



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

Leticia Mendes Zardo

A PROVA EMPRESTADA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NA
AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Florianópolis

2024

Leticia Mendes Zardo

A PROVA EMPRESTADA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NA
AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal de Santa Catarina como
requisito para obtenção do título de Bacharela
em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique U.
Cademartori

Florianópolis

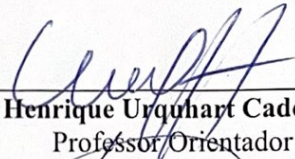
2024

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

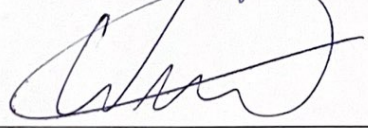
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**A Prova Emprestada de Processo Administrativo Disciplinar nas Ações de Improbidade Administrativa**”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) Leticia Mendes Zardo, defendido em 26/06/2024 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.


Florianópolis, 26 de junho de 2024



Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Professor/Orientador



Weber Luiz de Oliveira
Membro de Banca



Luisa Tramarin Hoffmann
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Leticia Mendes Zardo

RG: 5.247.247

CPF: 123.877.989-10

Matrícula: 19205073

Título do TCC: A Prova Emprestada de Processo Administrativo Disciplinar nas Ações de Improbidade Administrativa

Orientador(a): Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Eu, Leticia Mendes Zardo , acima qualificada; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 26 de junho de 2024



Documento assinado digitalmente

Leticia Mendes Zardo

Data: 26/06/2024 13:23:22-0300

CPF: ***.877.989-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Leticia Mendes Zardo

Ficha catalográfica gerada por meio de sistema automatizado gerenciado pela BU/UFSC.
Dados inseridos pelo próprio autor.

Zardo, Leticia Mendes

A Prova Emprestada de Processo Administrativo
Disciplinar nas Ações de Improbidade Administrativa /
Leticia Mendes Zardo ; orientador, Luiz Henrique Urquhart
Cademartori, 2024.

70 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2024.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Prova Emprestada. 4. Ação de Improbidade
Administrativa. I. Cademartori, Luiz Henrique Urquhart .
II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em
Direito. III. Título.

*Dedico este trabalho à minha vó, Titida.
Toda conquista minha é sua também.*

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é o marco final da minha jornada como estudante de Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, instituição da qual sonhei em fazer parte por anos e, ainda sim, jamais poderia ter imaginado que estes cinco anos seriam tão significativos.

Para essa Universidade, que me recebeu de braços abertos quando eu me sentia pequena diante do mundo e moldou os meus sonhos, abriu meus olhos, me mostrou um caminho a seguir. Serei eternamente grata pela oportunidade de estudar e pelos ensinamentos e vivências que vão além da sala de aula. Ter sido parte do corpo estudantil, o verdadeiro órgão pulsante da universidade, é um dos meus maiores orgulhos, que carregarei comigo sempre.

Agradeço ao meu professor orientador, Luiz Henrique Cademartori, por chamar minha atenção para o Direito Administrativo, matéria que tanto gosto, e por ter me guiado com zelo na elaboração deste trabalho.

Agradeço à minha mãe, Angela, por ter me ensinado a fazer tudo, sempre, com o coração e com capricho. Agradeço também ao meu pai, Claudemir, por ser meu maior impulsionador e por nunca me ensinar algo que eu conseguiria aprender sozinha. Agradeço ao meu irmão, Luiz Gustavo, por ser alguém que eu sei que sempre posso contar. Agradeço ao meu tio Leandro, por ser um grande exemplo e professor. Agradeço também aos meus avós, Odete e Pedro.

À Alexandra, Ana Luiza e Natalia: vocês são a família que eu escolhi. Obrigada por se interessarem, por me ouvirem falar de Direito e principalmente por nunca terem saído do meu lado.

Ao Pedro, que tantas vezes me trouxe paz quando eu mais precisava. Obrigada por acreditar em mim mais do que eu mesma, por ser também o meu melhor amigo e por sonhar comigo.

Aos amigos que fiz nos corredores do Centro de Ciências Jurídicas e que tive a sorte imensa de ter como companhia na graduação: Iago Salles, Iryni, Isabela Tiscoski, Julia de Marck, Laura Oliveira, Matheus Buss e todos os colegas de turma. Vocês tornaram a jornada leve e alegre, muito obrigada.

Ao Grupo de Estudos e Competição de Processo Civil, que despertou a minha paixão pelo processo civil e por competições, a quem devo agradecer também pelo tema deste trabalho. Aos amigos do grupo, Victor Hugo Molina, Maria Fernanda Rocha, André Prazeres,

Maria Eduarda Mota, Thiago Nunes e Erick Castro, sou muito grata pela parceria e todos os momentos bons e ruins que nos uniram. Admiro muito todos vocês.

Agradeço a toda a equipe do CCO no Ministério Público na pessoa do Dr. Leonardo Marcinko, que me acolheram e muito me ensinaram em um período breve, mas muito significativo para mim.

Ao Des. Luiz César Medeiros e à sua equipe: Fran, Dani, Ricardo, Ana, Gabi, João e Manu. Carrego imensa gratidão por ter tido a oportunidade de iniciar a minha inserção no meio jurídico com aqueles que exercem sua atividade com tanta maestria e companheirismo.

Por fim, agradeço àqueles que olham por mim.

RESUMO

A presente monografia busca examinar a (in)viabilidade jurídica da utilização de prova emprestada de processo administrativo disciplinar nas ações de improbidade administrativa. A Lei 14.230/2021 promoveu substanciais modificações na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), especialmente no que diz respeito à natureza da ação. Dessa forma, objetiva-se examinar se o instituto da prova emprestada, previsto no art. 372 do Código de Processo Civil, pode ser empregado nas ações de improbidade administrativa a fim de serem trasladadas as provas produzidas em processo administrativo disciplinar prévio. Para alcançar o fim pretendido, o presente trabalho adota o método dedutivo, partindo de argumentos gerais para argumentos específicos. Além disso, utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, com consulta à legislação, dissertações, teses, doutrinas especializadas, jurisprudências e artigos publicados em revistas. No primeiro capítulo, será tratado da prova no ordenamento jurídico brasileiro. Em sequência, se dissertará a respeito do processo administrativo disciplinar, quais as suas principais características e garantias ao agente público. Ademais, no quarto capítulo, será abordada a ação de improbidade administrativa após a reforma promovida pela Lei 14.230/2021, aprofundando-se nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca de sua natureza. No quinto capítulo, detalha-se o instituto da prova emprestada e os requisitos para sua aplicação. Por fim, no último capítulo, verifica-se a hipótese levantada por meio de duas teses opostas, utilizando-se de analogia, interpretação e simetria jurídica para delimitar os argumentos que as embasam, sendo traçado, ao fim, um posicionamento final.

Palavras-chave: Prova Emprestada. Ação de Improbidade Administrativa. Processo Administrativo Disciplinar. Direito Administrativo Sancionador.

ABSTRACT

This project seeks to examine the legal feasibility of using borrowed evidence from an administrative disciplinary procedure in lawsuits for administrative misconduct. The recent Law 14.230/2021 established substantial changes to the Administrative Improbability Law (Law 8.429/1992), especially regarding the nature of the lawsuit. Therefore, the goal is to examine whether the borrowed evidence institute, regulated by Article 372 of the Civil Procedure Code, can be used in lawsuits for administrative improbity to transfer evidence originated in a previous administrative disciplinary process. To achieve this purpose, this paper adopts the deductive method, starting from general arguments to specific ones. In addition, the bibliographical and documentary research technique was used, consulting legislation, dissertations, theses, specialized doctrines, case law, and articles published in journals. In the first chapter, evidence in the Brazilian legal system will be addressed. Following that, the administrative disciplinary process will be discussed, including its main characteristics and guarantees for public agents. Furthermore, the fourth chapter will address administrative improbity lawsuits after the reform promoted by Law 14.230/2021, especially in regards to doctrinal and jurisprudential discussions about its nature. In the fifth chapter, the borrowed evidence institute and the requirements for its application are detailed. Finally, in the last chapter, the hypothesis is examined through two opposing theses, using analogy, interpretation, and legal symmetry to delineate the arguments that support them, with a final position being outlined at the end.

Keywords: Borrowed Evidence. Administrative Improbability Law. Administrative Disciplinary Procedure. Sanctioning Administrative Law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|-----|-------------------------------------|
| CC | Código Civil |
| CF | Constituição Federal de 1988 |
| CP | Código Penal |
| CPP | Código de Processo Penal |
| LIA | Lei de Improbidade Administrativa |
| PAD | Processo Administrativo Disciplinar |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 11 |
| 2 A PROVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: CONCEITO, OBJETO E FONTES..... | 13 |
| 2.1 DIRETRIZES FUNDAMENTAIS DA ATIVIDADE PROBATÓRIA..... | 16 |
| 2.1.1 Admissibilidade da prova..... | 16 |
| 2.1.2 “Livre” convencimento motivado..... | 17 |
| 3 O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR..... | 18 |
| 3.1 PRINCÍPIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR..... | 24 |
| 3.1.1 Devido processo legal..... | 24 |
| 3.1.2 Contraditório e ampla defesa..... | 24 |
| 3.1.3 Informalismo procedimental..... | 25 |
| 3.1.4 Verdade material..... | 26 |
| 3.2 ASPECTOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO PRESENTES NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA..... | 26 |
| 4 A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA..... | 28 |
| 4.1 DISPOSIÇÕES GERAIS..... | 28 |
| 4.2 A NATUREZA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA..... | 33 |
| 4.2.1 O Direito Administrativo Sancionador..... | 35 |
| 4.2.1.1 Teoria do Processo Sancionador..... | 36 |
| 5 A PROVA EMPRESTADA..... | 37 |
| 5.1 CONTEXTO HISTÓRICO..... | 37 |
| 5.2 CONCEITO..... | 39 |
| 5.3 NATUREZA E VALORAÇÃO..... | 42 |
| 5.4 ASPECTOS A SEREM CONSIDERADOS ACERCA DO EMPRÉSTIMO PROBATÓRIO..... | 44 |
| 5.4.1 Relação entre as demandas, partes e o fato probando..... | 44 |
| 5.4.2 Garantia do contraditório..... | 45 |
| 5.1.3 Iniciativa de partes..... | 49 |
| 5.1.4 Natureza do processo de origem..... | 49 |
| 6 A PROVA EMPRESTADA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA..... | 53 |
| 6.1 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À POSSIBILIDADE DE EMPRÉSTIMO DE PROVA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR EM AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA..... | 54 |
| 6.1.1. Art 21, § 2º, da nova LIA, integração entre esferas administrativa e civil e princípio da eficiência..... | 54 |
| 6.1.2 Requisitos probatórios cumpridos no Processo Administrativo Disciplinar..... | 55 |
| 6.1.3 Juízo de admissibilidade e valoração da prova emprestada..... | 57 |
| 6.2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À POSSIBILIDADE DE EMPRÉSTIMO DE PROVA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR EM AÇÕES DE | |

| | |
|---|-----------|
| IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA..... | 57 |
| 6.2.1 Obscuridade do processo administrativo disciplinar..... | 59 |
| 6.2.2 Equiparação ao Direito Penal..... | 61 |
| 7 CONCLUSÃO..... | 63 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 65 |

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi elaborado com o intuito de analisar a viabilidade jurídica de empréstimo de prova oriunda de processo administrativo disciplinar em ações de improbidade administrativa.

Para este propósito, é necessário debruçar-se sobre as matérias de processo civil, em razão do instituto da prova emprestada, previsto no Código de Processo Civil, e de direito administrativo, em face do processo administrativo disciplinar e da ação de improbidade administrativa. Adentra-se, também, na teoria da prova e do processo como um todo.

O instituto da prova emprestada não se trata de novidade no ordenamento jurídico brasileiro, sendo possível notar sua utilização desde a vigência do Código de Processo Civil de 1973, ainda que não houvesse previsão legal expressa. A possibilidade de empréstimo de provas veio a ganhar força com o advento do Código de Processo Civil de 2015, que prevê a possibilidade de empréstimo probatório, em seu artigo 372¹.

A redação do artigo, entretanto, é excessivamente rasa, não discorrendo satisfatoriamente acerca dos requisitos para a prova emprestada. Desse modo, abriu-se espaço para discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

Apesar de não haver vasta literatura sobre o instituto, costuma-se tratar do empréstimo de prova entre dois processos da mesma natureza ou, quando de naturezas diferentes, prevalecem as discussões sobre o empréstimo de processos jurisdicionais para administrativos, ou de processos penais para civis e vice-versa.

Há pouca literatura doutrinária acerca da possibilidade de empréstimo de processos administrativos para judiciais e pouquíssima literatura acerca da possibilidade de empréstimo de processo administrativo disciplinar para processo judicial de improbidade administrativa.

Especialmente com a Lei nº 14.230/2021, que reformou a Lei de Improbidade Administrativa (8.429/1992), foram levantadas discussões acerca da natureza da ação de improbidade administrativa. Assim, o tema deste trabalho se mostra de extrema relevância, uma vez que merece esclarecimento a viabilidade - ou não - do empréstimo de provas no cenário aqui colocado, de maneira que sejam respeitadas as garantias individuais do acusado e ao mesmo tempo promovida a eficiência processual.

Para alcançar seus objetivos, o presente trabalho adota o método dedutivo, partindo de argumentos gerais para argumentos específicos, estabelecendo uma relação lógica entre as

¹ Art. 372, CPC “O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”.

proposições apresentadas a fim de alcançar uma conclusão. Além disso, utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, com consulta à legislação, dissertações, teses, doutrinas especializadas, jurisprudências e artigos publicados em revistas.

Para tanto, inicia-se o primeiro capítulo tratando da prova no ordenamento jurídico brasileiro e estabelecendo qual o seu conceito e as diretrizes fundamentais da produção probatória. Aborda-se, também, o juízo de admissibilidade da prova no processo e, por fim, trata-se do princípio do livre convencimento motivado do juiz.

É imprescindível, para o fim pretendido deste trabalho, analisar o processo de origem, ou seja, o processo administrativo disciplinar, o seu procedimento e, especialmente, as garantias oferecidas ao agente público. Busca-se entender se o processo administrativo disciplinar possui os requisitos necessários para a produção de provas que poderão ser exportadas para outros processos. Dessa forma, o terceiro capítulo aborda o processo administrativo disciplinar, as suas bases legais e os princípios que o regem. Em seguida, discorre acerca dos aspectos do processo administrativo disciplinar presentes na Lei de Improbidade Administrativa.

É de suma importância, ademais, explorar o processo de destino, que é a ação de improbidade administrativa. Com o advento da nova LIA, a natureza da ação, que antes era considerada uma ação civil, passou a causar discordância entre a doutrina. Assim, torna-se mais complexa a utilização de prova emprestada pois, a depender da natureza da ação de improbidade, seus *standards* probatórios podem variar. Assim, no capítulo 4, será abordada a ação de improbidade administrativa e a sua natureza.

Estabelecidos os principais pontos acerca dos processos de origem e destino, cabe analisar, em detalhe, o instituto da prova emprestada. O capítulo 5 iniciará com o contexto histórico do empréstimo probatório, seguido de sua base legal. Em seguida, dedica-se o capítulo a detalhar as suas diretrizes, estabelecidas por meio de legislação, doutrina e jurisprudência.

O sexto capítulo, por fim, chegará ao cerne deste trabalho. Em virtude da escassa literatura sobre a hipótese aqui discutida, serão traçadas duas teses: uma favorável e outra desfavorável ao empréstimo de provas de processo administrativo disciplinar para ação de improbidade administrativa. Utiliza-se de analogia, interpretação e simetria jurídica para delimitar as teses que embasam ambos os posicionamentos, sendo traçado, ao fim, um posicionamento final.

2 A PROVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: CONCEITO, OBJETO E FONTES

A prova é instituto presente não apenas no ordenamento jurídico, mas em todos os ramos da ciência. Essencial à garantia jurisdicional, não é possível desatrear o sistema jurídico da prova enquanto meio de análise da realidade dos fatos. Nos ensinamentos de Jeremy Bentham², “*a arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar provas*”. Sendo assim, diante da importância da temática, e diante da multiplicidade de conceitos atribuídos à prova, importa explorá-los neste tópico.

De acordo com Lessona³, a prova é a pesquisa de um fato a fim de se ter certeza do seu modo preciso de ser. Nesta mesma linha estão os ensinamentos de Liebmann⁴, que define prova como “*os meios que servem para dar o conhecimento de um fato e por isso para fornecer a demonstração e para formar a convicção da verdade de um fato específico*” e de Castro e Pontes de Miranda⁵, para os quais a prova é o meio pelo qual a inteligência alcança a verdade em seu sentido amplo e, no sentido jurídico, é a demonstração da verdade dos fatos alegados em juízo.

É possível perceber um elemento em comum nas teorias mencionadas: a ideia de que a prova remete ao passado, à reconstrução de uma fato pretérito, buscando chegar na verdade. Entretanto, há uma problemática que reside no fato de que não se pode ter certeza acerca de acontecimentos que estão no passado e, desse modo, a verdade não pode ser atingida.

Por este motivo, argumentam Marinoni e Arenhart⁶ que:

“A prova, em direito processual, é todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”.

Este conceito está sedimentado na premissa de que a prova pode ser resumida a um aspecto argumentativo-retórico, apto a justificar a escolha de uma das teses apresentadas.

² BENTHAM, Jeremy. A treatise on judicial evidence, London: Baldwin, Cradock and Joy, 1825, p. 2 (tradução livre).

