

PAULO MODESTO

# DIREITO ADMINISTRATIVO DA EXPERIMENTAÇÃO

Inovação e Pragmatismo na Gestão Pública



2024

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

# 17

## O CONTROLE PÚBLICO E O FETICHE DA CULPA<sup>1</sup>

É um dado de nossa cultura a *individualização e dramatização* da culpa como a causa dos nossos infortúnios. Se há um dano, inquire-se sobre culpados e responsáveis. Sem a interferência de culpados, não haveria dano e a ordem das coisas seguiria o seu curso regular e virtuoso.

Há muita ingenuidade nestes pressupostos. Primeiro, há danos que decorrem de atividade lícita e regular, onde é impróprio demandar a expiação da culpa ou a punição de culpados. Segundo, há danos cuja origem não pode ser individualizada, pois decorrem do próprio funcionamento das organizações. Por fim, há danos produzidos por terceiros, às vezes lícita e às vezes ilícitamente, cuja responsabilidade pode ser transferida sem que se possa atribuir culpa ao final responsável, a exemplo dos decorrentes de atos multitudinários.

O paradigma da ação ou omissão culposa como causa geral de danos apresenta ainda outras imprecisões e inconvenientes. A atividade de controle é percebida como *atividade de restauração*. Busca-se restaurar o *status quo ante*, a ordem virtuosa anterior à

---

1. Este texto é fragmento do prefácio que escrevi para o livro de PHILLIP GIL FRANÇA, *Controle Público da Administração Pública*, 4ª. Ed, Editora Revista dos Tribunais, 2016.

perturbada interferência da ação culposa ou deliberada dos agentes responsáveis. O controle assume *feições expiatórias e repressivas, dirige a sua atenção ao passado e à sanção dos culpados*, sem perceber que muitas vezes a volta ao passado é impossível ou de elevado custo. Essa *indiferença ao custo* é também outra marca do paradigma quase religioso da expiação da culpa: não se avalia quanto custa o controle e seu impacto na cadeia social. O importante é o caráter exemplar da sanção ao erro, o seu efeito educativo, independentemente dos custos encartados nas soluções de controle.

O paradigma do controle fundado na culpa, simplificado aqui até o caricato, embora ainda muito forte entre nós, tem perdido vigência. É atacado por diversas frentes. Destaco aqui três delas.

A *primeira frente* enfatiza a *dimensão temporal do futuro* e deixa de perceber o controle como restauração: *o controle deve ser antes prevenção ou precaução*, pois os danos podem ser irreparáveis, inclusive para as futuras gerações. Há uma *responsabilidade intergeracional* coletiva que não se funda na culpa, pois os danos sequer precisam existir concretamente e o que se deseja é que sejam evitados para sujeitos que também ainda não existem. O aumento da influência do homem sobre os ecossistemas e sua capacidade para produzir resíduos deletérios para as futuras gerações em escala temporal sem paralelo é um fato há décadas denunciado por Hans Jonas, que propugnou a superação da “ética do próximo”, limitada aos contemporâneos (Hans JONAS, *El Principio de Responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Barcelona, Herder, 1995, cuja primeira edição alemã é de 1979). O problema do controle deixa de ser exclusivamente voltado aos danos próximos e certos e seu foco muda para a prevenção de danos futuros, muitas vezes incertos, porém prováveis.

Normas constitucionais que tutelam a democracia, promovem a dignidade da pessoa humana, a cidadania ou o desenvolvimento nacional não são dirigidas apenas aos contemporâneos e devem ser compreendidas à luz da justiça intergeracional. Em

uma perspectiva diacrônica, como comunidade intergeracional, não pode ser qualificada de democrática uma decisão tomada hoje que não seja reversível democraticamente pelas futuras gerações. A política ultrapassa (ou deve ultrapassar) a dimensão de mero diálogo entre representantes e representados imediatos, para internalizar a dimensão de participação das futuras gerações. Não se trata de leitura moral de textos constitucionais, mas de compreensão alargada de direitos e deveres constitucionais.

