório, o sujeito responsável por ele, a princípio, não sofrerá, em função disso, qualquer punição; ao passo, que aquele que vem a descumprir uma obrigação ou um dever terminará por se submeter a algum tipo de sancionamento.

Renato Brasileiro de Lima (2021, p. 571 e 572), com propriedade, diseca a estrutura das obrigações e dos deveres, deixando claro a diferença existente em relação à formatação do ônus.

Diferencia-se o ônus, portanto, das obrigações e dos deveres. As obrigações devem ser compreendidas como imperativos do interesse do credor, gerando uma posição jurídica negativa para o devedor, em virtude da qual o credor, titular do direito subjetivo, pode demandar-lhe o adimplemento da obrigação. O indivíduo que não cumpre uma obrigação pratica um ato ilícito, por isso é possível a imposição de uma sanção para adimplemento da prestação não cumprida, sujeitando-o à execução forçada.

Os deveres, por sua vez, funcionam como um imperativo perante uma coletividade ou perante toda a sociedade. Também se trata de uma posição jurídica passiva, que acarreta uma desvantagem para aquele em relação a quem foi instituído o dever. (...) O descumprimento de um dever gera uma sanção com natureza de coação moral ou de intimidação.

Por se constituir o descumprimento de um ônus processual em uma mera inobservância de uma faculdade, situando-se, portanto, no campo da liberdade processual do agente, tem-se, por evidente, que o não exercício de um ônus estabelecido juridicamente não implica em qualquer ilicitude, podendo, no máximo, colocar o responsável por esse descumprimento em uma situação de risco ou, efetivamente, de desvantagem dentro do processo.

2.3 DO ÔNUS SUBJETIVO E DO ÔNUS OBJETIVO

A doutrina costuma dividir o ônus probatório sob duas perspectivas: uma subjetiva e outra objetiva.

Na perspectiva subjetiva (também denominada formal), o ônus corresponderia ao encargo explicitado acima. Ou seja: aquele que recai sobre as partes de um processo, “provocando-as” a apresentar elementos capazes de comprovar as alegações formuladas processualmente.

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (2003 apud LIMA, 2021, p. 573) explicita essa perspectiva:

O ônus da prova funciona como um estímulo para as partes, visando a produção de provas que possam levar ao conhecimento do juiz a verdade sobre os fatos. Em função dessa distribuição dos riscos sobre a não comprovação de um fato, em que se fundamenta a pretensão ou a defesa, é que as regras sobre ônus da prova funcionam como uma pressão psicológica para as partes(...).

A lição é semelhante à trazida por Simone Trento (2012, p.69):

Diz-se que o ônus da prova seria norma dirigida às partes quando lhes imputa a cada qual o ônus de provar determinados fatos, sob pena de serem considerados não provados, em prejuízo do onerado. Nesse sentido, tratar-se-ia de regra de conduta, dirigida às partes – a dimensão formal do ônus da prova.

Na perspectiva objetiva, entretanto, a ideia de ônus seria outra. Consistiria numa regra de julgamento a ser utilizada pelo julgador quando ele não obtiver a convicção necessária a respeito de um fato ou conjunto de fatos sobre o qual se controverte.

Nessa situação, para não se eximir de proferir uma decisão⁸, restaria ao julgador decidir a matéria em prejuízo daquele que, efetivamente, não foi capaz de comprovar as suas alegações, conforme o *standard* probatório exigido para o procedimento. É o que afirma, dentre outros, Daniel Amorim Assumpção Neves:

No aspecto objetivo, o ônus da prova afasta a possibilidade de o juiz declarar o *non liquet* diante de dúvidas a respeito das alegações de fato em razão da insuficiência ou inexistência da prova. Sendo obrigado a julgar e não estando convencido das alegações de fato, aplica a regra do ônus da prova.

Ocorre que, enquanto no processo civil e no processo penal a temática do ônus da prova é amplamente tratada na doutrina e na jurisprudência, no campo do Direito Administrativo, especificamente na condução de PADs e de PARs, o debate ainda é incipiente.

Assim, e a fim de bem apresentar a distribuição do encargo probatório em PADs e PARs, convém revisitar o assunto sob a ótica de tais ramos do Direito, para em seguida abordá-lo sob o ponto de vista do Direito Administrativo.

2.4 DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

No processo civil, como não poderia deixar de ser, há regra expressa sobre a distribuição do ônus da prova.

Com efeito, o Código de Processo Civil (CPC), a princípio, distribui o ônus da prova entre o autor e o réu, conforme se trate de fato constitutivo ou de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos. Os incisos I e II do art. 373 tratam da denominada distribuição estática do ônus da prova, por constituírem a regra geral do processo civil, prevista de maneira abstrata.

CPC

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.

Fredie Didier Jr. (2017, p.7) conceitua o fato constitutivo da seguinte forma:

O fato constitutivo é o fato gerador do direito afirmado pelo autor em juízo. Compõe o suporte fático que, enquadrado em dada hipótese normativa, constitui uma determinada situação jurídica, de que o autor afirma ser titular. Como é o autor que pretende o reconhecimento desse seu direito, cabe a ele provar o fato que determinou seu nascimento. Por exemplo: um contrato de locação e seu inadimplemento são fatos constitutivos do direito de restituição da coisa locada (...).

⁸ Vedação ao *non liquet*.

Uma vez demonstrado o fato constitutivo pelo autor, ao réu caberiam duas opções: a negação do fato narrado pelo autor (defesa direta) ou a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado (defesa indireta).