³ LESSONA, Carlos. Teoría general de la prueba en derecho civil. Trad. Enrique Aguilera de Paz. Madrid: Reus, 1928. v. 1, p. 3 (tradução livre)

⁴ LIEBMANN, Enrico Tullio. Manuale di diritto processuale civile – Principi. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1992. v. 1, p. 318 (tradução livre).

⁵ NEVES E CASTRO, Francisco Augusto das. MIRANDA, Pontes de. Theoria das provas e sua aplicação aos actos civis. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p. 14.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, tópico 4 [livro digital].

Assim, a prova funcionaria como um fundamento para a escolha da hipótese destinada a constituir o conteúdo da decisão final sobre o fato.

Dessa forma, não obstante a prova seja o meio pelo qual o magistrado exerce tentativa de alcançar a versão dos fatos mais condizente com a realidade, é preciso estar consciente das limitações da ciência no que tange a reconstrução de fatos pretéritos, de modo a tornar mais efetiva a atividade probatória.

Algumas legislações internacionais tratam a prova como matéria de direito material, a exemplo do direito italiano e do direito português. No entanto, a maioria dos sistemas jurídicos, incluindo o brasileiro, disciplina a prova juntamente com suas normas de direito processual.

Neste mesmo sentido encontra-se a doutrina majoritária, que defende a natureza processual da prova. Isso porque a prova documental somente será eficaz dentro de um processo, uma vez que o documento será confrontado e comparado com os demais meios de prova.

Assim, é possível vincular a real importância da prova ao processo, nas palavras de Marinoni e Arenhart⁷:

“As formalidades impostas pela lei para a formação da prova, os critérios estabelecidos para a sua valoração e, com maior intensidade ainda, as determinações legais sobre a propositura e a colheita da prova dirigem-se todos para a figura do juiz e, assim, para o processo”.

Cabe, ainda, analisar o objeto da prova. No entendimento de Osternack e Melendo⁸, é não o fato em si, mas as alegações de fato, ou seja, recai apenas sobre as alegações que fizerem as partes em um processo. Ainda, de acordo com os artigos 370 e 347 do Código de Processo Civil, é necessário que sejam motivo de controvérsia, que não sejam fatos notórios, que não tenham sido objeto de confissão e que sua resolução seja de relevância para o desdobramento do caso.

Embora a Constituição Federal não preveja expressamente o “direito à prova”, não há dúvida que esta garantia decorre de outros preceitos constitucionais, como o acesso à justiça, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa⁹.

⁷ MARINONI; ARENHART, op cit, tópico 24.2 [livro digital].

⁸ MELENDO, Santiago Sentís. *Naturaleza de la prueba: la prueba es libertad*. Revista dos Tribunais, São Paulo, abr. 1974, n. 462, p. 13.

⁹ Artigo 5º, XXXV “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; Artigo 5º, LIV “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; Artigo 5º, LV “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”.

Isso porque, em observância da garantia ao acesso à justiça, as provas são essenciais em seu papel de reconstituir os fatos e convencer o juiz. Além disso, em relação à ampla defesa, é nítido que as provas são os instrumentos mais importantes e adequados para cumprir esta função.

Em especial, relaciona-se o direito à prova com a garantia do contraditório, que é considerada a exposição da democracia dentro do processo. Sua importância é tão grande que alguns autores argumentam que sua existência é relacionada à existência do processo em si.

Importa pontuar que o direito ao contraditório não se trata apenas do direito de defender-se em relação às provas apresentadas pela parte contrária, mas também do direito de participar da produção das provas na fase instrutória do processo. Assim, nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, o direito à prova é o “*direito de dizer e de contradizer provando*”¹⁰.

A respeito do princípio do contraditório, elucida Scarpinella Bueno¹¹:

“Contraditório é a forma pela qual se efetivam os princípios democráticos da República brasileira, que viabiliza ampla participação no exercício das funções estatais. É esta a razão, aliás, pela qual é correto entender que o próprio magistrado está sujeito ao contraditório, [...] o que o CPC de 2015 captura adequadamente como se verifica em vários de seus dispositivos, em especial nos arts. 9º e 10, que vedam o proferimento de decisões pelo magistrado sem que antes as partes sejam ouvidas, mesmo naqueles casos em que cabe ao magistrado pronunciar-se de ofício, isto é, independentemente da provação de qualquer outro sujeito processual”.

Nesse sentido, destaca-se que o art. 7º do CPC consolida que compete ao magistrado “*zelar pelo efetivo contraditório*”. Dessa forma, temos que, no sistema processual, o direito à prova não se restringe a gerar critérios apenas para as partes do processo, mas também estabelece deveres para o julgador, que possui diretrizes para seguir.

Dentre elas, pode-se mencionar o dever de admitir todas as provas idôneas a contribuir para o convencimento judicial, e valorar as provas produzidas de maneira motivada, expressando os caminhos percorridos para a formação de seu convencimento.

O Código de Processo Civil trouxe importante inovação neste sentido, com a retirada da expressão “livremente” do artigo 131 do CPC/73¹², eliminando qualquer possibilidade de interpretação que considerasse o julgador como livre para valorar a prova ou julgar da forma que lhe convir.

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo: III Série – Estudos e pareceres de processo penal. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 176.

¹¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 8. ed. - São Paulo. SaraivaJur, 2022, p. 108.

¹² Art. 131. “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Dessa forma, a necessidade de postura ativa do juiz na instrução probatória, e a existência de preceitos que devem ser considerados por ele para a admissão e valoração da prova são confirmações do caráter fundamental do direito à prova. Ademais, as partes não podem abdicar da ampla instrução probatória, pois os resultados do processo interessam ao Estado para consecução de seus escopos e é dever do magistrado a realização da instrução probatória adequada para solucionar o caso.

São fontes de prova todos os elementos externos ao processo dos quais seja possível extrair informações para a resolução de questões fáticas controvertidas. Denomina-se fonte pessoal toda aquela que, por meio de depoimento pessoal ou testemunha, envolve pessoas. A fonte real, por sua vez, se trata de coisas ou pessoas que participam da instrução probatória mediante efeitos feitos por outrem, a exemplo da perícia médica.

Os meios de prova, por sua vez, são técnicas processuais a fim de realizar as investigações fáticas necessárias ao deslinde do caso. O Código de Processo Civil prevê algumas dessas modalidades, como o depoimento pessoal, a prova documental, a prova testemunhal, a prova pericial e a inspeção judicial no capítulo XII, seções IV, VII, IX, X e XI.

2.1 DIRETRIZES FUNDAMENTAIS DA ATIVIDADE PROBATÓRIA

2.1.1 Admissibilidade da prova

Apesar de seu caráter constitucional, o direito à prova não é absoluto e está sujeito a restrições. Assim, não se admitem todas as provas em juízo a qualquer custo. Como vimos, o ordenamento jurídico estabelece limites para que a produção probatória seja a mais qualificada possível, incluindo diretrizes a serem seguidas pelo julgador.

Importante destacar que o exame de admissibilidade da prova deve recair sobre o meio por intermédio do qual se produz uma prova, e não sobre o objeto da prova em si¹³.

Dessa forma, a admissibilidade consiste no juízo de legalidade acerca do preenchimento das exigências para o ingresso da prova em juízo, sendo certo que a superação dos impedimentos constatados é a primeira etapa da realização do raciocínio lógico do julgador sobre a possibilidade de ser deferida ou determinada a produção da prova em juízo¹⁴.

¹³ CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. A prova civil: admissibilidade e relevância. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 33.

¹⁴ LOPES, Caio Liu. Limites à iniciativa probatória de ofício no processo civil. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 90.

De acordo com o art. 370 do Código de Processo Civil, o juiz pode inadmitir as provas quando forem consideradas impertinentes, no caso de não estarem relacionadas ao objeto da lide, ou ainda irrelevantes ou protelatórias, entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RHC 31.857/RJ¹⁵.

O Código de Processo Civil prevê, ainda, o indeferimento de testemunhas sobre fatos já provados por documento ou confissão da parte (art. 443, I) e limitação do número de testemunhas para cada fato a ser provado (art. 357, V, § 6º).

A admissibilidade da prova, no entanto, não é de simples execução, pois, por mais que seja pautada em critérios objetivos decorrentes de previsões legais, não se pode olvidar o caráter subjetivo da análise feita pelo julgador, que é carregada de matrizes teóricas e ideológicas.

2.1.2 “Livre” convencimento motivado

O Código de Processo Civil consagra um sistema que permite que o julgador atribua às provas o valor que entender que elas merecem, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Por esse motivo, pode-se dizer que as provas não possuem um valor inerente, determinado por alguma norma geral, ao contrário do que acontece nos chamados sistemas da “prova legal”, em que o legislador atribui a cada prova o seu valor¹⁶.

Dessa forma, ao juiz, como destinatário direto da prova, incumbe sua valoração. É isso que estabelece o art. 371 do CPC: o *“juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”*.

Contudo, desde o advento do Código de Processo Civil de 2015, o convencimento do juiz deve ser motivado, ou seja, não é livre e nem pode ser íntimo. O Código de 1973 enunciava expressamente que o juiz “apreciará livremente a prova”, o que incentivava juízos discricionários ou puramente subjetivos. Por este motivo, o novo CPC foi claro em estabelecer que o julgador deve apresentar as razões pelas quais entendeu que a prova merece determinado valor.

¹⁵ “É certo que o princípio constitucional da ampla defesa garante aos acusados o exercício do direito de deduzir as suas alegações e de produzir as provas pertinentes, cabendo ao magistrado, entretanto, indeferir, de forma fundamentada, aquelas que considerar impertinentes, irrelevantes ou protelatórias” STJ, RHC 31.857/RJ, 5. Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17 abr. 2020.

¹⁶ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, vol. 2, 11ª ed, Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p.105

Cabe mencionar, ainda, que não é qualquer motivação que serve para atender ao art. 371 do CPC. A motivação apresentada pelo magistrado deve ser racional, embasada e fundamentada nos elementos que constam dos autos¹⁷.

3 O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Para Maria Sylvia di Pietro¹⁸, o processo é sempre uma forma, um instrumento ou um modo de proceder. Durante muito tempo, o termo “processo” foi necessariamente atribuído à função jurisdicional, confundindo-se com o processo judicial. A partir da década de 1950, entretanto, passou a nascer uma concepção ampla, na qual se enxergava o processo como o meio para consecução dos fins dos Poderes do Estado Executivo, Legislativo e Judiciário¹⁹.

Cada um dos processos estatais sujeita-se ao seu próprio rito, com princípios específicos e adequados para o seu fim. Por este motivo é que não podem ser iguais o processo legislativo, o processo judicial e o processo administrativo.

Os processos judiciais e administrativos são classificados como os tipos de processo por meio dos quais o Estado aplica a lei. Apesar desta essência comum, há pontos de divergência entre as duas esferas, pois o processo administrativo possui peculiaridades que o distinguem do processo jurisdicional.

Dentre as principais diferenças entre as duas modalidades de processo, aponta-se que, enquanto no processo judicial sempre há conflito de interesses, instaurado por meio de provocação de uma das partes, o processo administrativo implica apenas desempenho de atividade administrativa, sem necessariamente haver qualquer embate, podendo ser iniciado de ofício ou por meio de provocação.

Ainda, a relação no processo judicial é trilateral, pois há a figura do Estado-Juiz, do autor e do réu da demanda. No processo administrativo, a relação é bilateral, pois as figuras que o compõem são apenas o Estado e o particular.

O processo administrativo possui, tanto quanto o processo judicial - cujo objetivo final é a decisão - um objetivo certo, pois busca-se a prática de um ato administrativo final. Esse ato, entretanto, não é apto a produzir coisa julgada, pois não se pode ser juiz e parte ao mesmo tempo.²⁰ Assim, todas as decisões tomadas em processo administrativo poderão ser revistas no Poder Judiciário.

¹⁷ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil, 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 215.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 861.

¹⁹ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 159.

²⁰ DI PIETRO, op. cit, p. 862

Assim, pode-se conceituar processo administrativo como “o instrumento que formaliza a sequência ordenada de atos e de atividades do Estado e dos particulares a fim de ser produzida uma vontade final da Administração”²¹.

O dispositivo-chave para o processo administrativo é o inc. LV do art. 5º da Constituição Federal, que dispõe 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”. No Direito brasileiro, entretanto, não há sistematização uniforme para o processo administrativo, como existe para o judicial.

Encontra-se em diversas leis esparsas ou em decretos, regulamentos e regimentos, as regras que regem o processo administrativo. Por este motivo é que, para Carvalho Filho²², não se pode esperar uma rigidez absoluta para eles. Através dos princípios norteadores da Administração Pública em geral, deve-se balizar o processo para que seja possível a sua conclusão dentro das regras gerais de direito.

A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 estabeleceu regras para o processo administrativo e contribuiu para a maior uniformização dos diversos expedientes que tramitam nos órgãos administrativos. Esta legislação cumpriu o papel de positivar conceitos, regras e princípios já amplamente defendidos pela doutrina e jurisprudência.

Contudo, essa lei tem caráter federal. Por este motivo, há autores que argumentam que a norma incide sob menor força em escopos estaduais e municipais. Dessa forma, Estados e Municípios permaneceram incumbidos de promulgar as suas próprias leis sobre o tema.

Por outro lado, Marçal Justen Filho defende que, apesar de a Lei conter uma cláusula que dispõe que suas regras se aplicam apenas aos processos administrativos em âmbito federal, deve-se interpretar o artigo conforme a Constituição:

“As normas veiculadas pela Lei 9.784/1999 dão especificidade a garantias inerentes à atividade processual. Não existe fundamento para negar a aplicação da garantia constitucional ao devido processo administrativo relativamente aos Estados, Distrito Federal e Municípios mediante o argumento da ausência de lei local. Tendo a União editado normas gerais, são elas aplicáveis a todas as órbitas federativas. A Lei 9.784/1999 apenas não se aplica ao âmbito dos demais entes federativos relativamente a questões de interesse local, que tenham sido disciplinadas por lei específica. Em suma, os demais entes federativos têm competência para produzir a edição de lei local, veiculando normas específicas. Mas deverão respeitar as normas gerais federais.”²³

²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 37. ed. Barueri: Atlas, 2023, p. 828

²² *Ibidem*, p. 827

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 457

Dessa forma, podem ser aplicados aos processos em âmbito estadual e municipal as normas previstas na Lei 9.784/99.

Ainda, na ausência de lei estadual ou municipal específica, e não havendo disposição correspondente na lei 9.784/99, aplicam-se as regras previstas no Código de Processo Civil²⁴.

Para Carvalho Filho, há dois grandes grupos de processos administrativos: os litigiosos e os não litigiosos²⁵. Por este último entende-se que inexistente conflito de interesse entre o Estado e o particular, tratando de mero desempenho da função administrativa. De outro modo, os processos litigiosos pressupõem a existência de conflito de interesses entre o Estado e o administrado. Em aparência e no procedimento, guardam grande semelhança com o processo judicial, sendo chamados comumente de “processos judicialiformes”.

Outra classificação que deve ser estabelecida é em relação ao objeto do processo administrativo. Para Carvalho Filho, existem processos com objeto: de mera tramitação, de controle, punitivo, contratual, revisional e de outorga de direitos.

Importa para os fins deste trabalho analisar a fundo o processo com objeto punitivo, também chamado pela doutrina de processo sancionador, que tem como objetivo a averiguação de situações irregulares ou ilegais na Administração Pública e a possível aplicação de sanções. Chama-se de processo punitivo interno, ou processo administrativo disciplinar, aquele cuja relação é entre Estado e o servidor público.

O processo administrativo disciplinar é conceituado como “o *instrumento formal através do qual a Administração apura a existência de infrações praticadas por seus servidores e, se for o caso, aplica as sanções adequadas*”²⁶. Esta também é a conceituação adotada pelo Estatuto Federal dos Servidores e outros autores²⁷.

Quando uma infração é praticada no âmbito da Administração Pública, é necessário apurá-la. Sobre o tema, elucida Carvalho Filho:

O fundamento do processo em foco está abrigado no sistema disciplinar que vigora na relação entre o Estado e seus servidores. Cabe à Administração zelar pela correção e legitimidade da atuação de seus agentes, de modo que quando se noticia

²⁴ Art. 15, CPC “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

²⁵ Não se desconhecem outras sistemáticas classificatórias, como a de Odete Medauar, por exemplo (MEDAUAR, *op. cit.*, p. 164). Entretanto, para os fins deste trabalho, não se mostra proveitoso adentrar na discussão doutrinária envolvendo o tema, filiando-se aos preceitos de Carvalho Filho.

²⁶ CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 842.

²⁷ Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 148. “O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido”. No mesmo sentido, para Odete Medauar, “processo administrativo disciplinar é a sucessão ordenada de atos destinados a averiguar a realidade de falta cometida por servidor, a ponderar as circunstâncias que nela concorreram e a aplicar as sanções pertinentes” (MEDAUAR, *op. cit.*, p. 310)

conduta incorreta ou ilegítima tem a Administração o poder jurídico de restaurar a legalidade e de punir os infratores. A hierarquia administrativa, que comporta vários escalões funcionais, permite esse controle funcional com vistas à regularidade no exercício da função administrativa. A necessidade de formalizar a apuração através de processo administrativo é exatamente para que a Administração conclua a apuração dentro dos padrões da maior veracidade.

Dessa forma, o processo administrativo disciplinar tem como objetivo permitir à Administração a investigação de fatos supostamente ilícitos relacionados ao serviço público e, caso constatada a falta disciplinar, a aplicação da sanção não penal pertinente.

