

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Marcelo Luís Abreu e Silva

O ônus da prova no processo administrativo sancionador

MESTRADO EM DIREITO

**São Paulo
2018**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Marcelo Luís Abreu e Silva

O ônus da prova no processo administrativo sancionador

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito: efetividade do Direito, área de concentração Direito Administrativo, sob a orientação do Prof. Doutor José Roberto Pimenta Oliveira.

**São Paulo
2018**

Marcelo Luís Abreu e Silva

O ônus da prova no processo administrativo sancionador

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito: efetividade do Direito, área de concentração Direito Administrativo.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA:

A

Rita Abreu, minha mãe, com todo amor, ternura e gratidão.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pois nada acontece sem a sua permissão.

A São Francisco de Assis, a quem orei rogando a necessária inspiração.

Ao meu orientador Professor José Roberto Pimenta Oliveira, a quem devo o ingresso no Mestrado da PUC-SP, toda gratidão e respeito, pelos valorosos ensinamentos. Agradeço, ainda, pelas palavras de estímulo e confiança, desde a entrevista de admissão.

A Professora Dinorá Musetti Grotti, pelo importante aprendizado em sala de aula.

Ao amigo Raul Ciampolini Gutierrez e família, pela generosa hospitalidade em São Paulo e às demais amizades conquistadas no mestrado, a exemplo dos caríssimos Estevam Sartal e Sílvio Guidi.

A todos os colegas de atividade profissional, pela rica experiência na aplicação do direito administrativo. É momento, aqui, de agradecer à colega e amiga Angélica Guimarães, pelo incentivo à vida acadêmica, e homenagear, também, amigos como Daniel Majdalani, Eduardo Argolo, Lílian Azevedo, Márcio Novato, Daniel Tourinho e Carlos Nova, entre outros tantos nomes que estas breves linhas não permitem comportar.

A amiga Jane Novato Meireles, pelas lições aprendidas no início da minha carreira profissional.

Aos discentes dos cursos de Graduação e Pós-graduação da Universidade Salvador (UNIFACS), pelo aprendizado renovador e estímulo à busca infinita do conhecimento. Presto também aqui, na pessoa do amigo e colega Salomão Resedá, minha homenagem ao corpo docente dessa renomada instituição.

Aos irmãos Júlio César e Flávio Luiz, e ao meu pai, Raimundo Costa e Silva, entusiasta dos meus estudos.

Aos meus avós, Thereza e José Abreu, eternamente na minha memória.

À minha esposa Marta, pelo incondicional apoio, demonstrando toda sua generosidade e compreensão nos meus momentos de isolamento.

À minha mãe, Rita Abreu, exemplo de amor e virtude.

Todas as verdades são fáceis de perceber depois de terem sido descobertas. O difícil é descobri-las.

Galileu Galilei (1564-1642)

ABREU E SILVA, Marcelo Luís. *O ônus da prova no processo administrativo sancionador*. 201p. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, São Paulo, 2018.

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar o desenvolvimento da atividade probatória no processo administrativo sancionador. Adota-se como premissa a submissão do administrador público às garantias constitucionais deferidas ao acusado em geral, bem como a necessidade de um processo dialético na busca da verdade, no qual o órgão encarregado da instrução processual, enquanto parte, submeta-se aos riscos de não comprovar os fatos constitutivos da pretensão punitiva da Administração, com a possibilidade de absolvição do administrado por falta de provas, sem oportunidade de rediscussão da matéria em novo processo administrativo. O princípio da presunção de inocência seria aplicável como regra de julgamento, observando-se as peculiaridades que mantém o processo administrativo como subsistema autônomo dentro da ciência processual.

Palavras-chave: Direito administrativo. Processo administrativo sancionador. Sanção administrativa. Prova. Ônus da prova.

ABREU E SILVA, Marcelo Luís. *The burden of proof at the administrative sanctionatory procedure*. 201p. 2018. Dissertation (Master in Law). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, São Paulo, 2018.

ABSTRACT

This academic work proposes to examine the development of probative activity in the punitive administrative procedure. The assumption is based on the submission of the public administrator to the constitutional guarantees granted to the accused in general. The duty to apply the sanction will find limits in the principle of presumption of innocence, serving as guidance for the practice of procedural acts in an attempt to prove the truth. In this way, the Public Administration will be respecting due process of law.

Keywords: Administrative law. Punitive administrative procedure. Administrative sanction. Proof. Burden of proof.

ABREVIATURAS E SIGLAS

AIRR	Agravo de Instrumento em Recurso de Revista
AC	Apelação Cível
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgRg	Agravo Regimental
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
AP	Apelação
art.	artigo
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
c/c	cumulado com
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
CTN	Código Tributário Nacional
ED	Embargos Declaratórios
Edcl	Embargos Declaratórios
EResp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
HC	Habeas Corpus
MS	Mandado de Segurança
NCPC	Novo Código de Processo Civil
REsp	Recurso Especial

RHC	Recurso Ordinário em Habeas Corpus
RMS	Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
RR	Recurso de Revista
SNC	Secretaria Nacional do Consumidor
SNDC	Sistema Nacional de Defesa do Consumidor
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 PROVA, VERDADE E PROCESSO	15
1.1 APROXIMAÇÃO EPISTEMOLÓGICA – A VERDADE NA TEORIA DO DISCURSO E A VERDADE POR CORRESPONDÊNCIA – UM SENTIDO RELATIVO DE VERDADE	15
1.2 A RELEVÂNCIA DA VERDADE NO DIREITO: A LEGITIMAÇÃO DECISÓRIA.....	18
1.3 O TRATAMENTO DA VERDADE NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.....	21
1.3.1 A processualidade administrativa: acesso à ordem jurídica justa.....	21
1.3.2 A verdade no processo administrativo: rompendo os paradigmas da verdade material e formal.....	23
1.4 O CARÁTER INSTRUMENTAL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO	27
2 ILÍCITO E PROCESSUALIDADE ADMINISTRATIVA	29
2.1 O DEVER PUNITIVO DA ADMINISTRAÇÃO	29
2.2 O PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	32
2.3 PRINCÍPIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	40
2.3.1 Devido processo legal	41
2.3.2 Contraditório e ampla defesa	47
2.3.3 Presunção de inocência	52
2.3.4 Garantia da não autoincriminação	55
2.3.5 Formalismo moderado	58
2.3.6 Inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito	61
2.3.7 Vedação à reformatio in pejus.....	69
2.3.8 Duração razoável do processo	75
2.3.9 Proporcionalidade e razoabilidade	79
2.3.10 Motivação	83
2.3.11 O princípio do juiz natural (ou administrador competente).....	87
2.3.12 O princípio do <i>non bis in idem</i>	95
2.4 A INFLUÊNCIA DO DIREITO PROCESSUAL	102
2.4.1 Preliminarmente: a Lei Federal de Processo Administrativo, caráter generalizante e aplicação analógica pelo STJ.....	103
2.4.2 A integração com o direito processual penal	105
2.4.3 A integração com o direito processual civil.....	108

3	O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	110
3.1	PROVA	110
3.1.1	Aspectos gerais: conceito, função, objeto da prova	110
3.1.2	Meios de prova	113
3.2	O ÔNUS COMO POSIÇÃO JURÍDICA.....	119
3.3	O ÔNUS, DEVERES, FACULDADES E OBRIGAÇÕES.....	121
3.4	ÔNUS DA ALEGAÇÃO E ÔNUS DA PROVA	123
3.5	ÔNUS DA PROVA SUBJETIVO E OBJETIVO E O PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO PUNITIVA DA ADMINISTRAÇÃO.....	126
3.6	AS PRINCIPAIS TEORIAS SOBRE O ÔNUS DA PROVA.....	127
3.7	A DISCIPLINA LEGAL DO ÔNUS DA PROVA: PANORAMA NORMATIVO	130
3.7.1	A disciplina na Lei Federal de Processo Administrativo	130
3.7.2	Processo disciplinar: o parâmetro da Lei nº 8.112, de 1990	131
3.7.3	Alguns processos sancionadores nas agências reguladoras: os exemplos da ANATEL e ANAC.....	133
3.7.4	Processos perante o Tribunal de Contas da União: o dever de prestar contas e a inversão <i>ope legis</i> do ônus da prova.....	135
3.7.5	Diplomas integradores do processo administrativo	137
3.7.5.1	O ônus da prova no Código de Processo Penal	137
3.7.5.2	A distribuição legal, judicial ou convencional do ônus da prova no Código de Processo Civil.	139
3.8	ÔNUS DA PROVA E INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA	141
3.8.1	A infração administrativa: elementos e excludentes	142
3.8.2	O ônus da prova em relação aos elementos da infração	148
3.8.2.1	Ônus da Administração	148
3.8.2.2	Ônus do administrado.....	151
3.9	PRESUNÇÕES ADMINISTRATIVAS E A SUPOSTA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA	154
3.10	ÔNUS DA PROVA E O PRINCÍPIO DO <i>IN DUBIO PRO REO</i>	159
	CONCLUSÃO	162
	REFERÊNCIAS.....	173

INTRODUÇÃO

A constitucionalização do processo administrativo teve a importante consequência de internalizar na formação do ato decisório, inclusive o sancionador, direitos e garantias até então discutidos apenas no âmbito da função jurisdicional.

Os acusados de praticar ilícitos administrativos contam, agora, com amplo respaldo constitucional contra a arbitrariedade da Administração. Destacadamente, pode-se citar os princípios do contraditório e da ampla defesa, conferidos, sem reserva, aos litigantes em processo administrativo.

Entre os pressupostos para aplicação da penalidade administrativa acha-se o efetivo cometimento de uma conduta tipificada na norma sancionadora. Não é outra a função do processo administrativo sancionador, senão possibilitar, num contexto democrático, a demonstração da ocorrência do ato ilícito, mediante decisão fundamentada da autoridade competente.

No entanto, o processo administrativo ainda se ressentia da falta de maior disciplina sobre o ônus da prova. O interesse público na descoberta da verdade faz com que o tratamento da prova se resume à afirmação do princípio da verdade material, amparado no discurso de dever probatório amplo sobre todas as questões relevantes para a decisão.

É preciso, porém, refletir sobre tal amplitude, ordenando racionalmente qual o papel desempenhado pelos sujeitos do processo administrativo. Nesse contexto, a descoberta da verdade há de se fazer dialeticamente entre a Administração, detentora de uma pretensão punitiva, e o acusado, enquanto destinatário do ato final sancionador.

No primeiro capítulo serão desenvolvidas considerações sobre a conexão entre a verdade, conhecimento e processo administrativo. Busca-se, com isto, apresentar os principais conceitos filosóficos de verdade e definir qual melhor se adequa ao objeto dos sujeitos processuais na investigação do ato ilícito.

No segundo capítulo, proceder-se-á ao exame das características do processo administrativo sancionador e sua relevância enquanto meio único para legitimação da penalidade administrativa. Seus princípios, que reforçam as garantias processuais do acusado, em especial a presunção de inocência e garantia de não autoincriminação, tendem a aproximá-lo do garantismo penal.

O terceiro capítulo, por sua vez, investiga a morfologia do ônus da prova enquanto

categoria jurídica, ao lado dos deveres, obrigações e faculdades processuais. Compreendendo o ônus estaticamente previsto em lei, as partes saberão quais as melhores estratégias processuais que poderão desenvolver para comprovação dos fatos aportados.

Todavia é preciso enfrentar a validade do ônus da prova dinâmico no processo administrativo sancionador. O novo Código de Processo Civil abarcou a medida, diante de peculiaridades relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo probatório. A discussão revela-se pertinente, já que, na perspectiva penal, aquele que imputa o ato ilícito teria o ônus da prova.

Não menos relevante é a aplicação do devido processo legal no julgamento da causa, quando a prova do ilícito administrativo não for suficiente para afastar o estado de incerteza no espírito do julgador, obrigado a decidir sobre a absolvição ou responsabilidade, já que não lhe é reservado o *non liquet*.

Ao fecho serão apresentadas nossas conclusões – almejando-se demonstrar a aproximação da processualidade administrativa sancionadora, por meio do ônus da prova, aos preceitos garantistas extraídos das normas constitucionais, inserindo-o em uma disciplina específica, próxima ao processo penal, porém sem comprometer a autonomia do subsistema processual administrativo – seguidas da correspondente indicação das obras consultadas para a elaboração da presente dissertação.

1 PROVA, VERDADE E PROCESSO

1.1 APROXIMAÇÃO EPISTEMOLÓGICA – A VERDADE NA TEORIA DO DISCURSO E A VERDADE POR CORRESPONDÊNCIA – UM SENTIDO RELATIVO DE VERDADE

O estudo da prova representa um dos pontos mais sensíveis da ciência processual. Por ela se busca a convicção sobre a existência da verdade dos fatos capazes de realizar a vontade do direito. Conforme preconiza Michele Taruffo, o estudo da prova transcende o fenômeno processual e até jurídico, espalhando-se para os terrenos da lógica, epistemologia e psicologia.¹

Por meio das provas ocorre a justificação dos fatos relevantes para o direito. Uma decisão que busque aplicar o direito sem provas ou provas suficientes resultará na negação da justiça, na instituição do arbítrio ou na adoção da mera suspeita como fundamento de obrigações ou castigos só aparentemente legitimados pelo Estado.

O afastamento da injustiça se opera quando os fatos apresentados na fundamentação jurídica são verdadeiros. A prova, nesse contexto, figura como elemento que liga o mundo dos fatos ao juízo de veracidade razoavelmente necessário para transformar o comando abstrato da lei em norma concreta, conforme se dá, normalmente, no exercício das funções administrativa e jurisdicional.

É certo não ser possível, nem é o objetivo deste trabalho, a atribuição de conceito apriorístico à verdade. Ela repousa nos domínios da Filosofia. Mas, sem dúvida, a verdade encontra-se associada ao êxito do processo cognoscitivo. Variável é o método utilizado: resultante de um processo mental, linguístico ou semiótico.²

Entre os que se dedicaram ao estudo da verdade, Habermas, em sua teoria consensual, mencionado na obra de Alexy, defende que: “[...] eu só posso atribuir um predicado a um objeto se também qualquer outro que puder entregar num diálogo comigo atribuir ao objeto o mesmo predicado”. Nesta perspectiva, “a condição para a verdade das proposições é o potencial acordo de todos os demais”.³

Como explica Habermas, a razão comunicativa diferencia-se da razão prática na medida em que não fica limitada a nenhum sujeito singular nem a um macrossujeito sociopolítico.

¹ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 2.

² ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 994.

³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 108.

Dessa forma, o que possibilita a razão comunicativa seria o *medium* linguístico, por meio da qual as interações se estabelecem e as formas de vida se estruturam.⁴

As ideias preconizadas pelo autor representam uma tentativa de aproximar a verdade não no objeto ou no sujeito, mas no discurso. Dessa forma, o sujeito irá interagir com os demais, a fim de atingir um consenso sobre o significado e a definição do objeto, substituindo a subjetividade pela intersubjetividade. Nesse consenso, haveria uma aceitação prévia dos critérios necessários para aceitação de qualquer comunicação, o que se denomina de interação.⁵

Para Robert Alexy, a verdade, dentro do consenso comunicativo, origina-se do discurso sobre a experiência de um dos sujeitos envolvidos neste. Seus atos de fala veiculariam proposições cujos enunciados descritivos ostentam uma pretensão de validade, baseada em certos pressupostos. A verdade pressuporia a fundamentação contida nesses discursos, de acordo com os parâmetros desse processo comunicacional.⁶

Pelas pretensões de validade, segundo Habermas, determina-se o modo de manifestação dos sujeitos baseando-se na verdade, retitude, adequação ou a inteligibilidade, incluindo a correção no uso dos meios de expressão. Neste cenário, proceder-se-ia à análise de enfoque semântico das formas de enunciados. Pode-se falar, assim, em: orações descritivas, destinadas à constatação de fatos suscetíveis de serem asseverados ou negados sob o aspecto da verdade de uma proposição; orações normativas, que servem para justificar ações na perspectiva da retitude ou da justiça na forma de atuar; orações valorativas, as quais permitem um juízo sob o aspecto dos *standards* de valor ou do que é bom e, finalmente, explicações de regras que servem à definição de operações, tais como falar, classificar, calcular, deduzir, julgar; avaliando a inteligibilidade ou correção formal das explicações simbólicas.⁷

Marinoni e Arenhart expõem que, pela teoria de Habermas, a comunicação espontânea se estabelecerá quando houver consenso entre as pretensões de validade. Mas se alguma pretensão for contestada, o consenso é perturbado e a comunicação entra em crise. Havendo lesão à pretensão de compreensibilidade, o equilíbrio pode ser tomado no contexto da interação. Todavia, em relação às pretensões de verdade e justiça, “a superação da contestação apenas pode ser atingida fora da situação em novo tipo de diálogo o discurso ou comunicação

⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia, entre a facticidade e validade*. Tradução de Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 20.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 48-49.

⁶ *Ibidem*, p. 110-111.

⁷ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Tauros, 1998, p. 64-65.

argumentativa”. De maneira que “todas as pretensões ficam suspensas, até que a assertiva seja confirmada ou refutada (em discurso teórico) ou até que a norma seja considerada legítima ou ilegítima (por meio do discurso prático).”⁸

Dessas considerações emerge a importância do procedimento na conformação da verdade. Os autores precitados afirmam que desde de Aristóteles já se debatia sobre a existência de uma “ordem isonômica” na qual a técnica probatória da busca da verdade estaria calcada na dialética, que compreenderia uma cooperação involuntária entre os participantes do discurso. São conclusivos ao afirmar que a ordem isonômica deve se desviar, de um lado, da “tentação da demonstração científica” e, por outro, “da degeneração da violência verbal”.⁹

O procedimento, neste compasso, constituir-se-á em ambiente não para “descobrir” a verdade, senão para construí-la dentro do possível, tomando por base as versões parciais apresentadas pelos sujeitos em diálogo, o que permitirá o julgador guiar a aplicação da lei ao caso concreto, dentro daquilo que lhe pareça real.¹⁰

A concepção da verdade como consenso não transita sem asseveradas críticas na ciência processual. Na concepção de Taruffo, o pensamento habermasiano, ao exaltar o procedimento, acaba fazendo crer que a verdade seria algo inexistente, quando, a rigor, trata-se apenas da dificuldade em se reconstruí-la. Para combater o que denomina de “verifobia”, sua crítica pretende, em última análise, realocar o processo como instrumento de descoberta de uma verdade objetiva.¹¹

Com efeito, no lugar da verdade como discurso, ingressaria a verdade como correspondência entre o fato e a afirmação que se faz sobre ele. Explicando o pensamento de Taruffo, Marinoni e Arenhart descrevem os seguintes fundamentos em prol da verdade por correspondência: (i) a existência de um mundo externo; (ii) os enunciados referentes aos acontecimentos do mundo real ou são verdadeiros ou falsos quanto à efetiva ocorrência no (iii) e potencialidade de conhecimento dessa verdade objetiva.¹²

⁸ Os autores apresentam as seguintes consequências da teoria consensual: (i) verdade e legitimidade não são conceitos absolutos, pois dependem do consenso discursivo, operando-se um deslocamento da formulação da verdade e da legitimidade para a intersubjetividade; (ii) o verdadeiro e o falso passarão a ter origem não nas coisas ou no individual, mas no procedimento; (iii) as normas e afirmações devem constantemente ser justificadas e legitimadas, como forma de garantir-lhes o consenso. MARINONI; ARENHART, 2015, p. 50.

⁹ Ibidem, p. 53.

¹⁰ Ibidem, p. 55-56.

¹¹ TARUFFO, Michele. Contro la veriphobia: osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 65, n. 5, p. 995-1011, 2010, p. 955-1011 et seq.

¹² MARINONI; ARENHART, 2015, p. 58.

Ocorre que uma verdade objetiva, totalmente parametrizada no mundo empírico, não é possível de ser alcançada. Longo é o trajeto entre suspeita do fato até a formação do juízo de certeza. Neste espaço, existe uma grande variação de estágios do convencimento humano, que também corresponde a uma gradação no valor dos elementos que determinam referidos estágios de convicção.¹³

Nada obstante, o pensamento de Taruffo não implica que a verdade objetiva seja coincidente com a verdade absoluta. Objetiva-se alcançar uma verdade cognoscível ou demonstrável, aduzindo-se os motivos pelos quais um enunciado descritivo será verdadeiro. Trata-se, pois, de uma verdade sempre relativa. As limitações cognitivas do homem lhe permitiriam somente dispor de uma impressão de verdade, sobre a qual recai um juízo subjetivo de certeza sobre a veracidade de um fato.¹⁴

Observa-se que as duas correntes coincidem no sentido de considerar a atuação do sujeito na conformação da verdade. Tanto o discurso, oriundo da intersubjetividade, quanto o caráter relativo da verdade por correspondência reforçam a atuação cognitiva do homem para o alcance de uma verdade possível, requerida para a aplicação do direito.

1.2 A RELEVÂNCIA DA VERDADE NO DIREITO: A LEGITIMAÇÃO DECISÓRIA

O direito, segundo Kelsen, valora condutas humanas e as insere em enunciados estipuladores de comandos ou permissões.¹⁵ À conduta contrária à prescrição determinada, o direito comina a sanção, tida como castigo ou mal impingido ao sujeito infrator.¹⁶

No direito, a verdade dos fatos constitui o pressuposto para a justa aplicação da norma jurídica. Representa, no campo sancionador, que a pena só poderá ser aplicada a partir da real existência de um comportamento que desestabilize a ordem jurídica.

Enquanto ordem ética, o direito não consente que as restrições sejam promovidas com base em fatos inverídicos.¹⁷ Do contrário, faltaria segurança na sociedade: qualquer pessoa

¹³ FÁBREGA, José. *Teoria general de la prueba*. 2. ed. Bogotá: Gustavo Ibañez, 2000, p. 19

¹⁴ TARUFFO, Michelle. *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009a, p. 78-79. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e vonvicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 58-59.

¹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. Tradução de de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 19.

¹⁶ *Ibidem*, p. 37.

¹⁷ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. 15ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 41-42.

estaria sujeita a responder por condutas aleatoriamente imputadas, a partir de um ordenamento capaz de legitimar o abuso do próprio Estado.

A segurança, propiciada pela verdade dos fatos, há de ser entendida, aqui, enquanto valor a ser alcançado em determinada sociedade. Seria o que Humberto Ávila denomina de concepção axiológica da segurança, a qual “pode igualmente denotar um ideal político, como ideal de justiça ou de política do direito com o qual determinado ordenamento possa ser cotejado”.¹⁸

Dworkin, ao tratar da sociedade de riscos, igualmente, assinala a necessidade de que a condenação provenha de padrões de exatidão previamente estabelecidos, constituindo-se em exigência moral imposta à sociedade, sob pena de legitimação de condutas injustas e mentirosas.¹⁹

A norma jurídica e a realidade, decerto, não são coincidentes. Esta, como afirma Tércio Sampaio Ferraz Júnior, é “captada por um conglomerado concreto de elementos heterogêneos ou singularmente homogêneos, juridicamente não ordenados”.²⁰ Na aplicação da norma, o operador do direito deve realizar o exame valorativo e prudencial sobre a adequação da norma à realidade posta.

Entre a realidade e aplicação da norma jurídica existe, portanto, a atuação do sujeito, encarregado da sua aplicação. E a verdade do julgador não é infalível. Como observa Eros Roberto Grau, qualquer correspondência entre o relato e objeto é impura. Toda descrição resulta não da realidade, mas do modo de se ver a realidade, aliada à pré-compreensão que se tem dela.²¹

Ainda que seja tomada neste perfil relativizado, a verdade insere-se naquilo que Luigi Ferrajoli denomina de “modelos de justificação no direito”. Esses modelos traçam um perfil do que seria suficiente para legitimar uma decisão. É possível que uma decisão seja tomada com base no considerado “útil” ou “satisfatório e “aceita ou justificada em algum sentido da palavra, inclusive prescindindo da verdade de suas proposições e até de sua capacidade para serem qualificadas como verdadeiras ou falsas”, como sucede no campo governamental.²²

¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.123.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 116.

²⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 143.

²¹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre interpretação e aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 37.

²² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 69.

Entretanto, partindo-se para a seara sancionatória, a simples aceitação daquilo que se afigura como útil ou de acordo com o consenso da comunidade, não se releva suficiente para garantir a legitimação do ato estatal. Dentro de uma visão garantista do direito, a sanção não pode prescindir da verdade sobre a existência dos pressupostos fáticos e jurídicos, por meio de uma relação de correspondência entre o real e o que se afirma.

Embora se refira ao liberalismo penal, é válida a lição de Ferrajoli ao propor a exclusão “tanto da justificação instrumentalista ou utilitarista quanto consensualista ou democrática ou democrática das decisões punitivas”. Assim, defende que

[...] a única justificação aceitável das decisões é a representada pela verdade de seus pressupostos jurídicos e fáticos, entendida a verdade como correspondência mais aproximada possível da motivação às normas aplicadas e aos fatos julgados. Só se referidos à verdade como correspondência podem os critérios de coerência e da aceitabilidade justificada impedir, de fato, a prevaricação punitiva pelo único interesse ou vontade mais ou menos geral e vincular o juízo à estrita legalidade, ou seja, aos fatos empíricos previamente denotados pela lei como puníveis.²³

Num regime de liberdades públicas, a sanção não pode surgir da utilidade ou do simples desejo coletivo de punir. A pena não pode resultar do arbítrio, antes exigindo a estrita correspondência dos pressupostos de fato e à efetiva ocorrência da conduta praticada, em respeito às garantias individuais do acusado e da justa aplicação da sanção.

Ao menos no campo sancionador, a verdade por correspondência é que representará o parâmetro legitimador da decisão estatal. Em que pese o embasamento teórico da verdade por consenso, sua acolhida, neste campo, mostra-se impertinente.

Primeiro, o dissenso é a regra na aplicação da sanção. Ao final do processo cognitivo, o acusado é coagido à sanção, ainda que não esteja convencido da sua responsabilidade. Significa que o consenso almejado no discurso não desempenha o esperado papel justificador da aplicação da pena.

Segundo, ainda que o acusado voluntariamente aceite as pretensões de validade presentes do discurso estatal – caso em que haverá consenso entre os sujeitos envolvidos no discurso –, o Poder Público, ainda assim, continuaria no dever de demonstrar a verdade da incoação.

Já na relação de correspondência entre o objeto e o enunciado, a decisão sancionadora legitima-se, pura e simplesmente, porque o Estado conseguiu demonstrar que o comportamento

²³ Ibidem, p. 70.

descrito como fato gerador da sanção realmente ocorreu no mundo empírico, atraindo a convicção suficiente de verdade sobre os acontecimentos.

1.3 O TRATAMENTO DA VERDADE NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

1.3.1 A processualidade administrativa: acesso à ordem jurídica justa

Ao direito administrativo, reservado à disciplina de uma das funções do Estado, também se atribui uma natureza processual. Acentuava Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que o direito administrativo e o direito judiciário compartilham normas jurídicas de organização do Estado e normas disciplinadoras da ação estatal.²⁴

O Estado desempenha um poder funcional: deve manejá-lo para satisfazer interesses que não são próprios. Na tutela desses interesses, desempenha funções públicas e constitui relações jurídicas, mediante a edição de normas com diferentes características: gerais ou individuais, concretas ou abstratas.²⁵

Da previsão da competência, na Constituição e nas leis, até a efetiva manifestação da vontade, o Estado desenvolve uma sequência encadeada de atos em cujo término se terá um resultado conclusivo. Esse itinerário, ao tempo que exterioriza a função pública, faz com que seu desempenho venha aderir à realidade social.

Trata-se de procedimento desenvolvido em sucessivas etapas, logicamente entrelaçadas, até o resultado final. Referindo-se à função administrativa, explica Odete Medauar que tal procedimento subdivide-se em: (i) procedimento em sentido estrito, aparecendo a Administração como único sujeito ou (ii) processo, caracterizando-se pela participação em contraditório dos outros sujeitos.²⁶

²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. I, p. 67.

²⁵ A instauração de um processo exterioriza a função pública, antecedendo o ato estatal que será finalisticamente introduzido no mundo jurídico, como bem lecionado por Feliciano Benvenuti. BENVENUTTI, Feliciano. *Funzione Amministrativa, procedimento e processo*. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. Milão, v. 2, p. 119-145, jan./mar, 1952, p. 121.

²⁶ É importante acrescentar que o uso das palavras processo e procedimento administrativo ainda rende controvérsia. Uma doutrina restringe o vocábulo processo à função jurisdicional. Com efeito, procedimento seria a palavra para designar a sequência de atos destinados ao exercício da função administrativa. MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 38-39. Cf. OLMEDO, Jorge Clariá. *Derecho procesal: conceptos fundamentales*. T. I. Buenos Aires: Deplama, 1989, p. 129 e Cf. também CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 5 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996. t.II, p. 306-207.

Na doutrina nacional, Lúcia Valle Figueiredo, interpretando o art. 5º, LV, reserva o termo processo para

Adotando essa perspectiva, processo e procedimento administrativo seriam realidades distintas, embora interligadas. O procedimento representa apenas a sequência de atos, que pode desenvolver-se sem a participação do administrado. Exemplos disso são as formalidades necessárias para deflagrar licitação pública, na qual há, em princípio, um fluxo de atos e informações apenas entre unidades administrativas. Caso o procedimento se qualifique pela atuação do administrado em defesa dos seus interesses, o contraditório se instaura, dando vazão às garantias processuais que limitam a atuação do administrador.

Mas invocar o processo, por si só, não representa garantia ao indivíduo. O contraditório precisa ser efetivo. Do contrário, o processo servirá de subterfúgio para ocultação da arbitrariedade. Lembrem Sérgio Ferraz e Adilson Dallari que no “processo” adotado pela Inquisição, no julgamento dos acusados por bruxaria, o processado era apenas inserido numa armadilha para jamais sair com vida ou integridade.²⁷

Na lição dos autores, é indispensável que a haja o equilíbrio entre o administrado e a Administração, de forma a “trazer para o interior do conceito de direito administrativo o indivíduo como tal, isto é, como administrado”.²⁸ Este se encontra investido em poderes em face da Administração antes mesmo de ser editado o ato administrativo que afetará seus interesses.

situações em que houver controvérsia efetiva, como nas punições de modo geral. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 438.

Já Carlos Ari Sundfeld reconhece a preocupação doutrinária em reservar o termo processo para afirmar a incidência de princípios processuais. Entende, porém, que o uso doutrinário da expressão processo administrativo não goza de efeito prático. Não seria a expressão que determinaria a incidência ou não de princípios que investem o administrado em garantias. Assim, prefere tratar de forma indiferente as expressões em questão. SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução ao Processo Administrativo. In: Sundfeld, Carlos Ari (Coord). *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 19.

Celso Antônio Bandeira de Mello reconhece o uso tradicional do termo procedimento no âmbito do direito administrativo. Considera, porém, que “a terminologia adequada para designar o objeto em causa é ‘processo’, sendo ‘procedimento’ a modalidade ritual de cada processo. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 504.

Nada obstante, cremos que o direito positivo deu importante contribuição orientadora: A Lei 12.529, de 2011, conhecida como Lei Antitruste, dispôs no art. 69, que “o processo administrativo, procedimento em contraditório, visa a garantir ao acusado a ampla defesa a respeito das conclusões do inquérito administrativo, cuja nota técnica final, aprovada nos termos das normas do CADE, constituirá peça inaugural”. Portanto, o procedimento é considerado um dos elementos do processo. Puramente, define no qual os atos administrativos vão se suceder. BRASIL. Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*. 2 dez. 2011.

²⁷ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 25.

²⁸ *Ibidem*, p. 22.

A participação do administrado representa manifestação do princípio democrático. Como acentua Canotilho, reflete-se na contribuição para o exercício do poder, contendo uma dimensão correspondente às garantias de organização e de processos com transparência democrática, assim como direitos subjetivos a prestações sociais, econômicas e culturais.²⁹

O fenômeno processual em sede administrativa pode ser sintetizado, nas palavras de Vera Monteiro, como acesso a uma ordem jurídica justa enquanto novo canal de participação social, no qual se disciplina a produção da vontade administrativa para “permitir a proteção dos direitos dos administrados e o melhor atendimento dos fins da Administração”.³⁰

É fundamental, portanto, que a decisão estatal seja construída dialeticamente, a partir de perspectivas da Administração e do administrado, contribuindo para a consciência de que a decisão estatal foi tomada de forma justa e ponderada. Nesta dialética processual, o Poder Público “[...] conhece, previamente à decisão, os prós e os contras de adotá-la, o que permite atuar de forma mais ponderada e segura, sempre tendo como finalidade máxima a satisfação do interesse público”, conforme explicado por Angélica Petian.³¹

1.3.2 A verdade no processo administrativo: rompendo os paradigmas da verdade material e formal

Dentro do direito, as verdades material e formal representam categorias criadas para definir o nível de acesso do julgador aos meios destinados à investigação da verdade dos fatos. Enquanto na verdade material o julgador teria alguma margem de liberdade de apuração, na verdade formal o conhecimento dos fatos dependeria essencialmente da disposição das partes.³²

Costuma-se invocar, embora de forma imprecisa, como ilustração da verdade material a iniciativa probatória complementar e supletiva deferida ao juiz criminal;³³ da verdade formal a jurisdição civil, reforçando-se a atuação probatória das partes em detrimento da iniciativa juiz, este associado à figura de mero espectador.³⁴

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. São Paulo, 1999, p. 279.

³⁰ MONTEIRO, Vera. As leis de procedimento administrativo: uma leitura operacional do princípio constitucional da eficiência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *As Leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 343.

³¹ PETIAN, Angélica. *Regime jurídico dos processos ampliativos e restritivos de direito*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 93.

³² FERRAZ; DALLARI, 2012, p. 33.

³³ Cf. BRASIL. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Exposição de motivos do Código de Processo Penal. Ministro da Justiça Francisco Campos, 08/09/1941. *Diário Oficial [da] União*. 13 out. 1941.

³⁴ Veja-se, historicamente, que o Código de Processo Civil de 1973 não dispôs sobre a iniciativa judicial em

A liberdade que a lei defere à Administração para a busca da verdade faz com que a doutrina eleve a verdade material à categoria de princípio do processo administrativo.³⁵ Assim, seria lícito a Administração ir em busca das provas, ainda que o administrado não faça prova da sua alegação, considerando a possibilidade de o fato afirmado interferir na aplicação da lei. Bandeira de Mello, sobre o assunto, foi enfático ao asseverar a “prescindência do que os interessados hajam alegado e provado.”³⁶

Na Lei 9.784, de 1999, que disciplina o processo administrativo no âmbito da Administração Pública da União, a verdade material costuma ser identificada no art. 29, §1º, ao prever que “o órgão competente para a instrução fará constar dos autos os dados necessários à decisão do processo”³⁷.

É que a validade do ato administrativo exige motivos que estejam embasados no efetivo diagnóstico da realidade. Sem isso, não terão aptidão para preencher o suposto de fato da norma jurídica e, neste caso, a medida deverá ser retirada do mundo jurídico, em cumprimento ao dever de observância à lei.

Ao se assumir a verdade por correspondência como modelo de justificação, torna-se imperioso demonstrar como tal verdade se manifesta no processo administrativo. É dizer: como a administrador formará sua convicção sobre da verdade dos acontecimentos e, mais ainda,

matéria probatória. Ao contrário, sua exposição de motivos enaltece o dever ético das partes em dizer a verdade. Cf. BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] União*. 17 jan. 1973.

³⁵ Nesse sentido, cf. Odete Medauar: “A Administração deve tomar decisões com base em fatos tais como se apresentados na realidade, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos.” MEDAUAR, 1993, p. 121.

Segundo Ferraz e Dallari: “[...] a Administração deve tomar decisões com base em fatos tais como se apresentados na realidade, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos.” FERRAZ; DALLARI, 2012, p. 134.

Concepción Barrero Rodriguez afirma que “[...] la prueba no se circunscribe a los hechos controvertidos para las partes, puesto que debe extenderse, siempre, al presupuesto de hecho de la resolución.”, acrescentando, ainda, que os órgãos encarregados da instrução processual “cuentan con una capacidad de aportación y verificación de datos desconocida por las normas reguladoras de la prueba civil al disponer de amplios poderes para acordar de oficio las (pruebas) que juzgue pertinentes.” RODRIGUEZ, Concepción Barrero. *La prueba en el procedimiento administrativo*. Navarra: Aranzadi, 2001, p. 129.

³⁶ BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 520.

³⁷ Interessante notar que o art. 63, §3º, da Lei 13.019, de 2014, expressamente consagrou a “verdade real” no processo de prestação de contas das entidades da sociedade civil que celebrarem parcerias com a Administração Pública, a fim de comprovar o do alcance das metas e dos resultados esperados com a avença. BRASIL. Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nos 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. *Diário Oficial [da] União*. 1º ago. 2014.

como deverá aplicar a lei quando não estiver convencido sobre a verdade dos fatos.

Revolvendo a literatura processual, observa-se pensamentos que negam radicalmente a possibilidade de atingimento da verdade. Bazarian afirma tratar-se de algo inalcançável, seja em relação aos fatos processuais como em relação a todo e qualquer fato.³⁸ Haveria, portanto, uma impossibilidade absoluta de conhecimento dos fatos, com consequente inafastabilidade do ônus da prova como critério de julgamento.

Entre as posições que negam a verdade no processo há aquela, ainda, que a considera supérflua, posto que a finalidade do processo se resumiria à resolução de conflitos e, para o cumprimento desse escopo, seria admitido, inclusive, o acerto falso dos fatos.³⁹ Sobre tal ponto de vista, Gustavo Badaró identifica que a concepção proposta se baseia na valorização exacerbada da liberdade, da autonomia e da iniciativa individual das partes, associada aos processos civis.⁴⁰

Embora a pacificação social encontre-se inegavelmente na noção de bem comum que norteia a finalidade do Estado, a subordinação da verdade à simples vontade das partes se mostra equivocada até mesmo no campo do processo civil. O caráter público do processo e a jurisdicionalização dos conflitos transindividuais requerem uma leitura atualizada das supracitadas noções de verdade, tendo em vista os poderes instrutórios deferidos ao juiz civil.⁴¹

A verdade também pode parecer prescindível àqueles que a imaginam como elemento puramente retórico. Nesse ponto de vista, a verdade dos fatos não seria o escopo primordial dos profissionais que funcionam no processo, já que visariam apenas a persuadir o juiz das suas alegações. A verdade seria útil apenas quando contribuísse na sustentação do discurso que estivessem a desenvolver.⁴²

O radicalismo teórico não descreve o que de fato acontece. A verdade é possível de ser reconstruída mentalmente pelo julgador, porém nunca de forma absoluta. A reconstrução da realidade histórica no processo estatal encontra-se permeada de ruídos e hiatos. Michele Taruffo foi assertivo ao afirmar que no âmbito do processo se pode falar somente de verdade relativa e

³⁸ BAZARIAN, Jacob. *O problema da verdade: teoria do conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 74.

³⁹ A posição é defendida por Francesco Mauro Iacoviello. Cf. IACOVIELLO, Francesco Mauro. *Prova e accertamento del fatto nel processo penale riformato della Corte Costituzionale: Cassazione penale*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 2029.

⁴⁰ BADARÓ, Gustavo. *Ônus da prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 25.

⁴¹ KARAN, Maria Lúcia. Sobre o ônus da prova na ação penal condenatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 35. p. 55-73, jul./set., 2001.

⁴² TARUFFO, Michelle. *La prueba*. Santiago: Metropolitana, 2009, p. 27-35.

contextualizada, do mesmo modo que se pode falar de processos mais ou menos orientados a favorecerem a busca da verdade”.⁴³

Nem por isso a verdade deixará de ser elemento indispensável para o direito, com sua consequente busca por meio do processo. Como acentua Taruffo, a renúncia à verdade representaria a abdicação da justiça na decisão.⁴⁴ E o processo, como explica Gustavo Badaró, seria reduzido “a um mero método de resolução de conflito de partes, no qual o fim de pacificação social pode ser atingido independentemente do modo de atuação e da exigência de uma reconstrução verdadeira dos fatos.”⁴⁵

A justiça, no caso concreto, dependerá, portanto, de um conhecimento verdadeiro dos fatos, representado pela certeza da sua ocorrência ou inoocorrência no mundo fenomênico. No entanto, verdade e certeza não se confundem. A verdade pressupõe a concordância entre o objeto e a representação desenvolvida por alguém.⁴⁶ A certeza, por sua vez, seria a “manifestação subjetiva da verdade”.⁴⁷ Noutras palavras, a convicção de que a citada relação de correspondência é veraz.

A afirmação implica reconhecer que verdade e certeza não necessariamente caminham juntas. O julgador pode considerar como certo um fato falso ou, ainda, não considerar crível um fato verdadeiro. A certeza, portanto, pode incidir tanto sobre fatos verdadeiros quanto falsos, dada a natural falibilidade humana.⁴⁸

De outro lado, a descoberta da verdade impõe um juízo de investigação dos fatos. Não se trata de uma atividade objetiva, senão de um processo cognoscitivo de reconstrução histórica. Calamandrei já afirmava que o juiz, assim como o historiador, é chamado a perquirir um evento passado, apurando a sua verdade.⁴⁹ Essa atividade jamais permitirá o alcance de certeza absoluta, embora possa resultar suficiente para firmar seu convencimento sobre a veracidade dos fatos.

Trata-se de uma certeza processual, de ordem subjetiva, para que o julgador tenha segurança na correspondência entre determinada descrição da realidade e o mundo real.

⁴³ TARUFFO, 2009, p. 105.

⁴⁴ Ibidem, p. 157.

⁴⁵ BADARÓ, 2003, p. 25.

⁴⁶ Ibidem, p. 26.

⁴⁷ DINAMARCO, Cândido. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.p. 236.

⁴⁸ Ibidem, p. 26.

⁴⁹ CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Milano, v. XVII. p. 105-128, 1939, p. 105.

Significa que o julgador deve buscar uma certeza possível dentro dos entraves naturais às atividades investigatórias. Na lição de Gustavo Badaró, “aquela certeza que se pode atingir, com as limitações epistemológicas a que todo juízo baseado em reconstrução histórica está sujeito e às quais devem se somar as restrições processuais à descoberta da verdade”.⁵⁰

Conclui-se assim, que a verdade obtida no processo administrativo assume caráter sempre relativo, independentemente das prerrogativas conferidas à Administração para investigação dos fatos. Isso, contudo, não infirma o valor da verdade na certificação dos fatos que determinam a atuação do administrador. É preciso que, pelos elementos de prova, o administrador esteja certo da verdade, para tanto demonstrando como se chegou a esse juízo subjetivo.

É, pois, o que Michelle Taruffo afirmou, ao representar a verdade e certeza como categorias diferentes: a primeira de ordem objetiva, consistente na representação do objeto descrito e a segunda, de caráter subjetivo, representando a convicção sobre a existência dessa verdade, suficiente para o sistema jurídico como embasamento para a prática do ato.⁵¹

1.4 O CARÁTER INSTRUMENTAL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

O sistema processual não é um fim em si mesmo: consiste em mecanismo institucionalizado para aplicação justa do direito material, além de atender escopos sociais e políticos. Nesse sentido, Dinamarco afirma ser cabível ao processualista

[...] estar atento à indispensável visão orgânica da interação entre o social, o político e o jurídico. Há de estar informado dos conceitos e sugestões que outras ciências lhe possam fornecer e conhecer a vivência do processo como instrumento, conhecer a sua potencialidade a conduzir a resultados, ter a sensibilidade para as suas deficiências, disposição para concorrer para seu aperfeiçoamento.⁵²

A pacificação social também deve ser buscada pela Administração Pública. A simples garantia de acesso à jurisdição não autoriza que o administrado seja remetido à via mais onerosa para resolução de conflito. O mesmo se diga em relação à possibilidade de resolução consensual. Com efeito, a ordem jurídica, cada vez mais, estabelece medidas para conter o excesso de judicialização de conflitos com o Poder Público.⁵³

⁵⁰ BADARÓ, 2003, p. 31.

⁵¹ TARUFFO, 2009, p. 85-88.

⁵² DINAMARCO, 2008, p. 184.

⁵³ Sirva de exemplo a eficácia das súmulas vinculantes do STF perante Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, conforme previsto no art. 103-A, da Constituição Federal. O art. 174

Ainda se pode extrair das lições de Dinamarco – extensíveis à função administrativa – a utilidade do processo para “escolhas que melhor convenham à realidade dos objetivos eleitos pela sociedade política”.⁵⁴ Idêntico pensamento encontra-se afirmado por José Roberto Pimenta Oliveira:

De mero apêndice do ato decisório, o processo administrativo ganha força e destaque como modo normal do desempenho da atividade administrativa, no estabelecimento das mais diversas relações jurídico-administrativas que comporta o desenrolar desta função estatal. De tão-somente meio garantístico dos direitos dos particulares, o processo administrativo passa a ser tratado seriamente como garantia indispensável ao cumprimento do dever de eficiência e de atingimento ótimo do interesse público perseguido pela Administração, em suas diversas realizações.⁵⁵

Ou seja, o processo administrativo, em quaisquer das suas modalidades, deverá permitir ao administrador público identificar com maior nitidez os “caminhos que poderão com mais autenticidade conduzir a resultados juridicamente corretos”, conforme sintetiza Dinamarco.⁵⁶

Por fim, a processualidade administrativa supre a natural limitação da atividade legislativa em regular todas as situações que emergem no cotidiano da Administração Pública. Já diria Afonso Queiró que o legislador não pode abdicar da abstração, sob pena de se afastar da sua própria condição funcional.⁵⁷

Diversos são os graus de abstração da lei. Algumas possuem maior densidade normativa, atraindo competência vinculada. Outras, menos densas, outorgam discricionariedade na eleição do melhor comportamento. Quanto menor a densidade normativa, maior deverá ser reforço procedimental para controle do ato, a revelar a importância do processo.⁵⁸

do Código de Processo Civil, por sua vez, determina que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo. Destarte, a Administração deve figurar como a primeira via alcance da decisão justa, contribuindo para estabilidade das relações sociais. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988. *Diário Oficial [da] União*. 5 out. 1988 e Idem. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] União*. 17 mar. 2015.

⁵⁴ DINAMARCO, 2008, p. 184.

⁵⁵ OLIVEIRA, José Pimenta. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 377.

⁵⁶ DINAMARCO, op. cit., p. 258.

⁵⁷ QUEIRÓ, Afonso. *Estudos de direito público: dissertações*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1989, v. 1, p. 111.

⁵⁸ BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 227.

2 ILÍCITO E PROCESSUALIDADE ADMINISTRATIVA

2.1 O DEVER PUNITIVO DA ADMINISTRAÇÃO

O homem renunciou a parte de sua liberdade em busca de uma sociedade politicamente soberana que lhe assegurasse segurança e bem-estar. Nesse desiderato, a vontade individual cedeu em prol da vontade coletiva, almejando-se justiça, paz e o arrefecimento as desigualdades entre os indivíduos.⁵⁹

Personificando os interesses dessa sociedade organizada, o Estado perseguirá o bem comum, dirigindo seu poder político mediante a criação de normas que determinam comportamentos. A não submissão a tais preceitos autoriza o uso da força pública contra aqueles que não se pautaram de acordo com as regras vigentes.⁶⁰

Sempre que a força estatal se orienta à defesa do direito, fala-se em poder coercitivo. Aqui a finalidade, como diz Miguel Reale, é tornar obrigatório o cumprimento da norma jurídica, preservando o elementar para convivência humana, pois nem sempre o direito contará com a adesão espontânea dos obrigados.⁶¹

A atividade desempenhada pelo Estado, representativa de uma função pública, implica não se falar em poderes, mas sempre deveres públicos, ou deveres-poderes, manejados na prossecução de interesse alheio. É dizer: mesmo não sendo titular, caberá ao Estado defender e persegui-lo, radicando os poderes apenas no que for estritamente necessário ao atingimento da finalidade legal.⁶²

Uma vez que o Estado é dotado de órgãos com competência para reprimir coercitivamente toda violação ao direito, sem opção para não o fazer ante os pressupostos objetivos de atuação, pode-se considerar aí a existência de um dever punitivo estatal.

Esse dever punitivo assenta-se na “potestade” sancionatória da Administração. Zanolini descreve a potestade como aptidão específica para realizar atos particulares de vontade

⁵⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. [1762]. Tradução de Rolando Roque da Silva. [s.l.]: Ridendo Castigat Mores, 2002.

⁶⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 20-21.

⁶¹ REALE, 2015, p. 60.

⁶² Celso Antonio Bandeira de Mello critica o enfoque ideológico do vocábulo poder no campo do direito administrativo, propondo uma noção instrumental, calcada na ideia de função e, portanto, de deveres. Assim se manifesta: “O Poder, no Direito Público atual, só aparece, só tem lugar, como algo ancilar, rigorosamente instrumental e na medida estrita em que é requerido como via necessária e indispensável para tornar possível o cumprimento do dever de atingir a finalidade legal.” BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 46.

preordenados a certos efeitos. As potestades se especificam conforme o conteúdo dos atos que formam seu objeto. E, por lógica, são mais abrangentes e antecedem os direitos objetivos. No caso do Estado, as potestades públicas se identificam com a própria função desses entes.⁶³

A relação jurídica travada com o administrado surgirá a partir do exercício da potestade estatal.⁶⁴ A potestade tributária, por exemplo, não gera direito de crédito algum ao Estado, senão a partir do momento em que, baseado nela, institua um tributo e advenha o fato gerador. Assim ocorre na potestade sancionatória: tem o Estado a aptidão de punir o administrado, mas a submissão à pena ocorrerá após o exercício da citada potestade, que tem como suposto de fato o cometimento de uma transgressão à ordem jurídica.

Mesmo que os efeitos aflitivos da sanção possam ser eventualmente atenuados mediante a celebração de acordo substitutivo da pena, a Administração não se inibe perante o ilícito, senão praticando atos transacionais para restabelecimento da legalidade e cessação dos danos causados.⁶⁵ É o que se vê na repressão administrativa aos ilícitos econômicos.⁶⁶

Ao que se expôs, ter-se-á que o Estado se encontra, a rigor, investido no dever de coagir os sujeitos desviantes às consequências do descumprimento da conduta imperativamente determinada.⁶⁷

⁶³ O autor italiano ainda explica que no direito público, são conhecidas as “potestades jurídicas fundamentais de ditar leis, governar, administrar a justiça”, acrescentando que “tanto o Estado com nas demais pessoas jurídicas de direito público, a potestade geral administrativa se especifica em muitas outras, como a potestade de polícia, a tributária, a expropriatória, a potestade de impor limitações a propriedade privada”, entre outras. Ainda lembra que as pessoas de direito privado também são detentoras de potestade, citando como exemplo “as potestades relativas à apresentação de recursos, de petições para usufruir serviços públicos, para obter admissão em instituições públicas”. ZANOBINI, Guido. *Curso de direito administrativo*. Buenos Aires: Arayú, 1954. v. 1, p. 228.

⁶⁴ Ibidem, p. 228.

⁶⁵ Cf., sobre o tema, relevante trabalho acadêmico, de autoria de Juliana Bonacorsi de Palma, retratando a denominada “Administração Pública Consensual”. A autora baseia-se nos pressupostos de eficiência, participação deliberativa e governança pública para defender a viabilidade jurídica das transações administrativas. E assinala: “[...] a princípio não há objeto que não possa ser transacionado no âmbito do direito administrativo, ressalvados os casos em que por expressa previsão normativa seja defeso à Administração negociar sobre determinado direito. Mesmos as prerrogativas públicas, em especial a prerrogativa imperativa, podem ser negociadas pela Administração com os administrados diretamente interessados no provimento final, dado o correspondente caráter instrumental”. Prossegue afirmando que: “Direitos pecuniários, potestade sancionadora e atos de autoridade são, portanto, exemplos de objetos plenamente transacionáveis pelo Poder Público.” PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 116-117.

⁶⁶ Pode-se citar, como exemplo de consensualidade na Administração, o setor antitruste, disciplinado na Lei 12.529, de 2011, cujo art. 85, ao tratar do termo de compromisso de cessação no procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica e processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, permite que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) tome compromisso de cessação, em juízo de conveniência e oportunidade devidamente fundamentado. BRASIL. Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011.

⁶⁷ REALE, 2015, p. 72.

Acolhendo a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico elaborada por Kelsen, Bobbio reforça o dever de reverência de todas as normas do ordenamento jurídico à norma fundamental, responsável por conferir unidade às normas esparsas e de variada procedência.⁶⁸

Dessa unidade visualiza-se normas de conteúdo comum, que conferem à função administrativa do Estado um regime próprio. Evoca-se, até, um “ordenamento jurídico administrativo”.⁶⁹ Nesta seara, as normas atuam de forma a equilibrar a autoridade do Estado – necessária à consecução dos objetivos finalísticos de atingir o bem comum – com as liberdades individuais, enquanto pedra fundamental do regime democrático.⁷⁰

Certos comportamentos não de ser impostos imperativamente. De nada valeriam algumas competências administrativas sem o poder intimidatório da sanção. Estas, por suas vezes, podem se situar na competência do próprio administrador público ou do juiz. No primeiro caso serão aplicadas diretamente pela Administração, sem recurso à jurisdição, por meio da via técnica do processo administrativo sancionador.

No dever punitivo repousa a essência da competência para apuração e repressão do ilícito. O ato sancionador, enquanto ato administrativo, tem, nos dizeres de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, uma “causa agente”: o próprio Estado ou pessoas que façam as suas vezes. Pressupõe que a pessoa estatal detenha capacidade de direito para expressar a vontade repressora, fundada na Constituição e nas leis. A medida dessa capacidade, por sua vez, encontra-se na competência do órgão, isto é, a quantidade de poder suficiente para praticar o ato.⁷¹

⁶⁸ BOBBIO, Noberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2. ed. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2014, p. 49-62.

⁶⁹ José Carlos Vieira de Andrade, inclusive, utiliza a expressão “ordenamento jurídico administrativo português” no título de trabalho acadêmico que versa sobre o regime jurídico administrativo lusitano. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. O ordenamento jurídico administrativo português. In: Associação Jurídica de Braga (Autor). *Contencioso Administrativo*. Braga: Livraria Cruz, 1986. p. 58-68.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao ressaltar as características que considera angulares na concepção desse regime, também se utiliza da expressão, ao assim escrever: “[...] atribui-se-lhes a importância de pontos fundamentais do Direito Administrativo não porque possuam em si mesmos a virtude de se imporem como fontes necessárias do regime, mas porque, investigando o ordenamento jurídico-administrativo, acredita-se que eles hajam sido encampados por ele e nesta condição validados como fonte-matriz do sistema.” BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 56-57.

⁷⁰ Carlos Ari Sundfeld considera Estado democrático de direito como “[...] a soma e o entrelaçamento de constitucionalismo, república, participação popular direta, separação dos Poderes, legalidade e direitos (individuais e políticos)”. SUNDFELD, 2017, p. 54. O autor arremata ainda que “o Direito público tem complexa missão de regular de modo equilibrado as ações entre Estado – que exerce autoridade pública e o consequente poder de mando – e os indivíduos – que devem se sujeitar a ele, sem perder sua condição de ídolos do poder e titulares de direitos próprios.” *Ibidem*, p. 110.

⁷¹ BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 506.

Assim, todo dever administrativo há ser visualizado quer sob a perspectiva da capacidade da pessoa jurídica (União, Estado, Município, agência reguladora etc.), quer sob a competência do órgão, podendo variar em razão matéria (Ex.: sanção urbanística, tributária, ambiental etc.) ou da hierarquia (Ex.: aplicação de advertência ou demissão de servidor público).

Acresça-se que o dever administrativo se acha tutelado pelo direito penal. Há manifesto interesse público na repressão do ilícito. Tomando conhecimento de fatos supostamente contrários ao direito, o administrador público não pode se quedar inerte, deixando de instaurar o processo sancionatório, retardando sua marcha, provocando dolosamente a prescrição ou, simplesmente, deixando de punir o infrator, sob pena de responder pelo delito previsto no art. 319 do Código Penal.

Ainda que não haja o dolo específico de satisfazer sentimento ou interesse pessoal, o agente público não ficará isento de responsabilidade. Poderá ser punido por ato de improbidade administrativa, com base no dolo genérico de violar princípio da Administração Pública, conforme conduta especificamente prevista no art. 11, inciso II, da Lei 8.429, de 1992. Ademais, a desídia no cumprimento dos deveres expõe o agente público à responsabilidade disciplinar, prevista nos respectivos estatutos funcionais.

2.2 O PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

O processo administrativo sancionador constitui o pressuposto formal para apuração dos fatos caracterizadores do ilícito administrativo, cuja certificação investe a Administração Pública no dever de aplicar uma sanção ao transgressor.

O ilícito, conforme ensinamento de Edmir Netto, constitui uma categoria jurídica; transcendente, portanto, a qualquer ramo do direito. Assume, porém, várias modalidades, conforme a temática jurídica. Haverá, pois, ilícito penal, civil, contábil, administrativo, tributário, todos configurando espécies do gênero ilícito.⁷²

Como elementos, o ilícito pressupõe uma conduta humana comissiva ou omissiva, a contrariedade à norma disciplinadora e a ocorrência de dano. Apenas o homem, enquanto destinatário do comando normativo, terá a capacidade de infringi-lo. O dano, por sua vez, acha-

⁷² ARAÚJO, Edmir Netto de. *O ilícito administrativo e o seu processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 22.

se representado pelo desequilíbrio causado à ordem jurídica, em virtude da conduta desviante.⁷³

Evidentemente, a isto deve ser acrescido, em respeito à coerência do ordenamento jurídico⁷⁴, que o reconhecimento de causa excludente de ilicitude – como o estado de necessidade, a legítima defesa, o exercício regular de direito e o estrito cumprimento do dever legal – impede que a conduta tipificada na norma jurídica seja apenada, já que o ato estaria justificado no direito.⁷⁵

O ilícito administrativo guarda mais aproximação com o ilícito penal que o ilícito civil. É que o ilícito civil tem como cerne a patrimonialidade do dano. A conduta contrária ao direito, neste caso, provocará abalo material ou imaterial ao patrimônio de terceiro, resolvendo-se, em termos obrigacionais, no dever de reparar o prejuízo, independentemente de a transgressão achar-se tipificada em norma específica.⁷⁶

Segue-se daí a distinção entre ilícito administrativo e ilícito civil à Administração. Neste, o Estado constitui a pretensão de obter a reparação do dano causado ao seu patrimônio, na condição de vítima do dano. O processo administrativo, aqui, não terá caráter sancionatório, servindo como meio formal para reparar o patrimônio público. Em caso de insucesso na via administrativa, emergirá interesse na propositura de ação judicial para esse intento, observado o prazo prescricional estatuído na lei civil.⁷⁷

A proximidade entre o ilícito administrativo e o ilícito penal desvela-se na medida em

⁷³ ARAÚJO, 1994, p. 23-24.

⁷⁴ Acerca da coerência do ordenamento jurídico, Bobbio se reporta a um dever, aduzindo: “A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento. É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou outra, conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplica-las, são violadas duas exigências fundamentais em que inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência de certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem) e a exigência (que corresponde ao valor da igualdade) BOBBIO, 2014, p. 110-111.

⁷⁵ Tome-se como exemplo o Código Penal, que estabelece, no art. 23: Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Essas causas justificam a conduta perante o direito. Logo, alguém que comete um ilícito penal em estado de necessidade não poderá ser responsabilizado pela mesma conduta punível administrativamente. BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*. 31 dez. 1940.

⁷⁶ Como informa nota do autor, nada impede que o ilícito administrativo e o penal tenham reflexos patrimoniais. Aliás, as esferas de responsabilidade podem conviver face à mesma conduta. ARAÚJO, 1994, p. 25.

⁷⁷ A distinção preconizada fica mais evidente após o Supremo Tribunal Federal (STF) firmar tese de repercussão geral no sentido de que “é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”, conforme julgamento do Recurso Extraordinário 669069, de relatoria do então Min. Teori Zavascki, no qual se discutiu o prazo de prescrição das ações de ressarcimento por danos causados ao erário, ressaltando-se, porém, os prejuízos que decorram de ato de improbidade administrativa, tema que não foi discutido no referido recurso. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 669069. 03/02/2016. Recorrente: União. Recorrido: Viação Três Corações Ltda. e Outro. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*. 28 abr. 2016.

que ambos colocam o infrator em oposição à própria sociedade. O dano é identificado não em conta do prejuízo à vítima, mas pela lesão, abstrata ou concreta, ao bem jurídico tutelado na norma penal ou administrativa, independentemente dos reflexos patrimoniais advindos. Bem por isso, à diferença do ilícito civil, vicejam no campo penal e administrativo o princípio da tipicidade: a conduta sancionada precisa estar prevista em norma jurídica.⁷⁸

Todavia, os ilícitos administrativo e penal se extremam sob o ponto de vista da legalidade: enquanto este requer a previsão de conduta em lei em sentido formal (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*), o segundo pode se contentar com a previsão em normas infra legais, a exemplo de certas sanções cabíveis aos administrados em sujeição especial.⁷⁹ A divergência reside também na forma de reação. O direito penal poderá reprimir o ilícito com a privação da liberdade pessoal (reclusão e detenção). O direito administrativo, por sua vez, prevê medidas coercitivas menos invasivas.⁸⁰

A privação da liberdade deve-se ao grau de perturbação social valorado pelo legislador ao tipificar determinada conduta como delito. Na visão de Edmir Netto de Araújo, o ilícito administrativo representaria um *minus* em relação ao ilícito penal.⁸¹ Já para Fábio Medina Osório haveria limite dogmático que impede o direito administrativo de tipificar ou punir condutas com pena privativa da liberdade.⁸²

No direito administrativo e penal subsistirá um interesse social autônomo, tutelado pelo Estado, de reprimir o agente que incorrer na conduta ilícita. Ao comparar as esferas de responsabilidade, Luiz Régis Prado afirma que as sanções administrativas, apesar de não terem

⁷⁸ ARAÚJO, 1994, p. 24-25.