As decisões fundamentais devem salvaguardar as condições de existência digna das futuras gerações, não por altruísmo, mas porque a Constituição é um *documento intergeracional por excelência*. É feita para proteger direitos e interesses das atuais e futuras gerações. E suas cláusulas, por isso mesmo, devem ser interpretadas sob o prisma da *sustentabilidade da própria comunidade intergeracional* (v. Raffaele BIFULCO, *Diritto e generazioni future: problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, Franco Angeli Edizioni, 2008, p. 69-70).

Por vezes, a Constituição estabelece limites e deveres dirigidos a gerações futuras. São exemplo as normas constitucionais que limitam as reformas constitucionais, denominadas no Brasil de “cláusulas pétreas” ou “cláusulas de eternidade” (“eternity clauses”), a exemplo do Art. 60 da Constituição Federal. Essas normas são problemáticas à luz da *justiça intergeracional* e devem ser interpretadas estritamente, assegurando a abertura ao futuro da Constituição e as possibilidades de escolha das gerações vindouras (Joerg Chet TREMMEL, *A Theory of Intergenerational Justice*, London, Routledge, 2014, pp. 57-63; J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7 ed., 9 reimp., Coimbra, Almedina, 2003, p. 1436).

Na política e no direito, com clareza nova, não decidimos apenas para os que estão vivos. Decidimos para uma comunidade intergeracional, o que deve ser considerado também no controle de constitucionalidade das normas legais. Leis que promovam endividamento excessivo das próximas gerações, autorizem o

esgotamento de recursos escassos ou adotem decisões irreversíveis devem ser submetidas a parâmetros rigorosos de proporcionalidade.

Em nossa Constituição essa exigência tem apoio em norma expressa, o Art. 225, que prescreve: “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Nos diversos parágrafos e incisos deste artigo, resguarda-se o patrimônio genético, os processos ecológicos essenciais, exige-se estudo prévio de impacto ambiental para obras e atividades potencialmente causadoras de dano, o controle de substâncias degradantes, entre outras normas.

Essas normas repercutem, quase literalmente, princípios enunciados no *Relatório Brundtland*, da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1987. Esse documento internacional define o *desenvolvimento sustentável como aquele que assume a responsabilidade perante as futuras gerações*.

Para usar uma metáfora proposta por Eduardo Giannetti, pode-se afirmar que o direito e as instituições públicas devem superar a *miopia temporal* (atribuição de valor demasiado ao que se encontra perto de nós no tempo) sem recair na *hipermetropia temporal* (atribuição de um valor excessivo ao amanhã, em prejuízo das demandas e interesses correntes) (V. Eduardo GIANNETTI, *O Valor do Amanhã: ensaio sobre a natureza dos juros*, São Paulo, Companhia das Letras, 2005, p 12-13). Essa moderação dialética deve ser realizada por normas e instituições públicas, inclusive pela justiça constitucional, e são um tema fundamental do controle administrativo ou jurisdicional da contemporaneidade.

Em uma *segunda frente* o paradigma do controle fundado na culpa e sua repressão externa enfrenta dificuldades. Trata-se do debate sobre a *governance*, governação ou governança das entidades ou organizações. Parte-se aqui da análise dos custos do controle externo, de sua ineficácia para evitar danos, concretos

ou reputacionais, e da necessidade de incorporar, interna e estruturalmente, nas diversas organizações controladas, diretrizes de transparência, processualidade, eficiência, informação, moralidade e impessoalidade suficientes para evitar conflitos de interesse e corrigir falhas de funcionamento e direção.

O controle deixa de ser *expição e repressão*, para ser *auto-programação e autocontrole*, com exigências cada vez maiores de adequação organizacional. A *governança democrática*, que incorpora os agentes da base das organizações em processos decisórios das entidades, parece evitar mais amplamente condutas danosas e seus efeitos do que o controle posterior, sucessivo e repressivo, de organizações externas. Essa exigência, inicialmente imposta a entidades privadas de capital aberto, atualmente tem sido aplicada para o domínio das organizações da sociedade civil sem fins lucrativos e o domínio de diversas organizações públicas, cada vez mais sujeitas ao controle social e a institucionalização consistente de processos decisórios.