Embora trate-se de relação processual dual, onde atuam apenas a Administração Pública e o particular ou agente público, o resultado do processo é determinado pela própria Administração. Esta, ao final, decide o direito aplicável ao caso concreto, elaborando, a seu modo, um provimento normativo. No entanto, essa decisão não possui caráter definitivo, pois, de acordo com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, todas as suas decisões estão sujeitas à apreciação judicial.

As sanções decorrentes do processo administrativo disciplinar são de natureza civil-administrativa, não podendo a Administração adentrar no campo do direito penal, que é de competência exclusiva do Poder Judiciário.

Portanto, diante do caráter acusatório e sancionatório, o processo administrativo disciplinar exige a incidência do princípio da ampla defesa e do contraditório, e o do devido processo legal. Somente assim poderá a Administração aplicar a penalidade adequada.

O processo disciplinar é regulado por diferentes bases normativas, o que significa que as regras, a tramitação, a competência, os prazos e as sanções se encontram nos estatutos funcionais das diversas pessoas federativas, caracterizando-o como processo sujeito ao princípio da disciplina reguladora difusa. Difere, nesse sentido, dos processos judiciais, que submetem-se à disciplina reguladora concentrada, uma vez que seu sistema básico consiste em um só diploma legal e apenas os ritos especiais são disciplinados em leis especiais²⁸.

Como visto, cabe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de seu estatuto funcional, que aprofunde e discipline o processo administrativo disciplinar, observando, é claro, as normas constitucionais. Por essa razão, aplica-se a lei mais específica e, apenas em caso de omissão, supre-se com legislações federais ou até mesmo normas de processo civil.

²⁸ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 842.

Por força do artigo 41 da Constituição Federal²⁹, o processo administrativo é obrigatório para a aplicação de penas que impliquem perda de cargo para o funcionário estável. Além disso, o Estatuto Federal dos Servidores exige, em âmbito federal, a realização do processo administrativo para a aplicação das penas de suspensão por mais de 30 dias, demissão, cassação de aposentadoria e disponibilidade, e destituição de cargo em comissão³⁰.

Contudo, para alguns autores, o dispositivo constitucional deve ser interpretado em consonância com o art. 5º, LV, da Constituição Federal³¹, que contempla o princípio da ampla defesa e contraditório, de modo que qualquer infração e punição, não apenas a perda do cargo, requerem a instauração de processo administrativo³².

Apesar da ausência de uma legislação unitária para a disciplina do processo disciplinar, é possível examinar o modelo consagrado pela Lei 8.112/90, não apenas por se aplicar a um grande número de servidores – os servidores estatutários federais –, mas também pela influência exercida sobre a disciplina consagrada em outros setores.

Sendo assim, pode-se dizer que o Processo Administrativo Disciplinar encontra-se regulado pela Lei 8.112/1990, que trata do regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Entretanto, considerando eventuais lacunas e omissões, outras normas poderão ser aplicadas ao processo administrativo disciplinar de forma subsidiária e supletiva, a exemplo da Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal³³ e do Código de Processo Civil³⁴.

Como regra, os estatutos dispõem que a condução do processo deve ser realizada por uma comissão disciplinar (ou comissão processante), que são órgãos estranhos ao

²⁹ Constituição Federal de 1988, art. 41 “São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. § 1º O servidor público estável só perderá o cargo: I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado; II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa”.

³⁰ Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 146 “Sempre que o ilícito praticado pelo servidor ensejar a imposição de penalidade de suspensão por mais de 30 (trinta) dias, de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou destituição de cargo em comissão, será obrigatória a instauração de processo disciplinar”.

³¹ Constituição Federal de 1988, art. 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV - 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”

³² CARVALHO FILHO, op. cit, p. 843.

³³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2022, p. 600; Lei 9.784/1999, art. 69 “Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei”

³⁴ Código de Processo Civil, art. 15 “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

relacionamento entre o servidor e o superior hierárquico. A atuação deve ser estritamente de acordo com os parâmetros legais.

O sujeito processado atua por meio de petições, declarações, apresentação de documentos, defesas orais e escritas, além da produção de provas em geral. A Administração Pública, como parte autora e buscando esclarecer os fatos infracionais, atua por meio de atos administrativos simples, sem conteúdo decisório, e de atos administrativos que possuem carga valorativa, emitindo juízos sobre os elementos e circunstâncias fáticas que envolvem o caso.

Inicia-se o processo com despacho de autoridade competente, determinando a instauração do processo administrativo. Em seguida, passa-se à fase de instrução, defesa e relatório e, por fim, tem-se o julgamento.

O ato de instauração deve conter os elementos relativos à infração funcional, os fatos ou condutas atribuídos ao servidor indiciado e os respectivos dispositivos legais nos quais se enquadram, a fim de permitir o direito de ampla defesa por parte do acusado. Neste ato, a autoridade competente também determinará a constituição de comissão composta por três servidores estáveis, com a indicação do presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível ou ter nível de escolaridade igual ou superior à do indiciado³⁵.

Para a fase instrutória, a comissão toma a iniciativa para levantamento das provas, podendo realizar ou determinar todas as diligências que julgar necessárias a essa finalidade. Ainda, tem o dever de citar o servidor para acompanhar a produção de provas. É obrigatória a sua presença, podendo ele estar sozinho ou acompanhado por advogado³⁶.

Da mesma forma, em respeito à ampla defesa, o acusado tem o direito de participar ativamente do procedimento, como no caso da prova testemunhal, na qual é possível formular perguntas às testemunhas. Ademais, pode reinquirir testemunhas, solicitar e produzir provas e contraprovas e formular quesitos na prova pericial³⁷.

Concluída a instrução, deve ser assegurado o direito de “vista” do processo e notificado o indiciado para a apresentação da sua defesa, em forma de alegações escritas. Passa-se, então, para a fase decisória, na qual a comissão responsável elaborará parecer final - também chamado de *relatório* - que será encaminhado para autoridade competente que emitirá a decisão condenatória ou absolutória.

A autoridade poderá acolher a sugestão da comissão constante do relatório, hipótese em que o parecer corresponderá à motivação. Se não aceitar a sugestão, a decisão deve ser

³⁵ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 503.

³⁶ DI PIETRO, op. cit., p. 880; Súmula Vinculante nº 5, do STF, “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

³⁷ MEDAUAR, op. cit., p. 304.

profundamente motivada, com explicação detalhada das razões que a justificam e com fundamentação considerando as diversas variáveis e possibilidades. Não será válida uma decisão que omita as razões que sustentam a conclusão tomada.

Ainda, a decisão deve ser guiada pelo princípio da proporcionalidade. Uma decisão administrativa que careça dessa característica será considerada inválida, mesmo que tomada no exercício de competência discricionária.

Concluído o processo, com resultado de absolvição ou aplicação de penalidade, cabem, neste último caso, o pedido de reconsideração e os recursos, além da revisão admitida na legislação estatutária.

3.1 PRINCÍPIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

A Constituição de 1988 foi responsável por estabelecer um processo administrativo mais democrático e seguro, assegurando amplamente o contraditório e a ampla defesa, algo que não estava presente nas versões anteriores. Essa garantia confere à via administrativa proteção jurídica semelhante à encontrada nos processos judiciais.

Por esse mesmo motivo, a Administração Pública está sujeita, na condução dos processos administrativos disciplinares, à diversos princípios. Dentre eles, os princípios constitucionais estabelecidos no art. 5º e no caput do art. 37 da Constituição Federal³⁸.

3.1.1 Devido processo legal

Trata-se de princípio inerente ao Estado de Direito como um todo, por força do art. 5º, LIV, da Constituição Federal. Especificamente em relação ao processo administrativo, aplica-se no sentido de que todos os processos administrativos devem respeitar as normas legais que os regulam³⁹.

3.1.2 Contraditório e ampla defesa

Este princípio está expresso no art. 5º, LV, da Constituição Federal e se aplica aos processos judiciais e administrativos. Via de regra, recai apenas sobre os processos

³⁸ Constituição Federal, art. 37 “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

³⁹ CARVALHO FILHO. op. cit., p. 831.

administrativos litigiosos, mas pode a lei, em casos como inquérito ou sindicância prévia, cujo fim é apurar ato de improbidade administrativa, exigir a oportunidade de manifestação do acusado e até mesmo da produção de elementos probatórios, dada a natureza da operação.

Neste sentido está o art. 22 da Lei 8.112/1990, que dispõe que “*o servidor estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar no qual lhe seja assegurada ampla defesa*”.

A Lei 9.784/1999 estabelece, em seu artigo 3º, incisos II, III e IV, algumas exigências, quais são: notificação dos atos processuais à parte interessada; exame das provas constantes do processo; direito de assistir à inquirição de testemunhas; direito de apresentar defesa escrita; assistência facultativa de advogado e exigência de intimação.

Outra repercussão do princípio é a anterioridade da defesa em relação ao ato decisório, o que significa que as atuações pertinentes de defesa do acusado devem ser oportunizadas antes da etapa decisória.

3.1.3 Informalismo procedimental

Também chamado de princípio do “formalismo moderado”, este princípio significa que o administrador não possui a obrigação de adotar rigor excessivo na tramitação dos processos administrativos, em caso de silêncio da lei ou de atos regulamentares.

O informalismo decorre da característica dos processos administrativos de não terem um sistema específico ou uma lei única que regulamenta o seu procedimento. As leis esparsas existentes muitas vezes não suprem uma lacuna legal, especialmente no que diz respeito aos processos administrativos não litigiosos⁴⁰. Dessa forma, cabe ao administrador seguir um procedimento que seja adequado para o fim pretendido.

Entretanto, não pode o informalismo servir de pretexto para eventual desleixo ou ilegalidade. Para Odete Medauar:

“Evidente que exigências decorrentes do contraditório e ampla defesa, tais como prazo para alegações, notificação dos sujeitos, motivação, não podem ser consideradas ‘filigranas’ ou formalidades dispensáveis, como por vezes é invocado ao se pretender ocultar razões pessoais subjacentes. Portanto, o princípio do formalismo moderado não há de ser chamado para sanar nulidades ou para escusar o cumprimento da lei; visa a impedir que minúcias e pormenores não essenciais afastem a compreensão da verdadeira finalidade da atuação”⁴¹

⁴⁰ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 834.

⁴¹ MEDAUAR, op. cit., p.168.

Dessa forma, o princípio se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto ao formalismo, para evitar que a forma seja vista como fim em si mesma, desligada das verdadeiras finalidades do processo.

3.1.4 Verdade material

Este princípio, também denominado verdade real, aduz que a Administração deve tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos do processo. Assim, tem o direito e o dever de adotar todas as providências e diligências para produzir as provas que possam conduzir o processo ao mais próximo possível de uma verdade real, ou seja, que resulta efetivamente dos fatos que a constituíram.

Dessa forma, nos processos administrativos, a descoberta da verdade não é questão relacionada ao interesse das partes, pois a própria função do julgador compreende promover a reconstrução dos fatos.

Sobre o tema, aponta Carvalho Filho:

“Apenas como exemplo prático, veja-se a matéria de prova. No processo judicial, é às partes que compete a produção das provas que respaldem suas alegações (art. 373, CPC). O juiz apenas as aprecia como meio de chegar a seu convencimento. No processo administrativo, porém, o próprio administrador vai à busca de documentos, comparece a locais, inspeciona bens, colhe depoimentos e, a final, adota realmente todas as providências que possam conduzi-lo a uma conclusão baseada na verdade material ou real. É esse o exato sentido do princípio da verdade material”⁴²

Nesse sentido difere o processo administrativo do processo judicial pois, neste último, impera o princípio da verdade formal, uma vez que o juiz se limita a decidir conforme as provas produzidas no processo.

3.2 ASPECTOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO PRESENTES NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Cumprindo abordar, também neste capítulo, a disciplina referente ao processo administrativo na Lei de Improbidade Administrativa, a Lei 8.429/1992. Em seu Capítulo V são estabelecidas as regras para o processo administrativo e judicial da improbidade

⁴² CARVALHO FILHO, op. cit., p. 835.

administrativa. A disciplina, no entanto, não apresenta nenhuma particularidade de relevo em relação às demais disposições aplicáveis ao processo administrativo disciplinar.

Em relação ao processo administrativo, o art. 14 aduz que qualquer pessoa, física ou jurídica, poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade. O artigo pode ser visto como inócuo, pois nada mais faz do que repetir um direito já assegurado na Constituição, que é o direito de representação, incluído no âmbito do direito de petição⁴³.

Esta disposição, destaca-se, não afasta a possibilidade de instauração de ofício do processo administrativo. Admite-se, inclusive, a instauração em caso de denúncia anônima, desde que esta seja verossímil⁴⁴.

O dispositivo também não garante ao representante o direito de ver iniciada uma investigação, nem permite a apresentação de representação infundada e com nítida finalidade de causar indevida persecução contra o acusado⁴⁵. Nesse sentido está o art. 19 da Lei de Improbidade Administrativa⁴⁶, que até mesmo tipifica criminalmente a conduta daquele que representa contra agente público quando sabia ser, na verdade, inocente.

Ademais, impõe-se que “a representação, que será escrita ou reduzida a termo e assinada, conterà a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento”. Sem essas formalidades, o pedido será rejeitado (art. 14 da Lei 8.429/1992). O objetivo do legislador foi, novamente, o de desestimular a denúncia irresponsável ou coibir acusações levianas.

Para Carvalho Filho, todavia, a autoridade deve aplicar esta disposição com razoabilidade:

“Nesse aspecto, entretanto, a autoridade não deverá agir com radicalismos; cumpre proceder com bom senso e equilíbrio, até mesmo para não desprezar denúncias de fatos graves em nome do excesso de formalismo. Por isso mesmo, a jurisprudência tem admitido a instauração de procedimento investigatório até mesmo em caso de denúncia anônima, quando esta oferecer indícios de veracidade e seriedade,

⁴³ Constituição Federal de 1988, Art. 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”

⁴⁴ MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 1319; STJ, RMS 30510/RJ “Denúncia anônima pode ser investigada, para comprovarem-se fatos ilícitos, na defesa do interesse público”.

⁴⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. et al. Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, tópico 1.9 [livro digital].

⁴⁶ Lei 8.429/1992, art. 19. “Constitui crime a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente. Pena: detenção de seis a dez meses e multa. Parágrafo único. Além da sanção penal, o denunciante está sujeito a indenizar o denunciado pelos danos materiais, morais ou à imagem que houver provocado”.

argumentando-se com a circunstância de que, se o Poder Público pode fazê-lo *ex officio*, poderá aceitar a investigação provocada, ainda que o denunciante não tenha observado a formalização de maneira ortodoxa⁴⁷

Por outro lado, caso estejam presentes todos os requisitos previstos em lei da representação, a autoridade deve determinar a imediata apuração dos fatos, observada a legislação que regula o processo administrativo disciplinar aplicável ao agente.

Aqui, houve relevante mudança trazida pela Lei nº 14.230/2021, que alterou referido dispositivo, que antes estabelecia como única legislação aplicável a Lei 8.112/1990, que é destinada apenas aos servidores da esfera federal. Com esta alteração, permitiu-se a existência de processos disciplinares também nas esferas estadual, distrital e municipal, a depender do vínculo funcional do agente.

O art. 16 dispõe, por fim, que, instaurado o processo disciplinar, a comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas ou Conselho de Contas da existência da apuração. Cada ente poderá designar representante para acompanhar o processo administrativo disciplinar. A composição da comissão processante e regularização da condução de seus trabalhos são disciplinadas nas leis que tratam do tema no âmbito de competência de cada um dos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), bem como nos regulamentos administrativos de cada órgão da administração pública direta e indireta⁴⁸.

4 A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

4.1 DISPOSIÇÕES GERAIS

Pode-se conceituar a ação de improbidade administrativa como o instrumento que pretende o reconhecimento judicial de condutas de improbidade na Administração e tem por objetivo aplicar sanções aos administradores públicos ou terceiros que praticarem atos de improbidade, visando preservar o princípio da moralidade administrativa.

Sendo assim, o sistema tem como objetivo, além de tutelar a probidade no exercício das funções do Estado e de punir atos de improbidade administrativa, de garantir a integridade do patrimônio público e social.

⁴⁷ CARVALHO FILHO. op. cit., p. 955.

⁴⁸ GAJARDONI. op. cit., tópico 1.9 [livro digital].

A proteção prevista na referida Lei busca alcançar os Poderes Legislativo, Judiciário, e, ainda, a administração direta e indireta de todas as entidades componentes da federação.

No que se refere às normas referentes à ação de improbidade administrativa, a Constituição Federal, em seu art. 37, § 4.º, dispõe que: “*Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível*”.

Ainda, o diploma regulador da improbidade administrativa no âmbito infraconstitucional é a Lei nº 8.429, de 02/06/1992 (LIA – Lei de Improbidade Administrativa), que, após quase trinta anos de vigência, sofreu profunda alteração pela Lei nº 14.230, de 25/10/2021. A Lei possui natureza jurídica nacional, diferindo das leis federais comuns que são obrigatórias somente para a esfera federal⁴⁹.

As mudanças trazidas foram acolhidas por uma parte da doutrina e criticadas por outra. Carvalho Filho, ao estabelecer crítica à reforma, argumentou que o abrandamento do sistema pode dar azo à práticas ímprobadas:

“Os órgãos políticos, sobretudo o Legislativo, pretenderam blindar-se a si mesmos em face de ações desferidas contra alguns de seus membros, em cenário político semelhante ao já ocorrido em outros sistemas, como, por exemplo, o italiano. De fato, numa sociedade em que a corrupção é endêmica, causa estranheza que o legislador abrande sanções e dificulte tipificações.”⁵⁰

Consideram-se atos de improbidade administrativa a “*conduta ativa ou omissiva, praticada por agente investido em função pública, orientada voluntária e intencionalmente à obtenção de proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade*”⁵¹. Estas condutas estão contempladas na LIA, com ressalva dos tipos previstos em leis especiais.