⁷⁹ O princípio encontra-se consagrado no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁸⁰ Não se olvida que o direito penal também se vale de penas restritivas de direito, sobretudo no campo da transação penal, prevista na Lei 9.099, de 1995. Idem. Lei. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF. Poder Executivo. *Diário Oficial [da] União*. 27 set. 1995.

No campo administrativo, não se descarta a prisão disciplinar, conforme Estatuto dos Militares, sendo tolerada excepcionalmente em virtude das peculiaridades inerentes à disciplina castrense. BRASIL. Lei 6.880, de 9 de dezembro de 1980. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Brasília, DF. Poder Executivo. *Diário Oficial [da] União*. 11 dez. 1988.

⁸¹ ARAÚJO, 1994, p. 30.

⁸² Afirma o autor que: “As sanções não pertencem ao campo das funções, de modo que as sanções administrativas não se confundem com as funções administrativas. Exemplo desta realidade ocorre também no âmbito da tutela dos direitos da criança e da juventude, onde há sanções administrativas aplicadas pelas autoridades judiciárias.” (p. 91). E salienta: “Vale aduzir, ainda, também como reforço à possibilidade de o legislador, democraticamente, outorgar, instrumentos sancionatórios, disciplinados pelo Direito Administrativo, ao Estado-juiz, que esse ramo jurídico relações submetidas ao Poder Judiciário. (p. 95). OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

natureza de pena, decorrem igualmente do exercício do dever punitivo estatal em relação aos ilícitos praticados no âmbito de atuação da Administração Pública.”⁸³

Para Fábio Medina Osório haveria um “Direito Administrativo Sancionador” que transcende a própria Administração Pública. No campo do direito administrativo sancionador, não haveria relevância em associar a natureza da sanção à função pública, posto que sanções administrativas poderiam ser aplicadas por juízes. Traz como exemplo as “sanções administrativas” aplicadas pelos juízes no âmbito do direito da infância e juventude (art. 245 a 258-C, da Lei nº 8.069, de 1990).⁸⁴

Ainda segundo o autor, as sanções oriundas do poder de polícia estão fora do “Direito Administrativo Sancionador”. Tais sanções, em sua visão, não representariam “privação de direitos preexistentes ou imposição de obrigações originais aos imputados, com conteúdo finalístico intimidatório e repressivo.”⁸⁵

Não há dúvida que o Direito Administrativo não é operado exclusivamente pelo administrador. Mas isto não autoriza dizer sanções administrativas possam ser aplicadas no exercício da função jurisdicional. Há sanções regidas pelo Direito Administrativo, mas não são administrativas, como as provenientes de atos de improbidade, aplicadas mediante a propositura de ação judicial.

As sanções referidas por Fábio Medina como sanções administrativas não ostentam essa característica, já que se encontram complementamente divorciadas do regime jurídico administrativo. Apesar de intituladas administrativas, essas sanções são regidas pelo Direito da Criança e do Adolescente, que obedece a normas especiais, cuja incidência somente é concluível com a independência assegurada ao magistrado.

Em direito eleitoral, não é novidade a competência da Justiça em expedir instruções normativas para execução da lei (Código Eleitoral, art. 23, IX), assim como aplicar sanções pecuniárias de “natureza administrativa” previstas no Código Eleitoral e na Lei 9.504, de 1997. Em função do bem jurídico especialíssimo (regularidade do processo eleitoral e proteção à criança e adolescente), não haveria possibilidade de serem aplicadas pelo administrador.

A delicadeza desses interesses poria o administrador sempre na suspeição de não ter

⁸³ PRADO, Luis Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1, p. 69.

⁸⁴ OSÓRIO, 2015, p. 89-91. Cf. BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

⁸⁵ OSÓRIO, loc. cit.

adotado a melhor providência ou de ter agido com arbitrariedade. Não se pode falar sequer em indisponibilidade do interesse público, mas, respectivamente, em regularidade do processo eleitoral e indisponibilidade de interesses ligados à infância e juventude, tratadas como prioridade absoluta pela Constituição.

Dito isso, parece os supracitados exemplos não investem os juizes no poder de impor autênticas sanções administrativas. Trata-se de medidas que não geram efeitos criminais, mas que ao mesmo tempo não seguem as vertentes metodológicas do Direito Administrativo.

Lado outro, não se vê razões para negar o caráter repressivo às as sanções resultantes do exercício do poder de polícia. Apesar de guardarem uma finalidade instrumental, qual seja, a de forçar o administrado a cooperar com o Poder Público na garantia da ordem, não deixam de ter escopo punitivo, colocando o infrator em choque com o interesse da própria sociedade.

Sem dúvida, as sanções oriundas dessa competência dividem espaço com outras medidas punitivas do Estado, expressando uma reação ao ilícito, tal como nas potestades disciplinar e penal⁸⁶

Somente as medidas coercitivas de natureza cautelar não podem ser enquadradas como sanções. Como diria Kelsen estes atos de coerção “não são ligados, como consequências, a uma determinada ação ou omissão de certo indivíduo, ação ou omissão socialmente indesejável e juridicamente prefixada, porquanto seu pressuposto não é um ato ilícito.”⁸⁷

O processo administrativo sancionador preordena-se a regular a pretensão punitiva do Administração, em relação a sanções aplicadas por autoridades não judiciais, tendo por base a prática de conduta contrária a um dever ou proibição normativamente estabelecidos, obedecendo-se as vertentes do regime jurídico administrativo.

Assim como no campo penal, o processo administrativo figura como pressuposto necessário para aplicação da sanção administrativa. Ainda que o administrado ou o sujeito acusado de delito não ofereçam resistência à pretensão punitiva, concordando com a aplicação da sanção administrativa ou penal, o Estado não pode prescindir da abertura do respectivo processo.

É o processo que permitirá a fiscalização dos atos do administrador público. Ademais,

⁸⁶ De acordo com José Frederico Marques, “O Direito Penal não é constitutivo, mas um complexo sancionador e complementar de normas jurídicas [, o que] não significa que ele não tenha preceitos sobre a conduta humana para só cingir-se à formulação de sanções.” MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. I, p. 30.

⁸⁷ KELSEN, 2009, p. 44.

a sanção estatal não se legitima sem a observância dos direitos e garantias fundamentais, o que somente é possível a partir de uma sequência “processualizada” de atos praticados que, animados por situações jurídicas, permita ao administrado exercer o direito de defesa, sob pena de regressarmos aos modelos autoritários de Estado.

Trata-se, pois, de uma adaptação do *princípio da nulla poena sine iudicio* ao direito administrativo. A exigência de processo se estende a todas as sanções aplicadas pelo administrador, abrangendo, entre outros assuntos, modelos de organização de entidades estatais, novas figuras contratuais, soluções em matéria de regulação econômica e regime jurídico de servidores públicos.⁸⁸

Em cada uma dessas tarefas, a sanção deverá ser acertada dentro de um processo, com regras procedimentais capazes de permitir a cognição necessária para formação do convencimento sobre a verdade. Mesmo porque, pela teoria do ato administrativo, os requisitos procedimentais (elementos do processo) constituem pressuposto objetivo de validade do ato. Celso Antônio Bandeira de Mello, o conceitua como “atos jurídicos, produzidos pela Administração ou um particular, sem os quais um certo ato não pode ser praticado.”⁸⁹

A processualidade sancionatória apresenta-se nas relações entendidas por Otto Mayer como de sujeição geral ou especial.⁹⁰ Nas primeiras, o vínculo com o administrado emerge da lei e a Administração não poderá agir senão em virtude de permissão legal preexistente, tal como no poder de polícia. As segundas pressupõem um título específico que insere o administrado numa disciplina interna da Administração, diferenciada dos demais sujeitos, autorizando aquela a tomar medidas restritivas não necessariamente baseadas na lei, a exemplo dos agentes públicos, concessionários de serviços públicos ou pessoas admitidas para usufruir serviços públicos em geral.⁹¹

⁸⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 64.

⁸⁹ BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 416.

⁹⁰ MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1982. t. IV, p. 65.

⁹¹ Cf., sobre o assunto, as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, a exigirem nas relações de sujeição especial a presença, ao menos, de alguns condicionantes positivos e negativos. Segundo o autor, seriam condicionantes positivos: a) tenham que encontrar seu fundamento último em lei; b) que os poderes possam exibir seu fundamento imediato naquelas mesmas relações de sujeição especiais (ex.: poderes contratuais encontrem fundamento no contrato); c) restrinjam suas disposições ao que for instrumentalmente necessário ao cumprimento das finalidades que presidem ditas relações; d) mantenham-se afinadas aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e, por fim, e) conservem seu objeto atrelado ao que for relacionado tematicamente e, em geral, tecnicamente com a relação especial. De outro lado, apresentam-se como condicionantes negativos: a) não podem infirmar qualquer direito ou dever decorrente de norma de nível constitucional ou legal; b) não podem extravasar a intimidade da relação especial entabulada; c) não podem exceder o estritamente necessário para cumprimento dos fins da relação de supremacia especial; d) não podem produzir, por si mesmas, consequências que restrinjam ou elidam interesses de terceiros, ou os coloquem em

Deflui, assim, que os processos sancionadores têm como destinatários administrados externos ou circunscritos ao aparelho estatal. Apropriadamente, explica Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que a sanção administrativa, quando interna, pode consistir em punição a servidores públicos e, quando externa, colhe os particulares em geral.⁹²

Veja-se que a instauração de processos sancionadores vincula até mesmo entidades não tão bem alinhadas ao regime jurídico-administrativo.⁹³ É o caso, por exemplo, dos conselhos de fiscalização e da Ordem dos Advogados do Brasil, que receberam habilitação legal para exercerem, em nome do Estado, atividade tipicamente administrativa de polícia das profissões.

Ao lado dos processos ablatórios, que visam suprimir direitos, os processos sancionadores se inserem no gênero “processos restritivos”, pois não geram benefícios, mas podem desaguar, conforme julgamento final, em cerceamentos na ação dos administrados; característica que permite atribuir a tal processualidade certa conotação negativa.⁹⁴

Paulo Ferreira da Cunha aprofunda a classificação dos processos administrativos sancionatórios. Assim, os subdividiu em disciplinares e de contravenções administrativas,

situação de dever. BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 856-857.

⁹² BANDEIRA DE MELLO, O. 2007, p. 570.

⁹³ São tradicionalmente qualificadas como autarquias sob regime especial ou corporações públicas. Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 356 e GASPARINI, Diógenis. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 373.

O STF, no julgamento do MS 22643 assentou que “[...] (i) estas entidades são criadas por lei, tendo personalidade jurídica de direito público com autonomia administrativa e financeira; (ii) exercem a atividade de fiscalização de exercício profissional que, como decorre do disposto nos artigos 5ºXIII, 21, XXIV, é atividade tipicamente pública; (iii) têm o dever de prestar contas ao Tribunal de Contas da União [...]” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de segurança. MS 22643. Impetrante: Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina - Cremesc e Outro. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Moreira Alves, Brasília, DF. 06/08/1998. *Diário [da] Justiça*. 4 dez. 1998, p. 13.

Já no julgamento do RE 938837, com repercussão geral reconhecida, decidiu-se que o regime dos precatórios para pagamentos de dívidas decorrentes de decisão judicial não se aplica aos conselhos de fiscalização profissional. Idem. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário. RE 938837 / SP. Recorrente: Mútua de assistência dos profissionais da Engenharia, Arquitetura e Agronomia. Recorrido: Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Estado de São Paulo. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF. 19/04/2017. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 25 set. 2017.

A Ordem dos Advogados do Brasil, por sua vez, constituiu-se em “serviço público independente”, sem estar sujeita a controle da Administração e à exigência de concurso público para admissão de pessoal. Idem. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. ADI 3.026-4. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF. 08/06/2006. *Diário [da] Justiça*. 29 set. 2006, p. 31. Ement. v. 2249-03, p. 478.

⁹⁴ A doutrina apresenta diversas classificações de processo administrativo. Celso Antônio Bandeira de Mello, a quem aderimos, subdivide os “procedimentos administrativos” restritivos em “meramente restritivos ou ablativos, como as revogações em geral, e sancionadores, que se preordenam a aplicação de uma sanção.” BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 516.

Já Hely Lopes Meirelles classifica os processos como: de expediente, de outorga, de controle ou punitivo. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo moderno*. 19. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 209) e a impor uma sanção (Idem, 2008, p. 701).

atrelando-os à função de controle da Administração Pública.⁹⁵ Nos primeiros, a Administração exerce o dever sancionatório em face dos próprios agentes, enquanto os segundos decorreriam do descumprimento da lei em geral.

Explica Gianinni que os processos disciplinares visam aplicar regras de conduta que as leis, regulamentos e outros atos infra legais impõem a determinado grupo social. Ensejariam penalidades morais (censura, aviso, reprovação), legais (suspensão de emprego, multa, prisões, remoções de notas) e mesmo de expulsão (demissão disciplinar e expulsão), sem dispensarem o contraditório do acusado.⁹⁶

Noutro tipo, o precitado autor faz alusão aos procedimentos de contravenção administrativa, utilizando como exemplo os procedimentos para imposição de multas previstas na legislação tributária italiana. Observa que nesta categoria poderão ser apuradas infrações que, mesmos caracterizadas como administrativas, poderão também constituir fato punível em processo criminal.⁹⁷

A potestade sancionatória também se encontra esmiuçada, em termos processuais, na classificação proposta por Nelson Nery Costa, pautada no direito brasileiro. Refere-se, pois, aos processos administrativos de punição e aos processos administrativos disciplinares. Os primeiros visam a “apurar violação à lei, regulamento ou contrato, cometido por servidor, administrado ou contratado”. Nesta categoria estão, por exemplo, os processos de punição quanto ao exercício profissional, o processo administrativo do trabalho e os que envolvem infrações administrativas ligadas ao poder de polícia. Os segundos colhem os servidores públicos sujeitos ao regime funcional da Administração, a merecer classificação autônoma em razão do elaborado rito do procedimento.⁹⁸

As classificações acima, embora de relevantíssima importância, exigem complementos que permitam identificar, entre as manifestações do dever punitivo estatal, o conteúdo da processualidade administrativa sancionatória.

Do ponto de vista subjetivo, a Administração Pública figura necessariamente como parte autora. Esse papel também pode ser desempenhado por pessoa jurídica investida, em nome do Estado, no dever jurídico de aplicar a sanção. Ainda que o processo seja instaurado a pedido de pessoas estranhas ao aparelho estatal, o interessado sempre será a Administração, titular da

⁹⁵ CUNHA, Paulo Ferreira da. *O procedimento administrativo*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 106.

⁹⁶ GIANNINI, Massimi Severo. *Diritto amministrativo*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1993. v. II, p. 820.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 822.

⁹⁸ COSTA, Nelson Nery. *Processo administrativo e suas espécies*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 54-57.

relação de direito material nutrida com o infrator.

Quanto ao aspecto objetivo, o processo administrativo sancionador visa ordenar o exercício de uma pretensão punitiva, decorrente da violação de comando jurídico posto sob a tutela do administrador ou de órgãos não jurisdicionais, como os Tribunais de Contas. A finalidade principal é regular a aplicação da sanção, controlando-se embrionariamente a tomada da decisão restritiva.

Indispensável a presença do substrato formal, qual seja, o regime jurídico administrativo, de modo a afastar a processualidade jurisdicional. A Administração não depende do recurso à jurisdição para impor a penalidade, embora deva recorrer àquela para execução da medida, se não tiver poderes legais expressos ou implícitos para fazê-lo.⁹⁹ Dessa forma, incidirão no processo administrativo sancionador os princípios inerentes à função administrativa, acrescidos das garantias constitucionais aos litigantes e acusados em geral.

2.3 PRINCÍPIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Os princípios do processo administrativo sancionador são responsáveis por alinhá-lo ao princípio democrático. Isto deve ser entendido como o envolvimento das pessoas privadas no enfrentamento e resolução de questão de interesse público, a resultar em decisões revestidas de efetividade e legitimidade.¹⁰⁰

Na concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello, os princípios são tomados como “mandamentos nucleares” de um sistema. Servem de base para a elaboração e interpretação de normas jurídicas.¹⁰¹ Nesta concepção haveria uma supremacia dos princípios, encarados como peças-chave para compreensão e aplicação das regras postas no cenário jurídico.

No estudo do processo administrativo sancionador, é possível se colher orientações centrais que aderem ao conceito precitado. Constituem-se poderoso cabedal jurídico para contornar o desequilíbrio existente na processualidade administrativa: o duplo papel da Administração Pública como acusadora e julgadora do ilícito.¹⁰²

⁹⁹ De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, a executoriedade do ato administrativo depende de previsão legal, que pode ser expressa ou implícita, diante de situações de perigo público iminente. BANDEIRA DE MELLO, 2017.

¹⁰⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 104.

¹⁰¹ BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 54.

¹⁰² É importante explicar nossa perspectiva. De fato, não se coaduna com a visão contemporânea de processo administrativo uma superioridade de poderes administrativos em detrimento do administrado, minando a isonomia entre sujeitos processuais. Egon Bockmann Moreira inclusive ressalta que “a normatividade do processo administrativo – e os títulos jurídicos que imputam direitos, deveres e ônus processuais afasta-se com

Noutra vertente, Robert Alexy entende que os princípios são espécies de normas que admitem diferentes graus de satisfação, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.¹⁰³ Na colisão de princípios seria possível extrair o real significado e alcance de cada um, o que imprime um caráter sempre relativo ao princípio, revelado mediante juízo de ponderação.

Enquanto garantidores dos direitos fundamentais, os princípios do processo administrativo sancionador convergem para o interesse público. Como afirma Daniel Sarmento, “embora tais direitos detenham valor intrínseco, independentemente das vantagens coletivas associadas à promoção, é fato inconteste que a sua garantia, na maior parte dos casos, favorece, e não prejudica, o bem-estar geral”.¹⁰⁴

Doravante serão abordados os princípios peculiares ao processo administrativo sancionador em relação aos demais processos instaurados no âmbito da Administração Pública. Advirta-se, porém, que o conteúdo material e processual da função administrativa sancionadora, isto é, o ilícito e o processo, entrecruzam-se e não raras vezes se conjugam, embora o esforço metodológico seja no sentido de enfatizar aspectos processuais.

2.3.1 Devido processo legal

No Brasil, o princípio do devido processo legal foi expressamente constitucionalizado. A Carta Magna assegurou, no art. 5º, inciso LV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Pela generalidade da norma, já se antevê o alcance em face da atuação do Estado.

O Supremo Tribunal Federal (STF) já afirmou a essencialidade do princípio que consagra o “devido processo legal”, reconhecendo-o como garantia instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade. O mandamento orienta a atividade do Poder Público, ainda que

vigor dessa administração autoritária de tempos atrás”. MOREIRA, 2017, p. 127.

No entanto, há alguns diferenciais entre a processualidade administrativa e judicial. A Administração, diferentemente do Judiciário, se vincula materialmente à decisão. Não está alheia ao conflito. Logo, inegável que, do ponto de vista legal, alguns deveres do administrador, no processo, se justifiquem, como a prerrogativa de recusar provas ilícitas ou inúteis. Em nossa visão, tais princípios restringem o reduto de poderes da Administração, mas não podem sepultá-los, sob pena de desnaturar a própria função administrativa.

¹⁰³ A compreensão dos princípios também pode ser obtida fazendo-se um contraste com as regras. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 90-91.

Embora as duas figuras sejam consideradas normas jurídicas – vinculando, portanto, seus destinatários – “no caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõe deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*.” SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 45.

¹⁰⁴ SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre; MARQUES NETO, Floriano. (Coords.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 98-143.

em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos.¹⁰⁵

Com a finalidade específica de conduzir a pretensão administrativa à imposição de sanção incidente na liberdade (em sentido amplo) e no patrimônio do administrado, evidente que o processo sancionador se encontra unguído aos ditames do devido processo legal.

O conteúdo do princípio transmite a ideia de que a Administração não poderá impor gravames na esfera jurídica de terceiros à minguada dos mecanismos formais que assegurem e protejam seus interesses em face do dever punitivo do Estado, contribuindo para que a justiça da decisão se dê a partir do confronto dialético de posições jurídicas.

Não se trata de garantia meramente formal. A busca do justo e o combate à arbitrariedade pelos meios disponíveis ao administrado revela o lado substancial do princípio. Carmen Lúcia Antunes Rocha, ao ressaltar esse aspecto, afirma uma “natureza de garantia substancial sem a qual o direito material reconhecido nos sistemas jurídicos não teria eficácia”.¹⁰⁶

Canotilho assinala que o devido processo legal equivale ao processo justo, definido em lei, para dizer o direito. O processo justo guarda uma vertente processual e substantiva.¹⁰⁷ A primeira se alcança com a deferência ao processo criado em lei. A segunda representaria um processo adequado ao fim proposto. Abrangeria, pois, a atividade legislativa: não teria o legislador liberdade para conceber qualquer processo, senão aquele capaz de concretizar interesses materialmente extraídos da Constituição.

Na perspectiva substantiva, portanto, quer-se evitar que a lei, sob o pretexto de regular a matéria, carregue para o processo tratamento equivocado dos direitos fundamentais. O

¹⁰⁵ Em julgamento que versa sobre a supressão do direito à prova no âmbito do Tribunal de Contas da União, a Suprema Corte assim registrou: “O fato de o Poder Público considerar suficientes os elementos de informação produzidos no procedimento administrativo não legitima nem autoriza a adoção, pelo órgão estatal competente, de medidas que, tomadas em detrimento daquele que sofre a persecução administrativa, culminem por frustrar a possibilidade de o próprio interessado produzir as provas que repute indispensáveis à demonstração de suas alegações e que entenda essenciais à condução de sua defesa.– Mostra-se claramente lesiva à cláusula constitucional do “*due process*” a supressão, por exclusiva deliberação administrativa, do direito à prova, que, por compor o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, deve ter o seu exercício plenamente respeitado pelas autoridades e agentes administrativos, que não podem impedir que o administrado produza os elementos de informação por ele considerados imprescindíveis e que sejam eventualmente capazes, até mesmo, de infirmar a pretensão punitiva da Pública Administração”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Mandado de segurança. MS: 26358 DF. Agravante: União. Agravado: Novadata Sistemas e Computadores S/A. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF. 31/10/2014. *Diário Eletrônico [da] Justiça*. 06 nov. 2014.

¹⁰⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 209, p. 189-222, jul. 1997, p. 203.

¹⁰⁷ CANOTILHO, 1999, p. 462.

processo não pode ser mecanismo formal para legitimação de arbitrariedades. Assim, Canotilho explica que “[...] às autoridades legislativas deve ser vedado o direito de disporem arbitrariamente da vida, da liberdade e da propriedade das pessoas, isto é, sem razões materialmente fundadas para o fazerem”.¹⁰⁸

Vem o autor finalmente concluir que o devido processo legal consistirá numa “proteção alargada aos direitos fundamentais”, nas dimensões processuais e substantivas, a exigir um processo equitativo, segundo as condições existentes ao exame do caso concreto, verificado os parâmetros de controle extraídos dos direitos, liberdades e garantias consagrados na ordem constitucional.¹⁰⁹

Do exposto, é possível extrair da Constituição Federal de 1988 (CF/88) garantias impugnatórias especificamente destinadas ao processo administrativo e outras que alcançam o processo em geral.

Destaca-se inicialmente o direito de petição. Trata-se do encaminhamento de queixas, representações, reclamações, petições destinadas à defesa de direitos, com direito de ser informando em prazo razoável sobre o resultado da respectiva apreciação.¹¹⁰

Pelo direito de petição (CF, art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”) garante-se o acesso à Administração Pública, investindo o administrado na prerrogativa de fazer instaurar processo em busca da promoção de seus interesses, assim como impugnar atos ilegais ou abusivos do administrador público.

Por outro lado, encontra-se no direito de certidão (CF, art. 5º, inciso XXXIV, alínea “b”) uma garantia específica do administrado ao fornecimento de prova documental para defesa de direitos ou esclarecimento de situações de interesse pessoal, inclusive com regulação infraconstitucional.¹¹¹

É certo, porém, que o processo administrativo independe de provocação de terceiros.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 462.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 463.

¹¹⁰ Ibidem, p. 478.

¹¹¹ A Lei 9.051, de 1995, regulamentou o direito de certidão em face da Administração Pública, prescrevendo que: “Art. 1º As certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações, requeridas aos órgãos da administração centralizada ou autárquica, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às fundações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverão ser expedidas no prazo improrrogável de quinze dias, contado do registro do pedido no órgão expedidor. Art. 2º Nos requerimentos que objetivam a obtenção das certidões a que se refere esta lei, deverão os interessados fazer constar esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido.” BRASIL. Lei n. 9.051, de 18 de maio de 1995. Dispõe sobre a expedição de certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações. *Diário Oficial [da] União*. Brasília, DF, 19 maio 1995.

Na busca dos seus objetivos, a Administração pode determinar a abertura de processo a despeito de qualquer provocação externa. Trata-se da oficialidade do processo administrativo.¹¹²

Uma vez instaurado, incidirá a garantia do contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, inciso LV), que envolve, entre outros aspectos, o direito de ser intimado e ouvido na prática de atos processuais, o direito à prova, a vista dos autos do processo e o direito de recorrer sem ônus financeiro.

O princípio reúne garantias que conferem ao administrado o poder de influenciar o convencimento da Administração, que deverá, ao final da instrução processual, motivar a decisão considerando todas as razões e provas apresentadas.

O devido processo legal deve ser antevisto também na perspectiva temporal. Nesse ponto, exige a Constituição que os processos judiciais e administrativos transcorram em prazo razoável (CF, art. 5º, inciso LXXVIII). Isso envolve não apenas a atuação dos juízes e administradores como também a do próprio legislador, no sentido de criar procedimentos céleres o suficiente para não comprometer a justa resolução do litígio.

Em certo ângulo, o devido processo legal aglutina as garantias processuais e, retoricamente, representa o propósito constitucional em conferir um conteúdo ético em toda incursão contra a liberdade e patrimônio.¹¹³ Essa carga axiológica, porém, não afasta a

¹¹² A abertura de processos independentemente da vontade do administrado é uma das características dos processos restritivos de direito, categoria em que se inclui os sancionadores. Allan Brewer-Carias refere-se à oficialidade como princípio inquisitivo, pois se discute no processo administrativo um assunto de interesse da Administração. Dele provém o dever de impulsionar de ofício os atos processuais, sob pena de responsabilidade do agente público pelo retardo, omissão, distorção ou descumprimento dos trâmites e formalidades. BREWER-CARIAS, Allan. *Principios del procedimiento administrativo*. Madrid: Civitas, 1990, p. 150-151.

Na Lei Federal de Processo Administrativo, a oficialidade é retratada no art. 5º: “O processo administrativo pode iniciar-se de ofício ou a pedido de interessado”. BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*. 1º fev. 1999.

¹¹³ Corroborar a afirmação a seguinte decisão do Min. Celso de Mello, do STF, ao desdobrar o devido processo legal em uma série de garantias. Senão vejamos: “[...] assiste ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanção da própria garantia constitucional do *due process of law* (independentemente, portanto, de haver, ou não, previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado), a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consoante prescreve a Constituição da República, em seu art. 5º, LIV e LV. [...] O exame da garantia constitucional do *due process of law* permite nela identificar, em seu conteúdo material, alguns elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis *ex post facto*; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilegio contra a autoincriminação); e (l) direito à prova, valendo referir, a respeito dos postulados que regem o processo administrativo em geral [...]”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). Mandado de

autonomia do princípio.

Deixá-lo sem significado próprio, violaria, segundo Egon Bockmann Moreira, a máxima eficácia das normas constitucionais, além do adágio no qual o legislador não utiliza palavras inúteis. Há, pois, coibição do “aviltamento, ataque ou supressão desses dois direitos sem um processo, adequadamente desenvolvido, tal como predefinido em lei”.¹¹⁴

O devido processo legal age no controle da licitude do ato a ser produzido. Com explica Augusto Durán Martínez, há sempre o risco de desvirtuamento da potestade administrativa. Desconfia-se da legitimidade “dano” que o Estado pretende causar. Eis a importância do princípio: prevenir a ilegitimidade da decisão estatal.¹¹⁵

O devido processo legal deve ser explorado em diversos aspectos no campo sancionador. Ao ser acusado de ilícito administrativo, o sujeito confronta-se com pretensão que exorbita o Estado para alcançar a expectativa do próprio corpo social na incidência de um castigo.

Exemplo de conduta administrativa, reconhecida pelo STF como atentatória ao devido processo legal, encontra-se na “verdade sabida”, outrora aplicada ao processo disciplinar. Nesta, o fundamento da sanção baseava-se no contato presencial da autoridade superior com os fatos imputados, a dispensar a necessidade de audiência prévia com o servidor público responsabilizado, considerando a suposta evidência da culpabilidade.¹¹⁶

Isso atrai a proteção de outra garantia constitucional: a presunção de inocência (CF, art.

Segurança. MS 34.180 MC. Impetrante: Edson Alves da Silva e Outros. Impetrado: Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF. *Diário Eletrônico [da] Justiça*. 1º ago. 2016.

¹¹⁴ MOREIRA, 2017, p.329-331.

¹¹⁵ MARTINEZ, Augusto Durán. *Neoconstitucionalismo y derecho administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 2012, p. 120.

¹¹⁶ Nesse sentido, confira-se decisão proferida na ADI 2.120/AM, Rel. Min. Celso de Mello, em que se entoa: “Mesmo a imposição de sanções disciplinares pelo denominado critério da verdade sabida, ainda que concernentes a ilícitos funcionais desvestidos de maior gravidade, não dispensa a previa audiência do servidor público interessado, sob pena de vulneração da cláusula constitucional garantidora do direito de defesa. A ordem normativa consubstanciada na Constituição brasileira é hostil a punições administrativas, imponíveis em caráter sumário ou não, que não tenham sido precedidas da possibilidade de o servidor público exercer, em plenitude, o direito de defesa. A exigência de observância do devido processo legal destina-se a garantir a pessoa contra a ação arbitrária do Estado, colocando-a sob a imediata proteção da Constituição e das leis da República. Doutrina. Precedentes. – Revela-se incompatível com o sistema de garantias processuais instituído pela Constituição da República (CF, art. 5º, LV) o diploma normativo que, mediante inversão da fórmula ritual e com apoio no critério da verdade sabida, culmina por autorizar, fora do contexto das medidas meramente cautelares, a própria punição antecipada do servidor público, ainda que a este venha a ser assegurado, em momento ulterior, o exercício do direito de defesa”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. ADI 2.120. Requerente: Confederação Brasileira de Trabalhadores Policiais Civis – COBRAPOL. Intimado: Governador do Estado do Amazonas e Outro. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 16/10/2008. *Diário Eletrônico [da] Justiça*. 30 out. 2014.

5º, inciso LVII). Na literalidade do dispositivo, colheria apenas o acusado em processo criminal. Mas seus efeitos, por força do devido processo legal, são estendidos a todos os processos sancionatórios.

Pelo mesmo fundamento, o acusado não poderá ser obrigado a produzir provas contra si mesmo (art. 5º, inciso LXIII). Projeta-se o direito ao silêncio para fora do campo penal, a impedir qualquer forma de coação física ou psicológica para obtenção de prova que comprometa ou agrave a situação jurídica do administrado.

É consectário do devido processo o direito a um julgamento imparcial pela autoridade competente. A competência, que deflui da lei, é pressuposto de validade dos atos administrativos em geral e, com maior razão, dos sancionadores. O reforço à garantia se verifica nas causas de impedimento e suspeição dos agentes públicos.

Mas o dever de imparcialidade deve ser preservado na própria condução do processo administrativo. O compromisso com a legalidade exige a consideração de todos fatos passíveis de repercussão na decisão administrativa. Contudo, é imprescindível que haja um ponto de equilíbrio.

Isto porque eventual excesso nas investidas probatórias para esclarecimento dos fatos pode ferir a impessoalidade da Administração, gerando um risco de prejulgamento. Se a atividade probatória, no processo sancionador, configurar antecipação de culpa, o devido processo restará comprometido.

Nesta toada, impõe-se que a Administração possa demonstrar a culpa, mas sem romper o estado de inocência até a formação do convencimento definitivo. Deve, sim, buscar a aplicação da norma sancionadora, porém de forma isenta. A assertiva nada mais significa que a aplicação do princípio constitucional reitor da função administrativa do Estado, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição.

O devido processo legal inclui os direitos e garantias fundamentais na própria noção de interesse público. Nisto se inclui, evidentemente, o direito a um julgamento justo e equitativo, com os respectivos meios. Celso Antônio Bandeira de Mello explicita que “a proteção do interesse privado nos termos que estiver disposto na Constituição é, também ela, um interesse público, tal como qualquer outro, a ser fielmente resguardado”¹¹⁷ Assim, não há interesse público ao arrepio das garantias processuais do administrado.

¹¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 69.

É fundamental, portanto, que o administrador público respeite e também assegure, no processo sancionador, as garantias constitucionais conferidas aos acusados, vez que figura como componente do interesse público durante o desenvolvimento do processo.

2.3.2 Contraditório e ampla defesa

A Constituição Federal coroou de forma explícita e generalizada os princípios do contraditório e ampla defesa na esfera administrativa. No art. 5º, inciso LV, da Carta, afirma-se que “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”.¹¹⁸

O litígio não é fenômeno exclusivo do processo civil. Representa, tão-somente, uma contraposição de interesses. O particular, ao comparecer ao processo administrativo, encontra-se em sentido inverso aos interesses do Estado. Não há, necessariamente, resistência, senão antípoda em nível de situações jurídicas.¹¹⁹

A resistência, se presente, apenas qualifica o litígio, sem interferir no seu significado autônomo. Nesse sentido, ainda que o administrado adira à sanção administrativa, o interesse estatal lhe será sempre inverso, razão pela qual deverão ser tratados como litigantes administrativos.

Os acusados em processo administrativo representam, na concepção de Odete Medauar, amplo rol de pessoas físicas ou jurídicas capazes de sofrer consequências punitivas. É o caso, por exemplo, das sanções decorrentes do poder de polícia, sanções de trânsito, atuações disciplinares sobre servidores ou certos profissionais e aplicação de sanções por má execução dos contratos administrativos.¹²⁰

José Afonsa da Silva entende estarem fora dessas garantias “os processos de jurisdição administrativa ou graciosa, que são processos sem lides, sem litígios, sem litigantes, sem acusados”.¹²¹ A interpretação, contudo, estreita a efetividade do princípio. Até mesmo nas pretensões ampliativas, os sujeitos encontram-se em situações antagônicas: o administrado em situação de poder e a Administração em situação de sujeição.

O equívoco deste pensamento renderia um prejuízo ao administrado na hipótese de recusa administrativa à pretensão. O litígio será posterior, mas a falta do contraditório inicial,

¹¹⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 183, p. 9-18, jan. 1991.

¹²⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 204.

¹²¹ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 155.

pela suposta ausência de conflito, terá restringido o poder de influência na decisão. Portanto, não só o conflito efetivo, como também o potencial, são hábeis a atrair os princípios em questão.

A ampla aplicação dos princípios do contraditório e ampla defesa contribui para lhe trazer, em termos metodológicos, a noção de parte para dentro do processo administrativo. Na concepção de Allan Brewer-Carias, Administração e administrados são partes e extremam interesses legítimos no processo, o que se estende para qualquer sujeito afetado com a prática do ato.¹²²

Trata-se, ademais, de garantias complementares, normativamente associadas. Não se pode falar em ampla defesa sem contraditório. Este é pressuposto daquela. Na lição de Sérgio Ferraz e Adilson Dallari, contraditório e ampla defesa descendem do mesmo conteúdo: direito de ser informado no processo, de manifestação sobre tudo que nele se produzir e de ter os argumentos levados em consideração por uma autoridade administrativa isenta.¹²³

Entretanto, é possível extrair de cada princípio um sentido autônomo. De acordo com Ricardo Marcondes Martins, o contraditório significa que cada ação de uma parte corresponda à possibilidade de reação de outra, consistindo num método dialético de dicção e contradição.¹²⁴ A ampla defesa, por sua vez, seria a atuação do administrado no sentido de convencer o Poder Público, por meio dos instrumentos disponíveis na ordem processual.

Na concepção de Agustín Gordillo, as garantias conferem ao administrado os seguintes direitos, a saber: i) publicidade do processo, manifestada pelo “leal conhecimento das atuações administrativas” e que se concretiza pelas vistas dos autos e audiência pública para defesa dos sujeitos afetados coletivamente pela decisão; ii) oportunidade de expressar suas razões antes da emissão do ato administrativo; iii) ter seus argumentos expressamente considerados; iv) obter decisão expressa sobre petições e denúncias ; v) obter uma decisão fundamentada; vi) ser patrocinado por advogado; vii) propor e oferecer a prova das suas alegações; viii) produção de toda prova razoavelmente proposta; ix) exaurimento das provas antes que se adote decisão de mérito; x) controlar a produção da prova feita pela Administração.¹²⁵

No ordenamento pátrio, a Lei 9.784, de 1999, dedicou aos processos sancionadores e às situações litigiosas em geral o direito à comunicação, à apresentação de alegações finais, à

¹²² BREWER-CARRIAS, 1990, p. 150-151.

¹²³ FERRAZ; DALLARI, 2012, p. 115.

¹²⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 277.

¹²⁵ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. t. 2, p. IX-21.

produção de provas e à interposição de recursos, os quais representam desdobramentos da contraditório e da ampla defesa perante a Administração Pública.¹²⁶

A partir da Súmula Vinculante nº 21, do STF, vê-se que o direito ao recurso se consubstancia em ferramenta importante para defesa dos administrados, sendo vedado condicionar tal direito à exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.¹²⁷

O reforço aos princípios em questão é ademais verificado na Súmula Vinculante nº 3, do STF¹²⁸. Nos processos perante o Tribunal de Contas da União (TCU), a eventualidade de uma decisão revogatória ou anulatória de ato administrativo exige o contraditório e ampla defesa do administrado, à exceção do ato de controle das aposentadorias concedidas.

De forma mais ampla, o STF estendeu tal raciocínio aos processos de anulação e revogação em geral. Essa prerrogativa, de acordo com o STF, não prescinde da abertura de processo administrativo no qual seja assegurado contraditório e ampla defesa aos beneficiários do ato que se pretende retirar.¹²⁹

Nem sempre, contudo, o contraditório e ampla defesa se farão presentes na atuação

¹²⁶ No julgamento do MS 24.268/MG, rel. Min. Ellen Gracie, o Min. Gilmar Mendes, do STF, em voto vista, enquadrou o contraditório e ampla defesa como direito “à tutela jurídica”. E, calcando-se na avaliação do tema pelo direito comparado, assim se manifesta sobre os desdobramentos dos princípios: “[...] (i) direito de informação (*Recht auf Information*), obrigando o julgador a informar à parte adversa os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; (ii) direito de manifestação (*Recht auf Ausserung*), no qual o defendente manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; (iii) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), exigindo do julgador a capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas [...]”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança. MS 24268/MG. 05/02/2004. Impetrante: Fernanda Fiuza Brito. Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União e outro. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, DF. *Diário [da] Justiça*. 17 set. 2004, p. 53.

¹²⁷ Idem (Sessão Plenária). Súmula Vinculante nº 21. É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo. Brasília, DF. 19/10/2009. *Diário Oficial [da] União*. 10 nov. 2009, p. 1.

¹²⁸ Idem. Súmula Vinculante nº 3. Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão. Brasília, DF. 30/05/2007. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 6 jun. 2007, p. 1.

¹²⁹ Nesse sentido, cf. os seguintes julgados:
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1ª Turma). Administrativo. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. AI 710.085 AgR. Agravante: Instituto de Previdência de Santo André. Agravado: Espólio de Sidney Furlanetto. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF. 03/02/2009. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 6 mar. 2009;
Idem. (2ª Turma). Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. RMS 25.856.09/03/2010. Recorrente: Marcos Cisneiros de Albuquerque e Outros. Recorrido: União. Relator: Min. Eros Grau, Brasília, DF. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 14 maio 2010;
Idem. (Plenário). Recurso Extraordinário. RE 594.296, 21/09/2011. Recorrente: Estado de Minas Gerais. Recorrido: Maria Ester Martins Dias. Relator: Min. Dias Toffoli, Brasília, DF. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 13 fev. 2012.

administrativa. É o caso do inquérito administrativo. Referido instrumento, conforme a Suprema Corte, representa simples investigação para colher elementos de prova passíveis de determinar a instauração de processo administrativo no qual, aí sim, será observado o direito de defesa.¹³⁰

É no processo penal que o princípio do contraditório e ampla defesa adquirem sua maior efetividade. Compreende o direito à autodefesa e à defesa técnica. Atento a isto, o Código de Processo Penal (CPP), no art. 261, prevê que nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.¹³¹

Neste campo, a defesa técnica é imprescindível, o que vem corroborado na Súmula nº 523¹³², do STF, a reconhecer que a ausência de defesa no processo penal constitui nulidade absoluta, embora a deficiência só anule o processo com a prova do prejuízo ao réu.

Aspecto peculiar do contraditório reside na sua postergação. Não há violação ao princípio quando a Administração intervém na esfera jurídica de terceiro sem a prévia manifestação do interessado, à vista da necessidade de acautelar interesse público ou conter os efeitos de sua lesão.¹³³

Outro aspecto da ampla defesa diz respeito ao patrocínio de advogado. Nem todos processos sancionatórios – é verdade – pressupõem uma defesa técnica. A faculdade de autodefesa, em variados casos, é bastante para atender ao escopo do princípio, embora o administrado jamais possa ser impedido de fazê-lo por meio daquele profissional, em cuja

¹³⁰ “Se elas não tiverem caráter exclusivamente investigativo, podendo resultar na aplicação de pena, tal como sucede na advertência e suspensão de até 30 dias, previstas na Lei 8.112, de 1990, será obrigatória a abertura do contraditório, sob pena de nulidade do ato sancionatório aplicado pela Administração.” Cf. nesse sentido: Idem. (1ª Turma). Recurso Extraordinário. RE 304.857, 24/11/2009. Recorrente: Price Waterhouse – Auditores Independentes S/C Ltda. e Outros. Recorrido: Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, DF. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 5 fev. 2010.

¹³¹ Cf. Idem. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

¹³² Idem. Supremo Tribunal Federal (Sessão Plenária). Súmula nº 523. No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. 03/12/1969. *Diário [da] Justiça*. 10 dez. 1969, p. 5933.

¹³³ Em relação aos serviços de telecomunicação, por exemplo, a Lei 9.472, de 1997, autoriza o Poder Público a adotar medidas cautelares sem prévio direito de defesa: “Art. 175. Apenas medidas cautelares urgentes poderão ser tomadas antes da defesa”. Controvérsia sobre tal competência foi examinada pelo STJ, que referendou o contraditório postergado. Veja-se: “Não se pode confundir sanção administrativa com medida cautelar da Administração. A indispensabilidade de prévia oportunidade de defesa como requisito de legitimidade da aplicação de sanções administrativas não inibe o Poder Público de tomar medidas de natureza cautelar visando, em nome do interesse e da segurança pública, a sustação de atos ilegítimos, como o de transmissões de rádio comunitária que opera sem autorização do poder concedente. Aplicação do parágrafo único do art. 175 da Lei n.º 9.472/97”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). Recurso Especial. REsp 1058938/MG. 21/08/2012. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: NASA-Núcleo de Apoio à Saúde e à Natureza. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, DF. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 27 ago. 2012.

atuação se inclui a defesa de interesses perante órgãos e entidades da Administração Pública.

A situação, contudo, já rende controvérsia no âmbito do processo administrativo disciplinar.¹³⁴ Antes, o entendia o Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio da Súmula nº 343¹³⁵, que a presença do advogado seria obrigatória em todas as etapas do processo administrativo disciplinar.

A Súmula Vinculante nº 5, STF, reformando o entendimento retro, adotou posicionamento reverso, estatuidando que “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.¹³⁶

Na classificação dos processos sancionatórios, apresentou-se de modo apartado o disciplinar. Com razão, trata-se de situação específica do administrado. Tais infrações impactam na convivência social do servidor, podendo inclusive privá-lo do exercício da função pública. Ademais, podem requerer cognição mais aprofundada na apreciação e fixação de fatos enquadráveis como ilícitos. A defesa técnica, neste caso, maximiza a efetividade da ampla defesa.

Nos processos disciplinares, é possível a realização de interrogatório, como previsto no art. 159, da Lei 8.112, de 1990. Todavia o ato jamais será visto como meio de defesa, à semelhança do processo penal, sem que lhe seja assegurado a prévia entrevista como advogado, constituindo elemento a favor da imprescindibilidade deste profissional do direito.

Não seria suficiente apenas facultar a constituição de advogado no processo administrativo disciplinar. Essa faculdade já resulta do Estatuto da Advocacia e não poderia ser recusada pelo administrador. O que se defende, portanto, é a obrigação de assegurar a defesa técnica do servidor, requerendo a indicação de defensor dativo ou membro da Defensoria Pública para funcionar no processo disciplinar.

Afinal, a Constituição Federal assegura a ampla defesa com “todos” os meios e recursos, não se podendo falar em atendimento ao comando superior sem exaustão dos instrumentos

¹³⁴ Tomem-se como exemplos de processos disciplinares os previstos nos estatutos dos servidores públicos, a exemplo da Lei 8.112, de 1990, que disciplina o regime jurídico dos servidores da União. Podem ser arrolados a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35, de 1979); o Estatuto da Advocacia (Lei 8.906, de 1994); a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625, de 1993). Vide demais informações atinentes a cada lei nas referências da presente dissertação.

¹³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção). Súmula 343. É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar. Brasília, DF. 12/09/2007. *Diário [da] Justiça*. 21 set. 2007, p. 334.

¹³⁶ Idem. Supremo Tribunal Federal (Sessão Plenária). Súmula Vinculante nº 5. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Brasília, DF. 07/05/2008. *Diário Oficial [da] União*. 16 maio 2008, p. 1.

legais disponíveis para que o administrado possa se contrapor ao exercício dessa pretensão sancionatória.

Acresça-se que, de forma transversa, a omissão do Estado acabaria por ferir também a isonomia processual. É que a Administração Pública detém corpo técnico-jurídico para assessoramento na interpretação e aplicação no direito. Sonegar ao acusado instrumento para alcançar o mesmo proveito jurídico constitui odiosa “desequiparação”.¹³⁷

2.3.3 Presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência, também denominado “não culpabilidade”, decorre do art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal, ao preceituar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Explica Romeu Felipe Bacellar Filho que a presunção de inocência remonta ao direito romano, por meio da máxima *in dubio pro reo*. A dúvida sobre a existência do fato ilícito impunha a resolução do conflito em prol do acusado. No período medieval, a aplicação da regra foi afastada, dando lugar à presunção de culpabilidade: na falta de provas incontestáveis da inocência, a dúvida resultava numa condenação a pena menos grave.¹³⁸

O sistema medieval foi severamente criticado Cesare Beccaria, na obra *Dei delitti e delle pene*, publicada em 1784. Prestigiando o estado de inocência, defendia que o homem não pode ser havido culpado antes da sentença do juiz, sendo defeso à sociedade retirar-lhe a proteção pública antes de decidida a violação dos pactos por meio dos quais ela lhe foi concedida”.¹³⁹

Anos mais tarde, já com a Revolução Francesa, em 1789, calcada nos ideários de liberdade, igualdade e fraternidade, proclamou-se a garantia da presunção de inocência na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, considerada importante referência histórica na afirmação do princípio.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, reconheceu a presunção de inocência como direito de todo ser humano “acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua

¹³⁷ Nesse sentido interpreta-se a crítica de Clóvis Ferraz e Adilson Dallari: “No caso da Súmula Vinculante 5 o erro é grave, por isso que restaurador de uma prática administrativa que afeta o princípio da igualdade de armas...” FERRAZ; DALLARI. 2012, p. 113.

¹³⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 358.

¹³⁹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. rev. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 69.

culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei” (art. 11).¹⁴⁰

Seguindo o mesmo percurso histórico, a Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem, editada em 1950, enunciou que “qualquer pessoa acusada de uma infração se presume inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada” (art. 6º).¹⁴¹

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1968, integrada ao ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992¹⁴², estatuiu que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Para Romeu Felipe Bacellar Filho, a presunção de inocência deve ser considerada preceito fundante do processo sancionatório estatal, sob três perspectivas: (i) respeitando-se os direitos processuais de defesa e adotando-se todas as medidas necessárias para ampliação e tutela com a máxima efetividade; (ii) impondo-se, como regra de tratamento do acusado, o estado de inocência, o que abrange o afastamento de eventuais restrições à liberdade e demais direitos e sua distinção em relação às pessoas condenadas e (iii) aplicando a presunção de inocência como regra probatória ou de juízo, impondo-se ao Estado todo o ônus da acusação e, por outro lado, o juízo de certeza sobre a culpabilidade do acusado.¹⁴³

Importante efeito deste princípio está na vedação à reprodução de processo disciplinar com mesmo objeto e conteúdo após reconhecida insuficiência de provas para responsabilização de servidor público. Com tal fundamento, o STJ declarou a ilegalidade da conduta de determinar a abertura de novo processo, impondo o reconhecimento do estado de inocência do acusado, que não poderá ser submetido ao constrangimento de nova investigação.¹⁴⁴

¹⁴⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos do Humanos*. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948.

¹⁴¹ *Convenção para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais* (Convenção Européia de Direitos Humanos), adotada em 4 de novembro de 1950.

¹⁴² BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF. 6/11/1992. *Diário Oficial [da] União*. 9 nov. 1992.

¹⁴³ BACELLAR FILHO, 2013, p. 373-374.

¹⁴⁴ Assim assentou a Corte Superior: “1. Nos termos do art. 169 da Lei n. 8.112/1990, a constituição de outra comissão para a instauração de novo processo disciplinar só é cabível quando verificada a existência de vício insanável, devendo a autoridade julgadora declarar a nulidade total ou parcial do processo e ordenar a formação de ulterior comissão, para instauração de novo processo. 2. A lei não confere à autoridade administrativa a faculdade de determinar a instauração de novo processo administrativo disciplinar ao entendimento, ainda que fundamentado, de ausência de provas suficientes para a formação de sua convicção. 3. Se as provas coligidas no processo originário não são suficientes para a formação da convicção do julgador, cabe a ele isentar o servidor da responsabilidade e encerrar o processo, pois deve prevalecer o princípio da presunção da inocência, que só pode ser elidido com a devida constatação da falta, pois a responsabilidade funcional deve ser objetivamente definida. Ela não se presume. 4. Na hipótese dos autos, a reprodução de outro processo

Questão interessante diz respeito às presunções de veracidade e legitimidade em favor do ato administrativo. Na jurisprudência pátria, as presunções administrativas costumam inverter o ônus da prova.¹⁴⁵ Tratando-se, porém, de autêntica colisão de princípios – o da presunção de inocência e o outro princípio ligado ao interesse público – impõe que o conflito não se resolva de maneira tão simplista.

No desenvolvimento do capítulo destinado ao ônus da prova, ver-se-á que referido impasse principiológico exige análise aprofundada sobre o tipo administrativo e elementos indiciários, afora os casos em que a própria legislação confere disciplina peculiar ao ônus da prova.

A inserção do processo administrativo sancionador no sistema de garantias individuais do acusado, como ora se defende, não resulta em absoluta identidade com o sistema repressivo penal, no qual a presunção de inocência encontraria efetividade máxima.

Valha-se de exemplo a presunção de autoria relacionada às infrações de trânsito. Em certos casos, o Código de Trânsito Brasileiro (CTB)¹⁴⁶ admite que, se o autor da infração não for imediatamente identificado, a responsabilidade recaia sobre o proprietário do veículo (art. 257, §7º). Para que a presunção não se confirme, o proprietário deverá, em até 15 dias, indicar

administrativo disciplinar com o mesmo conteúdo e objeto, além de malferir o princípio da legalidade, impõe ao servidor, no mínimo, um constrangimento. Passível, pois, o controle do ato impugnado pelo Poder Judiciário. Precedentes. 5. Segurança concedida.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção). Mandado de segurança. MS 15004. Impetrante: Antonia Andrade da Costa. Impetrado: Ministro de Estado da Previdência Social. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF. 13/08/2014. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 22 ago. 2014.

¹⁴⁵ Nesse sentido confirmam-se: “O Auto de Infração possui o atributo da presunção de veracidade e legitimidade, não havendo que se falar em ofensa ao que preceitua o art. 5º, inciso LV da Constituição Federal. Tendo em vista sua ausência de defesa, o apelante deve arcar com ônus de sua inércia e omissão Recurso Conhecido e Improvido.” Idem. Tribunal de Justiça do Estado do Pará (4ª Câmara Cível Isolada). Apelação cível. APL: 201330259925/PA. 08/09/2014. Apelante: Bruno Martins dos Santos. Apelado: Ministério Público do Estado do Pará. Relator: Des. José Maria Teixeira do Rosário. Belém, PA. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 12 set. 2014;

“As informações constantes de auto de infração lavrado por Auditor-Fiscal do Trabalho gozam de presunção relativa de veracidade e de legitimidade, tendo em vista que é dever legal do auditor fiscal fiscalizar o fiel cumprimento da legislação trabalhista e proceder à respectiva lavratura de auto de infração quando concluir pela existência de sua violação, nos termos dos artigos 626 e 628 da CLT. Por conseguinte, cabe ao autuado, apontado como infrator, o ônus de produzir prova capaz de infirmar as informações constantes do referido auto de infração.” Idem. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (8ª Turma). Auto de infração. AP: 00566200707103007. 0056600-72.2007.5.03.0071. 04/09/2013. Agravante: União Federal (Fazenda Nacional). Agravado: Nino Scotton. Relator: Des. Sercio da Silva Peçanha. Belo Horizonte, MG. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 13 set. 2013;

Cf. também: Idem. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (21ª Câmara Cível). Apelação. AP 70051661775. 04/09/2013. Apelante: Departamento Estadual de Trânsito - DETRAN. Apelado: Douglas Porto Bastos. Relator: Des. Genaro José Baroni Borges. Porto Alegre, RS. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 11 set. 2013.

¹⁴⁶ BRASIL. Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*. 25 set. 1997.

o verdadeiro causador do ilícito, sob pena de suportar os efeitos da sanção legalmente cominada.

O legislador não desconhece a garantia da presunção de inocência, mas tem em apreço outras questões necessárias para garantir a eficácia das sanções administrativas. Observa-se nas infrações de trânsito uma ponderação abstrata de interesses que não deixa de prestigiar o estado de inocência, mediante o estabelecimento de prazo para indicação da autoria.

Diante do exposto, considera-se a presunção de inocência princípio geral da atividade sancionatória da Administração. Apesar de configurar direito fundamental, pode ser prestigiado em ângulos mais restritos conforme a vontade da lei; cedendo, porém não a ponto de admitir o aviltamento à dignidade do acusado na aplicação sanção administrativa.

2.3.4 Garantia da não autoincriminação

Aplica-se ao processo administrativo sancionador a garantia da não autoincriminação, também conhecida como direito ao silêncio ou *nemo tenetur se detegere*. Prestigiado no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, insere-se na estrutura do sistema de garantias constitucionais. Mesmo advindo do âmbito penal, a força normativa compreende a processualidade administrativa.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1968, integrada ao ordenamento pátrio pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, reproduz a garantia ao prever, no art. 8º, que os acusados de prática delitiva não podem ser obrigados a depor ou a produzir provas contra si mesmos, garantindo que o seu silêncio não seja interpretado em prejuízo de sua defesa.

O princípio encontra desdobramento na legislação ordinária. No direito processual penal, foi tratado no art. 186 do CPP, cuja redação conferida pela Lei 10.792, de 2003, assegura ao acusado o direito de permanecer calado e de não responder as perguntas que lhe forem formuladas. Ademais, o silêncio não poderá implicar confissão, nem poderá ser interpretado em prejuízo à defesa.¹⁴⁷

¹⁴⁷ Ao comentar a Lei 10.792, de 2003, Eugênio Pacelli afirma que o diploma promoveu alterações em vários dispositivos do CPC, consolidando o que já era uma realidade ao menos no âmbito doutrinário: “o tratamento do interrogatório como meio de defesa, assegurando-se ao acusado o direito de entrevistar-se com seu advogado antes do referido ato processual (art. 188, §5º); o direito de permanecer calado e não responder a perguntas a ele endereçadas, sem que se possa extrair do silêncio qualquer valoração em prejuízo da defesa.” Daí porque, afirma o autor, essas e outras reformas legais (Lei 11.790, de 2008 e 11.900, de 2009) acabaram por revogar implicitamente o art. 198 do CPP. Ainda no campo processual penal, considera revogada a condução coercitiva prevista no art. 260 do CPP, determinada para simples interrogatório. Sendo direito de defesa, o acusado está obrigado a prestar qualquer informação, nem tem qualquer compromisso de dizer a verdade, considerando a incompatibilidade com a garantia de direito ao silêncio. PACHELLI, Eugênio. *Curso*

Como consectário deste princípio, vigora a não exigência da participação do acusado na formação de prova contrária aos seus interesses, embora possa a lei estabelecer hipóteses de participação desde que a medida não viole sua integridade física e psíquica.¹⁴⁸

A prova produzida ao arrepio do princípio em cotejo encontra-se-á eivada de ilicitude, acarretando a nulidade da decisão sancionatória, se o fato extraído representar o fundamento único do provimento sancionador.¹⁴⁹

A garantia impede o constrangimento à liberdade individual em prol da persecução punitiva. Com base nisto, o STJ declarou a nulidade de processo disciplinar no qual se apurava embriaguez habitual em serviço, reconhecendo a existência de coação a servidor para coletar sangue na companhia de policiais militares.¹⁵⁰

Interessante abordagem do princípio se vê ao cotejo da penalidade administrativa imposta aos condutores pela simples recusa em se submeter ao etilômetro (CTB, art. 277, §3º) O propósito desse exame é verificar se administrado conduz veículo automotor em estado de embriaguez, em descumprimento ao determinado no art. 165, do CTB.

O STJ considera que o direito ao silêncio não poderia ser invocado na situação exposta. No entendimento da Corte, a recusa ao exame constitui tipo autônomo, por si só incapaz de presumir a embriaguez, mas suscetível de submeter o infrator à sanção imposta a quem conduzir veículo sob influência de álcool ou substâncias psicoativas. De acordo com o Tribunal, se a lei não punir a recusa ao teste com o mesmo rigor do desrespeito a norma proibitiva da direção em estado de embriaguez, o sujeito desviante sempre optará pela consequência menos gravosa.¹⁵¹

de processo penal. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 42-24. Cf. também BRASIL. Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Altera a Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Brasília, DF. 11/06/2003. *Diário Oficial [da] União*. 2 dez. 2003.

¹⁴⁸ Veja-se que o art. 7º do CPP prevê que “[...] para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.” Em decorrência desse princípio, o acusado não pode ser obrigado a participar desse procedimento. Idem. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (CPC).

¹⁴⁹ “Não há, pois, a contaminação de todo o processo, continuando válidas as provas lícitas dela não decorrentes ou que advieram de fontes autônomas, consoante o vetusto entendimento deste Supremo Tribunal.” Idem. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Extradicação instrutória. Extradicação 1.486/DF. 15/08/2017. Requerente: Governo dos Estados Unidos da América. Extraditando: Michael Kighten Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, DF. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 28 ago. 2017.

¹⁵⁰ Cf. BRASIL Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso ordinário - Mandado de segurança RMS: 18017/SP 2004/0037858-1. 09/02/2006. Recorrente: Paulo de Oliveira. Recorrido: Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Min. Paulo Medina. Brasília, DF. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 2 maio 2006.