Na defesa direta, caso, em momento inicial, o réu tenha se limitado a negar o fato constitutivo, e o autor, ao longo da instrução, tenha logrado efetivamente provar o quanto alegado, caberia ao réu apresentar a contraprova.

Já na defesa indireta, caberia ao réu fazer prova de fatos novos; impeditivos, modificativos ou extintivos, assim definidos por Fredie Didier Jr (2017, p. 8 e 9):

O fato extintivo é aquele que retira a eficácia do fato constitutivo, fulminando o direito do autor e a pretensão de vê-lo satisfeito – tal como o pagamento, a compensação e a decadência legal.

(...)

O fato impeditivo é aquele cuja existência obsta que o fato constitutivo produza efeitos e o direito, dali, nasça – tal como a incapacidade, o erro, o desequilíbrio contratual.

(...)

O fato modificativo, a seu turno, é aquele que, tendo por certa a existência do direito, busca, tão somente, alterá-lo – tal como a moratória concedida ao devedor.

Um detalhe a ser observado é que o ônus da prova imposto ao réu pelo inciso II do *caput* do art. 373 do CPC só pode ser dele cobrado caso o autor tenha, efetivamente, conseguido se desincumbir do ônus que lhe cabe.

Sobre o assunto, Daniel Amorim Assumpção Neves (2015, p.493) afirma:

O ônus da prova carreado ao réu (...) só passa a ser exigido no caso concreto na hipótese de o autor ter se desincubido do seu ônus probatório, porque o juiz só passa a ter interesse na existência ou não de um fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, após se convencer da existência do fato constitutivo desse direito do autor. Significa dizer que, se nenhuma das partes se desincumbir do seu ônus no caso concreto e o juiz tiver que decidir com fundamento na regra do ônus da prova, o pedido do autor será julgado improcedente.

Apesar de ser um bom ponto de partida, há casos em que a aplicação da regra geral pode conduzir a decisões injustas.

Simone Trento (2012, p. 103) observa, com propriedade, que na verdade os ônus processuais não dependem da posição pré-definida dos sujeitos, mas sim do direito material subjacente. Em dissertação escrita ainda sob a égide do CPC de 1973, a autora afirma:

Embora o processo seja o veículo para que o direito seja exigido em juízo, é o direito material que determina a distribuição do ônus da prova.

Com efeito, o modo pelo qual se tem de alocar os fatos na condição de constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos (para fins de distribuição do ônus da prova) é mais complexo do que simplesmente em termos de pressupostos fáticos da aplicação da norma aplicável conforme pretensão posta em juízo.

É preciso enquadrar os fatos, para fim de distribuição do ônus da prova, levando-se em conta o que o direito material diz a respeito das pretensões das partes, pois a repartição da carga da prova é feita antes mesmo da ocupação dos polos processuais, de modo que não importa a posição processual da parte, o que importa é a posição que a parte ocupa no direito material em relação à parte adversa e em relação às possíveis pretensões que o direito material admitiria (fazendo com que as partes anteviessem as provas com as quais teriam de se resguardar).

Dentre os vários exemplos fornecidos pela autora para demonstrar seu argumento, convém abordar, a título ilustrativo, o caso do “*exceptio non adimplenti contractus*”.

Previsto no art. 475 do Código Civil (CC)⁹, a exceção do contrato não cumprido permite que a parte lesada peça ao réu ou a resolução ou o adimplemento do contrato – art. 476 do CC¹⁰. A questão que se coloca nesses casos é a seguinte: além da comprovação da celebração do negócio jurídico, o fato constitutivo a ser provado pelo autor incluiria o inadimplemento da parte contrária?

O exame da jurisprudência sobre o tema revelou resultado curioso. Conforme levantamento realizado por Simone Trento, verificou-se que, nos casos de inadimplemento parcial, muitos julgados consideraram que caberia à parte autora demonstrar que o cumprimento do contrato foi inexato ou incompleto – ou seja, caberia ao autor demonstrar o inadimplemento do réu. Já nos casos de inadimplemento total, diversos julgados entenderam que o fato constitutivo a ser provado pelo autor seria apenas a celebração do contrato e o próprio adimplemento, cabendo ao réu a prova de ter adimplido com a sua parte.

Na doutrina, igualmente existem aqueles que consideram ser o inadimplemento da parte contrária fato constitutivo do direito do autor, em contraste com aqueles que pensam que o fato constitutivo seria o próprio adimplemento, cabendo ao réu a prova de fato extintivo.

Vê-se, portanto, que o mesmo fato “inadimplemento” pode, a depender da interpretação do julgador e das circunstâncias do caso concreto, ser alocado como fato constitutivo, a ser provado pelo autor da exceção de contrato não cumprido, ou fato extintivo, a ser provado pelo réu. Assim, a regra geral do CPC não seria suficiente para bem orientar os envolvidos no processo sobre os ônus probatórios.

E mais, não apenas a regra geral não seria clara, como também poderia conduzir a conclusões teratológicas. Isso porque, a depender das circunstâncias, pode ser demasiadamente árduo para uma parte a prova do inadimplemento da parte contrária, ainda mais se considerada a série indefinida de fatos extintivos, modificativos ou impeditivos passíveis de alegação.

Para grande parte das controvérsias no campo civil, o problema da insuficiência da regra geral do ônus da prova foi razoavelmente endereçado com a inclusão expressa da distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC de 2015, expressa no § 1º do art. 373 do CPC, com a justa ponderação do § 2º:

CPC

Art. 373

(...)

§ 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.