A primeira das condutas previstas na LIA é o enriquecimento ilícito, que representa maior gravidade e, portanto, possui sanções mais rigorosas. Há, no caso, acréscimo indevido no patrimônio do sujeito ativo em prejuízo dos cofres públicos (art. 9º da Lei n. 8.429/92).

Em seguida, o rol prevê a conduta de dano ao erário, de gravidade intermediária e que se caracteriza com a lesão financeira aos cofres públicos, mas sem enriquecimento do agente público (art. 10º da Lei n. 8.429/92).

⁴⁹ MAZZA, op. cit., p. 1218

⁵⁰ CARVALHO FILHO. op. cit., p. 927.

⁵¹ JUSTEN FILHO. op. cit., p. 1421.

Ainda, a Lei abarca os atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública, sendo comportamentos de menor gravidade (art. 11º da Lei n. 8.429/92).

Por fim, são previstos os atos decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário. Essa modalidade tipifica as condutas que visam conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário que reduza a alíquota de tributo (art. 10-A da Lei n. 8.429/92).

Uma das alterações mais significativas trazida pela reforma da Lei de Improbidade foi a exclusão da culpa como elemento subjetivo da conduta de improbidade. Por isso, exige-se, agora, a presença do dolo. Conseqüentemente, condutas praticadas com imperícia, imprudência ou negligência – pressupostos da culpa – não são mais enquadradas como atos de improbidade.

No que diz respeito ao ato de improbidade, a Lei, em sua redação atual, visa evitar a confusão bastante comum entre atos reprováveis, atos ilegais, atos criminosos e atos de improbidade. Dessa forma, buscou-se quebrar a noção comum e desvincular o ato ímprobo do ato criminoso, pois nem todo ato de corrupção implica ato de improbidade, e nem todo ato de improbidade pode ser caracterizado como corrupção.

A Lei de Improbidade Administrativa, inclusive, faz parte de um sistema mais amplo de combate à corrupção, uma vez que o mesmo ato pode, muitas vezes, ser caracterizado em mais de uma esfera, por mais que corrupção e improbidade sejam distintas⁵².

Nesse sentido, uma única conduta praticada pelo agente público pode desencadear seis processos distintos de responsabilização, sendo eles o civil; penal; administrativo disciplinar; improbidade administrativa; responsabilidade política (Lei n. 1.079/50) e processo de controle⁵³.

Em via de regra, o resultado em um processo não interfere nos demais, com exceção da absolvição criminal por negativa de autoria ou ausência de materialidade, que faz coisa julgada na esfera civil administrativa, nos termos do art. 126 da Lei n. 8.112/90. A independência da ação de improbidade em relação às demais instâncias de responsabilização é também sedimentada no art. 12 e 21, II, da LIA⁵⁴.

⁵² GAJARDONI, op. cit., RL 1.10 [livro digital]

⁵³ MAZZA, op. cit., p. 1257.

⁵⁴ Lei 8.429/92 Art. 12 “Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato [...]”. Art. 21, II, “A aplicação das sanções previstas nesta lei independe: I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento e às

Merece destaque uma das principais características da ação de improbidade, que é a cumulação, em um único processo, de diversas pretensões. A sentença pode impor ao réu não apenas sanções relacionadas à improbidade, mas também algumas de natureza civil (tal como a indenização por perdas e danos, que poderia ter sido exercitada por via distinta da ação de improbidade) e de natureza administrativa (como a perda da função).

A necessidade de racionalização de esforços e a economia processual justificam a concentração do conhecimento de matérias de diversa natureza. Importa ressaltar, contudo, que a LIA não dispõe sobre direito penal, cujas normas estão na legislação correlata e sua aplicação se faz segundo as regras próprias.

Para Carvalho Filho, embora cada uma das sanções tenha fisionomia que possa se enquadrar em outras categorias, deve considerar-se que constituem uma categoria própria, cujas cominações podem muito bem ser qualificadas como sanções de improbidade administrativa.⁵⁵

O sancionamento nas Ações de Improbidade Administrativa é cumulativo com sanções civis, administrativas e penais. Para exemplificar, aduz Justen Filho que o agente público que exige benefício patrimonial indevido para si ou para outrem, no exercício de sua função, sujeita-se ao sancionamento penal por crime de corrupção passiva, tipificado no art. 317 do Código Penal, ao mesmo passo que comete ilícito funcional, punível segundo a legislação pertinente ao cargo público ocupado. Ainda, subordina-se à indenização civil por perdas e danos eventualmente acarretadas ao Estado pela conduta ilícita. Além disso, a sua conduta também se configura como ímproba, acarretando a aplicação das sanções específicas da LIA.

As sanções por ato de improbidade administrativa estão previstas no no art. 12, incisos I a III, da LIA. Cada um dos incisos se refere a uma determinada categoria de improbidade. A variação de sanções para uma mesma categoria é resultado da valoração feita pelo legislador sobre a gravidade das condutas.

Cabe mencionar que a Lei 14.230/2021 vedou a condenação do sujeito fundada em artigos caracterizadores de ato ímprobo diversos (9.º, 10 e 11) relativamente a uma mesma conduta. Assim, uma mesma conduta não pode ser submetida a mais de um dos referidos dispositivos e às suas respectivas sanções⁵⁶.

condutas previstas no art. 10 desta Lei; II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas”.

⁵⁵ CARVALHO FILHO, p. 942

⁵⁶ JUSTEN FILHO, p. 1439

A aplicação das sanções exige a observância do princípio da proporcionalidade. Desse modo, condutas de menor gravidade não são suscetíveis de receberem sanções mais severas do que exige a natureza da conduta.

Cumpra registrar, ainda, o art. 21, § 5º, da LIA, que dispõe que sanções aplicadas em outras esferas (cível, penal, administrativa) devem ser compensadas com as sanções aplicadas em sede de ação de improbidade. Como as instâncias são independentes, não há anomalia no fato de o agente ser punido em todas as esferas mencionadas, uma vez que a conduta ofendeu, concomitantemente, as normas dos respectivos sistemas. Todavia, não é lícito que o autor da conduta receba duas sanções idênticas pela prática do mesmo ato, pois evita-se o *bis in idem*⁵⁷.

Dessa forma, as modalidades sancionatórias previstas na LIA são: a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; b) perda da função pública; c) suspensão dos direitos políticos; d) pagamento de multa civil; e) proibição de contratar com o Poder Público; f) proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente; g) ressarcimento integral do dano.

A legitimidade passiva na ação de improbidade administrativa se refere aos responsáveis pela prática do ato de improbidade administrativa, ou seja, aquele que pratica dolosamente o ato de improbidade, concorre para sua prática ou dele extrai vantagens indevidas. São eles os agentes públicos (art. 2.º da LIA) e terceiros participantes da conduta (art. 3.º da LIA).

O que se nota é que o setor público abrangido na LIA é bastante amplo, pois se trata de uma Lei Geral do setor público. Sendo assim, onde houver dinheiro, incide a LIA. Aplica-se a Lei a todos os Poderes de Estado, inclusive abarcando suas atividades típicas. Não há dúvidas, portanto, de que tanto os atos parlamentares quanto os judiciais, quando praticados com desvio de poder ou de finalidade, ensejam a incidência da LIA e de outras normativas sancionadoras. Ainda, a Lei alcança, do Presidente da Nação até o mais humilde dos servidores, porque não faz ressalva⁵⁸.

Figurando como sujeitos ativos da ação de improbidade administrativa estão as pessoas jurídicas que sofrem uma violação decorrente de conduta de improbidade e efeitos que dela emanam. Ou seja, pode haver ato de improbidade na própria organização interna do Estado e não apenas nos atos praticados pelo aparato público no exercício de suas funções.

⁵⁷ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 947.

⁵⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. ed. 2022, tópico 1.2 [livro digital].

Ademais, nem sempre o sujeito ativo se qualifica como pessoa eminentemente administrativa. A lei abrange também algumas entidades que, sem integrar a Administração, guardam algum tipo de conexão com ela.

A legitimidade para propositura da ação de improbidade administrativa é do Ministério Público e da pessoa jurídica interessada, na forma do art. 17 da Lei 8.429/1992.

As alterações trazidas pela Lei nº 14.230/2021 tornaram a disciplina do procedimento judicial da ação de improbidade mais aprofundada. Para Carvalho Filho, “*foi instituído um microsistema processual, numa clara indicação de que o mecanismo de apuração traduz ação com fisionomia própria [...]. Algumas normas remetem ao Código de Processo Civil, ao passo que outras integram o regime próprio adotado pelo legislador específico*”⁵⁹.

A ação de improbidade administrativa seguirá o procedimento comum previsto no CPC (art. 17, *caput*, da LIA). Conforme disposto no Código de Processo Civil, a regra é o procedimento comum aplicável a todas as causas, exceto disposições em contrário (art. 318, CPC). Por outro lado, aplica-se subsidiariamente nos procedimentos especiais (art. 318, parágrafo único, CPC).

Apesar de observar o procedimento comum, a ação de improbidade contém especificidades que não condizem exatamente com o sistema do CPC.

4.2 A NATUREZA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92), em sua redação original, afirmava que a ação possui natureza civil. Por esse motivo, considerava-se o processo como espécie de processo coletivo, pois movida por órgão público em busca da defesa do erário e da imposição de sanções aos agentes públicos em caso de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública⁶⁰.

A Lei n. 14.230/21, entretanto, alterou o referido dispositivo, de modo que sua redação passou a ser a seguinte:

“Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos”.

⁵⁹ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 958.

⁶⁰ DIDIER Jr., Fredie, ZANETI Jr., Hermes. Improbidade administrativa, processo coletivo e a Lei nº 14.230/2021: consensos e dissensos numa coautoria. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 89, jul./set. 2023, p. 134

Dessa forma, no atual cenário, existem divergências acerca da interpretação do dispositivo. Não há dúvida de que a ação de improbidade administrativa não é uma ação penal e que também não é uma ação civil pública para controle judicial de políticas públicas.

Para Araujo⁶¹, esta referência legal tem como objetivo apenas destacar que não estamos diante de uma pura ação civil pública em que os pedidos são formulados, predominantemente, para a invalidação de atos e pagamento de indenizações. Defende, portanto, que a ação de improbidade deve ser considerada, mesmo após a reforma de 2021, uma ação de natureza civil e política.

Da mesma forma, Neves e Oliveira⁶² argumentam que o referido dispositivo, ao dispor que “não constitui ação civil” parece, na verdade, se referir à ação civil pública, tese que seria corroborada pela segunda parte do dispositivo, que prevê ser vedado o seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos⁶³.

Outro argumento levantado por Neves e Oliveira a favor da natureza civil da ação de improbidade é o fato de que a lei expressamente remete ao procedimento comum do Código de Processo Civil como a base da ação de improbidade administrativa (art. 17), sem prejuízo de seus próprios ajustes procedimentais, entretanto, com a inclusão de técnicas processuais específicas.

Em 2022, o Supremo Tribunal Federal ratificou a natureza civil da ação de improbidade administrativa quando do julgamento do Tema 1199⁶⁴, seguindo, portanto, orientação firmada no Tema 576/STF⁶⁵.

Extrai-se do voto do ministro Alexandre de Moraes:

“A Lei 14.230/21, de maneira inexplicável, pretendeu, em seu artigo 17-D, excluir a natureza civil da ação de improbidade, em que pese, esse substrato partir da própria Constituição Federal [...]. Ora, ao errônea e fictamente tentar excluir a natureza civil

⁶¹ ARAUJO, Valter Shuenquener de. Lei de Improbidade Administrativa Comentada: com as alterações da Lei nº 14.230/2021. Belo Horizonte: Fórum. 2023, p. 328

⁶² NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa: Lei 14.230, de 25.10.2021 comentada artigo por artigo. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p.110.

⁶³ No mesmo sentido, Junior e Favreto afirmam que “*aqui disse o legislador menos do que desejava. O que se deve verificar é que a Ação de Improbidade Administrativa não é uma Ação Civil Pública, mas obviamente é sim uma “ação civil” tanto que determinada a aplicação do rito ordinário do Código de Processo Civil (art. 17, caput, da Lei de Improbidade)*” JUNIOR, Luiz Manoel Gomes Junior. FAVRETO, Rogerio. Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa. ed. 2023. Revista dos Tribunais, tópico 1.9 [livro digital].

⁶⁴ Tema 1199/STF (ARE 843989, Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2022, data da repercussão geral: 25/02/2022).

⁶⁵ Tema 576/STF (RE 976566, Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 13/9/2019, DIVULG 25-9-2019, PUBLIC 26-9-2019).

da ação de improbidade, a lei não teve a força de excluir a natureza civil do ato de improbidade e suas sanções, pois essa “natureza civil” tem substrato diretamente do texto constitucional, conforme reconhecido pacificamente por essa CORTE. Ressalte-se, ainda, que o próprio legislador, ao editar a nova lei e alterar o artigo 17 da LIA, determinou que se seguisse o procedimento comum estabelecido no Código de Processo Civil, deixando óbvio sua natureza civil”.

Por outro viés, há corrente que defende a natureza de Direito Administrativo Sancionador da ação de improbidade administrativa, que será abordada no tópico a seguir.

4.2.1 O Direito Administrativo Sancionador

Fábio Medina Osório compreende o Direito Administrativo como um ramo do Direito Público, constituído por normas de organização e normas de comportamento, que se aplicam às Administrações Públicas, ao Poder Executivo, em todas as esferas, regulando suas relações entre si, com os demais Poderes, órgãos estatais e com os administrados.

O Direito Administrativo abrange, ainda, funções típicas do Poder Judiciário, uma vez que essas funções podem apresentar-se processualmente pelo ângulo judiciário, e materialmente pelo ângulo administrativista, ou seja, submetem-se ao regime jurídico do Direito Administrativo. É o caso da aplicação das sanções referentes à Lei de Improbidade Administrativa.

A teoria de Osório compreende a concepção da unidade do *ius puniendi* estatal, uma vez que Direito Penal e Administrativo Sancionador são radicalmente comuns em suas origens constitucionais. Isso implica na aplicação de princípios comuns ao Direito Penal e ao Direito Administrativo Sancionador, reforçando-se as garantias e direitos fundamentais dos investigados e acusados em geral.

Por outro lado, embora a unidade enseje traços e garantias mínimas em comum, as diferenças também impõem tratamentos desiguais justificados, com aplicação de princípios próprios do Direito Administrativo Sancionador, que não se confunde com o regime jurídico do Direito Penal.

No que se refere à Improbidade Administrativa, a nova Lei trouxe a aplicação expressa dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador, o que equivale dizer que a sanção cominada para os atos de improbidade é tipicamente de direito administrativo material.

Dessa forma, o legislador acolheu a tese de que o Poder Judiciário poderia aplicar diretamente sanções disciplinadas pelo Direito Administrativo Sancionador e de que a ação de improbidade tem caráter repressivo/punitivo, ainda que não seja de natureza penal.

Nas palavras do autor:

“Quando situamos a improbidade administrativa no campo do direito administrativo sancionador, estamos saindo de um terreno árido, desprovido de garantias, entrando em um terreno que, embora deficitário, principalmente quando se compara com o direito penal, ostenta inegáveis evoluções científicas. [...] Inserir a improbidade administrativa no campo do direito administrativo sancionador significa submetê-la explicitamente a essas garantias, que se articulam e permitem uma correta leitura de outras garantias constitucionais aplicáveis ao direito punitivo”⁶⁶.

Portanto, às ações de improbidade se aplicam os princípios penais incidentes no regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador por força de simetria jurídica, uma vez que é uma vertente do poder punitivo estatal⁶⁷.

4.2.1.1 Teoria do Processo Sancionador

Para Osório, há um conjunto específico de normas processuais agrupáveis na categoria chamada de Direito Processual Punitivo: Direito Processual Administrativo, Direito Processual Judiciário Civil (ações civis públicas punitivas ou controle da Administração Pública no tocante ao exercício de pretensão punitiva) e Direito Processual Judiciário Penal (fonte inspiradora de garantias, regras e princípios).

Estas normas processuais estão sujeitas à garantia do devido processo legal, que indica a necessidade de submissão do processo sancionador à legalidade, à segurança jurídica e a todas as cláusulas constitucionais que trazem direitos fundamentais relevantes nas relações punitivas.

Um dos princípios mais importantes aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador é o da presunção de inocência. Nessa toada, diante dele e também da garantia constitucional do devido processo legal, merece destaque a disciplina das provas obtidas por meios ilícitos. Sabe-se que é vedada a produção de provas por meios ilícitos, e essa conduta resulta na responsabilidade do acusado em todas as esferas possíveis.

⁶⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa, tópico 3.2 [livro digital].

⁶⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador, tópicos 1.3.5 e 2.1.2.1 [livro digital].

Entretanto, há corrente que defende que, se a prova que for conclusiva, verdadeira e incontestável, ainda que obtida por meio ilícito, ela produz efeitos em um Processo Sancionador, em razão do princípio da presunção de inocência, que impediria a condenação⁶⁸.

Sobre o tema, explica Vicente Greco Filho⁶⁹:

“Uma prova obtida por meio ilícito, mas que levaria à absolvição de um inocente [...] teria de ser considerada, porque a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida ainda que se sacrifique algum outro preceito legal”.

