

DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

*DYNAMIC DISTRIBUTION OF THE CHARGE OF PROOF IN CLASS ACTION
BY ADMINISTRATIVE IMPROBITY*

Eduardo Augusto Cambi¹

Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná
(UENP, Jacarezinho/PR, Brasil)

ÁREA(S): direito processual civil; direito constitucional; direito administrativo.

RESUMO: O presente texto analisa a possibilidade de aplicação do art. 373, § 1º, do Código de Processo Civil nas ações de improbidade administrativa. Baseado no método dedutivo, consubstanciado no exame de normas jurídicas, livros, artigos científicos e precedentes judiciais, busca-se explorar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova nas ações civis públicas de improbidade administrativa, com enfoque naquelas em que se discute o enriquecimento ilícito.

ABSTRACT: *This text analyzes the possibility of applying art. 373, § 1, of the Civil Procedure Code in actions of administrative improbity. Based on the deductive method, embodied in the examination of legal norms, books, scientific articles and judicial precedents, it seeks to explore the theory of the dynamic distribution of the burden of proof in class actions of administrative improbity, focusing on those in which illicit enrichment is discussed.*

PALAVRAS-CHAVE: inversão do ônus da prova; improbidade administrativa; enriquecimento ilícito.

¹ Pós-Doutor pela Università degli Studi di Pavia (Itália). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Paranaense (UNIPAR). Promotor de Justiça, Coordenador da Escola Superior do Ministério Público do Paraná. E-mail: eduardocambi@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6446292329035065>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4944-1256>.

KEYWORDS: *reversing burden of proof; administrative misconduct; illicit enrichment.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Inversão do ônus da prova: técnica processual adequada para a caracterização do ato de improbidade administrativa; 2 Constitucionalidade da técnica da inversão do ônus da prova e dever constitucional/legal do agente público de informar a declaração de bens e valores que compõem o seu patrimônio; 3 Monitoramento da evolução patrimonial, cláusula de confidencialidade e conflito de interesses na Administração Pública; 4 A tese da inversão do ônus da prova na improbidade administrativa e a orientação do Superior Tribunal de Justiça; 5 O acordo de não persecução cível e a inversão do ônus da prova; 6 Aspectos processuais para a inversão do ônus da prova; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Inversion of the burden of proof: adequate procedural technique to characterize the act of administrative improbity; 2 Constitutionality of the technique of reversing the burden of proof and the constitutional/legal duty of the public agent to inform the declaration of assets and values that make up their assets; 3 Monitoring of patrimonial developments, confidentiality clause and conflict of interest in the Public Administration; 4 The thesis of reversing the burden of proof in administrative improbity and the guidance of the Superior Court of Justice; 5 The civil non-prosecution agreement and the reversal of the burden of proof; 6 Procedural aspects for reversing the burden of proof; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

Deve-se partir da premissa de que a ação de improbidade é espécie do gênero ação civil pública. Assim, está sujeita às regras e aos princípios que compõem o sistema único do processo coletivo, composto, dentre outras, pelas Leis n^os 7.347/1985 e 8.078/1990 (CDC), bem como, subsidiariamente, ao Código de Processo Civil (CPC)².

Os atos de improbidade administrativa, previstos na Lei n^o 8.429/1992, podem ser de três espécies: a) aqueles que importam em enriquecimento ilícito (art. 9^o); b) os que causam prejuízo ao Erário (art. 10); c) os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

O ônus da prova quanto à prática dos atos de improbidade administrativa recai sobre o demandante (Ministério Público ou pessoa jurídica interessada;

² MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 224-225.

art. 17, *caput*, da Lei nº 8.429/1992 e art. 373, I e II, do CPC). Entretanto, não deve ser excluída a possibilidade de se inverter o ônus da prova, diante das circunstâncias do caso concreto, quando presentes os requisitos para a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

O objetivo geral da pesquisa é analisar a tese da possibilidade de inversão do ônus da prova nas ações civis públicas de improbidade administrativa, notadamente aquelas que versam sobre enriquecimento ilícito (art. 9º da Lei nº 8.429/1992).

O presente artigo foi pautado no método dialético, mediante análise bibliográfica e jurisprudencial, com o escopo de demonstrar que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, contemplada no art. 373 do CPC de 2015, aplica-se às ações civis públicas de improbidade administrativa.

1 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA: TÉCNICA PROCESSUAL ADEQUADA PARA A CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A ação civil pública de improbidade administrativa visa à proteção do patrimônio público e à correta aplicação dos princípios da Administração Pública. Está, pois, voltada à defesa de interesses metaindividuais. Não pode ser equiparada a uma ação individual, de caráter privado, sujeita à regra estática da distribuição do ônus da prova, prevista no art. 373, I e II, do Código de Processo Civil.