⁹ Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

¹⁰ Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

No entanto, em razão dos princípios constitucionais aplicáveis aos diferentes bens jurídicos, a distribuição dinâmica do ônus da prova – que, para diversos autores¹¹, consiste em hipótese de inversão judicial (*ope iudicis*) – não deve ser automaticamente aceita para todas as ações do campo cível. Assim ocorre com a ação de improbidade administrativa, conforme aprofundado nos tópicos seguintes.

Cumprido lembrar, ainda, que os dispositivos sobre o ônus da prova constantes do CPC, por força do seu art. 15, são de extrema importância para o PAD e para o PAR.

Com efeito, dispõe o referido artigo que, na falta de normas que regulem os processos administrativos, as disposições nele expostas serão aplicadas a esses processos (e a outros) de forma supletiva e subsidiária.

CPC

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou **administrativos**, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

2.5 DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A CF, por meio do artigo 37, *caput*¹², consagrou a moralidade como um dos princípios a ser observado pela Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Além disso, no § 4º do mesmo artigo¹³, foram previstas as sanções de suspensão dos direitos políticos e de perda da função pública para os atos de improbidade administrativa, além da medida de indisponibilidade dos bens e de ressarcimento ao erário.

Quatro anos após a promulgação da CF, foi promulgada a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA). Além de definir os atos de improbidade administrativa, os sujeitos e parte das regras processuais aplicáveis, a Lei acrescentou às sanções já previstas no texto constitucional o pagamento de multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

Recentemente, foi promulgada a Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, a qual promoveu alteração em 22 dos 23 artigos da LIA. Em razão da magnitude da mudança, muitos passaram a denominar o normativo de Nova Lei de Improbidade Administrativa.

¹¹ Inversão judicial (*ope iudicis*) é aquela que depende da apreciação subjetiva do magistrado. (...) é técnica processual, e parte do pressuposto de que o ônus pertenceria, à data da propositura da demanda, àquele em desfavor de quem foi feita a inversão. (...) Por depender da apreciação subjetiva do juiz, na análise de cada caso concreto, a aplicação da supracitada teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova também encerra hipótese de inversão judicial (ANDRADE, Adriano. p. 200-201)

¹² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

¹³ § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

As alterações, que de modo geral reduziram as penas e dificultaram a responsabilização dos agentes supostamente ímprobos, suscitaram reações enérgicas no meio especializado, com a argumentação de que a reforma violaria, dentre outros, os princípios da vedação ao retrocesso e da proibição de proteção deficiente.

Apesar das diversas ações declaratórias de inconstitucionalidade encampadas, até o presente momento – maio de 2022 – não houve decisão definitiva quanto às impugnações aos novos dispositivos da LIA.

Nesse sentido, cumpre destacar alguns pontos em comum entre a LIA, PADs e PARs, considerando a Nova Lei de Improbidade Administrativa.

A LIA tem como sujeito passivo mediato o Estado, e, imediato, a pessoa jurídica efetivamente afetada¹⁴. Igualmente, no caso de apuração de infrações disciplinares por meio de PAD, ou de atos lesivos e reveladores de inidoneidade, por meio de PAR, também é o Estado o sujeito passivo – com a observação de que a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, também protege a Administração estrangeira.

Já o sujeito ativo, conforme definido na LIA, é o agente público¹⁵, bem como aquele que, não sendo agente público, induz ou concorre dolosamente para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficia direta ou indiretamente¹⁶. Cumpre notar que a Lei 14.230, de 2021, incluiu expressamente as pessoas jurídicas no rol dos sujeitos submetidos a suas sanções¹⁷¹⁸.

Dessa forma, vê-se que os sujeitos ativos no PAD (servidor público em regime estatutário) e no PAR (pessoas jurídicas que cometem atos lesivos ou que demonstrem inidoneidade) também são alcançáveis pela LIA, embora esta tenha um leque maior de agentes passíveis de responsabilização.

Quanto aos atos típicos, estes estão dispostos nos artigos 9º (enriquecimento ilícito); 10º (dano ao erário); e 11 (violação dos princípios da Administração Pública). Em razão da previsão expressa da improbidade administrativa no âmbito da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, como causa de demissão, é notório que os fatos punidos pela LIA, se praticados por servidor público, também ensejam apuração e punição por PAD. Da mesma forma, muitas das condutas da LIA passíveis de realização por pessoa jurídica enquadram-se, ao mesmo tempo, nos atos lesivos previstos pela Lei nº 12.846, de 2013, ou em condutas tidas como inidôneas pelas

¹⁴ Os sujeitos passivos constam dos §§ 5º a 7º do art. 1º da LIA. São eles: a administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e do Distrito Federal; entidade privada que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais; e entidade privada para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra no seu patrimônio ou receita atual.

¹⁵ Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no art. 1º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

¹⁶ Art. 3º As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

¹⁷ Art. 2º.

Parágrafo único. No que se refere a recursos de origem pública, sujeita-se às sanções previstas nesta Lei o particular, pessoa física ou jurídica, que celebra com a administração pública convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, termo de cooperação ou ajuste administrativo equivalente.

¹⁸ Nesse ponto a reforma da LIA consagrou no texto legal o entendimento jurisprudencial já amplamente adotado - vide STJ, REsp 1.122.177/MT, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, j. 03/08/2010, DJe 27/04/2011.

Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e 10.520, de 17 de julho de 2002, motivo pelo qual também são passíveis de apuração via PAR.

Em relação às sanções, verifica-se que, assim como nos processos disciplinares em face de servidores públicos pode haver aplicação de pena de demissão¹⁹, na LIA existe a sanção de perda da função pública.