Assim, a prova ilícita pode ser admitida, excepcionalmente, mas apenas para beneficiar o réu, jamais para prejudicá-lo.

Para além do princípio da presunção de inocência, o acusado em processo sancionador possui determinados direitos de defesa, que devem ser assegurados nos processos judiciais e administrativos e serão abordados a seguir.

A Constituição Federal consagra uma amplitude mínima do direito de defesa, e devido processo legal enseja um espectro dos graus dos direitos de defesa, desde um patamar mínimo até um estágio máximo, conforme os interesses que estejam em jogo, as legítimas opções legislativas, a natureza das demandas, as regras fixadas pelas autoridades judiciárias ou administrativas e as oportunidades conferidas às partes, notadamente aos acusados em geral.

O Direito Administrativo Sancionador pressupõe, como garantia de defesa, o direito do imputado de ser devidamente informado e de responder às acusações. Isso porque o acesso à informação adequada é direito básico da pessoa acusada de fato ilícito, e deve ser estabelecido ao longo do processo como um todo, com a participação ou cientificação acerca do andamento do feito⁷⁰.

5 A PROVA EMPRESTADA

5.1 CONTEXTO HISTÓRICO

⁶⁸ *Ibid*, tópicos 6 e 6.1.4

⁶⁹ GRECO FILHO *apud* LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal, 11 ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p.612.

⁷⁰ “A portaria inaugural, no processo administrativo, deve explicitar os atos ilícitos atribuídos ao acusado, sob pena de nulidade, por inépcia, sem prejuízo do oferecimento de outra, revestida das formalidades legais, pois ninguém pode defender-se eficazmente sem pleno conhecimento das acusações que lhe são imputadas. 2. No processo administrativo disciplinar cumpre sejam assegurados o contraditório, a ampla defesa e observado a garantia constitucional do devido processo legal” STJ, MS 5316/DF, julgado em 14/10/1998.

Por muito tempo, o instituto da prova emprestada não esteve regulamentado expressamente na legislação processual civil. Ainda sim, a inexistência de previsão específica no Código de Processo Civil de 1973 não impediu que o instituto da prova emprestada ganhasse popularidade e aplicação prática durante a sua vigência.

Na jurisprudência formada no período, tornou-se “pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à legalidade da prova emprestada, quando esta é produzida com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa”.

Segundo João Ganacin⁷¹, inúmeros foram os fatores que contribuíram para isso:

“O arrefecimento do culto à oralidade e à imediação; a inexistência de vedação legal expressa ao empréstimo probatório; a existência de cláusula legal dispondo que *‘todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis a provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa’* (CPC-1973, art. 332); o trabalho da doutrina, que não descuidava da prática da prova emprestada ao abordar temas de direito probatório; e, é claro, os benefícios proporcionados pelo empréstimo probatório, com destaque para a economia de tempo”.

Entretanto, a falta de disciplina legal gerava insegurança quanto ao uso da prova emprestada. Menciona-se como exemplo um grande debate da época, que era: parte da doutrina defendia que não poderia ser utilizada prova emprestada de processo no qual as partes não eram as mesmas, enquanto outra parte argumentava que, ainda que o contraditório não houvesse sido garantido no processo de origem, bastava que fosse assegurado o contraditório em relação àquela prova no processo de destino. Havia, ainda, um terceiro grupo que defendia que, não havendo contraditório na origem, a prova emprestada ainda sim poderia ser admitida, mas como documento, ou seja, com valor probatório reduzido.

Com o novo Código de Processo Civil em elaboração, possuía o legislador o poder de afastar as dúvidas e insegurança acerca do instituto da prova emprestada, regulando-o finalmente. Para fazer isto, poderia ter adotado como referência a legislação de diversos ordenamentos jurídicos, mas não o fez, optando por atribuir redação que não se assemelha com nenhum outro texto legal.

Dessa forma, o art. 372, que regula o instituto da prova emprestada, possui a seguinte forma: “*o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório*”.

⁷¹ GANACIN, João Cánovas Bottazzo. Prova Emprestanda no Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, cap. 5, item 1 [livro digital].

5.2 CONCEITO

Antes de adentrar no atual conceito de prova emprestada, importa apontar algumas percepções equivocadas que podem existir em relação ao instituto.

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, entendia-se a prova emprestada como uma prova atípica, porque não havia, na época, previsão legal para o instituto. Este entendimento vigorava entre parte da doutrina⁷² e também no sistema processual italiano, que consideravam a prova emprestada como um meio de prova (típica ou atípica).

Entretanto, não é adequado equiparar a prova emprestada como um meio de prova, pois o empréstimo probatório não altera o meio pelo qual a prova foi produzida.

Ou seja, se uma parte pretende valer-se de testemunho extraído de outro processo, o meio de prova empregado continuará sendo o da prova testemunhal, e não o da prova emprestada⁷³. Assim, a prova emprestada é, na verdade, método de aproveitamento de prova já produzida em outro processo⁷⁴.

Nas palavras de João Batista Lopes⁷⁵:

“Tecnicamente, a prova emprestada não se inclui entre as chamadas provas atípicas uma vez que traduz, mais propriamente, não uma espécie de prova, mas apenas a forma ou o modo como uma prova (típica ou atípica) ingressa nos autos”.

Ainda, elucidada Paulo Osternack Amaral⁷⁶:

“Um laudo pericial transportado para outro processo não deixará de ter a natureza de prova pericial. [...] A peculiaridade desse meio de prova relaciona-se com a forma pela qual o juiz tem acesso à fonte de prova e pela preservação da natureza da prova produzida no processo anterior”

Há também a compreensão de que a prova emprestada seria o empréstimo, não da prova em si, produzida em outro feito, mas sim do juízo formado pelo julgador a partir da

⁷² Dentre eles, AMARAL, Paulo Osternack do. Provas – atipicidade, liberdade e instrumentalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, cap. 5, item 1 [livro digital]; FERREIRA, William Santos. Princípios fundamentais da prova cível. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 82;

⁷³ “Não por acaso, afirma-se que a prova não perde sua natureza original ao ser emprestada. Um laudo pericial seguirá sendo um laudo pericial, um depoimento será um depoimento também no processo de destino”. APRIGLIANO, Ricardo. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2020, vol. III, t. I, p. 280.

⁷⁴ “A prova emprestada não constitui propriamente um meio de prova. [...] Por meio dela, aproveita-se, por exemplo, uma perícia já realizada (e já concluída) em outro processo, um depoimento de uma parte ou testemunha. Mas ela não é, em si, um meio de prova, sendo preferível compreendê-la como um mecanismo pelo qual se aproveita, em certo processo, dos meios de prova legalmente produzidos em outro”. *Ibid.*, p. 276.

⁷⁵ LOPES, João Batista. Pareceres. São Paulo: Castro Lopes, 2015, p. 248

⁷⁶ AMARAL. op cit., cap. 5, item 2 [livro digital].

prova no processo de origem. Este entendimento, no entanto, confunde-se com a possibilidade de uso da sentença como meio de prova⁷⁷, prática que não é admitida no direito brasileiro.

Dessa forma, é irrelevante a fase em que se encontra o processo de origem da prova, não sendo necessária a formação de coisa julgada para o empréstimo da prova que gerou o convencimento do juízo.

Atualmente, tem-se que o conceito de prova emprestada é “*o aproveitamento no processo de provas produzidas anteriormente em outro processo*”, nas palavras de Paulo Osternack do Amaral⁷⁸. Para João Ganacin⁷⁹, “*falar de prova emprestada [...] é aludir ao elemento probatório que, tendo sido produzido num processo, é usado para a demonstração de fatos em outro*”. Ainda, para Alexandre Freitas Câmara⁸⁰, “*chama-se prova emprestada aquela que, produzida para gerar efeitos em um processo, é levada para outro processo, distinto, onde também será recebida como meio destinado a influir na formação do convencimento do juiz*”.

Observa-se, portanto, maior consenso doutrinário acerca do tema, fato que pode ser associado ao advento do Código de Processo Civil de 2015, que consolidou a prova emprestada por meio do art. 372: “*o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório*”.

A existência do instituto da prova emprestada tem amparo direto nos princípios da economia e da eficiência processual, uma vez que é um meio de tornar mais otimizada a atividade jurisdicional.

Nas palavras de Arruda Alvim⁸¹:

“A utilização da prova emprestada acaba inclusive por homenagear o princípio de economia. A repetição de uma prova já produzida (ou qualquer outro ato processual) traz prejuízos para a administração da justiça e para as partes. Perde-se tempo, e a tutela jurisdicional mais tardiamente será prestada. A repetição exige que se dispenda nova atividade judiciária em detrimento de outros serviços.”

Ademais, relaciona-se diretamente a prova emprestada com a garantia constitucional da razoável duração do processo⁸², pois o empréstimo torna mais célere a instrução probatória, notoriamente uma das etapas mais morosas do processo judicial. Além disso, com o reaproveitamento da prova já produzida, é reduzido o custo processual.

⁷⁷ GANACIN. op. cit., cap. 5, item 1 [livro digital].

⁷⁸ AMARAL. op. cit., cap. 4, item 8 [livro digital].

⁷⁹ GANACIN. op. cit., cap. 5, item 1 [livro digital].

⁸⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Atlas. 2ª ed. 2019, p.330.

⁸¹ ARRUDA ALVIM. Prova emprestada. Revista de Processo. n. 202. São Paulo, dez. 2011, p. 408.

⁸² Constituição Federal de 1988, Art. 5º, LXXVIII “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Outro aspecto positivo da prática de empréstimo de prova entre processos seria, de acordo com Ganacin, o poder de propiciar coerência lógica entre as decisões⁸³:

“O empréstimo de provas, sem dúvida alguma, é uma técnica apta a contribuir para se atingir um menor grau de contradição lógica entre decisões [...]. Parece razoável supor que dois ou mais juízes, postos diante do mesmo material probatório, tenham a tendência de extrair conclusões semelhantes a respeito da ocorrência ou não de um fato”.

Sendo assim, a prova emprestada é um valioso meio para garantir a otimização da instrução probatória, satisfazendo os princípios da eficiência e duração razoável do processo. Entretanto, apesar das vantagens mencionadas, o diploma legal acerca do instituto pode ser considerado vago, tendo deixado diversos questionamentos importantes acerca do empréstimo probatório ainda sem respostas.

Apontadas por Ganacin em sua obra, algumas são as lacunas deixadas pelo legislador na redação do artigo 372 do Código de Processo Civil de 2015, que dão a ele característica de “não disciplina”.

De início, menciona o autor que o legislador foi omissivo quanto à observância do contraditório, assunto amplamente discutido ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973. Ao constar apenas que deve ser “*observado o contraditório*”, em nada solucionou uma maiores questões polêmicas acerca da prova emprestada, pois não estabeleceu qualquer disciplina sobre o tema, limitando-se a mencionar algo que já é uma garantia constitucional e, portanto, deveria ser observada de qualquer maneira.

Ademais, evidencia a infelicidade do Código de Processo Civil no que diz respeito a outra questão controvertida acerca da prova emprestada: a sua valoração no processo de destino. O artigo 372 explicita que o juiz deve atribuir-lhe “*o valor que considerar adequado*”, de modo que, mais uma vez, possui caráter excessivamente vago e obscuro.

Levanta, ainda, problemática acerca do trecho que diz “*o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo*” em função do verbo poderá, que tem atribuído possível caráter discricionário à conduta do juiz no que diz respeito à aceitação da prova emprestada no processo.

Apesar de parte da doutrina ter adotado essa acepção, o autor discorda, debatendo que a admissão - ou não - da prova emprestada não é decisão discricionária do julgador, pois:

“Não cabe, no âmbito do processo civil democrático, que pressupõe controle das atividades jurisdicionais, a admissão de poderes que sejam exercíveis

⁸³ GANACIN. op. cit., cap. 9, item 3 [livro digital].

discricionariamente pelo julgador. Como já ressaltado neste livro, o juiz não atua em nome próprio, mas como órgão estatal, razão pela qual os poderes que recebe da lei estão sempre ligados ao dever de exercê-los”.

Dessa forma, o juiz possui o dever de admitir a prova emprestada desde que observados os critérios estabelecidos por lei. Estes critérios, entretanto, como visto, não são claros pela redação do artigo 372. É possível estabelecer uma comparação com o artigo referente à prova emprestada no Código de Processo Penal:

“Art. 169. Admite-se a prova emprestada quando produzida em processo judicial ou administrativo em que tenha participado do contraditório aquele contra o qual será utilizada. § 1º Deferido o requerimento, o juiz solicitará à autoridade responsável pelo processo em que a prova foi produzida o traslado do material ou a remessa de cópia autenticada. § 2º Após a juntada, a parte contrária será intimada a se manifestar no prazo de 3 (três) dias, sendo admitida a produção de prova complementar”

Observa-se que a matéria está disciplinada de maneira consideravelmente mais robusta e satisfatória. A redação do Código de Processo Civil gerou grande dificuldade de aplicação da norma, uma vez que não traz as balizas para a produção da prova emprestada. Dessa forma, restou à doutrina e à jurisprudência estabelecer as diretrizes de aplicação do instituto.

Como acontece em relação a todos os meios probatórios, existem requisitos específicos para a admissibilidade da prova emprestada. Sobre estes critérios a serem observados pelo juiz, falaremos no próximo capítulo.

5.3 NATUREZA E VALORAÇÃO

Os conceitos de natureza e valoração da prova emprestada estão profundamente interligados, uma vez que o juízo da aptidão de um elemento de prova para a demonstração da veracidade de um fato é intrinsecamente relacionado ao meio de prova utilizado. Uma prova testemunhal, por exemplo, nada serve para apaziguar questões técnicas, que só podem ser provadas por meio de perícia. Dessa forma, necessário analisar conjuntamente os temas que circunscrevem a natureza e a valoração da prova.

Muitos autores consideram que a prova emprestada ingressa no segundo processo sob a forma de documento⁸⁴. Para William Santos Ferreira⁸⁵:

“Prova emprestada é aquela que tendo sido produzida em determinado processo (para comunhão interna), ingressa em outro, para o qual não foi originariamente produzida (comunhão externa), como prova documental, mas com potencialidade de utilização e convencimento de sua natureza originária (testemunhal, pericial etc.)”

Fredie Didier Jr., por sua vez, defende que a prova emprestada guarda a eficácia do processo em que foi colhida, citando como exemplo “*se se toma de empréstimo uma perícia, a eficácia da prova emprestada será a de uma perícia*”⁸⁶.

No mesmo sentido, em relação à corrente que defende a forma documental da prova no processo de destino, independentemente de sua natureza na origem, Ganacín aponta:

“Contudo, fosse correto o raciocínio, a prova testemunhal emprestada converter-se-ia em documental, tornando-se apta à comprovação de alegação fática que só por documento poderia ser demonstrada (CPC, art. 443, II). Com isso não se pode concordar. Seja qual for a sede em que utilizado o elemento probatório, sua natureza será ditada pelo meio de prova originalmente empregado para sua produção. Nesse sentido aponta Antonio Magalhães Gomes Filho, asseverando que não se altera ‘a natureza’ da prova emprestada no segundo processo”.

Dessa forma, para que a prova emprestada atinja seus fins, entende o autor que deve ser mantido o valor equivalente ao que teria caso tivesse sido produzida no próprio processo em que será utilizada.

Para além da natureza da prova emprestada no processo, o juiz tem o poder de valorá-la, de acordo com o art. 372 do CPC, “*atribuindo-lhe o valor que considerar adequado*”.

Enquanto alguns autores afirmam que o juiz é completamente livre para atribuir valor à prova emprestada, não havendo vinculação alguma a qualquer conclusão que porventura tenha sido obtida no processo de origem, há autores que reconhecem que o juiz tem o dever de agir com grande precaução na valoração da prova.

Para William Santos Ferreira, não há liberdade, devendo a redação do art. 372 ser interpretada no sentido de que a prova emprestada tem naturalmente riscos, mesmo que

⁸⁴ “A prova emprestada ingressa no segundo processo sob a forma de documento” TALAMINI, Eduardo, op. cit., p.2; “Essa atividade probatória desenvolvida em processo anterior ingressará no segundo processo sob a forma de documento” AMARAL, op. cit., cap. 5, item 2 [livro digital].

⁸⁵ FERREIRA, William Santos, et al. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, capítulo XII [livro digital].

⁸⁶ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, vol. 2, 11ª ed, Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p.134.

observado o contraditório, e, por isto, deve ser estabelecida análise crítica a partir da potencialidade persuasiva inferior da prova.

Outra implicação do art. 372 é a de desvincular o juiz do processo de destino da conclusão extraída pelo juiz da causa primitiva. O que deve ser importado é a prova, e não a valoração que lhe deu o juiz do primeiro processo. Assim, pode o juiz até mesmo chegar à conclusão diversa da que se atingiu no processo inicial, a partir da mesma prova.

5.4 ASPECTOS A SEREM CONSIDERADOS ACERCA DO EMPRÉSTIMO PROBATÓRIO.

5.4.1 Relação entre as demandas, partes e o fato probando

Para que se considere o empréstimo probatório de um processo para outro, certamente alguma relação existe entre as demandas, mas a afinidade entre elas pode ser alta, com grande compatibilidade de temas e elementos, ou baixa, havendo apenas alguns pontos em comum.

Não há razão jurídica para limitar o empréstimo de provas apenas para processos conexos, de alta afinidade, bastando apenas a existência de questão de fato comum.

Além disso, deve-se averiguar se o fato controvertido que levou à produção da prova no processo de origem é coincidente com o que há de ser comprovado no processo de destino.