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal assegura o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, o que implica a necessidade de técnicas processuais capazes de possibilitar a realização dos direitos materiais.

O ordenamento processual, seja por meio das presunções legais relativas, seja por meio da técnica da inversão do ônus da prova, possibilita que a distribuição do ônus da prova leve em consideração as especificidades das situações de direito material. O Código de Processo Civil de 2015 ampliou as hipóteses de distribuição diferenciada do ônus da prova, ao permitir que o juiz, considerando a situação de direito material controvertida, trate, de forma particularizada, a questão do ônus da prova, desde que justifique o seu procedimento, na forma do art. 373, § 1º, do CPC³.

³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 5. ed. São Paulo: RT, 2019.

Nas ações civis públicas de improbidade administrativa, admite-se a aplicação do art. 373, § 1º, do CPC, por meio de decisão judicial fundamentada (*ope judicis*). O Magistrado, após analisar as circunstâncias da causa e as peculiaridades dos fatos a serem provados, se concluir que a parte contrária está em melhores condições de produzir a prova, deve inverter o ônus da prova. Essa deliberação judicial não pode retirar do litigante onerado nenhuma oportunidade – seja de contestar a decisão de alteração do *onus probandi*, seja de assegurar todas as chances de demonstrar que os fatos alegados pelo adversário não existem ou, se verdadeiros, não possuem os efeitos jurídicos por ele pretendidos.

Por isso, tal inversão não poderá ocorrer somente na sentença, para não surpreender as partes. O art. 373, § 1º, do CPC não é uma regra de julgamento e, portanto, não se presta a prejudicar o exercício da garantia constitucional do contraditório nem, tampouco, ser causa para o cerceamento de defesa, já que essa exegese teria como consequência prejudicar a justa solução do processo.

Tome-se, como exemplo de possibilidade de inversão do ônus da prova, o ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito, descrito no art. 9º, VII, da Lei nº 8.492/1992. Por esse dispositivo legal, constitui ato de improbidade administrativa, importando em enriquecimento ilícito, “adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público”.

Para a caracterização do enriquecimento ilícito, do art. 9º da Lei nº 8.429/1992, basta que os bens, direitos ou valores sejam incorporados ao patrimônio particular de forma indevida, pelo agente público ou por terceiro beneficiário, por ele próprio ou por interposta pessoa, independentemente da existência de dano patrimonial à Administração Pública⁴. A evolução do patrimônio ou da renda do agente público, por meio de obtenção de vantagem indevida obtida, em razão de seu vínculo com a Administração Pública, é suficiente para configurar ato de improbidade administrativa.

Havendo *nexo de incompatibilidade* entre o patrimônio e a renda auferida no exercício do mandato, cargo, emprego ou função pública, constatada pela variação patrimonial injustificada, o desvio de finalidade no dever de probidade

⁴ MARTINS JÚNIOR, Wallace de Paiva. Enriquecimento ilícito de agentes públicos – Evolução patrimonial desproporcional a renda ou patrimônio. *Revista dos Tribunais* [versão on-line], v. 755, p. 94-112, set. 1998.

administrativa e o enriquecimento ilícito são presumidos (art. 9º, VII, da Lei nº 8.429/1992), o que impõe o dever de o agente público comprovar a origem de seu patrimônio⁵.

Por outro lado, se é um terceiro, não um agente público, que enriquece indevidamente, causando lesão ao Erário, o ato de improbidade administrativa se subsume ao disposto no art. 10 da Lei nº 8.429/1992. Com exceção da situação prevista no art. 9º, V, da Lei de Improbidade Administrativa, as demais hipóteses em que o agente público aceita promessa de vantagem econômica indevida se sujeitam à regra do art. 11 da Lei nº 8.429/1992. É importante assentar que, para a caracterização do ato de improbidade administrativa, o agente público pode agir conforme a lei ou contrário a ela, pois não pode receber vantagem econômica para cumprir o seu ofício, sendo suficiente a mera potencialidade de satisfação do interesse privado (art. 9º, I e VIII, da Lei nº 8.429/1992). Com efeito, no enriquecimento ilícito, o dolo é genérico e *in re ipsa*⁶.

Na hipótese do art. 9º, VII, da Lei nº 8.429/1992, compete ao Ministério Público ou à pessoa jurídica interessada comprovar – a partir das informações constantes das declarações de bens prestadas ou de informações patrimoniais ou de rendimentos existentes em instituições bancárias, serviços notariais e de registros públicos, repartições públicas etc. – que o agente público exercia função pública e a probabilidade da incompatibilidade ou da desproporcionalidade entre a evolução do seu patrimônio ou da sua renda, ou da aquisição de bens ou valores para outrem⁷. Por outro lado, cabe ao agente público demandado demonstrar a inexistência de enriquecimento ilícito⁸.