Já no que tange às pessoas jurídicas, há coincidência na possibilidade de aplicação de multa. Ainda, cabe observar que os efeitos da declaração de inidoneidade prevista nas Leis nº 8.666, de 1993, e 10.520, de 2002, guardam semelhança com a sanção de proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, prevista na LIA²⁰.

Afora as semelhanças apontadas, a LIA ainda prevê a penalidade de suspensão de direitos políticos por até quatorze anos (após a reforma). Percebe-se, portanto, que o seu pacote de sanções é mais rigoroso do que o previsto em PADs e PARs.

De fato, o rigor das sanções previstas na LIA ensejou caloroso debate a respeito da natureza da ação.

Previamente à reforma, doutrina e jurisprudência majoritárias entendiam que a LIA (que abarca a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa) seria uma espécie de ação civil pública, por proteger interesse difuso.

Uma vez integrante do microsistema de ações coletivas, cabia a reflexão acerca da aplicação da inversão do ônus da prova à ação de improbidade administrativa, como resultado da extensão das regras do Código de Defesa de Consumidor (CDC) às ações coletivas *latu sensu*^{21 22}.

Apesar de os tribunais superiores negarem, como regra, a inversão do ônus da prova no âmbito das ações de improbidade administrativa, justamente em razão do caráter marcadamente repressivo que a distinguia das demais ações civis públicas, vez ou outra já se ouviam vozes pela possibilidade da distribuição dinâmica do ônus probatório.

O legislador, todavia, parece ter tido a intenção de afastar de uma vez por todas essa interpretação, ao dispor que deveriam ser aplicados à LIA os princípios do Direito Administrativo Sancionador, bem como ao vedar expressamente a distribuição dinâmica do ônus da prova prevista nos §§ 1º e 2º do art. 373 do CPC. Por outro lado, a aplicação dos incisos I e II do mesmo art. 373 do CPC, que preveem a distribuição estática do ônus da prova, foi reafirmada:

¹⁹ Vale lembrar que a cassação de aposentadoria, prevista no art. Xx, da Lei nº 8.112, não é admitida em ação de improbidade, por falta de previsão expressa na Lei.

²⁰ No âmbito administrativo, a Lei nº 12.846, de 2013, prevê, além da multa, a publicação extraordinária da decisão condenatória.

²¹ Como se sabe, o CDC determinou tanto a inversão legal da prova (*ope legis*, prevista no art. 38) quanto a inversão judicial (*ope iudicis*), essa última a ser realizada a critério do juiz para facilitar a defesa dos direitos do consumidor, nos casos em este apresentar alegação verossímil ou for hipossuficiente – art. 6º, inc. VIII. A Lei de Ação Civil Pública, por sua vez, em seu art. 21, determina a aplicação dos dispositivos do Título III do CDC na Defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais. Apesar de a regra da inversão judicial prevista no CDC estar topograficamente fora do título III, em razão de seu conteúdo, doutrina e jurisprudência têm admitido seu alcance ao microsistema de direito coletivo.

²² “Em uma acepção mais ampla, a locução ações coletivas é empregada para significar o gênero de ações onde se faz possível a tutela coletiva, seja dos direitos difusos, coletivos, ou individuais homogêneos. Nesse sentido, pode-se dizer que são ações coletivas a ação popular, o mandado de segurança coletivo e as ações civis públicas (ou coletivas em sentido estrito, conforme o entendimento) (ANDRADE, 2017, p. 49)”.

LIA

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 4º **Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.**

(...)

Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e **seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei.**

§ 19. **Não se aplicam** na ação de improbidade administrativa:

(...)

II - **a imposição de ônus da prova ao réu, na forma dos §§ 1º e 2º do art. 373 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil);**

(...)

Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e **não constitui ação civil**, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021).

(grifo nosso)

Assim, verifica-se que a opção do legislador deu razão à argumentação de Fábio Medina Osório, para quem as sanções impostas pela LIA pertenceriam ao campo do Direito Administrativo Sancionador, ainda que aplicáveis exclusivamente pela via judicial. Segundo o autor: *“são sanções geralmente mais graves, próximas não raras do Direito Penal, porém inegavelmente do Direito Administrativo, editadas pelo Estado como forma de tutelar específicos interesses públicos e sociais (OSÓRIO, 2020, e-book)”*.

No sentido de aproximar a ação de improbidade dos princípios do Direito Penal, Paulo Lucon (2013 apud GARCIA, 2021) afirma que a análise da prova deve seguir modelo similar ao do processo penal, devendo seguir o *standard* de prova além da dúvida razoável ou, no mínimo, o *standard* de “prova clara e convincente” – isto é, o de que a verdade da proposição seja altamente provável, mais do que simplesmente mais provável do que não provável.

Segundo LUCON (2013), a regra clássica da distribuição do ônus da prova seria aplicável, devendo o autor da ação provar os fatos constitutivos de sua pretensão. Assim, o autor deveria provar o ilícito, o elemento subjetivo do agente e o nexo causal que ligue a conduta imputada aos resultados previstos nos tipos de atos de improbidade.

Existem diversas críticas ao entendimento acolhido, especialmente quanto à aplicação exacerbada do princípio da presunção de inocência e à falta da justa ponderação dos direitos em jogo na LIA: de um lado, o direito de liberdade em sentido amplo, e, de outro, o patrimônio público material e moral, vinculado a uma gama de direitos fundamentais, cuja proteção foi delineada constitucionalmente ²³.

A tais críticas somam-se, ainda, todas as considerações acerca das limitações da distribuição estática do ônus da prova para a solução de determinados casos, conforme debatido no tópico anterior.