¹⁵¹ Eis o julgado: “Processual civil e administrativo. Taxista. Teste de alcoolemia, etilômetro ou bafômetro. Recusa em se submeter ao exame. Sanção administrativa. Art. 277, § 3º c/c art. 165 do CTB. Autonomia das infrações. Identidade de penas. Desnecessidade de prova da embriaguez. Infração de mera conduta. Dever

instrumental de fazer. Princípio da não autoincriminação. Inaplicabilidade. Independência das instâncias penal e administrativa. Tipo administrativo que não constitui crime. Segurança viária. Direito fundamental. Dever do estado. Dignidade da pessoa humana respeitada. Súmula 301/STJ. Previsão de efeitos legais contrários a quem se recusa a se submeter a prova técnica. Tema não exclusivo do CTB e sumulado pelo STJ. Infração cometida no exercício da profissão de transporte remunerado de passageiros. Atividade dependente de autorização estatal. Serviço de utilidade pública regido pela lei 12.587/2012. Obrigação de cumprir a legislação de trânsito reforçada. 1. A controvérsia sub examine versa sobre a consequência administrativa da recusa do condutor de veículo automotor a se submeter a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa. 2. O Tribunal recorrido entendeu que a simples negativa de realização do teste de alcoolemia, etilômetro ou bafômetro, sem outros meios de prova da embriaguez do motorista, não é suficiente para configurar a automática infração de trânsito. 3. A recorrente sustenta que esse entendimento do Tribunal local viola os arts. 277, § 3º e 165 da Lei 9.503/1997, pois a legislação prevê a aplicação das penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) independentemente da comprovação da embriaguez, bastando o condutor se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput do art. 277. 4. O art. 165 do CTB prevê sanções e medidas administrativas para quem dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência. 5. Já o art. 277, § 3º, na redação dada pela Lei 11.705/2008, determina a aplicação das mesmas penalidades e restrições administrativas do art. 165 ao condutor que se recusar a se submeter a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado. 6. Interpretação sistemática dos referidos dispositivos permite concluir que o CTB instituiu duas infrações autônomas, embora com mesmo apenamento: (i) dirigir embriagado; (ii) recusar-se o condutor a se submeter a procedimentos que permitam aos agentes de trânsito apurar seu estado. 7. A recusa em se submeter ao teste do bafômetro não presume a embriaguez do art. 165 do CTB, tampouco se confunde com a infração ali estabelecida. Apenas enseja a aplicação de idêntica penalidade pelo descumprimento do dever positivo previsto no art. 277, caput. 8. O indivíduo racional pauta sua conduta pelos incentivos ou desincentivos decorrentes do seu comportamento. Se a política legislativa de segurança no trânsito é no sentido de prevenir os riscos da embriaguez ao volante mediante fiscalização que permita identificar condutores que estejam dirigindo sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa, deve a lei prever consequências que persuadam o indivíduo ao comportamento desejado pela norma. 9. Caso o CTB não punisse o condutor que descumpra a obrigação de fazer prevista na legislação na mesma proporção do desrespeito ao tipo legal que a fiscalização viária tem o dever de reprimir, o indivíduo desviante sempre optaria pela consequência menos gravosa. O dever estabelecido no caput do art. 277 constituiria mera faculdade estabelecida em favor do motorista, em detrimento da real finalidade dos procedimentos técnicos e científicos colocados à disposição dos agentes de trânsito na prevenção de acidentes. 10. A identidade de penas, mercê da diversidade de tipos infracionais, nada mais é do que resultado lógico da previsão legislativa de mecanismo para assegurar efetividade à determinação de regras de conduta compatíveis com a política pública estabelecida pela norma. 11. Ao contrário do sustentado pelo acórdão recorrido, a sanção do art. 277, § 3º, do CTB dispensa demonstração da embriaguez por outros meios de prova. A infração aqui reprimida não é a de embriaguez ao volante, prevista no art. 165, mas a de recusa em se submeter aos procedimentos do caput do art. 277, de natureza instrumental e formal, consumada com o mero comportamento contrário ao comando legal. 12. A prova da infração do art. 277, § 3º é a de descumprimento do dever de agir. Tão só. Sem necessidade de termo testemunhal ou outro meio idôneo admitido no § 2º do mesmo dispositivo legal. 13. O princípio *nemo tenetur se detegere* tem origem na garantia constitucional contra a autoincriminação e no direito do acusado de permanecer calado, sem ser coagido a produzir provas contra si mesmo. Aplica-se de forma irrestrita aos processos penais, sendo essa a sua esfera nuclear de proteção. 14. É possível admitir a incidência ampliada do princípio *nemo tenetur se detegere* quando determinada infração administrativa também constituir ilícito penal. Nesses casos, a unicidade de tratamento confere coerência interna ao sistema jurídico. 15. Nas situações em que a independência das instâncias é absoluta e os tipos infracionais distintos, a garantia do *nemo tenetur se detegere* não tem aplicação sobre a função administrativa exercida no âmbito da sua competência ordenadora, por falta de amparo no ordenamento pátrio. 16. Entender o contrário levaria ao absurdo de se admitir que o condutor pudesse recusar-se, sem as penalidades cabíveis, a submeter seu veículo a inspeção veicular ou a apresentar às autoridades de trânsito e seus agentes os documentos de habilitação, de registro, de licenciamento de veículo e outros exigidos por lei, para averiguação da regularidade documental prescrita pela legislação. 17. A interpretação de uma norma há de ser feita para garantir a sua máxima eficácia e plena vigência, por militar em favor das leis a presunção de sua legitimidade e constitucionalidade enquanto não afastada do mundo jurídico pelo órgão judiciário competente. Negar efeito ao § 3º do art. 277 do CTB, antes do pronunciamento do STF na ADI 4.103-7/DF, usurpa competência do órgão constitucionalmente imbuído dessa função. 18. Não se pode olvidar, numa espécie de "cegueira deliberada", que o direito responde às imposições da experiência. (BINENBOJM, 2016, pg. 53)."

No julgamento acima exposto, o STJ acresceu alguns elementos à interpretação do princípio: teria ele incidência no direito administrativo sancionador apenas quando a infração também constituir ilícito penal, fundamentando-se no dever de coerência interna do ordenamento. Quando o ilícito administrativo não for criminalizado – como no tipo de ausência de submissão ao exame de alcoolemia – a garantia do *nemo tenetur se detegere*, segundo a Corte, restaria inaplicável.

Não se vê lógica em exigir uma coincidência de sistemas repressivos para que haja incidência de tal princípio em sede administrativa. A própria autonomia do direito administrativo dispensa que o ato ilícito também seja reconhecido no campo penal. Mesmo nas mais singelas infrações administrativas, há respaldo ético para ninguém ser obrigado a ferir seus interesses pessoais.

A rigor, é vedado apenas que o silêncio seja fundamento direto e único para atribuição de consequências desfavoráveis. O raciocínio dedutivo firmado a partir de indícios não refutados pelo acusado não impede que estes sejam contextualmente incorporados à convicção do julgador. Conforme explica Fábio Medina Osório, “no plano do mundo real, os comportamentos dos acusados não podem deixar de ser interpretados pelas autoridades competentes”¹⁵².

2.3.5 Formalismo moderado

Como visto, o processo administrativo se constitui em um procedimento em contraditório. A lei estabelece o itinerário a ser percorrido pela Administração e acusados, a fim de que possam, por meio de atos processuais, atuar em busca do ato final que melhor satisfaça seus interesses.

Com efeito, a forma dos atos processuais assume uma finalidade específica: instrumentalizar os sujeitos em contraditório a atingir determinados resultados no processo. Tal postura jurídica provém da instrumentalidade das formas ou *pas de nullité sans grief*.

É a partir da violação à forma que o princípio opera. Sua função é disciplinar as consequências desse vício processual. Assim, a decretação da nulidade condiciona-se ao atendimento da finalidade do ato previsto. Se, apesar de existente o vício, alcançar o resultado

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Recurso Especial. REsp: 1677380/RS. 2017/0136731-0. 10/10/2017. Recorrente: União. Recorrido: Arnaldo Belisario Neves. Relator: Min. Herman Benjamin. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 16 out. 2017.

¹⁵² OSÓRIO, 2011, p. 243.

pretendido, a nulidade não será proclamada, tendo em vista a ausência de prejuízo ao interesse da parte ou ao interesse público.

O processo administrativo valoriza o resultado prático em detrimento do formalismo excessivo. O art. 2º, inciso IX, da Lei 9.784, de 1999, proclama a adoção de formas simples, destinadas a assegurar nível adequado de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados.

A sistemática legal adota os interesses do administrado como fio condutor do sistema de nulidades no processo administrativo. Ainda com base na Lei 9.784, de 1999, o art. 2º, em seu inciso VIII, fica prescrito que “a observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados”.

Na função administrativa, o Estado preside o processo; porém, ao contrário da jurisdição, não atua como desinteressado. No processo administrativo, discute-se tanto uma pretensão do Estado à restrição de direitos, como também pretensões ampliativas do administrado, cujo reconhecimento pela autoridade vincula diretamente a Administração.

Dessa forma, é um consectário da função administrativa a prerrogativa de rever seus próprios atos.¹⁵³ O administrado, porém, não pode ficar desarmado. A autotutela deve ser contrabalanceada com o reforço legislativo às garantias do administrado, de modo a orientar o regime de nulidades processuais.

O rigor formal é exigido, preferencialmente, para assegurar o exercício de direitos pelo administrado. Opera limitando mais a Administração do que o administrado. Este, sim, detém maior flexibilidade para a prática dos atos processuais, sendo defeso à Administração opor embaraços à sua atuação, salvo justificado comprometimento do interesse público.

Assim é o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao considerar o informalismo a favor do administrado, significando que o Poder Público não poderá invocar

¹⁵³ A afirmação condiz com o princípio da autotutela administrativa. Na doutrina de José Cretella Júnior, consiste no “poder que tem a Administração de fiscalizar os próprios atos editados, mantendo-os, se legais, oportunos, convenientes, desfazendo-os, em caso contrário”. Prossegue aduzindo que “os atos jurídicos editados pela Administração devem ter e mira a lei que os rege e o interesse público que deve ser satisfeito”. Pela revogação são alcançados os atos que eram, porém não mais satisfazem o interesse público, caracterizado pela mutabilidade. Pela anulação, são colhidos os fatos ilegítimos, por que contrários à legalidade. CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1977, p. 348-349. O princípio da autotutela é reforçado pela Súmula 473 do STF: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 473. *Diário [da] Justiça*. 10 dez. 1969, p. 5929.

rigorismos formais para considerar suas manifestações.¹⁵⁴

Já Egon Bockmann Moreira visualiza o princípio sobre o prisma da compreensibilidade do processo administrativo. Assim, argumenta que a população “não pode ser constrangida a recorrer a conhecimentos científicos – quer para responder a requerimentos da Administração, quer para deduzir seus pleitos frente a ela”.¹⁵⁵

Odete Medauar considera que no processo administrativo vige o princípio do formalismo moderado por uma dupla perspectiva. Primeiro, pelo uso de formas simples, ou seja, suficientes para não afetar as garantias processuais do administrado. Depois, por comportar uma interpretação mais flexível das formas, evitando que sejam vistas como um fim em si mesmas.¹⁵⁶

Não se pode concluir que toda violação à forma enseja necessariamente a nulidade do ato. Apesar do vício, por exemplo, no ato de intimação, o comparecimento espontâneo do administrado suprime a falta ou a irregularidade, o que evidencia o caráter instrumental da fórmula exigida.¹⁵⁷

Assim, nem sempre será reconhecido ao administrado o direito à proclamação da nulidade em razão de vício formal. A proteção jurídica que lhe foi dada também não pode resultar em abuso de direito, gerando o desfazimento do ato processual que não padece de irregularidade grave ou não simplesmente não gera prejuízo.¹⁵⁸

Entende-se que as exigências formais não podem ser genericamente consideradas

¹⁵⁴ No entanto, o autor ressalta que dito princípio não se aplicaria aos processos concorrenciais, “na medida em que sua utilização afetaria a garantia da igualdade dos concorrentes”. BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 521.

¹⁵⁵ MOREIRA, 2017, p. 250.

¹⁵⁶ MEDAUAR, 1993.

¹⁵⁷ Nesse sentido, art. 26 da Lei 9.784, de 1999: “§ 5º As intimações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais, mas o comparecimento do administrado supre sua falta ou irregularidade. A propósito, apresenta-se julgado do STJ que espelha justamente a análise obtemperada do sistema de nulidades do processo administrativo. Nem toda agressão à forma gerará a nulidade processual.” BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Confira-se: Idem. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). RMS 8.005/SC. Recorrente: João Vianna de Albuquerque. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Gilson Dipp. Brasília, DF. 06/04/2000. *Diário [da] Justiça*. 2 maio 2000, p. 150.

¹⁵⁸ Assim decidiu o STJ: “O reconhecimento de eventual nulidade do referido ato processual, em razão da ausência da assinatura dos demais membros da Comissão Processante, revelaria um formalismo exacerbado, ainda mais quando no Processo Administrativo Disciplinar vige o Princípio do Formalismo Moderado, ainda mais quando se trata da prática de meros atos de expediente, nada relativo à valoração de elementos probatórios, de modo que, mesmo que tal ato fosse praticado unicamente pelo Presidente da Comissão não haveria como se reconhecer a sua nulidade, diante da ausência de relevância e tendo em vista que o impetrante deixou de demonstrar os prejuízos sofridos.” Idem. Superior Tribunal de Justiça. (1ª Seção). Mandado de Segurança. MS 21.647/DF. 26/10/2016. Impetrante: Ademilson José de Santana. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, DF. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 1º dez. 2016.

apenas em favor dos administrados. Como anota Seabra Fagundes, as solenidades quanto à exteriorização do ato administrativo são postas em amparo do administrado contra decisões errôneas ou injustas, como também no interesse da boa ordem do serviço.¹⁵⁹

Nos processos sancionadores, porém, o formalismo *pro* administrado encontra-se em consonância com o devido processo legal. Não se pode levar a termo uma pretensão punitiva reduzindo-se as possibilidades de atuação defensiva do administrado, sob pena de retirar a efetividade do processo administrativo.

2.3.6 Inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito

A Constituição Federal proscreeve a admissão, no processo, das provas admitidas por meio ilícito. Tal garantia está prevista no art. 5º, inciso LVI, da Carta, impondo-se aos processos judiciais e administrativos, enquanto limites éticos à busca da verdade.

A vedação visa salvaguardar outros valores tutelados na ordem jurídica, pois não há liberdade absoluta na busca da verdade. Não são aceitas, por exemplo, violação de liberdades públicas, com as provas obtidas mediante tortura, interceptação telefônica ilegal e violação do domicílio ou do sigilo de correspondência.

De outro lado, é imperioso ressaltar que a tutela em questão tem como objeto preceitos de direito material. Se a transgressão desprezear norma de direito processual, não se terá em pauta uma prova ilícita, mas ilegítima. Destarte, poderá ser anulada com base em sanções previstas nas leis de processo.¹⁶⁰

A instituição do princípio, como expõe Agustín Gordillo, vem como desestímulo à criação de um sistema policialesco no qual a autoridade pública se veja incentivada à busca da verdade material em detrimento de princípio de ordem pública que pretende resguardar as liberdades pessoais e da moral pública.¹⁶¹

No plano infraconstitucional, a Lei 9.784, de 1999, igualmente refuta a utilização das provas ilícitas, reafirmando a eficácia do precitado dispositivo constitucional também no campo

¹⁵⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 64.

¹⁶⁰ Nesse sentido, Paulo Rangel afirma que “a vedação da prova pode estar estabelecida em norma processual ou em norma de direito material, surgindo, em nível doutrinário, a diferença entre as duas: será prova *ilegítima* quando a ofensa for ao direito processual, e será *ilícita* quando a ofensa for ao direito material”. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 431.

¹⁶¹ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, t. 4, p. VI-19.

da função administrativa.¹⁶² Ou seja, autoridades administrativas não podem admitir as provas produzidas por meio ilícito e muito menos produzir a prova em contrariedade ao direito.

O exame do princípio não se limita às proibições expressas. Não pode ser interpretado como a admissibilidade de todos os meios de prova, salvo aqueles expressamente proibidos. Eugênio Pacelli adverte que não apenas o meio de prova em si, como também seu alcance, devem ser examinados para fins de admissibilidade. E exemplifica aduzindo que uma interceptação telefônica pode permitir ou não o alcance de determinado bem jurídico (v.g., direito a intimidade ou privacidade), a depender de autorização judicial.¹⁶³

O debate é fecundo no processo penal, abrangendo, sobretudo, o direito à intimidade ou privacidade do acusado ou de terceiros. Senão, vejamos.

As escutas clandestinas, isto é, não autorizadas, poderão ter a participação ou não de um dos interlocutores. No primeiro caso, a ilicitude residirá na divulgação do conteúdo; no segundo, na própria gravação em si. Entretanto, não será ilícita a conduta de quem, arrimado em justa causa, utilizar-se da escuta para promover a defesa dos seus interesses, reconhecendo-se aí um estado de necessidade.¹⁶⁴

¹⁶² Em duas passagens a lei trata do assunto: no art. 30 impõe serem “inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos.” No §2º do art. 28 prevê que: “Somente poderão ser recusadas, mediante processo decisório fundamentado, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas. Impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.” BRASIL. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

¹⁶³ PACHELLI, 2015, p. 346.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 348-349. A afirmação sustenta-se no art. 153 do Código Penal, por um raciocínio a contrário senso. Não haverá crime de divulgação de conteúdo do documento particular ou de correspondência confidencial se houver justa causa. Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado do STJ:

“Recurso ordinário em habeas corpus. Processual penal. Constitucional. Estelionato. Gravação telefônica pela vítima de crime. Prova ilícita. Caracterização. 1. ‘As liberdades públicas não podem ser utilizadas como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de direito. Dessa forma, aqueles que, ao praticarem atos ilícitos, inobservarem as liberdades públicas de terceiros pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado (...)’ (Alexandre de Moraes, in *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*, 2ª Edição, 2003, São Paulo, Editora Atlas, páginas 382/383). 2. Não há que se falar em ilicitude da prova que se consubstancia na gravação de conversação telefônica por um dos interlocutores, vítima, sem o conhecimento do outro, agente do crime. 3. Recurso improvido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus. RHC: 12266/SP 2001/0198842-0. Recorrente: Marcelo Garcia Gomes e Outro. Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Brasília, DF. 09/09/2003. *Diário [da] Justiça*. 20 out. 2003, p. 298.

O STF também já decidiu que: “[...] é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou. *Idem*. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Recurso Extraordinário. RE 402.717-8/PR. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Davi Makarousky. Relator: Min. César Peluso. Brasília, DF. 02/12/2008. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 13 fev. 2009.

A Constituição Federal também assegura, no art. 5º, incisos X a XII, o direito à intimidade, vida privada, honra e a imagem das pessoas; à inviolabilidade do domicílio, bem como à inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.

Em algumas dessas garantias, por expressa previsão constitucional, o Poder Judiciário procederá ao respectivo afastamento. Não significa, porém, que as garantias não ressalvadas estejam imunes à mitigação. Raciocínio diverso resultaria na existência de direitos absolutos, incontrastáveis com qualquer outro, além de supor uma hierarquização de garantias individuais sem fundamento plausível.¹⁶⁵ Por tal lógica, o sigilo de correspondência teria ascendência sobre o das comunicações telefônicas apenas porque não ficou expressamente sujeito à contemporização judicial.

Contudo, ainda que não haja referência expressa ao afastamento judicial da garantia, inexistente vedação a que o princípio em tela seja suplantado ao exame do caso concreto. Dando-se primazia a outro de igual ou maior importância, oportuniza-se ao administrado a apresentação de prova que, apesar de contrária ao direito material, encontra-se baseada em causa justificante.¹⁶⁶

No campo administrativo, Egon Bockmann Moreira adere à possibilidade de excepcional acolhimento das provas obtidas por meio ilícito. No entanto, separa as posições do administrado e da Administração. Esta ficaria absolutamente impedida de produzir ou incluir provas ilícitas no processo administrativo. Já o administrado poderá propor a juntada da prova, cabendo ao julgador avaliar fundamentalmente o uso da prova na defesa dos seus interesses daquele, a partir de uma ponderação de princípios.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Nesse sentido, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Os direitos fundamentais e a lei: a Constituição brasileira tem um sistema de reserva legal? In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Orgs.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 605-618. Ademais, assevera Eugênio Pacelli que: “o direito à intimidade, à privacidade, à hora, e todas as suas formas de manifestação, ou seja, a inviolabilidade do domicílio, da correspondência, das comunicações, que se constituem apenas algumas das várias modalidades de exercício dos aludidos direitos (intimidade etc.), podem, como regra, ser limitados, por não configurarem nenhum direito absoluto. Podem e poderão, por isso, ser limitados, sempre que o respectivo exercício puder atingir outros valores igualmente protegidos pela Constituição e desde que haja previsão expressa em lei.” PACELLI, 2015, p. 354.

¹⁶⁶ De acordo com Alexandre de Moraes, “[...] na jurisprudência pátria, somente se aplica o princípio da proporcionalidade pro reo, entendendo-se que a ilicitude é eliminada por causas excludentes de ilicitude, em prol do princípio da inocência. [...] Desta forma, repita-se que a regra deve ser a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, que só excepcionalmente deverão ser admitidas em juízo, em respeito às liberdades públicas e ao princípio da dignidade da pessoa humana na colheita de provas”. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2013.

¹⁶⁷ Ao problematizar a questão, o autor refere-se à prova ilícita *pro reo*. Assim se pronuncia: “Pelo princípio da proporcionalidade, quando a prova ilícita tenha efeitos desmedidamente inferiores à questão controvertida e/ou

O entendimento parece afinado ao caráter relativo dos direitos fundamentais. Alinha a processualidade administrativa ao que progressivamente se reconhece no direito processual penal: o uso de uma prova ilícita pode estar arrimado no estado de necessidade de quem a apresenta.

Impende, ainda, que se diferencie provas ilícitas das provas ilícitas por derivação. Estas se reportam à teoria dos frutos da árvore envenenada ou *fruits of the poisonous tree*. Significa que a prova ilícita tem a propriedade de transmitir seu vício a qualquer outra prova logicamente interligada.¹⁶⁸ Ou seja, apesar da aparência de licitude, há um nexo com ilicitude originária, que se comunica com as informações dela decorrentes.¹⁶⁹

Embora a matéria não tenha recebido tratamento específico no direito administrativo, é possível que o intérprete, por analogia, se valha da disciplina preconizada no processo penal, na tentativa de uniformização¹⁷⁰. O processo administrativo sancionador e o penal conduzem essencialmente o mesmo interesse público: reagir à conduta ilicitamente praticada com a aplicação de uma sanção.

Traz-se para o processo administrativo a noção de fato independente, cujo reconhecimento impede a declaração de nulidade da decisão suportamente fundada na prova viciada. Comprovado que a decisão não se respaldou exclusivamente na prova ilícita, em face da autonomia de outras fontes, seguirá o processo em seu curso normal, sem se poder falar em

à razão da parte adversa, o julgador poderia ‘abrir mão’ de uma prova real e tomar decisão que implicasse, por exemplo, série prejuízo ao interesse público ou malefício processual ao acusado.” MOREIRA, 2017, p. 424-426.

¹⁶⁸ RANGEL, 2009, p. 433.

¹⁶⁹ As provas ilícitas por derivação encontram-se descritas no presente acórdão do STF: “Habeas Corpus. Acusação vazada em flagrante de delito viabilizado exclusivamente por meio de operação de escuta telefônica, mediante autorização judicial. Prova ilícita. Ausência de legislação regulamentadora. art. 5º, xii, da constituição federal. *Fruits of the poisonous tree*. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica -- à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la -- contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta. Habeas corpus concedido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC: 73351/SP. Paciente: José Pereira da Rosa. Impetrante: Marcos Roberto Alexander e Outro. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ilmar Galvão. Brasília, DF. 09/05/1996. *Diário [da] Justiça*. 19 mar. 1999, p. 9.

¹⁷⁰ Nesse sentido, é de suma importância a disciplina contida no Código de Processo Penal, em que se destaca: “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.” Idem. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

contaminação pelo vício anterior.¹⁷¹ Com este fundamento, o Supremo Tribunal Federal permitiu a continuidade do processo administrativo disciplinar, afastando a alegação de prova ilícita por derivação, no ato que deflagrou a abertura de processo disciplinar.

Finalmente, o princípio da prova obtida por meios ilícitos liga-se ao emprego da prova emprestada no âmbito administrativo. Pode ser entendida, na concepção de Nelson Nery Junior, como “aquela que, embora produzida em outro processo, se pretende a produzir efeitos no processo em questão”.¹⁷²

De acordo com Cassio Scarpinella Bueno, “o uso da prova emprestada explica-se na medida em que retrata fato relevante e pertinente, de modo a justificar seja levada em conta no contexto diverso do qual foi ela produzida”.¹⁷³

A prova emprestada pode advir de ações populares, ações de improbidade, ações civis públicas, inquérito policiais, processos penais, processos de tomadas de contas ou qualquer processo administrativo ou judicial em que o acusado haja participado da relação jurídica processual.

O princípio do contraditório exige que a Administração proceda à intimação do administrado para que conheça o teor prova emprestada. Na instância criminal, o acesso do Poder Público a tal prova submete-se à prévia autorização do juiz de origem, como pressuposto de validade da fonte da prova.

Obviamente a retirada de informações de outro processo para servir de subsídio à decisão em processo administrativo pode configurar meio ilícito de prova, se desrespeitar preceitos de direito material. Pode-se citar, como exemplo, segredo de justiça, o sigilo fiscal, o sigilo bancário e até o sigilo imposto em razão do interesse público, todos capazes de gerar a

¹⁷¹ “Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. PAD. Provas ilícitas por derivação. Não ocorrência. Prescrição. Inovação recursal. Agravo regimental não provido. A declaração de nulidade de interceptação eletrônica não gera a nulidade dos elementos probatórios colhidos nos mesmos autos que possam ser obtidos por fonte independente, por se tratar de provas autônomas, tal como se dá com autos de fiscalização conduzidos pelo impetrante como auditor da Receita Federal. Não há que se falar em aplicação do prazo prescricional penal às infrações administrativas se a condenação no processo disciplinar não se deu em razão da prática de atos configuradores de conduta criminoso. No caso, a correlação entre as condutas apuradas pela comissão e as infrações penais “prevaricação” e “advocacia administrativa” são feitas apenas pelo próprio impetrante, não tendo constado das conclusões da comissão processante. Inexiste omissão na decisão agravada em que se apreciam as alegações devolvidas no recurso ordinário sem se avançar na análise de matérias que importam em inovação recursal. Agravo não provido.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Recurso em Mandado de Segurança. RMS 31767 AgR. Agravante: José Luiz Althéia. Agravado: União. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Brasília, DF. 22/09/2015. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 21 out. 2015.

¹⁷² NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 632.

¹⁷³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 252.

incidência do princípio.

A questão adquire importância até sob o ponto de vista da economia processual. Imagine-se uma perícia realizada em outros autos, possível de contribuir para esclarecimento do mesmo objeto em discussão processo administrativo. Veja-se que o Tribunal Superior Trabalho (TST), há algum tempo, pacificou jurisprudência sobre o tema, aceitando que a prova emprestada seja admitida no caso de identidade absoluta dos respectivos contextos probatórios.¹⁷⁴

O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar recurso em mandado de segurança contra instauração de processo disciplinar em desfavor de policial militar, concluiu pela admissibilidade da prova colhida em processo penal para uso em processo administrativo, devidamente autorizada pelo juiz penal de origem.¹⁷⁵ De outra feita, considerou válida prova emprestada para instrução de processo administrativo no Tribunal de Contas, mediante autorização judicial.¹⁷⁶

Note-se, porém, não ser imprescindível que ambas as partes tenham participado do

¹⁷⁴ “RECURSO DE REVISTA. PROCESSO ELETRÔNICO - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PROVA EMPRESTADA. VALIDADE. Esta Corte vem reiteradamente decidindo que, não obstante seja obrigatória a realização de perícia para a caracterização da insalubridade, tal como exige o art. 195 da CLT, a prova emprestada mostra-se admissível em caso de identidade absoluta entre os referidos contextos. Recurso de Revista não conhecido. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (8ª Turma) Recurso de Revista. RR: 1142000420075150011. Recorrente: JBS S/A. Recorrido: Carlos André Agostinho de Melo. Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro. Brasília, DF. 06/05/2015. *Diário Eletrônico [da] Justiça [do] Trabalho*. 08 maio 2015. “AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CARACTERIZAÇÃO. PROVA EMPRESTADA. POSSIBILIDADE. Confirmada a ordem de obstaculização do recurso de revista, na medida em que não demonstrada a satisfação dos requisitos de admissibilidade, insculpidos no artigo 896 da CLT. Agravo de instrumento não provido.” Idem. (6ª Turma) Agravo de Instrumento em Recurso de Revista. AIRR: 2624001620085150011. Agravante: JBS S/A. Agravado: Divinomar Assis Peixoto Relator: Augusto César Leite de Carvalho. Brasília, DF. 05/08/2015. *Diário Eletrônico [da] Justiça [do] Trabalho*. 07 ago. 2015. “RECURSO DE REVISTA - PROVA EMPRESTADA. IMPUGNAÇÃO. Uma vez admitida pelo juiz a juntada de prova emprestada, ante a constatação da similitude das condições fáticas que se pretende provar, inclusive com a anuência das partes, a União não poderia somente agora impugnar a utilização da prova emprestada sob o fundamento de que ela não condiz com a realidade dos autos, mormente porque a jurisprudência desta Corte reconhece que a admissão de prova emprestada trata-se de prerrogativa conferida ao Juízo. Recurso de Revista não conhecido. REVELIA. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. APLICÁVEL. REAJUSTES SALARIAIS. Nos termos da OJ 152 da SBDI-1 do TST, pessoa jurídica de direito público sujeita-se à revelia e seus efeitos previstos no art. 844 da CLT. Recurso de Revista não conhecido.” Idem. (8ª Turma). Recurso de Revista - RR: 1175009620085100004. Recorrente: União (PGR). Recorrido: Marcos Freitas Pereira. Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro. Brasília, DF. 04/11/2015. *Diário Eletrônico [da] Justiça [do] Trabalho*. 06 nov. 2015.

¹⁷⁵ Idem. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. RMS: 30114 SP 2009/0146886-3. Recorrente: Lucas Eduardo Alvarez dos Santos. Recorrido: Estado de São Paulo. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF. 06/05/2014. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 23 maio 2014.

¹⁷⁶ Idem. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança. AgrRg no RMS 43.329/RS. Agravante: Tecnisan Sistemas Operacionais de Saneamento Ltda. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF. 08/10/2013. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 21 out. 2013.

contraditório no processo de origem. Conforme já decidiu o STJ, tal exigência acaba por restringir demasiada e injustificadamente a aplicação da prova emprestada, bastando que no processo destinatário seja assegurado o contraditório à parte contra quem a prova é dirigida.¹⁷⁷

Por sua vez, o STF já decidiu sobre admissibilidade do compartilhamento de provas produzidas na instrução criminal. São comuns julgados autorizando o uso de interceptações telefônicas, desde que produzidas de acordo com a lei regente.¹⁷⁸

¹⁷⁷ “[...] Em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. No entanto, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. 10. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Embargos de Divergência em Recurso Especial - EREsp: 617428 SP 2011/0288293-9. Embargante: Ponte Branca Agropecuária S/A e Outros. Embargado: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF. 04/06/2014. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 17 jun. 2014.

¹⁷⁸ Confira-se os seguintes julgados:

“HABEAS CORPUS – RECURSO ORDINÁRIO – SUBSTITUIÇÃO. Em jogo, na via direta, a liberdade de ir e vir do cidadão, cabível é o habeas corpus, ainda que substitutivo do recurso ordinário constitucional. PROVA EMPRESTADA – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. Válida é a tomada de prova emprestada de outro processo-crime no qual observadas as balizas da Lei de regência da interceptação telefônica – de nº 9.296/1996.” Idem. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus. HC 137044/PE. Paciente: Wanderson Franco de Souza. Impetrante: Rodrigo Trindade. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, DF. 10/10/2017. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 23 nov. 2017.

“INQUÉRITO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA EMPRESTADA. DECISÕES JUDICIAIS QUE AUTORIZARAM A MEDIDA E SEU COMPARTILHAMENTO JUNTADAS AOS AUTOS. AUSÊNCIA DE TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DOS DIÁLOGOS E DISPONIBILIZAÇÃO DOS ÁUDIOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. SUFICIÊNCIA DA DEGRAVAÇÃO DAS CONVERSAS ALUDIDAS NA EXORDIAL ACUSATÓRIA. COMPARTILHAMENTO COM AÇÃO PENAL RELATIVA A CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO MAJORADA (ART. 89, CAPUT, C/C ART. 84, § 2º, AMBOS DA LEI 8.666/1993). DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR DANO AO ERÁRIO OU ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. NÃO DEMONSTRAÇÃO. ATIPICIDADE. IMPROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO (ART. 6º, 2ª PARTE, DA LEI 8.038/1990). 1. Conforme firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, afigura-se suficiente, para adimplir a determinação do art. 6º, § 1º, da Lei 9.296/1995 e assegurar o direito de defesa dos acusados, o acesso à gravação dos diálogos aludidos pela denúncia, sendo dispensável a disponibilização de todo o material oriundo da interceptação telefônica (HC 91.207-MC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe de 21.9.2007; INQ 2.424, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, DJe de 26.3.2010; RHC 117.265, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 26.5.2014; INQ 4.023, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 1º.9.2016). 2. Esta Corte já assentou a legitimidade do compartilhamento de elementos probatórios colhidos por meio de interceptação telefônica autorizada judicialmente com processos criminais nos quais imputada a prática de crime punível com detenção (RE 810.906-AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 14.9.2015; AI 626.214-AgR, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 8.10.2010; HC 83.515, Rel. Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, DJ de 4.3.2005). E até mesmo com processos de natureza administrativa: (RMS 28.774, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 25.8.2016).” Idem. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Inquérito 3.967. Inq 3967. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: João Alberto Fraga Silva e Outro. Relator(a): Min. Teori Zavascki. Brasília, DF. 22/11/2016. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 16 maio 2017. Grifos nossos.

“PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados

O Código de Processo Civil de 2015 inovou ao disciplinar o tema, estabelecendo, no art. 372, que: “o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”.

Ao comentar o dispositivo, Arlete Inês Aurelli afirma como requisitos da prova emprestada a necessidade de contraditório na esfera de origem e que adversário daquele que pretende utilizar a prova emprestada tenha sido parte no processo em que a prova foi produzida. Todavia, considera não ser possível admitir como prova emprestada inquérito policial ou procedimento administrativo pela ausência de contraditório.¹⁷⁹

A interpretação revela-se consistente com o devido processo legal. O princípio do contraditório deve ser observado tanto no processo de origem quanto no processo de destino. A informação havida sem contraditório não poderá ser qualificada como prova emprestada, por se achar destituída de eficácia jurídica.¹⁸⁰

Acerca das informações decorrentes de inquérito policiais e procedimentos administrativos é preciso que se faça a seguinte observação: as investigações criminais submetidas, em sede judicial, ao contraditório, poderão ser objeto de compartilhamento, assim como os processos administrativos. Estes, diferentemente do mero procedimento, são animados pelo contraditório.

No caso do processo administrativo disciplinar, o Superior Tribunal de Justiça sumulou o cabimento da prova emprestada, condicionada à autorização do juízo competente e à

obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedente. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Inquérito 2424. Inq 2424 QO-QO. Autor: Ministério Público Federal. Demandado: P.G.O.M e Outros. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, DF. 20/06/2007. *Diário [da] Justiça Eletrônico* 24 ago. 2007.

¹⁷⁹ AURELLI, Arlete Inês. Da admissibilidade da prova emprestada no CPC de 2015. DIDIER JR, Fredie; JOBIM, Marco Felix; FERREIRA, William Santos. (Org.). *Direito probatório*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 5, p. 211-246.

¹⁸⁰ “É nula a condenação penal decretada com apoio em prova não produzida em juízo e com inobservância da garantia constitucional do contraditório. - A prova emprestada, quando produzida com transgressão ao princípio constitucional do contraditório, notadamente se utilizada em sede processual penal, mostra-se destituída de eficácia jurídica, não se revelando apta, por isso mesmo, a demonstrar, de forma idônea, os fatos a que ela se refere. Jurisprudência”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus. RHC n. 106.398. Recorrente: Ézio Rahal Melillo. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF. 04/10/2011. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 3 abr. 2012.

observância do contraditório e ampla defesa.¹⁸¹

A autorização judicial se afigura imprescindível para exame de possível violação ao direito à intimidade, honra, vida privada ou qualquer outra matéria objeto de sigilo. Em se tratando de prova solicitada pela Administração, deverá se proceder à intimação do administrado, instaurando-se o contraditório e ampla defesa. Sendo, porém, o caso de prova apresentada por este, cabe à Administração examinar a admissibilidade, verificando a pertinência da prova.

Uma vez transportada aos autos do processo administrativo, deverá a prova emprestada ser valorada como se tivesse sido produzida no próprio processo. A importância prática, em razão da economia processual, está em justamente ter o “potencial” efeito de reproduzir a eficácia probatória original.¹⁸²

2.3.7 Vedação à *reformatio in pejus*

A força normativa decorrente do sistema de garantias constitucionais da Constituição Federal submete o processo administrativo sancionador ao princípio da vedação à *reformatio in pejus*. Assim, proíbe-se que o recurso interposto apenas pelo administrado resulte em agravamento da sua situação jurídica.

No âmbito do processo jurisdicional, o princípio da vedação a *reformatio in pejus* implica que o órgão julgador não pode piorar a situação processual do único recorrente, retirando-lhe a vantagem concedida em decisão anterior sem pedido expresso da parte contrária.¹⁸³

Ao apreciar a legislação ordinária, considera-se o art. 617, do CPP, que limita o agravamento da pena pelo recurso interposto somente pela defesa, como baluarte do princípio

¹⁸¹ Idem (1ª Seção). Súmula 591: É permitida a “prova emprestada” no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e ampla defesa. Brasília, DF. 13/09/2017. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 18 set. 2017.

¹⁸² Como ressalta Eduardo Talamini, “terá a potencialidade de assumir exatamente a eficácia probatória que obteria no processo em que foi originalmente produzida. Ficou superada a concepção de que a prova emprestada receberia, quando muito, valor de documento, ‘prova inferior’ ou ato extrajudicial. O juiz, ao apreciar as provas, poderá conferir à emprestada precisamente o mesmo peso que esta teria se houvesse sido originalmente produzida no segundo processo. Eis o aspecto essencial da prova transladada: apresenta-se sob a forma documental, mas poder manter seu valor originário. É tal diversidade que confere o regime jurídico específico – o qual não se identifica com o da prova documental nem com o da prova que se emprestou, em sua essência de origem.” TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 140, p. 145-162, out/dez, 1998, p. 147.

¹⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Especial. EDcl nos EDcl no REsp 1072223/RS. Embargante: Rosita Uszacki Kruger. Embargado: Brasil Telecom S/A. Min. João Otávio de Noronha. Brasília, DF. 16/04/2009. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 27 abr. 2009.

em cotejo.¹⁸⁴ De acordo com as lições de Eugênio Pacelli, a vedação está contida na ampla defesa: “[...] aquele que vislumbrasse a possibilidade de piora de sua situação, pela apreciação de recurso por ele interposto, certamente a tanto não se animaria, tendo a se conformar com a sentença condenatória, mesmo quando inocente”.¹⁸⁵

Tamanha a importância da *non reformatio in pejus* no direito processual penal que o STF sumulou entendimento ratificando a nulidade dos julgamentos proferidos em grau de recurso que venham a acolher, contra os interesses do réu, nulidade não arguida no recurso da acusação.¹⁸⁶

No processo administrativo, em especial os sancionadores, o recurso constitui um dos pilares da cláusula do devido processo legal. Celso Antônio Bandeira de Mello evoca, inclusive, o princípio da revisibilidade para legitimar o direito de o administrado recorrer da decisão que lhe é desfavorável, ressaltando o processo iniciado por autoridade do mais alto escalão administrativo.¹⁸⁷

José Cretella Júnior, ao exame dos recursos administrativos no direito brasileiro, os enquadrou em quatro categoriais, a saber: (i) recurso hierárquico; (ii) pedido de reconsideração; (iii) recurso disciplinar e (iv) recurso *ex officio*. No recurso hierárquico, requer-se da autoridade superior o reexame da decisão proferida por seu subordinado. No pedido de reconsideração, a solicitação é direcionada à mesma autoridade que emanou o impugnado. O recurso disciplinar constitui gênero que agruparia tanto o recurso do agente público contra a decisão disciplinar desfavorável, como, nos casos previstos em lei, a revisão do processo que resulta em penalidade. Finalmente, os recursos *ex officio*, também conhecidos como necessários.¹⁸⁸

O direito ao recurso encontra-se nas diretrizes gerais da Lei nº 9.784, de 1999, como também na disciplina procedimental.¹⁸⁹ Na sua disciplina estão previstos recursos contra decisões interlocutórias, a exemplo do indeferimento da alegação de suspeição, como também

¹⁸⁴ Assim preceitua: “O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.” Idem. Lei 3.683, de 3 de outubro de 1941.

¹⁸⁵ PACHELLI, 2015, p. 943.

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Sessão Plenária). Súmula 160: É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício. Brasília, DF. 13/12/1963. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 87.

¹⁸⁷ BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 519.

¹⁸⁸ CRETELLA JÚNIOR, 1977, p. 651-667.

¹⁸⁹ O art. 2º, parágrafo único, garante aos administrados os direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio. BRASIL. Lei nº 9.784, 29 de janeiro de 1999.

em face de decisões terminativas.¹⁹⁰ O recurso pode se basear em motivos de legalidade ou mérito, devendo a impugnação ser inicialmente submetida à própria autoridade prolatora da decisão. Cabe a esta, por sua vez, retratar-se ou remeter o recurso à esfera superior, sendo vedada, em regra, a tramitação em mais de três instâncias administrativas.¹⁹¹

Ponto nevrálgico dos recursos administrativos reside no suposto confronto entre a vedação à *reformatio in pejus* e a autotutela dos atos administrativos. Na Lei 9.784, de 1999, a redação do art. 64 prevê que “o órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida”. E se desta prerrogativa puder resultar “gravame à situação do recorrente”, o parágrafo único prevê a ciência do recorrente para que possa previamente apresentar suas razões.

Romeu Felipe Bacellar Filho considera que a manifestação prévia do administrado diante da possibilidade de agravamento do seu *status* jurídico não é suficiente para afastar a inconstitucionalidade do dispositivo reportado. Invocando o direito à ampla defesa, considera que “a possibilidade de ser proferida uma decisão mais gravosa em sede recurso traz para o recorrente um efeito inibitório”.¹⁹²

Em outra perspectiva, Angélica Petian defende que a regra legal merece ser interpretada conforme a Constituição Federal. Destarte, a lei não teria autorizado a *reformatio in pejus*, mas prescreveu que, em decorrência do desfazimento do ato por decisão anulatória, possa advir situação mais gravosa para o interessado recorrente, o que exigiria o direito à prévia manifestação, em consonância com os princípios do contraditório e da ampla defesa.¹⁹³

Todavia, o pensamento acima exposto não contempla o que no direito processual penal

¹⁹⁰ No art. 21, estabelece que “o indeferimento de alegação de suspeição poderá ser objeto de recurso, sem efeito suspensivo”. Ibidem.

¹⁹¹ Eis a disciplina: “Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito. § 1º O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior.” E mais ainda: “Art. 57. O recurso administrativo tramitará no máximo por três instâncias administrativas, salvo disposição legal diversa.” BRASIL. Lei nº 9.784, 29 de janeiro de 1999.

¹⁹² BACELLAR FILHO, 2013, p. 355-366.

¹⁹³ De acordo com a autora, “O aspecto a ser considerado, e que distingue essa situação da *reformatio in pejus* vedada originariamente no processo pelo Direito Processual Penal, é a competência atribuída pela Administração Pública para, de ofício, invalidar os atos administrativos eivados de vício de legalidade, o que não corre no âmbito do processo judicial, uma vez que o Poder Judiciário só atua por provocação, ainda que seja para declarar a invalidade de uma sentença por expressa afronta ao ordenamento jurídico”. Situação diversa seria “[...] a prolação de uma decisão em grau de recurso que revoga ou modifica a decisão recorrida, apresentando uma nova valoração da questão e, conseqüentemente, piora para o recorrente [...]”, medida que “[...] não encontra amparo em nosso sistema jurídico, por configurar a *reformatio in pejus*”. PETIAN, 2011, p. 206-207.

denomina-se de *reformatio in pejus* indireta.¹⁹⁴ Dessa maneira, ocorrendo a anulação da decisão em virtude de recurso, seria possível, em decorrência da aplicação correta da lei, o agravamento da situação do administrado, o que representa traço característico da processualidade administrativa.

Noutras palavras, o reconhecimento da nulidade e o restabelecimento da lei, com suposta “piora” da situação jurídica, não constitui, ao menos no campo administrativo, infração à *non reformatio in pejus*. Na verdade, a questão posta encontra-se fora do âmbito de aplicação desse princípio e, por isso, não se cogita de violação. O administrado não tem direito subjetivo a ato administrativo ilegal.

Veja-se que a *non reformatio in pejus* manifesta-se apenas em derredor da justiça da decisão, impedindo que o órgão *ad quem* exaspere a sanção ou comine espécie mais gravosa por simplesmente divergir do mérito da decisão recorrida. Entretanto, se ao apreciar o recurso, constatar a existência de violação à lei, o vício será conhecido em virtude do efeito translativo, alcançando as denominadas questões de ordem pública.¹⁹⁵

Imagine-se uma decisão administrativa que haja aplicado multa aquém do mínimo estipulado em lei. Essa decisão, para além de qualquer dúvida, conteria vício de legalidade. Pretender que a Administração se cale diante dessa causa de nulidade desnaturaria a própria essência da processualidade administrativa.

Na Lei 8.112, de 1990, a disciplina recursal está fora do título do processo disciplinar. Vê-se que o recurso hierárquico e o pedido de reconsideração são tratados no direito de petição, com regras sobre prazos, hipóteses de admissibilidade, forma de interposição e efeito.¹⁹⁶ Ao

¹⁹⁴ É o que consta do seguinte julgado: “Anulados o julgamento pelo tribunal do júri e a correspondente sentença condenatória, transitada em julgado para a acusação, não pode o acusado, na renovação do julgamento, vir a ser condenado a pena maior do que a imposta na sentença anulada, ainda que com base em circunstância não considerada no julgamento anterior.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus. HC nº 89.544/RN. Paciente: Francisco Lindolácio de Aquino. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, DF. 14/04/2009. *LEXSTF*, n. 365, 2009, p. 348-366. v. 31.

¹⁹⁵ Didaticamente, Daniel Assumpção Neves, explica que “[...] por efeito translativo entende-se a possibilidade de o tribunal conhecer matérias de ordem pública de ofício no julgamento do recurso.”. E acresce: “[...] tendo sido a matéria de ordem pública objeto da impugnação recursal, essa matéria será analisada em razão do efeito devolutivo; não havendo até momento decisão a respeito, a matéria de ordem pública poderá ser analisada originariamente pelo tribunal em razão do efeito translativo”. NEVES, Daniel Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 543.

¹⁹⁶ Eis a disciplina: “Art. 107. Caberá recurso: I - do indeferimento do pedido de reconsideração; II - das decisões sobre os recursos sucessivamente interpostos. § 1º O recurso será dirigido à autoridade imediatamente superior à que tiver expedido o ato ou proferido a decisão, e, sucessivamente, em escala ascendente, às demais autoridades. § 2º O recurso será encaminhado por intermédio da autoridade a que estiver imediatamente subordinado o requerente. Art. 108. O prazo para interposição de pedido de reconsideração ou de recurso é de 30 (trinta) dias, a contar da publicação ou da ciência, pelo interessado, da decisão recorrida. Art. 109. O recurso poderá ser recebido com efeito suspensivo, a juízo da autoridade competente. Parágrafo único. Em

término, prevê-se que “a Administração deverá rever seus atos, a qualquer tempo, quando evidados de ilegalidade” (art. 114).

Daí se afirmar que a discussão sobre a *non reformatio in pejus* não se dá no plano da legalidade, mas apenas de mérito da sanção. E nesta seara, a incidência do princípio é plena, não apenas em respeito ao direito de defesa, como também deferência à segurança jurídica.

Possível argumento de que o controle de legalidade igualmente geraria o efeito inibidor do direito de recorrer fragiliza-se, na medida em que, em face do descumprimento à lei, o administrado encontra-se sujeito à autotutela independentemente da interposição de recurso.

Assim, o art. 64 da Lei 9.784, de 1999, não deve ser aplicado, especificamente, aos processos administrativos sancionadores. Mas não se trata de uma inconstitucionalidade da norma. Nos processos amplativos, a decisão recorrida não se encontra imunizada contra eventual retirada do ato por motivos de oportunidade e conveniência.

Ao exame da matéria, o STF entende ser possível a *reformatio in pejus* em processo administrativo sancionador. Assim, firmou que a Administração mantém a prerrogativa de rever seus próprios atos, em obséquio à legalidade, conveniência e oportunidade caracterizadoras do regime jurídico administrativo. Nesse julgamento, observa-se, portanto, o afastamento total do princípio em exame em prol dos interesses da Administração.¹⁹⁷

caso de provimento do pedido de reconsideração ou do recurso, os efeitos da decisão retroagirão à data do ato impugnado.” BRASIL. Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

¹⁹⁷ Confira-se o julgado: “Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Atendimento bancário. Regulamentação por normas infraconstitucionais locais. Possibilidade. Repercussão geral reconhecida para ratificar a jurisprudência da corte. Processo administrativo. Recrudescimento da sanção administrativa em recurso do administrado. Princípio da autotutela. Possibilidade. 1. Os municípios têm competência para regulamentar o atendimento ao público em instituições bancárias, uma vez que se trata de matéria de interesse local. 2. A jurisprudência da Corte sobre a matéria foi ratificada pelo Plenário desta Corte quando do julgamento do RE 610.221, da Relatoria da E. Min. Ellen Gracie, cuja Repercussão Geral restou reconhecida. 3. A possibilidade da administração pública, em fase de recurso administrativo, anular, modificar ou extinguir os atos administrativos em razão de legalidade, conveniência e oportunidade, é corolário dos princípios da hierarquia e da finalidade, não havendo se falar em *reformatio in pejus* no âmbito administrativo, desde que seja dada a oportunidade de ampla defesa e o contraditório ao administrado e sejam observados os prazos prescricionais. 4. In casu, o acórdão recorrido assentou: “Administrativo funcionamento dos bancos – exigências contidas em lei estadual e municipal – legalidade. 1. A jurisprudência do STF e do STJ reconheceu como possível lei estadual e municipal fazerem exigências quanto ao funcionamento das agências bancárias, em tudo que não houver interferência com a atividade financeira do estabelecimento (precedentes). 2. Leis estadual e municipal cuja arguição de inconstitucionalidade não logrou êxito perante o Tribunal de Justiça do Estado do RJ. 3. Em processo administrativo não se observa o princípio da “*non reformatio in pejus*” como corolário do poder de autotutela da administração, traduzido no princípio de que a administração pode anular os seus próprios atos. As exceções devem vir expressas em lei. 4. Recurso ordinário desprovido.” 5. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo a que se nega provimento. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. ARE: 641054/RJ. Agravante: Banco Citybank S/A. Agravado: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF. 22/05/2012. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 25 jun. 2012.

Por sua vez, julgados do STJ preconizam o princípio em tela não na perspectiva recursal, mas para decretar a anulação de novo processo sancionador instaurado com o fito de impor ou agravar penalidade aplicada em processo administrativo anterior, o que denomina de “rejulgamento”. Nada mais que aplicação da regra legal proibitiva da revisão em desfavor do administrado.¹⁹⁸

É evidente que a função estatal se exterioriza por meio de processo adaptado às suas especificidades. No direito processual civil, há nulidades decretáveis de ofício pelo juiz, por dizerem respeito à violação de regras estabelecidas no próprio interesse da jurisdição (Ex.:

¹⁹⁸ “Mandado de segurança. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Conclusão pela absolvição das imputações contidas na indicição. Retificação parcial do julgamento. Violação do dever funcional. Pena de advertência. Não apontados os vícios. Reformatio in pejus. Impossibilidade. - O rejulgamento do processo administrativo disciplinar, com vistas a agravar a sanção inicialmente imposta, ofende o devido processo legal e não encontra respaldo na Lei n. 8.112/1990, a qual somente admite a revisão do processo quando são apontados vícios insanáveis que conduzam à absolvição do servidor ou à mitigação da pena aplicada. - O servidor público não pode permanecer sujeito a rejulgamento do feito para fins de agravamento da sanção, quando sequer são apontados vícios no processo administrativo disciplinar. - In casu, a retificação do Processo Administrativo Disciplinar tomada pelo Ministro de Estado da Fazenda Interino não teve por escopo corrigir eventual vício insanável e nem beneficiar o impetrante, na medida em que, ao reexaminar o mérito das conclusões firmadas pela Comissão processante no sentido de sua absolvição, entendeu por configurada a violação do seu dever funcional, ressalte-se, apenas deixando de lhe aplicar a pena de advertência em virtude da ocorrência da prescrição. Segurança concedida. (STJ - MS: 8778 DF 2002/0159465-0, Relator: Ministra Marilza Maynard (desembargadora convocada do tj/se), data de julgamento: 14/05/2014, s3 - terceira seção, data de publicação: dje 22/05/2014) administrativo. Mandado de segurança. Servidor público. Processo administrativo disciplinar - pad. Anulação da pena de suspensão, já cumprida pelo servidor, e aplicação de pena mais grave, de demissão, por orientação da controladoria-geral da união. Bis in idem e reformatio in pejus. Impossibilidade. Pedido de reintegração julgado procedente. Efeitos funcionais. Retroação à data da demissão. Efeitos financeiros. Retroação limitada à data da impetração. Segurança concedida. 1. "A Autoridade coatora apontada, que impõe a pena de demissão, vincula-se aos fatos apurados e não à capitulação legal proposta pela Comissão Processante. Da mesma forma, o indiciado se defende dos fatos contra ele imputados, não importando a classificação legal inicial, mas sim a garantia da ampla defesa e do contraditório. Por isso, a modificação na tipificação das condutas pela Autoridade Administrativa não importa nem em nulidade do PAD, nem no cerceamento de defesa" (MS 13.364/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, dje 26/5/08). 2. O novo julgamento do processo administrativo disciplinar ofende o devido processo legal, por não encontrar respaldo na Lei 8.112/90, que prevê sua revisão tão somente quando constatado vício insanável ou houver possibilidade de abrandamento da sanção disciplinar aplicada ao servidor público. 3. O processo disciplinar se encerra mediante o julgamento do feito pela autoridade competente. A essa decisão administrativa, à semelhança do que ocorre no âmbito jurisdicional, deve ser atribuída a nota fundamental de definitividade. O servidor público punido não pode remanescer sujeito a novo julgamento do feito para fins de agravamento da sanção, com a finalidade de seguir orientação normativa, quando sequer se apontam vícios no processo administrativo disciplinar. 4. "É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira" (Súmula 19/STF). 5. Hipótese em que a anulação, pelo Presidente da FUNASA, da pena de suspensão aplicada ao Impetrante, após seu cumprimento, não teve por escopo corrigir eventual vício insanável e/ou beneficiá-lo, na medida em que resultou da orientação firmada pela Corregedoria-Geral da União - CGU que, ao reexaminar o mérito das conclusões firmadas pela Comissão processante, entendeu necessária a aplicação de pena mais grave, de demissão. 6. Segurança concedida para anular a pena de demissão aplicada ao Impetrante e determinar à Autoridade Impetrada que o reintegre ao serviço público. Efeitos funcionais que devem retroagir à data da demissão do servidor. Os efeitos financeiros, todavia, devem retroagir à data da impetração, conforme as Súmulas 269 e 271/STF, reservando-se a cobrança das diferenças remuneratórias anteriores à impetração às vias ordinárias. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). Mandado de Segurança. MS: 17370 DF 2011/0152234-7. Impetrante: Jorge Elias da Silva. Impetrado: Ministro de Estado da Saúde. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF. 28/08/2013. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 10 set. 2013.

incompetência absoluta, coisa julgada, litispendência, ilegitimidade de parte).

Na função administrativa, há peculiaridades que conduzem o processo a um sistema específico de normas e princípios. Em alguns processos, a Administração atuará de ofício reformando o mérito da decisão. Jamais nos sancionadores. De todo modo, tem como norte, sempre, a defesa da legalidade do ato praticado ou na prossecução do interesse público, sem que se possa falar em afronta ao interesse do administrado.

2.3.8 Duração razoável do processo

Como exigência do Estado democrático de direito, as atividades administrativas devem seguir um rigor procedimental. Os atos decisórios da Administração não podem ser introduzidos de forma avulsa, sem o devido controle interno, emergindo daí a importância do processo, cujo trâmite não pode ignorar o tempo razoavelmente compatível para resolução do interesse público em causa.

O princípio da duração razoável, previsto no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, por força da Emenda nº 45, de 2004¹⁹⁹, foi textual ao abranger o processo administrativo. Trata-se de autêntica garantia social implantada na seara do processo com o fito de impedir a demasia temporal na resolução dos conflitos.

Canotilho, ao se reportar ao ordenamento português, evoca o direito a um processo célere e prioritário como uma das mais importantes inovações constitucionais. De acordo com o autor, o princípio impõe que o legislador ordinário regule os vários tipos de processos estatais de modo a assegurar uma proteção sumária a direitos liberdade de garantias, como também uma formatação processual capaz de responder a imperativos de celeridade e prioridade.²⁰⁰

Embora não se desconheça que administrar envolve escolhas complexas, o administrador não detém liberdade absoluta para dispor sobre tempo de decidir. Com efeito, sem motivo justo, não pode retardar os atos processuais, olvidando o dever jurídico de responder brevemente aos administrados.

No plano infraconstitucional, o Código de Processo Civil de 2015 estipulou, no art. 4º, em favor das partes, o direito de obter em prazo razoável a solução integral de mérito, incluída

¹⁹⁹ Idem. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*. 31 dez. 2004.

²⁰⁰ CANOTILHO, 1999, p. 473.

a atividade satisfativa.

O princípio da duração razoável do processo encontra-se atrelado ao princípio da eficiência administrativa. Na concepção de Egon Bonckmann Moreira, representa um processo célere, simples, com finalidade definida, econômico e efetivo, o que não se trataria de qualidades inéditas no ordenamento jurídico.²⁰¹

De modo imediato, o princípio se concretiza pela diligente e eficaz atuação dos órgãos administrativos. Entre as etapas procedimentais não pode aparecer hiato de tempo suscetível de debelar a expectativa na resposta estatal diante da controvérsia posta.

Em decisão paradigmática, o Supremo Tribunal Federal aplicou o princípio da duração razoável do processo tendo em vista o decurso de quatro anos para apreciação de recurso administrativo interposto contra cassação de certificado de entidade para fins filantrópicos. Foi determinado ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome que apreciase, motivadamente, no prazo de 30 dias, o recurso administrativo interposto.²⁰²

O retardamento do processo emerge não apenas da desídia ou ineficiência funcional, como também do interesse espúrio de prefixar o tempo em que a decisão será proferida. Nesse caso, a ofensa ao princípio da duração razoável encontrar-se-ia acompanhada do desvio de finalidade, manifestado por meio de um comportamento comissivo das autoridades administrativas.

A duração razoável do processo se apresenta dogmaticamente como garantia contra dilatações indevidas, exigindo o cumprimento dos prazos processuais e, sobretudo, presta-se a evitar a exposição do administrado aos transtornos decorrentes de longa investigação, mesmo porque os atos administrativos estão sujeitos à prescrição.

Os prazos cominados à Administração para prática de atos sancionadores representam

²⁰¹ O autor prossegue destacando que “A celeridade impõe que os atos processuais sejam praticados no mais curto e racional espaço de tempo possível, de forma contínua e coordenada. Não se trata de uma corrida de velocidade, mas, sim, de sequência de atos que atenda a uma duração razoável, tal como é assegurado pelo art. LXXVIII do art. 5º da CF.” MOREIRA, 2017, p. 244.

²⁰² Cf. a ementa do caso: Recurso ordinário em mandado de segurança. Cancelamento de certificado de entidade para fins filantrópicos – CEBAS. Recurso administrativo dirigido ao ministro da previdência. Atribuição de efeito suspensivo: demora na apreciação. Requerimento ao poder judiciário. Existência de norma especial que veda a concessão de efeito suspensivo ao recurso administrativo no procedimento de concessão de cebras (decreto n. 3.048/1999, art. 377). Aplicação subsidiária da lei n. 9.784/1999: descabimento. Inexistência de direito líquido e certo. Razoável duração ao processo administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança provido em parte. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Recurso em Mandado de Segurança. RMS 28172. Recorrente: SECONCI/DF - Serviço Social do Distrito Federal. Recorrido: União. Relator(a): Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF. 24/11/2015. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 01 fev. 2016.

uma garantia de celeridade. Na Lei 8.112, de 1990, o prazo de conclusão de sindicância não poderá, inicialmente, exceder 30 dias (art. 145, parágrafo único). O afastamento preventivo do servidor não durará mais que 60 dias, admitida a prorrogação por igual período (art. 147, parágrafo único). O prazo para a conclusão do processo disciplinar não excederá 60 dias, admitida a sua prorrogação (art. 152). A autoridade julgadora deverá proferir sua decisão no prazo de 20 dias, sendo estes contados do recebimento do processo.

A ação disciplinar contra servidores sujeita-se a prazos prescricionais, cuja interrupção se dá com a instauração de processo disciplinar, mantida até a decisão final proferida por autoridade competente. Como os prazos legais são estipulados de acordo com a tramitação razoavelmente esperada, tem-se que, uma vez ultrapassado o máximo definido nos respectivos estatutos, serão reiniciados.²⁰³

Nada obstante, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça permanece firme no sentido de que o excesso de prazo na conclusão do processo administrativo disciplinar não enseja, só por si, a nulidade absoluta do procedimento, exigindo a demonstração de efetivo prejuízo a defesa do servidor implicado, que não pode ser presumido.²⁰⁴

O princípio é igualmente aplicável nas situações em que o administrado formaliza uma

²⁰³ Cf. didático acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, associando a prescrição ao princípio em cotejo. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. ANULAÇÃO DE PENALIDADE ADMINISTRATIVA IMPOSTA A SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO. 1. O prazo destinado a Administração Pública Municipal para iniciar o processo administrativo disciplinar (PAD) começa a fluir da data do evento punível disciplinarmente e se interrompe pela abertura de processo administrativo disciplinar. 2. Distinção entre prescrição do direito de punir e prescrição da pretensão punitiva. Esta última se consuma após a tempestiva instauração do Processo Administrativo Disciplinar, em virtude da retomada do prazo prescricional, outrora interrompido com a abertura deste. 3. A interrupção da prescrição operada pela abertura do PAD não se protraí no tempo indefinidamente ou até que sobrevenha a decisão final no feito. A causa interruptiva perdura até que se esgote o prazo máximo para a conclusão e julgamento do processo disciplinar, ou seja, o prazo de duração razoável do processo. Precedentes do STF, STJ e TJERJ. 4. O Município do Rio de Janeiro estabelece o prazo de 180 dias como lapso temporal máximo de duração razoável do PAD (art. 192, Lei nº. 94/79). Prescrição da pretensão punitiva que deve ser reconhecida no caso dos autos. 5. Dano moral não configurado. APELO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (13ª Câmara Cível). Apelação. APL: 1690847920098190001 RJ 0169084-79.2009.8.19.0001. Apelante: Claudina Pettersen Godinho Muratore e Outros. Apelado: Município do Rio de Janeiro. Relator: Des. Fernando Fernandy Fernandes. Brasília, DF. 21/09/2011. *Diário [da] Justiça*. 26 set. 2011.