⁵ GUASQUE, Luiz Fabião. A responsabilidade da lei de enriquecimento ilícito. *Revista dos Tribunais*, v. 712, p. 359, fev. 1995.

⁶ MARTINS JÚNIOR, Wallace de Paiva. Op. cit. Verificar, sobre o dolo *in re ipsa*, o seguinte acórdão do STJ: REsp 951.389/SC, 1ª S., Rel. Min. Herman Benjamin, J. 09.06.2010, DJe 04.05.2011.

⁷ Idem, *ibidem*. Cf., ainda: OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa* [verão *on line*]. 4. ed. São Paulo: RT, 2019, cap. IV, item 3.4.

⁸ “Direito administrativo. Ação civil pública por prática de ato de improbidade administrativa. Agente público que apresenta movimentações bancárias desproporcionais ao seu subsídio como oficial da polícia militar. Inversão do ônus da prova. Possibilidade diante das circunstâncias do caso concreto. a) Dentre os atos que constituem improbidade administrativa, a Lei nº 8.429/1992 prevê, no art. 9º, a modalidade de enriquecimento sem causa do agente público durante o período em que exerce a função, sem que exista uma causa lícita conhecida (inciso VII). b) Nestes casos de enriquecimento ilícito, de modo geral, o ônus da prova recai sobre aquele que acusa, em princípio. c) Por outro lado, a própria Lei de Improbidade cria mecanismos para que seja possível acompanhar a evolução do patrimônio do agente público, condicionando a posse e o exercício do agente à apresentação de declaração de bens

2 CONSTITUCIONALIDADE DA TÉCNICA DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E DEVER CONSTITUCIONAL/LEGAL DO AGENTE PÚBLICO DE INFORMAR A DECLARAÇÃO DE BENS E VALORES QUE COMPÕEM O SEU PATRIMÔNIO

A inversão do ônus da prova não encontra obstáculo no princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF)⁹, que se restringe ao trânsito da sentença penal condenatória. Oportunizar à parte, que tem melhores condições de produzir a prova do fato jurídico relevante para a solução da controvérsia, não significa impor a ela uma condenação antecipada.

A inversão do ônus da prova é um corolário do princípio constitucional da isonomia, em sentido substancial, e uma técnica voltada à tutela do direito material violado, que não viola as garantias fundamentais.

Além disso, é dever do agente público informar a declaração de bens e valores que compõem o seu patrimônio. Pelo art. 13 da Lei nº 8.429/1992, a posse e o exercício do agente público ficam condicionados à apresentação da declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, bem como do cônjuge ou companheiro, dos filhos e das demais pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante.

Do mesmo modo, o art. 1º da Lei nº 8.730/1993 estabelece a obrigatoriedade de apresentação de declaração de bens, com indicação das fontes de renda, tanto no momento da posse ou na entrada em exercício de cargo emprego ou função, bem como no final de cada exercício financeiro, no término da gestão ou mandato, e nas hipóteses de exoneração, renúncia ou afastamento definitivo, por parte do Presidente e Vice-Presidente da República, Ministros de Estado, membros do Congresso Nacional, da Magistratura Federal, do Ministério Público da União

e valores. d) Assim, de acordo com a lei, o próprio Demandado tem a obrigação de comprovar que seu patrimônio não decorre de atos ilícitos. e) Nesse contexto, para que a inversão do ônus da prova seja possível, deve o acusador demonstrar o nexo de incompatibilidade entre o patrimônio do agente e a renda percebida durante o serviço público, somente. f) No caso, o autor da ação de improbabilidade conseguiu demonstrar mencionada incompatibilidade, já que descreve as condutas da movimentação financeira da conta bancária do requerido, autorizando a inversão do ônus probatório." (TJPR, AI 1369687-8, Medianeira, 5ª C.Cív., Rel. Des. Leonel Cunha, J. 11.08.2015)

⁹ Em sentido contrário, consultar: HARGER, Marcelo. *Improbidade administrativa* [versão on line]. 2. ed. São Paulo: RT, 2020, cap. 6.2.7; ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2006. p. 116; MEDINA José Miguel Garcia; GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. O ônus da prova na ação de improbabilidade administrativa. *Revista dos Tribunais*, v. 867, p. 70, jan. 2008.

e de todos quantos exerçam cargos eletivos e cargos, empregos ou funções de confiança, na administração direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes da União. Já o art. 7º da referida lei afirma que suas disposições devem ser adotadas, no que couber, como normas gerais de direito financeiro, para Estados, Distrito Federal e Municípios.