²³ Nesse sentido, sugere-se a leitura do artigo de PRADO, 2022.

Sem desmerecer a complexidade e a relevância da controvérsia, para o ponto que se pretende demonstrar basta dizer que, a despeito da ressalva quanto à distribuição dinâmica do ônus da prova, a aplicação da regra geral de distribuição do encargo probatório entre as partes está amplamente pacificada.

Nesse sentido, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO FIRMADO PELO SECRETÁRIO DE SAÚDE. LEGALIDADE. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.1. Na forma da jurisprudência desta Corte, "o art. 333, I e II, do CPC, estabelece que compete ao autor fazer prova constitutiva de seu direito e o réu, a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor" (EDcl no AREsp 141.733/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 12/09/2012). Nesse mesmo sentido: EDcl no AgRg no AREsp 278.445/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA

Diante do exposto, e considerando que, além da similaridade no que tange aos sujeitos ativo e passivo, as sanções previstas em PADs e PARs são menos gravosas do que as previstas na LIA, não haveria qualquer lógica em estabelecer, para os acusados em processos de natureza administrativa, situação mais favorável do que ao agente processado judicialmente com base na ação de improbidade.

2.6 DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Apresentada a estrutura básica do ônus da prova no processo civil e na ação de improbidade administrativa, cumpre analisar a forma como esse assunto é tratado no processo penal.

No âmbito do Código de Processo Penal (CPP), há norma própria acerca de ônus probatório, também estabelecendo regra de distribuição, a exemplo de CPC:

CPP
Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:
I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;
II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Ademais, em sede doutrinária e jurisprudencial, também prevalece que, no processo penal, cada um dos sujeitos participantes do feito é responsável pelo encargo de provar os elementos específicos de sua imputação ou de uma eventual manifestação defensiva.

Nessa medida, sustenta-se que caberia à acusação penal provar a existência do fato típico; a autoria ou a participação; a relação de causalidade; e, por fim, o elemento subjetivo do agente: dolo ou culpa.

A defesa, por sua vez, teria o encargo probatório no que concerne às excludentes de ilicitude, de culpabilidade e das causas extintivas de punibilidade que venha a alegar. Também caberia à defesa fazer prova de eventual álibi que invocasse em sede processual.

Repare-se que, em última instância, as excludentes de ilicitude, de culpabilidade, as causas extintivas de punibilidade e o alibi mencionados correspondem – guardadas as devidas proporções – às situações que, nos termos do CPC, podem se enquadrar como fatos impeditivos, modificativos ou extintivos de um direito originariamente alegado.

Sabe-se que a divisão do encargo probatório entre os sujeitos processuais no âmbito penal não é uma questão pacífica e que muitos doutrinadores²⁴ sustentam que, diante do princípio do *in dubio pro reo*, o encargo probatório nesse tipo de processo seria atribuído com exclusividade ao acusador.

De acordo com esses doutrinadores, ao imputar a prática de um crime a alguém, o acusador teria o dever de provar todos os elementos do crime: o fato típico, ilícito e culpável; e que, a defesa, de fato, não poderia experimentar qualquer situação de desvantagem processual em função de sua eventual inércia ou negativa genérica.

Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima (2020)²⁵, afirma que, em havendo, por exemplo, alegação de legítima defesa, e considerando que tal alegação seja apta a gerar no julgador dúvida fundada, caberia à acusação comprovar a inocorrência da excludente de ilicitude.

Sob o ponto de vista teórico, não restam dúvidas quanto ao poder de sedução dessa argumentação; numa perspectiva prática, contudo, sabe-se que a defesa, no processo penal, assume inúmeros riscos quando opta por abrir mão de qualquer comportamento probatório ativo em relação a eventuais fatos que possa vir a alegar em seu próprio benefício. Afinal, tendo o processo penal acolhido a ideia do livre convencimento motivado – pelo menos em regra –, pode o julgador considerar que as provas apresentadas pela acusação são suficientes para proporcionar convicção além da dúvida razoável, tendo por consequência a condenação do réu.

No cenário mais conservador possível, não há como deixar de reconhecer que o julgador de uma determinada demanda pode vir a aceitar – em desfavor de uma defesa silente ou genérica – argumentações simplórias feita pela acusação sobre eventuais fatos negativos a respeito dos quais a defesa preferiu calar ou simplesmente falar de forma superficial.

A título de exemplo, cite-se a situação em que a defesa, podendo apresentar elementos sobre uma eventual situação de ato praticado em legítima defesa, optar por adotar uma postura passiva em relação ao assunto.

Em tal cenário, a acusação poderia – depois de comprovar o fato típico – ser mais econômica em relação aos elementos caracterizadores da excludente de ilicitude e o julgador da causa, eventualmente, aceitar a argumentação constante da denúncia ou da queixa.

A toda evidência, parece que seria mais prudente à defesa, caso possa, se esforçar, no exemplo dado, para comprovar a injustiça da agressão sofrida, a sua atualidade ou iminência, e mesmo que, ao agir em face do agressor, o fez com moderação, de modo a caracterizar satisfatoriamente a excludente de ilicitude que poderia lhe favorecer.

²⁴ Com esse entendimento, Antônio Magalhães Gomes Filho (1994) e Renato Brasileiro de Lima (2020).

²⁵ “Isso não significa dizer, no entanto, que a acusação sempre deverá comprovar a inocorrência de causas excludentes da ilicitude ou da culpabilidade. Caso não tenha sido alegada qualquer excludente pela defesa, não tendo surgido dúvida fundada sobre sua ocorrência, torna-se desnecessária a prova de que o fato não fora praticado sob o manto de uma causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade (LIMA, 2020)

A questão que se impõe é saber se – ao se omitir e adotar uma postura passiva – a defesa experimentalista alguma situação de desvantagem.