Destaca-se que não é necessário que o objeto da prova, em sua totalidade, seja o mesmo em ambos os processos. Deve haver convergência apenas no ponto controvertido que se pretende apurar por meio da prova emprestada, sendo irrelevante se a causa de pedir e pedido sejam diversos nos dois processos

Ainda, ressalta Ganacin que *“deve-se ponderar que o requisito da identidade do fato probando não deve ser encarado com rigor demasiado. É perfeitamente natural que, no curso da produção probatória, sejam abordados pontos correlatos à questão fática para cuja solução tenha sido determinada a realização da prova”*, citando como exemplo uma prova testemunhal na qual tenham sido feitas diversas perguntas às testemunhas. Nesse caso, pode-se aproveitar perfeitamente apenas a parte que tenha relação com a convergência do processo de destino⁸⁷.

Entretanto, nos casos em que não há perfeita convergência, deve-se proceder com maior cautela, uma vez que o ponto controvertido pode não ter sido suficientemente

⁸⁷ GANACIN, op. cit., tópico 9, item 6 [livro digital]

aprofundado na instrução do processo de origem. Assim, nessa situação, deve ser garantido o direito de repetição da prova para a parte interessada.

No que diz respeito à identidade das partes dos processos em que haveria translação de provas, diverge a doutrina.

De um lado, defende-se que todas as partes do processo de destino têm de haver participado do processo em que se produziu a prova. De outro, entende-se que basta a participação no processo de origem da parte que é desfavorecida pela prova. Ainda, há quem defenda a possibilidade de uma parte se submeter, de forma voluntária, à eficácia de prova produzida em outro processo sem o seu envolvimento.

De todas as correntes mencionadas, é possível extrair que a discussão acerca da identidade das partes nos processos representa, na verdade, a preocupação com a efetiva garantia do direito ao contraditório, fato que será explorado no tópico seguinte.

5.4.2 Garantia do contraditório

É consolidado entre a doutrina e positivado no Código de Processo Civil de 2015 que a condição mais importante para que se dê validade e eficácia à prova emprestada é a observância ao princípio do contraditório⁸⁸. É imprescindível para a viabilidade do empréstimo, portanto, que tenha sido oportunizado o efetivo contraditório para a parte contra a qual vai ser utilizada a prova emprestada.

A redação do art. 372 do Código de Processo Civil⁸⁹, por mais que tenha sedimentado o contraditório como requisito para o traslado de provas, pouco aprofunda o tema, deixando de especificar o que exatamente seria a mencionada “observância ao contraditório” e quais critérios devem ser observados.

Sobre esta garantia, destaca-se que não significa apenas que a parte possa defender-se em relação às provas contra ela apresentadas. Na verdade, mais do que mera defesa, é necessário que a parte tenha condições de participar de sua produção enquanto ela se desenvolve.

Nesse sentido, aduz Alexandre Freitas Câmara que “*o contraditório assegura às partes não só o direito de se manifestar sobre a prova produzida, mas também – e principalmente – o direito de participar da própria produção da prova*”⁹⁰.

⁸⁸ THEODORO JR, Humberto. Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. I, p. 926

⁸⁹ Código de Processo Civil. Art. 372 “O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”.

⁹⁰ CÂMARA, op. cit., p. 775.

Ainda, aponta William Santos Ferreira⁹¹:

“Por contraditório no processo aonde aporta a prova emprestada não deve ser compreendida apenas a possibilidade de manifestação sobre sua juntada, esta linha equivocada normalmente ocorre porque vista como ‘documento’, contudo, embora a aquisição se dê sob a forma de ‘documento’, sua potencialidade persuasiva para utilização e valoração é de sua natureza originária. Exemplificativamente, nenhum juiz de direito analisa uma oitiva de testemunha de outro processo aportada como prova emprestada, como singelamente um documento, o mesmo em relação aos demais meios, como a prova pericial”.

Por esse motivo, parte da doutrina defende que é necessária a participação em contraditório de ambas as partes no processo de origem da prova.

A maior parte da doutrina, no entanto, defende a necessidade da participação no processo de origem apenas da parte prejudicada pela prova⁹². Destaca-se, mais uma vez, que não basta a mera figuração como parte, sem que tenha sido oportunizada a devida manifestação, no processo em que foi produzida a prova.

Nesse sentido, elucida William Santos Ferreira⁹³:

“Se no processo de produção a prova emprestada não houve a participação daquele a quem a prova vai atingir negativamente, como regra esta prova não poderá ter seu ingresso admitido e não poderá ser substitutiva da produção no processo adquirente. A instrução não é apenas uma forma de obtenção de provas, mas um modelo que legitima a invasão do Estado na vida do jurisdicionado e para que isto seja admissível devem ser garantidos meios para que o que for objeto de atingimento tenha a participação da parte atingida, já que ninguém perderá seus bens ou sua liberdade sem o devido processo legal”.

Há quem defenda, ainda, que não há necessidade de participação da prova prejudicada pela prova no processo de produção da prova se foi a própria parte quem requereu a utilização da prova emprestada.

O argumento está relacionado à lógica da instrumentalidade, pois defende o autor que não se poderia cogitar inadmissão no uso da prova em razão de inobservância ao princípio do contraditório se a própria parte, que sofrerá os efeitos do empréstimo, pretende o seu aproveitamento. Aduz o autor que “*o requerimento de utilização da prova emprestada, por quem não foi parte na origem, supre toda e qualquer irregularidade de que se poderia cogitar*”⁹⁴.

⁹¹ FERREIRA, op. cit., capítulo XII [livro digital].

⁹² Nesse sentido, menciona-se AURELLI, Arlete Inês. “Da admissibilidade da prova emprestada no CPC de 2015”, publicado na obra “Direito Probatório”, 3ª ed. Salvador: Juspodivm. 2018, p. 624.

⁹³ FERREIRA, op. cit., capítulo XII [livro digital].

⁹⁴ APRIGLIANO, op. cit., p. 295.

Há, ainda, uma última corrente com grande influência jurisprudencial. Defendem a desnecessidade da participação das partes no processo de origem, bastando que se oportunize a manifestação acerca da prova no processo de destino.

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema foi sedimentado no ano de 2014, antes da vigência do atual Código de Processo Civil. Entretanto, continua sendo reproduzido dentro do Superior Tribunal de Justiça⁹⁵ e exercendo influência considerável sobre os Tribunais Estaduais⁹⁶.

Nesse sentido também está o Enunciado 30 da I Jornada de Direito Processual Civil, que dispõe: *“É admissível a prova emprestada, ainda que não haja identidade de partes, nos termos do art. 372 do CPC”*.

O julgamento que deu início ao precedente judicial, de relatoria da min. Nancy Andriahi, foi favorável à desnecessidade de haver identidade de partes nos processos de origem e de destino, bem como assentou que é suficiente para a observância do contraditório o mero direito de manifestação das partes sobre a prova emprestada:

"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"⁹⁷.

A decisão foi baseada na tese de que, com ou sem a participação das partes no processo no qual ocorreu a produção probatória, o resultado seria o mesmo. À aceção jurisprudencial inaugurada pelo julgamento do EREsp n. 617.428/SP, Ganancin, junto de outros autores⁹⁸, estabeleceu diversas críticas, as quais merecem destaque a seguir.

⁹⁵ "Uma vez garantido às partes do processo o contraditório e ampla defesa por meio de manifestação quanto ao teor da prova emprestada, como no caso dos autos, não há vedação para sua utilização, ainda que não exista identidade de partes com relação ao processo na qual foi produzida. Precedentes desta Corte" (STJ, AgRg no AREsp n. 2.009.864/TO, relator Ministro Olindo Menezes, Sexta Turma, julgado em 28/6/2022, DJe de 1/7/2022).

⁹⁶ "RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação de concessão de aposentadoria especial - [...] - Inconformismo do IPMC/agravante - Inadmissibilidade - [...] - Prova técnica emprestada - Possibilidade - Assegurado às partes o contraditório sobre a prova (EREsp 617.428/SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, j. 04/06/2014, DJe 17/06/2014). Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo e do E. STJ - Decisão de 1º grau, mantida - Recurso de agravo de instrumento, improvido" (TJSP, 11ª Câmara de Direito Público, AI 2228907-35.2021.8.26.0000, Rel. Des. Marcelo L. Theodósio, j. 23.11.2021); TJSP, 33ª Câmara de Direito Privado, AI 2014260-53.2020.8.26.0000, Rel. Des. Sá Duarte, j. 16.3.2020; TJSP, 37ª Câmara de Direito Privado, AI 2057574-15.2021.8.26.0000, Rel. Des. José Tarciso Beraldo, j. 29.3.2021;

⁹⁷ STJ, EREsp n. 617.428/SP, relatora Ministra Nancy Andriahi, Corte Especial, julgado em 4/6/2014, DJe de 17/6/2014.

⁹⁸ "Não procede a assertiva de que seria desnecessária a participação do prejudicado no processo anterior, bastando que se lhe desse oportunidade de manifestação sobre a prova depois de seu traslado" TALAMINI, op. cit., p. 4; "O princípio da ineficácia das provas que não sejam colhidas em contraditório não significa apenas que a parte possa defender-se em relação às provas contra ela apresentadas: exige-se, isso sim, que seja posta em

Dentre elas, considera o autor equivocada a concepção de que a renovação da prova com possibilidade de participação da parte conduziria ao mesmo resultado obtido sem a sua intervenção, pois parte do pressuposto de que a participação das partes na produção probatória não possui efeitos concretos e não poderia interferir nas características do elemento probatório formado.

Fazer esta afirmação seria como ignorar as diversas possibilidades de interferência das partes na produção de, por exemplo, provas orais - por meio de indagações dirigidas à contraparte ou às testemunhas - ou periciais - por meio da escolha do perito. Trata-se, para o autor, de análise excessivamente simplista diante da complexidade da garantia ao contraditório, que, como visto, ultrapassa o mero direito de manifestar-se acerca da prova.

Sobre a importância da possibilidade de intervenção das partes na produção das provas, aduz Alberto dos Reis:

“A parte tem de ser convencida de que a prova se produziu com perfeita correção e legalidade e de que os resultados consignados nos autos correspondem precisamente ao que apurou e obteve. Para esse efeito, coloca-se a parte em condições de assistir à produção da prova, de a fiscalizar, e de exercer nesse acto os poderes que a lei processual lhe concede”⁹⁹

A segunda crítica efetuada pelo autor, em relação ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do EREsp n. 617.428/SP, baseia-se no fato de que a aceção de que o direito de manifestação sobre a prova emprestada é suficiente contraria diversos dispositivos do Código de Processo Civil.

Nas palavras do autor:

“Empréstimo não é meio de prova com disciplina própria [...], e a circunstância de uma prova ser emprestada não a isola do regramento jurídico pertinente à sua produção. A regulamentação da prova pericial, v.g., ordena que as partes sejam intimadas a apresentar quesitos e indicar assistentes técnicos para acompanhar os trabalhos e que o perito assegure ‘o acesso e o acompanhamento das diligências e dos exames que realizar, com prévia comunicação, comprovada nos autos, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias’ (CPC, art. 466, § 2º). É logicamente impossível o cumprimento dessas normas – bem como de outras pertinentes ao exercício do contraditório ao longo da formação da prova – autorizando-se o empréstimo mesmo em face de quem não tenha participado do processo de origem”.

Por fim, aponta ainda que não se pode tolher o contraditório em nome da celeridade processual, uma vez que a produção de novas provas, sem que haja o empréstimo probatório,

condições de participar, assistindo à produção das mesmas enquanto ela se desenvolve” GRINOVER, op. cit., p. 59.

⁹⁹ REIS, Alberto dos. Código de Processo Civil anotado. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, vol. III, p. 313. apud GANACIN, op. cit, capítulo 9, item 3 [livro digital].

é o caminho ordinário do processo, e que a prova emprestada já representa excepcionalidade. Ou seja, quando inadmitte-se o uso de uma prova emprestada e esta deve ser novamente produzida, não se configura um atraso, mas sim a mera impossibilidade de utilização de um atalho para o adiantamento do processo.

Dessa forma, tem-se que o cenário jurídico acerca da interpretação do art. 372 do Código de Processo Civil no que tange a garantia ao contraditório é repartido em duas principais correntes: de um lado, a jurisprudência tem força ao afirmar que não é necessária a presença das partes - nem mesmo a parte prejudicada pela prova - no processo de origem, desde que possibilitada a sua manifestação no processo de destino; de outro lado, a corrente com maior força doutrinária defende que o contraditório pressupõe, necessariamente, a possibilidade de participação efetiva na produção probatória, e que, por este motivo, ao menos a parte prejudicada pela prova deve ter sido parte do processo em que houve a sua produção.

5.1.3 Iniciativa de partes

Outro aspecto a ser considerado trata-se da possibilidade, ou não, de o juiz promover o empréstimo de prova de outro processo de ofício, sem que exista iniciativa das partes.

O Código de Processo Civil de 2015 eliminou qualquer dúvida que poderia haver sobre o tema, pois o seu cerne baseia-se no princípio da cooperação, atribuindo a todos os sujeitos do processo o dever de colaboração para buscar a justiça da maneira mais efetiva possível¹⁰⁰.

Diante deste cenário, pode-se dizer, mais além, que o juiz não só possui o poder de promover o empréstimo de provas, mas sim o dever de fazê-lo pois, do contrário, descumpriria seu dever de promover a eficiência processual¹⁰¹ e de cooperar para o desfecho do litígio em tempo razoável¹⁰².

5.1.4 Natureza do processo de origem

¹⁰⁰ “Entendemos perfeitamente possível tendo em vista o princípio da cooperação que é a tônica do novel diploma processual, o qual preconiza a colaboração de todos os sujeitos do processo para a efetiva busca pela justiça em que o juiz deixa de ser mero espectador do conflito entre as partes, para passar a ter uma participação mais ativa como sujeito do diálogo processual” AURELLI, op. cit., p.401.

¹⁰¹ Código de Processo Civil. Art. 8º “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

¹⁰² Código de Processo Civil. Art. 6º “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Quanto à admissibilidade de prova emprestada de processos que não sejam jurisdicionais, diverge a doutrina.

Há quem defenda, de um lado, que não se deva admitir como prova emprestada os elementos oriundos de outras sedes, como, por exemplo, o procedimento arbitral, o processo administrativo ou inquéritos. Alguns autores adeptos desta corrente são Cândido Dinamarco¹⁰³, Arlete Inês Aurelli¹⁰⁴, Gustavo Henrique Badaró¹⁰⁵ e Paulo Osternack Amaral.

Dentre eles, vale citar Amaral, que aduz ser fundamental a produção da prova por órgão jurisdicional a fim de assegurar as garantias fundamentais do processo, em especial a condução da prova por um julgador independente e imparcial¹⁰⁶.

Especificamente sobre o processo administrativo, defende o autor que:

“O processo administrativo não preenche esses requisitos. Além de o julgador não ostentar função jurisdicional, não há dúvida de que existe vínculo objetivo entre ele e uma das partes (o Estado). Isso é suficiente para impedir o empréstimo das apurações realizadas em qualquer procedimento ou processo administrativo”

Esta corrente fundamenta-se, principalmente, em dois argumentos. O primeiro diz respeito ao princípio do juiz natural¹⁰⁷, que dispõe que ninguém será julgado ou processado por juízo que não possui competência para a causa.

Portanto, o empréstimo de provas entre processos de natureza distintas levanta a seguinte discussão: poderiam as provas serem emprestadas de processos de natureza distinta, considerando que foram instruídas por juiz que não possuía competência para julgamento do processo a que se destinam ou, ainda, na ausência de juízo?

A problemática é engessada no fato de que um juiz, em sua função jurisdicional, responde a uma série de garantias e diretrizes, que buscam garantir o desempenho imparcial de suas atividades. Entretanto, o mesmo não pode se dizer acerca de um julgador em processo

¹⁰³ “É também indispensável que a prova haja sido constituída em processo jurisdicional, não importando se civil, penal, trabalhista etc., nem se esse processo foi realizado em primeiro ou segundo grau de jurisdição, por juiz estatal ou por árbitro” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2017, vol. III, p. 110).

¹⁰⁴ “Entendemos que não há como se admitir a prova trasladada de inquérito policial ou procedimento administrativo pela falta da preservação do contraditório, que se exige para a admissão da prova emprestada. Isto porque constituem peças meramente informativas, de procedimento inquisitorial, sem garantia do contraditório” (AURELLI, op. cit., p. 624).

¹⁰⁵ “O primeiro requisito que tem sido exigido pela doutrina para que prova produzida em um processo possa ser validamente utilizada em outro processo é que tenha sido produzida na presença do juiz natural. [...] O juiz natural, nesse contexto, deve ser entendido como sinônimo de autoridade legalmente investido do poder jurisdicional. Obviamente, não se poderão emprestar provas produzidas perante autoridades não jurisdicionais, como as resultantes de processos administrativos (por exemplo, processos administrativos disciplinares), em inquéritos policiais por fatos diversos, ou em processos arbitrais” (BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 400).

¹⁰⁶ AMARAL, op. cit., cap. 5, item 2 [livro digital]

¹⁰⁷ Constituição Federal de 1988, art. 5º, XXXVII e LIII.

administrativo, ante a ausência de legislação pautando a sua conduta, inclusive no que diz respeito à instrução probatória.