A obrigatoriedade de apresentação da declaração de bens não viola o direito fundamental à privacidade, pois o exercício de função pública decorre de escolha pessoal da qual surge o dever de submissão ao controle dos agentes de fiscalização e dos cidadãos. Quem opta por ter vida pública renuncia à parcela da sua intimidade, para possibilitar o acesso das informações de seu patrimônio e de familiares próximos, indispensável para analisar se o crescimento patrimonial é compatível com os vencimentos do cargo que ocupa¹⁰.

A extensão da obrigatoriedade da apresentação da declaração de bens aos cônjuges, conviventes ou quaisquer pessoas que vivam, sob a dependência econômica do agente público, é prevenir a possibilidade de fraude na declaração, com a transferência de patrimônio ou a aquisição de bens em nome de parentes, com o objetivo de ocultar o patrimônio pessoal do agente público e até esconder os adquiridos com recursos de origem ilícita.

O dever do agente público de informar a declaração de bens e valores que compõem o seu patrimônio também é consectário do direito fundamental à informação previsto na Constituição Federal no art. 5º, XIV e XXXIII:

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício funcional;

[...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas na forma da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.¹¹

¹⁰ CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. *Comentários à lei de improbidade administrativa*. Lei 8.429, de 02 de junho de 1992. São Paulo: RT, 2010. p. 205.

¹¹ Tal dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei nº 11.111/2005 e pelo Decreto nº 5.301/2004.

Tal declaração não implica acesso público, amplo e irrestrito de seu conteúdo. Para que o cidadão possa ter acesso ao conteúdo das informações do agente público, é indispensável que motive a sua solicitação. A Constituição Federal não instituiu o sistema de *open file* administrativo (direito ao arquivo aberto), e o art. 2º da Lei nº 9.051/1995¹² impõe aos peticionários a indicação dos fins e das razões do pedido¹³.

Deve ser acrescentado que a defesa da probidade administrativa e do patrimônio público integra o direito humano-fundamental à boa administração pública transparente e eficiente (arts. 5º, § 1º, e 37, *caput*)¹⁴. Nesse sentido, o art. 10 da Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687/2007, prevê, quanto à informação pública, que “cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará medidas que sejam necessárias para aumentar a transparência em sua Administração Pública”. Ainda, o art. 20 desta Convenção, ao versar sobre o enriquecimento ilícito, assevera que “cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, ou seja, o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público relativos aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele”.

O art. 21 da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), por sua vez, estabelece que “não pode ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais”, bem como que as “informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso”. Por outro lado, as informações pessoais, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem, terão acesso restrito a agentes públicos legalmente autorizados (art.

¹² “Nos requerimentos que objetivam a obtenção das certidões a que se refere esta lei (*isto é, para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações*), deverão os interessados fazer constar esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido.”

¹³ CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. *Comentários à lei de improbidade administrativa*. Lei 8.429, de 02 de junho de 1992. Op. cit., p. 206.

¹⁴ FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 35.1, p. 195-217, jan./jun. 2015.

31, § 1º, I) e quem fizer uso indevido dessas informações será responsabilizado (art. 31, § 2º).

O art. 13, § 4º, da Lei nº 8.429/1992 afirma que o declarante, a seu critério, pode entregar cópia da declaração anual de bens apresentada à Delegacia da Receita Federal, na conformidade da legislação do Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza.

A declaração do Imposto de Renda Pessoa Física é detalhada, já está padronizada e a manipulação dessas informações é menor, o que gera segurança e maior possibilidade de controle. Dessa forma, o objetivo do art. 13 da Lei nº 8.429/1992 é fiscalizar a evolução patrimonial do agente público e de seus familiares. Por isso, a obrigatoriedade da apresentação da declaração de bens deve ser anual e é mantida quando o agente público deixa o cargo, pois somente dessa forma é possível fiscalizar o eventual acréscimo patrimonial e a compatibilidade com os vencimentos percebidos em razão do cargo exercido.

O art. 19, § 3º, da Lei nº 8.429/1992 pune com demissão o agente público que se recusa a prestar declaração de bens ou que presta declaração falsa¹⁵. Tal sanção é proporcional à que seria aplicada, caso o agente público não entregasse a declaração de bens antes de assumir o cargo, uma vez que não poderia assumi-lo, se não apresentasse a referida declaração.

Ainda, nos termos do art. 3º da Lei nº 8.730/1993, a não apresentação da declaração de bens, por ocasião da posse, implicará a não realização daquele ato, ou sua nulidade, se celebrado sem esse requisito essencial. Já a não apresentação da declaração, a falta e atraso de remessa de sua cópia ao Tribunal de Contas da União ou a declaração dolosamente inexata implicarão, conforme o caso:

- a) crime de responsabilidade, para o Presidente e o Vice-Presidente da República, os Ministros de Estado e demais autoridades previstas em lei especial, observadas suas disposições; ou b) infração político-administrativa, crime funcional ou falta grave disciplinar, passível de perda do mandato, demissão do cargo, exoneração do emprego ou destituição da função, além da inabilitação, até cinco anos, para o exercício de novo mandato e de

¹⁵ GARCIA, Emerson. *Repressão à corrupção no Brasil: entre a realidade e a utopia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 14-14, nota 24.

qualquer cargo, emprego ou função pública, observada a legislação específica.