Se sob o ponto de vista teórico, há que se reconhecer que a omissão da defesa não deveria lhe trazer, por si só, prejuízos automáticos, numa perspectiva prática a realidade parece indicar que o comportamento passivo da defesa pode fazer com que sobre ela recaia, quando menos, o risco de vir a sofrer uma condenação a partir de uma argumentação acusatória menos elaborada, o que, claramente, não lhe será vantajoso.

O fato é que, independente do confronto doutrinário existente, no plano jurisprudencial, prevalece que, também no processo penal, a defesa possui ônus probatórios a respeito dos quais deve se desincumbir.

No âmbito do STJ, há vários julgados que, nos termos do art. 156 do CPP, abraçam essa tese:

1. De acordo com o *caput* do artigo 156 do Código de Processo Penal, "a prova da alegação incumbirá a quem fizer".

2. Em virtude do princípio da presunção de inocência, cabe à acusação, via de regra, provar os fatos descritos na denúncia ou queixa, podendo o réu, por sua vez, produzir os elementos de convicção necessários à comprovação de suas alegações.

3. No caso dos autos, não se atribuiu à defesa o encargo de comprovar a qualificadora do rompimento do obstáculo, que estaria evidenciada por vários elementos de convicção coletados, tendo-se apenas salientado que ao réu competia produzir provas que sustentassem a sua versão, motivo pelo qual não há que se falar em nulidade do acórdão em razão da inversão do ônus da prova para a condenação.

HC 328021 / SC

3. Outrossim, na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, "quando há a apreensão do bem resultante de crime na posse do agente, é ônus do imputado comprovar a origem lícita do produto o que sua conduta ocorreu de forma culposa. Isto não implica inversão do ônus da prova, ofensa ao princípio da presunção de inocência ou negativa do direito ao silêncio, mas decorre da aplicação do art. 156 do Código de Processo Penal, segundo o qual a prova da alegação compete a quem a fizer. Precedentes" (AgRg no HC n. 446.942/SC, relatora Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 4/12/2018, DJe 18/12/2018).

AgRg no AREsp 1239066 / RS

Não se verifica manifeste ilegalidade, pois a condenação foi devidamente fundamentada, no sentido de que a corré ingressou no estabelecimento prisional transportando 25 porções de maconha, substância ilícita que tinha o seu companheiro, o paciente, como destinatário, constando que a droga estava no recipiente que tinha etiqueta com o nome da acusada, que estava no local para visitar o réu, conduta que se amolda ao tipo penal do tráfico de drogas, não tendo sido produzida qualquer prova da suspeição ou do impedimento dos agentes penitenciários ou policiais, nos termos do artigo 156, *caput*, do CPP.

AgRg no HC 616440 / SP

"16. Não há se falar em ofensa ao art. 156 do CPP, porquanto devidamente demonstrado, com base em dados concretos dos autos, que os bens cujo perdimento foi decretado foram comprados com o proveito auferido pela prática do fato criminoso. Nesse contexto, caberia à defesa provar que os carros não foram adquiridos com dinheiro do crime, uma vez que a prova da alegação incumbe a quem a fizer".

AgRg no REsp 1683930 / SC

O Supremo Tribunal Federal (STF), de forma geral, também aceita, em sua maioria, como válida a interpretação de que tanto a acusação quanto a defesa possuem o encargo de provar as alegações que eventualmente façam no âmbito de um processo penal.

Demais disso, em relação à suposta inversão do ônus da prova, cumpre consignar que, nos termos da decisão ora impugnada, “o Tribunal de origem reconheceu que, tendo a acusação provado a ocorrência de remessas de valores ao exterior, e tendo a defesa alegado a preexistência desses valores, caberia a ela provar essa alegação, nos termos do art. 156 do CPP”. Destarte, ao contrário do que afirma a defesa, imperioso concluir que não houve indevida inversão probatória, mas mero cumprimento da regra de distribuição do ônus da prova, segundo a qual, a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. HC 187725 AgR / PR – PARANÁ

Vê-se, portanto, que, mesmo em sede processual penal, a argumentação de ônus total e unilateral de uma das partes não se sustenta. -

Antecipe-se que, por envolver, de certo modo, a aplicação de algum tipo de penalidade a um sujeito processual, o PAD e o PAR costumam recorrer, em especial, ao processo penal para suprir eventuais lacunas.

É desse costume, inclusive, que se imagina ter surgido a interpretação segundo a qual o ônus probatório, naquelas instâncias processuais administrativas, caberia apenas à comissão processante, desprezando o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 – conhecida como Lei Geral do Processo Administrativo, conforme será aprofundado no tópico seguinte. Ocorre que, mesmo em sede processual penal, a argumentação de ônus total e unilateral de uma das partes não se sustenta.

2.7 DO ÔNUS DA PROVA NO ÂMBITO DO PAD E DO PAR

Feita a explanação acerca da distribuição do ônus da prova no processo civil e no processo penal, cabe, finalmente, abordar o tema sob a ótica do Direito Administrativo.

O PAD é regulamentado, no âmbito federal, basicamente, pela Lei nº 8.112, de 1990. O PAR, por sua vez, é regido, nessa mesma esfera, pela Lei nº 12.846, de 2013.

Essas duas normas, curiosamente, não abordam a questão da distribuição do ônus da prova nos processos mencionados.