Por fim, em uma *terceira frente*, o controle tradicional é questionado. Deixa de ser julgamento e punição e passa a ser concebido como *acordo e monitoramento*. Contratos de gestão, acordos de gestão, compromissos de gestão se difundem em todo o planeta, em ordenamentos jurídicos completamente distintos, respondendo a exigências cada vez maiores de pactuação de resultados, programação de indicadores de desempenho, comprometimento direto dos agentes envolvidos na prossecução de resultados em regime de autovinculação. Muitas vezes o que se pode conseguir com ordens diretas é objeto de negociação para estimular o envolvimento dos agentes e reduzir a insegurança jurídica na atividade de controle. Pactuado o resultado esperado e a forma de controle a organização atua com maior desembaraço e eficácia, com menores custos de transação e maior previsibilidade, por estar menos sujeita ao casuísmo na decisão de controle. Felizmente hoje ninguém mais discute a pertinência e a importância da adoção de instrumentos de avaliação de desempenho também no setor público. Pode-se criticar a eficácia das formas atualmente concebidas de avaliação, a

sua precisão ou amplitude, mas são raras as vozes contrárias a existência de mecanismos de monitoramento, planejamento e verificação de resultados no setor público. A concepção de que a atuação administrativa do Estado se resume ao cumprimento regular da lei perdeu vigência. Exige-se do administrador público, a par do comportamento legal, atuação tempestiva e eficiente às demandas crescentes da sociedade e de diversos órgãos do próprio Estado. O mesmo deve ser exigido dos órgãos de controle, em especial os que realizam função administrativa, pois estão submetidos aos mesmos princípios constitucionais (Paulo MODESTO, *Legalidade e autovinculação da Administração Pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa*, In: MODESTO, Paulo (org.). *A Nova Organização Administrativa*, Minas Gerais, Ed. Fórum, 2010, 2ª ed., pp. 173-174).

É preciso evitar o descontrole do controle, a superposição de controles, o retardamento inútil de medidas saneadoras, a falta de motivação de medidas restritivas, a ausência de indicação de alternativas válidas de gestão. Numa palavra, é importante *parametrizar o controle* e oferecer segurança jurídica ao Estado e aos particulares tanto na atividade de controle quanto na atividade de gestão. *O controle não é uma atividade com fim em si mesma; é meio para a realização de fins materiais prezados pela comunidade e meio para garantir a dignidade humana*. Deve prevenir e precaver o dano, exigir autocontrole e governança nas organizações, monitorar e contribuir para parametrizar a atuação estatal e de seus parceiros, a inibir o arbítrio, a improvisação, a corrupção e o conflito de interesses. Pode e deve sancionar culpados, quando existirem, mas não é esta a sua tarefa principal. (21/03/2016)

# 18

## DEVIDO PROCESSO SANCIONADOR E OS ÔNUS PROBATÓRIOS DO CONTROLADOR PÚBLICO

*“A burocracia como universo feliz e culpado”*

Pierre Legendre, sob o ângulo da psicanálise e da historiografia, observa que “a primeira função de uma burocracia é produzir lugares, fazer entrar, proteger, mediante submissão”<sup>1</sup>. Não por acaso, segundo a tradição, ser funcionário é ocupar um lugar, exercer um papel “na aprendizagem e na repetição do conflito”<sup>2</sup>. A Administração – explica – é a mãe-nutriz que alimenta e deve ser protegida, assim como a Mãe Igreja oferecia apoio e exigia submissão dos seus sacerdotes. Os controladores velam para que este Estado-nutriz conserve a representação de eficiência e impessoalidade. Para Legendre, “a grande obra do Poder consiste em fazer-se amar”<sup>3</sup> enquanto encobre a simples imposição de adestramento.

1. LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. Trad. Colégio Freudiano do Rio de Janeiro. Rio: Forense, 1983, p. 196.
2. Idem, ibidem, p. 195.
3. Idem, ibidem, p.

O processo é um dos meios para assegurar a *empatia do poder*, pois teatraliza os interesses em disputa e oferece ao acusado ou interessado a esperança da vitória. Porém, é correto dizer que hoje o processo administrativo exige mais do controlador público do que no passado. *O controle administrativo não é mais admitido como simples exercício encantatório ou cerimonial do poder e sim como relação jurídica.*

O controle público da atividade administrativa é *relação jurídica* que exige *boa-fé, cooperação, segurança jurídica e motivação de ambos os polos do vínculo processual*. Também os órgãos de controle possuem *ônus argumentativos*, deveres de motivação, e não devem substituir prognoses e decisões públicas primárias sem critério preciso de fundamentação. Podem ser questionadas, por violação à segurança jurídica, ordens ou instruções de controle excessivamente indeterminadas, imprecisas ou sem fundamentação explícita e consistente.<sup>4</sup> Imputações de responsabilidade e sanções exigem suporte fático e análise concreta da reprovabilidade, vedada a imputação automática de sanções e declarações de dano presumido.

## EMERGÊNCIA DA RESPONSABILIDADE CONTEXTUAL: CONTRIBUIÇÃO DA LINDB

O direito administrativo não é lógica e sim experiência, sendo aplicação de direitos e deveres dentro de *marcos contextuais reais*. Esse aspecto foi objeto de atenção do legislador no artigo 28 da LINDB, que admitiu a imputação de responsabilidade pessoal do agente público apenas em caso de dolo ou erro grosseiro, conceito que exige um grau de reprovabilidade elevada e refere o

---

4. MODESTO, Paulo. O erro grosseiro administrativo em tempos de incerteza. *ConJur - Interesse Público*, 30-07-2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-30/interesse-publico-erro-grosseiro-administrativo-tempos-incerteza> e em <https://www.academia.edu/43749110>.

*incumprimento grave de deveres de diligência e de deveres de cuidado exigíveis no plano concreto da experiência de gestão.* Gradua-se assim a responsabilidade pessoal de agentes públicos comuns de modo realista e em favor da segurança jurídica, à semelhança do previsto hoje para diversos agentes públicos: magistrados (artigo 143, I, do CPC/2015 e artigo 49 da LC 35/1979), membros do Ministério Público (artigo 181 do CPC/2015), advogados públicos (artigo 184 do CPC/2015) e defensores públicos (artigo 187 do CPC/2015).

O artigo 28 da LINDB (introduzido no Decreto-Lei 4.657/1942 pela Lei 13.655/2018) deve ser harmonizado com o artigo 22 da mesma lei. Essa segunda norma dispõe que, na análise da regularidade da conduta do gestor ou na avaliação da validade do ato, contrato, ajuste, processo ou norma estabelecida, sejam “consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”.

O artigo 22 da LINDB impõe ao controlador o *dever de apuração de contextos empíricos de ação* e recusa validade a *presunções de gabinete*, enunciados abstratos de autoridade, especialmente em matéria sancionatória ou que importem a imputação de responsabilidades.

Para Eduardo Jordão, sem favor o maior estudioso de análise institucional comparativa sobre controle público no país, o artigo 22 da LINDB reage à “idealização dos fatos” no controle público (exige o primado da realidade) e, por outro lado, impõe que, “num contexto de indeterminação jurídica real, o controlador se limite a avaliar a razoabilidade da escolha interpretativa realizada pelo administrador público”.<sup>5</sup> Em outro dizer: o autor extrai do artigo 22 que o controlador “deverá prestar deferência a esta escolha interpretativa razoável da administração, mesmo que ela não

5. JORDÃO, Eduardo. *Estudos Antirromânticos sobre Controle da Administração Pública*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 55.

corresponda à escolha interpretativa específica que ele próprio (controlador) faria, se coubesse a ele a interpretação em primeira mão”. Nesse sentido, o artigo 22 completa o artigo 28 da LINDB, pois em casos de “indeterminação jurídica”, incerteza ou demandas contraditórias, “para além do afastamento da responsabilidade pessoal do gestor, seja também admitida a validade jurídica dessa interpretação, com sua consequente manutenção”<sup>6</sup>.