Tratando-se de servidores do Executivo Federal, a não apresentação anual da declaração de bens, ou a apresentação de declaração falsa, enseja a instauração de processo administrativo disciplinar, nos termos do art. 5º do Decreto nº 5.483/2005, que pode culminar na demissão do serviço público, sem prejuízo de outras sanções cabíveis (art. 13, § 3º, da Lei nº 8.429/1992).

A não entrega da declaração, aliada com indícios exteriores de riqueza incompatíveis com o exercício do mandato, cargo, função ou emprego públicos, gera a presunção de variação patrimonial incompatível com os vencimentos declarados¹⁶.

Tais preceitos de proteção ao patrimônio público, contudo, não representam nenhuma novidade. Os arts. 14 e 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, votada pela Assembleia Francesa, em 04.08.1789, já dispunham:

Art. 14. Todos os cidadãos têm o direito de verificar, pessoalmente ou por meio de representantes, a necessidade da contribuição pública, bem como de consenti-la livremente, de fiscalizar o seu emprego e de determinar-lhe a alíquota, a base de cálculo, a cobrança e a duração.

Art. 15. A sociedade tem o direito de pedir, a todo o agente público, que preste contas de sua administração.

A técnica da inversão do ônus da prova, nas ações de improbidade administrativa, visa tutelar o modelo republicano, a ética na gestão pública e o direito fundamental ao governo honesto¹⁷. O reconhecimento de que o

¹⁶ Nas palavras de Wallace de Paiva Martins Júnior, “as disposições do art. 5º do Decreto nº 978/1993 e dos arts. 2º, §§ 5º e 7º, e 4º, § 2º, da Lei nº 8.730/1993, evidenciam que o art. 9º, VII, da Lei nº 8.429/1992 (evolução patrimonial desproporcional à renda) instituiu a regra da inversão do ônus da prova nesse exemplo de enriquecimento ilícito” (Op. cit.).

¹⁷ “Sabemos todos que o cidadão tem o direito de exigir que o Estado seja dirigido por administradores íntegros, por legisladores probos e por juízes incorruptíveis, que desempenhem as suas funções com total respeito aos postulados ético-jurídicos que condicionam o exercício legítimo da atividade pública. O direito ao governo honesto – nunca demasiado reconhecê-lo – traduz uma prerrogativa insuprimível da cidadania. O sistema democrático e o modelo republicano não admitem, nem podem tolerar a

governo deve estar a serviço dos governados, e não para benefício pessoal dos governantes, é o pressuposto decisivo para reconhecer a existência de direitos fundamentais, inerentes à condição humana, os quais devem ser reconhecidos a todos e não são havidos como mera concessão dos detentores eventuais do poder¹⁸.

3 MONITORAMENTO DA EVOLUÇÃO PATRIMONIAL, CLÁUSULA DE CONFIDENCIALIDADE E CONFLITO DE INTERESSES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O monitoramento da evolução patrimonial dos agentes públicos é uma preocupação constante em diversos países do mundo.

À guisa de ilustração, menciona-se¹⁹: a) a Argentina (Lei nº 25.188, de 29.09.1999 – Lei de Ética na Função Pública – arts. 4º a 12); b) a Colômbia (Lei nº 190, de 06.06.1995 – regras tendentes a preservar a moralidade na Administração Pública – arts. 13 a 16); c) a Costa Rica (Lei nº 8.422, de 06.04.2004 – Lei contra a Corrupção e o enriquecimento ilícito dos funcionários públicos – arts. 13 a 16); d) o Uruguai (Lei nº 17.060, de 23.12.1998 – Lei de Prevenção e Luta contra a Corrupção – arts. 10 a 19); e) o México (Lei Federal de Responsabilidades Administrativas dos Servidores Públicos, de 14.03.2002, arts. 35 a 46); f) a Venezuela (Lei contra a Corrupção, de 07.04.2003, arts. 23 a 32). Salienta-se, ainda, a legislação da Turquia – Lei nº 3.628, de 04.05.1990 – que exige que a declaração de bens seja apresentada no ingresso e na saída do serviço público, bem como a cada ano que termine em 0 ou 5. A não apresentação, no prazo, sujeita o agente a pena de prisão de 3 (três) meses a 1 (um) ano de prisão. Já a apresentação incorreta, a pena de 6 (seis) meses a 3 (três) anos de prisão. Por sua vez, a apresentação falsa sujeita o agente à proibição de exercer função pública pelo mesmo período da pena de prisão, e, ainda, constatada a impossibilidade de comprovação da origem do bem, a proibição pode se tornar vitalícia.