De fato, tanto a Lei nº 8.112, de 1990, quanto a Lei 12.846, de 2013, ao abordarem a questão probatória, usam termos bastantes genéricos, passando à margem da discussão sobre os encargos probatórios:

Lei 8.112, de 1990

(...)

Art. 153. O inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito.

(...)

Art. 155. Na fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos.

Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir

testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.

§ 1º O presidente da comissão poderá denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos.

Lei nº 12.846, de 2013

(...)

Art. 10. O processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica será conduzido por comissão designada pela autoridade instauradora e composta por 2 (dois) ou mais servidores estáveis.

Art. 11. No processo administrativo para apuração de responsabilidade, será concedido à pessoa jurídica prazo de 30 (trinta) dias para defesa, contados a partir da intimação.

Situação idêntica ocorre com o Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, que regulamenta a Lei nº 12.846, de 2013:

Decreto nº 8.420, de 2015

(...) Art. 5º No ato de instauração do PAR, a autoridade designará comissão, composta por dois ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará a pessoa jurídica para, no prazo de trinta dias, apresentar defesa escrita e especificar eventuais provas que pretende produzir.

(...)

§ 2º Na hipótese de deferimento de pedido de produção de novas provas ou de juntada de provas julgadas indispensáveis pela comissão, a pessoa jurídica poderá apresentar alegações finais no prazo de dez dias, contado da data do deferimento ou da intimação de juntada das provas pela comissão.

§ 3º Serão recusadas, mediante decisão fundamentada, provas propostas pela pessoa jurídica que sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias, protelatórias ou intempestivas.

Conforme já inferido em 2.6, a ausência de uma regulamentação clara a respeito do ônus da prova na Lei nº 8.112, de 1990, e na Lei nº 12.846, de 2013, possibilitou o surgimento de um controverso entendimento sobre a distribuição do ônus da prova em sede de PAD e PAR.

Segundo esse entendimento, no âmbito de tais processos, apenas a comissão processante (e, por consequência, a Administração Pública) possuiria encargo probatório, o que, em última análise, terminaria por isentar os agentes acusados em tais processos de qualquer tipo de ônus probatório.

O detalhe, no entanto, é que esse entendimento desconsidera a existência, no âmbito federal, da já mencionada Lei nº 9.784, de 1999, que, expressamente, regulamenta a questão do ônus probatório no âmbito dos processos administrativos federais, dos quais o PAD e o PAR são espécies.

De acordo com o que dispõe o art. 36 da referida Lei, no âmbito do processo administrativo federal, cabe ao interessado a prova dos fatos que venha a alegar.

Lei nº 9.784, de 1999

Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.

Inegavelmente, trata-se de uma norma sobre ônus probatório e tal norma tem um espaço de incidência bastante evidente: o processo administrativo federal, nos termos do art. 1º da referida Lei.

Lei nº 9.784, de 1999.

Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

Registre-se, ainda, que, no art. 69 da Lei nº 9.784, de 1999, está expresso que ela terá aplicação subsidiária a todas as outras leis que venham a regulamentar outros processos administrativos na esfera federal: o PAD e o PAR, por exemplo.

Lei nº 9.784, de 1999

Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

A aplicação subsidiária de uma lei em face de outra consiste precisamente na utilização da primeira para suprir uma lacuna ou para auxiliar a interpretação de dispositivos que, eventualmente, existam na outra, o que, a toda evidência, parece ser o caso relativo às leis que regulamentam o PAD e o PAR no âmbito federal.

Em suas Anotações sobre Processo Administrativo Disciplinar, Marcos Salles Teixeira (2021, p. 930) identificou essa situação, trazendo para o âmbito do PAD a ideia constante do art. 36 da Lei nº 9.784, de 1999.

(...) o ônus probante a cargo da Administração não impõe que a comissão fique refém de alegações vazias apresentadas pelo acusado, com a obrigação de comprovar teses fantasiosas, impossíveis, inverídicas e procrastinatórias. Na contrapartida, cabe ao interessado a prova dos fatos que alega, conforme o art. 36 da Lei nº 9.784, de 1999, e com respaldo doutrinário. (...)

Está, claro, portanto, que não há qualquer silêncio normativo na legislação federal no que concerne à distribuição do ônus da prova no âmbito do PAD e do PAR.

O art. 36 da Lei nº 9.784, de 1999, é bem contundente ao estabelecer o regramento sobre o encargo probatório nos processos administrativos federais e, tal regramento, por força do art. 69 daquela Lei, se aplica tanto ao PAD como ao PAR.

Ao se fazer essa afirmação, torna-se imperioso reconhecer que todo e qualquer sujeito que faça algum tipo de afirmação no âmbito de um PAD ou de um PAR traz para si o ônus de provar aquilo que afirma, de forma que eventual interpretação que isente quaisquer dos agentes envolvidos naqueles ritos de algum tipo de encargo probatório contraria frontalmente a legislação administrativa vigente.

Para além da situação normativa exposta, é de se reconhecer que a tese segundo a qual apenas a comissão processante (e, por consequência, a Administração Pública) possui ônus probatório – em sede de PAD e PAR – também se choca com aquela que, modernamente, vem sendo considerada a principal lógica subjacente à distribuição do ônus da prova no âmbito processual: a preocupação em não inviabilizar o exercício legítimo de direitos por quaisquer dos sujeitos processuais pelo excesso de ônus a eles impostos.

Perceba-se que concentrar toda a responsabilidade probatória em apenas um dos sujeitos envolvidos em um processo dialético é algo não apenas anti-isonômico, como, até certo ponto, paralisante.