Em sintonia, Carlos Ari Sundfeld sustenta que “a nova LINDB pretende reverter, em caráter geral, o uso da responsabilização objetiva ou quase objetiva de agentes públicos por simples falhas na aplicação das normas administrativas”. Para Sundfeld, “a finalidade dessa reversão é superar a ideia, forte entre controladores públicos, de que a incorreta aplicação dessas normas, além de ser corrigida por invalidação do ato resultante, deve levar à responsabilização do gestor, por suposto ilícito funcional”<sup>7</sup>.

Se a responsabilidade objetiva é recusada, a régua da responsabilidade subjetiva do gestor deve ser a análise de sua *reprovabilidade concreta* a partir da avaliação dos atos reais de gestão, ou de sua omissão, reconstruída por documentos e elementos de instrução, presente o contraditório. Não cabe a invocação de *standards de controle abstratos, figurinos prontos de gestor-médio ou gestor-ideal*, desconsiderando-se que muitas normas administrativas possuem textura aberta, admitem pluralidade de escolhas válidas, e eventualmente escolhas concretas podem ser feitas em contexto de excepcionalidade e, no limite, em “estado de necessidade administrativa, substancial ou procedimental”<sup>8</sup>.

Fernando Vernalha sublinha, sobre os standards de controle, que “o problema é que os standards que frequentam a

6. Idem, *ibidem*, p. 55 e rodapé.

7. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo: o novo olhar da LINDB*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 129-130.

8. OTERO, Paulo. *Direito do procedimento administrativo*. Coimbra: Almedina, 2016, Vol. I. Pp. 127-134.

jurisprudência dos controladores acabam prestigiando uma interpretação não apenas formalista e burocrática do direito, mas excessivamente restritiva da liberdade do administrador público (funcionando como um verdadeiro legislador)”<sup>9</sup> E exemplifica, em nota de rodapé no mesmo tópico, com fragmento do voto condutor do Acórdão 834/2014-TCU-Plenário, que, no campo da contratação pública, decidiu: “a subcontratação deve ser tratada como exceção”. “Só é admitida a subcontratação parcial e, ainda assim, desde que demonstrada a inviabilidade técnico-econômica da execução integral do objeto por parte da contratada, e que haja autorização formal do contratante.”

Como bem anota o autor, a análise da conveniência da subcontratação é tarefa reservada ao gestor, não cabendo ao controlador impor exigências inexistentes na legislação, entre as quais a demonstração de “inviabilidade técnico-econômica da execução integral do objeto por parte da contratada”.

A comparação da conduta do gestor com um modelo ideal concebido pelo controlador é expediente que apresenta diversos problemas. A rigor, constitui uma *fuga da apuração da reprovabilidade em contexto real*, pois adota uma *régua formal*, intolerante com erros que as circunstâncias podem explicar e justificar, e tende a *concentrar atenção no resultado indesejado da ação e não em suas causas e circunstâncias*. Por outro lado, é *métrica incerta*, pois pode ser aplicada de modo flexível e muitas vezes inconsistente perante o mesmo Tribunal, violando diretamente a previsibilidade do processo de controle.