²⁰⁴ Nesse sentido:
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). Mandado de Segurança. MS 20.052/DF. Impetrante: Tania Maria Jannuzzi Salao. Impetrado: Ministro de Estado da Fazenda. Relator: Min. Gurgel de Faria. Brasília, DF. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 10 out. 2016;
Idem. Mandado de Segurança. MS 22.575/PA. Impetrante: Jose Deusdeth de Lima. Impetrado: Ministro de Estado da Fazenda. Rel. Ministro Humberto Martins. Brasília, DF. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 30 ago. 2016;
Idem. Mandado de Segurança. MS 17.868/DF. Impetrante: Rosana Denigres Napoleão. Impetrado: Ministro de Estado da Fazenda. Rel. Min. Sérgio Kukina. Brasília, DF 08/03/2017. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 23 mar. 2017.

pretensão em face da Administração Pública. Não poderá o Estado retardar a marcha do processo administrativo ou simplesmente se omitir no dever de decidir. Veja-se que a Lei 9.784, de 1999, impõe o prazo de 30 dias, após a instrução do processo, para que o julgador decida sobre a matéria.

A rigor, o silêncio da Administração é um fato. Não contém qualquer manifestação de vontade. Mas poderá o legislador atribuir-lhe efeitos. Dir-se-á, então, que o silêncio poderá ser concessivo ou denegatório.²⁰⁵ No Estado de São Paulo, esgotado o prazo máximo para decisão, presume-se a rejeição do requerimento administrativo, representando exemplo de silêncio denegatório.²⁰⁶

Ainda sobre o princípio, a Justiça Federal da 1ª Região reconheceu omissão injustificada da Administração em analisar projetos industriais apresentados por particular, considerando inexistir no processo administrativo elemento de prova capaz de amparar a demora excessiva, caracterizadora de abuso de poder.²⁰⁷

Ao enfrentar o tema do silêncio no direito administrativo, Celso Antônio Bandeira de

²⁰⁵ BANDEIRA DE MELLO, 2017.

²⁰⁶ Prevê a Lei Estadual 10.177, de 1998: Art. 33 - O prazo máximo para decisão de requerimentos de qualquer espécie apresentados à Administração será de 120 (cento e vinte) dias, se outro não for legalmente estabelecido. § 1.º - Ultrapassado o prazo sem decisão, o interessado poderá considerar rejeitado o requerimento na esfera administrativa, salvo previsão legal ou regulamentar em contrário. SÃO PAULO. Lei Estadual nº 10.117 de 30 de dezembro de 1998. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. São Paulo, SP. *Diário Oficial [do] Estado*. 31 dez. 1998. p. 3.

²⁰⁷ “AÇÃO DE PEDIDO COMINATÓRIO. PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL E DE FALTA DE PRESSUPOSTO PROCESSUAL. IMPROCEDÊNCIA. CONSELHO NACIONAL DAS ZONAS DE PROCESSAMENTO DE EXPORTAÇÃO. AUTORIZAÇÃO PARA FUNCIONAMENTO DE EMPRESAS NA ZPE QUE A AUTORA ADMINISTRA. PRAZO RAZOÁVEL DE DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. 1. Improcedência da preliminar de incompetência da Justiça Federal para julgamento da causa, sob o fundamento de que a questão deve ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, uma vez que a omissão do Poder Público que se pretende ver sanada no presente caso diz respeito a ato administrativo, e não a ato normativo imprescindível para tornar efetiva norma constitucional (Carta Magna, art. 103, § 2º). 2. Improcedência da preliminar de falta de pressuposto processual (CPC, art. 267, IV), porquanto a revogação do Decreto 96.759/88 pelo Decreto 3.839/2001 não acarretou a extinção do Conselho Nacional das Zonas de Processamento de Exportação (CZPE), o qual, em virtude de ter sido criado pelo Decreto-Lei 2.425/88 (art. 3º), não poderia ser extinto por ato normativo infralegal (decreto), sob pena de ofensa ao princípio da hierarquia das leis. Inexistência de óbice à análise do mérito do pedido formulado, que diz respeito à fixação de prazo para a apreciação de projetos industriais apresentados (CPC, art. 126). Exame do mérito da causa nos termos do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil. 3. Ocorrência de omissão injustificada da Administração na análise dos projetos industriais apresentados pela autora, uma vez que o processo administrativo respectivo tramita perante o CZPE desde novembro de 1997 (Decreto-Lei 2.425/88, art. 3º, II), inexistindo nos autos elementos de prova a amparar a demora excessiva, caracterizadora de abuso de poder, o que impõe seja julgado procedente o pedido para que ela se pronuncie, no prazo de 30 dias, prorrogáveis por mais 30. (art. 5º, XXXIII e LXXVIII, da Carta Magna; artigos 48 e 49, da Lei 9.784/99). 4. Apelação a que se dá provimento.” BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (6ª Turma). Apelação Cível. AC: 8156/MG. 2002.38.00.008156-1. Apelante: ZPEX – Administradora da Zona de Processamento de Exportação de Teófilo Otoni S/A. Apelado: União. Relator: Des. Maria Isabel Gallotti Rodrigues. Brasília, DF. 19/09/2005. *Diário [da] Justiça*. 3 out. 2005, p. 106.

Mello apresenta duas soluções possíveis: nos atos vinculados, o silêncio legitima o administrado a requerer o suprimento judicial da inércia administrativa, uma vez que todos os requisitos do ato já estavam predeterminados em lei. Reunidos esses pressupostos, o Judiciário nada fará senão um controle de legalidade, determinando o comportamento cabível à Administração; já nos atos discricionários, por ainda subsistir uma margem subjetiva de apreciação, o Judiciário poderá cominar prazo para o administrador decidir, sob pena de incorrer em medidas coercitivas.²⁰⁸

Do exposto, a duração razoável do processo, associada ao dever de eficiência, impõe uma resposta célere do Poder Público na resolução de litígios. Nos processos sancionadores, a inércia administrativa pode ensejar a prescrição da pretensão punitiva, como também permite a provocação do Judiciário a fim de que a Administração não permaneça omissa na adoção de medidas solicitadas pela defesa, postergando injustificadamente o feito.

2.3.9 Proporcionalidade e razoabilidade

O princípio da proporcionalidade e da razoabilidade receberam especial tratamento na processualidade administrativa.

Do ponto de vista constitucional, Luís Virgílio Afonso da Silva anota que tais princípios não decorreriam de dispositivo constitucional específico, senão da própria estrutura dos direitos fundamentais.²⁰⁹ Nada obstante, é expressivo o empenho da Constituição em assegurar comportamentos estatais afivelados a tais princípios,

Encontram-se previstos na Lei 9.784, de 1999, como vetores da Administração Pública. Têm em vista situações concretas, orientando a aplicação de normas jurídicas que eventualmente possam ser confrontadas.

As medidas processuais a serem tomadas pela Administração podem entrecruzar direitos fundamentais. Ao tratarmos do princípio da vedação às provas obtidas por meios ilícitos, ficou registrado, por exemplo, que uma prova eventualmente produzida em detrimento do direito fundamental à intimidade pode ser aceita na via administrativa, como forma de garantir a defesa do acusado. Nesse caso, o acolhimento da prova pressupõe juízo de

²⁰⁸ BANDEIRA DE MELLO, 2017.

²⁰⁹ De acordo com Luís Virgílio Afonso da Silva, “A exigibilidade da regra da proporcionalidade para colisão entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais. Essa fundamentação não se confunde, contudo, com aquela anteriormente citada.” SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002, p. 44.

ponderação entre os direitos fundamentais envolvidos, seara em que se descortina a importância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

De igual modo, os princípios em destaque contribuem para equilibrar a proteção estatal a determinados direitos fundamentais, por meio da presunção de veracidade e legitimidade dos agentes públicos, ante a garantia da não autoincriminação e da presunção de inocência que norteiam os processos administrativos sancionadores.

É o princípio da proporcionalidade que preside, por exemplo, a adoção de medidas cautelares no âmbito do processo administrativo sancionador. Na seara disciplinar, o afastamento provisório do servidor público encontra-se autorizado no art. 147 da Lei nº 8.112, de 1990²¹⁰. Nada obstante, é indispensável que a Administração pondere os efeitos negativos que o afastamento cautelar do servidor causará na execução do serviço e na sua esfera pessoal diante do risco de sua permanência comprometer a apuração da irregularidade. Até porque, neste período, o servidor continuará percebendo a remuneração dos cofres públicos.

Conforme explica Canotilho, a proporcionalidade encontra-se integrada por três subprincípios constitutivos, contribuindo para impedir ou neutralizar abusos praticados pela Administração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Na adequação ou conformidade de meios, investiga-se se o ato do administrador encontra-se apto e conforme os motivos justificadores de sua adoção. Pela exigibilidade ou necessidade, caberá a opção menos onerosa ou de menor desvantagem possível ao interesse atingido. Já a proporcionalidade em sentido estrito, entendida como princípio da justa medida, determina que a intervenção estatal, além de adequada e exigível, seja proporcional à sua carga coativa.²¹¹

Luís Virgílio Afonso da Silva acresce que a adequação se estrutura em dois pontos de vista: a aptidão em alcançar o resultado ou, então, a aptidão para se promover aquele resultado. O subprincípio da necessidade, por sua vez, impõe uma comparação entre medidas adequadas, priorizando-se a menos limitadora. Na proporcionalidade em sentido estrito, os motivos que levam à promoção de um direito fundamental devem ter peso suficiente para a justificar a restrição de outro.²¹²

Apesar da imprecisão dos vocábulos razoabilidade e proporcionalidade,²¹³ é possível

²¹⁰ BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

²¹¹ CANOTILHO, 1999, p. 264-265.

²¹² SILVA, 2002, p. 40-41.

²¹³ O tratamento sinonímico pode ser visualizado na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a exemplo do HC 76.060-4. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus. HC 76.060-4/SC. Paciente: Arante José Monteiro Filho. Coator: Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Relator: Min. Sepúlveda

atribuir-lhes sentidos próprios. Com efeito, a razoabilidade se apresentaria como o dever de congruência do administrador na adoção de medidas discricionárias. Mesmo que a Administração proceda dentro das medidas facultadas em lei, a medida escolhida poderá ser inquinada por vício de legalidade se estiver logicamente desarmonizada com o escopo legal. A proporcionalidade, por sua vez, regula a intensidade e extensão da competência discricionária. Com efeito, não poderá o administrador incorrer em excessos, atingindo bens e interesses acima do admitido em lei.²¹⁴

Cumpra observar que a violação à proporcionalidade não se limita aos excessos promovidos pela Administração, abrangendo a prática de atos insuficientes para acudir o interesse público. Como bem ressalta Juarez Freitas, “[...] o princípio da proporcionalidade determina (não apenas exorta) que a Administração Pública lato sensu evite agir com demasia ou de modo insuficiente, inoperante ou omissivo na consecução dos seus objetivos primordiais.”²¹⁵

Analisando a transversalidade do princípio em tela, no âmbito do processo administrativo, José Roberto Pimenta Oliveira, observa que:

Nesse contexto, afigura-se de processo administrativo deve constituir veículo, por excelência, da introdução dos diversos interesses jurídico-materiais relevantes e envolvidos com determinada decisão, fator indispensável para que um mandamento de ponderação possa cumprir perfeitamente com suas ingerências normativas, revelando-se, assim, uma estrutura integradora de interesses, com quem se aperfeiçoa a compreensão, não reduzida a numa visão apenas instrumental e garantística do instituto.

É por meio do procedimento que se incorporam os elementos fáticos e jurídicos do fato apreciado pela Administração, possibilitando-lhe, na devida e justa medida, aquilatar o peso ou a relevância dos diversos interesses presentes,

Pertence. Brasília, DF. 31/03/1998. *Diário [da] Justiça*. 15 maio 1998, p. 44.

²¹⁴ Descende também do princípio da legalidade o da razoabilidade. Com efeito, nos casos em que a Administração dispõe de certa liberdade para eleger comportamento cabível diante do caso concreto, isto é, quando lhe cabe exercitar certa discricção administrativa, evidentemente tal liberdade não lhe foi concedida pela lei para agir desarrazoadamente, de maneira ilógica, incongruente. Não se poderia supor que a lei encampa, avaliza previamente, condutas insensatas, nem caberia admitir que a finalidade legal se cumpre quando a Administração adota medida discrepante do razoável. Para sufragar este entendimento ter-se-ia que atribuir estultice à própria lei na qual se haja apoiado a conduta administrativa, o que se incompatibiliza com princípios da boa hermenêutica. É claro, pois, que um ato administrativo afrontoso à razoabilidade não é apenas censurável perante a Ciência da Administração. E também inválido, pois não se poderia considerá-lo confortado pela finalidade da lei. Por ser inválido, é cabível sua fulminação pelo Poder Judiciário a requerimento dos interessados. Não haverá nisto invasão do “mérito” do ato, isto é, do campo da discricionariedade administrativa, pois discricção é margem de liberdade para atender ao sentido da lei e em seu sentido não se consideram abrangidas inteleccões indubitavelmente desarrazoadas, ao menos quando comportar outro entendimento.

²¹⁵ FREITAS, Juarez. *O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 50.

passo necessário para elaboração de decisões razoáveis e proporcionais.²¹⁶

No que pertine à instrução probatória, a Lei nº 9.784, de 1999, conferiu grande destaque ao princípio da proporcionalidade. De acordo com o art. 29, §2º, os atos processuais que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes. Assim, havendo duas ou mais opções possíveis para a Administração, a escolha deve se dar em favor daquela que resulte em menor intervenção na esfera individual. Deve compatibilizar o interesse público na comprovação de determinado fato com os interesses do administrado.

A partir da lição de Canotilho, a menor onerosidade pode ser visualizada dentro de três componentes práticos. Do ponto de vista material, o próprio interesse do administrado deve ser o mais poupado possível. Na perspectiva espacial, a Administração deve identificar o âmbito da sua intervenção. No aspecto temporal, cumpre delimitar rigorosamente o tempo da incursão. Já na dimensão pessoal, o administrador deve se limitar à pessoa ou às pessoas cujos interesses devam ser sacrificados.²¹⁷

Decerto, no processo administrativo sancionador, por força da garantia da não autoincriminação, o administrado não pode ser coagido à prática de ato algum. A Administração somente lhe exigirá a prática de atos nas situações em que estiver de decidir sobre a pretensão do próprio administrado (atos ampliativos de direito, recurso administrativo e revisão), caso em que ele terá o ônus de provar os fatos que sejam do seu interesse. Na esfera sancionatória, a demonstração dos pressupostos do ilícito caberá à Administração, enquanto titular da pretensão punitiva.

Nada obstante, ao se desincumbir do ônus de provar os supostos ensejadores da sanção, o administrador não raras vezes exerce competência discricionária na escolha dos meios de prova. Decidirá acerca da utilização ou não de uma prova emprestada, sobre a realização de uma perícia, elegerá as pessoas passíveis de oferecerem testemunhos esclarecedores, poderá determinar acareações e solicitar documentos, entre outros instrumentos colocados à sua disposição para melhor desenvolver a atividade probatória.²¹⁸

²¹⁶ OLIVEIRA, 2006, p. 379.

²¹⁷ CANOTILHO, 1999, p. 264-265.

²¹⁸ O STJ já se reportou ao ônus da prova no processo administrativo sancionador: “A atividade administrativa sancionadora, em face do seu conteúdo materialmente jurisdicional, deve se revestir, sob a pena de nulidade, do respeito religioso a todos os princípios regentes da processualística contemporânea. Não se dispensa do promovente da imputação o ônus de provar a ocorrência justificadora da sanção pretendida, ônus esse que abrange todos os elementos da conduta infracional, inclusive, a produção de lesão e a inspiração dolosa: sem isso o ato reputado infracional não existe no mundo empírico”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). Mandado de Segurança. MS 15.783/DF. Impetrante: Léa da Silva Lima. Impetrado: Ministro de Estado

Dentro dessa perspectiva, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade servem para orientar a postura administrativa na escolha das medidas mais consentâneas ao interesse público, sem incorrer em excessos e omissões e, sobretudo, sem ofender ilegitimamente direitos e garantias fundamentais dos administrados.

2.3.10 Motivação

O princípio da motivação merece igual destaque no âmbito do processo administrativo sancionador. Devem ser indicados os supostos de fato e de direito que autorizam ou impõem a prática do ato processual, desde a sua instauração até a prolação da decisão final.

Numa interpretação do art. 93, inciso X, da Constituição Federal, observa-se que a motivação representa uma exigência inafastável no Estado democrático de direito. Se até os processos judiciais e as decisões administrativas dos tribunais devem ser motivadas, com maior ênfase deverão ser os atos emanados pela Administração Pública.

Para Romeu Felipe Bacellar Filho, a motivação administrativa encontra-se especialmente ligada à publicidade dos atos administrativos, prevista no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, do contraditório e da ampla defesa, repousando nos mesmos fundamentos da motivação impostos aos atos jurisdicionais, contribuindo, assim, para a efetividade do processo administrativo.²¹⁹

A motivação não se confunde com o motivo, pois integra a “formalização” do ato, representando, assim, pressuposto formalístico. Vem representada pela exposição do motivo, na qual se enuncia (i) a regra de direito habilitante; (ii) motivo e (iii) a pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado.²²⁰

Enquanto princípio, a motivação irradia-se por toda processualidade administrativa. Na Lei nº 9.784, de 1999, além do princípio expresso (art. 2º), a motivação recebeu disciplina em capítulo próprio, sendo exigida nos atos que neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; decidam recursos administrativos; decorram de reexame de ofício; deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios

da Previdência Social. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF. 24/05/2017. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 30 jun. 2017.

²¹⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 221.

²²⁰ BANDEIRA DE MELLO, 2017.

oficiais; importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo (art. 50).

A previsão encontra-se baseada na concepção segundo a qual o processo administrativo deve ser fundamentado apenas quando ensejar medidas sancionatórias, decidir questão litigiosas e ou envolver restringir direitos subjetivos dos particulares.²²¹ Tal perspectiva, entretanto, parece estreitar a visualização do princípio em tela, contribuindo para subtrair do controle social possível favoritismo existente nos atos meramente ampliativos.

Daí porque a motivação não pode ser recusada a qualquer ato do administrador público.²²² É inerente à própria ideia de função, que seu titular fundamente os motivos do seu comportamento, posto que deverá agir sempre para satisfazer interesse alheio. Isso exige o fornecimento de informações que assegurem o controle do ato pelo seu destinatário, assim como pela coletividade em geral.

Sob tal perspectiva, explica Celso Antônio Bandeira de Mello que a motivação deverá, em regra, ser contemporânea à prática do ato administrativo ou, pelo menos, anterior. Nos atos estritamente vinculados, o dever de informação tempestiva aparece de forma secundária. Mais importante que motivação tempestiva, é a real existência dos motivos que impuseram o comportamento obrigatório. Portanto, se a despeito da falta de motivação contemporânea, for possível demonstrar, de forma objetiva, a preexistência dos motivos, não há de se proclamar a invalidade. Já nos atos discricionários, a ausência de motivação faz presumir que o administrador tenha forjado qualquer justificativa para legitimar seu ato. A preservação, neste caso, ocorrerá excepcionalmente, se demonstrada a real preexistência dos motivos, sua idoneidade e que tenham sido a razão determinante para a prática do ato.²²³

A motivação permite identificar se o suposto de fato apresentado pelo administrador condiz com a realidade. Revela, ainda, se o motivo teve pertinência lógica com o conteúdo do ato, expressando, uma causa idônea à vista da finalidade legal. Falecendo o motivo e causa, impõe-se a retirada do ato pela invalidação, mesmo porque seria impossível sua reprodução sem a persistência do vício.

Bem por isto, até mesmo no ato formal de instauração do processo sancionador deve constar alguma motivação sobre o exercício da competência administrativa. É preciso que as

²²¹ Nesse sentido, cf. CAETANO, Marcello. *Princípio fundamentais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 525.

²²² BANDEIRA DE MELLO, 2017.

²²³ *Ibidem*.

razões de fato da imputação sejam suficientes para fundamentar o exercício da pretensão punitiva, além de assegurar o exercício da ampla defesa pelo administrado.²²⁴

A motivação, por outro lado, se revela necessária no controle da duração razoável do processo, já que as prorrogações de prazo exigem fundamentação da autoridade competente. A falta de conclusão do processo disciplinar no prazo fixado impõe que a comissão processante apresente à autoridade competente os motivos da falta de encerramento, de modo a justificar a prorrogação das suas atividades instrutórias.

Aspecto delicado consiste na eventual recusa às provas propostas pelo administrado no exercício do seu direito de defesa. Cabe à Administração assegurar a celeridade do processo, a busca da verdade e a garantia da ampla defesa, devendo apresentar motivação sobre a inadmissibilidade da prova, fundamentando-se nas hipóteses autorizadoras da recusa.²²⁵ Nesse sentido, o STJ considerou válida a demissão de servidor público a despeito da ausência de oitiva de testemunhas de defesa, considerando a suficiência dos elementos probatórios.²²⁶

Acresça-se que o dever de motivação é amplo e exige que a Administração a apresente sempre de forma expressa. Significa, se um lado, que deve alcançar tanto a decisão final quanto as interlocutórias, ou seja, quando a Administração resolve questão sem pôr fim ao processo.

²²⁴ No processo administrativo disciplinar, a portaria constitui o ato formal de instauração e deve conter elementos mínimos para justificar a pretensão punitiva, porém sem oferecer detalhes sobre o caso, o que fica reservado para etapa posterior. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). Mandado de Segurança. MS 20.615/DF. Impetrante: Odete Bevilacqua Meli. Impetrado: Ministro de Estado da Previdência Social. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, DF. 08/03/2017. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 31 mar. 2017. Em outra forma de exercício do poder punitivo, a lei exige a lavratura de auto de infração contra o administrado, contendo o suposto de fato e de direito em que se baseia a imputação. É o que se vê no art. 280 do Código de Trânsito Brasileiro: “Ocorrendo infração prevista na legislação de trânsito, lavrar-se-á auto de infração, do qual constará: I - tipificação da infração; II - local, data e hora do cometimento da infração; III - caracteres da placa de identificação do veículo, sua marca e espécie, e outros elementos julgados necessários à sua identificação; IV - o prontuário do condutor, sempre que possível; V - identificação do órgão ou entidade e da autoridade ou agente autuador ou equipamento que comprovar a infração; VI - assinatura do infrator, sempre que possível, valendo esta como notificação do cometimento da infração.” Idem. Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997.

²²⁵ Nesse sentido, o STJ ressaltou: “Esta Corte firmou a orientação de que é facultado à Comissão Processante o indeferimento, desde que motivado, do pedido de produção de prova pelo imputado quando o conjunto fático-probatório mostrar-se suficiente para o deslinde da questão, sem que tal ato implique cerceamento de defesa. Na hipótese dos autos, o indeferimento da oitiva de uma das testemunhas arroladas e de perícia técnica no computador do imputado foi devidamente motivado pela Comissão Processante, não cabendo ao Judiciário entrar no exame do mérito administrativo.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança. AgRg no RMS 32.711/PE. Agravante: Silvano César Oliveira da Silva. Agravado: Estado de Pernambuco. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF. 27/10/2015. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 10 nov. 2015.

²²⁶ “Inexiste nulidade na dispensa, pela Comissão Processante, da oitiva das testemunhas, quando suficiente o conjunto probatório para a elucidação dos fatos. Nos termos do art. 156, §§ 1º e 2º, da Lei n. 8.112/1990, o indeferimento do pedido de produção de provas pela comissão disciplinar, desde que devidamente motivado, não causa a nulidade do processo administrativo.” Idem (1ª Seção). Mandado de Segurança. MS 17.543/DF. Impetrante: Joeury Dimas de Oliveira e Outros. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Relator: Min. Regina Helena Costa. Brasília, DF. 10/5/2017. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 15 maio 2017.

Por outro, inadmite fundamentos lacônicos ou tautológicos, baseados no “interesse público” ou na “necessidade do serviço”. É crucial que a Administração desenvolva de forma clara e fundamentada os motivos que justificariam determinada medida processual, sob pena de nulidade do ato.²²⁷

Mesmo na imposição de sanções, não pode ser considerada a nula a motivação *per relationem*, por meio da qual o órgão julgador remete o ato à fundamentação esposada em parecer jurídico ou técnico que serviu de base para a prática ato decisório. Essa prática encontra-se autorizada no art. 50, §1º, da Lei 9.784, de 1999. Neste caso, a motivação da decisão se encontrará no ato de administração consultiva, que passará a integrá-la. O vício na fundamentação do parecer, neste caso, contamina automaticamente o ato decisório.²²⁸

É relevante que os elementos de prova fornecidos pelo administrado sejam considerados pelo administrador público e integrem a motivação do ato sancionatório. Aliás, este é mandamento cristalizado no art. 38, §1º, da Lei 9.784, de 1999, aplicável aos processos administrativos em geral. Nos processos disciplinares, a Lei nº 8.112, de 1990, impõe a elaboração de relatório minucioso com a necessária apreciação dos fundamentos de defesa, ao fim do que deverá concluir-se pela inocência ou responsabilidade do servidor.

Ao motivar a decisão, a Administração deve conduzir a apreciação discricionária dos elementos de prova dentro dos cânones de racionalidade, a partir de um discurso racional, pautado no consenso existente em determinada comunidade.²²⁹

Defendendo tal perspectiva, Tomas-Ramon Fernandez explica que a motivação constitui o primeiro critério para diferenciar a discricionariedade do arbitrário. No dever de

²²⁷ Pode-se observar, no julgado a seguir, a necessidade de motivação expressa do administrativo: “O acórdão recorrido está em confronto com orientação desta Corte, segundo a qual o ato da Administração Pública de remoção de servidor *ex officio*, em que pese ser discricionário, exige motivação expressa, não bastando a mera necessidade de serviço a justificar a validade do ato.” *Idem* (1ª Turma). Agravo Interno no Recurso em Mandado de Segurança. AgInt no RMS 52.794/PE. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: Cristiano Rodrigues Ribeiro da Silva. Relator: Min. Regina Helena Costa. Brasília, DF. 16/05/2017. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 22 maio 2017.

²²⁸ Na forma da jurisprudência do STJ, assim como do STF, é admitida a fundamentação *per relationem*, sem que isso vá de encontro à exigência de motivação das decisões. O STJ considerou válida a motivação *per relationem* que fundamentou a demissão de militar, invocando o disposto no art. 50, §1º, da Lei 9.784. No caso, o Governador do Estado negou provimento ao recurso administrativo interposto pelo impetrante e manteve a pena de demissão aplicada, com fundamento na nota jurídica da Advocacia Geral do Estado. Assim, a motivação do ato impugnado se encontra na referida nota jurídica, que passou a integrá-lo. Anoto que a nota jurídica apreciou devidamente as alegações do impetrante apresentadas no recurso administrativo, não havendo que se falar em ausência de motivação do ato. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. RMS 50.400/MG. Recorrente: Alessandry Figueiredo. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Rel. Min. Herman Benjamin. Brasília, DF. 02/05/2017. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 10 maio 2017.

²²⁹ FERNANDEZ, Tomas-Ramon. *De la arbitrariedad de la administracion*. 2. ed. Civitas: Madri, 1997, p. 223.

motivar (expressão dos motivos), de caráter meramente instrumental (no sentido de informar o destinatário as razões de decidir), inserem-se as razões do ato em si.²³⁰

Baseando-se na jurisprudência espanhola, o autor exorta a necessidade de a Administração aportar aos autos todo material probatório necessário a garantir que a aplicação da lei e os motivos baseiem-se na realidade fática, de modo a justificar os dados objetivos em que se desenvolve a atividade discricionária. E, na busca da decisão adequada, deverá ser apartado o que for arbitrário, ou seja, tudo que aparece por inexistência de motivação ou motivação insuficiente ou não está devidamente provado nas provas obtidas ao longo da instrução processual.²³¹

Diante do exposto, resplandece na atividade administrativa sancionadora o dever jurídico de motivação, servindo como importante referencial para controle dos atos processuais, sobretudo os que exigem apreciação discricionária do Poder Público e mais especialmente no exame da racionalidade da fundamentação do administrador público, afastando a incidência de condutas arbitrárias.

2.3.11 O princípio do juiz natural (ou administrador competente)

O fenômeno da processualização da atividade administrativa do Estado aproxima a competência para prática do ato administrativo à noção de juiz natural consolidada no direito processual penal, no que tange à aplicação de sanções ao administrado.

A rigor, a regra de competência não constitui característica exclusiva do processo administrativo sancionador, senão de qualquer processo administrativo. No entanto, a abordagem serve para reforçar a imersão da pretensão punitiva da Administração Pública no rol de direitos e garantias deferidas aos acusados em geral.

Na Constituição Federal o princípio advém da norma estampada no inciso XXXVII, do artigo 5º, ao estabelecer que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e também na interpretação do inciso LIII, ao dispor que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

O princípio do juiz natural equivale, na função administrativa, ao administrador competente. A ele deve ser conferido, nos termos da lei, deveres sancionatórios, sem que haja conexão entre a autoria do ilícito e a finalidade que determinou a investidura do agente público

²³⁰ Ibidem, p.85.

²³¹ FERNANDEZ, 1997, p. 85.

na competência punitiva a ser exercitada.

A desvinculação da pessoa do infrator à autoridade encarregada de aplicar a sanção garante o julgamento administrativo imparcial. Essa exaltação à regra de competência e a vedação a juízes e tribunais de exceção, indicam, na esfera administrativa, que a instituição do órgão instrutório e o julgador não deve se pautar em situações peculiares, senão no interesse público, abstratamente considerado, de processar e julgar qualquer sujeito que haja cometido a infração administrativa.

No Brasil, o princípio do princípio do juiz natural na esfera administrativa é difundido, entre outros, por Romeu Felipe Bacellar Filho. Ao reunir diversas fontes doutrinárias, o autor o desmembra em três sentidos. No plano da fonte, representado pela reserva absoluta de lei para fixação da competência do juízo, nos termos da Constituição. No plano da referência temporal, aludindo-se à necessidade de pré-constituição do juízo e proibição dos juízos ou tribunais *ex post facto*. No plano da imparcialidade, consubstanciando-se em requisito subjetivo, porquanto ligado à pessoa julgador, a afastá-lo das conveniências particulares.²³²

Acrescenta o autor que inexistente obstáculo semântico nos termos linguísticos utilizados nos incisos XXXVII e LIII do art. 5º, da Constituição Federal, para se afastar dessas normas os juízos administrativos e indivíduos processados administrativamente, já que não há, inclusive pela leitura sistêmica do texto constitucional, sentido de se abarcar exclusivamente os tribunais e o processo judiciários.²³³

O pensamento encontra eco na interpretação sistemática da Constituição, mantendo-se alinhado ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. É que, afora a inexistência de obstáculos semânticos, o fortalecimento das garantias processuais há de se espalhar no âmbito da Administração Pública, enquanto uma das vertentes estatais, sem

²³² BACELLAR FILHO, 2014, p. 398-399.

²³³ Acrescenta o autor: “[...] o princípio do juiz natural tem sido interpretado, tradicionalmente, pela doutrina processualista brasileira como princípio inerente à jurisdição. No entanto, esse postulado, que não está ‘literalmente’ posto na Constituição, é orientado na interpretação orientada pelo sentido do sistema constitucional”. E prossegue: “a normatividade do princípio do juiz natural informa o processo administrativo (incluindo o disciplinar). Quanto ao programa normativo, os enunciados linguísticos dos incisos XXXVII e LIII do art. 5º da CF não incompatíveis com o processo administrativo disciplinar. A expressão ‘juízo’, como assinalado, comporta o sentido de julgamento que ocorre em sede de processo administrativo disciplinar, no qual Processo Administrativo Disciplinar, no qual há um juízo administrativo. A expressão tribunal, a seu turno, mesmo entendida no sentido técnico de tribunal judiciário. Prova disso a previsão constitucional do ‘Tribunal de Contas’ (art. 71) não integrado ao Poder Judiciário. A expressão ‘processado’ engloba o processo administrativo disciplinar, tendo em vista a afirmação constitucional expressa do ‘processo administrativo’ no art. 5º, LV, da CF. O termo autoridade competente põe às claras o sentido o amplo dos enunciados informadores do princípio.” BACELLAR FILHO, 2014, p. 406-407.

comprometer a essência da processualidade administrativa.

Sanções são aplicadas por diversas autoridades administrativas distribuídas nos três níveis federativos, cujas competências variam em razão da matéria. Dessa forma, tratar especificamente de cada competência sancionatória seria tarefa dificilmente capaz de ser alcançada, senão impossível, considerando o intuito desta abordagem.

Nada obstante, é fundamental apresentar o prestígio doutrinário e jurisprudencial dado ao princípio em cotejo, relevando os contornos formais da competência administrativa e os aspectos práticos mais controvertidos na seara sancionatória.

Na lição de José Cretella Júnior, competência representa um “complexo de atribuições e faculdades, das quais o sujeito é o Estado”. Constitui, nas suas palavras, uma quantidade de direitos titularizados pelo Estado, que penetra na esfera de cada órgão, representando um “poder legal de executar determinado atos” ou, ainda, “a medida das faculdades que correspondem a cada um dos órgãos da Administração”.²³⁴

A fonte de competência do agente público é a lei, que cria o órgão administrativo e as respectivas atribuições que devem ser executadas. No regime disciplinar dos agentes públicos, por exemplo, a competência sancionatória é presumidamente do superior hierárquico ou do órgão expressamente designado em lei.

Ao examinar a “anatomia” do ato administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello reporta-se ao sujeito como “pressuposto subjetivo” de validade da medida editada pela Administração. Trata-se de aspecto extrínseco ao ato, no qual se deve examinar “a capacidade da pessoa jurídica que o praticou, a quantidade de atribuições do órgão que o produziu, a competência do agente emanador e a existência ou inexistência de óbices à sua atuação no caso concreto”, citando como exemplo, neste último caso, “o afastamento funcional do agente ou seu impedimento”.²³⁵

Em se tratando de pressuposto de validade, o vício de competência acarreta a invalidação do ato.²³⁶ No entanto, conforme adverte Weida Zancaner, é possível que advenha

²³⁴ CRETELLA JÚNIOR, 1977, p. 384-385.

²³⁵ BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 409.

²³⁶ Embora refuja ao tema sancionatório, é bom ressaltar que a competência mereceu prestígio na Lei de Ação Popular (Lei Federal nº 4.717, de 1965), ao ser expressamente considerada, no art. 2º, I, geratriz da nulidade do ato ofensivo ao patrimônio das pessoas jurídicas tuteladas pelo diploma. Alinhada ao conceito preconizado, o legislador determina que o vício de competência fica caracterizado quando o ato “não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou (art. 2º, parágrafo único, “a”).” BRASIL. Lei Federal nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a Ação Popular. Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*. 8 abr. 1974.

o dever de convalidar, consistindo no refazimento do ato com efeitos retroativos. Se for possível a convalidação, a ela o administrador encontra-se vinculado. Essa primazia se deve ao fato de que o ato convalidador, além de restaurar a legalidade violada, vai ao encontro da segurança jurídica.²³⁷

Sem embargo, é oportuno o esclarecimento de Celso Antônio Bandeira de Mello em relação aos atos de conteúdo discricionário praticados por agente incompetente. Neste caso, a convalidação será discricionária, porquanto “sendo discricionário o conteúdo do ato, quem não o praticou não poderia ficar compelido a praticá-lo com fins de convalidação”.²³⁸ Recusando-se à convalidação, restará ao agente, de forma motivada, invalidar o ato.

Em interessante julgado, o STF admitiu a incidência do princípio do juiz natural nos processos administrativos disciplinares, consubstanciando-se em garantia individual oponível ao Estado. No caso, porém, reconheceu que a atuação sancionatória do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) por fato anterior a sua instituição não ofenderia o princípio do juiz natural. É que, além provir de norma constitucional, a criação do CNJ ocorreu de forma abstrata e impessoal, ou seja, desvinculada da atuação do sujeito que motivou a atuação censória do órgão, não se caracterizando, portanto, como tribunal de exceção.²³⁹

²³⁷ ZANCANER, Weida. Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

²³⁸ BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 493.

²³⁹ Eis alguns trechos do acórdão:

“A essencialidade do princípio do juiz natural impõe, ao Estado, o dever de respeitar essa garantia básica que predetermina, em abstrato, os órgãos judiciários (ou administrativo) investidos de competência funcional para a apreciação dos litígios penais ou, como na espécie, das infrações disciplinares. [...] Na realidade, o princípio do juiz natural reveste-se, em sua projeção político-jurídica, de dupla função instrumental, pois, enquanto garantia indisponível, tem, por titular, qualquer pessoa exposta, em procedimento judicial ou administrativo-disciplinar, à ação persecutória do Estado, e, enquanto limitação insuperável, incide sobre os órgãos do poder incumbidos de promover, judicial ou administrativamente, a repressão penal ou, quando for o caso, a responsabilização disciplinar. Vê-se, desse modo, que o postulado da naturalidade do juízo, ao qualificar-se como prerrogativa individual (“ex parte subjecti”), tem, por destinatário específico, o réu, ou, quando for o caso, o sindicado/indiciado, erigindo-se, em consequência, como direito público subjetivo inteiramente oponível ao próprio Estado. Esse mesmo princípio, contudo, se analisado em perspectiva diversa, “ex parte principis”, atua como fator de inquestionável restrição ao poder de persecução penal ou disciplinar, submetendo, o Estado, a múltiplas limitações inibitórias de suas prerrogativas institucionais. Isso significa que o postulado do juiz natural deriva de cláusula constitucional tipicamente bifronte, pois, dirigindo-se a dois destinatários distintos, ora representa um direito do réu ou do indiciado/sindicado (eficácia positiva da garantia constitucional), ora traduz uma imposição ao Estado (eficácia negativa dessa mesma garantia constitucional). O princípio da naturalidade do juízo, portanto, encerrando uma garantia constitucional, limita, de um lado, os poderes do Estado (impossibilitado, assim, de instituir juízos “ad hoc” ou de criar tribunais de exceção) e assegura, ao acusado (ou ao sindicado/indiciado), de outro, o direito ao processo (judicial ou administrativo) perante autoridade competente, abstratamente designada na forma de lei anterior (vedados, em consequência, os juízos “ex post facto”). [...] O fato irrecusável, em nosso sistema de direito constitucional positivo - considerado o princípio do juiz natural - é que ninguém poderá ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos senão mediante julgamento pela autoridade competente. Nenhuma pessoa, em consequência, poderá ser subtraída ao seu juiz natural. A nova Constituição do Brasil, ao proclamar as liberdades públicas - que representam limitações expressivas aos poderes do Estado - consagrou, agora de modo explícito, o

O raciocínio da Corte guarda coerência com o aplicado na esfera jurisdicional, relativamente à criação de Varas especializadas para o processo e julgamento de determinados ilícitos penais. Embora sejam criadas por ato posterior à prática do delito, inexistente violação ao princípio do juiz natural, pois a criação dos referidos órgãos judiciais não tem relação casuística ou estabelecida *ad personam*. Ficou claro, portanto, que a ulterior instituição de órgão judiciário especializado *ratione materiae* não constitui, só por si, ofensa ao postulado do juiz natural, tampouco materialização de um tribunal de exceção.²⁴⁰

Na visão do STF, a comissão disciplinar permanente não é indispensável ao cumprimento do princípio do juiz natural. Sua exigência somente ocorrerá nos casos determinados em lei. Legítimo, portanto, o regramento previsto na Lei nº 8.112, de 1990²⁴¹, para constituição de comissão de processo administrativo disciplinar, composta por três

postulado fundamental do juiz natural. O art. 5º, LIII, da Carta Política, prescreve que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. [...] a cláusula do juiz natural, projetando-se para além de sua dimensão estritamente judicial, também compõe a garantia do “due process”, no âmbito da Administração Pública, de tal modo que a observância do princípio da naturalidade do juízo representa, no plano da atividade disciplinar do Estado, condição inafastável para a legítima imposição, a qualquer agente público, notadamente aos magistrados, de sanções de caráter administrativo. A incidência do postulado do juiz natural, portanto, mesmo tratando-se de procedimento administrativo-disciplinar, guarda íntima vinculação com a exigência de atuação impessoal, imparcial e independente do órgão julgador, que não pode, por isso mesmo, ser instituído “ad hoc” ou “ad personam”, eis que designações casuísticas dos membros que o integram conflitam, de modo ostensivo, com essa expressiva garantia de ordem constitucional. A análise do contexto emergente deste processo mandamental, no entanto, parece revelar que esse postulado fundamental não teria sido transgredido pelo Conselho Nacional de Justiça, pois a jurisdição censória que lhe foi cometida adveio de norma impregnada de estatura constitucional e que, por veicular prescrição geral, impessoal e abstrata, não permitiria substantivar a alegação de que aquele órgão administrativo, posicionado na estrutura institucional do Poder Judiciário, equivaleria a um tribunal “ad hoc”. Ao contrário, tudo parece sugerir que o Conselho Nacional de Justiça teria agido de modo rigorosamente impessoal, praticando, de maneira regular, atos incluídos na esfera constitucional de suas atribuições, não se registrando, em consequência, qualquer atuação “ultra vires” do órgão ora apontado como coator. Vale enfatizar, no ponto, que a instituição do Conselho Nacional de Justiça tem suporte em diploma normativo revestido de autoridade constitucional e que foi promulgado sem qualquer conotação de índole casuística, dotado de eficácia geral e qualificado, quanto aos seus destinatários, por critério de evidente indeterminação subjetiva, circunstâncias essas que, aparentemente, descaracterizariam a alegação de que o órgão em questão subsumir-se-ia à noção de tribunal de exceção.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma) Agravo Regimental em Mandado de Segurança. MS 29465 AgR. Agravante: José Ramos Dias Filho. Agravado: Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF. 17/11/2015. *Diário [da] Justiça Eletrônico* 16 fev. 2016.

²⁴⁰ Nesse sentido, confira-se:

Idem (Tribunal Pleno). Habeas Corpus. HC 88.660/CE. Paciente: Roberto de Barros Leal Pinheiro. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Carmen Lúcia. Brasília, DF. 15/05/2008. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 6 ago. 2014.

Idem (1ª Turma). Habeas Corpus. HC 91.253/MS. Paciente: Jorge Rafaat Toumani Coator: Relatora do HC nº 81.674 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF. 16/10/2007. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 14 nov. 2007.

Idem (2ª Turma). Habeas Corpus. HC 91.509/RN. Paciente: Luís André Nunes da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF. 27/10/2009. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 11 fev. 2010.

²⁴¹ “Art. 149. O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observado o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.” BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

servidores designados pela autoridade competente.²⁴²

Contudo, se lei especial de determinada carreira exigir a constituição de comissão permanente para apuração de faltas funcionais, a instauração de comissão temporária, de acordo com o STJ, resultará na invalidação do processo disciplinar.²⁴³

Aos agentes não contemplados por norma específica, bastará o estrito cumprimento do art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990. Com efeito, deve o julgamento da infração funcional ser precedido da designação de comissão processante, composta por agentes públicos que preencham as exigências estabelecidas na norma precitada.²⁴⁴ Inclusive, a exigência de estabilidade de membro da comissão figura, no entendimento do STJ, como exigência para atuação imparcial.²⁴⁵

²⁴² Idem. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Embargos Declaratórios em Mandado de Segurança. MS 27.700 ED. Embargante: Suenon Ferreira de Sousa Junior. Embargado: CNJ. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF. 08/09/2015. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 28 set. 2015.

²⁴³ “Administrativo. Mandado de segurança. Policial federal. Processo disciplinar. Comissão temporária. Inobservância do art. 53 da lei nº 4.878/65. É nulo o processo administrativo disciplinar instaurado contra policial federal na hipótese em que, a despeito da previsão legal expressa de julgamento por Comissão Permanente, instaura-se uma Comissão Temporária, violando os princípios da legalidade e do juiz natural. Precedentes.2. Recurso especial provido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Recurso Especial. REsp 1185375/RJ. Recorrente: Luiz Claudio Correia. Recorrido: União. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, DF. 22/03/2011. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 04 abr. 2011.

²⁴⁴ “ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. SERVIDOR DO PODER JUDICIÁRIO. COMISSÃO PROCESSANTE CONSTITUÍDA POR JUÍZES DE DIREITO. Nulidade do processo disciplinar, em que a comissão processante foi formada por juízes de direito, nada importando que sejam servidores públicos em sentido lato. A lei usualmente os designa como magistrados, e no caso previu para os processos disciplinares uma comissão processante integrada por servidores públicos ocupantes de cargo efetivo dotados de estabilidade. Os juízes de direito não são reconhecidos como tais, e sim como agentes políticos vitalícios. Sem embargo de que não julgue, a comissão processante emite um pronunciamento acerca da inocência ou da responsabilidade do servidor, e por isso sua constituição está vinculada ao princípio do juiz natural. Ordem concedida.” Idem. (1ª Turma). Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. RMS 38.914/ES. Recorrente: Roberta Schaider Pimentel. Recorrido: Estado do Espírito Santo. Relator: Min. Ari Pargendler. Brasília, DF. 13/05/2014. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 20 maio 2014.

Conferir também os seguintes julgados do STJ:

“A instauração de comissão provisória, nas hipóteses em que a legislação de regência prevê expressamente que as transgressões disciplinares serão apuradas por comissão permanente, inquina de nulidade o respectivo processo administrativo por inobservância dos princípios da legalidade e do juiz natural”. Idem (3ª Seção). Mandado de Segurança. MS 10.585/DF. Impetrante: Marcelo Duval Soares. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Relator: Min. Paulo Gallotti. Brasília, DF. 13/12/2006. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 26 fev. 2007. No mesmo sentido: BRASIL Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção). Mandado de Segurança. MS 14.795/DF. Impetrante: Paulo Roberto Dambrózio e Outros. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Relator: Min. Og Fernandes. Brasília, DF. 23/05/2012. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 04 jun. 2012.

²⁴⁵ “Mandado de segurança. Administrativo. Auditor fiscal da Receita Federal do Brasil. Demissão. Processo administrativo disciplinar. Comissão processante integrada por servidor em estágio probatório no cargo de auditor fiscal. Arts. 149 e 150 da lei 8.112/90. Garantia ao investigado e aos membros da comissão que, sendo estáveis no cargo, podem atuar independente e imparcialmente. Nulidade absoluta verificada. Prejuízo presumido para a defesa do impetrante. Segurança concedida nos termos do parecer do MPF. [...]2. A teor do art. 149 da Lei 8.112/90, o Processo Administrativo Disciplinar será conduzido por Comissão Processante composta de três Servidores estáveis designados pela Autoridade competente. Respeitadas as posições em contrário, a melhor exegese desse dispositivo repousa na afirmação de que todos os Servidores dessa CP devem ser estáveis nos cargos que ocupam, ou seja, não se encontrem cumprindo estágio probatório no momento em que indicados para a composição da Comissão Processante.3. No caso dos autos, restou evidenciado que um

Embora não se possa afirmar que as comissões permanentes sejam indispensáveis à preservação do princípio, é evidente que sua instituição aumenta as chances de um julgamento imparcial. É bem verdade que o administrado poderá sempre suscitar causas de impedimento e suspeição, tratando-se ou não de comissão permanente.²⁴⁶ Mas a segurança de que serão os mesmos agentes, não importa o autor do fato, a se pronunciarem sobre a comprovação do ilícito em parecer conclusivo, além de contribuir para uma atuação mais uniforme da Administração, melhor atende ao clamor da impessoalidade, o que deveria ser seguido por todos os estatutos funcionais.

Superados os requisitos legais para instituição das comissões disciplinares e adentrando, propriamente, a fase de julgamento, a Lei Federal nº 8.112, de 1990, prevê que as sanções sejam aplicadas por autoridades diferentes, conforme o conteúdo do ato punitivo a ser proferido. Nem

dos membros da Comissão Processante encontrava-se em estágio probatório no cargo de Auditor Fiscal da RFB, do que resulta a nulidade absoluta dos atos praticados pela CP, com a participação desse Servidor, e dos que o tem por suporte. 4. Não se mostra razoável que a Administração designe Servidor não estável no cargo para integrar Comissão de PAD, gerando o risco de não ser reconhecida a suficiência da estabilidade no Serviço Público, capaz de pôr a pique o relevante e indispensável trabalho técnico da Comissão Processante. [...] 7. Quando a Administração desempenha função de natureza materialmente jurisdicional, tem de atuar segundo as regras regentes do processo judicial, inclusive no que diz respeito à composição da Comissão Processante, por respeitar a garantia do Juiz Natural. 8. Está aqui comprovado que o Servidor não estável participou da instrução do Processo Administrativo, o que impõe a aplicação da sanção de nulidade absoluta ao referido ato, que acusa de forma notória e categórica os prejuízos causados ao investigado. Referida nulidade alcança, ainda, os atos que foram praticados com fundamento naqueles em que o Servidor não estável interveio, tal como apregoa a teoria dos frutos da árvore envenenada. 9. Reitera-se, por sua oportunidade, que a repressão aos atos ilícitos, onde quer que ocorram, deve ser executada com determinação e eficiência, mas não se pode admitir que, a pretexto de sancionar ilicitudes, se pratique o desprezo pelas garantias processuais das pessoas [...]” Idem (1ª Seção). Agravo Regimental no Agravo Regimental em Mandado de Segurança. AgRg no AgRg no MS 20.689/DF. Agravante: Gustavo Freire. Agravado: União. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF. 10/12/2014. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 05 mar. 2015.

²⁴⁶ A Lei Federal nº 9.784, de 1999, apresenta importante regramento em busca do julgamento imparcial. Como causa de impedimento, estabelece no art.18. “É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que: I - tenha interesse direto ou indireto na matéria; II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau; III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro”. E complementa no art. 19 proclamando que: “a autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato à autoridade competente, abstendo-se de atuar. Parágrafo único. A omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares”. Em relação à suspeição, aduz: “Art. 20. Pode ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.” BRASIL. Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Em relação aos processos sancionadores, o STJ vem decidindo que a imparcialidade de integrante de colegiado processante que participou de sindicância encontra-se afetada quando emite parecer pela instauração do respectivo processo disciplinar ou se pronuncia de forma conclusiva em desfavor do acusado. De acordo com o STJ, ao assim o agir, o agente termina por formar juízo de valor antes mesmo da produção probatória. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

Idem. Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção). Mandado de Segurança. MS 12.684/DF. Impetrante: Raimundo Nonato de Almeida Guerreiro. Impetrado: Ministro de Estado do Trabalho e Emprego. Relator: Min. Og Fernandes. Brasília, DF. 28/03/2012. *Diário [da] Justiça Eletrônico* 03 set. 2012.

Idem. (1ª Seção). Mandado de Segurança. MS 20.994/DF. Impetrante: Douglas Renato da Rocha Herrmann. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, DF. 25/05/2016. *Diário [da] Justiça Eletrônico* 06 jun. 2016.

sempre a autoridade instaurada terá competência de julgar o fato ilícito. Nesse caso, se a penalidade a ser aplicada exceder sua alçada, deverá remeter o processo à autoridade competente.²⁴⁷

Nos processos administrativos relacionados às infrações ambientais, verifica-se uma competência concorrente entre as unidades federadas nas sanções pecuniárias.²⁴⁸ A Lei nº Federal nº 6.938, de 1991, reconheceu o caráter bifronte da lesão ao meio ambiente, permitindo a repressão do ilícito possa partir de pessoas estatais diferentes. No entanto, para evitar o *bis in idem*, a aplicação de multas pela autoridade estadual ou municipal, com base em legislação federal, veda a ulterior atuação sancionatória da União.²⁴⁹

Ao que se observa, o princípio do juiz natural na esfera administrativa constitui um referencial a ser observado pelo legislador na adequada criação das normas de competência.

²⁴⁷ Se a penalidade a ser aplicada exceder a alçada da autoridade instauradora do processo, este será encaminhado à autoridade competente, que decidirá em igual prazo.

²⁴⁸ Eis o disposto na Lei Federal nº 6.938, de 1981: “Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: I - à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTNs, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios II - à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público III - à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito; IV - à suspensão de sua atividade.” BRASIL. Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*. 2 set. 1981.

²⁴⁹ “Processual civil. Administrativo. Recurso especial. Divergência não demonstrada. Dano ambiental. Sanção administrativa. Imposição de multa. Ação anulatória de débito fiscal. Derramamento de óleo de embarcação da Petrobrás. Cerceamento de defesa. Reexame de matéria probatória. Súmula 07/STJ. Competência dos órgãos estaduais de proteção ao meio ambiente para impor sanções. Responsabilidade objetiva. Legitimidade da exação. [...] 7. A *ratio* do art. 14, da Lei n.º 6.938/81 está em que a ofensa ao meio ambiente pode ser bifronte atingindo as diversas unidades da federação. 8. Premissas que impõem o afastamento da pretensa incompetência da autoridade estadual que lavrou o auto de infração e impôs multa administrativa à recorrente. 9. A controvérsia quando não adstrita à legalidade da imposição de multa, por danos causados ao meio ambiente, com respaldo na responsabilidade objetiva, escapa à competência do E. STJ por interdição da Súmula 07. 10. Sob a estrita ótica infraconstitucional, dispõe o artigo 3º, inciso IV, da lei n.º 6.938/81: “Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: (...) IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental; 12. Com efeito, o artigo 14 da Lei n.º 6.938/81, mantido pela Lei n.º 7.804/89, permite a aplicação de multas pela autoridade estadual com base em legislação federal, vedando expressamente a sua cobrança pela União, se já tiver sido aplicada pelo Estado. 13. In casu, o auto de infração foi lavrado por autoridade estadual, com base nessa responsabilidade objetiva. [...] 15. As penalidades da Lei n.º 6.938/81 incidem sem prejuízo de outras previstas na legislação federal, estadual ou municipal (art. 14, caput) e somente podem ser aplicadas por órgão federal de proteção ao meio ambiente quando omissa a autoridade estadual ou municipal (art. 14, § 2º). A *ratio* do dispositivo está em que a ofensa ao meio ambiente pode ser bifronte atingindo as diversas unidades da federação [...]. Precedentes jurisprudenciais do STJ: RESP 467.212/RJ, desta relatoria, DJ de 15.12.2003; RESP 282.781/PR, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 27.05.2002; AGA 179.321/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 25.09.2000 e RESP 48.753-6/SP, Relator Ministro Américo Luz, DJ de 17.04.1995. 19. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). Recurso Especial. REsp 673.765/RJ. Recorrente: Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras. Recorrido: Município do Rio de Janeiro. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF. 15/09/2005. *Diário [da] Justiça* 26 set. 2005, p. 214.

Deverá ter em vista a desvinculação do julgamento do autor do fato, possibilitando o exame impessoal do cometimento da infração. Seguindo essa diretriz, concretizará os anseios da Constituição Federal, contribuindo para edificação de um processo justo em termos materiais e formais, com a real participação do administrado na tomada de decisão.

2.3.12 O princípio do *non bis in idem*

Como mecanismo de propulsão do dever punitivo do Estado, o princípio do *non bis in idem* se estende ao processo administrativo sancionador, impedindo que o administrado sofra, pelo mesmo fato, nova punição baseada na competência sancionatória anteriormente exercida.

Por esse princípio, é interdito que a Administração responsabilize o infrator mais de uma vez. O sancionamento reiterado, além de injusto, confronta-se com o princípio da dignidade da pessoa humana, indo de encontro às construções teóricas que culminaram nas limitações e condicionamentos à aplicação da pena.

Como explica Paulo Burnier da Silveira, na própria designação do princípio, extrai-se o vetor *bis*, a indicar a dupla imposição da sanção e o *idem*, alusivo à identidade de conduta.²⁵⁰

Ínsita à vedação proclamada nesse princípio está a ideia de coerência e, sobretudo, de equidade. Na lição de Rodolfo Tigre Maia, na assimilação normativa do princípio encontra-se “O intuitivo reconhecimento da existência de uma comezinha noção de equidade que torna inaceitável, quando menos por incoerente, que alguém receba mais de uma punição pela mesma infração penal ou que sofra novamente os efeitos indesejáveis do processo”.²⁵¹

No direito processual penal, pode-se extrair dos institutos da litispendência e coisa julgada, além da segurança jurídica, a preocupação do legislador em prestigiar, em certo modo, o *non bis in idem*, na medida em que impede a duplicidade de processos com demandas idênticas, assim como a rediscussão de fatos já decididos.²⁵²

²⁵⁰ SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. *Revista de Defesa da Concorrência*. v. 2, n. 2, p. 15, novembro, 2014, p. 5-22.

²⁵¹ MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. B. Cient. *ESMPU*, Brasília, a. 4 - n.16, p. 11-75 - jul./set. 2005, p. 27.

²⁵² Escreveu Rodolfo Tigre Maia: “O Código de Processo Penal, por sua vez, ao reconhecer as exceções da litispendência e da coisa julgada, ainda que de forma indireta também resguarda o princípio do *ne bis in idem*, ao menos na sua feição processual⁶⁷ já referida (v. item 3.4.1.1, a, retro). Esse vetusto código, como é consabido, dos mais deficientes tecnicamente, não oferece maiores subsídios acerca do que se deve entender por tais institutos. De relevante apenas ressalta quanto à coisa julgada que essa “somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença” (art. 110, § 2o, do CPP). Apesar dessas lacunas, por analogia autorizada (art. 3º do CPP), aplicando-se os subsídios constantes do nosso Código de Processo Civil (sobretudo em seu art. 301), pode-se dizer que ocorrerão aqueles indesejáveis fenômenos processuais de repetição de lides nos casos em que houver identidade dos elementos essenciais (os sujeitos, o pedido e a causa

Se por um lado parece relativamente fácil compreender a essência desse princípio, o mesmo não pode se dizer quanto à sua incidência. Em razão da independência de esferas responsivas, as consequências resultantes do comportamento ilícito rendem, de modo autônomo, a oportunidade de sancionamento em diversas searas (v.g., penal, civil, administrativa, improbidade), sem que se possa falar de *bis in idem*.

No direito administrativo, o desdobramento do *non bis in idem* é mais complexo. Um mesmo fato típico pode ser punido por órgãos administrativos distintos. De outro lado, há condutas que configuram ilícito administrativo em diferentes tipos sancionadores.

A primeira hipótese vem ilustrada no Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), previsto no art. 105, do Código de Defesa do Consumidor. Na fiscalização e penalidades às práticas infracionais, o Decreto Federal nº 2.182, de 1997, prevê a atuação sancionadora dos órgãos federais, estaduais e municipais, que poderão aplicar as sanções previstas no art. 18 diante da prática das condutas elencadas no art. 13.

É possível que o órgão federal e órgãos estaduais e municipais invoquem simultaneamente o mesmo tipo sancionador para repressão da conduta ilicitamente praticada, a ponto de se ter para cada órgão do Sistema uma sanção aplicada contra o mesmo sujeito.

Não obstante a relevância do bem jurídico em tela, o cúmulo de infrações não se sustenta racionalmente, além de configurar nítida violação ao *non bis in idem*. Atento a isto, o art. 5º, parágrafo único, do Decreto Federal nº 2.181, de 1997, prevê que eventual conflito de competência, pela instauração de dois ou mais processos administrativos para apuração do mesmo fato imputado ao infrator, será dirimido pela Secretaria Nacional do Consumidor (SNC).²⁵³

O STJ, ao apreciar a hipótese acima exemplificada, reconheceu a ocorrência do *bis in idem* na aplicação de penalidades decorrentes do mesmo fato por mais de um órgão de defesa do consumidor. Um fornecedor sofreu sanções consistentes em multas impostas por órgãos diversos. A Corte reputou desarrazoado admitir que, “pela mesma infração, todas as autoridades

de pedir) de duas ou mais causas (art. 301, § 2º, do CPC)”. MAIA, 2005, p. 38.

²⁵³ “Art. 5º [...] Parágrafo único. Se instaurado mais de um processo administrativo por pessoas jurídicas de direito público distintas, para apuração de infração decorrente de um mesmo fato imputado ao mesmo fornecedor, eventual conflito de competência será dirimido pela Secretaria Nacional do Consumidor, que poderá ouvir a Comissão Nacional Permanente de Defesa do Consumidor - CNPDC, levando sempre em consideração a competência federativa para legislar sobre a respectiva atividade econômica.” BRASIL. Decreto Federal nº 2.181, de 20 de março de 1997. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*. 21 mar. 1997.

possam sancioná-la, pois do contrário poderia ser punido tantas vezes quantas fosse o número de órgãos de defesa do consumidor existentes no país”²⁵⁴.

Situação diversa ocorre quando o mesmo fato enseja sanções administrativas baseadas em competências repressoras distintas. Ou seja, existe um concurso formal de infrações: a mesma conduta ilícita dá azo ao exercício da competência sancionatória com base em distintas repercussões jurídico-administrativas. Nesse caso, a repressão do ilícito por dois ou mais órgãos não configurará *bis in idem*.

Valham-se de exemplo as companhias emissoras de títulos de capitalização. Estão sujeitas à fiscalização dos órgãos de defesa do consumidor, enquanto fornecedoras de produtos financeiros, assim como à regulação da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP). Uma única conduta daqueles agentes privados pode violar normas consumeristas e, ademais, infringir disposições legais que disciplinam o setor econômico de seguros.²⁵⁵

Os agentes econômicos que desempenharem atividades reguladas pela Administração Pública, ofertando produtos e serviços no mercado de consumo, estão sujeitos a esse duplo sancionamento. O primeiro em respeito aos direitos do consumidor, o segundo por conta da ordenação de atividades consideradas de relevante interesse público.

A hipótese fica ainda mais nítida se tais agentes econômicos forem prestadores de serviços públicos. Nesse caso, o consumidor reunirá à sua condição, a de usuário do serviço

²⁵⁴ Idem. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma) Recurso Especial. REsp 1.087.892-SP. Recorrente: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON/SP. Recorrido: General Motors do Brasil Ltda. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, 22/6/2010. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 3 ago. 2010.

²⁵⁵ Nesse sentido, o STJ consolidou entendimento de que o PROCON possui legitimidade para aplicar multas administrativas às companhias de seguro em face de infração praticada em relação de consumo de comercialização de título de capitalização e de que não há falar em *bis in idem* em virtude da inexistência da cumulação de competência para a aplicação da referida multa entre o órgão de proteção ao consumidor e a SUSEP. Configura-se, por exemplo, o seguinte julgado: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. RMS 24921/BA. Recorrente: Sul América Capitalização S/A. Recorrido: Estado da Bahia. Relator: Min. Denise Arruda. Brasília, DF. 21/10/2008. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 12/11/2008.