Nesse sentido, posiciona-se Talamini contra a possibilidade de empréstimo de provas derivadas de processo de natureza não-jurisdicional:

“A prova tem de haver sido originariamente colhida em processo frente a órgão jurisdicional. Trata-se de decorrência direta da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal (art. 5.o, XXXV e LIV, da CF/1988 (LGL\1988\3)). Não há apenas o direito de ser ouvido e receber uma resposta do órgão jurisdicional. Mais ainda, existe o direito de perante esse - e com o completo sistema de garantias que peculiariza o processo jurisdicional - desenvolverem-se as atividades destinadas a ‘far valere sul piano probatorio le proprie ragioni e di influire sullo svolgimento della controversia’¹⁰⁸”.

Aurelli aponta, ainda, argumento sedimentado na falta de preservação do contraditório percebida em processos não-jurisdicionais, como o administrativo.¹⁰⁹

Dentre os adeptos à tese de impossibilidade de empréstimo de provas de processos não jurisdicionais, há ainda aqueles que estabelecem uma mitigação. Nas palavras de Osterneck Amaral, “*caso essas apurações sejam levadas ao processo, deverão ser valoradas e receber o valor correspondente ao de um mero indício, jamais podendo constituir o elemento de convicção determinante para a solução do litígio*”¹¹⁰, concepção que abarca o instituto da valoração da prova, previsto no art. 372 do Código de Processo Civil e que será aprofundado no item a seguir.

Em outro polo, há a corrente adepta da possibilidade de empréstimo probatório de processos desprovidos de autoridade legalmente investida de poder jurisdicional, composta, dentre outros autores, por Fredie Didier Jr., Wendel Teixeira e João Batista Lopes. O consenso entre os doutrinadores é de que isso só seria possível, entretanto, se observado o contraditório.

Nenhuma surpresa causa esta exigência, uma vez que, como visto, a garantia ao contraditório é o elemento fulcral no que envolve o instituto da prova emprestada, previsto no próprio art. 372 do Código de Processo Civil.

¹⁰⁸ TROCKER, Nicolò. Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano. Milão: Giuffrè, 1974, p. 514-515, 1974 *apud* TALAMINI, op. cit., p.6.

¹⁰⁹ “Entendemos que não há como se admitir a prova trasladada de inquérito policial ou procedimento administrativo pela falta da preservação do contraditório, que se exige para a admissão da prova emprestada. Isto porque constituem peças meramente informativas, de procedimento inquisitorial, sem garantia do contraditório”. AURELLI, op. cit., p. 624.

¹¹⁰ AMARAL, op. cit., item 5.2.4 [livro digital].

Dessa forma, para Nelson Nery Jr.¹¹¹, Dóris Castelo Branco¹¹² e Lênio Streck¹¹³, não há motivos para impedir o empréstimo de prova de processo que não seja jurisdicional, desde que nele tenha sido rigorosamente observado o contraditório. No mesmo sentido, dispõe Ricardo Aprigliano¹¹⁴:

“Na garantia do contraditório, entendo não ser adequado o empréstimo de provas originadas de procedimentos em que essa garantia não tenha sido observada. Não creio que apenas em processos perante autoridade jurisdicional ele seja possível, pois seu cabimento seria muito limitado. O empréstimo pode se dar a partir de processos administrativos, quando o contraditório seja efetivamente observado, o que não é o caso de sindicâncias e inquéritos policiais”.

Quanto ao argumento de que o empréstimo representaria ofensa ao princípio do juiz natural, Ganacin estabelece contraponto:

“No processo civil, as regras do juiz natural e da inafastabilidade da jurisdição não implicam que a instrução probatória seja integralmente composta de dados formados perante órgão investido do poder jurisdicional. Fosse procedente o argumento, seria forçoso excluir da cognição judicial as provas pré-constituídas, consistentes em dados cuja existência não se forma no âmbito do processo jurisdicional. Portanto, não deve subsistir a invocação desses postulados normativos como óbice à admissão de provas formadas em sede estranha à jurisdição”.

Ademais, aponta o autor que o contraditório, o devido processo legal e a ampla defesa são assegurados em processos administrativos, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição. Dessa forma, o mero fato de se tratar de prova produzida em processo administrativo não seria suficiente para inviabilizar o empréstimo, uma vez que não implica que tenha havido ofensa aos direitos que seriam assegurados às partes em processo jurisdicional.

Não se ignora a possibilidade de haver desrespeito aos princípios do contraditório e ampla defesa em processo administrativo. Contudo, argumenta o autor que tal constatação não pode conduzir à rejeição de toda e qualquer prova oriunda de processo administrativo.

¹¹¹ “Caso tenha sido rigorosamente observado o contraditório no processo administrativo entre as mesmas partes, bem como no inquérito civil ou policial, é possível, em princípio, admitir-se como emprestada a prova ali produzida.” (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil Comentado. 21. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 945.)

¹¹² “Quanto à prova emprestada de processo administrativo, entendemos ser possível o seu empréstimo ao processo civil, desde que tenha sido observada a plenitude das garantias constitucionais do processo, aplicáveis a ambos os processos.”

¹¹³ “O CPC fala em “processo”, sem se referir a outros tipos de procedimentos administrativos ou, por exemplo, investigação do Ministério Público. Nesse caso, seguindo a linha da jurisprudência do STJ no sentido de que o fulcral no tema “prova emprestada” é a garantia do contraditório, não se afigura desarrazoado interpretar que a palavra “processo” seja entendida lato sensu”.

¹¹⁴ APRIGLIANO, op. cit., p.291.

Isso porque, da mesma forma que poderá ser constatada violação das mencionadas garantias em processo não jurisdicional, o mesmo se diz para processos jurisdicionais.

Dessa forma, a mera possibilidade de violação de princípios essenciais à produção probatória não é suficiente para impedir o empréstimo de processos administrativos como um todo. Deve-se analisar caso a caso e, constatada irregularidade no processo, por óbvio que torna-se impedido o empréstimo de provas dele derivadas.

Nesse sentido, valioso é o apontamento de Barbosa Moreira, embora discorrendo sobre tema distinto:

“É possível que o processo perante o órgão administrativo se afigure menos digno de confiança que o judicial, do ponto de vista das garantias que se conferem aos interessados. [...] Esse, porém, será ponto a verificar em cada hipótese; o que não se justifica é a absoluta rejeição a priori”.¹¹⁵

Por fim, conclui-se que, embora uma corrente minoritária defenda a impossibilidade de empréstimo de provas derivadas de processos não jurisdicionais, como o processo administrativo, prevalecem os argumentos da corrente majoritária, favorável ao empréstimo nessas condições, desde que observado o princípio do contraditório.

6 A PROVA EMPRESTADA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Diante de todo o escopo apresentado, resta analisar a (in)viabilidade do empréstimo de prova de processo administrativo disciplinar nas ações de improbidade administrativa.

Adianta-se que não se vislumbra consenso acerca do assunto. Na realidade, há pouquíssimo substrato doutrinário, legislativo e jurisprudencial sobre a possibilidade de empréstimo probatório nas condições aqui discutidas.

Dessa forma, proponho-me a levantar duas correntes - uma favorável e outra desfavorável - por meio de analogia e interpretação doutrinária, a fim de apresentar e delimitar o cenário jurídico que circunscreve o tema da prova emprestada de processo administrativo disciplinar nas ações de improbidade.

¹¹⁵ MOREIRA, Barbosa. Problemas e soluções em matéria de reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros in Temas de direito processual – quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 263. apud GANACIN, op. cit., capítulo 9, item 10 [livro digital].

6.1 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À POSSIBILIDADE DE EMPRÉSTIMO DE PROVA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR EM AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

6.1.1. Art 21, § 2º, da nova LIA, integração entre esferas administrativa e civil e princípio da eficiência.

De início, podemos apontar como principal argumento favorável à viabilidade do empréstimo probatório o fato de que a própria Lei de Improbidade, em seu artigo 21, faz menção à prova emprestada e, mais além, atribui à ela status imperativo:

“Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:

I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento e às condutas previstas no art. 10 desta Lei;

II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

§ 2º As provas produzidas perante os órgãos de controle e as correspondentes decisões deverão ser consideradas na formação da convicção do juiz, sem prejuízo da análise acerca do dolo na conduta do agente”

Situado no Capítulo IV da nova LIA, em que são tratadas as disposições penais, o parágrafo segundo do artigo 21 parece demonstrar nítida intenção do legislador de estimular o empréstimo probatório do processo administrativo prévio em órgãos de controle para a ação de improbidade. Assim, pode-se dizer que houve uma mitigação do princípio da independência entre as instâncias civil/penal e administrativa.

Para Araujo¹¹⁶, da interpretação do referido artigo é possível afirmar o caráter obrigatório do empréstimo em caso de provas produzidas perante órgãos de controle.

O dispositivo, entretanto, pode ser relativizado em sua aplicação na hipótese aqui em discussão, uma vez que o inciso II trata, especificamente, da “aprovação ou rejeição das contas”, atividade que remete ao Tribunal de Contas¹¹⁷.

¹¹⁶ ARAUJO, Valter Shuenquener de. Lei de Improbidade Administrativa Comentada. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 357.

¹¹⁷ A respeito do Tribunal de Contas, é possível perceber uma crescente interferência do Tribunal no exercício de função administrativa. Sabe-se que o Tribunal de Contas é o órgão de assessoria do Poder Legislativo incumbido da análise e fiscalização das contas apresentadas pela Administração Pública. As decisões administrativas proferidas por este órgão restringem-se à análise dos aspectos contábeis, orçamentários e fiscais, e não dos aspectos anímicos ou administrativos.

Ainda sim, muito embora não seja perfeitamente aplicável à discussão em concreto, não é de se ignorar o avanço legislativo no sentido de integrar a ação de improbidade administrativa com os procedimentos administrativos prévios a ela.

Soma-se a este argumento o fato de que a própria Lei de Improbidade Administrativa pressupõe a existência de um processo administrativo anterior e, inclusive, dedicou o capítulo V para disposições e diretrizes acerca do tema.

Mais evidente, portanto, a ligação entre as duas instâncias, plenamente reconhecida e positivada na nova LIA, fator que distancia a modalidade de empréstimo de provas aqui discutida daquela cujos pólos são processos de esferas completamente independentes, como se tem no caso do empréstimo de provas entre ações penais e civis, por exemplo.

Não é de se causar espanto o avanço legislativo no sentido de integrar as esferas administrativas e civis/penais, pois perfeitamente alinhado com o princípio da eficiência processual, que diz respeito aos meios empregados para o alcance de determinadas finalidades. Haverá eficiência se os meios adotados forem ótimos, gerando pouco esforço ou dispêndio, com o melhor resultado possível.

A busca pela efetividade é uma das características fundamentais do Estado de Direito. Essa busca se traduz na implementação eficaz de resoluções judiciais, requerendo uma abordagem processual voltada para o alcance de resultados tangíveis da maneira mais eficiente possível.

Assim, o princípio da eficiência está diretamente relacionado com a gestão do processo. O juiz, para livrar-se da rigidez procedimental e para ajustar o processo às particularidades do caso, deve adaptar o procedimento, mas deve fazê-lo de modo eficiente.

Diante desse cenário, o empréstimo, na ação de improbidade administrativa, de provas produzidas em processo administrativo anterior - que é previsto, regularizado e detalhado pela própria Lei de Improbidade Administrativa - representa uma forma de garantir o princípio da eficiência.

6.1.2 Requisitos probatórios cumpridos no Processo Administrativo Disciplinar

Pode-se dizer, em relação ao processo administrativo, que este possui as características necessárias para que seja possível exportar as provas produzidas nesta sede. Como visto no capítulo 3, apesar de não possuir uma legislação codificada detalhando o seu procedimento, o processo administrativo disciplinar é balizado por diversas diretrizes, algumas, inclusive, comuns ao processo judicial.

O processo administrativo disciplinar também não se distingue drasticamente dos processos judiciais por força do princípio da juridicidade administrativa. A Administração Pública deve ter, nos processos administrativos disciplinares, atuação conforme a Lei e o Direito, por força do inciso I do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99 . Ou seja, deve agir ou se omitir com base não somente na lei, mas também com base no Direito, como sistema de princípios e valores normativos, expressos e implícitos¹¹⁸.

A atuação conforme a lei e o Direito perfaz o dever de conduzir-se com juridicidade, ou seja, de tratar de forma jurídica o processo administrativo. Isso se refere a agir ou a se omitir com base não somente na lei, mas, sim, com base também no Direito, como sistema de princípios e valores normativos, expressos e implícitos.

Portanto, os diversos princípios balizadores do processo administrativo disciplinar, como a legalidade, a ampla defesa, o contraditório e a eficiência, são garantias da segurança jurídica e da regularidade do procedimento.

Dessa forma, considerando todas as diretrizes principiológicas e as fontes normativas que direcionam o funcionamento do processo administrativo disciplinar, tem-se que o procedimento é adequado para uma instrução probatória satisfatória, em consonância com as diretrizes da instrução da prova no processo civil.

Ainda, sob o escopo da análise dos requisitos do processo civil para o empréstimo de prova, não há motivos para impedir a hipótese em comento. Conforme abordado no capítulo 5, existem diversos aspectos a serem considerados para tornar possível a prova emprestada.

De início, podemos mencionar a relação entre as demandas e o fato probando. É nítido que, no âmbito do processo administrativo disciplinar e da ação de improbidade administrativa, há relação entre os dois processos, positivado inclusive na Lei de Improbidade Administrativa, como visto.

No que tange a necessidade de que as partes do processo de origem e de destino sejam as mesmas, tem-se que a parte acusada na ação de improbidade participa como parte do processo administrativo disciplinar prévio, de modo que não há impeditivo algum neste ponto.

É também necessário avaliar a garantia do contraditório, requisito crucial ao empréstimo probatório. A redação do art. 372 do Código de Processo Civil sedimentou o contraditório como requisito para o traslado de provas, mas não apontou exatamente quais são os critérios que devem ser observados.

¹¹⁸ DEZAN, Sandro Lucio. CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Processo administrativo: Lei 9.784/1999. Revista dos Tribunais, 2019, p.95.

Entretanto, da posição doutrinária e jurisprudencial, depreende-se que é consenso que o contraditório é garantido, no âmbito do direito civil, quando há, não apenas o direito de se manifestar acerca da prova produzida, mas sim de participar da própria produção da prova. Este é o caso da hipótese aqui tratada, uma vez que, no processo administrativo disciplinar, há o respeito ao princípio do contraditório, previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Diante de todos os fatores acima expostos, pode-se dizer que o processo administrativo disciplinar é meio adequado para a produção de provas a serem exportadas para a ação de improbidade administrativa, pois conta com todas as garantias processuais e probatórias necessárias.

6.1.3 Juízo de admissibilidade e valoração da prova emprestada

Cabe destacar que, mesmo diante de todos os fatores previamente mencionados, cabe ao juiz do processo de destino averiguar se foram respeitados os requisitos necessários para a produção da prova e atribuir o valor que considerar adequado a ela, conforme o art. 372 do Código de Processo Civil. Dessa forma, pode-se defender que, mesmo em face de alguma irregularidade, o juiz do processo de destino se atentará às circunstâncias do caso concreto e impedirá - se for o caso - o empréstimo da prova.

Assim, prevalece o entendimento de que não se deve proibir o empréstimo da prova no caso aqui discutido apenas pela mera possibilidade de haver irregularidades no processo originário, uma vez que o juízo de admissibilidade e valoração da prova possuem justamente o condão de coibir estes vícios.

6.2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À POSSIBILIDADE DE EMPRÉSTIMO DE PROVA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR EM AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Adota-se, para a fundamentação de uma tese contrária à possibilidade de empréstimo probatório de processo administrativo disciplinar para uma ação de improbidade, uma posição crítica acerca do direito administrativo sancionador como um todo.

Na obra “Direito Administrativo do Medo”, Rodrigo Valgas dos Santos se propõe a investigar as causas do que ele chama de controle disfuncional da Administração Pública. Para o autor, o cenário atual do Direito Administrativo Sancionador é permeado de medo por

parte dos servidores, fundado no funcionamento defeituoso ou indesejável das organizações, com a conseqüente perda de eficiência de suas funções.

Para o autor, um grande demonstrativo do controle imprevisível e irracional no âmbito do Direito Administrativo é justamente o surpreendentemente alto número de ações de improbidade movidas contra agentes públicos e a aplicação de penas exageradas.

Este controle disfuncional abarca, principalmente, as atuações do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas. Todos são exemplos de controle externo da Administração, pois exercido por entes com capacidade de interferência nas decisões administrativas, seja invalidando atos, aplicando sanções ou restringindo direitos políticos fundamentais.

Assim, elucida que, no atual cenário, impera o Direito Administrativo do medo, ou seja:

“a interpretação e aplicação das normas de Direito Administrativo e o próprio exercício da função administrativa pautados pelo medo em decidir dos agentes públicos, em face do alto risco de responsabilização decorrente do controle externo disfuncional, priorizando a autoproteção decisória e a fuga da responsabilização em prejuízo do interesse público”.

Para além da paralisia ou inércia administrativa, o autor aponta como um dos principais problemas causadores deste cenário o sancionamento desproporcional e prolífico dos agentes públicos. A busca impetuosa do combate à corrupção teria levado a reações exacerbadas, quer da sociedade civil, quer dos órgãos de controle externo.

Além disso, menciona como vício o protagonismo do Judiciário e o aumento do decisionismo deste ente controlador, com a conseqüente relativização do seu dever em motivar suas decisões de modo juridicamente sustentável.

Embora o autor não estabeleça críticas acerca do controle interno, ou seja, do processo administrativo disciplinar, sua contribuição sobre o controle externo, especialmente do Poder Judiciário no âmbito da ação de improbidade administrativa, é de ampla contribuição para o objetivo deste Trabalho.