Juliana Palma, em inventário paciente em 133 acórdãos do TCU, apurou que para o Tribunal, “o administrador médio é, antes de tudo, um sujeito leal, cauteloso e diligente (Ac. 1781/2017; Ac. 243/2010; Ac. 3288/2011)”. “Sua conduta é sempre razoável

9. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo como Controle. In: WALD, Arnaldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. (org.). *O Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 396.

e irrepreensível, orientada por um senso comum que extrai das normas seu verdadeiro sentido teleológico (Ac. 3493/2010; Ac. 117/2010). Quanto ao grau de conhecimento técnico exigido, o TCU titubeia. Por um lado, precisa ser sabedor de práticas habituais e consolidadas, dominando com mestria os instrumentos jurídicos (Ac. 2151/2013; Ac. 1659/2017). Por outro, requer do administrador médio o básico fundamental, não lhe exigindo exame de detalhes de minutas de ajustes ou acordos administrativos que lhe sejam submetidos à aprovação, por exemplo (Ac. 4424/2018; Ac. 3241/2013; Ac. 3170/2013; 740/2013). Sua atuação é preventiva: ele devolve os valores acrescidos da remuneração por aplicação financeira aos cofres federais com prestação de contas, e não se apressa para aplicar esses recursos (Ac. 8658/2011; Ac. 3170/2013). Não deixa de verificar a regularidade dos pagamentos sob sua responsabilidade (Ac. 4636/2012), não descumprimento de determinação do TCU e não se envolve pessoalmente em irregularidades administrativas (Ac. 2139/2010)<sup>10</sup>.”

Esse “padrão fluido” do “administrador-médio” *denota ninguém*, e é vazio, por conter *puras idealizações*, mas é também um *standard de poder*: uma forma de imediatamente advertir a todos os gestores públicos federais para observarem como sacerdotes o entendimento do TCU sobre temas vários (contratos, licitações, concursos, gestão). É claramente violador dos artigos 22 e 28 da LINDB, ademais de provocar enorme insegurança jurídica. Não por acaso, Leonardo Coelho Ribeiro, com alguma ironia, destacou que com o conceito de administrador médio, o TCU parece supor a existência “*de um ‘administrador médium’, dotado de presciência capaz de antecipar as visões futuras do controlador*”<sup>11</sup>.

10. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Quem é o ‘administrador médio’ do TCU? Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>. Acesso: 24/08/2022.

11. RIBEIRO, Leonardo Coelho. “Vetos à LINDB, o TCU e o erro grosseiro dão boas-vindas ao ‘administrador médium’”. *Conjur*, 8.8.2018. <https://www.conjur.com.br/2018-ago-08/leonardo-coelho-vetos-lindb-tcu-erro-grosseiro>.

## A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NO CONTROLE PÚBLICO DE CONTAS

Se as presunções perdem vigência e cedem à análise do contexto fático no controle público, a questão desloca-se para a *distribuição do ônus da prova*. Em princípio não há dificuldade, pois cabe o ônus da prova ao interessado na afirmação do cumprimento da obrigação ou na comprovação da veracidade da declaração a seu cargo.

Ocorre que o tempo pode ser fator decisivo para corroer elementos de prova. Ocupantes de cargos políticos sucedem a outros e documentos desaparecem, testemunhas falecem, bens são extraídos. Em se tratando de processos de prestação de contas, não é infrequente que anos tenham decorrido e o investigado sequer possua mais acesso aos dados necessários para a instrução do processo.

Segundo o Tribunal de Contas da União, consoante o Acórdão 1522/2016-Plenário, a distribuição do ônus probatório nos processos de fiscalização do TCU segue a disciplina do artigo 373 da Lei 13.105/2015 (CPC), competindo:

- a) à unidade técnica do Tribunal demonstrar os fatos apurados nas fiscalizações, mediante a juntada das evidências que os suportam;
- b) aos órgãos fiscalizados e aos terceiros interessados provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do Estado de obter ressarcimento e/ou punir a prática de ato ilegal, ilegítimo e antieconômico que lhes fora atribuída pelo corpo instrutivo do Tribunal.

Em formulação semelhante, Fabrício Motta e Ismar Viana, sublinhando diferenças entre o processo de prestação de contas e processos sancionatórios, afirmam que “o ônus da prova no âmbito dos processos de contas – que implicam no dever jurídico de comprovar a correta aplicação dos recursos públicos – é do gestor; ao contrário, nos processos de fiscalização (como auditorias e

inspeções) o ônus é do próprio órgão de controle externo, como vem reconhecendo o TCU<sup>12</sup>.