Imagine-se o quão complexo seria exigir de apenas um dos participantes de um processo dialético que ele seja capaz de produzir contraprova em face de toda e qualquer tese que venha a ser alegada por outro sujeito processual.

Como visto ao longo do texto, a distribuição do ônus da prova é prevista tanto no processo civil como – até mesmo – no processo penal. E, consagrando uma salutar visão harmônica do Direito Processual pátrio, outra também não é a conclusão, a favor da imperiosidade da distribuição estática do ônus da prova, no Direito Administrativo Sancionador.

Assim, seja do ponto de vista normativo ou da lógica processual, conclui-se que a solução deve ser igualmente aplicada no âmbito de PADs e PARs, para o qual, inclusive, conta-se com próprio regramento subsidiário. Como se viu ao longo de trabalho, ao se debruçar para estudar imparcial e tecnicamente a questão, iluminando-a com a pesquisa em variadas fontes, não se sustenta a tese arcaica e leiga de que o ônus probante seria exclusivo da Administração, sob pena, inclusive, de se inviabilizar completamente a justa e equilibrada resposta que a sociedade espera da atividade correcional.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Independentemente do campo específico do Direito, se administrativo, civil ou penal, vimos que o processo, enquanto instrumento de concretização do princípio do contraditório, possui uma estrutura dialética.

Em decorrência dessa estrutura, a todos os agentes nele envolvidos é possibilitada a oportunidade de apresentar a sua versão sobre o fato ou conjunto de fatos a respeito dos quais se discute.

Sabe-se, no entanto, que a simples versão dos sujeitos processuais sobre os fatos controvertidos não basta para garantir a quaisquer deles a obtenção de um pronunciamento decisório que lhe seja favorável.

Com efeito, as versões levadas à apreciação de um dado julgador precisam estar amparadas em elementos de informação aptos a respaldá-las.

Na medida em que todos os sujeitos envolvidos em um processo podem apresentar as suas versões e alegações, é importante que a eles também se garanta a oportunidade de produzir provas a respeito daquilo que eles próprios afirmam e, mais do que isso, que se deixe claro, de antemão, quais serão os critérios utilizados pelo julgador para apreciar a demanda, na hipótese de os sujeitos processuais não conseguirem levar ao processo elementos fáticos suficientes para corroborar as suas afirmações.

É nesse sentido que Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (2003 apud LIMA, 2021, p. 573) chega a apontar o efeito motivacional que decorre das regras de distribuição do ônus da prova, afirmando que, por força dessas regras, *“as partes são estimuladas a provar as suas alegações, ante o risco da prova frustrada”*.

A importância da distribuição do ônus da prova na esfera processual é tão relevante que praticamente todo regramento processual positivado possui regulamentação específica sobre essa questão, sendo a distribuição do encargo probatório entre as partes – em maior ou menor grau – um ponto em comum entre o processo civil e o processo penal.

No que tange à distribuição do ônus da prova no processo administrativo, quer em relação a pessoas físicas (com arcabouço na Lei nº 8.112, de 1990) quer em relação a pessoas jurídicas (com foco na Lei 12.846, de 2013, e respectivo regulamento), o presente artigo buscou demonstrar a aptidão do art. 36 da Lei 9.784, de 1999, para o tratamento do tema, afastando-se a visão equivocada de que caberia

tão somente à Administração, de forma total e unilateral, fazer prova dos fatos sob apuração.

De fato, a solução proporcionada pela Lei Geral do Processo Administrativo é coerente com os princípios da lealdade processual e da presunção de inocência, haja vista o tratamento dado ao tema pelo CPC e pelo CPP, bem como as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano. **Interesses difusos e coletivos**. Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade – 7 ed. Ver atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2ed. Buenos Aires: Ediciones De Palma, 1982.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **A distribuição legal, jurisdicional e convencional do ônus da prova no novo código de processo civil brasileiro**. Revista Direito Mackenzie, 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_bibliotec/a/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Dir-Mackenzie_v.11_n.02.08.pdf. Acesso em 10/04/2021.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, v. 2.

GARCIA, Ana Maria. **Ônus da prova na Ação por Ato de Improbidade Administrativa**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, p. 126. 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/229870>. Acesso em 25/03/2022.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A presunção de inocência e o ônus da prova em processo penal**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais 23/3, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nov. 1994.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima** – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima** – 9. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **A prova na Ação de Improbidade administrativa (in) Prova no direito processual civil: Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes**. São Paulo: Verbatim, 2013. Disponível em: <http://lucon.adv.br/2016/wp-content/uploads/2018/07/A-Prova-na-a%C3%A7%C3%A3o-de-improbidade-administrativa-2.pdf>. Acesso em: 28/03/2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades de cada caso concreto**. Revista dos Tribunais, v. 862, p. 21, ago. 2007. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2853>. Acesso em 30/03/2022.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**. 3 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 7ª edição, salvador: Método, Volume único, 2015.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. Ed 2020, versão E-book.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa. **A Distribuição Dinâmica do ônus da Prova na Ação de Improbidade Administrativa**. O Ministério Público na Defesa da Probidade Administrativa: 46 - 75. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/Revista_Defesa_da_Probidade_Administrativa.pdf. Acesso em 02/04/2022.

TEIXEIRA, Marcos Salles. **Anotações sobre Processo Administrativo Disciplinar**. Versão de 24 de novembro de 2021. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/67133>. Acesso em 20/03/2022.

TRENTO, Simone. **Efetividade da Tutela Jurisdicional em matéria probatória; standard e ônus da prova**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p.161. 2012. Disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/27299>. Acesso em 08/03/2022.