Importa extrair, dos ensinamentos de Rodrigo Valgas dos Santos, que há uma grande agitação punitiva em face do agente público, de modo que o controle externo se torna disfuncional e ineficiente, gerando o cenário do Direito Administrativo do medo.

A análise levantada acerca do cenário jurídico-administrativo demanda maior cautela diante das ações de improbidade administrativa em seu caráter punitivo, devendo ser observadas todas as garantias fundamentais ao acusado, e que isso ocorra em todas as instâncias.

Por este motivo, deve ser sopesado o impacto positivo e negativo da prova emprestada. Considerando a deficiência de garantias individuais ao acusado já existente nas ações de improbidade administrativa, o empréstimo probatório de processo administrativo disciplinar pode configurar-se como mais uma face da feição excessivamente punitiva e ativista dos órgãos de controle externo da Administração, produzindo efeitos negativos e ceifando os direitos individuais dos acusados.

Cabe também estabelecer um paralelo com a teoria de Fábio Medina Osório abordada em seu livro “Direito Administrativo Sancionador”, já abordada neste Trabalho.

Trata-se de vertente teórica que entende o Direito Administrativo como aproximado do Direito Penal em razão do seu caráter sancionador, sendo uma vertente do *ius puniendi* estatal. Assim, os ilícitos administrativos devem ser tratados como ilícitos penais, para efeito de garantir os mesmos direitos previstos aos acusados em processos penais.

Como visto, defende o autor que a Lei de Improbidade Administrativa possui natureza de Direito Administrativo Sancionador. Isso porque, nas ações de improbidade, as infrações e as sanções possuem natureza de direito administrativo, mas a atividade punitiva é desempenhada pelo Poder Judiciário.

Isto foi positivado na nova Lei de Improbidade Administrativa, que consagrou a aplicabilidade dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador ao campo da improbidade administrativa. Assim, consolidou direitos fundamentais aos réus e acusados em geral, reforçando o Estado Democrático de Direito.

Portanto, às ações de improbidade se aplicam os princípios penais incidentes no regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador por força de simetria jurídica, uma vez que é uma vertente do poder punitivo estatal.

Dessa forma, o acusado em processo sancionador possui determinados direitos de defesa, que devem ser assegurados nos processos judiciais e administrativos, tornando os *standards* probatórios mais altos para uma condenação.

6.2.1 Obscuridade do processo administrativo disciplinar

Sob a ótica do Direito Administrativo Sancionador, em que as garantias ao acusado aproximam-se das garantias penais, tornando mais altos os *standards* probatórios, e do Direito Administrativo do Medo, em que foi demonstrado o desarrazoado punitivismo e a disfuncionalidade da ação de improbidade administrativa, tem-se que o processo

administrativo disciplinar não é meio adequado para produção de provas a serem usadas em processo de caráter sancionatório.

Isso porque o processo administrativo disciplinar não possui uma sistematização clara e uniforme como o processo judicial. As regras que o regem se encontram em diversas leis esparsas ou em decretos, regulamentos e regimentos. Dessa forma, para Carvalho Filho, não se pode esperar uma rigidez absoluta para os processos administrativos, sendo o processo balizado pelos princípios norteadores da Administração Pública em geral.

Ademais, o princípio do informalismo procedimental, que significa que o administrador não possui a obrigação de adotar rigor excessivo na tramitação dos processos administrativos, em caso de silêncio da lei ou de atos regulamentares, evidencia a imprevisibilidade e a falta de segurança jurídica neste processo.

Dessa forma, entende-se que o processo administrativo disciplinar não prevê as garantias necessárias para a efetiva produção probatória justa ao acusado, com todas as garantias necessárias de Direito Administrativo Sancionador.

Sobre o tema, Rodrigo Valgas dos Santos esclarece que os princípios não são suficientes para substituir regras. Não podem os magistrados e os órgãos de controle elegerem um princípio da sua predileção subjetiva e ignorar os demais, como tem sido feito.

A teoria alemã da aplicação dos princípios foi pensada para limitar e racionalizar a atuação dos juízes. No Brasil, entretanto, a teoria serve para admitir permissividade e liberdade ampla dos magistrados e dos órgãos de controle externo.

Acerca do chamado “hiperprincípioalismo”, expõe o autor:

“O problema no inadequado exercício do controle externo sob uma perspectiva neoconstitucionalista é que tudo passa a ser uma questão de princípios. Esquecemos o real papel dos princípios que possuem caráter reflexivo, de abertura do sistema ao seu (determinável) conteúdo jurídico. Assim, passou-se a utilizar a teoria dos princípios para solver problemas que dependem de regras. Mais que isso, no cotidiano dos tribunais, especialmente em improbidade administrativa, passou-se a desprezar as regras em nome dos princípios e a razão maior disso é porque a escolha (à la carte) dos princípios e a determinação do seu conteúdo jurídico, permite ao intérprete sentir-se ‘livre, leve e solto’ para decidir como quiser”.

Ainda, chama atenção para o fato de que princípios como devido processo legal, contraditório e ampla defesa, que são o cerne do Estado Democrático de Direito na tutela das liberdades, são sacrificados em nome de interesses tidos como “mais nobres”, como o *in dubio pro societate*, a proteção da moralidade administrativa e da efetiva punição dos corruptos.

Sendo assim, um processo regido apenas por princípios gerais da Administração Pública não pode produzir provas aptas a gerarem uma condenação em ação de Improbidade Administrativa.

Outro indicativo da inaptidão do processo administrativo disciplinar para a produção probatória é o fato de não ser obrigatória a defesa técnica. Desde o julgamento da Súmula Vinculante nº 5/2008 do Supremo Tribunal Federal, restou pacificado que, nos processos administrativos, não é necessária a defesa realizada por advogado¹¹⁹.

Dessa forma, relativiza-se a legitimidade do processo administrativo como um todo em face das garantias ao acusado, uma vez que sequer há obrigatoriedade da presença de um advogado.

Um terceiro e forte argumento acerca da inviabilidade do empréstimo de provas de processo administrativo para a ação de improbidade é que, ainda que o processo de destino fosse uma ação civil comum, parte da doutrina defende ser vedada esta hipótese.

Discorre Osterneck Amaral que é fundamental que a prova tenha sido produzida perante um órgão que desempenhe função jurisdicional, permeado pelas garantias fundamentais do processo, e com a condução da prova por um julgador independente e imparcial.

O processo administrativo não preenche esses requisitos. Para o autor, além de o julgador não ostentar função jurisdicional, é nítido que existe vínculo objetivo entre ele e uma das partes (o Estado).

Como visto, Eduardo Talamini¹²⁰ e Ada Pellegrini Grinover¹²¹ também filiam-se a este entendimento, argumentando não ser cabível o mero empréstimo de prova produzida em processo ou procedimento administrativo, uma vez que não foi produzida sob o pálio das garantias do processo jurisdicional.

Dessa forma, se sequer admite-se empréstimo de prova oriunda de processo administrativo para ações de natureza civil, por falta de garantias ao réu, por óbvio não se admitiria o empréstimo para ações de Direito Administrativo Sancionador.

6.2.2 Equiparação ao Direito Penal

¹¹⁹ “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição” Súmula 05/2008, STJ.

¹²⁰ TALAMINI, op. cit, p.6.

¹²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo em evolução: Prova emprestada. Forense, 1998, p. 58.

Para fins de analisar a viabilidade do empréstimo de prova de processos administrativos disciplinares à ação de improbidade, podemos traçar um paralelo com o empréstimo de provas para o processo penal.

Como visto, pelo seu caráter punitivo, a ação de improbidade aproxima-se do Direito Penal em natureza e garantias. Dessa forma, é proveitoso analisar o cenário jurídico acerca da prova emprestada no âmbito do Direito Penal a fim estabelecer os requisitos mais rigorosos e compará-los com a hipótese aqui discutida.

Sabe-se que um dos principais requisitos no Direito Penal é a garantia do contraditório efetivo. O significado de contraditório no processo penal difere do processo civil no sentido de que não basta a mera oportunização do contraditório ao acusado, como ocorre no processo civil. Deve, na verdade, ser pleno e efetivo.

Assim, acerca da prova emprestada em processos penais, dispõe Talamini¹²²:

“Não pode ser emprestada para processo penal (ou para processo "civil" em que prevaleça a indisponibilidade da defesa) prova para ser usada contra alguém que, conquanto tenha formalmente figurado como parte no primeiro processo, **dele não tenha participado em efetivo contraditório.**” (grifo nosso).

No mesmo sentido, em sua obra “Processo Penal”, Badaró¹²³ elucidou:

“Para que a prova emprestada possa ser admitida é necessário que no processo originário ela tenha sido produzida perante uma autoridade investida da função jurisdicional, em contraditório de partes, ou ao menos dele tendo participado o sujeito contra quem se pretende fazer valer a prova no processo ao qual será trasladada. Além disso, **é necessário que o processo originário e o processo derivado tenham o mesmo nível de cognição e de possibilidade de exercício do contraditório**, e vertam sobre o mesmo *thema probandum*.” (grifo nosso).

Sendo assim, é nítido que o processo administrativo não prevê a garantia ao contraditório de maneira efetiva - como demanda o Direito Penal -, sendo inviável o seu empréstimo. Por simetria jurídica, pode-se aplicar a mesma premissa ao empréstimo para ações de improbidade administrativa.

Dessa forma, inviável o empréstimo probatório para as ações de improbidade em razão da inobservância do contraditório, garantia essencial positivada na Constituição Federal, no art. 372 do Código de Processo Civil e nas diretrizes do Direito Administrativo Sancionador.

¹²² TALAMINI, op. cit., p. 4.

¹²³ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, capítulo 10.1.7 [livro digital]

7 CONCLUSÃO

Deste trabalho, extrai-se que o cenário jurídico acerca da temática da prova emprestada de processos administrativos disciplinares para ações de improbidade administrativa ainda possui caráter embrionário e está em desenvolvimento. Este fato não a torna menos importante, uma vez que a regularização desse instituto em face das ações de improbidade administrativa mostra-se indispensável, especialmente frente às mudanças trazidas pela Lei 14.230/21, que permanecem gerando novas repercussões.

No que diz respeito ao objetivo proposto - analisar a (in)viabilidade do empréstimo probatório de processos administrativos disciplinares para ações de improbidade administrativa - não há como delimitar um posicionamento doutrinário certo e uníssono.

Dessa forma, através do método dedutivo, buscou-se a contribuição para a produção acadêmica sobre o tema, tendo sido realizada consulta bibliográfica para delinear o entendimento doutrinário acerca dos elementos de relevância para o objetivo deste trabalho. Assim, foram exploradas a teoria da prova, a disciplina do processo administrativo disciplinar, as características principais da ação de improbidade administrativa e o instituto da prova emprestada para, ao fim, formar-se uma conclusão.

Como visto no capítulo anterior, por meio de analogia, interpretação e simetria jurídica, é possível levantar duas teses, devidamente embasadas, para defender tanto a possibilidade, quanto a impossibilidade, do empréstimo probatório na hipótese aqui discutida.

Acerca desta dicotomia, extrai-se as seguintes considerações: a ação de improbidade administrativa, enquanto parte integrante do ramo do Direito Administrativo Sancionador, vem sendo guiada por um viés excessivamente punitivo, o que gera o chamado “direito administrativo do medo” e uma disfuncionalidade do sistema como um todo. Por este motivo, urge o olhar atento ao procedimento da ação de improbidade e a sua repercussão sobre os agentes públicos acusados, devendo ser incentivada maior cautela - tanto nos processos administrativos, quanto nos processos judiciais - a fim de coibir eventuais violações aos direitos fundamentais dos acusados.

Além disso, é também fato que o instituto da prova emprestada possui sua aplicação sedimentada desde a vigência do antigo Código de Processo Civil, e que é ferramenta essencial na busca do Estado pela maior eficiência processual, de modo a mitigar os formalismos excessivos que atrapalham o melhor andamento do processo. Especialmente considerando a frequente morosidade da atividade judiciária, não é de se minimizar os impactos positivos do empréstimo probatório.

Diante de todo o exposto, adota-se o seguinte posicionamento: a possibilidade de utilização de prova emprestada de processo administrativo disciplinar nas ações de improbidade administrativa não deve ser completamente vedada ou descartada. Deve-se, na realidade, atentar-se às circunstâncias de cada caso concreto a fim de averiguar a observância dos requisitos necessários referentes ao empréstimo probatório especificados neste trabalho. E, ainda sim, entende-se que a prova emprestada somente deve ser admitida em caso de ser benéfica ao acusado.

Este argumento é embasado pela relativização da necessidade de licitude das provas utilizadas no processo penal. Sabe-se que a inadmissibilidade das provas ilícitas é garantida pela Constituição em seu artigo 5º, inciso LVI, e foi inserida com modificações pela Lei nº 11.690 de 2008 ao Código de Processo Penal, pela nova redação do artigo 157¹²⁴.

Entretanto, é admitido pela doutrina e jurisprudência o uso de provas obtidas por meios ilícitos no processo penal, desde que sejam benéficas para o réu¹²⁵.

Por simetria jurídica, pode-se estabelecer paralelo entre a prova obtida por meios ilícitos no processo penal e a prova emprestada de processo administrativo disciplinar nas ações de improbidade administrativa, de modo a condicionar o empréstimo probatório ao seu impacto positivo em relação ao acusado. Se a prova for favorável à sua defesa, pode ser admitida. Do contrário, é vedado o empréstimo.

Nesse sentido, rememora-se o ensinamento de Vicente Greco Filho, mencionado anteriormente, de que *“a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida ainda que se sacrifique algum outro preceito legal”*.

Dessa forma, em respeito às garantias individuais do acusado, entende-se que não deve ser admitida em processos judiciais de improbidade administrativa a prova que lhe for desfavorável produzida em processo administrativo disciplinar.

¹²⁴ Constituição Federal, Art. 5º, LVI “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”; Código de Processo Penal, Art. 157 “CPP São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

¹²⁵ STF, HC n. 74678, Relator Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 10/06/1997, publicado no DJ 15/08/1997.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Paulo Osternack do. **Provas – atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

APRIGLIANO, Ricardo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2020, vol. III, t. I.

ARAUJO, Valter Shuenquener de. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada: com as alterações da Lei nº 14.230/2021**. Belo Horizonte: Fórum, 2023

ARRUDA ALVIM. **Prova emprestada**. Revista de Processo. n. 202. São Paulo, dez. 2011.

AURELLI, Arlete Inês. **Da admissibilidade da prova emprestada no CPC de 2015** in Direito Probatório, 3ª ed. Salvador: Juspodivm. 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

BENTHAM, Jeremy. **A treatise on judicial evidence**. Londres: Baldwin, Cradock and Joy, 1825.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp n. 2.009.864/TO, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 28/6/2022, DJe de 1/7/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 617.428/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 4/6/2014, DJe de 17/6/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 5316/DF, julgado em 14/10/1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 31.857/RJ, 5. Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 17 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 30510/RJ. "Denúncia anônima pode ser investigada, para comprovarem-se fatos ilícitos, na defesa do interesse público".

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 5. "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição".

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 576. RE 976566, Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 13/9/2019, DIVULG 25-9-2019, PUBLIC 26-9-2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 1199. ARE 843989, Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2022, data da repercussão geral: 25/02/2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 11ª Câmara de Direito Público. AI 2228907-35.2021.8.26.0000, Rel. Des. Marcelo L. Theodósio, julgado em 23.11.2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 8ª ed. - São Paulo. SaraivaJur, 2022.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas. 2ª ed. 2019.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 37ª ed. Barueri: Atlas, 2023.

DEZAN, Sandro Lucio. CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Processo administrativo: Lei 9.784/1999**. Revista dos Tribunais, 2019.

DIDIER JR., Fredie, ZANETI JR., Hermes. **Improbidade administrativa, processo coletivo e a Lei nº 14.230/2021: consensos e dissensos numa coautoria**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 89, jul./set. 2023.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 2, 11ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2017, vol. III.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FERREIRA, William Santos, et al. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. **Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.249/1992, com as alterações ds Lei 14.230/2021**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

GANACIN, João Cánovas Bottazzo. **Prova Emprestada no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil**, 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo: III Série – Estudos e pareceres de processo penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução: Prova emprestada**. Forense, 1998.

JUNIOR, Luiz Manoel Gomes Junior. FAVRETO, Rogerio. **Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa**. ed. 2023. Revista dos Tribunais, 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

LESSONA, Carlos. **Teoría general de la prueba en derecho civil**. Trad. Enrique Aguilera de Paz. Madri: Reus, 1928.

LIEBMANN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile – Principi**. 5ª ed. Milão: Giuffrè, 1992.

LOPES, Caio Liu. **Limites à iniciativa probatória de ofício no processo civil**. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

LOPES, João Batista. **Pareceres**. São Paulo: Castro Lopes, 2015

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015** [livro eletrônico], São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 11ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MELENDO, Santiago Sentís. **Naturaleza de la prueba: la prueba es libertad**. Revista dos Tribunais, São Paulo, abr. 1974, n. 462.

MOREIRA, Barbosa. **Problemas e soluções em matéria de reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros** in Temas de direito processual – quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria. **Código de Processo Civil Comentado**. 21. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

NEVES E CASTRO, Francisco Augusto das; MIRANDA, Pontes de. **Theoria das provas e sua aplicação aos actos civis**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa: Lei 14.230, de 25.10.2021 comentada artigo por artigo**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 9ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

REIS, Alberto dos. **Código de Processo Civil anotado**. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, vol. III, p. 313.

TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici – Nozioni generali** cit., p. 421.

THEODORO JR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano**. Milão: Giuffrè, 1974.