Essa divisão estática do ônus probatório parece correta, se na fundamentação correspondente não há simples registro fatural formal, mas igualmente análise do contexto decisório, com vistas a apurar a reprovabilidade da conduta. Se o que de fato se apura não é apenas a transgressão formal de normas, mas o dolo ou o erro grosseiro do gestor, compõe o núcleo do ônus probatório a demonstração da reprovabilidade do ilícito. A sanção não é um efeito necessário do dano ou do incumprimento da obrigação administrativa – eventualmente o dano pode ter sido inevitável, escusável ou decorrente de ação de terceiros<sup>13</sup>.

A prova dessas excludentes de responsabilidade, entretanto, pode ser diabólica com o passar do tempo para o gestor ou ex-gestor público. Para situações assim, que praticamente inviabilizam o contraditório e o devido processo, pode-se cogitar a possibilidade de *distribuição dinâmica do ônus da prova*, prevista no artigo 373, § 1º, do CPC/2015, tendo em conta a ausência de norma especial sobre o tema no âmbito administrativo e, por isso, a aplicabilidade do artigo 15 do CPC/2015, segundo o qual “*na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhe serão aplicadas supletiva e subsidiariamente*”.

O preceito do artigo 373, §1º, CPC/15 autoriza que o julgador distribua motivadamente o ônus da prova de modo diverso do ordinário, especialmente em quatro hipóteses: (i) nos casos previstos em lei; (ii) diante de peculiaridades da causa relacionadas à *impossibilidade* da parte cumprir o encargo; (iii) diante de

---

12. MOTTA, Fabrício e VIANA, Ismar. O dever de prestar contas e a distribuição do ônus da prova no controle externo. *Conjur, Interesse Público*, 29.10.2020: <https://www.conjur.com.br/2020-out-29/interesse-publico-dever-prestar-contas-onus-prova-controle-externo>.

13. Sobre o tema, ver MODESTO, Paulo. O controle público e o fetiche da culpa. *Revista Colunistas de Direito do Estado*, n. 114, 21/03/2016. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/o-controle-publico-e-o-fetiche-da-culpa>.

peculiaridades da causa relacionadas à *excessiva dificuldade* de cumprir o encargo; (iv) diante de peculiaridades da causa relacionadas à maior *facilidade* de obtenção da prova do fato contrário.

Se os princípios da oficialidade e da verdade material no processo administrativo forem levados à sério, cabe a *redistribuição dinâmica do ônus probatório* também no controle de contas, por iniciativa do próprio órgão julgador, quando a situação evidencie a excessiva dificuldade de reunião dos elementos probatórios necessários para a defesa do agente ou administrado ou a conveniência para o exercício do controle direta de testemunhas, a realização de audiências públicas ou a requisição da documentação pertinente aos atuais exercentes da função. É bom recordar que a revelia não existe em sentido próprio no processo administrativo (artigo 27 da Lei 9784/99), pois a omissão da defesa não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado, razão pela qual não exonera a Administração do encargo de examinar os fatos, eventualmente sendo prevista a intervenção de defensor dativo (v.g., artigo 164 da Lei 8.112/90).

O processo de controle administrativo, embora possua uma dimensão sancionatória, é antes de tudo processo administrativo (não processo penal). Não é a sua função principal a expiação ou a retribuição de um dano, mas a promoção de correções, ajustes e incentivos que atendam e aperfeiçoem a gestão pública.

Por essa razão, Alice Voronoff, em síntese feliz, sublinha que o direito administrativo sancionador é instrumental e possui *olhar prospectivo e conformativo, responsivo às condições institucionais de seu entorno*.<sup>14</sup> Na prestação de contas não é diferente, pois como já ensinava Padre Antônio Vieira, citado por Pedro Dionísio: “Os erros e as ignorâncias, é certo que são muitos mais que as ciências, porque para saber e acertar, não há mais do que um caminho, e para errar, infinitos”. (25/08/2022)

14. VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 315 e segs.