A história brasileira, infelizmente, é marcada por diversos escândalos envolvendo práticas altamente suspeitas de caracterização de atos de improbidade administrativa. Por exemplo, conforme notícias veiculadas na

existência de regimes de governo sem a correspondente noção de fiscalização e de responsabilidade.” (BRASIL. STF, MC-MS 24.458/DF, Rel. Min. Celso de Mello, J. 18.02.2003, DJ 21.02.2003, p. 58)

¹⁸ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo*. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 3. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 283-284.

¹⁹ GARCIA, Emerson. Op. cit.

imprensa, o ex-Ministro-Chefe da Casa Civil, Antonio Palocci, teve um aumento de patrimônio de 20 (vinte) vezes entre 2006 e 2010, quando ele era deputado federal²⁰. Pela reportagem publicada no dia 15.05.2011, Antonio Palocci, nesse período, teria comprado um apartamento de luxo, em um prédio nos Jardins, bairro nobre de São Paulo, por R\$ 6,6 milhões, que foi registrado em nome de uma empresa de Palocci em novembro de 2010. Ainda, no mesmo período, Palocci comprou um escritório na cidade por R\$ 882 mil, que também foi registrado em nome de uma empresa na qual Palocci possui 99,9% do capital. Todavia, em 2006, quando se elegeu deputado federal, Antônio Palocci declarou à Justiça Eleitoral um patrimônio de R\$ 375 mil, em valores corrigidos pela inflação. Nos quatro anos como deputado, ele teria recebido um pouco menos de um R\$ 1 milhão em salários, montante inferior ao preço pago pelo escritório e pelo apartamento de quatro suítes. Por outro lado, Antonio Palocci afirmou que a evolução patrimonial decorreu de atividades de consultoria econômico-financeira realizadas, para clientes da iniciativa privada, por sua empresa. Entretanto, alegando sigilo comercial (“cláusula de confidencialidade”), não divulgou quais serviços foram prestados nem que clientes foram beneficiados pelas atividades de assessoria²¹.

Situações como essa, infelizmente, são corriqueiras no Brasil, a exigir a construção de técnicas processuais adequadas à promoção do interesse público. Destaca-se, por exemplo, a atuação do Ministério Público Federal,

²⁰ Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/05/palocci-tem-patrimonio-multiplicado-20-vezes-e-oposicao-quer-explicacao.html>. Acesso em: 20 ago. 2020.

²¹ Nesse sentido, em 10 de agosto de 2020, o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou ação civil pública por improbidade administrativa no âmbito da Operação Bullish, por irregularidades apuradas em investimentos feitos pelo sistema BNDES/BNDESPar, em operações que viabilizaram a internacionalização da holding JBS. Foi acionado, dentre outros, o ex-Deputado Federal Antônio Palocci. O MPF, além da condenação por improbidade, requereu a devolução de mais de 144 milhões de ações JBSS3 à BNDESPar, acrescidos por demais ressarcimentos de danos, multa e dano moral coletivo. O montante solicitado ultrapassa a cifra de R\$ 21 bilhões. As irregularidades teriam ocorrido entre 2007 e 2011 e, em razão delas, a BNDESPar deixou de receber 144.206.155 de ações JBSS3, causando um prejuízo de mais de R\$ R\$ 158 milhões, em valores atualizados. A Operação Bullish concluiu pela existência de dano de R\$ 20 milhões, relacionado ao pagamento de “taxas de administração” pela adesão injustificada e antieconômica ao Fundo FIP Prot. Também apontou prejuízo pela dispensa indevida da cobrança de juros no empréstimo do banco público à JBS, na transação que possibilitou a compra da empresa Swift argentina, em uma manobra superior a R\$ 69 milhões, em valores atualizados. O rombo, conforme concluiu o MPF, ao BNDES supera R\$ 4,2 bilhões. (Ministério Público Federal, Procuradoria da República no Distrito Federal. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/noticias-df/bullish-acao-de-improbidade-administrativa-e-reapresentada-de-forma-fracionada>. Acesso em: 4 set. 2020)

que, mediante recomendação administrativa, requereu a anulação da cláusula de confidencialidade que impedia a divulgação do acordo realizado entre a Prefeitura de São Paulo e o Comitê Organizador Local da Copa do Mundo de 2014 (COL). O documento tratava dos direitos e obrigações do Município de São Paulo e do COL na realização da Copa do Mundo de 2014. A Prefeitura Municipal atendeu à recomendação administrativa, reconhecendo que a cláusula de confidencialidade representava violação ao princípio constitucional da publicidade dos atos administrativos²².