Situações similares podem ser verificadas nos seguintes julgados da Corte Superior:

Idem. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. RMS 24.708/BA. Recorrente: Sul América Capitalização S/A - Sulacap. Recorrido: Estado da Bahia. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, DF. 19/06/2008. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 30 jun. 2008;

Idem. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. RMS 25.065/BA. Recorrente: Sul América Capitalização S/A - Sulacap. Recorrido: Estado da Bahia. Relator: Min. Francisco Falcão. Brasília, DF. 11/03/2008. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 5 maio 2008;

Idem (2ª Turma). Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. RMS 26.397/BA. Recorrente: Sul América Capitalização S/A - Sulacap. Recorrido: Estado da Bahia. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, DF. 01/04/2008. *Diário [da] Justiça Eletrônico* 11 abr. 2008;

Idem. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. RMS 25.115/BA. Recorrente: Sul América Capitalização S/A - Sulacap. Recorrido: Estado da Bahia. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, DF. 11/03/2008. *Diário [da] Justiça Eletrônico* 28 mar. 2008.

público. Ou seja, o mesmo sujeito de direito ocupará simultaneamente polo em relações de direito privado e de direito público. Por conseguinte, haverá a cumulação de tutela administrativa e de defesa do consumidor.²⁵⁶

Há também outra perspectiva de ser examinar o princípio do *non bis in idem*. Diz respeito à aplicação, pelo mesmo fato, de nova sanção imposta por autoridade administrativa. Pode até parecer óbvia a incidência do princípio, mas a situação surge embrenhada no discurso da autotutela administrativa, invocando-se o dever de garantir a regularidade da sanção à vista do suposto erro do sancionamento anterior.

A situação que melhor ilustra o debate acima proposto refere-se aos processos administrativos disciplinares. A controvérsia reside na existência ou não de preclusão para se reavaliar a adequação da medida punitiva já imposta, já que a incidência de nova pena, dessa feita ajustada à lei, pode resultar numa dupla punição pelo mesmo fato.

Na Lei Federal nº 8.112, de 1990, que disciplina o regime jurídico dos servidores públicos da União e serve de respaldo analógico para diplomas estaduais e municipais, se prevê o processo de revisão administrativa apenas em favor do administrado, diante de fatos novos ou relevantes capazes de excluir ou abrandar a pena anterior.²⁵⁷

Essa disposição proíbe implicitamente o que os processualistas penais denominam de revisão *pro societate*²⁵⁸, constituindo, na verdade, um princípio geral de todo regime administrativo sancionador. Tanto que a Lei nº 9.784, de 1999, que trata das normas gerais de processo administrativo, com subsidiária aplicação aos processos administrativos especiais, impede que a revisão agrave situação do administrado.²⁵⁹

²⁵⁶ A Lei Federal nº 13.460, de 2017, dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. No art. 2º, §2º, prevê que “a aplicação desta Lei não afasta a necessidade de cumprimento do disposto: I - em normas regulamentadoras específicas, quando se tratar de serviço ou atividade sujeitos a regulação ou supervisão; e II - na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, quando caracterizada relação de consumo. Avulta, portanto, o assentimento do legislador em garantir mais de uma proteção ao mesmo sujeito de direito, sem exclusão das sanções especificadas nos respectivos diplomas jurídicos. BRASIL. Lei Federal nº 13.460, de 26 de junho de 2017. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*. 27 jun. 2017.

²⁵⁷ “Art. 174. O processo disciplinar poderá ser revisto, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada.” BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

²⁵⁸ Afirma Eugênio Pacelli, “ação de revisão criminal, como é óbvio, não é permitida a acusação, pois o princípio da vedação da revisão *pro societate* a impediria. Absolvido réu por sentença passada em julgado, nada mais se poderá fazer em relação aos fatos então (bem ou mal) apreciados”. PACHELLI, 2015, p. 1011.

²⁵⁹ “Art. 65. Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada. Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção.” BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

De efeito, a decisão sancionadora recebe, *interna corporis*, o atributo da definitivamente, resultando na formação de coisa julgada administrativa. Embora passível de ser revista perante o Judiciário, no âmbito da própria Administração ela se tornará imutável, não se sujeitando à modificação, a não ser pelo processo revisional.

Ao acolherem de forma ampla a noção de coisa julgada administrativa, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari reconhecem a imutabilidade do ato proferido em sede administrativa após o esgotamento das instâncias decisórias, preconizando a existência de limites processuais à competência de revogar e invalidar o ato administrativo.²⁶⁰

Parece comungar deste entendimento Egon Bockmann Moreira, para quem “não podem ser desprezados os efeitos preclusivos das decisões administrativas – no sentido de vincular a Administração e conferir segurança e estabilidade ao processo administrativo”.²⁶¹

Dito isso, considera-se que a formação da coisa julgada administrativa representa o limite para a incidência do princípio do *non bis in idem* no processo sancionador. Ou seja, após passar em julgado a decisão, a autoridade administrativa não pode invalidar a sanção anterior e determinar, à vista do mesmo fato, a abertura de novo processo administrativo sob o argumento de equívoco no ato punitivo anterior.

O STF, por meio da Súmula 19, reconhece ser “inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira”.²⁶²

O entendimento sumular é, por extensão, aplicável a qualquer processo administrativo sancionador, tendo eficácia no momento em que a última instância hierárquica decidir sobre o sancionamento ou, então, quando decorrido o prazo recursal sem impugnação do administrado

²⁶⁰ Combatem os autores as críticas contra a noção de coisa julgada administrativa assim afirmando: “[...] quanto à revogação, é pacífico que não deve ela se dar quando de sua Parati que possam decorrer lesões (ou ameaças) a direitos de terceiros — direitos, esses, quem inquestionavelmente emergem de uma decisão, em processo administrativo, em benefício do administrado. Quanto à anulação, propomos a mesma sorte de considerações. A Administração não pode ser volúvel, errática, em suas opiniões. La donna è mobile — canta opera; à Administração não se confere, porém, o atributo da leviandade. A estabilidade da decisão administrativa uma qualidade do agir administrativo [...]. Ao decidir o processo administrativo, a Administração manifesta o entendimento sobre padrão de legalidade (e, quando cabível, de conveniência) que baliza matéria em exame ou interesse em disputa. E seria inadmissível que a mudança unilateral de opinião pudesse desconstituir o que definido sobre o crivo do contraditório e a observância do devido processo legal [...]. Consideração superveniente da ocorrência de ilegalidade na decisão processual só poderá autorizar a busca do seu desfazimento, também processual, também balizada pelo contraditório pela ampla defesa, dar revisão do processo administrativo. Ou seja: no processo administrativo se afirmou só em outro processo poderá ser desfeito”. FERRAZ; DALLARI, 2012, p. 70-71.

²⁶¹ MOREIRA, 2017, p. 411.

²⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Sessão Plenária). Súmula nº 19. É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira. Brasília, DF. 13/12/1963. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 39.

ou “recurso *ex officio*” da Administração.

Reversamente, enquanto o ato sancionador estiver disponível para apreciação administrativa, poderá ser decretada a nulidade da medida punitiva por descumprimento à lei, franqueando-se a de instauração de novo processo sancionador. Como ainda não ocorreu definitiva incorporação da sanção na esfera jurídica do administrativo, a nulidade do ato e a consequente reabertura do processo não configurará repetição de ato punitivo.

Parece ser essa a perspectiva adotada pela melhor jurisprudência e também mais atual, que a um só tempo prima pelas garantias do administrado, sem perder de vista a subordinação do administrador à lei, inclusive para fins de aplicação de sanção mais gravosa, desde que não tenha havido preclusão máxima, isto é, formação de coisa julgada administrativa no sancionamento primitivo.²⁶³

O princípio do *non bis in idem* (e da segurança jurídica) foi, inclusive, invocado pelo STJ para proteger servidor inocentado em processo disciplinar em face da superveniência de

²⁶³ Confira-se os seguintes julgados: “Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público. Processo administrativo disciplinar - PAD. Anulação da pena de suspensão, já cumprida pelo servidor, e aplicação de pena mais grave, de demissão, por orientação da controladoria-geral da união. Bis in idem e reformatio in pejus. Impossibilidade. Pedido de reintegração julgado procedente. Efeitos funcionais. Retroação à data da demissão. Efeitos financeiros. Retroação limitada à data da impetração. Segurança concedida [...] O novo julgamento do processo administrativo disciplinar ofende o devido processo legal, por não encontrar respaldo na Lei 8.112/90, que prevê sua revisão tão somente quando constatado vício insanável ou houver possibilidade de abrandamento da sanção disciplinar aplicada ao servidor público. 3. O processo disciplinar se encerra mediante o julgamento do feito pela autoridade competente. A essa decisão administrativa, à semelhança do que ocorre no âmbito jurisdicional, deve ser atribuída a nota fundamental de definitividade. O servidor público punido não pode remanesecer sujeito a novo julgamento do feito para fins de agravamento da sanção, com a finalidade de seguir orientação normativa, quando sequer se apontam vícios no processo administrativo disciplinar [...]” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). Mandado de Segurança. MS 17.370/DF. Impetrante: União. Impetrado: Jorge Elias da Silva. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF. 28/08/2013. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 10 set. 2013;

No mesmo sentido, cf. *Idem* (1ª Turma). Recurso Especial. REsp 1216473/PR. Recorrente: Maria Ester do Nascimento Meger e Outro. Recorrido: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF. 03/05/2011. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 09 maio 2011. E mais: “A jurisprudência do STJ é firme no sentido de ser vedado o agravamento da penalidade imposta a servidor, após o encerramento do respectivo processo disciplinar, com o julgamento definitivo pela autoridade competente, ainda mais quando a penalidade já havia sido cumprida quando veio nova reprimenda, de modo que, não havendo o encerramento do respectivo processo disciplinar, o que se dá com o seu julgamento definitivo pela autoridade competente, é possível à autoridade a aplicação da sanção mais grave do que aquela sugerida pela Comissão processante, consoante reza o parágrafo único do art.168 da Lei 8.112/1990”. Segurança denegada.” *Idem* (1ª Seção). Mandado de Segurança. MS 15.321/DF. Impetrante: Marcos José Veiga Soares. Impetrado: Ministro de Estado do Meio Ambiente. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, DF. 28/09/2016. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 19 dez. 2016.

Seguem-se, ainda:

Idem. Mandado de Segurança. MS 20.978/DF. Impetrante: Luiz Felipe Pinto Delgado. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, DF. 26/10/2016. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 01 dez. 2016;

Idem (3ª Seção). Mandado de Segurança. MS 8.192/DF. Impetrante: Sérgio Victor Tamer. Impetrado: Ministro de Estado da Educação. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF. 22/02/2006. *Diário [da] Justiça Eletrônico* 26 jun. 2006.

sentença penal condenatória pelo mesmo fato apurado no processo administrativo primeiro, censurando-se o exercício de nova pretensão punitiva por parte da Administração.²⁶⁴

Cabe a indagação: o *non bis e idem* protegeria o conluio entre o administrado e o mau administrador na aplicação de sanção afrontosa ao interesse público, como, por exemplo, a aplicação de multa irrisória diante da gravidade do ato ilícito perpetrado?

A resposta é negativa, considerando os indícios de desvio de finalidade na atuação administrativa sancionadora. Excepcionalmente, a revisão do ato insidioso somente poderá ocorrer em sede jurisdicional. A sanção manifestamente desarrazoada, utilizada no exemplo,

²⁶⁴ “ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. INOCÊNCIA PROCLAMADA. CONDENAÇÃO EM PROCESSO PENAL. NOVO PAD. FATOS QUE EMBASARAM A CONDENAÇÃO COMPREENDIDOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO ANTERIOR. BIS IN IDEM. SEGURANÇA CONCEDIDA. HISTÓRICO DA DEMANDA 1. O impetrante respondeu a Processo Administrativo-Disciplinar instaurado em 2002, em que foi absolvido por decisão prolatada no mesmo ano. Posteriormente, veio a ser condenado em processo criminal que teve curso na 3ª Vara Federal de Porto Velho/RO, com início também em 2002, mas cuja sentença foi proferida em 2008. Em decorrência da condenação penal, cuja sentença transitou em julgado, em 2010 a Administração instaurou novo PAD, em que o servidor foi demitido. 2. O ex-servidor sustenta que não poderia ser condenado pelos mesmos fatos pelos quais já havia sido absolvido no PAD de 2002 e prescrição. A Administração, por sua vez, alega que não há bis in idem, pois o objeto do novo PAD não são as irregularidades apuradas no processo anterior, mas a condenação penal transitada em julgado que lhe foi imputada, além de que o fato apurado no processo criminal seria diverso daquele apurado no primeiro processo disciplinar. Quanto à prescrição, a Administração sustenta que seu termo inicial seria a data em que ela teve conhecimento da condenação penal transitada em julgado. O QUE SE PUNE NÃO É O FATO DO SERVIDOR SER CONDENADO CRIMINALMENTE, MAS AS CONDUTAS QUE LEVARAM A ESSA CONDENAÇÃO 3. O art. 132, I, da Lei 8.112/90 não determina que ser condenado por crime contra a Administração Pública é uma irregularidade administrativa, mas que as infrações praticadas contra a Administração que também constituam crime devem ser necessariamente punidas com a pena de demissão. 4. Entendimento em contrário levaria a que, por ter praticado uma determinada conduta, o servidor poderia receber uma penalidade administrativa e, após ser condenado penalmente, receber uma segunda punição administrativa. VEDAÇÃO ABSTRATA À EXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM 5. O STJ entende que, julgado um Processo Administrativo Disciplinar instaurado contra servidor público federal, a revisão da conclusão só poderá acontecer em duas hipóteses: a) existência de vício insanável no PAD, que o torne nulo; e b) surgimento de fatos novos que justifiquem o abrandamento da penalidade ou a declaração da inocência do servidor. 6. O art. 174 da Lei 8.112/90 só prevê a revisão do PAD "quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada" e o parágrafo único do art. 182 é explícito em que "da revisão do processo não poderá resultar agravamento de penalidade". 7. Nesse sentido: MS 17.370/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 10/09/2013; MS 10.950/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Terceira Seção, DJe 01/06/2012. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM NO CASO CONCRETO 8. Procede a alegação de bis in idem, pois as infrações pelas quais o servidor foi condenado criminalmente e que seriam a base da demissão aplicada no PAD instaurado em 2010 estavam compreendidas no objeto do PAD anterior, de 2002, em que o impetrante havia sido absolvido. 9. A própria Controladoria-Geral da União reconheceu a identidade de fatos, afirmando que "a leitura da sentença condenatória permitiu verificar que os acusados foram condenados pelos mesmos fatos apurados por meio do PAD nº 172/AER/CAC/2002". PRESCRIÇÃO 10. Ainda que não houvesse o bis in idem, teria ocorrido a prescrição. Sendo a infração administrativa capitulada como crime, a prescrição rege-se pelas regras do Direito Penal e, no caso, seria de 8 anos, por aplicação do art. 109, IV, do Código Penal, já que a pena-base aplicada foi de 3 anos e 8 meses de reclusão. Tendo o primeiro PAD sido instaurado em 17.4.2002, nesta data ocorreu a interrupção do prazo prescricional que, todavia, voltou a correr após 140 dias (STF, RMS 23.436/DF), tendo termo final em 2010, antes da aplicação da penalidade, que só ocorreu em 2011. CONCLUSÃO 11. Segurança concedida para anular o ato de demissão do impetrante, com pagamento da remuneração devida desde a data do ajuizamento. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). Mandado de Segurança. MS 17.994/DF. Impetrante: Sérgio Toledo Santana. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, DF. 14/12/2016. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 17 abr. 2017.

desafia o controle judicial de legalidade, mediante ação popular ou por provocação do Ministério Público ou de outros sujeitos processualmente legitimados na forma da lei.

De tudo quanto exposto, vê-se que o princípio do *non bis in idem* tem franca aplicação no processo administrativo sancionador. Alcança a atuação do administrador sob o prisma da competência, a impedir que mais de um órgão administrativo, por cumulação de competência, aplique mais de uma vez sanção pelo mesmo fato ilícito. De outro lado, veda que o mesmo órgão sancionador, no suposto exercício da autotutela, invalide penalidade aplicada em processo administrativo já encerrado, com vistas à aplicação de pena mais gravosa.

2.4 A INFLUÊNCIA DO DIREITO PROCESSUAL

Apresentados os princípios da processualidade administrativa sancionatória, cumpre analisar sua interseção com os demais ramos da ciência processual cuja disciplina não se encontra estritamente no âmbito do direito administrativo.

Como explica Egon Bockmann Moreira, o processo administrativo consiste em um “microssistema normativo” inserido no universo da ciência processual, o que lhe faz acolher a aplicação subsidiária ou supletiva, assim como a interpretação extensiva, de normas situadas fora das leis de processo administrativo, o que se denomina de integração hermenêutica.²⁶⁵

Ao escrever o fenômeno, prepõe uma leitura integrada de normas processuais, desde que possam coexistir e se conciliar de forma lógica, funcionando conjuntamente. Isto porque o processo administrativo possui características próprias, inerentes à função que representa, de modo que, ao se importar uma norma não prevista nas leis de processo administrativo, dever-se-á adaptá-la à compostura deste.²⁶⁶

Dentro dessa perspectiva, não há que se arguir empecilho à comunicação imediata ao processo administrativo de normas fundamentais constantes no direito processual civil, arejadas pelo novo Código de Processo datado de 2015, as quais conduzem à noção de processo justo e lhe servem de base de interpretação, aplicação e estruturação.

As leis de processo administrativo não apresentam regras passíveis de equacionar toda sorte de conflitos vivenciados no cotidiano da Administração. Isso leva o aplicador do direito administrativo a debitar nos direitos processual civil e penal a solução para o caso concreto, seja pela absoluta inexistência de norma, seja por ausência de regramento capaz de dar vazão à

²⁶⁵ MOREIRA, 2017, p. 84.

²⁶⁶ Ibidem, loc. cit.

especificidade do conflito.²⁶⁷

Tais dificuldades, que decorrem de lacunas normativas e axiológicas, abrem espaço para que a atividade integradora do direito se dê por meio da aplicação subsidiária ou supletiva dos diplomas processuais civil e penal ao processo administrativo. Na primeira, se instaura nova hipótese de incidência para suprir a lacuna normativa; na segunda, atualiza-se o sentido de norma que não mais satisfaz a realidade social.²⁶⁸

Nada obstante, como modo de salvaguardar a autonomia do processo administrativo, é importante que se trate, preliminarmente, da Lei nº 9.784, de 1999, cuja disciplina geral do processo administrativo no âmbito da União serve de modelo para outros membros da federação.

2.4.1 Preliminarmente: a Lei Federal de Processo Administrativo, caráter generalizante e aplicação analógica pelo STJ

Pouco mais de 11 anos após a promulgação da Constituição de 1988, o Congresso Nacional editou a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, estabelecendo normas básicas de processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Na sequência, quase todos os estados editaram suas respectivas leis gerais.²⁶⁹

Como explica Carlos Ari Sundfeld, essas as leis gerais tiveram o mérito de redesenhar questões substantivas dos atos administrativos sob um viés processual, com vistas a disciplina do regime jurídico das decisões administrativas. E conclui: “quando regula o exercício do poder de a Administração decidir, o direito trata dos aspectos porque se decide, o que se decide e para

²⁶⁷ Ao propósito do tema, esclarecedor o pensamento de Luis Manuel Fonseca Pires, ao ressaltar a baixa densidade normativa das normas que disciplinam o processo administrativo: “Normalmente não há em cada disciplina normativa – em cada microssistema de processo administrativo editado por cada ente federativo – densidade normativa suficiente à solução da variedade de situações jurídicas que se apresentam à solução. Pois são múltiplos os processos administrativos por meio dos quais a Administração Pública deve concretizar o interesse público.” PIRES, Luis Manuel Fonseca. Comentários ao art. 15 do CPC. In: BUENO, Cássio Scarpinella. *Tratado de direito processual civil*. Saraiva: São Paulo, 2017, p. 207-224.

²⁶⁸ MOREIRA, 2017, p. 84.

²⁶⁹ À exceção do Estado de São Paulo, pioneiro na edição da Lei nº 10.117, de 1998, todas os demais estados promulgaram suas leis de processo administrativo após a União. Foram identificadas as seguintes leis gerais: Alagoas, Lei nº 6.161, de 2000; Amazonas, Lei 2.794, de 2003; Bahia, Lei 12.209, de 2011; Goiás, Lei 13.800, de 2001; Maranhão, Lei 8.959, de 2009; Mato Grosso, Lei 7.692, de 2002; Minas Gerais, Lei 14.184, de 2002; Pernambuco, Lei 11.781, de 2000; Piauí, Lei 6.782, 2016; Rio de Janeiro, Lei 5.427, de 2009; Rondônia, Lei 3.830, de 2016 e Roraima, Lei 418, de 2004. Curiosamente, o Distrito Federal, pela Lei 2.834/01, prevê a aplicação direta da Lei Federal nº 9.784, de 1999. Algumas capitais também já editaram leis semelhantes. De que se tem notícia, o Município de São Paulo dispôs sobre seus processos administrativos nos termos da Lei Municipal nº 14.141, de 2016. O Município de Porto Alegre tratou do assunto por meio da Lei Complementar nº 790, de 2016.

que se decide”.²⁷⁰

Há uma gama de diplomas reguladores da tomada de decisão administrativa, em assuntos ligados à ordem tributária, servidores públicos, poder de polícia, ordem econômica, contratações públicas, meio ambiente natural e urbano, sem uma disciplina completa para atender ao devido processo legal.

Tais lacunas propiciam comportamentos arbitrários, ruindo as garantias de segurança na aplicação da lei. Exsurge, assim, o relevo de uma disciplina abrangente de processo administrativo, assegurando poderes ao indivíduo para participar ativamente e não como mero expectador das decisões que afetem seus interesses.

Não foi outra a razão para Bernardo Strobel Guimarães asseverar que:

Diante deste quadro de alteração do direito administrativo inaugurado pela Constituição de 1988 o processo administrativo ganha status constitucional, justamente, por ser via idônea para que se instaure o diálogo entre a Administração Pública e os cidadãos. Mais do que o atendimento do seu caminho lógico, *deve a Administração demonstrar que vem a pôr em marcha reclames legítimos que vão ao encontro do interesse público.*²⁷¹

Em razão dessa importância, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, inicialmente preordenada à tomada de decisão em âmbito federal, passa a ter uma eficácia irradiante em relação aos ordenamentos estaduais e municipais, o que levou a jurisprudência do STJ a invocar uma analogia integrativa para justificar a alcance desse diploma aos processos administrativos nos Estados e Municípios, quando não houver norma específica.²⁷²

²⁷⁰ SUNDFELD, 2006, p. 29.

²⁷¹ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Âmbito de validade da lei de processo administrativo (Lei nº 9.784/99): para além da administração federal. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 235, p. 233-256, jan. 2004.

²⁷² Confirmam-se os seguintes julgados:

“Administrativo e processual civil. Agravo regimental no recurso especial. Lei 9.784/99. Regras do procedimento administrativo. Ausência de lei local. Aplicabilidade da lei federal nos estados e municípios. Súmula 126/STJ. Inaplicabilidade na hipótese dos autos. 1. “Com fundamento nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, este Superior Tribunal de Justiça tem admitido a aplicação, por analogia integrativa, da Lei Federal n. 9.784/1999, que disciplina a decadência quinquenal para revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal, aos estados e municípios, quando ausente norma específica, não obstante a autonomia legislativa destes para regular a matéria em seus territórios.” (RMS 21.866/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 27/4/2015) 2. Agravo regimental a que se nega provimento.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial. AgRg no REsp 1083566/RJ. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Preferencial Estacionamento Ltda. Relator: Min. Sérgio Kukina. Brasília, DF. 14/06/2016. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 24 jun. 2016. “Administrativo. Servidor público. Vantagem pessoal incorporada. Supressão. Artigo 535 do código de processo civil. Violação. Não ocorrência. Lei nº 9.784/1999. Lei distrital nº 2.384/2001. Decadência. Reconhecimento. Matéria não alegada nas razões do recurso especial. 1. Não se mostra possível discutir em agravo regimental matéria que não foi objeto do recurso especial. 2. Não ocorre omissão quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu crivo. 2. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o prazo decadencial previsto na Lei nº 9.784/1999, na ausência de lei local específica, pode ser aplicado no âmbito estadual. 3. “A superveniência da Lei Distrital nº 2.843/2001 não

2.4.2 A integração com o direito processual penal

No que tange ao processo administrativo sancionador, as garantias que a Administração deve assegurar ao acusado fazem-na aproximar-se do processo penal, embora em densidades distintas.

No direito processual penal e no direito administrativo sancionador o acusado se depara com uma pretensão punitiva do Estado, que o faz ser confrontado com um interesse difuso, de todo corpo social, em reprimir a prática do ilícito. O dever sancionador, quer na esfera penal, quer na administrativa, encontra arrimo no interesse público primário, que não se confunde com interesses patrimoniais e secundários do próprio sujeito estatal.²⁷³

De outro lado, as “ações” administrativa e penal pública encontram-se dogmaticamente regidas pela obrigatoriedade. Embora não se ignore instrumentos de transação diante da prática do ilícito – como se observa exemplificativamente nas infrações administrativas à ordem econômica e nos crimes de menor potencial ofensivo previstos na Lei 9.099, de 1995 – nem o administrador público, em razão da indisponibilidade do interesse público, nem o acusador penal têm discricionariedade para não agir ante a prática da conduta ilícita.²⁷⁴

interrompe a contagem do prazo decadencial iniciado com a publicação da Lei nº 9.784/1999, uma vez que sua única finalidade é aplicar, no âmbito do Distrito Federal, as regras previstas na referida lei federal." (REsp nº 852.493/DF, Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 25/8/2008). 4. Agravo regimental a que se nega provimento. Idem (6ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial. AgRg no REsp 1034025/DF. Agravante: Distrito Federal. Agravado: Domingos Azevedo dos Santos. Relator: Min. Haroldo Rodrigues. Brasília, DF. 15/09/2009. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 26 out. 2009).

“Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Servidor público municipal inativo. Aposentadoria. Revisão. Decadência administrativa. Possibilidade. Aplicação da lei federal n. 9.784/99 por analogia integrativa. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que o ato de aposentadoria é um ato complexo, que somente se perfectibiliza após a sua análise pelo Tribunal de Contas, momento em que tem início o prazo decadencial de que trata o art.54 da Lei n. 9.784/99. 2. Com fundamento nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, este Superior Tribunal de Justiça tem admitido a aplicação, por analogia integrativa, da Lei Federal n. 9.784/1999, que disciplina a decadência quinquenal para revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal, aos Estados e Municípios, quando ausente norma específica, não obstante a autonomia legislativa destes para regular a matéria em seus Territórios. Colheu-se tal entendimento, tendo em consideração que não se mostra razoável e nem proporcional que a Administração deixe transcorrer mais de cinco anos para providenciar a revisão e correção de atos administrativos viciados, com evidente surpresa e prejuízo ao servidor beneficiário. Precedentes. 3. Recurso ordinário em mandado de segurança provido, para reconhecer a decadência do ato administrativo.” BRASIL. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. RMS 21.866/SP. Recorrente: Rubens Rabonezi. Recorrido: Presidente da Câmara Municipal de São Paulo. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Brasília, DF. 16/04/2015. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 27 abr. 2015.

²⁷³ Renato Alessi se reporta à atuação da Administração no regime de direito privado, fazendo referência a interesses de todo corpo social, de natureza difusa e interesses patrimoniais dos entes públicos, havendo, nestes casos, a característica da disponibilidade. ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Barcelona: Bosch, 1970. t. 1, p. 213.

²⁷⁴ Como explica Eugênio Pacelli: “Estar obrigado à promoção da ação penal significa dizer que não se reserva ao *parquet* qualquer juízo de discricionariedade, isto é, não se atribui a ele qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou oportunidade da iniciativa penal, quando constatada a presença da conduta delituosa, e

Em favor do administrado e do acusado no processo penal emergirá, portanto, a garantia da presunção de inocência. Dessa forma, caberá ao Estado demonstrar a culpabilidade do sujeito, valendo-se dos instrumentos probatórios suficientes para demonstração do ilícito, sem o que a sanção restará prejudicada.

Bem por isso, o Superior Tribunal de Justiça reconhece na atividade administrativa sancionadora o conteúdo materialmente jurisdicional, a exigir, sob a pena de nulidade, observância dos princípios regentes da processualística contemporânea. No regime jurídico disciplinar, a Corte destacou a incidência dos princípios da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana e da não-culpabilidade, ressaltando a defendida aproximação entre o direito administrativo e o direito processual.²⁷⁵

Nessa linha de raciocínio, aproveita ao administrado a garantia da não autoincriminação, observadas as especificidades deste princípio na esfera administrativa, de maneira que não poderá ser coagido física ou psicologicamente a praticar atos que possam ilidir o estado de inocência, nem interpretar o silêncio, por si só, como elemento indicativo da culpa.

Considerando a gama de competências administrativas, é natural que coexistam diplomas disciplinadores da potestade sancionatória. A atuação do Estado na defesa da concorrência, a regulação de serviços públicos e de atividades econômicas, a necessidade de garantir a disciplina dos seus próprios agentes, assim como os limites ao desempenho de atividades privadas em prol do interesse público, são fatores que levam à necessidade de refletir sobre a aplicação de preceitos comuns aos processos sancionatórios, respeitando as peculiaridades na forma de repressão do ilícito administrativo.

O direito processual penal representaria o paradigma a ser observado pelo Estado na aplicação da sanção administrativa, pondo-se em destaque a aplicação das regras do ônus da

desde que satisfeitas as condições da ação penal. Obrigatoriedade da ação penal, portanto, diz respeito à vinculação do órgão do Ministério Público ao seu convencimento acerca das suas investigações, ou seja, significa apenas ausência discricionariedade quanto à conveniência e oportunidade da propositura da ação penal.” PACELLI, 2015, p. 126.

²⁷⁵ Nesse sentido, cf. trecho do acórdão: “A atividade administrativa sancionadora, em face do seu conteúdo materialmente jurisdicional, deve se revestir, sob a pena de nulidade, do respeito religioso a todos os princípios regentes da processualística contemporânea. Não se dispensa do promovente da imputação o ônus de provar a ocorrência justificadora da sanção pretendida, ônus esse que abrange todos os elementos da conduta infracional, inclusive, a produção de lesão e a inspiração dolosa: sem isso o ato reputado infracional não existe no mundo empírico. Por força dos princípios da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana e da não-culpabilidade, aplicáveis ao regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a servidor público, em razão de infração disciplinar.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). Mandado de Segurança. MS 15.783/DF. Impetrante: Léa da Silva Lima. Impetrado: Ministro de Estado da Previdência Social. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF. 24/05/2017. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 30 jun. 2017.

prova, a guiar o comportamento das partes na comprovação dos fatos e como a Administração, enquanto julgadora e interessada na aplicação da sanção, procederá na busca do interesse público quando os fatos que lastreiam a imputação não restarem suficientemente demonstrados.

Aliás, processo penal e administrativo se aproximam ao prestigiar um contraditório real e efetivo. Observa Egon Bockmann Moreira que “no direito administrativo o princípio do contraditório assemelha-se antes ao direito processual penal do que ao direito processual civil”, tendo em conta os interesses públicos indisponíveis manejados pela Administração.²⁷⁶

Entre as pautas de garantias formais do processo penal, nominadas por Aury Lopes Júnior como “devido processo penal”, encontra-se a jurisdicionalidade, alusiva ao juiz natural e à imparcialidade; princípio acusatório ou dispositivo, fundando um sistema acusatório de persecução penal; presunção de inocência, enquanto dever de tratamento e regra de julgamento; ampla defesa e contraditório, maximizadas no processo penal e, finalmente, motivação das decisões, como reação ao “decisionismo” e ao arbítrio.²⁷⁷

O quanto ora defendido não infirma a autonomia do processo administrativo, que regula função diversa da jurisdicional penal. Assim, persiste como objeto de estudo do direito administrativo, obedecendo suas normas e princípios, alguns dos quais encontram-se positivados na Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que oferece a disciplina básica dos processos administrativos no âmbito da União.²⁷⁸

De outro lado, ao contrário do direito processual penal, cujas fontes são apenas leis editadas pelo Congresso Nacional, o processo administrativo, mesmo que sancionador, pode originar-se de leis produzidas por qualquer unidade federada, nos termos da Constituição Federal.

²⁷⁶ No entanto, é preciso ressaltar que a ampla defesa no processo administrativo não tem a mesma dimensão no processo penal. Como já se observou na abordagem desses princípios, não há no processo administrativo sancionador a garantia da defesa técnica. Inclusive, no processo administrativo disciplinar, o Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula Vinculante nº 5 não considera obrigatória a defesa de advogado, embora tal entendimento seja passível de críticas. MOREIRA, 2017, p. 363.

²⁷⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 94.

²⁷⁸ Já decidiu o STJ: “Com fundamento nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, este Superior Tribunal de Justiça tem admitido a aplicação, por analogia integrativa, da Lei Federal n. 9.784/1999, que disciplina a decadência quinquenal para revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal, aos Estados e Municípios, quando ausente norma específica, não obstante a autonomia legislativa destes para regular a matéria em seus Territórios.” (RMS 21.866/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 27/4/2015) 2. Agravo regimental a que se nega provimento.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). Agravo Regimental em Recurso Especial. AgRg no REsp 1083566/RJ. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Preferencial Estacionamento Ltda. Relator: Min. Sérgio Kukina. Brasília, DF. 14/06/2016. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 24 jun. 2016.

2.4.3 A integração com o direito processual civil

Por fim, é imperioso ressaltar a integração entre o processo administrativo e o direito processual civil, ainda mais face ao disposto no art. 15 do Código de Processo de 2015, que permite o alcance de suas normas aos processos eleitorais, trabalhistas e administrativos, de forma subsidiária e supletiva.

A norma precitada serve como importante subsídio hermenêutico para promover o dialógico entre as fontes disciplinadoras do processo. Independentemente do diploma do qual provenham, as normas encarregadas de regular princípios gerais do processo passam a transitar por diversos microssistemas jurídico processuais, sejam para preencher a carência absoluta de normas, sejam ou para aprimorar a eficácia das normas constantes do diploma objetivo da integração.

Esse intercâmbio normativo deve ocorrer na intensidade adequada para não contrariar o objetivo que cada ordem processual tem em vista. Não pode desnaturá-la, tampouco deixá-la ao desabrigo de eficácia. Como já ressaltado, o processo possui natureza instrumental, pois se encontra a serviço da realização do direito material que visa canalizar por meio dos seus preceitos. Este é o contraponto hermenêutico no discurso da integração dos sistemas processuais.

A Lei Federal de Processo Administrativo contém, é verdade, uma disciplina sucinta, se comparada ao Código de Processo Civil. Não tenha sido talvez sua intenção pormenorizar os regramentos, sob pena de reduzir a cognição do administrado enquanto destinatário último. Seu maior mérito foi o de “processualizar” o ato administrativo, maximizando os instrumentos de controle à luz do devido processo legal.

Nada impede, e é até salutar, que a processualidade administrativa seja complementada por outros ramos do direito processual, não necessariamente o civil. Mas isto não pode desnaturar seu escopo: garantir de forma democrática e dialética a produção de ato decisório que atinge seu próprio emissor; a Administração Pública tutelando interesses que não são seus.

As categorias processuais ligadas à compreensibilidade da pretensão, a imparcialidade do julgador, a legitimidade para agir, a motivação, a instrução processual, os meios de prova, o ônus da prova, a litispendência, o respeito aos precedentes, a duração razoável do processo, a comunicação de atos, os provimentos antecipatórios, direito de defesa, o dever de boa-fé processual, a vedação às decisões-surpresas são exemplos de pautas facilmente assimiláveis pelo processo administrativo, porque objetivamente aprimoram o exercício da função que ele

representa.

Contudo, é preciso um olhar prudente naquilo que o direito processual civil adota em matéria dispositiva. De acordo como art. 190 do CPC, se estiverem em causa direitos que admitam autocomposição, será lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa. O dispositivo, especificamente, se reporta a ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, que correspondem às situações jurídicas em que as partes podem se inserir.

Não se pretende defender a impossibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais envolvendo a Administração Pública. Ao contrário, adere-se ao pensamento de Egon Bockmann Moreira em prol da negociação endoprocessual, ou seja, “o objeto do negócio jurídico será uma situação jurídico-processual e sua eficácia será *stricto sensu*.”²⁷⁹

Sem a pretensão esgotar o tema, o problema é saber até que medida as negociações endoprocessuais não afetam os direitos materiais discutidos. Ou seja, transplantando tais premissas ao campo do processo sancionador, é preciso dosar até que ponto acordos serão úteis ao interesse público e não disfarçarão eventuais desvios de finalidade.

²⁷⁹ MOREIRA, 2017, p. 90.

3 O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

3.1 PROVA

3.1.1 Aspectos gerais: conceito, função, objeto da prova

A abordagem do ônus da prova no processo administrativo sancionador exige que sejam feitas considerações prévias sobre a prova propriamente dita.

A etimologia do vocábulo prova remonta ao verbo latino *probare*. Encontra-se associada à ideia de *probos*, vindo a representar, assim, o que é bom, justo, correto ou idôneo.¹ Mittermaier a conceituava como “a soma dos motivos geradores da certeza”.² Aditando esse conceito, Moacir Amaral Santos dizia tratar-se de “soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo”.³

O exame da prova se insere topologicamente na instrução processual, visando a demonstração, certificação ou esclarecimento dos fatos. De acordo com Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, “no processo administrativo, tudo quanto se promova com a intenção de esclarecer, documentar e provar é instrução na expressão genérica de conceito processual, considerando-se os fatos [...] objeto do litígio ou da demanda contra a Administração”.⁴

No entanto, como observa Cândido Rangel Dinamarco, a prova não é objeto exclusivo do direito processual. Quando se estuda a prova na perspectiva do convencimento do julgador, se está tratando da prova em sentido adjetivo. No entanto, quanto aos requisitos de validade da prova, será ela objeto do direito substantivo.⁵

A prova tem o escopo de justificar a procedência de fatos que, de acordo com o sujeito, hão de atrair a *fattispecie* da norma jurídica invocada. No processo administrativo sancionatório, a submissão do fato provado à hipótese de incidência da penalidade confirmará

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004, v. II, p. 614.

² MITTERMAIER, Karl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal: ou exposição comparada dos princípios da prova em materia criminal, etc., de suas applicações diversas na Allemanha, França, Inglaterra, etc. (sic)*. Tradução de Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Cruz Coutinho, 1871, p. 71.

³ SANTOS, Moacir Amaral. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. IV, p.11

⁴ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *A prova no processo administrativo*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1971. p. 24.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, p. 49.

a procedência da pretensão punitiva.

Assim é o pensamento revelado por Agustín Gordillo, ao ressaltar que a norma jurídica não se ativa automaticamente: depende da adequada configuração e classificação dos fatos constitutivos da sua hipótese de incidência.⁶ Ou, nas pegadas de Romeu Felipe Bacellar Filho, “a prova visa à descoberta da premissa normativa do caso administrativo”.⁷

Ainda sobre a função da prova, destaca-se a passagem de Cândido Rangel Dinamarco, na qual se aponta a existência de um sujeito estranho aos fatos, a quem a prova serve para “tirar seu estado de espírito da obscuridade e iluminá-lo com a representação da realidade sobre a qual julgará”.⁸

Objeto da prova são as alegações das partes, ou melhor, versões que se reportam a determinado fato. Como detalha Fabiana del Padre Tomé, as provas incidem sobre o “enunciado denotativo de uma situação delimitada no tempo e no espaço”.⁹

Cândido Rangel Dinamarco, invocando o disposto no artigo 174, inciso II, do CPC, assevera que a prova, em regra, dependerá da existência de controvérsia na alegação das partes: “se afirmação de determinado fato não é contrastada por uma afirmação oposta, colidente com ela, não há controvérsia e, em princípio, o reconhecimento do fato não depende de prova alguma”.¹⁰

No processo penal, o conceito de controvérsia deixa de ter a importância existente no processo civil. Aquele que imputa a prática de um fato delituoso terá de desconstituir a presunção de não culpabilidade. O objeto da prova, nesse caso, será tudo que implicará no reconhecimento do delito, independente de ter o acusado aceito ou não acusação que lhe foi direcionada.¹¹

Observa-se, no processo administrativo sancionador, semelhante raciocínio jurídico. Abona essa afirmação o disposto no artigo 29, §1º, da Lei Federal nº 9.784, de 1999: “O órgão competente para instrução fará constar dos autos os dados necessários à decisão do processo”. Estaria a lei, portanto, exigindo o registro de todos supostos fáticos que autorizam ou exigem a

⁶ GORDILLO, 2003, t. 2, p. 1-2.

⁷ BACELLAR FILHO, 2013, p. 275.

⁸ DINAMARCO, 2003, p. 43.

⁹ TOMÉ, Fabiana del Padre. *A prova no direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Noezes, 2011. p. 35.

¹⁰ O autor, porém, não descarta a existência de alegações não controvertidas que dependem de prova (CPC, artigos 341 e 345) e alegações que independem de prova apesar da controvérsia, a exemplo dos fatos presumidos ou notórios, previstos no CPC, artigos 374, inciso I e IV e 375). DINAMARCO, 2017, p. 64.

¹¹ Nesse sentido, ROXIN, Claus. *Derecho processual penal*: Buenos Aires: del Puerto, 2003, p. 185 et seq, ao tratar da prova no processo penal.

prática do ato administrativo, ainda que não haja controvérsia.¹²

Em qualquer manifestação da processualidade estatal, imprescindível será a relevância dos fatos capazes de influir o julgador. A contrario sensu, o fato será irrelevante quando, com ou sem ele, a decisão permanecer a mesma.¹³ Disso também não discrepa o processo administrativo, sejam ampliativos ou restritivos de direito.

José Maria Rodríguez de Santiago reforça a necessidade de extrair das circunstâncias passíveis de descrever certa realidade, aquelas que realmente importarão na tomada da decisão administrativa. Propõe, assim, a separação do que denomina de “fato bruto” do “fato líquido”, este último considerado o real suposto fático da aplicação da norma.¹⁴

Com efeito, a lei confere ao administrador público competência de inadmitir provas que não possuam qualquer relação com o fato jurídico discutido no processo. Entre as hipóteses de inadmissibilidade da prova, pode ser citado, como exemplo básico, o previsto no art. 38, §2º, da Lei Federal nº 9.784, de 1999¹⁵, relativamente às “provas impertinentes”.

Ditas provas são assim designadas por não possuírem conexão lógica com a hipótese de incidência da norma.¹⁶ No processo administrativo sancionador, consideram-se pertinentes as provas sobre a autoria e materialidade da infração administrativa ou sobre fato ou circunstâncias suficientes para excluir ou atenuar a responsabilidade do administrado.

A propósito, é importante ressaltar que as provas impertinentes não se confundem com as provas desnecessárias, também consideradas causa de inadmissibilidade. Apesar de manterem conexão lógica com a hipótese normativa, o conhecimento sobre o fato relevante já

¹² A razão da norma é explicada por Juliano Heinen, Priscilia Sparapani e Rafael Maffini, na seguinte passagem: “[...] quando a redação legal do §1º utiliza a expressão dados necessários à decisão do processo, isto quer dizer que a Administração não pode se militar na coleta dos elementos informadores do processo. Ou seja, não basta que o Poder Público contente-se com alguns dados e documentos juntados ao processo para considerar que o mesmo foi instruído suficientemente”. HEINEN, Juliano; SPARAPANI, Priscila; MAFFINI, Rafael. *Comentários à lei do processo administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 199.

¹³ DINAMARCO, 2017, p. 71.

¹⁴ SANTIAGO, Jose Maria Rodríguez de. *Metodología del derecho administrativo*. Madri: Marcial Pons, 2016, p. 33-42.

¹⁵ Dispõe a norma: “Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias”. BRASIL. Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

¹⁶ De acordo com Gustavo Badaró, o juízo que se faz sobre irrelevância da prova – ou melhor, a pertinência ao fato jurídico ou fato principal – deve sempre preceder ao exame da própria utilidade no processo. Considerar uma prova como supérflua resulta de um exame feito a partir do contexto da instrução, constituindo uma etapa subsequente ao exame relevância do fato probando em face da hipótese normativa. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: KHALED JÚNIOR, Salah H. (Coord.). *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr.* 2015, p. 1-26.

foi alcançado ou poderá ser atingido por meio de prova diverso. A autorização legal para o administrador recusar as provas desnecessárias visa garantir a celeridade processual.¹⁷

As provas protelatórias, além de serem inúteis, denotam a má-fé por parte de quem as requer. De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, são aquelas que visam “procrastinar a solução do litígio”, denotando “desvio de finalidade por parte do interessado”, ao pretender substituir o consenso pela celeridade pelo retardamento do processo.¹⁸ Afigura-se, portanto, violação ao dever de lealdade, sujeitando infrator a possíveis sanções por litigância de má-fé.

A inadmissibilidade das provas ilícitas já foi enfrentada ao exame do princípio constitucional que determina a sua vedação. Por serem contrárias ao direito material, não poderão ser admitidas nem produzidas no processo, ressalvado se forem o único meio de demonstrar a inocência do acusado, conforme as circunstâncias avaliadas no caso concreto.

O administrador público, portanto, deve se debruçar sobre todos os supostos fáticos da norma que predetermina sua atuação. O dever de legalidade impõe que se certifique sobre a verdade dessas fatos, independentemente de provocação de terceiros. Isso permitirá futuramente não seja impugnado por ausência de motivo.¹⁹

Como decorrência desta atuação oficial, a Administração, se preciso, deve realizar diligências para esclarecimento de pontos controvertidos, investigar os fatos de que tiver conhecimento, solicitar pareceres, laudos, informações, tendo como limite os direitos e garantias fundamentais do administrado.

3.1.2 Meios de prova

A instrução do processo deve observar os meios de prova expressamente indicados ou admitidos para a busca da verdade. Poderão, portanto, serem típicos ou atípicos, a depender da

¹⁷ Ainda nas lições de Gustavo Badaró, o que haveria, aqui, seria tutela do princípio da economia processual, na medida em que a prova supérflua “levaria a um resultado cognoscitivo já produzido ou que poderia ser produzido por meio diverso”. *Ibidem*, p. 6.

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal*. 5. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2013, p. 203.

¹⁹ No direito brasileiro, a atuação oficial em busca das provas encontra-se consagrada no art. 29 da Lei Federal nº 9.784, de 1999: “Art. 29. As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias.” Conforme afiança Allan Brewer-Carias, após exame do direito comparado, “El procedimiento administrativo, ante todo, es un asunto de la Administración, razón por la cual, el principio fundamental que lo rige, de acuerdo a lo que declara la Ley argentina de Procedimiento Administrativo, es la impulsión de oficio, sin perjuicio de la participación de los interesados en las actuaciones (art. 1.a). Por tanto, el procedimiento administrativo, en principio, se debe impulsar de oficio en todos sus trámites, estando por tanto la Administración obligada a adelantar la tramitación.” BREWER-CARIAS, 1990, p. 150.

existência de previsão legal. Pelos meios de prova se extrai a informação de determinada fonte de prova, visando o alcance dos elementos necessários ao convencimento do julgador.

No processo administrativo, os meios de prova não receberam disciplina extensa, diferentemente do que se verifica nos direitos processuais penal e civil.²⁰ De revelo aparecem a prova documental, pericial e testemunhal. Essa ausência de regulamentação pode ser suprida mediante a aplicação subsidiária dos estatutos adjetivos.

O exame aprofundado dos meios de prova encontra-se fora do recorte do presente trabalho, limitando-se à temática do ônus da prova. Nada obstante, algumas colocações merecem ser apresentadas.

O documento representa uma unidade de registro de informações, independentemente do formato, do suporte ou da natureza.²¹ Tem suporte físico ou digital, como podem se apresentar por signos linguísticos, outros tipos de sinais, além de imagens ou sons.

Aqueles existentes na própria Administração independem, em princípio, de diligência do interessado para serem juntados aos autos. Na função administrativa, todos os atos processuais justificam-se na medida que forem estritamente necessários à satisfação do interesse público.

Em apreço ao princípio do formalismo moderado, meros erros materiais não renderão ensejo à pronúncia de nulidade no processo sancionador. De igual modo, se faltar alguma exigência prevista em lei, mas isto não acarretar prejuízo às partes, igualmente não haverá reconhecimento da eiva.²²

²¹ Como diretriz geral, o art. 38 da Lei 9.784, de 1999 prescreve que: “O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo”. No Código de Processo Civil de 2015, encontram-se expressamente disciplinados o depoimento pessoal e confissão (arts. 385 a 395); exibição de documento ou coisa (arts. 396 a 404); prova documental (arts. 405 a 441); prova testemunhal (arts. 442 a 463); prova pericial (arts. 464 a 480) e inspeção judicial (arts. 481 a 484). Já no Código de Processo Penal regulamenta-se o exame de corpo de delito e perícias em geral (arts. 158 a 184); confissão e depoimento do ofendido (197 a 201); prova testemunhal (arts. 202 a 225); reconhecimento de pessoas e coisas (arts. 226 a 228); acareação (arts. 229 e 230); prova documental (arts. 231 a 238); prova indiciária (art. 239); a busca e apreensão (arts. 240 a 250).

²¹ Conceito previsto no art. 2º, I, do Decreto Federal nº 8.539, de 2015.

²² Nesse sentido, o STJ decidiu: “Mandado de Segurança. Administrativo. Servidor público. Processo disciplinar. Pena de demissão. Nulidade. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Alegação de parcialidade da Comissão Processante e de perseguição à servidora. Necessidade de dilação probatória. Não Cabimento. Demissão por advocacia administrativa. Ofensa ao princípio da proporcionalidade e ao disposto no art. 128 da Lei nº 8.112/90. Não importa em nulidade a ocorrência de erro material, no ato de notificação prévia da impetrante, quanto ao número do processo administrativo disciplinar instaurado se, juntamente com referido ato, a servidora recebe cópia integral do PAD correto e, posteriormente, apresenta defesa em que se reporta expressamente a este feito, bem como demonstra ter ciência de todos os atos desenvolvidos no processo que culminou na sua demissão [...]”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção). Mandado de Segurança. MS 14.993/DF. Impetrante: Tânia Regina Vidal Silva. Impetrado: Ministro de Estado da Cultura. Relator: Min.

O processo administrativo não é refratário à prova testemunhal. Ao contrário, é meio comum de averiguação dos fatos. É assegurado às partes arrolar e inquirir testemunhas, que deverão ser intimadas para depor por mandado ou correspondência emanada pela autoridade encarregada de acompanhar a instrução.

Aplica-se, no que couber, o direito processual civil e penal no tocante à incapacidade, impedimento e suspeição, além do procedimento para inquirição de testemunhas.

De peculiar há o fato de a Administração carecer de competência para determinar o comparecimento coercivo de testemunha que não seja servidor público.²³ Tal poder é irrogado aos juizes, assim como às autoridades policiais e membros do Ministério Público, nos seus respectivos procedimentos de investigação.

Se houver imprescindibilidade do depoimento, pode a Administração requerer judicialmente a condução coercitiva. Caso seja a testemunha servidora da Administração responsável pelo processo, a recusa pode configurar a prática de ilícito funcional, além de crime de desobediência.

No depoimento, é interdito à testemunha fazer afirmação falsa ou a calar a verdade. O desrespeito a tal preceito caracteriza o crime de falso testemunho. Para fins de tutela penal, testemunha em processo administrativo é equiparada ao processo judicial.²⁴

Administração Pública deve designar, de ofício ou a pedido do interessado, prova pericial, se a averiguação do fato depender de exame técnico.²⁵ Consistirá em exame, vistoria ou avaliação, desenvolvida por servidor público habilitado ou ainda por perito externo aos quadros administrativos.

Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF. 08/06/2011. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 16 jun. 2011.

O mesmo se aplica aos processos concorrenciais, conforme se vê no seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal: “Direito Administrativo. Licitação. Tomada de Preços. Erro material na proposta. Irrelevância. O erro material constante da proposta mais vantajosa para a Administração, facilmente constatável, não é óbice à classificação da mesma.” DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. (3ª Turma Cível). Apelação Cível. AC 5043398-DF. Apelante: Máquinas e Serviços Ltda. Apelado: Companhia de Águas e Esgotos de Brasília. Relator: Angelo Passareli. Brasília, DF. 18/11/1999. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 09 fev. 2000, p. 17.

²³ Caso seja um servidor público, exsurge o dever legal de comparecimento. É o que se identifica no parágrafo único do art. 157 da Lei Federal nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ao se reportar à comunicação que deverá ser feita por mandado de intimação ao chefe do servidor.

²⁴ Dispõe o Código Penal, art. 342: “Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral.” BRASIL. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

²⁵ Dispõe a Lei 9.784, de 1999: “Art. 43. Quando por disposição de ato normativo devam ser previamente obtidos laudos técnicos de órgãos administrativos e estes não cumprirem o encargo no prazo assinalado, o órgão responsável pela instrução deverá solicitar laudo técnico de outro órgão dotado de qualificação e capacidade técnica equivalentes.” Idem. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

O perito, com formação técnica ou científica na área requisitada, apreciará o assunto que lhe foi submetido, apresentando laudo conclusivo, baseado em critérios metodologicamente aceitos, com as respostas às indagações formuladas pelas partes.

De acordo com o novo CPC, se não houver maior complexidade fática, bastará a inquirição de especialista sobre o ponto controvertido, hipótese denominada de prova técnica simplificada.²⁶ Em razão do menor formalismo do processo administrativo, essa medida probatória apresenta-se bastante útil.

A prova pericial contribui para remediar a ausência de cabedal técnico ou científico da autoridade encarregada de decidir, auxiliando na compreensão dos fatos relevantes para aplicação da norma jurídica. Ademais, quando a lei determinar a realização da prova pericial, sem margem para apreciação pelo administrador, a decisão final não poderá ser proferida sem este requisito procedimental.²⁷

Questão interessante diz respeito à oposição a exame médico, quando a análise das suas condições físicas e mentais revelarem importantes conclusões. Não há como compelir alguém a prova. No caso do processo administrativo sancionador, à luz do quanto já exposto sobre a garantia da não autoincriminação, a recusa não pode ser interpretada contra o acusado, mas outros meios de prova podem formar indícios veementes da prática da infração, os quais serão apreciados pela autoridade julgadora.

Além da prova pericial, tem relevância no processo sancionador a prova indiciária. Representa a designação corrente no campo penal. Na processo civil, é designada como presunção.²⁸ Não se trata, propriamente, de meio de prova. De acordo como Eugênio Pacelli, os indícios envolvem, “um raciocínio dedutivo, para, a partir da valoração da prova de um fato ou de uma circunstância, chegar-se à conclusão da existência de um outro ou de uma outra.”²⁹

O CPP, art. 239, considera indício “[...] a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. Trata-se, portanto, de um mecanismo para se chegar indiretamente às

²⁶ Previsão contida no art. 464, §3º, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (CPC).

²⁷ Pelo art. 43 da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, “Quando por disposição de ato normativo devam ser previamente obtidos laudos técnicos de órgãos administrativos e estes não cumprirem o encargo no prazo assinalado, o órgão responsável pela instrução deverá solicitar laudo técnico de outro órgão dotado de qualificação e capacidade técnica equivalentes”.

²⁸ ANDRADE, Christiano José de. Dos indícios no processo penal. *Justitia*. Ministério Público de São Paulo. São Paulo, v. 33, n. 72, p. 87–98, jan./mar, 1971, p. 88.

²⁹ PACELLI, 2015, p. 439.

circunstâncias que se deseja provar.³⁰

Ao criticar a norma, Hélio Tornaghi pondera que a atividade mental requisitada nos indícios não seria indução, mas a dedução. Assim, de um fato genérico se chegaria a um fato específico. Na sua visão do autor, indício representaria o fato indicativo e, presunção, o fato indicado. Pela presunção, seria determinado o fato que influirá na convicção da autoridade julgadora³¹.

Em relação à busca e apreensão administrativa, a matéria já foi objeto de intenso debate jurídico. Apresenta características acautelatória e coercitiva. Ao tempo em que impede ou minora uma lesão ao interesse público, fornece elementos instrutórios sobre a prática de infrações administrativas que deixam vestígios.

Por meio da ADIN 1.668-5/DF foram questionados diversos dispositivos da Lei Federal nº 9.472, de 1998, dentre os quais o inciso XV, do art. 19, que prevê a busca e apreensão de bens ilegais no âmbito das competências da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), baseado no interesse público.³²

No julgamento da medida cautelar, o STF decidiu que a busca e apreensão terminaria por afrontar o princípio do devido processo legal, tendo suspenso os efeitos do referido dispositivo legal até a decisão final da ação declaratória de inconstitucionalidade. Entendeu-se que a competência fiscalizatória da Administração Pública não lhe permite investir contra bens de terceiros, providência que somente poderia ser adotado por autoridades judiciais.

A decisão acima resultou na supressão da competência executória irrogada à Administração, forçando o ajuizamento de medidas cautelares para legitimar a intervenção no patrimônio do administrado. Assim, a ANATEL passou a depender de requerimentos no juízo

³⁰ Nos ensinamentos Eugênio Pacelli, “a prova indiciária, prova por indícios, terá a sua eficiência probatória condicionada à natureza do fato ou da circunstância que por meio dela (prova indiciária) Se pretende comprovar. Por exemplo, tratando-se da prova do dolo ou da culpa, ou dos demais elementos subjetivos do tipo, que se situam no mundo das ideias e das intenções, a prova por índice será de grande valia”. PACELLI, 2015, p. 439.

³¹ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959. v. 1, p. 82. O mesmo pensamento é difundido por Júlio Fabbrini Mirabette, referindo-se a “[...] um verdadeiro silogismo em que a conclusão (o fato probando) resulta da comparação entre a premissa menor (o fato indiciário) e premissa maior (um princípio de razão, conhecido a priori, ou uma lei da experiência, induzida de fatos anteriores”. Para este último autor, a palavra “indução”, empregada na norma processual, embora não alinhada ao seu sentido técnico-filosófico, pode ser aceita coloquialmente para designar a atividade de “inferir, concluir, deduzir”. MIRABETTE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 13. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2001, p. 316-317.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade em Medida Cautelar. Requerente: Partido Comunista do Brasil – PC do B e Outros. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF. 20 ago. 1998. *Diário [da] Justiça*. 16 abr. 2004., p. 62.

civil ou criminal para repressão de ilícitos administrativos.³³

No entanto, a controvérsia foi superada pelo advento da Lei Federal nº 11.292, de 2006, que, ao alterar a redação do art. 3º, parágrafo único, da Lei Federal nº 10.871, de 2004, conferiu à ANATEL a prerrogativa de proceder não à busca, mas apenas à apreensão de bens ou produtos ilícitos³⁴. Tal alteração legislativa restabeleceu parcialmente a competência fiscalizatória da ANATEL, sem acarretar violação ao quanto decidido na ADIN 1.668-5/DF.³⁵

A alteração legislativa que restituiu a competência então suprimida na ADIN nº 1.668-5/DF remedia o excesso constatado na referida decisão judicial. A atuação executória da Administração somente deve ser restringida quando puder resultar em prejuízos à privacidade ou intimidade do administrado, caso em que a autorização judicial será imprescindível.

Encerrando, sem pretensão de esgotamento, é preciso acrescentar que, nos processos administrativos sancionadores movidos contra pessoas físicas, o interrogatório do administrado

³³ Assim decidiu o STJ: “PROCESSO CIVIL - MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO - LEGITIMIDADE - NECESSIDADE.1. O dispositivo legal (artigo 19, inciso XV, da Lei 9.472/97) que concedia à ANATEL a competência para, administrativamente, proceder à apreensão de aparelhos radiotransmissores em funcionamento ilegal foi suspenso pelo STF na ADIn 1668-5, necessitando a agência, para imediata cessação de funcionamento, recorrer ao Judiciário. 2. Seja pela via cível, seja pela via penal, pode a ANATEL acautelar-se, com o pedido de imediata apreensão de aparelhos clandestinamente instalados, sem que possa fazê-lo de moto próprio.3. Recurso especial provido.” Idem. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Recurso Especial. REsp 626.774/CE. Recorrente: Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Recorrido: Associação Beneficente José Ednir Maia de Limoeiro do Norte. Relator: Min. Eliana Calmon. Brasília, DF. 17/06/2004. *Diário [da] Justiça*. 13 set. 2004, p. 220.

³⁴ Com a nova redação, o art. 3º, parágrafo único, da Lei Federal nº 10.871, de 2004, passou a dispor que: “São atribuições comuns dos cargos referidos nos incisos I a XVI, XIX e XX do art. 1º desta Lei: [...] Parágrafo único. No exercício das atribuições de natureza fiscal ou decorrentes do poder de polícia, são asseguradas aos ocupantes dos cargos referidos nos incisos I a XVI, XIX e XX do art. 1º desta Lei as prerrogativas de promover a interdição de estabelecimentos, instalações ou equipamentos, assim como a apreensão de bens ou produtos, e de requisitar, quando necessário, o auxílio de força policial federal ou estadual, em caso de desacato ou embaraço ao exercício de suas funções. Idem. Lei 10.871, de 20 de maio de 2004. Dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das autarquias especiais denominadas Agências Reguladoras, e dá outras providências. Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*. 21 maio 2004.

³⁵ É o que se extrai do seguinte julgado do STF: “EMENTA: RECLAMAÇÃO. ALEGADO DESCUMPRIMENTO DO QUE DECIDIDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.668/DF. AGÊNCIA REGULADORA. DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINA A BUSCA E A APREENSÃO DE EQUIPAMENTOS RADIOFÔNICOS DE EMISSORA DE RÁDIO COMUNITÁRIA CLANDESTINA. 1. No julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.668/DF, entre vários dispositivos questionados e julgados, decidiu-se pela suspensão do inc. XV do art. 19 da Lei n. 9.472/97, que dispunha sobre a competência do órgão regulador para “realizar busca e apreensão de bens”. 2. Decisão reclamada que determinou o lacre e a apreensão dos equipamentos da rádio clandestina fundamentada no exercício do regular poder de polícia. 3. Ao tempo da decisão judicial reclamada, **já estava em vigor a Lei n. 10.871/2004, na redação da Lei n. 11.292/2006, que prevê aos ocupantes dos cargos de fiscal dos órgãos reguladores as prerrogativas de apreensão de bens e produtos**. 4. Ausência de descumprimento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.668-MC/DF. 5. Reclamação: via inadequada para o controle de constitucionalidade. 6. Reclamação julgada improcedente.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Reclamação. RCL 5310. Reclamante: Cleber Guarnieri. Reclamado: Juiz Federal da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Mato Grosso. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF. 03/04/2008. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 16 maio 2008. Grifo nosso.

deve ser visto, seguindo o direito processual penal, como meio de defesa, e não, propriamente, como meio de prova. Assim, deverá o interrogatório acontecer preferencialmente após a produção das provas, facilitando-se o exercício da autodefesa após colacionados todos os elementos de convicção.

3.2 O ÔNUS COMO POSIÇÃO JURÍDICA

O ônus constitui uma das grandes categorias do direito, muito embora não tenha merecido amplo espaço no âmbito do direito administrativo. Ao menos no Brasil, somente a partir da Constituição Federal passou-se a vislumbrar a atividade administrativa sob a perspectiva do processo, o que explica a abordagem ainda incipiente do tema entre os administrativistas.

No entanto, o estudo do ônus na ciência processual já não é recente. Carnelutti elencou o ônus como espécie de situação jurídica, tratando de defini-lo em contraste com a noção de obrigação: na obrigação há a uma subordinação do interesse do devedor ao do credor, enquanto no ônus a referida subordinação ocorre entre o onerado e o seu próprio interesse.³⁶

Ainda conforme Carnelutti, a mesma diferença verificada no caso de insubordinação do sujeito. O devedor insubordinado comete ato ilícito, na medida em que ofende interesse legítimo de terceiro. No ônus, o interesse não gira em torno de outro sujeito, daí porque a violação não gera ilicitude, mas consequências na esfera do próprio titular.³⁷

No entanto, a teoria de Carnelutti se fragiliza ao colocar o ônus enquanto situação jurídica passiva. A rigor, implicando o ônus a liberdade de não praticar determinado ato previsto em lei, há de se lhe extrair um conteúdo de poder. A parte opta por não seguir a conduta prevista como ônus, assumindo o risco de não alcançar a finalidade prefixada em seu favor.³⁸

Quando se associa o ônus à ideia de “imperativo do próprio interesse”, como o fez James Goldschmidt³⁹, torna-se mais fácil entendê-lo como o poder que tem o onerado de praticar o ato que lhe assiste, conforme sua estratégia de sagrar-se vitorioso no processo. Assim, da noção de subordinação, afirmada por Carnelutti, o ônus passa a figurar como um direito.⁴⁰

³⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria general del derecho*. Madri: Revista de Direito Privado, 1941, p. 223.

³⁷ *Ibidem*, p. 222.

³⁸ ROSENBERG, Leo. *La carga da prueba*. 2. ed. Argentina: Montevideo-Buenos Aires, 2002, p. 75.

³⁹ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Tradução de Leonardo Pietro Castro. Barcelona: Labor, 1936, p. 8.

⁴⁰ Ao explicar essa reação ao pensamento de Carnelutti, Paulo Rogério Zanetti salienta que oportunamente que:

No Brasil, bastante elucidativa é a diferença que Pontes de Miranda pontua entre ônus e dever, assim exposta:

A diferença entre dever e ônus está em que (a) o dever é um relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é do interesse do sujeito ativo; ao passo que (b) o ônus é em relação a si mesmo; não há uma relação entre os sujeitos; satisfazer é do interesse do próprio onerado; ele escolhe entre satisfazer ou não ter a tutela do próprio interesse.⁴¹

Considerando a crítica a Carnelutti, Rodrigo Xavier Leonardo grafou que “todo aquele que age, ou deixa de agir, a partir de um ônus, o faz estando em uma posição subjetiva jurídica ativa na relação processual”. O titular do ônus desvia-se de norma-predeterminada, cuja inobservância pode render prejuízos.⁴²

Por essa razão, atribui-se ao ônus, segundo Paulo Zanetti, a ideia de encargo. Este será cumprido pela parte, de acordo com o que lhe pareça mais conveniente. Não o fazendo, diminuirá a chance de desfrutar algum proveito, sem necessariamente resultar em prejuízo.⁴³

Noutras palavras, o não atendimento do ônus expõe o sujeito à sorte dos efeitos desse comportamento. Há, destarte, o ônus de alegar um fato, o ônus de provar, o ônus de recorrer, o ônus de impugnar, entre os comportamentos que as partes se utilizam na tentativa de incrementar as chances de serem agraciadas com a decisão condizente às suas expectativas.

Na perspectiva de Leo Rosenberg, as partes desenvolvem, no processo, atos de afirmar e provar o alegado em razão “do próprio interesse em triunfar”.⁴⁴ Com base nisto, não se pode afirmar que existe o “dever de triunfar”, mas o ônus de seguir determinado comportamento, se assim considerar adequado para alcançar uma posição de vantagem em relação ao adversário.⁴⁵

Como já asseverado, não atender o ônus não necessariamente conduz ao resultado negativo. É possível, contudo, que isto ocorra em determinados casos. Daí a pertinência da classificação de Arruda Alvim, ao se reportar ao ônus perfeito e imperfeito: no primeiro, a

“a maior de todas as críticas à teoria carneluttiana sobre a definição de ônus consistiu no fato de o autor italiano classificá-lo como uma espécie de situação jurídica passiva (ao lado da obrigação e da sujeição); portanto, como espécie de dever, quando para grande parte da doutrina a situação jurídica do ônus seria ativa e, nesse sentido, sua definição se aproximaria mais de um direito subjetivo ou, ainda, de um poder.” ZANETTI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras do ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 74.

⁴¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, t. III, p. 281.

⁴² LEONARDO, Rodrigo Xavier. O conceito de prova e a noção de objeto de prova: considerações a respeito dos juízos de fato no processo civil. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, n. 15, p. 95-106, jan./mar. 2000.

⁴³ ZANETTI, 2011, p. 77.

⁴⁴ ROSENBERG, 2002, p. 77 et seq.

⁴⁵ ZANETTI, 2011, p. 74.

consequência danosa é certa; no segundo, possível.⁴⁶

Essa visão é confirmada por Marinoni e Arenhart ao assinalarem, precisamente quanto ao ônus da prova, que “a parte onerada pode obter um resultado favorável, mesmo sem cumprir o ônus, isto é, ainda que sem produzir a prova”, pois nada impede que o julgador decida com base na prova do adversário ou produzida de ofício.⁴⁷

Apesar das opiniões citadas, não deixa de haver certa lógica no pensamento de Carnelutti ao identificar o ônus como situação jurídica passiva. Na verdade, a doutrina que reconhece uma posição ativa do titular do ônus leva em consideração o seu exercício. É o direito de alcançar o proveito resultante da liberação da carga. Contudo, o ônus, sob outra perspectiva, põe o titular em estado de sujeição em relação àquilo que a própria norma determina.⁴⁸

Isto posto, o ônus consiste em uma posição jurídica, baseada num imperativo ligado ao próprio interesse do onerado (sentido passivo), a quem se reserva o direito de praticar ou não uma conduta predeterminada (sentido ativo), assumindo as consequências do descumprimento: ora alcançado um efeito negativo (ônus perfeito), ora reduzindo as chances de obter o resultado desejado no processo (ônus imperfeito).

3.3 O ÔNUS, DEVERES, FACULDADES E OBRIGAÇÕES

No pensamento de Goldschmidt, o processo é concebido como uma situação jurídica em movimento, no qual os sujeitos envolvidos, pela contingência de decisão uma desfavorável, aproveitam-se de oportunidades para influenciar o julgador ou se beneficiarem da distração ou inércia do adversário. Desse cenário dinâmico e instável emergem expectativas, chances, cargas e liberação das cargas, cujo aproveitamento ou não dão origem ao ônus e ônus.⁴⁹

Assim, tanto maior será a expectativa de êxito de obter vantagens no processo quanto maior for o comportamento da parte na liberação das cargas ou ônus que lhes são determinados. Isso faz com que o ônus apareça como a situação jurídica predominante entre as partes. Uma

⁴⁶ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 503.

⁴⁷ MARINONI; ARENHART, 2015, p. 203.

⁴⁸ Seja essa razão para José Carlos Vieira de Andrade considerar um ônus uma situação jurídica de desvantagem, pontuando que, em sentido estrito, “[...] existem sempre que o titular de um poder ou faculdade tem a necessidade prática de adoptar um certo comportamento, caso pretenda assegurar a produção de um efeito jurídico favorável ou não perder um certo efeito útil já produzido.” ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Lições de direito administrativo*. 4. ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2015, p. 78-79.

⁴⁹ LOPES JÚNIOR, Aury; SILVA, Pablo Rodrigo Aften da. A incompreendida concepção de processo como “situação jurídica”: a vida e obra de James Goldschmidt. *Revista panóptica*. Vitória, v. 1, p. 23-48, n. 17, nov., 2009.

vez cumprido o ônus, a parte se libera da carga, aumentando as chances de triunfar. Não cumprido, afasta-se delas.

Não significa que o ônus represente a única categoria identificada no processo, assim como na própria teoria geral do direito. Convive com as faculdades e deveres, merecendo, portanto, serem distinguidos.⁵⁰

De acordo com Teresa Arruda Alvim, Luís Rodrigues Wambier e José Miguel Medina, “a faculdade existe quando a parte pode optar, e o sistema jurídico é indiferente à sua opção”.⁵¹ O dever, explicam os autores, caracteriza-se por ser “permanente e não se esgotar com o seu cumprimento”, entendido como a realização da atividade que diz respeito. Ademais, liga-se a uma “conduta” e não a um ato isolado, no que se diferencia da obrigação.⁵²

Com precisão, Eros Roberto Grau explica: “é certo que o conceito de *dever* transcende o âmbito do direito das obrigações: há deveres jurídicos que não compreendem obrigação de nenhuma espécie.”⁵³ Sirva-se de exemplo o dever de boa-fé, imposto no artigo 5º do CPC, a

⁵⁰ O STJ apresenta o conceito de ônus no seguinte julgado: “Processual civil. Ônus processual. Inversão do ônus da prova. atividade instrutória do juiz. Determinação de ofício de produção de prova pericial. Adiantamento das custas processuais. I - Ônus processual pode ser entendido como uma faculdade cujo exercício configura implemento de condição apta a colocar a parte em situação processual mais vantajosa. Transportando essa noção para o campo probatório é possível afirmar que o ônus da prova exorta a parte que o suporta a produzir determinada prova, sob pena de, não o fazendo, ver constituída em seu desfavor, uma situação gravosa. Assim, se a parte não se desincumbe do ônus de provar determinado fato, resta ao juiz interpretar o non liquet que daí pode se originar em desfavor dessa mesma parte. II - Considerando o princípio da inafastabilidade da Jurisdição, as regras relativas ao ônus da prova se apresentam, portanto, como um instrumento que permite ao juiz proferir sentença nas hipóteses em que ele não conseguiu formar uma convicção (motivada) a respeito dos fatos. Precedentes.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial. REsp 696.816/RJ. Recorrente: José Eduardo Bank e Outro. Recorrido: Banco Citybank S/A. Relator: Min. Sidnei Beneti. Brasília, DF. 06/10/2009. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 29 out. 2009.

⁵¹ Complementam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: “As faculdades processuais, a seu turno, guardam semelhanças e diferenças em relação ao ônus. São semelhantes na medida em que têm fundamento num interesse pessoal. Entretanto, como ressalta Marinoni e Arenhart, “no ônus a lei determina o comportamento a ser adotado e o risco em contrariá-lo, enquanto na faculdade tal escolha pertence totalmente ao foro íntimo da parte, diminuindo a previsibilidade dos efeitos do comportamento”. MARINONI; ARENHART, 2015, p. 203.

⁵² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 3, p. 67. Ainda sobre o assunto, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico afirma que “os conceitos de ônus e de obrigação são heterogêneos, sendo inaceitáveis as teorias que os aproxima. Nos ônus, o sujeito é livre para adotar a conduta prescrita na norma, não estando juridicamente vinculado ao seu cumprimento em favor de outro, como corre na violação. O não exercício de um ônus não configura ato ilícito e não é sancionado, enquanto a violação de uma obrigação é ilícita e sancionada. A norma estatuidora de um ônus tutela interesse do próprio onerado, ao passo que a norma portadora de uma obrigação tutela interesse do titular do direito subjetivo correspondente, que pode exigir seu cumprimento. A obrigação é uma situação jurídica passiva, enquanto o ônus é uma situação jurídica ativa, manifestação do poder no qual se manifesta a liberdade de agir do sujeito onerado. PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 36

⁵³ GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 77, p. 177-183, jan. 1982, p. 178.

todos aqueles que participam no processo.⁵⁴ Embora seu descumprimento possa prejudicar interesses de terceiros, gerando, inclusive direito à reparação, o dever de boa-fé processual, em si, consiste numa exigência permanente do sistema jurídico.

É interesse notar que a conduta avessa a um dever processual submete o infrator a uma sanção, ainda que concretamente não prejudique terceiros. No dever, a vinculação do sujeito se dá em proveito da própria ordem jurídica. É secundário à insatisfação de sujeito eventualmente prejudicado. Violado o dever, a sanção restabelecerá a ordem jurídica violada, ressalvada a pretensão de terceiro à reparação pelos danos que o ato ilícito houver causado.

Do ponto de vista estático, o que se destaca são os deveres. Assim, nas relações internas da Administração, os agentes públicos possuem, por exemplo, o dever de probidade. Nos termos do art. 37, §4º, da Constituição Federal, a violação a tal dever implicará as sanções de “suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário”.

3.4 ÔNUS DA ALEGAÇÃO E ÔNUS DA PROVA

As partes apresentam enunciados fáticos para atrair os efeitos jurídicos considerados nas respectivas pretensões. Trata-se de versões do mundo fenomênico que são aportadas no processo para que o julgador firme sua convicção sobre a realidade histórica em direção convergente ao alegado.

Disso resulta uma ordem lógica na qual a atividade probatória seja antecedida pela alegação da parte. Como afirmado por Paulo Zanetti, “muito antes do ônus de provar, as partes têm o ônus de levar a juízo todas as alegações (visando à procedência ou improcedência do pedido formulado), na medida em que *quod non est in actis non est in mundo*”.⁵⁵

O reconhecimento do ônus da alegação reforça a imparcialidade do julgamento administrativo, este limitado aos fatos aportados no processo pelo agente público encarregado da instrução. Por meio da imputação endereçada ao administrado, se firmam as bases da atividade instrutória, a partir da qual advém o ônus de provar perante a administração julgadora

⁵⁴ O art. 81, do CPC, comina a violação desse dever a seguinte sanção: “De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.” BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

⁵⁵ ZANETTI, 2011, p. 81.

a existência do fato ilícito.

O respeito aos direitos e garantias individuais impõe uma “Administração-acusadora”, que tenha o ônus de alegar e de provar os fatos constitutivos do ilícito, assim como uma “administração-julgadora”, à qual seria defeso considerar, em sua decisão, fatos que não tenham sido afirmados por uma das partes. ⁵⁶

Na perspectiva de Concepción Rodriguez, a prova se resume à acreditação dos pressupostos de fato para sustentar a resolução administrativa. Representaria a verificação das premissas que deflagraram o agir administrativo em determinado sentido. A controvérsia fática seria aspecto secundário. O relevante seria investigar os fatos que preordenaram a abertura do processo, embora nele deva ser esclarecida eventual falta de aceitação pelo interessado dos fatos aportados pela Administração, assim como a incerteza administrativa sobre os fatos apresentados pelo interessado. ⁵⁷

Refuta-se, porém, essa visão inquisitiva do processo administrativo, na qual bastaria a Administração comprovar os fatos sobre os quais ela já tem suspeita. O administrado, mesmo atuando no processo, dele seria mero “objeto” ou “coadjuvante” na busca da verdade, sem poderes efetivos para influenciar no convencimento do órgão julgador, que seria confessadamente parcial. ⁵⁸

Não se está a defender uma aplicação do princípio dispositivo, associado a direitos e interesses disponíveis. Pretende-se, com isto, não transformar a atuação oficial da Administração num procedimento inquisitivo, sob pena de ferir o devido processo legal em sua

⁵⁶ Como já ressaltado no Capítulo II, a nova ordem constitucional é refratária à “verdade sabida”, na qual a autoridade julgadora domina o processo probatório, dando ensejo a um julgamento inquisitivo. Ou seja, a mesma autoridade encarregada de julgar promove a instrução. Como recusa a esse modelo, é indispensável que o processo administrativo sancionador detenha uma estrutura procedimental que separe as competências de instrução e de julgamento. É a adaptação do que sucede do processo penal. Neste, ação penal e julgamento são atribuídos a diferentes instituições: Ministério Público e Magistratura, respectivamente. No processo administrativo sancionador, tais atribuições devem ser levadas a efeito por agentes públicos distintos, embora externamente ambos representem a Administração Pública.

⁵⁷ A autora, inclusive, é enfática ao afirmar que na esfera administrativa estaria ausente a vinculação da prova ao convencimento psicológico do julgador de um sujeito imparcial e situado sobre as partes. RODRIGUEZ, 2001, p. 64-71.

⁵⁸ No processo penal, pode-se falar nos sistemas acusatório e inquisitivo. O sistema acusatório possui as seguintes características: (i) acusação e defesa em igualdade de posições; (ii) juiz sobreposto às partes; (iii) destaque aos princípios do contraditório; publicidade e presunção de inocência; (iv) vedação à iniciativa judicial em matéria probatória, de incumbência das partes. O sistema inquisitivo, por sua vez, tem como peculiaridades: (i) as funções de acusar e julgar estão enfeixadas em uma única pessoa; (ii) o réu não é parte, mas objeto do processo; (iii) não haveria contraditório; (iv) exclusão da dialética processual; (v) normalmente escrito e secreto; (vi) atuação probatória do juiz inquisidor. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

perspectiva substancial, isto é, a exigência de um processo administrativo efetivamente aparelhado com as garantias necessárias para o julgamento justo.

Bem por isto, é importante seja feita uma leitura garantista da oficialidade no processo sancionador. Nesse viés, a Administração dependeria de um órgão específico para provar os elementos necessários para tomada da decisão, e de outro para julgar, aferindo se os elementos de prova foram suficientes para gerar a convicção sobre a verdade dos fatos ou, em caso de dúvida, decidir conforme o ônus da prova.

Com efeito, emerge o ônus da prova como regra de julgamento. Tem ele a função de preencher possível deficiência que impeça o julgador de concluir pela verdade das alegações, caso em que deverá verificar qual das partes teria que provar os fatos suscitados sob pena de assumir os riscos de suportar as consequências desfavoráveis no processo.

Ou seja, em caso de dúvida do julgador, a causa poderá ser decidida contra quem teria o ônus de provar a verdade das alegações. Daí porque o ônus da prova aplica-se nos casos de incerteza ou, noutras palavras, como substitutivo da verdade, orientando como o administrador deverá decidir.

No processo administrativo sancionador incide a vedação ao *non liquet*. O órgão julgador não pode deixar de proferir decisão conclusiva alegando dúvida sobre os fatos. É que, além causar certa perturbação na esfera jurídica do administrado, o processo sancionador contém uma expectativa pública na repressão ao ilícito, impelindo a tomada de decisão.⁵⁹

Por fim, o ônus não interfere no princípio da comunhão das provas. É possível que o administrado nada comprove, mas a partir de prova determinada pela Administração seja possível verificar circunstâncias em prol da defesa. A recíproca também é verdadeira: uma prova voluntariamente produzida pelo particular pode corroborar fatos suscitados pela Administração.⁶⁰

⁵⁹ O dever de decidir não é característica imposta a todos os processos administrativos. A Lei 9.784, de 1999, impõe o dever de decidir, como regra geral, no art. 48: “A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência”. Contudo, nos processos ampliativos, deflagrados pelo administrado, poderá ser determinado o arquivamento do processo, sem decisão conclusiva, caso não forneça, no prazo fixado, dados e documentos necessários à apreciação do seu pedido, como prevê o art. 40 da Lei Federal de Processo Administrativo: “quando dados, atuações ou documentos solicitados ao interessado forem necessários à apreciação de pedido formulado, o não atendimento no prazo fixado pela Administração para a respectiva apresentação implicará arquivamento do processo.” BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

⁶⁰ Como explicam Marinoni e Arenhart, “[...] a ideia de ônus costuma ser ligada a um comportamento necessário para obtenção de um efeito favorável, ao passo que, diante do ônus da prova, a parte onerada pode obter um resultado favorável mesmo sem cumprir o seu ônus, isto é, ainda que sem produzir a prova. Lembre-se que

3.5 ÔNUS DA PROVA SUBJETIVO E OBJETIVO E O PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO PUNITIVA DA ADMINISTRAÇÃO

A regra do ônus da prova não se dirige apenas ao julgador. Também orienta as partes sobre a prova que deverão produzir em relação aos fatos alegados. Destarte, o administrado e o órgão encarregado da instrução ficam de logo cientes sobre a postura deverão adotar para comprovação das alegações.

Nesse sentido, vem a classificação de ônus da prova em sentido subjetivo e objetivo: o primeiro orienta as partes à prática do ato cabível para que não se exponham à desvantagem, enquanto o segundo representa uma regra de juízo nos casos em que remanescer dúvida no espírito do julgador.

A classificação já se encontra apascentada na doutrina processual.⁶¹ Como desenvolve Paulo Rogério Zanetti, pelo ônus da prova subjetivo, “tem-se a resposta à indagação de qual parte ligante deve prover o quê, no decorrer do processo, dirigido exclusivamente às partes”. O ônus objetivo seria “aquele que prescinde de toda atividade probatória desenvolvida pelas partes para estabelecer a verdade dos fatos controvertidos, interessando ao magistrado o que se encontra provado, e não quem o provou”.⁶²

A diferença entre um e outro ônus também pode ser captada com base no momento em que atuam. Como esclarece Jose Fábrega, o ônus subjetivo incide na etapa instrutória, ao passo que ônus objetivo se manifesta na fase decisória do processo.⁶³

Em respeito à imparcialidade, o órgão julgador não poderá suprir, por meio de novas diligências, a inércia do órgão de instrução. A este cabe utilizar os meios de prova necessários para o bom proveito do ônus subjetivo, sem dispor da pretensão punitiva da Administração.

Veja-se que a instauração do processo sancionador decorre de uma “ação

nada impede que o julgamento favorável ao autor se funde em provas produzidas de ofício pela parte adversa”. Concluem, assim, que: “[...] o ônus da prova indica que a parte que não produzir a prova se sujeitará ao risco de um resultado desfavorável, ou seja, o descumprimento do ônus não implica, necessariamente, um resultado desfavorável, mas o aumento do risco de um julgamento contrário [...]”. MARINONI; ARENHART, 2015, p. 204.

⁶¹ Segundo Alfredo Buzaid, “De nenhum outro conceito havia se pensado até os trabalhos de Julius Glaser, publicados em 1983, nos quais já aparece a distinção entre ônus formal e ônus material da prova, usada pelos tratadistas de direito processual penal. Coube, porém, aos processualistas civis austríacos o mérito de distinguir o ônus subjetivo do ônus objetivo da prova. BUZOID, Alfredo. *Estudos de direito*. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 64. v. I.

⁶² ZANETTI, 2011, p. 90.

⁶³ FÁBREGA, José. *Teoría general de la prueba*. 2. ed. Bogotá: Gustavo Ibañez, 2000, p. 260.

administrativa” contra o particular. Tanto que a Lei nº 8.112, de 1990, ao disciplinar os casos de prescrição, refere-se à existência de uma “ação disciplinar”.⁶⁴ À evidência, não trata do mesmo direito de ação regulado pelo direito processual penal, mas, semelhante a este, constitui também um “poder-dever de punir”, corporificado no *jus accusationis*.⁶⁵

Resulta, portanto, que obrigatoriedade⁶⁶ e indisponibilidade serão vetores da atuação administrativa no processo sancionador. Trata-se, aqui, da manifestação adjetiva do princípio da indisponibilidade do interesse público, a impedir que o órgão de instrução, no exercício do ônus, proceda de modo abdicativo, conduzindo a pretensão punitiva da Administração ao fracasso.

O dever funcional dos agentes públicos implica que o desempenho do ônus opere de forma a melhor promover a pretensão punitiva. Não pode o órgão de instrução atuar com negligência, tampouco perseguir o administrado com vistas à satisfação de interesse pessoal. Uma coisa é o ônus da prova, outra, diversa, é o dever funcional que preside o exercício do ônus.

Por fim, importa registrar que a indisponibilidade do interesse público não significa que o órgão de instrução tenha que perseguir a responsabilidade do administrado a qualquer custo. A ordem jurídica requer uma decisão justa, ou seja, a esmerada aplicação do direito ao caso concreto. Assim, demonstrada a inocência do administrado ou não havendo elementos suficientes para responsabilização, o órgão de instrução deverá manifestar-se absolvição.

3.6 AS PRINCIPAIS TEORIAS SOBRE O ÔNUS DA PROVA

Algumas teorias sobre o ônus da prova merecem destaque, na medida em que fornecem valorosos subsídios para compreensão da sua disciplina normativa.

⁶⁴ Eis a redação: “Art. 142. A ação disciplinar prescreverá: I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão; II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão; III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.” BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

⁶⁵ No conceito de ação penal apresentado por Julio Fabbrini Mirabette, “[...] o direito de punir ou, como se tem preferido ultimamente, o poder-dever de punir, só se realiza pelo exercício do *jus persequendi*; é um direito de coação indireta, circunscrito ou delimitado em sua executoriedade pelo Direito Positivo.” MIRABETTE, 2002, p. 104.

⁶⁶ Existe uma equivalência com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Nesta, “Diante de notícia de uma infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais têm a obrigação de proceder à apuração de fato delituoso, ao órgão do Ministério Público se impõe o dever de oferecer denúncia caso visualize elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável, além da presença das condições da ação penal e de justa causa para deflagração do processo criminal.” MARCÃO, Renato. Curso de Processo Penal, Saraiva, São Paulo, 2017, p. 226.

Neste afã, pode ser inicialmente citado o pensamento de Jérémie Bentham, para quem o ônus há de recair sobre quem puder satisfazê-lo com menores inconvenientes, pregando pela simplicidade do sistema de justiça em detrimento da complexidade técnica.⁶⁷ Como se pode observar, não haveria na concepção de Bentham definição preexistente do ônus, que deve se basear a partir das situações concretas.

Em relevante trabalho monográfico sobre o tema, Sebastião Soares da Silva descreve a teoria de Webber, na qual o ônus da prova descansa na noção de direito e liberação. Isto é, a parte que invocasse em juízo direito ou liberação de direitos ou de usurpações de outrem encontrar-se-ia impelido a provar os fatos pendentes de certeza.⁶⁸

Procede a crítica de Paulo Rogério Zanetti, ao afirmar que a fragilidade da teoria de Webber deve-se à absoluta indeterminação dos conceitos de “liberação” e “usurpação”, o que impossibilita um critério seguro para atribuir o ônus prova.⁶⁹

Na teoria de Bethmann-Hollweg, o ônus da prova não se influencia por questões de tempo e espaço. Repousaria imutavelmente na máxima *afirmantti incumbit probatio*, segundo a qual o ônus de provar deve ser imposto à parte que afirma o direito. Com efeito, deverá ser comprovada a origem desse direito, mediante a prova dos seus requisitos. Ao adversário competirá alegar a extinção do direito afirmado, apresentando a corresponde prova.⁷⁰

Gianturco, por sua vez, analisa o ônus da prova sob a perspectiva da vantagem propiciada com a alegação. Dessa forma, “só quem pretender vantagens assumirá o trabalho da prova”.⁷¹ Esse pensamento estaria baseado na lei do mínimo esforço, já que o ônus da prova incumbirá a quem puder auferir a vantagem da prova.⁷²

Vem a lume, ainda, a teoria de Demogue. Por ela, a regra do ônus da prova se sustentaria na inexistência de obrigação, por quem prova, de estabelecer todas as condições necessárias para a existência do seu direito, senão as condições que o tornam verossímil. Ademais, deve

⁶⁷ Preceitua Bentham: “Em um régimen de justicia franca y simple, em um porcedimiento natural, es muy facil contestar. La carga de la prueba debe ser impuesta, em cada caso concreto, a aquella de las partes que la pueda aportar com menos inconvenientes, es decir, com menos dilaciones, vejámenes y gastos.” BENTHAM, Jérémie. *Tratado de las pruebas judiciales*. Tradução de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: EJEJA, 1971, p. 149. v. II.

⁶⁸ FARIA, Sebastião Soares de. *Principaes theorias relativas ao onus probandi*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936, p. 42.

⁶⁹ ZANETTI, 2011, p. 95.

⁷⁰ FARIA, 1936, p. 43.

⁷¹ Ibidem, p. 62.

⁷² PACÍFICO, 2000, p. 91.

recair, ao exame do caso concreto, na parte que puder desempenhá-lo de modo menos incômodo, considerando, por exemplo, detalhes, exames e despesas.⁷³

Chiovenda reconhece a dificuldade em formular princípio absoluto e geral para justificar o ônus da prova. Assevera ser justo, talvez, “que o autor provesse tanto a existência dos fatos constitutivos do direito quanto a não existência dos fatos impeditivos e extintivos”. No entanto, reconhece que tal prova seria “no mais das vezes, difícil para os fatos impeditivos, impossível para os fatos extintivos”. Impor o ônus, neste caso, “equivaleria, quase sempre, a recusar-lhe, logo, a tutela jurídica”.⁷⁴

À luz desses fatores, o precitado jurista italiano propõe que a distribuição do ônus da prova se dê em razão da oportunidade, acrescida do interesse em que determinado fato seja apreciado. Assim, ao autor caberia provar os fatos constitutivos, ou seja, que produzem determinados efeitos jurídicos normalmente esperados, enquanto o réu deveria provar os fatos impeditivos, isto é, aqueles que impossibilitam a produção dos efeitos pretendidos pelo adversário.⁷⁵

Ao enfrentar o tema, Carnelutti associa o ônus da prova à ideia de risco da prova ausente ou deficiente, o qual deve ser distribuído entre as partes.⁷⁶ O autor primeiro se norteia pela diferença entre o interesse da afirmação e interesse da prova apresentada. Enquanto o primeiro é unilateral, interessando somente à parte, o segundo é bilateral, já que ambos os adversários têm interesse na prova: um para provar sua existência e outro sua inexistência.⁷⁷

A partir dessa observação, o autor acima propôs que a prova dos fatos constitutivos deverá ficar ao encargo de quem apresenta a pretensão, ao passo em que a dos fatos extintivos e modificativos deve ser de responsabilidade de quem oferece a exceção.⁷⁸

Na concepção de Emilio Betti, exposta por Moacyr Amaral Santos, aquele que postula tem o ônus de afirmar e provar os fatos referentes ao pedido. Caberia, portanto, ao autor, o “ônus da ação”, atrelado aos fatos constitutivos do direito afirmado. Já o réu, ao contestar o pedido, acrescenta fatos outros para ilidir os efeitos pretendidos pelo adversário. Haveria aí o

⁷³ FARIA, 1936, p. 65.

⁷⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000, v. 2, p. 448.

⁷⁵ Ibidem, p. 452.

⁷⁶ Essa conclusão foi apresentada por Paulo Roberto Zanetti, 2011, p. 100.

⁷⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, 132. v. II.

⁷⁸ Ibidem, p. 133.

“ônus da exceção”, quanto aos atos impeditivos, modificativos e extintivos.⁷⁹

3.7 A DISCIPLINA LEGAL DO ÔNUS DA PROVA: PANORAMA NORMATIVO

3.7.1 A disciplina na Lei Federal de Processo Administrativo

A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, apresenta regramento resumido na disciplina do ônus da prova. Ao fazê-lo, aproxima-se da teoria de Bethmann-Hollweg, atribuindo o ônus da prova à alegação da parte. Ademais, estaria o ônus da prova associado à atuação do administrado, face à busca da verdade pela Administração.

Assim, no art. 36, atribui ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, referindo-se, ainda, ao “dever atribuído ao órgão de instrução”, a quem competiria obter documentos e cópias, relativamente aos fatos alegados pelo particular, desde que devidamente registrados no âmbito administrativo.⁸⁰

A literalidade da norma enseja à interpretação de que apenas o administrado teria o ônus de provar o alegado, enquanto a Administração seria detentora de um dever processual de instrução, inclusive para suprir a prova cabível ao interessado em caso de interesse público.⁸¹

Esse estreitamento do ônus vem justificado por José dos Santos Carvalho Filho no fato de que “na maioria das vezes, é o interessado que, de um lado, apresenta certa pretensão, e de outro fica a Administração, incumbida de apreciá-la”. De resto, o autor invoca a oficialidade para atribuir à Administração o dever de buscar a “vontade material, e não meramente a vontade formal”.⁸²

Ao comentarem o dispositivo legal, Sérgio Ferraz e Adilson Dallari também reforçam o ônus do interessado e o dever probatório da Administração, embasando-se igualmente na

⁷⁹ BETTI *apud* SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970. v. I, p. 105.

⁸⁰ Pelo 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. O ar. 37, por sua vez, determina que: “quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, a obtenção dos documentos ou das respectivas cópias”. BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1990.

⁸¹ Em relação à atuação subsidiária da Administração, o art. 39 prevê que “[...] quando for necessária a prestação de informações ou a apresentação de provas pelos interessados ou terceiros, serão expedidas intimações para esse fim, mencionando-se data, prazo, forma e condições de atendimento”. O parágrafo único finaliza que: “não sendo atendida a intimação, poderá o órgão competente, se entender relevante a matéria, suprir de ofício a omissão, não se eximindo de proferir a decisão.” *Ibidem*.

⁸² CARVALHO FILHO, 2013, p. 198.

oficialidade. E acrescentam: “[...] deve a Administração colaborar com o particular na busca de elementos probatórios, porque o interesse público assim exige”.⁸³

Para Egon Bockmann Moreira, em razão do interesse público primário, “a mais completa instrução é dever do agente administrativo. O processo não pode restar inativo a omissões dos particulares envolvidos”.⁸⁴

Como a Lei Federal de Processo Administrativo reforça o exercício de pretensões pelo administrado, os comentários supracitados ainda se afiguram genéricos para descrever suficientemente a realidade do processo sancionador. Neste, a Administração persiste com o dever oficial de busca da verdade, mas haverá também o ônus de comprovar os motivos da pretensão punitiva.

O dever processual consiste em garantir uma instrução plena, evitando que do processo possam advir medidas temerárias. Uma vez apresentado fato plausível em defesa do administrado, o órgão de instrução deverá investigá-lo. Não está suprindo a defesa, mas atuando para garantir um ato respaldado nos pressupostos legais.

O ônus da prova, por sua vez, não se confunde nem é encoberto pelo citado dever. Ao tempo em que vela pela aplicação da lei, a Administração manipula cargas probatórias no sentido de convencer o órgão julgador da existência dos fatos que motivaram a abertura do processo, considerando o risco de sua pretensão ser rechaçada.

A conjugação do ônus e o dever impedem que a Administração persiga a verdade de maneira unilateral, descartando os fatos impeditivos da pretensão sancionadora. Enquanto poder estatal, a Administração encontra-se compromissada com a regular aplicação do direito, sendo este o ponto mais transcendental da sua atividade. Ou seja, a Administração busca a responsabilidade do acusado, desde que exista embasamento fático e jurídico.

Nesse contexto, a Lei 9.784, de 1999, prevê que “o desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado”. O dispositivo é perfeitamente aplicável ao processo sancionador, reforçando o ônus que a Administração tem de comprovar os fatos mesmo diante da falta de defesa do administrado.

3.7.2 Processo disciplinar: o parâmetro da Lei nº 8.112, de 1990

A Lei nº 8.112, de 1990, regula as sanções aplicáveis aos servidores públicos da União

⁸³ FERRAZ; DALLARI, 2012, p. 208.

⁸⁴ MOREIRA, 2017, p. 366.

por descumprimento dos deveres e proibições exigidos no exercício do cargo público. Embora restrito à Administração federal, será tomado como principal referência em matéria disciplinar.

Este diploma, no art. 175, preceitua que “no processo revisional o ônus da prova cabe ao requerente”. Dele resulta ato contraposto à sanção ou que a atenua, considerando elemento fático não apreciado no processo originário.⁸⁵ O requerente, no contexto da lei, é o administrado, que tem que provar o fato ou circunstância capaz de alterar a sanção imposta.

Ora bem, se para desconstituir o provimento sancionador o ônus da prova recai sobre o administrado, a comprovação fatos ilícitos, no procedimento disciplinar, há de incidir sobre a Administração.

Com efeito, caberá à Administração Pública colher por meio de sindicância elementos de autoria e materialidade para justificar a abertura de processo disciplinar. Ademais, é exigência que o fato ilícito esteja respaldado em provas, as quais, a toda evidência, deverão ser obtidas pela Administração, o que iria de encontro ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Ao se manifestar sobre o assunto, Romeu Felipe Bacellar Filho explica que “no processo administrativo disciplinar, será a Administração a responsável por comprovar (i) a efetiva ocorrência da falta funcional e (ii) a autoria da conduta ilícita configurada”.⁸⁶

No mesmo sentido, Ivan Barbosa Rigolin, afirma que:

No processo administrativo disciplinar originário, o ônus de provar que o indiciado é culpado de alguma irregularidade que a Administração lhe imputa pertence evidentemente a esta. Sendo a Administração a autora do processo, a ela cabe o ônus da prova, na medida em que ao autor de qualquer ação ou procedimento punitivo sempre cabe provar o alegado.⁸⁷

Por outro lado, ao assegurar ao servidor o direito de acompanhar o processo, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas, contraprovas e formular quesitos em prova pericial, a lei nada mais faz senão reconhecer a existência de ônus da defesa, pois do contrário não lhe seria facultada a prova. Não basta alegar os fatos, atribuindo à Administração o ônus da prova negativa.

⁸⁵ Art. 174. O processo disciplinar poderá ser revisto, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada. BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

⁸⁶ BACELLAR, 2014, p. 381.

⁸⁷ RIGOLIN, Ivan Barbosa. Comentários ao regime jurídico único dos servidores públicos civis. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 283.

3.7.3 Alguns processos sancionadores nas agências reguladoras: os exemplos da ANATEL e ANAC

No âmbito das agências reguladoras foram instituídas normas para disciplinar a aplicação de penalidades a operadores de atividades econômicas sujeitas à fiscalização administrativa, representando importante referencial para estudo do ônus da prova no processo administrativo sancionador.

A Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), pela Resolução nº 612, de 2013, aprovou seu Regimento Interno, disciplinando o ônus da prova. Assim como na Lei Federal de Processo Administrativo, o art. 85 da Resolução impõe ao interessado “a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução”.⁸⁸

Assim, adota a prova baseada na alegação da parte, sem descartar o reconhecido dever oficial de busca da verdade dos fatos relevantes. E assim, no oferecimento da defesa, deve “apresentar ou requerer, de forma especificada, as provas que julgar cabíveis, devendo a intimação apontar os fatos em que se baseia, as normas definidoras da infração e as sanções aplicáveis”.

No reconhecimento do ônus como situação jurídica emergente do processo sancionador, o art. 86, preceitua que “o interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada de decisão, aduzir alegações, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, arcando com o respectivo ônus”.

Por meio da Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012, a ANATEL veio disciplinar a aplicação de sanções administrativas. Nesta normativa, as sanções pecuniárias podem ser substituídas por obrigação de fazer e de não fazer, se verificado que a imposição de prática ou abstenção de conduta será mais razoável e adequada para o atingimento do interesse público que a aplicação de pena pecuniária.⁸⁹

Referidas sanções substitutivas, uma vez aplicadas, têm o efeito de submeter o

⁸⁸ BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013. Aprova o Regimento Interno da Anatel. Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*. 2 maio 2013.

⁸⁹ “Art. 15. As sanções de obrigação de fazer e de não fazer poderão ser aplicadas nas infrações classificadas como leves, médias e graves, cumulativamente ou não com a sanção de multa, quando a autoridade competente, valendo-se da oportunidade e conveniência, se verificar que a imposição de prática ou abstenção de conduta à sancionada será mais razoável e adequada para o atingimento do interesse público, devendo a escolha ser devidamente motivada, observados os princípios da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade e economicidade.” BRASIL. Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012. Aprova o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas. Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*. 10 maio 2012.

administrado ao ônus de provar o cumprimento da obrigação, sob pena de esta ser convertida em multa.⁹⁰ Trata-se, portanto, de uma inversão *ope legis*, já que o administrado deverá comprovar o não descumprimento de medida sancionatória diante do questionamento da Administração.

Sob outro ângulo, a precitada Resolução, no art. 20, §3º, impõe ao administrado o ônus de provar, antes da decisão proferida em primeira instância, a existência de circunstâncias atenuantes da penalidade, como a reparação dos danos causados ao serviço e ao usuário.

Já pela Portaria nº 4334, de 2015, do Ministro de Estado das Telecomunicações, desenvolve-se a atividade de polícia administrativa relacionada ao serviço de radiodifusão comunitária. Nesta disciplina, a denúncia vem definida no art. 58 como “instrumento apto para qualquer pessoa impugnar o andamento de qualquer processo sob o fundamento de ilegalidade”.⁹¹

Além das exigências formais, a portaria impõe a apresentação de documentos para prova do alegado e expressamente atribui ao denunciante o ônus de provar os fatos que alega.⁹² O ônus não afasta a Administração Pública do dever de apurar os fatos, se apesar da falta ou insuficiência de provas, houver plausibilidade na exposição do denunciante.

Outro aspecto bastante interesse no ônus da prova diz respeito às sanções administrativas referentes ao descumprimento de obrigações estabelecidas em defesa do usuário do serviço. A matéria é tratada na Portaria nº 697, de 2015, da ANATEL, que aprova o Procedimento de Fiscalização das obrigações estabelecidas pelo Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações.

Desta normativa, o ônus da prova acaba invertido em favor do usuário denunciante,

⁹⁰ “Art. 16. [...] § 1º O ônus da prova do cumprimento da ordem mandamental imposta pela autoridade competente recairá sobre a sancionada, que, dentro do prazo fixado na decisão condenatória, deverá comprovar o cumprimento da obrigação. § 2º O não atendimento da ordem emanada pela autoridade administrativa implicará a conversão da sanção de obrigação de fazer ou de não fazer em multa, independentemente de responsabilização civil ou criminal, que levará em consideração o grau de cumprimento da obrigação imposta e a gravidade da infração originalmente cometida.” Idem. Agência Nacional de Telecomunicações. Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012.

⁹¹ Idem. Portaria nº 4.334, de 17 de setembro de 2015. Dispõe sobre o serviço de radiodifusão comunitária. Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*. 21 set. 2015.

⁹² “Art. 59. A denúncia deverá conter a individualização e o endereço do denunciante e do denunciado, a narração dos fatos impugnados, o dispositivo legal, regulamentar ou editalício que está sendo violado, caso seja possível, e os documentos que sirvam de prova do alegado. [...] Art. 62. O ônus da prova incumbe ao denunciante, quanto aos fatos que alega. Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no caput, a Administração Pública deverá diligenciar no sentido de verificar a procedência das denúncias, caso note a sua plausibilidade.” BRASIL. Portaria nº 4.334, de 17 de setembro de 2015.

cabendo às prestadoras do serviço de telefonia comprovar o cumprimento das obrigações impostas pela Administração. Essa inversão pode ser observada no art. 124, alínea “I”, de maneira que a prestadora deve provar que o pedido de rescisão do contrato com o usuário não decorreu do descumprimento de obrigação legal ou contratual relacionada aos serviços de oferta conjunta de serviços de telecomunicações.

Por meio da Resolução nº 25, de 2008, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), dispôs sobre o processo administrativo para a apuração de infrações e aplicação de penalidades, em que se observa, de forma subliminar, alguns ônus atribuídos à Administração.

Com efeito, o art. 10 impõe que a lavratura de auto de infração pela autoridade de aviação civil, decorrente de representação de passageiro, esteja estribada em indícios da prática ilícita. Trata-se de lastro probatório minimamente necessário para justificar a abertura de processo. Ditas reclamações deverão acompanhar o auto, por corresponderem à prova documental da denúncia.⁹³

A resolução prevê uma etapa instrutória após a apresentação de defesa, evidenciando que as partes deverão se debruçar sobre os requisitos fáticos para a aplicação da penalidade.⁹⁴

3.7.4 Processos perante o Tribunal de Contas da União: o dever de prestar contas e a inversão *ope legis* do ônus da prova

Outra disciplina importante do ônus da prova encontra-se revelada no julgamento das contas dos gestores públicos, que se desenvolve no âmbito dos Tribunais de Contas, subdividindo-se em processos de tomada ou prestação de contas ordinárias ou especiais, os quais poderão resultar na aplicação de sanção.⁹⁵

⁹³ “Art. 10. Constatada, pelo agente da autoridade de aviação civil, a existência de indícios da prática de infração, será lavrado Auto de Infração e instaurado processo administrativo. §1º. Havendo indícios da prática de uma única infração referente ao transporte aéreo público regular, da qual resulte a apresentação de reclamação por mais de um passageiro com reserva confirmada para o voo, será lavrado o Auto de Infração e instaurado o respectivo processo administrativo, sendo este instruído com todas as reclamações apresentadas.” BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. Resolução nº 25, de 25 de abril de 2008. Dispõe sobre o processo administrativo para a apuração de infrações e aplicação de penalidades, no âmbito da competência da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC. Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*, n. 80, s/1, p. 8-11.

⁹⁴ “Art. 14. Findo o prazo para apresentação da defesa e concluída a fase de instrução, os autos serão encaminhados à autoridade competente para decidir sobre a aplicação de penalidades, conforme estabelecido em regulamento próprio.” BRASIL. Agência Nacional de Aviação. Resolução nº 25, de 25 de abril de 2008.

⁹⁵ A Lei nº 8.443, de 1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), nos arts. 56 a 61, prevê como sanção aplicável aos administradores públicos e responsáveis por recursos públicos a multa e inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, sem exclusão de outras penalidades administrativas. Idem. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*. 22 abr. 1992.

Como cediço, a prestação de contas encontra-se regulada no art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, consubstanciando-se num dever imposto a qualquer pessoa que direta ou indiretamente venha a lidar com recursos públicos.⁹⁶

Ademais, pela dicção do Decreto-Lei nº 200, de 1967, art. 93, os sujeitos acima referenciados terão que “justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes”.⁹⁷

Destarte, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União firmou entendimento, por meio do Enunciado de Decisão nº 176, no sentido de caber ao gestor comprovar a regularidade na aplicação dos recursos públicos, “cabendo-lhe o ônus da prova”.⁹⁸

Resulta que o não cumprimento da medida processual atrai a presunção de irregularidade das contas.⁹⁹ Na verdade, o dever de prestar contas tem fundamento em norma

⁹⁶ “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumo obrigações de natureza pecuniária.” Idem. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁹⁷ Idem. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre (sic) a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*. 27 fev. 1967.

⁹⁸ Idem. Tribunal de Contas da União (1ª Câmara). Decisão. DC-0176-21/00-1. Embargante: Arody Cordeiro Herdy. Embargado: Decisão nº 177/98-TCU-1ª Câmara. Relator: Min. Guilherme Palmeira. Brasília, DF. 20/06/2000. *Diário Oficial [da] União*. 30 jun. 2000.

⁹⁹ Nesse sentido, cf. Acórdão 276, de 2010-TCU-Plenário, consoante o qual: “Todavia, não se pode olvidar que ao gestor de recursos públicos cabe o ônus de comprovar a boa e regular aplicação desses valores, devendo fazê-lo demonstrando o liame entre os montantes conveniados e as despesas efetuadas. A não-comprovação dessa correta utilização das verbas geridas, como se observou no presente feito, implica a obrigação de ressarcimento, em vista da presunção de irregularidade em sua gestão”. BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). Acórdão. A-276/2010. Recorrente: Alberto Carvalho de Souza e Outros. Entidade: Município de Rondonópolis/MT. Relator: André de Carvalho. Brasília, DF. 24/02/2010. *Diário Oficial [da] União*. 26 fev. 2010;

No mesmo sentido, a Decisão nº 225, de 2002, da Câmara o TCU assentou que: “A não-comprovação da lisura no trato de recursos públicos recebidos autoriza, a meu ver, a presunção de irregularidade na sua aplicação. Ressalto que o ônus da prova da idoneidade no emprego dos recursos, no âmbito administrativo, recai sobre o gestor, obrigando-se este a comprovar que os mesmos foram regularmente aplicados quando da realização do interesse público.” Idem. (2ª Câmara). Decisão. DC-0225-23/00-2. Entidade: Prefeitura Municipal de Divina Pastora/SE. Interessado: Raul Fernando Barreto Rollemberg. Relator: Min. Adylson Motta. Brasília, DF. 20/06/2000. *Diário Oficial [da] União*. 03 jul 2000.

Aliás, a jurisprudência deste Tribunal consolidou tal entendimento no Enunciado de Decisão 176, *in verbis*: “Compete ao gestor comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos, cabendo-lhe o ônus da prova”. Idem. DC-0176-21/00-1, 2000.

Há que se destacar, ainda, que, além do dever legal e constitucional de prestar contas do bom e regular emprego dos recursos públicos recebidos, devem os gestores fazê-lo demonstrando o estabelecimento do nexa entre o desembolso dos referidos recursos e os comprovantes de despesas realizadas com vistas à consecução do objeto acordado. Assim, é imperioso que, com os documentos apresentados com vistas a comprovar o bom emprego dos valores públicos, seja possível constatar que eles foram efetivamente utilizados no objeto pactuado, de acordo com os normativos legais e regulamentares vigentes.

de direito material. No campo processual, afigura-se como inversão *ope legis* do ônus da prova: cabe ao gestor público ou qualquer outra pessoa sujeita à jurisdição do Tribunal apresentar subsídios documentais para afastar os efeitos sancionatórios decorrentes da legislação que impõe a regular e boa aplicação dos recursos públicos.

3.7.5 Diplomas integradores do processo administrativo

Os diplomas integradores são aqueles aplicados supletiva e subsidiariamente ao processo administrativo. Eles também possuem disciplina atinentes ao ônus da prova, merecendo, portanto, ser destacados no bojo da disciplina legal do ônus da prova.

3.7.5.1 O ônus da prova no Código de Processo Penal

Ao disciplinar o exercício da pretensão punitiva do Estado, o CPP representa o primeiro diploma a subsidiar o administrador público na disciplina do ônus da prova nos processos sancionadores.

No art. 156, o CPP apresenta disciplina similar à Lei Federal de Processo Administrativo: o ônus da prova cabe a quem fizer a alegação. No mais, confere alguns poderes instrutórios ao juiz, limitados a: (i) produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes; (ii) realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Qualquer interpretação do dispositivo não poderá desrespeitar o princípio da presunção de inocência. Baseado nisto, Eugênio Pacelli considera que todo ônus da prova deve ser transferido ao órgão de acusação, o qual deverá “provar a existência de um crime, bem como a sua autoria”.¹⁰⁰

Em posição mais radical, Aury Lopes Júnior sustenta que, “a partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não incumbe provar absolutamente nada”. Na visão do autor, “existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, sem que o réu (e muito menos o juiz) tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução”.¹⁰¹

Que compete à acusação o ônus de comprovar a existência dos fatos delituosos não subsiste dúvida. O ponto nevrálgico da discussão consiste em saber se a defesa teria ônus em relação aos fatos por ela alegados, a exemplo das causas excludentes de ilicitude, ou se toda a carga da prova repousaria no Ministério Público ou querelante, em razão da presunção de

¹⁰⁰ PACELLI, 2015, p. 335.

¹⁰¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 355.

inocência ou do direito ao silêncio.

Aury Lopes Júnior é enfático ao afastar qualquer tipo de ônus para o réu. Afirma que no processo penal “não há distribuição de cargas probatórias, senão atribuição ao acusador”. Dessa forma, ao alegar que alguém praticou o crime, o acusador deverá demonstrar a existência de fato típico, ilícito e culpável, provando “a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação”.¹⁰²

Em complemento à lição esposada, Aury Lopes Júnior acrescenta que seria “apenas facultado” ao réu a prova de determinado fato alegado. E enfatiza: “não há uma carga para defesa, exatamente porque não se lhe atribui um prejuízo imediato e tampouco possui ela um dever de liberação”. Quando deixa de produzir a prova, “[...] assume riscos pela perda de uma chance probatória”, potencializando a superveniência de uma sentença condenatória”.¹⁰³

Todavia, a perspectiva acima demonstrada fragiliza-se na medida em que confunde pressuposto de fato com tipicidade, enquanto elemento meramente normativo. O réu defende-se dos fatos, cabendo a configuração típica ao julgador. Ademais, desconsidera que os elementos subjetivos do crime, assim como ilicitude e culpabilidade, podem ser captados de forma indireta, por meio das provas apresentadas. O contrário transformaria o sistema repressivo em mecanismo absolutamente ineficaz, já que a acusação ficaria sujeita à prova negativa, inclusive diante de elementos de ordem subjetiva.

De forma mais analítica, Eugenio Pacelli explica que o exame da tipicidade e da ilicitude do fato está associado à prova: “[...] cuida-se de mero juízo de abstração, de valoração do fato (existente ou não) em relação à norma penal”. De outro lado, a prova do dolo genérico e específico dependerá do conhecimento dedutivo, mediante “[...] o exame das circunstâncias já devidamente provadas e utilizando-se como critério de referência as regras da experiência comum do que ordinariamente acontece”.¹⁰⁴

Embora não exclua a prova referente à culpabilidade (maioridade ou da capacidade do autor do fato), Eugênio Pacelli reconhece haver uma “presunção legal de que as pessoas maiores de idade, até prova em contrário, sejam devidamente capazes”. Assim, nem sempre haverá

¹⁰² Ibidem, p. 356-357.

¹⁰³ Ibidem, loc. cit.

¹⁰⁴ Sobre a prova indiciária, o CPP estabelece no art. 239 que: “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.” PACELLI, 2015, p. 334.

necessidade de que “a acusação em todas as ações penais, faça prova de se tratar de acusado capaz e mentalmente são”. Nada obstante, se houver indícios de enfermidade, deverá ser determinada a realização de exame de sanidade mental no acusado.¹⁰⁵

O processualista conclui, então, que caberá à acusação, diante do princípio da presunção de inocência, apenas provar a materialidade do fato e de sua autoria, “[...] não se impondo o ônus de demonstrar a inexistência de qualquer situação excludente de ilicitude ou mesmo de culpabilidade”. E dessa forma, terá sido satisfeita a norma segundo a qual a prova da alegação incumbirá a quem a fizer.¹⁰⁶

Em relação ao réu, Gustavo Badaró considera o interesse unilateral de buscar a decisão mais favorável, o que pode ser governado por ônus processuais, embora se trate de “ônus imperfeito”. É que segundo o autor, “a produção da prova não seria condição necessária e inafastável para obtenção de vantagem consistente na absolvição” e, por outro lado, “sua inércia pode ser compensada pela atividade do juiz, determinando-se de ofício a realização de uma prova que demonstrasse sua inocência ou mesmo pela atividade do próprio Ministério Público”. Observa, ademais, que a clareza do ônus pode ser percebida em se tratando da prova testemunhal, na medida em que haverá preclusão se não forem devidamente arroladas no momento do oferecimento da defesa prévia.¹⁰⁷

3.7.5.2 A distribuição legal, judicial ou convencional do ônus da prova no Código de Processo Civil.

O CPC atribuiu ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito e, ao réu, a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor. Trata-se de um critério legal, aplicado aprioristicamente, como mecanismo a orientar a conduta das partes e servir como regra julgamento em caso de dúvida.¹⁰⁸

Essa distribuição legal do ônus da prova baseia-se no critério da normalidade. Sob tal

¹⁰⁵ Ibidem, p. 336.

¹⁰⁶ Em relação ao ponto, o autor apenas ressalta a inconstitucionalidade do art. 156, I, do CPP, pois não cabe ao juiz, de ofício, nenhuma providência para tutela da investigação. A atuação nas prisões cautelares e outros expedientes têm o desiderato de garantir o controle das liberdades públicas e não proteger os interesses da investigação criminal. De outro lado, em relação ao art. 156, inciso II, a única interpretação que descamba para inconstitucionalidade seria a atuação judicial para dirimir dúvida sobre ponto relevante quanto à inocência do acusado. Ao fazer, estaria garantindo a isonomia material, pois há um desequilíbrio de forças entre o acusado e os órgãos de persecução penal. Ibidem, p. 336. Cf. p. 338-339.

¹⁰⁷ BADARÓ, 2003, p. 232-233.

¹⁰⁸ Assim está disposto no Estatuto Processual Civil: “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015.

perspectiva, Luís Eduardo Boaventura Pacífico explica que as condições essenciais, isto é, específicas de um direito, devem ser provadas por quem o alegar, na medida em que geralmente são eficazes para lhe dar origem. Por outro lado, as condições gerais do direito seriam presumidas: ao se fundar numa exceção à regra, caberá ao adversário provar a inexistência dessas condições, de modo a impedir a produção dos efeitos do direito afirmado.¹⁰⁹

As condições específicas correspondem aos fatos constitutivos do direito do autor, sendo deste o ônus de prová-los. A existência de fatos impeditivos, modificativos e extintivos, capazes de desabonar a regra geral, deve ser alegada e comprovada pelo réu.

No entanto, ao exame do caso concreto, as premissas acima podem não se confirmar e as partes se confrontarem com ônus difícil, senão impossível, de ser satisfeito. Essa situação termina por comprometer o equilíbrio entre as partes e, na prática, pode representar a própria carência de tutela jurídica do direito afirmado no processo.

Atento a tal realidade, o CPC concedeu expressamente ao juiz poderes para redistribuir a carga da prova de forma diversa, observados determinados pressupostos formais.¹¹⁰ Ao fazê-lo, acolheu teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, técnica processual que tem por objetivo suprir excepcionalmente a distribuição legal do ônus probatório quando tal disciplina configurar empecilho concreto para garantia de acesso à justiça.¹¹¹

É preciso atentar para a existência de alguns parâmetros para aplicação da carga dinâmica da prova. Primeiro, é indispensável que haja uma regra geral, a ser excepcionada com a inversão do ônus da prova. Depois, a dinamização da carga deve operar em momento

¹⁰⁹ PACÍFICO, 2000, p. 85-86.

¹¹⁰ Prevê o CPC, no Art. 373, § 1º, que “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”. Acresça-se o requisito negativo previsto no §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”. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

¹¹¹ Como sustenta Bruna Braga da Silveira, “[...] é proposta que se ajusta à natureza instrumental do processo civil, com os olhos voltados ao direito material e à solução adequada do conflito. Isto porque distribuir o ônus da prova de maneira adequada onerando aquele que tem reais condições de comprovar determinado fato (aspecto subjetivo do ônus da prova), estimula-se a melhor instrução probatória, o que influi diretamente na qualidade da prestação jurisdicional, aumentando as chances de o julgamento se dar pelo convencimento do magistrado (e não pela aplicação do ônus da prova em sua feição objetiva), o que, certamente, agrega legitimidade ao julgamento”. BRAGA DA SILVEIRA, Bruna. A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC/15. In: DIDIER JR, Fredie; JOBIM, Marco Felix; FERREIRA, William Santos. (Org.). *Direito Probatório*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 5, p. 211-246. Cf. também CUNHA, Maurício Ferreira. Ônus da prova, dinamicização e o novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie; JOBIM, Marco Felix; FERREIRA, William Santos. (Coord.). *Direito Probatório*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 5, p. 316-318.

processual que permita a parte onerada a se desincumbir do ônus. Ademais, somente poderá ser deferida quando for constatada, para uma das partes, efetiva dificuldade de acesso à prova e, em relação à outra, melhor condição de promovê-la. Por fim, a inexistência de prova diabólica reversa, já que a dinamização não pode implicar a impossibilidade de o adversário produzir a prova.¹¹²

O CPC ainda autoriza a celebração de negócios jurídicos sobre ônus da prova. Com efeito, se o interesse discutido no processo admitir autocomposição, as partes plenamente capazes poderão estipular mudanças no procedimento, convencionando sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.¹¹³ No entanto, a distribuição diversa do ônus da prova não poderá ocorrer se a convenção recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Quanto ao tema, são esclarecedoras as explicações de Blecaute Oliveira Silva, no sentido de que o negócio processual se distingue de qualquer outro, na medida em que somente poderão funcionar como antecedente da decisão os fatos demonstrados nos termos da convenção. Fora do contorno estipulado, não poderá surgir fato apto a atrair a consequência jurídica específica.¹¹⁴

Em se tratando de processo administrativo, qualquer negócio jurídico envolvendo o ônus da prova, sobretudo em matéria sancionatória, deve ser tratado com reservas. Nesta seara, embora o administrado seja titular de situações ativas, sobreleva-se o interesse público na ampla instrução probatória. E limitar a prova da Administração pode resultar sacrifício do próprio interesse materialmente discutido, desnaturando configuração jurídica do processo administrativo.

3.8 ÔNUS DA PROVA E INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA

¹¹² Esses requisitos poderão observados em: BRAGA DA SILVEIRA, 2016, p. 228-243 e também em CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova – exegese do art. 273, §§1º e 2º do NCPC). In: DIDIER JR, Fredie; JOBIM, Marco Felix; FERREIRA, William Santos. (Org.). *Direito Probatório*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 5, p. 255.