No âmbito do Poder Executivo Federal, a Lei nº 12.813/2013 regulamentou o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou do emprego. Estão sujeitos a essa lei os ocupantes de cargos e empregos de ministro de Estado, de natureza especial ou equivalentes, de presidente, vice-presidente e diretor, ou equivalentes, de autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, níveis 6 e 5 ou equivalentes, bem como os ocupantes de cargos ou empregos cujo exercício proporcione acesso a informação privilegiada capaz de trazer vantagem econômica ou financeira para o agente público ou para terceiro, conforme definido em regulamento. O art. 3º da Lei nº 12.813/2013 considera conflito de interesses “a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública”, e informação privilegiada “a que diz respeito a assuntos sigilosos ou aquela relevante ao processo de decisão no âmbito do Poder Executivo federal que tenha repercussão econômica ou financeira e que não seja de amplo conhecimento público”. Aqueles agentes públicos, pelo art. 9º da referida lei, têm o dever de

enviar à Comissão de Ética Pública ou à Controladoria-Geral da União, conforme o caso, anualmente, declaração com informações sobre situação patrimonial, participações societárias, atividades econômicas ou profissionais e indicação sobre a existência de cônjuge, companheiro ou parente, por consanguinidade ou

²² Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteúdo/noticias/58628/prefeitura+de+sao+ paulo+cumpre+recomendacao+do+mpf+e+disponibiliza+acordo+com+a+fifa+na+internet.shtml>. Acesso em: 10 ago. 2020.

afinidade, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, no exercício de atividades que possam suscitar conflito de interesses.

Além disso,

comunicar por escrito à Comissão de Ética Pública ou à unidade de recursos humanos do órgão ou entidade respectivo, conforme o caso, o exercício de atividade privada ou o recebimento de propostas de trabalho que pretende aceitar, contrato ou negócio no setor privado, ainda que não vedadas pelas normas vigentes.

4 A TESE DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O direito processual civil não pode ignorar a realidade brasileira. A técnica da inversão do ônus da prova (art. 373, § 1º, do CPC) se destina à melhor aplicação do art. 9º, VII, da Lei nº 8.492/1992, bem como para que o demandado em ação de improbidade administrativa – cuja petição inicial deve ser acompanhada de documentos e de indícios suficientes da existência do ato de improbidade administrativa (Lei nº 8.492/1992, art. 17, § 6º) – tenha o ônus de demonstrar que seus atos não causaram prejuízo ao Erário ou aos princípios da Administração Pública.

Pelo princípio constitucional da impessoalidade (CF, art. 37, *caput*), o agente público não pode ignorar o seu dever de lealdade. Os órgãos públicos e seus agentes devem atuar com respeito ao princípio da impessoalidade. Logo, o servidor público deve buscar, exclusivamente, perseguir o interesse público. Não pode se desviar da função pública para a satisfação de interesses pessoais ou de terceiros, sob pena de responsabilização administrativa, civil e criminal.

O Superior Tribunal de Justiça, no REsp. 763.941/MG²³, apesar de ter resolvido o caso pela prescrição, em ação de improbidade administrativa, baseada em prejuízos ao Erário, indiretamente, censurou o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Geral que julgou procedente a ação, limitando-se a considerar suficiente à comprovação da ilicitude (isto é, desembolso autorizado

²³ BRASIL. STJ, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, J. 13.03.2007, DJ 30.08.2007, p. 216.

pelo réu sem prévio empenho ou licitação, em total desrespeito a regular gestão da coisa pública), sem ter ficado demonstrada a existência do dano. Concluiu que o art. 333, I, do CPC/1973 (reproduzido no art. 373, I, do CPC/2015) resta violado nas hipóteses em que a ação de improbidade por dano ao Erário impõe ao réu o ônus de comprovar que não houve prejuízo, com ilegal inversão do *onus probandi*. No entanto, também asseverou que a solução judicial levou em consideração a análise da prova técnica, a qual não poderia ser reexaminada pelo Superior Tribunal de Justiça, em razão da Súmula nº 07/STJ (impossibilidade de cabimento de recurso especial para simples reexame de prova).

Tal decisão, além de ser contraditória, não serve como parâmetro para inviabilizar a possibilidade de inversão do ônus da prova nas ações civis públicas de improbidade administrativa. Afinal, no REsp 763.941/MG, o Superior Tribunal de Justiça resolveu o processo, com julgamento de mérito, em razão da prescrição, não fazendo maiores considerações sobre a distribuição do ônus da prova na ação civil pública por improbidade administrativa.