¹¹³ É o que prevê o art. 190: “[...] versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

¹¹⁴ SILVA, Blecaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). *Negócios processuais*. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 540.

3.8.1 A infração administrativa: elementos e excludentes

Na conceituação de Régis Fernandes de Oliveira, “[...] o ilícito é o comportamento contrário àquele estabelecido pela norma jurídica, que é pressuposto da sanção”.¹¹⁵ Não é privativo de qualquer seara jurídica, tratando-se conceito lógico-jurídico, de validade universal, repousando numa relação de contrariedade a um preceito ou proibição juridicamente normatizados.¹¹⁶

Isso não desqualifica o esforço na sistematização de princípios e regras que guardam características comuns. Sob tal perspectiva, torna-se possível classificar a ilicitude conforme a disciplina conferida por certo ramo do direito. Coexistirão, portanto, ilícitos penais, civis, administrativos, entre outros, todos amparados em regime jurídico próprio, embora ontologicamente afins.¹¹⁷

No ilícito administrativo, a identidade resulta de um critério formal, qual seja, a aplicação da sanção por órgão da Administração Pública. Como explica Régis Fernandes de Oliveira, na seara administrativa fala-se em ilícito, mas como “gênero a identificar a espécie infração, que significa o comportamento contrário ao previsto, na hipótese de a sanção ser aplicada por um órgão administrativo”.¹¹⁸

O mesmo pensamento é compartilhado por Celso Antônio Bandeira de Mello, ao considerar infração administrativa como o “descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê sanção cuja imposição é decidida por uma autoridade no exercício da função administrativa”.¹¹⁹

Em oportuna observação, Heraldo Garcia Vitta explica que o fato de as sanções administrativas resultarem de uma competência irrogada à autoridade administrativa não impede que autoridades de outros poderes o façam, desde que no exercício de função

¹¹⁵ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 1985, p. 5.

¹¹⁶ Assim leciona Heraldo Garcia Vitta: “o conceito de ilícito não decorre deste ou daquele ordenamento jurídico, não é um conceito jurídico-positivo; aplica-se a todos, independentemente do lugar e do tempo em que tiverem vigência. VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 30.

¹¹⁷ Geraldo Ataliba explica que a distinção é apenas dogmática, porque ontologicamente não se diferem. O viés é conferido apenas pelas sanções, como consequência da não prestação. ATALIBA, Geraldo. Denúncia espontânea e exclusão de responsabilidade penal. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 66, p. 17-29, jan., 1996.

¹¹⁸ OLIVEIRA, 1985, p. 6.

¹¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, 2017 p. 876.

Já foi abordado, no capítulo três, o pensamento divergente de Fábio Medina Osório, que denomina de “Direito Administrativo Sancionador”. Nessa perspectiva, autoridades judiciais poderiam aplicar sanções administrativas. Elas estariam ligadas por aspectos de ordem material, contribuindo para uma compartimentalização do direito administrativo. Cf. OSÓRIO, 2015, p. 90 et seq.

administrativa.¹²⁰

Do ponto de vista do ônus da prova, é importante que se enfrente os elementos do ilícito administrativo, procurando correlacioná-los à atuação probatória das partes, à vista dos objetivos que pretendem alcançar no processo administrativo sancionador.

Na concepção de Heraldo Garcia Vitta, o ilícito administrativo pressupõe a voluntariedade, isto é, a plena consciência e a liberdade de escolha: “[...] o agente agirá conscientemente apenas se estiver na plena capacidade de entendimento; isto é, se tiver condições de discernir o certo do erro, o justo do injusto”. Ademais, em respeito ao princípio do Estado de direito, a voluntariedade requer o dolo e culpa, contemplando-se a intenção do agente.¹²¹

Régis Fernandes de Oliveira, analisa o assunto sob prisma da tipicidade da norma sancionadora. Nessa abordagem, o *animus* do agente não se afigura como elemento imprescindível para caracterização da infração, embora reconheça que a lei possa exigí-lo. Indispensável, na sua visão, será a voluntariedade, representada pelo impulso anímico que resulta no comportamento desconforme ao exigido.¹²²

O autor reforça que a exigência do dolo ou culpa dependerá da vontade da lei, assim se manifestando:

Indisputável, parece-nos, que a legislação pode prefixar hipóteses infracionais apenas caracterizáveis com a presença do dolo ou da culpa, ou, então é caso que admitimos pode satisfazer-se com o mero comportamento do administrado para ter por caracterizada a infração. Sempre, no entanto, há uma agir ou um não-agir, isto é, a lei fixa a atuação do sujeito.¹²³

Já na perspectiva de Angélica Petian, apesar da voluntariedade ser suficiente para configuração da responsabilidade, o “elemento subjetivo – dolo ou culpa – será útil para aquilatar a extensão da decisão a ser aplicada”.¹²⁴

¹²⁰ VITTA, 2003, p. 33.

¹²¹ Ibidem, p. 37.

¹²² Assim explica: “[...] basta o comportamento contrário àquele previsto na norma”, para determinados tipos infracionais. Para outros tipos é imprescindível o dolo (vontade livre e consciente para a prática do ilícito) ou, ainda, a culpa (prática, sem as cautelas devidas, do fato punível, mas não querido nem previsto pelo agente, e, no entanto, previsível). Basta para tipificação das infrações a voluntariedade (entendida aqui não como mero ânimo – e, pois etapa pré-jurídica do comportamento – mas impulso anímico gerador de efeitos jurídicos.” OLIVEIRA, 1985, p. 8.

¹²³ Ibidem, p. 13.

¹²⁴ PETIAN, Angélica. Princípios da culpabilidade e da voluntariedade. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). Tomo: Direito administrativo e constitucional. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN,

Os elementos subjetivos do ilícito administrativo requerem uma solução dogmática. Nem sempre incorrerá em vício de inconstitucionalidade a norma administrativa que dispensar a intenção do agente como requisito da sanção, pois subsiste uma margem de apreciação legislativa na configuração de todos os elementos do tipo administrativo.

O legislador não é obrigado a manter o mesmo comportamento na tipificação de infrações penais e administrativas. As primeiras são regidas pelo princípio da subsidiariedade, reforçando a sanção prevista em outros ramos do direito. As segundas, por outro lado, são as que garantem coercibilidade aos preceitos tutelados pela Administração, seja na disciplina da vida social, seja na sua própria estrutura interna.

Se o legislador tem autonomia para sancionar penalmente uma conduta a título de culpa, maior razão possuir para eleger, no âmbito administrativo, só a voluntariedade como elemento básico. Nessa conformidade, seria relevante apenas a liberdade de conduta do administrado, como requisito mínimo para o sancionamento.

Todavia, a liberdade não é plena: quanto maior for a repercussão da infração administrativa, menos liberdade terá a lei para prescindir do dolo. Nas condutas dotadas de maior gravidade e, necessariamente, naquelas que também constituem delito, não há como se abdicar do elemento subjetivo do tipo. Portanto, a imputação do fato deverá ser a título de dolo ou culpa.

A flexibilidade da lei administrativa igualmente se revela na figura do responsável subsidiário, na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “aquele que, por força de lei, responderá pela infração caso aquele que a cometeu não possa responder ou não responda por ela”.¹²⁵ Aqui nem se cogita voluntariedade: a sanção recai sobre pessoa diversa.

A força maior ou caso fortuito têm sido enfrentados pelos administrativistas como excludentes da voluntariedade da conduta.¹²⁶ Contudo, tal conclusão se não trata, propriamente,

Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz (coord. de tomo). São Paulo: PUC-SP, 2017, p. 7.

¹²⁵ BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 879.

¹²⁶ Nesse sentido, *Ibidem*, p. 879.

A respeito, Heraldo Garcia Vitta afirma que: “[...] se houve força da natureza irresistível (força maior), ou acidente cuja raiz é tecnicamente desconhecida (caso fortuito), não se fala em voluntariedade, pois não existe a liberdade de opção. Sem a voluntariedade, não há dolo ou culpa e, dessa forma, não se fala em ilícito administrativo. No direito tributário italiano, diversos autores inclinam-se pela mera voluntariedade, como pressuposto ou elemento do ilícito, mesmo assim, o caso fortuito e a força maior excluem a infração tributária. Como admitimos a culpa ou o dolo como pressupostos de existência do ilícito administrativo, é compreensível que o caso fortuito e a força maior excluam-no, porque nessas hipóteses não há nem mesmo voluntariedade”. VITTA, 2003. p. 879.

De outro lado, o tratamento legislativo dado à sanção penal parece também levar à conclusão de que o caso fortuito e a força maior atuam na relação de causalidade. Nesse sentido, o Código Penal, art. 13, estabelece:

de ausência de liberdade, mas da falta de nexo causal. Neste caso, evento imprevisível ou inevitável rompe a relação de causalidade entre o comportamento atribuído ao administrado e o resultado juridicamente indesejado.¹²⁷

É no âmbito da voluntariedade que se examina o erro de direito e de fato. O erro de direito¹²⁸ não se confunde com o desconhecimento da lei. Ninguém pode alegá-lo para escusar-se do seu cumprimento.¹²⁹ O erro de direito incide sobre a compreensão da norma sancionadora. Ocorre, por parte do administrado, uma interpretação equivocada sobre o comando proibitivo.¹³⁰ Todavia, como bem acentua Heraldo Garcia Vitta, a exclusão da infração dependerá do grau de esclarecimento do administrado aliado ao prudente exame das circunstâncias do caso concreto.¹³¹

“O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. E o §1º: “a superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou. BRASIL. Lei nº 2.848 7 de dezembro de 1940.

¹²⁷ Embora tratando de responsabilidade civil, é adequado o posicionamento de Sérgio Cavalieri Filho: “o caso fortuito e a força maior excluem o nexos causal por constituírem também causa estranha à conduta do aparente agente, ensejadora direta do evento Eis a razão pela qual a jurisprudência entendido que o defeito mecânico em veículo, salvo em caso excepcional de total imprevisibilidade, não caracteriza o caso fortuito, por ser possível prevê-lo e evitá-lo através de periódica e adequada manutenção. O mesmo entendimento tem sido adotado no caso de derrapagem em dia de chuva, porquanto, além de previsível, pode ser evitada pelo cuidadoso dirigir do motorista.” CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007, p. 66.

¹²⁸ Ao reconhecer o erro de direito, inserindo-o no campo da voluntariedade, Heraldo Garcia Vitta observa que “o erro de direito tem perfil diferente no direito administrativo, porque uma das características desse ramo do direito público é a variabilidade de seu objeto, além da falta de codificação e da paradoxal superabundância de leis e normas esparsas” VITTA, 2003, p. 56.

¹²⁹ Nesse sentido, dispõe a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 3º: “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*. 9 set. 1942.

¹³⁰ No direito penal, o erro de direito é designado erro de proibição. Como ninguém pode se escusar do descumprimento da lei (CP, art. 22), somente deve ser considerado o erro sobre a ilicitude. Embora não coincida sua posição na teoria do crime e na teoria da sanção administrativa (na primeira exclui a culpabilidade e, na segunda, a vontade do agente) seu conteúdo é essencialmente o mesmo. Explica Celso Delmanto et al que pode incidir: “1. Quanto à existência do tipo penal. Embora conhecendo formalmente a lei, o sujeito engana-se em seu entendimento, erra na interpretação do que ela proíbe. Exemplo: o proprietário de um imóvel aluga do, diante do inadimplemento do locatário, solicita à empresa pública que corte a luz de a propriedade, sem imaginar que existe o crime de exercício arbitrário das próprias razões, 2. Quanto às causas de exclusão da ilicitude: 2a. Suposição de existir causa excludente da ilicitude. O sujeito pensa, erradamente, q a lei contém causa excludente te da ilicitude que, na realidade, inexistente. Exemplo: o agente agride a mulher quando esta confessa estar lhe traindo, na suposição de que existiria legítima defesa da "honra conjugal", 2b. Quanto aos seus limites jurídicos. O sujeito erra não sobre a situação de o (que dá lugar ao erro de tipo do art. 20, 10, do CP), mas quanto aos limites fixados ei para a causa excludente da ilicitude. Exemplo: o sujeito engana-se no entendimento de um dos requisitos da legítima defesa” DELMANTO, Celso et al. *Código penal comentado*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹³¹ Nesse sentido aduz que: “Apenas se, realmente, o administrado não tiver tido conhecimento da norma, apesar das diligências por ele encetadas, poder-se-á reconhecer o erro de direito. Mas, frisamos, devem ser consideradas as condições culturais do administrado o erro de fato, ou a falsa percepção da realidade, do ilícito: se o sujeito transporta mercadoria proibida de comercialização, supondo a outra que podia ser transportada, não comete infração administrativa”. VITTA, 2003, p. 45.

O erro de fato, por sua vez, incide sobre a percepção da realidade. O agente se confunde sobre os elementos objetivos e normativos do tipo referente à infração administrativa. O servidor, por exemplo, autoriza a liberação de mercadoria contrabandeada acreditando tratar-se de mercadoria de origem lícita.

Afora esses aspectos, o exame da infração administrativa não dispensa a abordagem da ilicitude ou antijuricidade, na medida em que representa um dos seus elementos constitutivos.

A percepção do ilícito ocorre de forma negativa: mediante a inexistência de causa justificante. Acaso reconhecida, a conduta do administrado não será contrária ao direito. Como salienta Heraldo Garcia Vitta, “as causas justificadoras da conduta impedem o reconhecimento do ilícito administrativo. São situações nas quais o agente não comete infração administrativa, pois o direito as reconhece moralmente legítimas”.¹³²

O Código Penal, em seu art. 23, apresenta como causas de exclusão da ilicitude a prática do ato em estado de necessidade; em legítima defesa; no estrito cumprimento do dever legal e no exercício regular de um direito. Em complemento as hipóteses legais, Delmanto considera a existência de cláusulas supralegais de exclusão da ilicitude, considerando limitação legislativa de esgotamento do rol.¹³³

Já o Código Civil, no art. 188, afasta a ilicitude em relação aos atos praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido, assim como a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

No entanto, é preciso um certo grau de reflexão sobre a aplicação indiscriminada das causas excludentes de ilicitude no âmbito das sanções administrativas, considerando a controvérsia em torno da sua incidência nos mesmos moldes em que se revela no âmbito penal.

Ao discorrer sobre o tema, Fábio Medina Osório ressaltou a escassez das causas justificantes de um comportamento tipificado no direito administrativo sancionador. No seu entender, “[...] a própria concepção típica tem uma enorme abrangência no âmbito formal e material”.¹³⁴ Bem por isto, a maior parte das excludentes já teria recebido tratamento normativo no próprio tipo da infração.

Conquanto não se descarte situação em que manifestamente o juízo de antijuricidade

¹³² Ibidem, p. 53.

¹³³ DELMANTO et al, 2010, p. 163-164. No mesmo sentido, cf. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 171-172.

¹³⁴ OSÓRIO, 2015, p. 282.

esteja contemplado no tipo infracional – a exemplo das condutas associadas ao exercício regular de um direito ou estrito cumprimento de um dever legal – essa visão mais restritiva atenua o regime constitucional de liberdades públicas, cerceando a aplicação mais garantista da sanção.

Ademais, tal raciocínio supõe uma certa “onisciência” do legislador, sendo evidente que as limitações humanas e o maior distanciamento da realidade o impedem de esgotar no tipo infracional toda discussão sobre a ilicitude administrativa.

Ainda nessa abordagem, a coação irresistível e a estrita obediência à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, ambas previstas no art. 22 do Código Penal, também podem ser supletivamente aplicadas à infração administrativa. No âmbito penal, devido à ausência de liberdade para o agente, representam causas excludentes de culpabilidade, entendidas como reprovabilidade da conduta típica e antijurídica.¹³⁵

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, as referidas causas não excluem a voluntariedade da conduta, mas a sanção propriamente dita.¹³⁶ Para Heraldo Garcia Vitta, ambas resultam na ausência de voluntariedade. Explica que na coação irresistível, não há opção entre a conduta correta ou incorreta. E na ordem não manifestamente ilegal, a hierarquia administrativa retiraria do infrator a liberdade de escolha.¹³⁷

Ao contrário da responsabilidade penal, não foi desenvolvido na estrutura do ilícito administrativo o elemento culpabilidade. A conclusão de Celso Antônio Bandeira de Mello prima pela isenção de responsabilidade, mas não revela especificamente a que título a sanção seria afastada diante da presença das causas acima referenciadas.

A rigor, a absoluta ausência de vontade não se confunde com a ausência de liberdade. Na coação irresistível o agente compreende a ilicitude e, mesmo assim, comete o ilícito por

¹³⁵ É ressaltado por Celso Delmanto et al que: “[...] não basta que se imponha a conduta típica antijurídica para que se imponha a sanção penal. É necessário, ainda, que fique provada a culpabilidade, ou seja, a reprovabilidade da conduta (nulla poena sine culpa). Todavia, só pode haver reprovabilidade quando presente os seus pressupostos: a. Imputabilidade do agente (18 anos) e a capacidade psíquica de entender a ilicitude e de comportar-se de acordo com esse entendimento. B. Possibilidade de conhecer a ilicitude: condição de perceber a ilicitude. C. Inexigibilidade de conduta diversa: possibilidade de exigir-se que o sujeito, nas circunstâncias em que o fato correu, tivesse outro comportamento. DELMANTO et al, 2010, p. 162.

¹³⁶ Assim ressalta o autor: “É corrente o uso da expressão “excludentes” para referir hipóteses em que se considerará inexistente a infração, ou não sancionável a conduta, conforme o caso. São encontráveis fato da natureza (força maior); (2) caso fortuito; (3) estado de necessidade; (4) legítima defesa; (5) doença mental; (6) fato de terceiro; (7) coação irresistível; (8) erro; (9) obediência hierárquica; (10) estrito cumprimento do dever legal; (11) exercício regular de direito. Em nosso entender, as oito primeiras hipóteses dizem com a falta de voluntariedade logo, elidem o próprio cometimento da infração uma vez que a voluntariedade é o mínimo elemento subjetivo que se exige para imputação de uma infração a alguém. Já as três últimas correspondem a uma exclusão da sanção, propriamente dita.” BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 879.

¹³⁷ Idem, 2003, p. 57-58.

não poder agir conforme a norma. No cumprimento de ordem não manifestamente ilegal, o agente pode até supor a ilicitude, mas nada pode fazer diante do dever hierárquico.

Não se vê incompatibilidade na noção de inexigibilidade de conduta diversa em matéria administrativa. Na prática, ensejará os mesmos efeitos da ausência de vontade. Porém, a isenção de responsabilidade estaria justificada, com mais apuro, no reconhecimento de que o infrator, apesar da ilicitude, não poderia agir diante de determinadas circunstâncias que limitavam sua liberdade.

3.8.2 O ônus da prova em relação aos elementos da infração

Vistos os elementos estruturadores da infração administrativa, é possível subdividir o ônus da prova entre a Administração e o administrado, considerando o viés acusatório ou defensivo.

Deflui como regra geral que a prova do fato incumbirá a quem o afirmar. É preciso ir além. Nada obsta que se especifique os elementos fáticos abonadores da pretensão punitiva e os que conduzem à rejeição. Trata-se dos “fatos constitutivos” e “fatos impeditivos” da sanção administrativa.

A partir do cotejo do acervo probatório, o órgão encarregado de aplicar a sanção deve verificar na fase instrutória foram colhidos elementos de prova bastantes para justificar a responsabilidade do administrado ou se existe nos autos provas excludentes de sanção, aplicando analogamente a atividade cognitiva imposta ao julgador penal.¹³⁸

3.8.2.1 Ônus da Administração

As pretensões punitivas do Estado, essencialmente, não discrepam. Tanto o acusador penal como a Administração têm o ônus de provar todos os elementos constitutivos da infração, consistente na materialidade e autoria do fato punível.

Algumas infrações administrativas assentam-se em condutas que exigem a produção de

¹³⁸ Nesse sentido, serve de parâmetro ao julgamento administrativo a seguinte decisão do STJ: “Cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático probatório a fim de analisar a existência de provas suficientes a embasar o decreto condenatório, ou a ensejar a absolvição, bem como analisar a existência de dolo na conduta do agente e as possíveis excludentes de ilicitude ou mesmo eventual ocorrência de uma das excludentes de culpabilidade aplicáveis ao caso. Compete, também, ao Tribunal a quo, examinar o quantum a ser fixado a título de prestação pecuniária, com base nas condições econômicas do acusado. Incidência da Súmula 7 deste Tribunal.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Agravo Regimental no Agravo ao Recurso Especial. AgRg no AREsp 824.317/RS. Agravante: Givanildo Antonio Zuanazzi. Agravado: MPF. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF. 15/03/2016. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 28 mar. 2016.

um resultado material. Deixam vestígios no mundo empírico e, por isso, exigem a comprovação. Sem a prova do resultado, haverá dúvida relevante sobre a ocorrência infração (Ex.: servidor que comete ofensa física contra outro servidor em ambiente de serviço).

Noutros casos, o resultado será puramente formal. Embora possa gerar alteração no mundo fenomênico, a demonstração é prescindível. Basta a prova de que o administrado cometeu o ato ilícito devidamente tipificado para que reconheça a existência da infração (Ex.: divulgação de informação sigilosa).

Outras infrações são cometidas pura e simplesmente mediante a prática da conduta coibida. O tipo administrativo sequer remete ao resultado material ou formal. A lesão ao interesse público repousa no simples fato de se praticar conduta contrária à norma administrativa. Normalmente, é o que se verifica nas infrações de trânsito.

Afora a ocorrência da infração, deverá a Administração comprovar, em certos casos, a autoria do ilícito. São casos em que a responsabilidade do administrado é pessoal. Ou seja, a imposição da penalidade recai exclusivamente sobre o autor da infração. Tal ocorre nos ilícitos disciplinares, em que se denota a preocupação da lei em considerar o vínculo específico entre o infrator e a Administração.

No entanto, nem todas as reprimendas administrativas se regem pelo princípio da pessoalidade. É comum que nas relações de supremacia geral, a sanção recaia sobre a figura do responsável – não necessariamente o real infrator – devido ao impedimento ou impossibilidade deste sujeito vir a ser chamado a responder administrativamente.

Tais infrações, por evidente, pressupõem algum liame entre o responsável e a atividade que propiciou uma lesão ao direito. Neste caso, presume-se o dever de impedir a conduta ou o resultado ilícito. Não se cogita, portanto, em se demonstrar a autoria, senão o próprio vínculo responsivo com o fato ilícito constatado.

O STJ decidiu que a atividade sancionatória da Administração possui conteúdo materialmente jurisdicional. Em acórdão paradigmático, assentou que “o ônus de provar deve abranger todos os elementos da conduta infracional, inclusive a produção de lesão e a inspiração dolosa”.¹³⁹

Noutro julgado, se reconheceu o dever administrativo de realizar as diligências

¹³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). Mandado de Segurança. MS 15.783/DF. Impetrante: Léa da Silva Lima. Impetrado: Ministro de Estado da Previdência Social. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF. 24/05/2017. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 30 jun. 2017.

necessárias para descoberta da verdade quanto à participação de servidor atividade ilícita e não o inverso.¹⁴⁰ Em respeito ao princípio da presunção de inocência, a carga da prova deverá recair sobre o Poder Público.

Como já visto, as infrações administrativas podem se satisfazer com a mera voluntariedade do comportamento. Dolo e culpa não representam elementos essenciais, embora possam ser exigidos em lei. Quando presentes, não deixam também de representar ônus probatório da Administração.

Ocorre que tais elementos podem ser aferidos por meio do raciocínio dedutivo. Ou seja, por meio da prova alusiva à conduta tipificada, pode-se chegar à conclusão da existência dos elementos subjetivos: a intenção de produzir o resultado ilícito ou uma atuação imprudente, negligente ou imperita diante de resultado previsível. Ao menos em princípio, não se exige prova direta sobre tais elementos subjetivos.

Ainda desvelando a estrutura da infração, cabe abordar o ônus da prova quanto à ilicitude. Sendo elemento constitutivo da infração, cabe ao Poder Público comprová-la. Não significa que deverá oferecer prova negativa das excludentes da ilicitude. A carga da prova, embora existente, revela-se de maneira sutil, sem configurar inversão contra o administrado.

É que o tipo administrativo, assim como o penal, tem uma função indiciária da ilicitude. Significa que a antijuridicidade geralmente encontra-se deduzida na prova do fato típico. Ou seja, a ilicitude será provada indiretamente. Veja-se que a própria lei processual penal reconhece o indício como prova.

A presunção de inocência aplica-se ao processo administrativo sancionador, porém sem transformá-lo em instrumento desprovido de qualquer efetividade punitiva. A prova da materialidade e autoria da infração servem como indício dos elementos subjetivos do tipo, assim como da ilicitude da conduta.

Ao fecho do assunto, é imprescindível apartar o dever de busca da verdade e o ônus de provar os fatos constitutivos da infração.

¹⁴⁰ Grafou a Corte: “[...] agindo assim, a Administração esquivou-se das suas funções. Também a avaliação dos dados foi tendenciosa e direcionada para culpabilizá-lo. Além do mais, a autoridade julgadora não estava vinculada ao relatório da comissão e, em tal hipótese, poderia isentar o servidor de qualquer responsabilidade. Diante disso, a Seção, ao prosseguir o julgamento, concedeu parcialmente a segurança para anular a demissão do impetrante, determinando, em consequência, a sua reintegração no cargo de médico do trabalho.” Idem (3ª Seção). Mandado de Segurança. MS 10.906-DF. Impetrante: Renato Kanto. Impetrado: Ministro de Estado do Trabalho. Relator: Min. Nilson Naves. Brasília, DF. 10/9/2008. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 1 out. 2008.

É evidente que a oficialidade determina que a Administração persiga a máxima correspondência entre a decisão a ser tomada e a realidade ocorrida. Quando subsistirem dúvidas sobre a ocorrência do fato típico ou excludente de ilicitude, a Administração deve adotar diligências cabíveis para o afastamento da incerteza.

Ao assim proceder, não estará agindo em “defesa do administrado”, senão seguindo o dever ético de agir conforme a verdade. Trata-se de um dever transcendental, imposto a todo agente público, já que não interessa ao Estado punir por mera cupidez ou perseguição. Cabe apenas somente aquele cuja conduta efetivamente se subsumir aos pressupostos da sanção.

Decerto, o ônus probatório encontra-se impregnado por tal dever ético. Nenhuma imputação ou “prova” administrativa será válida sem que tenha a verdade como pressuposto. Deve haver elementos que conduzam à convicção sobre a existência do ilícito. É o que garante o tratamento impessoal do administrador público na aplicação da norma sancionadora.

A existência desse dever da Administração não rende direito subjetivo ao administrado que se mantém absolutamente inerte, acreditando que a presunção de inocência servirá de escudo impenetrável aos indícios e provas indiretas sobre a ocorrência da infração, pois lhe cabe o ônus alegar e provar os fatos impeditivos da pretensão punitiva.

Por fim, é possível que a Administração obtenha provas relevantes sobre o cometimento da infração a partir da colaboração do administrado. Por evidente, este não pode ser coagido a apresentar prova contra si. Contudo, é possível que a lei preveja benefícios, ou seja, autênticos prêmios para estimular a contribuição no esclarecimento da verdade. A incidência do benefício pode ser *ex lege*, a exemplo da atenuante da pena em favor do servidor público que espontaneamente confessa infração funcional ignorada¹⁴¹, ou negociada, como se verifica no acordo de leniência previsto na Lei 12.529, de 2011.¹⁴²

3.8.2.2 Ônus do administrado

¹⁴¹ Na Lei Complementar nº 1, de 1991, do Município do Salvador, o art. 185 prevê atenuante de pena em favor do servidor que houver “confessado espontaneamente a autoria da infração ignorada ou imputada a outrem”. A confissão espontânea, neste caso, constitui direito subjetivo do administrado. SALVADOR. Lei Complementar nº 1, de 15 de março de 1991. Salvador, BA. *Diário Oficial [do] Município*. 17 mar. 1991.

¹⁴² De acordo com o art. 86, “O CADE, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.” BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

O processo administrativo constitui uma realidade jurídica que não deve ser ignorada pelo administrado. Ainda que lhe seja garantida a impugnação judicial do ato indesejado, a notificação para litigar administrativamente o insere num quadro de relações formais cujo resultado pode repercutir em sua esfera jurídica.

Ao assegurar o contraditório e ampla defesa, a Constituição Federal conferiu ao administrado posição ativa em face do Poder Público. Um exemplo consiste no direito de requerer atuações probatórias. Seu propósito é fazer com que fatos porventura desconhecidos sejam levados em consideração na decisão final.

O interesse do particular no processo administrativo seria impedir atos indesejáveis na esfera jurídica, como também perseguir direitos subjetivos ou celebrar atos ampliativos, demonstrando o preenchimento de requisitos legais.

No processo sancionador, quanto maior for a sua participação, melhores serão as chances de impedir a produção do ato punitivo. Trata-se, portanto, de um ônus atribuído à defesa. Ônus impróprio, pois seu descumprimento não conduzirá, necessariamente, à decisão sancionatória.

O STJ impõe à defesa o ônus de provar sua tese de excludente de ilicitude no processo penal condenatório.¹⁴³ Deveras, as causas justificantes, quando comprovadas, acabam por ilidir a função indiciária do tipo. Nesse caso, o julgador poderá não extrair dos fatos demonstrados pela Administração uma conduta contrária ao direito.

Dessa forma, as excludentes de ilicitude, assim como outros fatores capazes de impedir ou fragilizar a pretensão punitiva, deverão ser comprovados pelo administrado. É a manifestação da regra segundo a qual a prova do fato incumbe a quem o alega, prevista na Lei nº 9.784, de 1999, e no Código de Processo Penal.

Mas se a fonte de prova estiver armazenada na Administração, o ônus da prova se inverte. Para ilustrar, Agustín Gordillo cita a apreensão cautelar de substância cujas propriedades químicas se perderam antes da perícia necessária à comprovação da inocência do acusado¹⁴⁴ As consequências da não realização da prova serão suportadas pela Administração.

¹⁴³ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial. AgRg no REsp 871.739/PE. Agravante: MPF. Agravado: Amaury da Silva Pinto e Outro. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF. 18/11/2008. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 09 dez. 2008 e também: Idem. Recurso Especial. REsp 685.203/RJ. Recorrente: MPF. Recorrido: Luis Nunes Dias. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca. Brasília, DF. 03/03/2005. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 28 mar. 2005.

¹⁴⁴ GORDILLO, 6. ed. 2003, t. 4, p. VII-22

A análise de julgados releva que a prova indiciária sobre elementos da infração tem considerável poder de influência no processo administrativo sancionador. Isto se percebe, por exemplo, em relação à evolução patrimonial no exercício da função pública. O STJ já decidiu ser do servidor acusado o ônus de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela Administração.¹⁴⁵

Especificamente, decidiu a Corte que o ônus da Administração, na situação acima exemplificada, consiste em fazer prova apenas do incremento patrimonial incompatível com as fontes de renda do servidor. Se a Administração se desincumbir da prova e o servidor deixar de reunir elementos capazes de amparar a licitude da evolução, não haverá incorreção na sanção administrativa.¹⁴⁶

Na esfera penal, o STJ segue a mesma tendência de valorar os indícios do ilícito apresentados pelo órgão acusador, imputando ao acusado o ônus de demonstrar a licitude da conduta. Nesse sentido, firmou que receptação, se o bem houver sido apreendido em poder do acusado, cabe à defesa apresentar prova acerca da origem lícita do bem ou de sua conduta culposa, nos termos do disposto no art. 156 do CPP, sem que se possa falar em inversão do ônus da prova.¹⁴⁷

Ainda em relação ao exemplo da receptação, a Corte tem confirmado decisões condenatórias afastando a alegação de inversão do ônus da prova. No caso, o próprio acervo probatório coligido pela acusação, aliado à posse da *res furtiva* na ocasião do flagrante, seriam bastante para comprovar a prática do ilícito penal, mantendo-se o ônus da defesa de provar a

¹⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção). Mandado de Segurança. MS 12.660/DF. Impetrante: José Luiz Marinho Soares. Impetrado: Ministro de Estado da Fazenda. Relator: Min. Marilza Maynard. Brasília, DF. 13/08/2014. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 22 ago. 2014.

¹⁴⁶ Idem (1ª Seção). Mandado de Segurança. MS 20.765/DF. Impetrante: Maria Auxiliadora de Vasconcellos. Impetrado: Ministro de Estado da Fazenda. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, DF. 08/02/2017, *Diário [da] Justiça Eletrônico* 14 fev. 2017.

No mesmo sentido: “Restou comprovado no processo administrativo disciplinar a existência de variação patrimonial a descoberto e que o indiciado não conseguiu comprovar a origem desse patrimônio. É do servidor acusado o ônus da prova no sentido de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela administração. Precedentes. Idem. (3ª Seção). Mandado de Segurança. MS 12.660/DF. Impetrante: José Luiz Marinho Soares. Impetrado: Ministro de Estado da Fazenda. Relator: Min. Marilza Maynard. Brasília, DF. 13/08/2014. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 22 ago. 2014.

“Processual civil e administrativo. Mandado de segurança individual. Servidor público federal. Auditor fiscal da Receita Federal do Brasil. Processo administrativo disciplinar. Pena de demissão. Improbidade administrativa. Variação patrimonial a descoberto. Direito líquido e certo não configurado. Segurança denegada.” Idem. Mandado de Segurança. MS 19.782/DF. Impetrante: Roberto Ferreira Figueiredo. Impetrado: Ministro de Estado da Fazenda. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, DF. 09/12/2015. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 06 abr. 2016.

¹⁴⁷ Idem (5ª Turma). Agravo Regimental no Habeas Corpus. AgRg no HC 331.384/SC. Agravante: Jeferson Borges Ribeiro. Agravado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, DF. 22/08/2017. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 30 ago. 2017.

alegada proveniência lícita do bem apreendido.¹⁴⁸

Tal perspectiva jurisprudencial atende ao princípio da presunção de inocência sem perder de vista a efetividade do processo sancionador. É exigível da acusação a apresentação de provas suficientes para gerar a satisfatória convicção da prática do ato ilícito, ainda que baseada em indícios veementes. É certo, porém, que o acolhimento da prova indiciária dependerá do caso concreto. Pode não se revelar suficientes para afastar a presunção de inocência do acusado.

Há alguns tipos sancionadores associados à falta de prévia autorização administrativa ou justificativa do administrado. Nesta hipótese, a menos que o administrado, no exercício do ônus que lhe pesa, venha comprovar a licitude do comportamento, dificilmente será afastada a convicção sobre o cometimento da infração.

A decisão sancionatória fundada em indícios não caracteriza a inversão do ônus da prova. Se foram indícios bastantes, aceitáveis diante das circunstâncias, a decisão neles embasada será legítima. Dizer que a defesa não se desincumbiu de contrariar a acusação fundada em provas indiretas não se contrapõe à correta divisão do ônus da prova no processo administrativo sancionador. A presunção de inocência, nesse caso, pode ser desconstituída.

3.9 PRESUNÇÕES ADMINISTRATIVAS E A SUPOSTA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Questão tormentosa consiste em desvelar a influência das presunções de legalidade e veracidade no tratamento do tratamento do ônus da prova no processo administrativo sancionador, já que em matéria de aplicação de penalidades milita em favor do administrado a

¹⁴⁸ Lavrou a Corte: “[...] No caso dos autos, ao contrário do alegado pelo impetrante, não se atribuiu à defesa o encargo de comprovar a inocência do paciente, haja vista que a condenação se baseou no conjunto probatório dos autos, além da prisão em flagrante do acusado na posse da res furtiva. Além disso, o acusado não se desincumbiu de provar que desconhecia a origem ilícita do objeto, motivo pelo qual não há falar em nulidade do acórdão em razão da inversão do ônus da prova para a condenação.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma) Habeas Corpus. HC 317.453/SC. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Paciente: Paulo Edenilson Camargo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, DF. 10/11/2016. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 18 nov. 2016. No mesmo sentido: “É entendimento consolidado neste Superior Tribunal de Justiça que, havendo acervo probatório conclusivo acerca da materialidade e a autoria do crime de receptação, uma vez que apreendida a res furtiva em poder do réu, caberia à defesa apresentar prova acerca da origem lícita do bem ou de sua conduta culposa, nos termos do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal.” Idem (5ª Turma). Habeas Corpus. HC 360.590/SC. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Paciente: Hiago Subtil da Silva. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, DF. 07/03/2017. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 15 mar. 2017.

presunção de inocência.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro referiu-se à presunção de legalidade em dois aspectos: a presunção de veracidade, na qual os fatos alegados pela Administração são tidos como verdadeiros, e a presunção de legalidade propriamente dita, por meio da qual se considera que os atos administrativos foram emitidos em consonância com a lei.¹⁴⁹

Ao explicar o fundamento das presunções, a autora sintetiza que: “[...] se a Administração Pública se submete à lei, presume-se, até prova em contrário, que todos os seus atos sejam verdadeiros e praticados com observância das normas legais pertinentes”.¹⁵⁰

Celso Antônio Bandeira de Mello trata deste fenômeno como “presunção de legitimidade” do ato administrativo, referindo-se à qualidade “[...] de se presumirem verdadeiros e conformes ao direito, até prova em contrário”.¹⁵¹

Se por um lado não há dissenso de que as tais presunções são relativas, por outro, subsiste controvérsia quanto aos seus efeitos. Vejamos, pois.

Na opinião de Maria Sylvia Zanella de Pietro, o efeito da presunção é inverter o ônus da prova.¹⁵² O mesmo pensamento é perfilhado por Hely Lopes Meirelles, para quem, em caso de “arguição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico ou de motivo, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até sua anulação o ato terá plena eficácia”.¹⁵³ A jurisprudência pátria acompanha tal entendimento, reforçando a inversão do ônus da prova como efeito das presunções administrativas.¹⁵⁴

¹⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 207-208.

¹⁵⁰ DI PIETRO, 2014, p. 69.

Ainda de acordo a autora, “[...] diversos são os fundamentos que os autores indicam para justificar esse atributo do ato administrativo: o procedimento e as formalidades que precedem a sua edição, os quais constituem garantia de observância da lei; o fato de ser uma das formas de expressão da soberania do Estado, de modo que a autoridade que pratica o ato o faz com o consentimento de todos; a necessidade de assegurar celeridade no cumprimento dos atos administrativos, já que eles têm por fim atender ao interesse público, predominante sobre o particular; o controle a que se sujeita o ato, quer pela própria Administração, quer pelos demais Poderes do Estado, sempre com a finalidade de garantir a legalidade; a sujeição da Administração ao princípio da legalidade, o que faz presumir que todos os seus atos tenham sido praticados de conformidade com a lei, já que cabe ao poder público a sua tutela”. DI PIETRO, 2014, p. 208.

¹⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 431.

¹⁵² E acrescenta: “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 arguida pela parte.” DI PIETRO, op. cit. p. 69.

¹⁵³ MEIRELLES, 2008, p. 161.

¹⁵⁴ “O Auto de Infração possui o atributo da presunção de veracidade e legitimidade, não havendo que se falar em ofensa ao que preceitua o art. 5º, inciso LV da Constituição Federal. Tendo em vista sua ausência de defesa, o apelante deve arcar com ônus de sua inércia e omissão. Recurso conhecido e improvido.” PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará (4ª Câmara Cível Isolada). Apelação. APL: 201330259925/PA. Apelante: Bruno

Celso Antônio Bandeira de Mello, por outro lado, reconhece que a presunção de legitimidade persiste até o momento em que o ato é questionado em juízo.¹⁵⁵ Diógenes Gasparini alerta que a “Administração Pública, em face desse princípio, não tem necessidade de realizar, em relação ao ato praticado, qualquer prova da sua veracidade ou legalidade, salvo quando contestado na esfera judicial, administrativa ou perante o Tribunal de Contas”.¹⁵⁶

Acentuando a controvérsia, o art. 374, do CPC, textualmente exige de prova os fatos sobre os quais recaia presunção legal de existência e veracidade.¹⁵⁷ Pelo teor dessa regra processual, poder-se-á entender que o administrado, ao fazer a impugnação, terá sempre o ônus de apresentar as provas necessárias para desconstituição do ato administrativo.

Não parece a melhor interpretação. Recorrer-se às citadas presunções acaba servindo de estímulo ao cometimento de abusos, reduzindo o alcance do controle sobre os atos da Administração. Além disso, não existe, propriamente, regra específica estabelecendo uma presunção de veracidade do ato administrativo, mas um discurso fundado no princípio da legalidade administrativa.

As presunções de veracidade, como assevera Demian Guedes, ainda descansam numa concepção autoritária de Estado, merecendo uma análise crítica à luz dos valores e princípios internalizados no processo administrativo.¹⁵⁸ No mesmo sentido, Sérgio Ferraz e Adilson Dallari

Martins dos Santos. Apelo: Ministério Público do Estado do Pará. Relator: José Maria Teixeira do Rosário. Belém, PA. 08/09/2014. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 12 set. 2014.

“Auto de infração. Presunção de Veracidade das informações. Desconstituição. Ônus da prova. As informações constantes de auto de infração lavrado por Auditor-Fiscal do Trabalho gozam de presunção relativa de veracidade e de legitimidade, tendo em vista que é dever legal do auditor fiscal fiscalizar o fiel cumprimento da legislação trabalhista e proceder à respectiva lavratura de auto de infração quando concluir pela existência de sua violação, nos termos dos artigos 626 e 628 da CLT. Por conseguinte, cabe ao autuado, apontado como infrator, o ônus de produzir prova capaz de infirmar as informações constantes do referido auto de infração.” BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (8ª Turma). Agravo de Petição. AP: 00566200707103007 0056600-72.2007.5.03.0071. Agravante: União Federal (Fazenda Nacional). Agravado: Nino Scotton. Relator: Des. Sercio da Silva Peçanha. Belo Horizonte, MG. 04/09/2013. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 13 set. 2013.

“Apelação. Ação anulatória de auto de infração no trânsito. Presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo elidida pela prova dos autos. Os atos administrativos em geral nascem com a presunção de legitimidade e veracidade, pelo que importa na transferência do ônus da prova de invalidez para quem o invoca. Hipótese em que a prova produzida em contrário se avanta à presunção. Apelo desprovido. Unânime.” RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (21ª Câmara Cível). Apelação Cível. Apelação. AP 70051661775. 04/09/2013. Apelante: Departamento Estadual de Trânsito - DETRAN. Apelo: Douglas Porto Bastos. Relator: Des. Genaro José Baroni Borges. Porto Alegre, RS. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 11 set. 2013.

¹⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 431.

¹⁵⁶ GASPARINI, 2011, p. 125.

¹⁵⁷ “Art. 374. Não dependem de prova os fatos: [...] V - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.” BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

¹⁵⁸ GUEDES, Demian. A presunção de veracidade e o estado democrático de direito: uma reavaliação que se impõe. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Org.). *Direito*

criticam o uso exacerbado das presunções em favor da administração, na medida em que favorecem ao arbítrio, colocando o cidadão em posição subalterna ao agente administrativo.¹⁵⁹

Garcia de Enterría, baseando-se na jurisprudência espanhola, reforça que a presunção de veracidade não mais resulta da inversão do ônus da prova. Propõe que os fatos afirmados pela Administração se constituam elemento probatório meramente adicional, devendo ser confrontados com outras informações inseridas no processo.¹⁶⁰

A interpretação mais consentânea ao Estado de Direito exige uma releitura dessas presunções. A importância delas está em permitir que os atos administrativos restritivos produzam efeitos imediatos, penetrando na esfera jurídica do administrativo imperativamente. Ou seja, não precisam da aquiescência do administrado para serem exigíveis e, algumas vezes, executáveis.

As presunções funcionam, portanto, como um pressuposto inicial para garantia de imperatividade e exigibilidade aos atos administrativos. Não teria esses atributos se não fossem presumidamente legais e verdadeiros. Do contrário, dependeriam sempre da aceitação do administrado ou da provocação do Poder Judiciário para produzir seus efeitos, o que inviabilizaria o desempenho da função administrativa.

Na acertada opinião de Gordillo, a presunção afeta a estrutura do ato, fazendo que seja o particular aquele que deve apresentar a impugnação. Mas não exige a Administração do ônus de provar a legitimidade. Nessa perspectiva, a presunção de legitimidade importaria numa *relevatio ad onera agendi*; não, porém, uma *relevatio ad onera probandi*.¹⁶¹ Ou seja, a presunção dispensa a Administração do ônus de agir em relação aos efeitos da decisão tomada, mas não lhe retira o ônus de comprovar a improcedência da impugnação apresentada pelo administrado.

Gordillo acresce que, remanescendo dúvida sobre legitimidade do ato, pela ausência de

administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 245-262.

¹⁵⁹ Nesse sentido, declaram os autores: “O prestígio extremo de que goza a presunção de legalidade dos atos administrativos como prerrogativa pura exclusiva agentes públicos e reflexo do brutal autoritarismo que sempre caracterizou a Administração Pública brasileira, em proveito dos que sempre a tomaram como instrumento de 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.” FERRAZ; DALLARI, 2008, p. 213.

¹⁶⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de direito administrativo*. Rev. Téc. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 481.

¹⁶¹ No entanto, o autor reconhece uma diferença entre a impugnação judicial e administrativa do ato. Na primeira, o administrado deve apresentar pelo menos início de prova contra a Administração. No segundo, o ônus recai inteiramente sobre a Administração. GORDILLO, 6. ed. 2003, t. 4, p. VII-3.

elementos instrutórios suficientes, o julgador deverá decidir em favor do administrado. E arremata que não pode de modo algum basear-se no princípio “na dúvida em favor do Estado”, senão, em raciocínio paralelo ao processo penal, aplicar a regra do *in dubio pro libertate*.¹⁶²

No processo sancionador, é curial que a imputação do fato ilícito esteja baseada em lastro probatório. Apenas a declaração dos fatos narrados pelo agente público, apesar de ser prova, tende a não se relevar bastante para garantir a validade do ato impugnado. Sem embargo, é preciso considerar que às vezes a Administração não dispõe de outras fontes de prova além do próprio agente público que registrou o fato ensejador da incoação sancionatória.

A solução não seria reconhecer, necessariamente, a “sucumbência” do Poder Público, tampouco decretar a inversão do ônus da prova contra o administrado. Em primeiro lugar, o administrado não está isento de ônus. Primeiro, terá que cumprir o ônus da alegação. Caberá ao julgador analisar os argumentos expendidos. Depois, encontra-se vinculado ao ônus de provar o alegado, como prevê a Lei nº 9.784, de 1999, e o CPP.

As declarações prestadas pelos agentes públicos são provas indiciárias da infração. Quanto maior for a dificuldade, no caso concreto, de a Administração acessar outras fontes de prova, maior peso terão os indícios, sob pena de conduzir a impunidade do tipo sancionador criado pela vontade da lei. Todavia, se o Administrado oferecer elementos possíveis de fragilizar as declarações, gerando dúvida razoável sobre o ilícito, é evidente que a sanção deverá ser afastada.

Na hipótese de o administrado não ter condições concretas de provar o alegado e Administração puder fazê-lo, pode-se admitir a carga dinâmica da prova, aplicando-se subsidiariamente o CPC. Entende-se, porém, que devido ao princípio da presunção de inocência a carga dinâmica da prova não poderá ser utilizada, no processo sancionador, contra o administrado.

Conclui-se, portanto, que o julgamento da infração administrativa pode e deve ser equacionado sem invocar a inversão do ônus da prova com base da presunção de legalidade e veracidade do ato administrativo. O que a doutrina e a jurisprudência consideram como inversão do ônus da prova na verdade é a denominada “prova duplamente diabólica”, ou seja, quando a prova do fato alegado for impossível ou muito difícil para ambas as partes.¹⁶³

¹⁶² Ibidem, p. VII-5.

¹⁶³ Na lição de Didier, Braga e Oliveira prova diabólica é “aquela cuja produção é considerada como impossível ou muito difícil”. Na prova unilateralmente diabólica, é impossível ou extremamente difícil a produção da

Neste caso, o litígio costuma ser resolvido em favor da Administração. Não pela inversão do ônus prova, mas porque cada litigante haverá que suportar o ônus que lhe for atribuído. Como a declaração do agente público pode representar prova do fato alegado na imputação administrativa e nada tendo o particular a provar em seu favor, maiores serão as chances de se acolher a pretensão punitiva do Estado.

Reconhecer a prova duplamente diabólica não significa violar o princípio da presunção de inocência. Uma coisa é a inexistência de qualquer prova contra o administrado. Outra são indícios veementes contra o administrado sem que ele tenha condições de provar a alegada licitude de sua conduta.

É certo que a verdade pode eventualmente não triunfar. Todavia, não se trata de contingência exclusiva do processo administrativo, podendo ser verificada em outros processos. Nas infrações penais de menor potencial ofensivo, previstas na Lei nº 9.099, de 1995, o acusado pode aceitar a transação penal ainda que se considere inocente.¹⁶⁴ É possível que o órgão acusador esteja equivocado. A verdade, aqui, cederá diante de fatores ligados à celeridade processual ou a própria conveniência do acusado em não litigar.

Nada obstante, o administrado não fica desprotegido. Enquanto houver prova da sua inocência ou da menor gravidade da sanção, pode se valer da revisão administrativa para restabelecer a verdade dos fatos. Nessa hipótese, terá o ônus de demonstrar a existência de fatos novos ou não apreciados, desde que relevantes para alterar a convicção anterior, excluindo ou atenuando a sanção imposta.

3.10 ÔNUS DA PROVA E O PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*

Além de nortear o comportamento das partes diante do risco de uma decisão desfavorável, o ônus da prova cumpre sua precípua função de orientar o julgador quando remanescer dúvida sobre a ocorrência dos fatos configuradores do ilícito administrativo.

prova para uma das partes, mas viável para outra. Nesse caso, poderá o juiz distribuir o ônus da prova dinamicamente. Contudo, “existem situações em que a prova do fato é impossível ou muito difícil para ambas as partes – é bilateralmente diabólica. É o que Marinoni chama de ‘situação de inesclarecibilidade’. Em tais casos, não cabe ao juiz manter o ônus da prova com aquele que alegou o fato, tampouco invertê-lo, na fase de saneamento (ou probatória), para atribuí-lo ao seu adversário”. E concluem: “em razão disso, ao fim da instrução, o juiz não pode chegar um grau mínimo de convicção, e uma das partes deverá arcar com as consequências gravosas do seu estado de dúvida”. DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 115-116. v. 2.

¹⁶⁴ “Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.” BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Do princípio da presunção de inocência emerge o *in dubio pro reo*, por meio do qual a ausência de prova sobre elementos constitutivos do ilícito deve ser suportada pelo Estado, com a consequente rejeição da pretensão punitiva dirigida contra o administrado.

Pesa sobre a Administração o ônus de demonstrar a ocorrência do ilícito, estatuindo-se a primazia do direito à liberdade caso as provas reunidas pelo Poder Público não alcancem tal intento.¹⁶⁵ O ônus da defesa, apesar de existente, é impróprio, pois ainda que nenhuma prova seja produzida, a responsabilidade pode ser afastada.

É possível, ainda, que o administrado, além de poder ser beneficiado pela incerteza, consiga, noutros casos, até reunir provas capazes de demonstrar a inexistência de autoria ou de materialidade da infração imputada. O afastamento da responsabilidade não será por falta de provas, mas por uma cognição exauriente quanto à inexistência dos pressupostos da condenação.

O processo administrativo sancionador se encontra predominantemente subordinando ao regime de garantias constitucionais aplicáveis ao processo penal. O direito administrativo e o direito penal disciplinam e condicionam o *jus puniendi* do Estado, que encontra um dos seus limites no estado de inocência do acusado.

No processo sancionador, a Administração não poderá eximir-se do dever de decidir. O interesse público subsistente na aplicação da sanção veda, em paralelo com a função jurisdicional, o *non liquet*, motivo pelo qual deve ser dada uma resposta à pretensão punitiva, para responsabilizar ou absorver o administrado.

A Lei Federal nº 8.112, de 1991 oferece regramento peculiar sobre o *in dubio pro reo*. De acordo com o art. 167, §4º, “reconhecida pela comissão a inocência do servidor, a autoridade instauradora do processo determinará o seu arquivamento, salvo se flagrantemente contrária à prova dos autos”.

Como se observa, o reconhecimento da inocência do acusado pela comissão disciplinar

¹⁶⁵ É de se aplicar, analogicamente, a disciplina do ônus na ação penal condenatória, assim descrito pelo STJ: “O ônus da prova, na ação penal condenatória, é todo da acusação, decorrência natural do princípio do favor rei, bem assim da presunção de inocência, sob a vertente da regra probatória, de maneira que o juiz deverá absolver quando não tenha prova suficiente de que o acusado cometeu o fato atribuído na exordial acusatória, bem como quando faltarem provas suficientes para afastar as excludentes de ilicitude e de culpabilidade. A regra do onus probandi, prevista no art. 156 do Código de Processo Penal, serve apenas para permitir ao juiz que, mantida a dúvida, depois de esgotadas as possibilidades de descobrimento da verdade real, decida a causa de acordo com a orientação expressa na regra em apreço.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso Especial. REsp 1501842/PR. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Ederson dos Santos Bielecki. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF. 05/04/2016. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 18 abr. 2016.

vincula o convencimento da autoridade julgadora. Evidentemente, a lei não poderia deixar de conferir uma abertura para que a autoridade conclua diversamente quando a prova manifestamente, ou seja, para fora de qualquer dúvida, apontar pela autoria e materialidade da infração.

Mas na realidade, o que aí se vê é um controle de estrita legalidade imposto ao julgador no tocante à subsunção do fato à norma sancionadora. Até certo ponto haverá uma margem para a Administração apreciar a adequação típica do fato, de acordo com as provas produzidas. Todavia, diante de provas que indiquem a responsabilidade inequívoca do infrator, deve a autoridade julgadora aplicar a sanção.

Nos diplomas legais que não contiverem disciplina sobre o ônus da prova, além da Lei Federal nº 9.784, de 1999, cabe a aplicação subsidiária do art. 386 do CPP, que determina a absolvição do réu entre outras hipóteses, quando não houver prova da existência do fato; não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal ou não existir prova suficiente para a condenação.

Ainda por aplicação subsidiária do CPC, a carga da prova pode ser dinamicamente invertida, desde que a favor do administrado, nos casos em que este não puder ou tiver dificuldade de produzir a prova.

As normas aqui entrelaçadas dão conta de satisfazer, em termos formais, o princípio da presunção de inocência: a prova dos fatos constitutivos do ilícito constitui ônus da acusação, sendo evidente que a consequência da falta de provas será o afastamento da responsabilidade. Afinal, no Estado que prima pela dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade deve prevalecer em relação à sanção estatal.

CONCLUSÃO

Ao término da exposição proposta para esta investigação, cumpre destacar brevemente as conclusões de maior relevo, atingidas ao longo do texto:

1. O ônus da prova consiste numa categoria estudada na ciência processual, que tem por objetivo precípuo auxiliar o julgador no momento em que, obrigado a decidir, não tenha convencimento suficiente sobre a verdade dos fatos aportados pelas partes com vistas à aplicação da norma jurídica.
2. Há, portanto, íntima relação entre o estudo do ônus da prova e a verdade, cujo conceito nasce nos domínios da Filosofia, sendo apropriado pelo direito como forma de definir um critério de verdade que atenda aos ideais de justiça.
3. Entre as principais teorias filosóficas sobre a verdade apresentou-se a verdade como consenso e a verdade como correspondência.
4. Na teoria consensual, busca-se, dentro de um processo comunicacional, a concordância entre sujeitos no tocante à atribuição de um predicado a dado objeto. Destarte, a verdade das proposições resulta de um potencial acordo de todos os sujeitos envolvidos num discurso.
5. A teoria consensual pretende que o significado e a definição do objeto surjam da intersubjetividade. Para que assim o seja, deverá haver uma aceitação prévia dos critérios necessários para aceitação de qualquer comunicação.
6. O discurso dialético, nesta medida, constituiria a ambientação necessária para “construção da verdade”, a partir das versões apresentadas nos enunciados das partes, funcionando como guia para aplicação do direito, tomando por base o que pareça real ao julgador.
7. Já pela verdade como correspondência deverá haver uma correlação entre o fato apresentado e o mundo real. A simples construção do discurso seria insuficiente, já que há um mundo externo ao processo, possível de ser desvendado. Os elementos empíricos são bastantes para classificar os acontecimentos descritos como verdadeiros ou falsos, tomando-se por base uma verdade demonstrável.
8. Nada obstante, o acolhimento da verdade como correspondência não implica o absoluto desvelamento da realidade histórica. A dita “verdade material” seria inalcançável. No

entanto, basta que o julgador, ao projetar-se sobre os fatos ocorridos, firme juízo de certeza sobre a existência da verdade. Trata-se, pois, de uma verdade suficiente, baseada na convicção razoável do julgador sobre a ocorrência do fato.

9. A verdade construída no processo, seja na perspectiva do discurso, seja da correspondência, nunca será absoluta. No direito, a verdade será relativa, mas nem por isso imprestável para justa aplicação da norma, a depender do nível de convicção sobre a existência dos fatos.
10. Ocorre que na aplicação da norma sancionadora, a verdade como discurso não serve como modelo justificador da decisão. Dentro de uma perspectiva garantista, somente a correspondência entre os fatos reais e o enunciado pela parte poderá satisfazer o ideal de justiça.
11. A verdade como discurso é assaz perigosa, porquanto se encontra impregnada de vertentes instrumentalistas ou utilitaristas da comunidade. Depois, na esfera sancionadora a regra natural é o conflito ou dissenso. E ainda que haja aceitação do sujeito acusado, o Poder Público não se encontra absolutamente dispensado de provar.
12. É de se considerar que a verdade ocupa também lugar de destaque no direito administrativo. Prestando-se a regular o exercício de um poder funcional irrogado ao administrador público, emerge o processo como mecanismo de controle para a tomada de decisão, desvelando a verdade necessária à aplicação da norma concreta editada pela Administração, no caso, o ato sancionador.
13. O processo administrativo constitui-se no procedimento animado pelo contraditório. Ou seja, uma sequência ordenada de atos composta por relações jurídicas entre os sujeitos processuais: a Administração e o administrado.
14. A verdade obtida no processo administrativo assume caráter sempre relativo, independentemente das prerrogativas conferidas à Administração para investigação dos fatos. Isto, contudo, não infirma o valor da verdade na certificação dos fatos que determinam a atuação do administrador. É preciso que, pelos elementos de prova, o administrador esteja certo da verdade, para tanto demonstrando como se chegou a esse juízo subjetivo.
15. A imposição de sanção administrativa como repressão ao comportamento ilícito do administrado não se dá sem o prévio processo administrativo sancionador, sob pena de

- nulidade do ato editado.
16. O processo administrativo sancionador tem como objeto a pretensão punitiva do Estado-Administração, podendo desaguar em atos restritivos de direito, aplicados por autoridades não judiciais, motivados na prática de conduta contrária a um dever ou proibição normativamente estabelecidos, visando essencialmente retribuir pelo castigo a lesão provocada à ordem jurídica.
 17. Com isto, exclui-se do processo administrativo sancionador as medidas punitivas emanadas por juízes, como a repressão ao ilícito penal e civil. Estariam, igualmente, fora do processo administrativo sancionador, embora não do direito administrativo, ilícitos administrativos postos à tutela dos juízes, a exemplo das sanções por improbidade administrativa ou prática de corrupção por pessoas jurídicas.
 18. Alheia ao processo administrativo está, ainda, a repressão às denominadas “infrações administrativas” cuja sensibilidade do bem jurídico tutelado não comportam ficar a cargo do administrador público, senão do próprio Estado-Jurisdição, como as previstas no campo do direito eleitoral e no direito da criança e do adolescente.
 19. As medidas cautelares adotadas pelo administrador público, por terem natureza instrumental, não são postas no processo administrativo sancionador, embora sejam decididas de forma incidental a este.
 20. Em síntese, no campo do processo administrativo sancionador acha-se a repressão aos ilícitos regidos pelo direito administrativo ou ramo jurídico processualmente compatível com a atuação sancionatória do administrador público, excluindo-se as medidas de cunho cautelar.
 21. Nesse amplo espectro se vê a atuação de autoridades administrativas federais, estaduais e municipais na repressão aos ilícitos praticados nas relações de supremacia geral ou especial. Aí se encontram, por exemplo, as infrações funcionais, contratuais ou cometidas por usuários de serviços públicos, assim como as infrações praticadas pelos administrados em geral, envolvendo a saúde pública, ordem econômica, relações de consumo, meio ambiente, transporte, trânsito, sistema financeiro e certas atividades econômicas reguladas.
 22. Na esfera sancionatória, é preciso que haja o desmembramento de funções no processo administrativo. De um lado, agentes públicos para produzir a prova, levando adiante a

- certificação dos fatos suficientes para caracterizar a infração, o administrado na função defensiva e, finalmente, agentes públicos encarregados de efetuar o julgamento do fato imputado.
23. Essas relações processuais desenvolvidas no âmbito da Administração Pública encontram-se unidas pelos direitos e garantias constitucionalmente assegurados aos acusados em geral. No entanto, poderão, eventualmente, ter nível de incidência menos acentuado em comparação ao direito processual penal, em razão da própria autonomia deferida ao processo administrativo.
 24. São vertentes traduzidas na forma de princípios, que contribuem para identificar a processualidade administrativa sancionatória. Ademais, conferem um caráter materialmente jurisdicional na aplicação da medida repressiva, condicionando a atuação do Poder Público.
 25. Pelo devido processo, transmite-se a ideia de que a Administração não poderá impor gravames na esfera jurídica de terceiros à míngua dos mecanismos formais que assegurem e protejam seus interesses em face do dever punitivo do Estado, contribuindo para que a justiça da decisão surja pelo confronto de posições jurídicas.
 26. O devido processo legal equivale ao processo justo, definido em lei, para aplicação do direito, tendo um feitiço processual e substantivo. O primeiro seria a deferência do julgador ao processo criado em lei. O segundo representaria um processo administrativo normativamente construído para atender o fim materialmente proposto.
 27. Ademais, ao seu redor estão todas as demais garantias que conferem ao administrado o poder de influenciar o convencimento da Administração, que deverá, ao final da instrução processual, motivar a decisão considerando todas as razões e provas apresentadas.
 28. Os princípios do contraditório e ampla defesa, por sua vez, se encontram na estrutura do conceito de processo administrativo. Sem contraditório subsistirá apenas o procedimento administrativo. Tais princípios vinculam-se à situação de litígio ou acusação. É a hipótese do processo administrador sancionador. Nele o Estado comparece no intuito de infligir uma medida punitiva, sendo presumida a contraposição de interesses entre os sujeitos processuais.
 29. O contraditório significa que a cada ação de uma parte corresponda a possibilidade de

reação de outra, consistindo num método dialético de dicção e contradição. A ampla defesa, por sua vez, seria a atuação do administrado no sentido de convencer o Poder Público na tomada de decisão. Ambos, portanto, investem o administrado em situações processuais ativas em face do Estado.

30. Na Administração Pública, o princípio da presunção de inocência exerce forte influência na aplicação da sanção. Por meio dele, cabe ao Estado provar a culpabilidade do administrado pelo cometimento do ilícito administrativo. Não o fazendo, a solução deverá ser o afastamento da responsabilidade. Além de constituir regra probatória ou juízo, consagrando o *in dubio pro reo*, figura como regra de tratamento do acusado, que deve ser de forma distinta em relação àqueles que já sofreram condenação.
31. Em alguns casos, porém, a lei tratou de modo mais restrito o princípio, conferindo maior força aos indícios apresentados pela Administração como prova da prática de infração administrativa. Esse tratamento é possível, desde que não implique desaparecimento da garantia, com a consequente inversão do ônus da prova e aviltamento da dignidade do acusado.
32. A garantia da não autoincriminação, a proibir que o acusado seja obrigado a produzir prova como si mesmo, também produz efeitos na seara administrativa sancionatória. Com efeito, não poderá ser coagido a produzir a prova e o seu silêncio isoladamente não pode implicar confissão da prática do fato ilícito, embora o julgador não esteja proibido de extrair no contexto de provas apresentadas pela Administração, somado ao silêncio do administrado, uma conclusão acerca da responsabilidade.
33. A atividade processual da Administração na aplicação de sanções segue o princípio do formalismo moderado. No entanto, o menor rigor no cumprimento das formalidades, inclusive quanto à produção das provas, não pode ser interpretado em prejuízo à defesa. Inclusive, na sistemática da Lei Federal de Processo Administrativo, o formalismo representa garantia do administrado. No entanto, ainda que a Administração incorra em violação a preceito formal, não se cogitará de anulação se o vício não atingir formalidade essencial, nem gerar prejuízo ao administrado.
34. Como limitador da busca da verdade está o princípio constitucional que coíbe as provas obtidas por meio ilícito, igualmente reproduzido na Lei Federal de Processo Administrativo. Visa-se proscrever qualquer incentivo à busca da verdade em detrimento das liberdades pessoais e da moral pública. Assim, autoridades

administrativas não podem admitir a prova ilícita ou, pior ainda, produzi-las dentro do processo. Essa ilicitude pode ser originária ou derivada, estando pacificado na jurisprudência a “teoria dos frutos da árvore envenenada”.

35. No entanto, a partir da ponderação de interesses, é possível admitir de forma excepcional, que o administrado, como única maneira de demonstrar sua inocência, apresente prova extraída por meio ilícito, amparando-se, nesta hipótese, em causa justificante.
36. Exsurge no enfrentamento deste princípio o uso das provas emprestadas no processo administrativo. Para que seja válida é indispensável que obedeça ao princípio do contraditório. Em relação ao processo disciplinar, a retirada da prova deve ser precedida de autorização da autoridade judicial. Caso a prova emprestada não cumpra as exigências formalmente determinadas, será considerada ilícita, sujeitando-se, portanto, à declaração de nulidade.
37. Aplica-se com temperamentos o princípio da vedação à *reformatio in pejus*. O recurso voluntário do administrado não pode levar a autoridade administrativa a agravar o conteúdo do ato sancionatório em nova apreciação do mérito da punição. O contrário inibiria o administrado a sempre buscar a correção do julgador no exercício da ampla defesa. No entanto, em razão da autotutela, típico do regime jurídico administrativo, se a autoridade reconhecer vício insanável de legalidade, deverá reconhecer a nulidade da decisão, ainda que não suscitada no recurso. Do novo julgamento pode resultar sanção mais grave em relação àquela anteriormente posta, não se podendo se falar, como no processo penal, em *non reformatio in pejus indirecta*.
38. O princípio da duração razoável do processo, cuja incidência é determinada pela Constituição, exige uma tramitação mais célere do processo, mediante a atuação diligente e eficaz atuação dos órgãos administrativos. Entre as etapas procedimentais não pode aparecer hiato de tempo suscetível de debelar a expectativa na resposta estatal diante da controvérsia posta. Os prazos cominados à Administração para prática de atos sancionadores representam uma garantia de celeridade, não se admitindo que o administrado seja confrontado além do tempo necessário para a apreciação da pretensão punitiva.
39. Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade se estendem ao campo da processualidade administrativa. Aplica-se às medidas processuais que tenham natureza

discricionária. A medida proporcional é aquela adequada para alcançar os fins pretendidos na ordem jurídica, afetando o mínimo possível interesses contrapostos, caso realmente tenha peso suficiente justificar esta sobreposição. É possível, por outro lado, entender a razoabilidade como um dever de congruência do administrador e a proporcionalidade como a regulação da intensidade da medida administrativamente eleita.

40. O princípio da motivação, a determinar a exposição dos fundamentos do ato, não pode ser olvidado, sobretudo, na esfera sancionatória. Desde a instauração do processo sancionador deve constar alguma motivação sobre o exercício da competência administrativa. É preciso que as razões de fato da imputação sejam suficientes para fundamentar o exercício da pretensão punitiva, além de assegurar o exercício da ampla defesa. Finalmente, incide como pressuposto formalístico da decisão sancionatória, devendo ser sempre expressa, clara e congruente.
41. Em cumprimento ao dever geral de equidade consagrado no ordenamento jurídico, o princípio da vedação do *non bis in idem* age no processo administrativo sancionador impedindo que o administrado seja responsabilizado mais de uma vez pelo mesmo fato. Por óbvio, não impede a cumulação de sanções provenientes de regimes diversos de responsabilidade nos casos em que o ato ilícito repercute em diversos ramos do direito. É possível, ademais, que um mesmo ato corresponda infrações administrativas diversas, caso que não constitui violação ao princípio.
42. Igualmente, não haverá violação ao *non bis in idem* se a Administração alterar o conteúdo do ato antes da sanção penetrar na esfera jurídica do administrado. Assim, será possível, reconhecendo vício cometido, que se aplique sanção mais grave, desde que não tenha havido formação de coisa julgada administrativa na decisão primitiva. Do contrário, a correção do ato representará uma sobreposição ilícita de sanções.
43. Reforçando a competência do agente público, o princípio do juiz natural apresenta-se como garantia inafastável do administrado. Deve ser julgado pelo administrador público competente nos termos da lei. A rigor, o princípio visa assegurar um julgamento imparcial, ao afastar qualquer tipo de vinculação pessoal dos agentes públicos com o autor do ato supostamente ilícito.
44. Na esfera disciplinar, a lei não necessariamente está obrigada a exigir uma comissão permanente, isto é, um órgão prévio para lidar com a prova do ilícito. Basta que

designação de agentes públicos atenda rigorosamente os requisitos legais, presumindo-se, em caso de desrespeito, prejuízo ao administrado por quebra da imparcialidade e independência para a prática de atos processuais.

45. De tudo quanto exposto, pode-se considerar o processo administrativo como microsistema normativo que se comunica com os demais sistemas processuais. Possui autonomia, estando sujeito às normas específicas e gerais sobre a matéria, mas também pode incorporar, de forma subsidiária e supletiva, normas oriundas do direito processual penal e do direito processual civil, desde que tal integração não desnature a essência da processualidade administrativa.
46. No processo administrativo sancionador, a temática do ônus da prova merece uma análise parcimoniosa. Essa categoria jurídico-processual não é tratada com a devida atenção e, não raras vezes, sua relevância termina sendo ofuscada pelo discurso sobre o dever administrativo de aplicar a sanção e de perseguir a verdade dos fatos.
47. Contudo, dever e ônus são categorias jurídicas distintas e ambos se revelam no processo administrativo sancionador.
48. Ônus representa uma situação ativa da qual decorre o direito de praticar determinado ato processual cuja omissão gera consequências na esfera do próprio sujeito onerado, dificultando ou impedindo o alcance de uma finalidade contemplada na ordem jurídica.
49. Daí porque o descumprimento do ônus não importa em ilicitude. Afeta interesse do próprio titular. Na obrigação, o credor se vê confrontado com o inadimplemento, tendo o direito de exigí-la. O dever, por sua vez, constitui um preceito conduta a ser seguido de forma constante. A violação acarreta sanções ao infrator, não estando vinculada à satisfação do credor.
50. O cometimento do ilícito gera o dever de aplicar a sanção. Se o administrador público se omitir, incorrerá em falta funcional. A isto se acresce o dever ético, igualmente relevante: o de se certificar da verdade dos fatos. Se assim não o fizer, o ato praticado futuramente poderá ser desconstituído.
51. No entanto, a partir do nascimento do dever punitivo, a Administração Pública, por determinação constitucional, não pode agir de forma inquisitiva, devendo oportunizar o contraditório ao administrado. Nessa relação processual, as partes irão expor suas versões sobre a verdade dos fatos na tentativa de influenciar no espírito do agente

- encarregado de aplicar a sanção.
52. É, pois, a atuação acusatória do Estado, a exigir o confronto entre a Administração e o administrado, que contribui para afirmação do processo administrativo democrático. Dessa sistemática, a Administração encontra-se numa situação de instabilidade, já que se bem não desenvolver o ônus da prova, será sucumbente no processo sancionador.
 53. O dever jurídico imposto ao administrador público apenas define os limites da sua atuação funcional no exercício do ônus. Não poderá prevaricar, tampouco agir em desconformidade a verdade que se lhe apresenta. Esse dever jurídico o impede de fechar os olhos diante de fatos que, mesmo apresentado pelo administrado, poderão objetivamente afastar a pretensão punitiva.
 54. Afora isto, resplandece a figura do ônus como categoria a guiar a atuação dos sujeitos processuais num processo administrativo de perfil acusatório.
 55. O ônus da prova já foi objeto de diversas teorias, que levam conta fatores como a alegação da parte, facilidade da prova, interesse em comprovar, riscos da não comprovação, elementos essenciais da norma jurídica.
 56. Desmembra-se o ônus da prova numa dupla função: o ônus da prova subjetivo, a orientar a prova dos fatos pelas partes de acordo com as expectativas de alcançar o ato final favorável, bem como o ônus objetivo, que serve como critério subsidiário de julgamento quando não houver convicção suficiente sobre a verdade dos fatos para tomada de decisão.
 57. Embora respeitados os contornos do princípio da presunção de inocência, nem sempre o processo administrativo sancionador apresenta uma disciplina do ônus da prova estritamente semelhante ao direito processual penal. Levando em conta o interesse público, a própria legislação pode, excepcionalmente, inverter o ônus da prova.
 58. Não havendo disciplina expressa, a vale a regra segundo a qual o ônus da prova recai em quem afirma o fato. Por conseguinte, a Administração deve comprovar o ilícito administrativo, apresentando elementos de prova sobre a materialidade e autoria da infração.
 59. Em outros casos, a lei prestigia determinado interesse, como a defesa do consumidor ou o dever de prestar contas, parecendo inverter o ônus em favor. Na verdade, para que não haja violação à presunção de inocência, é preciso que a Administração tenha pelo menos

- algum elemento de prova, ainda que a prova indiciária do ilícito administrativa.
60. Sobre os elementos da infração administrativa, é exigível a comprovação do comportamento voluntário do administrado. No entanto, quando a lei também previr os elementos subjetivos dolo e culpa, estes deverão ser comprovados pela Administração, o que normalmente se dará por meio da prova indiciária.
 61. Das razões expedidas é possível observar que alguns ilícitos se sustentam num comportamento negativo do administrado em não apresentar informações ao Poder Público sobre o exercício de certa atividade. Nessas situações, por óbvio, é da defesa o ônus de comprovar a regularidade da conduta, a despeito de ausência de informações a autoridade competente.
 62. A infração administrativa deve se pautar em conduta típica e também antijurídica. Todavia, não se exige, em princípio, que a Administração comprove a inexistência de uma das causas justificantes. Ao alegá-la no processo, deverá o administrado requerer ou apresentar a respectiva prova, constituindo-se regra geral do ônus da alegação.
 63. Não sendo invocada e provada a causa excludente, normalmente a ilicitude será deduzida. É que a tipicidade exerce uma função indiciária da ilicitude. Normalmente, quem comete uma conduta ilícita tipificada em lei o faz de modo contrário ao direito. Dos fatos apresentados e provados, retira-se, portanto, o comportamento antijurídico, ficando nas mãos do administrado a alegação da excludente.
 64. O mesmo há de se dizer em relação à existência de erro de fato e de direito, os quais deverão ser comprovados pelo administrado, sendo, portanto, ônus da defesa.
 65. A particularidade é que, pelo dever de agir conforme a verdade, se a Administração tiver conhecimento de fatos passíveis de impedir a sanção, independentemente de provocação do administrado, deverá buscar esclarecimentos. Essa atuação do administrador representa um compromisso com a própria ordem jurídica, não consubstanciando ato praticado no interesse defesa, embora possa resultar em benefício.
 66. Em nome do princípio da presunção de inocência, as presunções de legalidade e veracidade do ato administrativo, ao contrário do que afirma parte da doutrina e jurisprudência, não implica inversão do ônus da prova. Têm apenas o efeito de garantir a exigibilidade ou execução independentemente do consentimento do administrado, a quem cumpre a iniciativa da impugnação. Uma vez impugnado o ato, a Administração

tem o ônus de demonstrar a veracidade, algumas vezes valendo-se dos indícios de que dispõe sobre o cometimento da prática ilícita.

67. No processo administrativo sancionador, o encargo de provar os fatos constitutivos da infração recai sobre a Administração Pública. Ao afirmar a ocorrência do ilícito, o Estado deve apresentar a prova correspondente. O descumprimento conduzirá, necessariamente, à rejeição da pretensão punitiva, enquanto a observância aumentará a chances de convencimento do julgador sobre a ocorrência dos fatos alegados.
68. Inversamente, o descumprimento do ônus pela defesa não gerará inexoravelmente a responsabilidade pela infração que lhe é imputada. Eventualmente, poderá o administrado ser favorecido com alguma prova produzida pela Administração. Se, porém, deixar de atender o ônus que lhe cabe, será apenas maior o risco de ser confirmada a pretensão punitiva da Administração, mas não implicará, necessariamente, prejuízo.
69. A colaboração do administrado na prova capaz de confirmar a procedência da pretensão punitiva jamais pode ser encarada como um dever processual, senão como medida de estímulo à busca da verdade em troca de benefícios previstos em lei. O administrado realiza a opção de fornecer ou não informações e provas sobre o cometimento do ilícito. Raciocínio diverso toparia com o princípio do *nemo tenetur se detegere*.
70. Em consequência do quanto exposto, é forçoso concluir que o processo administrativo sancionador se encontra afivelado por um regime de garantias individuais, que prefere o direito à liberdade em sentido amplo quando o Estado não se desincumbir do encargo de provar.

REFERÊNCIAS

A. Artigos e Livros:

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Barcelona: Bosch, 1970. t. 1
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- ANDRADE, Christiano José de. Dos indícios no processo penal. *Justitia*. Ministério Público de São Paulo. São Paulo, v. 33, n. 72, p. 87–98, jan./mar, 1971
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Lições de direito administrativo*. 4. ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2015.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *O ilícito administrativo e o seu processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- ATALIBA, Geraldo. Denúncia espontânea e exclusão de responsabilidade penal. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 66, p. 17-29, jan. 1996.
- AURELLI, Arlete Inês. Da admissibilidade da prova emprestada no CPC de 2015. DIDIER JR, Fredie; JOBIM, Marco Felix; FERREIRA, William Santos. (Org.). *Direito probatório*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 5, p. 211-246.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. *Processo administrativo disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: KHALED JÚNIOR, Salah H. (Coord.). *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr.* [s.l]: [s. n.], 2015. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/879501/mod_resource/content/1/U9%20-%20Badaro%20-%20Direito%20a%20prova%20e%20os%20limites%20logicos.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2017.
- _____. *Ônus da prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2017.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. I.
- BAZARIAN, Jacob. *O problema da verdade: teoria do conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1994.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. rev. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- BENTHAM, Jérémie. *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: EJEA, 1971, v. II.
- BENVENUTTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. Milão, v. 2, p. 119-145, jan./mar, 1952.
- BOBBIO, Noberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2. ed. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2014, p. 49-62.
- BRAGA DA SILVEIRA, Bruna. A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC/15. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Felix; FERREIRA, William Santos. (Org.). *Direito probatório*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 5, p. 211-246.
- BREWER-CARIAS, Allan. *Principios del procedimiento administrativo*. Madrid: Civitas, 1990.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BUZAID, Alfredo. *Estudos de direito*. São Paulo: Saraiva, 1972. v. I.
- CAETANO, Marcello. *Princípio fundamentais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Milano, v. XVII, n. 1. p. 105-128, 1939.
- CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas: distribuição dinâmica do ônus da prova: exegese do art. 273, §§1º e 2º do NCPC. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Felix; FERREIRA, William Santos. (Org.). *Direito probatório*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 5, p. 247-270.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. São Paulo, 1999.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v. II.
- _____. *Teoria General del derecho*. Madri: Revista de Direito Privado, 1941.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996. t. II.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000. v. 2.

COSTA, Nelson Nery. *Processo administrativo e suas espécies*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

Convenção para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais (Convenção Europeia de Direitos Humanos), adotada em 4 de novembro de 1950. Disponível em: <http://Direitoshumanos.gddc.pt/3_1/IIPAG3_1_13.htm>. Acesso em: 28 nov. 17.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito Administrativo*. 5. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1977.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *O procedimento administrativo*. Coimbra: Almedina, 1987.

CUNHA, Maurício Ferreira. Ônus da prova, dinamicização e o novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie; JOBIM, Marco Felix; FERREIRA, William Santos. (Org.). *Direito Probatório*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 5, p. 316-318.

DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 2.

DINAMARCO, Candido. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004, v. II.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III.

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

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de direito administrativo*. Rev. Téc. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FÁBREGA, José. *Teoria general de la prueba*. 2. ed. Bogotá: Gustavo Ibañez, 2000.

FARIA, Sebastião Soares de. *Principaes theorias relativas ao onus probandi*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936.

FERNANDES, Tomas Ramon. *De la arbitrariedad de la administracion*. 2. ed. Civitas: Madri, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GASPARINI, Diógenis. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GIANNINI, Massimi Severo. *Diritto amministrativo*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1993. v. II.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Pietro Castro. Barcelona: Labor, 1936.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. t. 2.

_____. *Tratado de derecho administrativo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. t. 4.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre interpretação e aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 77, p. 177-183, jan. 1982. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66950/69560>>. Acesso em: 09 nov. 17.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Do direito de defesa em inquérito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 183, p. 9-18, jan. 1991. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44160/47833>>. Acesso em: 21 jan. 2018.

GUEDES, Demian. A presunção de veracidade e o estado democrático de Direito: uma reavaliação que se impõe. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 245-262.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Âmbito de validade da lei de processo administrativo (Lei nº 9.784/99): para além da administração federal. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 235, p. 233-256, jan. 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45135>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia, entre a facticidade e validade*. Trad. Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Tauros, 1998.

HEINEN, Juliano; SPARAPANI, Priscila; MAFFINI, Rafael. *Comentários à lei do processo administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

IACOVIELLO, Francesco Mauro. *Prova e accertamento del fatto nel processo penale riformato della Corte Costituzionale*: Cassazione penale. Milano: Giuffrè, 1992.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *A prova no processo administrativo*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1971.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

KARAN, Maria Lúcia. Sobre o ônus da prova na ação penal condenatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 35. p. 55-73, jul./set. 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. O conceito de prova e a noção de objeto de prova: considerações a respeito dos juízos de fato no processo civil. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, n. 15, p. 95-106, jan./mar. 2000.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Fundamentos do processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____; SILVA, Pablo Rodrigo Aften da. A incompreendida concepção de processo como “situação jurídica”: a vida e obra de James Goldschmidt. *Revista Panóptica*. Vitória, n. 17, v. 1, p. 23-48, nov. 2009.

MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do non bis in idem e a Constituição Brasileira de 1988. B. Cient. *ESMPU*, Brasília, a. 4, n.16, p. 11-75, jul./set. 2005.

MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. I.

MARTINEZ, Augusto Durán. *Neoconstitucionalismo y derecho administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 2012.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1982. t. IV.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Direito administrativo moderno*, 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Direito administrativo moderno*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MIRABETTE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 13. ed. São Paulo: 2002.

MITTERMAIER, Karl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal: ou exposição comparada dos princípios da prova em matéria criminal, etc., de suas aplicações diversas na Alemanha, França, Inglaterra, etc. (sic)*. Trad. Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Cruz Coutinho, 1871.

MONTEIRO, Vera. As leis de procedimento administrativo: uma leitura operacional do princípio constitucional da eficiência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Daniel Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 1985.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLMEDO, Jorge Clariá. *Derecho procesal: conceptos fundamentales*. Buenos Aires: Depalma, 1989. t. I

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos direitos humanos*. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 28 nov. 17.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PACELLI, Eugenio. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

PETIAN, Angélica. Princípios da culpabilidade e da voluntariedade. *Enciclopédia Jurídica da PUC-SP*. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). Tomo: Direito administrativo e constitucional. NUNES JÚNIOR, Vidal

Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz (coord. de tomo). São Paulo: PUC-SP, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/34/edicao-1/principios-da-culpabilidade-e-da-voluntariedade>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. *Regime jurídico dos processos ampliativos e restritivos de direito*. São Paulo: Malheiros, 2011.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. Comentários ao art. 15 do Código de Processo Civil. In: BUENO, Cassio Scarpinella. (Org.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 1, p. 207-224.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. t. III.

PRADO, Luis Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1.

QUEIRÓ, Afonso. *Estudos de direito público: dissertações*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1989, v. 1.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. 15ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao regime jurídico único dos servidores públicos civis*. São Paulo: Saraiva, 1992.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 209, p. 189-222, jul. 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47051>>. Acesso em: 21 jan. 2018.

RODRIGUEZ, Concepción Barrero. *La prueba en el procedimiento administrativo*. Navarra: Aranzadi, 2001.

ROSENBERG, Leo. *La carga da prueba*. 2. ed. Argentina: Montevideo-Buenos Aires, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. [1762]. Trad. Rolando Roque da Silva. [s.l.]: Ridendo Castigat Mores, 2002. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 17.

ROXIN, Claus. *Derecho processual penal*: Buenos Aires: del Puerto, 2003.

SANTIAGO, Jose Maria Rodríguez de. *Metodología del derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 4. ed. São Paulo: Max Limonard, 1970. v. I.

SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre; MARQUES NETO, Floriano. (Coords). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 98-143.

SILVA, Blecaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). *Negócios processuais*. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 521-544.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

_____. Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal? In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Orgs.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 605-618.

_____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio non bis in idem na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. *Revista de Defesa da Concorrência*. v. 2, n. 2, p. 15, novembro, 2014, p. 5-22.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *Fundamentos de direito público*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. Introdução ao processo administrativo. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *As Leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 140, p. 145-162, out/dez, 1998.

TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.

_____. Contro la veriphobia: osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 65, n. 5, p. 995-1011, 2010.

_____. *La prueba*. Santiago: Metropolitana, 2009.

_____. *La semplice verità: il giudice e da costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009a.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.

TOMÉ, Fabiana del Padre. *A prova no direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Noezes, 2011.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959. v. 5.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. O ordenamento jurídico administrativo português. In: Associação Jurídica de Braga (Autor). *Contencioso administrativo*. Braga: Livraria Cruz, 1986. p. 58-68.

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

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 3.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ZANETTI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras do ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ZANOBINI, Guido. *Curso de direito administrativo*. Buenos Aires: Arayú, 1954. v. 1.

B. Jurisprudência e Legislação:

ALAGOAS. Lei nº 6.161 de 26 de junho de 2000. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. Maceió, AL. *Diário Oficial [do] Estado*. 27 jun. 2000. Disponível em: <<http://www.amgesp.al.gov.br/legislacao/leis-estaduais/Lei%20no%206.161%20de%2026-06-2000%20que%20regula%20o%20processo%20administrativo.pdf/view>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

AMAZONAS. Lei nº 2794, de 6 de maio de 2003. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. Manaus, AM. *Diário Oficial [do] Estado*. 6 maio 2003. Disponível em: <http://online.sefaz.am.gov.br/silt/Normas/Legisla%E7%E3o%20Estadual/Lei%20Estadual/A no%202003/Arquivo/LE_2794_03.htm>. Acesso em: 17 dez. 2017.

BAHIA. Lei nº 12.209, de 20 de abril de 2011. Dispõe sobre o processo administrativo, no âmbito da Administração direta e das entidades da Administração indireta, regidas pelo regime de direito público, do Estado da Bahia, e dá outras providências. Salvador, BA. *Diário Oficial [do] Estado*. 21 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.legislabahia.ba.gov.br/>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. Resolução nº 25, de 25 de abril de 2008. Dispõe sobre o processo administrativo para a apuração de infrações e aplicação de penalidades, no âmbito da competência da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC. Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*, n. 80, s/1, p. 8-11.

_____. Agência Nacional de Telecomunicações. Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012. Aprova o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas. Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*. 10 maio 2012. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2012/191-resolucao-589>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013. Aprova o Regimento Interno da Anatel.

Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*. 2 maio 2013. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/450-resolucao-612>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. Portaria nº 4.334, de 17 de setembro de 2015. Dispõe sobre o serviço de radiodifusão comunitária. Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*. 21 set. 2015. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/normas-do-mc/915-portaria-4334>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*. 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF. 6/11/1992. *Diário Oficial [da] União*. 9 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 20 dez. 2017.

_____. Decreto Federal nº 2.181, de 20 de março de 1997. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. Brasília, DF. 20/03/1997. *Diário Oficial [da] União*. 21 mar. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*. 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*. 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*. 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre (sic) a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*. 27 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*. 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a Ação Popular. Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*. 8 abr. 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*. 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

_____. Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. *Diário Oficial [da] União*. Brasília, DF. 14 mar. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. *Diário Oficial [da] União*. Brasília, DF, 11 dez. 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6880.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

_____. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*. 2 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*. 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. *Diário Oficial [da] União*. Brasília, DF. 19 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*. 22 abr. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. Lei nº 8.625, de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*. Brasília, DF. 15 fev. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). *Diário Oficial [da] União*. Brasília, DF. 5 jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. Lei nº 9.051, de 18 de maio de 1995. Dispõe sobre a expedição de certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações. *Diário Oficial [da] União*. Brasília, DF, 19 maio 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19051.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*. Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 27 nov. 2017.

_____. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*. 25 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial [da] União*. Brasília, DF. 1 fev. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 27 nov. 2017.

_____. Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Altera a Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Brasília, DF. 11/06/2003. *Diário Oficial [da] União*. 2 dez. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. Lei Federal nº 10.871, de 20 de maio de 2004. Dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das autarquias especiais denominadas Agências Reguladoras, e dá outras providências. Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*. 21 maio 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.871.htm>. Acesso em: 21 jan 2018.

_____. Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*. Brasília, DF. 2 dez. 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

_____. Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nos 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. *Diário Oficial [da] União*. 1º ago. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13019.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] União*. 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Brasília, DF. *Diário*

Oficial [da] União. 27 jun. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13460.htm>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Ministro da Justiça Francisco Campos, 08/09/1941. *Diário Oficial [da] União.* Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-exposicaodemotivos-149193-pe.html>>. Acesso em: 24 nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Recurso em Mandado de Segurança. RMS 8.005/SC. Recorrente: João Vianna de Albuquerque. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Gilson Dipp. Brasília, DF. 06/04/2000. *Diário [da] Justiça.* 2 maio 2000. p. 150.

_____. (6ª Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus. RHC: 12266/SP 2001/0198842-0. Recorrente: Marcelo Garcia Gomes e Outro. Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Brasília, DF. 09/09/2003. *Diário [da] Justiça.* 20 out. 2003. p. 298.

_____. (2ª Turma). Recurso Especial. REsp 626.774/CE. Recorrente: Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Recorrido: Associação Beneficente José Ednir Maia de Limoeiro do Norte. Relator: Min. Eliana Calmon. Brasília, DF. 17/06/2004. *Diário [da] Justiça.* 13 set. 2004, p. 220.

_____. (5ª Turma). Recurso Especial. REsp 685.203/RJ. Recorrente: MPF. Recorrido: Luis Nunes Dias. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca. Brasília, DF. 03/03/2005. *Diário [da] Justiça Eletrônico.* 28 mar. 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=530149&num_registro=200401137033&data=20050328&formato=PDF>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (1ª Turma). Recurso Especial. REsp 673.765/RJ. Recorrente: Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras. Recorrido: Município do Rio de Janeiro. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF. 15/09/2005. *Diário [da] Justiça.* 26 set. 2005, p. 214.

_____. (6ª Turma). Recurso ordinário - Mandado de segurança. RMS: 18017/SP 2004/0037858-1. 09/02/2006. Recorrente: Paulo de Oliveira. Recorrido: Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Min. Paulo Medina. Brasília, DF. *Diário [da] Justiça.* 2 maio 2006. p.390.

_____. (3ª Seção). Mandado de Segurança. MS 8.192/DF. Impetrante: Sérgio Victor Tamer. Impetrado: Ministro de Estado da Educação. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF. 22/02/2006. *Diário [da] Justiça Eletrônico* 26 jun. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=609780&num_registro=200200157298&data=20060626&formato=PDF>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. (3ª Seção). Mandado de Segurança. MS 10.585/DF. Impetrante: Marcelo Duval Soares. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Relator: Min. Paulo Gallotti. Brasília, DF. 13/12/2006. *Diário [da] Justiça Eletrônico.* 26 fev. 2007. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=>

669558&num_registro=200500636488&data=20070226&formato=PDF>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. (2ª Turma). Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. RMS 25.115/BA. Recorrente: Sul América Capitalização S/A - Sulacap. Recorrido: Estado da Bahia. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, DF. 11/03/2008. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 28 mar. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=761480&num_registro=200702169063&data=20080328&formato=PDF>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. (2ª Turma). Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. RMS 26.397/BA. Recorrente: Sul América Capitalização S/A - Sulacap. Recorrido: Estado da Bahia. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, DF. 01/04/2008. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 11 abr. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=767572&num_registro=200800394009&data=20080411&formato=PDF>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. (1ª Turma). Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. RMS 25.065/BA. Recorrente: Sul América Capitalização S/A - Sulacap. Recorrido: Estado da Bahia. Relator: Min. Francisco Falcão. Brasília, DF. 11/03/2008. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 5 maio 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=761865&num_registro=200702115379&data=20080505&formato=PDF>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. (1ª Turma). Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. RMS 24.708/BA. Recorrente: Sul América Capitalização S/A - Sulacap. Recorrido: Estado da Bahia. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, DF. 19/06/2008. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 30 jun. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=795679&num_registro=200701756937&data=20080630&formato=PDF>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. (3ª Seção). Mandado de Segurança. [MS 10.906-DF](#). Impetrante: Renato Kanto. Impetrado: Ministro de Estado do Trabalho. Relator: Min. Nilson Naves. Brasília, DF. 10/9/2008. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 1 out. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=787812&num_registro=200501292441&data=20081001&formato=PDF>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (1ª Turma). Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. RMS 24921/BA. Recorrente: Sul América Capitalização S/A. Recorrido: Estado da Bahia. Relator: Min. Denise Arruda. Brasília, DF. 21/10/2008. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 12 nov. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=830550&num_registro=200701939257&data=20081112&formato=PDF>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. (5ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial. AgRg no REsp 871.739/PE.

Agravante: MPF. Agravado: Amaury da Silva Pinto e Outro. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF. 18/11/2008. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 09 dez. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=838221&num_registro=200601535332&data=20081209&formato=PDF>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (4ª Turma). Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Especial. EDcl nos EDcl no REsp 1072223/RS. Embargante: Rosita Uszacki Kruger. Embargado: Brasil Telecom S/A. Min. João Otávio de Noronha. Brasília, DF. 16/04/2009. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 27 abr. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=874226&num_registro=200801521959&data=20090427&formato=PDF>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (6ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial. AgRg no REsp 1034025/DF. Agravante: Distrito Federal. Agravado: Domingos Azevedo dos Santos. Relator: Min. Haroldo Rodrigues. Brasília, DF. 15/09/2009. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 26 out. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=912071&num_registro=200800366772&data=20091026&formato=PDF>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (3ª Turma). Recurso Especial. REsp 696.816/RJ. Recorrente: José Eduardo Bank e Outro. Recorrido: Banco Citybank S/A. Relator: Min. Sidnei Beneti. Brasília, DF. 06/10/2009. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 29 out. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=918994&num_registro=200401472357&data=20091029&formato=PDF>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (1ª Turma) Recurso Especial. REsp 1.087.892-SP. Recorrente: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON/SP. Recorrido: General Motors do Brasil Ltda. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, 22/6/2010. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 3 ago. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=952473&num_registro=200802063680&data=20100803&formato=PDF>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. (2ª Turma). Recurso Especial. REsp 1185375/RJ. Recorrente: Luiz Claudio Correia. Recorrido: União. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, DF. 22/03/2011. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 04 abr. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1046887&num_registro=201000483594&data=20110404&formato=PDF>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. (1ª Turma). Recurso Especial. REsp 1216473/PR. Recorrente: Maria Ester do Nascimento Meger e Outro. Recorrido: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF. 03/05/2011. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 09 maio 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1057162&num_registro=201001905993&data=20110509&formato=PDF>. Acesso em: 20

dez. 2017.

_____. (3ª Seção). Mandado de Segurança. MS 14.993/DF. Impetrante: Tânia Regina Vidal Silva. Impetrado: Ministro de Estado da Cultura. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF. 08/06/2011. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 16 jun. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067772&num_registro=201000166963&data=20110616&formato=PDF>. Acesso em: 20. dez. 2017.

_____. (3ª Seção). Mandado de Segurança. MS 14.795/DF. Impetrante: Paulo Roberto Dambrózio e Outros. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Relator: Min. Og Fernandes. Brasília, DF. 23/05/2012. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 04 jun. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1150847&num_registro=200902212709&data=20120604&formato=PDF>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. (1ª Turma). Recurso Especial. REsp 1058938/MG. 21/08/2012. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: NASA-Núcleo de Apoio à Saúde e à Natureza. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, DF. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 27 ago. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=24076156&num_registro=200801050861&data=20120827&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. (3ª Seção). Mandado de Segurança. MS 12.684/DF. Impetrante: Raimundo Nonato de Almeida Guerreiro. Impetrado: Ministro de Estado do Trabalho e Emprego. Relator: Min. Og Fernandes. Brasília, DF. 28/03/2012. *Diário [da] Justiça Eletrônico* 03 set. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1135030&num_registro=200700503469&data=20120903&formato=PDF>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. (1ª Seção). Mandado de Segurança. MS: 17370 DF 2011/0152234-7. Impetrante: Jorge Elias da Silva. Impetrado: Ministro de Estado da Saúde. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF. 28/08/2013. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 10 set. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1259240&num_registro=201101522347&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (1ª Seção). Mandado de Segurança. MS 17.370/DF. Impetrante: União. Impetrado: Jorge Elias da Silva. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF. 28/08/2013. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 10 set. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1313432&num_registro=201101522347&data=20140425&formato=PDF>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. (6ª Turma). Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança. AgRg no RMS 43.329/RS. Agravante: Tecnisan Sistemas Operacionais de Saneamento Ltda. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF. 08/10/2013. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 21 out. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31822121&num_registro=201302251255&data=20131021&tipo=5&formato=PDF>.

Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (1ª Turma). Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. RMS 38.914/ES. Recorrente: Roberta Schaider Pimentel. Recorrido: Estado do Espírito Santo. Relator: Min. Ari Pargendler. Brasília, DF. 13/05/2014. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 20 maio 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1318194&num_registro=201201773540&data=20140520&formato=PDF>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. (6ª Turma). Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. RMS: 30114 SP 2009/0146886-3. Recorrente: Lucas Eduardo Alvarez dos Santos. Recorrido: Estado de São Paulo. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF. 06/05/2014. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 23 maio 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34623821&num_registro=200901468863&data=20140523&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (Corte Especial). Embargos de Divergência em Recurso Especial - EREsp: 617428 SP 2011/0288293-9. Embargante: Ponte Branca Agropecuária S/A e Outros. Embargado: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF. 04/06/2014. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 17 jun. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35833013&num_registro=201102882939&data=20140617&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (3ª Seção). Mandado de segurança. MS 15004/DF. Impetrante: Antonia Andrade da Costa. Impetrado: Ministro de Estado da Previdência Social. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF. 13/08/2014. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 22 ago. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1338472&num_registro=201000197142&data=20140822&formato=PDF>. Acesso em 12 nov. 2017.

_____. (3ª Seção). Mandado de Segurança. MS 12.660/DF. Impetrante: José Luiz Marinho Soares. Impetrado: Ministro de Estado da Fazenda. Relator: Min. Marilza Maynard. Brasília, DF. 13/08/2014. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 22 ago. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1338468&num_registro=200700445545&data=20140822&formato=PDF>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (1ª Seção). Agravo Regimental no Agravo Regimental em Mandado de Segurança. AgRg no AgRg no MS 20.689/DF. Agravante: Gustavo Freire. Agravado: União. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF. 10/12/2014. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 05 mar. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1374947&num_registro=201304139504&data=20150305&formato=PDF>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. (6ª Turma). Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. RMS 21.866/SP. Recorrente: Rubens Rabonezi. Recorrido: Presidente da Câmara Municipal de São Paulo.

Relator: Min. Nefi Cordeiro. Brasília, DF. 16/04/2015. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 27 abr. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1399573&num_registro=200600889752&data=20150427&formato=PDF>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (1ª Turma). Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança. AgRg no RMS 32.711/PE. Agravante: SILVANO CÉSAR OLIVEIRA DA SILVA. Agravado: Estado de Pernambuco. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF. 27/10/2015. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 10 nov. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1457163&num_registro=201001353113&data=20151110&formato=PDF>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (6ª Turma). Agravo Regimental no Agravo ao Recurso Especial. AgRg no AREsp 824.317/RS. Agravante: Givanildo Antonio Zuanazzi. Agravado: MPF. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF. 15/03/2016. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 28 mar. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1497480&num_registro=201503107962&data=20160328&formato=PDF>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (1ª Seção). Mandado de Segurança. MS 19.782/DF. Impetrante: Roberto Ferreira Figueiredo. Impetrado: Ministro de Estado da Fazenda. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, DF. 09/12/2015. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 06 abr. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1373785&num_registro=201300422391&data=20160406&formato=PDF>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (6ª Turma). Recurso Especial. REsp 1501842/PR. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Ederson dos Santos Bielecki. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF. 05/04/2016. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 18 abr. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1501534&num_registro=201403296510&data=20160418&formato=PDF>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (1ª Seção). Mandado de Segurança. MS 20.994/DF. Impetrante: Douglas Renato da Rocha Herrmann. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, DF. 25/05/2016. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 06 jun. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1440530&num_registro=201401152166&data=20160606&formato=PDF>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. (1ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial. AgRg no REsp 1083566/RJ. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Preferencial Estacionamento Ltda. Relator: Min. Sérgio Kukina. Brasília, DF. 14/06/2016. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 24 jun. 2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=>

1519883&num_registro=200800389610&data=20160624&formato=PDF>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. (1ª Seção). Mandado de Segurança. MS 22.575/PA. Impetrante: Jose Deusdeth de Lima. Impetrado: Ministro de Estado da Fazenda. Rel. Ministro Humberto Martins. Brasília, DF. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 30 ago. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1534325&num_registro=201601258020&data=20160830&formato=PDF>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (1ª Seção). Mandado de Segurança. MS 20.052/DF. Impetrante: Tania Maria Jannuzzi Salao. Impetrado: Ministro de Estado da Fazenda. Relator: Min. Gurgel de Faria. Brasília, DF. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 10 out. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=62085933&num_registro=201301056727&data=20161010&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (5ª Turma) Habeas Corpus. HC 317.453/SC. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Paciente: Paulo Edenilson Camargo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, DF. 10/11/2016. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 18 nov. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1553871&num_registro=201500411748&data=20161118&formato=PDF>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (1ª Seção). Mandado de Segurança. MS 21.647/DF. 26/10/2016. Impetrante: Ademilson José de Santana. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, DF. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 1 dez. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=66801640&num_registro=201500486309&data=20161201&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 20 dez. 2017.

_____. (1ª Seção). Mandado de Segurança. MS 20.978/DF. Impetrante: Luiz Felipe Pinto Delgado. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, DF. 26/10/2016. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 01 dez. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1551527&num_registro=201401081810&data=20161201&formato=PDF>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. (1ª Seção). Mandado de Segurança. MS 15.321/DF. Impetrante: Marcos José Veiga Soares. Impetrado: Ministro de Estado do Meio Ambiente. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, DF. 28/09/2016. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 19 dez. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1474542&num_registro=201000942235&data=20161219&formato=PDF>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. (1ª Seção). Mandado de Segurança. MS 20.765/DF. Impetrante: Maria Auxiliadora de Vasconcellos. Impetrado: Ministro de Estado da Fazenda. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, DF. 08/02/2017, *Diário [da] Justiça Eletrônico* 14 fev. 2017. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=>

1569390&num_registro=201400190454&data=20170214&formato=PDF>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (5ª Turma). Habeas Corpus. HC 360.590/SC. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Paciente: Hiago Subtil da Silva. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, DF. 07/03/2017. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 15 mar. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1575787&num_registro=201601658823&data=20170315&formato=PDF>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (2ª Turma). Recurso Especial. REsp: 1677380/RS. 2017/0136731-0. 10/10/2017. Recorrente: União. Recorrido: Arnaldo Belisario Neves. Relator: Min. Herman Benjamin. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 16 out. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1634391&num_registro=201701367310&data=20171016&formato=PDF>. Acesso em 20 dez. 2017.

_____. (1ª Seção). Súmula 591: É permitida a “prova emprestada” no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e ampla defesa. Brasília, DF. 13/09/2017. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 18 set. 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (1ª Seção). Mandado de Segurança. MS 17.868/DF. Impetrante: Rosana Denigres Napoleão. Impetrado: Ministro de Estado da Fazenda. Rel. Min. Sérgio Kukina. Brasília, DF 08/03/2017. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 23 mar. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1582900&num_registro=201102863588&data=20170323&formato=PDF>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (1ª Seção). Mandado de Segurança. MS 20.615/DF. Impetrante: Odete Bevilacqua Meli. Impetrado: Ministro de Estado da Previdência Social. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, DF. 08/03/2017. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 31 mar. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1577580&num_registro=201303846328&data=20170331&formato=PDF>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (1ª Seção). Mandado de Segurança. MS 17.994/DF. Impetrante: Sérgio Toledo Santana. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, DF. 14/12/2016. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 17 abr. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1564145&num_registro=201103089121&data=20170417&formato=PDF>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. (2ª Turma). Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. RMS 50.400/MG. Recorrente: Alessandry Figueiredo. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Rel. Min. Herman Benjamin. Brasília, DF. 02/05/2017. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 10 maio 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1598879&num_registro=201600739598&data=20170510&formato=PDF>. Acesso em: 17

dez. 2017.

_____. (1ª Seção). Mandado de Segurança. MS 17.543/DF. Impetrante: Joeury Dimas de Oliveira e Outros. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Relator: Min. Regina Helena Costa. Brasília, DF. 10/5/2017. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 15 maio 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1602164&num_registro=201102164176&data=20170515&formato=PDF>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (1ª Seção). Mandado de Segurança. MS 15.783/DF. Impetrante: Léa da Silva Lima. Impetrado: Ministro de Estado da Previdência Social. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF. 24/05/2017. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 30 jun. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1494926&num_registro=201001803294&data=20170630&formato=PDF>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (1ª Turma). Agravo Interno no Recurso em Mandado de Segurança. AgInt no RMS 52.794/PE. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: Cristiano Rodrigues Ribeiro da Silva. Relator: Min. Regina Helena Costa. Brasília, DF. 16/05/2017. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 22 maio 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1603361&num_registro=201603355720&data=20170522&formato=PDF>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (5ª Turma). Agravo Regimental no Habeas Corpus. AgRg no HC 331.384/SC. Agravante: Jeferson Borges Ribeiro. Agravado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, DF. 22/08/2017. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 30 ago. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1628573&num_registro=201501824865&data=20170830&formato=PDF>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (3ª Seção). Súmula 343. É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar. Brasília, DF. 12/09/2007. *Diário [da] Justiça*. 21 set. 2007, p. 334.

_____. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus. HC 76.060-4/SC. Paciente: Arante José Monteiro Filho. Coator: Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF. 31/03/1998. *Diário [da] Justiça*. 15 maio 1998, p. 44.

_____. (Tribunal Pleno). Mandado de segurança. MS 22643. Impetrante: Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina - Cremesc e Outro. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Moreira Alves, Brasília, DF. 06/08/1998. *Diário [da] Justiça*. 4 dez. 1998. p. 13.

_____. Habeas Corpus. HC: 73351/SP. Paciente: José Pereira da Rosa. Impetrante: Marcos Roberto Alexander e Outro. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ilmar Galvão. Brasília, DF. 09/05/1996. *Diário [da] Justiça*. 19 mar. 1999. p. 9.

_____. (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade em Medida Cautelar. Requerente: Partido Comunista do Brasil – PC do B e Outros. Requerido: Presidente da

República e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF. 20 ago. 1998. *Diário [da] Justiça*. 16 abr. 2004., p. 62.

_____. (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança. MS 24268/MG. 05/02/2004. Impetrante: Fernanda Fiuza Brito. Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União e outro. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, DF. *Diário [da] Justiça*. 17 set. 2004. p. 53.

_____. (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. ADI 3.026-4. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF. 08/06/2006. *Diário [da] Justiça*. 29 set. 2006. p. 31.

_____. (Tribunal Pleno). Inquérito 2424. Inq 2424 QO-QO. Autor: Ministério Público Federal. Demandado: P.G.O.M e Outros. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, DF. 20/06/2007. *Diário [da] Justiça Eletrônico* 24 ago. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609608>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (1ª Turma). Habeas Corpus. HC 91.253/MS. Paciente: Jorge Rafaat Toumani Coator: Relatora do HC nº 81.674 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF. 16/10/2007. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 14 nov. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=494644>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (Tribunal Pleno). Reclamação. RCL 5310. Reclamante: Cleber Guarnieri. Reclamado: Juiz Federal da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Mato Grosso. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF. 03/04/2008. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 16 maio 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=527295>>. Acesso em: 21 jan. 2018.

_____. (Tribunal Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade. ADI 2.120. Requerente: Confederação Brasileira de Trabalhadores Policiais Cíveis – COBRAPOL. Intimado: Governador do Estado do Amazonas e Outro. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 16/10/2008. *Diário Eletrônico [da] Justiça*. 30 out. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630107>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. (2ª Turma). Recurso Extraordinário. RE 402.717-8/PR. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Davi Makarausky. Relator: Min. César Peluso. Brasília, DF. 02/12/2008. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 13 fev. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=575931>>. Acesso em 12 dez. 2017.

_____. (1ª Turma). Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. AI 710.085 AgR. Agravante: Instituto de Previdência de Santo André. Agravado: Espólio de Sidney Furlanetto. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF. 03/02/2009. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 6 mar. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=580017>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. (2ª Turma). Habeas Corpus. HC nº 89.544/RN. Paciente: Francisco Lindolácio de Aquino. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, DF.

14/04/2009. *LEXSTF*, n. 365, 2009. p. 348-366. v. 31.

_____. (1ª Turma). Recurso Extraordinário. RE 304.857. Recorrente: Price Waterhouse – Auditores Independentes S/C Ltda. e Outros. Recorrido: Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, DF. 24/11/2009. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 5 fev. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607306>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. (2ª Turma). Habeas Corpus. HC 91.509/RN. Paciente: Luís André Nunes da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF. 27/10/2009. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 11 fev. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607662>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (2ª Turma). Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. RMS 25.856. Recorrente: Marcos Cisneiros de Albuquerque e Outros. Recorrido: União. Relator: Min. Eros Grau, Brasília, DF. 09/03/2010. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 14 maio 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611004>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. (Plenário). Recurso Extraordinário. RE 594.296. Recorrente: Estado de Minas Gerais. Recorrido: Maria Ester Martins Dias. Relator: Min. Dias Toffoli, Brasília, DF. 21/09/2011. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 13 fev. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1729772>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. (2ª Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus. RHC n. 106.398. Recorrente: Ézio Rahal Melillo. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF. 04/10/2011. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 3 abr. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1878501>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (1ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. ARE: 641054/RJ. Agravante: Banco Citybank S/A. Agravado: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF. 22/05/2012. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 25 jun. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2226324>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (Tribunal Pleno). Habeas Corpus. HC 88.660/CE. Paciente: Roberto de Barros Leal Pinheiro. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Carmen Lúcia. Brasília, DF. 15/05/2008. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 6 ago. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6439854>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (2ª Turma). Mandado de Segurança. MS: 26358 DF. Agravante: União. Agravado: Novadata Sistemas e Computadores S/A. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF. 31/10/2014. *Diário Eletrônico [da] Justiça*. 06 nov. 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/MS_26358_DF_1419069827523.pdf?Sign>

ature=c6iW02Xq0U94zoxnc0SCNrqu1J8%3D&Expires=1515526551&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=f29e1f4d77d1a66556c52243a3abc944>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. (1ª Turma). Embargos Declaratórios em Mandado de Segurança. MS 27.700 ED. Embargante: Suenon Ferreira de Sousa Junior. Embargado: CNJ. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF. 08/09/2015. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 28 set. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9466565>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. (2ª Turma). Recurso em Mandado de Segurança. RMS 31767 AgR. Agravante: José Luiz Althéia. Agravado: União. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Brasília, DF. 22/09/2015. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 21 out. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9619645>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. (2ª Turma). Recurso em Mandado de Segurança. RMS 28172. Recorrente: SECONCI/DF - Serviço Social do Distrito Federal. Recorrido: União. Relator(a): Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF. 24/11/2015. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 01 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10088218>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (2ª Turma) Agravo Regimental em Mandado de Segurança. MS 29465 AgR. Agravante: José Ramos Dias Filho. Agravado: CNJ. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF. 17/11/2015. *Diário [da] Justiça Eletrônico* 16 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10260288>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário. RE 669069. 03/02/2016. Recorrente: União. Recorrido: Viação Três Corações Ltda. e Outro. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF. *Diário Oficial [da] União*. 28 abr. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10810061>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. (Decisão Monocrática). Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado contra decisão proferida pelo E. Conselho Nacional de Justiça nos autos do Procedimento de Controle Administrativo nº 0002923-38.2014.2.00.0000. MS 34.180 MC. Impetrante: Edson Alves da Silva e Outros. Impetrado: Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF. *Diário Eletrônico [da] Justiça*. 1 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4975937>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. (2ª Turma). Inquérito 3.967. Inq 3967. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: João Alberto Fraga Silva e Outro. Relator(a): Min. Teori Zavascki. Brasília, DF. 22/11/2016. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 16 maio 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12891094>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário. RE 938837 / SP Recorrente: Mútua de assistência dos profissionais da Engenharia, Arquitetura e Agronomia. Recorrido: Conselho

Regional de Engenharia e Agronomia do Estado de São Paulo. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF. 19/04/2017. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 25 set. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13650650>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. (1ª Turma). Extradução instrutória. Extradução 1.486/DF. 15/08/2017. Requerente: Governo dos Estados Unidos da América. Extraditando: Michael Kighten Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, DF. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 28 ago. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13455996>>. Acesso em 20 dez. 2017.

_____. (1ª Turma). Habeas Corpus. HC 137044/PE. Paciente: Wanderson Franco de Souza. Impetrante: Rodrigo Trindade. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, DF. 10/10/2017. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 23 nov. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14106264>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (Sessão Plenária). Súmula nº 19. É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira. Brasília, DF. 13/12/1963. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 39.

_____. Súmula 160. É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício. 13/12/1963. *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno*. Brasília, DF. Imprensa Nacional, 1964. p. 87.

_____. Súmula 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Brasília, DF. 09/12/1969. *Diário [da] Justiça*. 10 dez. 1969, p. 5929.

_____. Súmula nº 523. No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. 03/12/1969. *Diário [da] Justiça*. 10 dez. 1969, p. 5933.

_____. Súmula Vinculante nº 5. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Brasília, DF. 07/05/2008. *Diário Oficial [da] União*. 16 maio 2008, p. 1.

_____. Súmula Vinculante nº 3. Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão. Brasília, DF. 30/05/2007. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 6 jun. 2007, p. 1.

_____. Súmula Vinculante nº 21. É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo. Brasília, DF. 19/10/2009. *Diário Oficial [da] União*. 10 nov. 2009, p. 1.

_____. Tribunal de Contas da União (1ª Câmara). Decisão. DC-0176-21/00-1. Embargante: Arody Cordeiro Herdy. Embargado: Decisão nº 177/98-TCU-1ª Câmara. Relator: Min. Guilherme Palmeira. Brasília, DF. 20/06/2000. *Diário Oficial [da] União*. 30 jun. 2000. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CSIDOC%5CgeradoSIDOC_DC017621001.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. (Plenário). Acórdão. A-276/2010. Recorrente: Alberto Carvalho de Souza e Outros. Entidade: Município de Rondonópolis/MT. Relator: André de Carvalho. Brasília, DF. 24/02/2010. *Diário Oficial [da] União*. 26 fev. 2010. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A276%2520ANOACORDAO%253A2010/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 17 dez. 2017

_____. (2ª Câmara). Decisão. DC-0225-23/00-2. Entidade: Prefeitura Municipal de Divina Pastora/SE. Interessado: Raul Fernando Barreto Rollemberg. Relator: Min. Adylson Motta. Brasília, DF. 20/06/2000. *Diário Oficial [da] União*. 03 jul 2000. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CSIDOC%5CgeradoSIDOC_DC022523002.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (8ª Turma). Auto de infração. AP: 00566200707103007. 0056600-72.2007.5.03.0071. 04/09/2013. Agravante: União Federal (Fazenda Nacional). Agravado: Nino Scotton. Relator: Des. Sercio da Silva Peçanha. Belo Horizonte, MG. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 13 set. 2013. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (6ª Turma). Apelação Cível. AC: 8156/MG. 2002.38.00.008156-1. Apelante: ZPEX – Administradora da Zona de Processamento de Exportação de Teófilo Otoni S/A. Apelado: União. Relator: Des. Maria Isabel Gallotti Rodrigues. Brasília, DF. 19/09/2005. *Diário [da] Justiça*. 3 out. 2005. p. 106.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. (8ª Turma) Recurso de Revista. RR: 1142000420075150011. Recorrente: JBS S/A. Recorrido: Carlos André Agostinho de Melo. Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro. Brasília, DF. 06/05/2015. *Diário Eletrônico [da] Justiça [do] Trabalho*. 08 maio 2015. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20114200-04.2007.5.15.0011&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAIMjAAO&dataPublicacao=08/05/2015&localPublicacao=DEJT&query=insalubridade>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. (6ª Turma) Agravo de Instrumento em Recurso de Revista. AIRR: 2624001620085150011. Agravante: JBS S/A. Agravado: Divinomar Assis Peixoto Relator: Augusto César Leite de Carvalho. Brasília, DF. 05/08/2015. *Diário Eletrônico [da] Justiça [do] Trabalho*. 07 ago. 2015. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20262400-16.2008.5.15.0011&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAANskaAN&dataPublicacao=07/08/2015&localPublicacao=DEJT&query=insalubridade>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. (8ª Turma). Recurso de Revista - RR: 1175009620085100004. Recorrente: União

(PGR). Recorrido: Marcos Freitas Pereira. Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro. Brasília, DF. 04/11/2015. *Diário Eletrônico [da] Justiça [do] Trabalho*. 06 nov. 2015. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20117500-96.2008.5.10.0004&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAOEIAAU&dataPublicacao=06/11/2015&localPublicacao=DEJT&query=Prova%20and%20EMprestada>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

DISTRITO FEDERAL. Lei. nº 2.834, de 7 de dezembro de 2001. Recepçiona a Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Brasília, DF. *Diário Oficial [do] DF*. 22 dez. 2001. p. 1.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. (3ª Turma Cível). Apelação Cível. AC 5043398-DF. Apelante: Máquinas e Serviços Ltda. Apelado: Companhia de Águas e Esgotos de Brasília. Relator: Angelo Passareli. Brasília, DF. 18/11/1999. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 09 fev. 2000, p. 17.

GOIÁS. Lei nº 13.800, de 18 de janeiro de 2001. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública do Estado de Goiás. Goiânia, GO. *Diário Oficial [do] Estado*. 23 jan. 2001. Disponível em: <http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/leis_ordinarias/2001/lei_13800.htm>. Acesso em: 17 dez. 2017.

MARANHÃO. Lei nº 8.959, de 8 de maio de 2009. Estabelece normas gerais para a elaboração e tramitação dos atos e processos administrativos no âmbito do Poder Executivo do Estado do Maranhão. São Luis, MA. *Diário Oficial [do] Estado*. 8 maio 2009. Disponível em: <<http://www.stc.ma.gov.br/legisla-documento/?id=2697>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

MATO GROSSO. Lei nº 7.692, de 1º de julho de 2002. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. Cuiabá, MT. *Diário Oficial [do] Estado*. 1 jul. 2002.

MINAS GERAIS. Lei nº 14.184 de 31 de janeiro de 2002. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. Belo Horizonte, MG. *Diário Oficial [do] Estado*. 1 fev. 2002. p. 3.

PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará (4ª Câmara Cível Isolada). Apelação cível. APL: 201330259925/PA. 08/09/2014. Apelante: Bruno Martins dos Santos. Apelado: Ministério Público do Estado do Pará. Relator: Des. José Maria Teixeira do Rosário. Belém, PA. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 12 set. 2014. Disponível em: <<https://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/342931635/apelacao-apl-73991520128140028-belem/inteiro-teor-342931645#>>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

PERNAMBUCO. Lei nº 1.178, de 6 de junho de 2000. Regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. Recife, PE. *Diário Oficial [do] Estado*. 7 jun. 2000. p. 4.

PIAUI. Lei nº 6.782, de 28 de março de 2016. Regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública no âmbito do Estado do Piauí. Teresina, PI. *Diário Oficial [do] Estado*. 28 mar. 2016. p. 57.

PORTO ALEGRE. Lei nº 790, de 10 de fevereiro de 2016. Estabelece normas gerais para o

processo administrativo no âmbito da administração municipal direta e da administração municipal indireta e normas especiais para a constituição de dívida não tributária no município de Porto Alegre; [...]. Porto Alegre, RS. *Diário Oficial [de] Porto Alegre*. 12 fev. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/PzdvS5>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

RIO DE JANEIRO. Lei nº 5. 427, de 1º de abril de 2009. Estabelece normas sobre atos e processos administrativos no âmbito do estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Rio de Janeiro, RJ. *Diário Oficial [do] Estado*. 2 abr. 2009. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/f25edae7e64db53b032564fe005262ef/ef664a70abc57d3f8325758b006d6733?OpenDocument&Highlight=0,5427>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (13ª Câmara Cível). Apelação. APL: 1690847920098190001 RJ 0169084-79.2009.8.19.0001. Apelante: Claudina Pettersen Godinho Muratore e Outros. Apelado: Município do Rio de Janeiro. Relator: Des. Fernando Fernandy Fernandes. Brasília, DF. 21/09/2011. *Diário [da] Justiça*. 26 set. 2011. Disponível em:

<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00034577950B914206BFB210EBADDC8C97A647C403103A1E>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (21ª Câmara Cível). Apelação Cível. AP nº 70051661775. 04/09/2013. Apelante: Departamento Estadual de Trânsito - DETRAN. Apelado: Douglas Porto Bastos. Relator: Des. Genaro José Baroni Borges. Porto Alegre, RS. *Diário [da] Justiça Eletrônico*. 11 set. 2013. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113273451/apelacao-civel-ac-70051661775-rs/inteiro-teor-113273462?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

RONDÔNIA. Lei nº 3.830, de 27 de junho de 2016. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública do Estado de Rondônia. Porto Velho, RO. *Diário Oficial [do] Estado*. 28 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.al.ro.leg.br/leis/legislacao-estadual-1>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

RORAIMA. Lei 418, de 15 de janeiro de 2004. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. Boa Vista, RR. *Diário Oficial [do] Estado*. 19 jan. 2004. Disponível em: <http://www.transparencia.rr.gov.br/upload/legislacao/Leis/Lei%20Estadual%20418-2004_LEI_418_15_04.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2017.

SÃO PAULO. Lei nº 10.117 de 30 de dezembro de 1998. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. São Paulo, SP. *Diário Oficial [do] Estado*. 31 dez. 1998. p. 3.

_____. Lei nº 14.141, de 27 de março de 2016. Dispõe sobre o processo administrativo na Administração Pública Municipal. São Paulo, SP. *Diário Oficial [do] Estado*. 27 mar. 2016. Disponível em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/upload/lei_14_141_1254941021.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2017.

SALVADOR. Lei Complementar nº 1, de 15 de março de 1991. Institui o Regime Jurídico Único dos servidores públicos do Município do Salvador. Salvador, BA. *Diário Oficial [do] Município*. 17 mar. 1991. Disponível em: <http://www.gestaopublica.salvador.ba.gov.br/doc_PDF/Lei%20Complementar%20N%C2>

BA%2001.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2018.