Mais recentemente, no REsp 1689763/PB²⁴, o Superior Tribunal de Justiça assegurou a aplicação do Código de Processo Civil no procedimento da ação civil pública por improbidade administrativa, mas não adentrou na análise do mérito do acórdão do Tribunal de Justiça da Paraíba que teria admitido a inversão do ônus da prova – em caso no qual prefeito municipal teria nomeado seus filhos para o exercício de cargo em comissão de assessor jurídico, mas não teria havido o desempenho das funções, com consequente enriquecimento ilícito e dano ao Erário – também com base na Súmula nº 07/STJ (impossibilidade de reexame de fatos e de provas).

A tese da aplicação da regra da distribuição dinâmica das provas – prevista no art. 373, § 1º, do CPC – na ação civil pública por improbidade administrativa ainda não foi enfrentada e pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça. Porém, é responsabilidade da doutrina desenvolver técnicas processuais voltadas à melhor hermenêutica jurídica e ao aperfeiçoamento da jurisprudência e da legislação brasileiras. A tutela da probidade administrativa precisa ser levada a sério para que a República seja respeitada e todas as espécies de corrupção sejam prevenidas ou, quando configuradas, exemplarmente punidas. O respeito às leis e às decisões judiciais passa por uma profunda mudança cultural, cujo exemplo deve ser dado a partir dos agentes públicos.

²⁴ BRASIL. STJ, REsp 1689763/PB, 1ª T., Relª Min. Regina Helena Costa, J. 03.10.2019, DJe 07.10.2019.

5 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

O art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), com a redação conferida pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), evolui para encerrar antiga discussão sobre a possibilidade de acordos no âmbito da improbidade administrativa. A nova regra se insere em um amplo contexto de negociação no âmbito do direito público²⁵.

Vários diplomas legislativos contribuíram para a adoção de soluções negociadas envolvendo o interesse público, como os que possibilitam a conciliação (art. 10, parágrafo único, da Lei nº 10.259/2001 e art. 174 do CPC) e a mediação (art. 3º da Lei nº 13.140/2015) em causas do Estado, a ausência de ajuizamento de execução fiscal de pequeno valor (art. 20 da Lei nº 10.522/2002 e arts. 7º e 8º da Lei nº 12.514/2011), a realização de acordos ou transações em juízo pela Advocacia-Geral da União e pelos dirigentes máximos das empresas federais (art. 2º da Lei nº 9.469/1997), a possibilidade de compromisso – extrajudicial ou judicial – para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público (art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro – Decreto-Lei nº 4.657/1942) e a celebração de negócios jurídicos processuais no âmbito da atuação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, inclusive na cobrança administrativa ou judicial da dívida ativa da União (art. 19, § 13, da Lei nº 13.874/2019 e Portaria do Ministério da Economia/Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional nº 11.956/2019).

No bojo do acordo de não persecução cível (art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992), é possível a celebração de negócios jurídicos processuais (arts. 190 do CPC e 15-17 da Resolução CNMP nº 118/2014), inclusive com a possibilidade de inversão do ônus da prova (art. 373, § 3º, do CPC).

A regra do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992 é autoaplicável, mas, para evitar insegurança jurídica, deve ser regulamentada.

O Ministério Público de São Paulo, por exemplo, no art. 5º, V, da Resolução nº 1.193/2020, afirma que o instrumento que formalizar o acordo deverá conter, obrigatoriamente, a assunção por parte do pactuante da responsabilidade pelo ato ilícito praticado. Tal redação é complementada pelo inciso VI do

²⁵ DINIZ, Cláudio Smirne; CAMBI, Eduardo. Solução extrajudicial de conflitos na proteção do patrimônio público e da probidade administrativa. *Revista dos Tribunais*, v. 994, p. 49-69, ago. 2018.

mesmo artigo, que exige o compromisso do pactuante, quando for o caso, de colaborar com as investigações e promover a identificação de outros agentes, partícipes, beneficiários, localização de bens e valores e produção de outras provas, durante o inquérito civil ou o processo judicial. Em 4 de setembro de 2020, Grupo de Trabalho sobre Acordo de Não Persecução Cível editou 22 (vinte e dois) enunciados sobre o tema. Para os fins aqui propostos, destaca-se, exemplificativamente: i) o Enunciado nº 1 (“O acordo de não persecução cível é negócio jurídico-processual, por meio do qual se negocia o processo, mediante o reconhecimento do fato [...]”); ii) o Enunciado nº 2 (“A revogação da vedação contida no art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992 autoriza a aplicação, no âmbito da improbidade administrativa, de acordos de colaboração, a exemplo do acordo de leniência e do acordo de colaboração premiada, para o fim de obtenção de provas, nos termos do que estabelecem a Lei nº 12.846/2013 e a Lei nº 12.850/2013, respectivamente”); iii) Enunciado nº 3 (“Embora o acordo de não persecução cível não se confunda com o acordo de colaboração premiada ou com o acordo de leniência, é possível, dentre as condições pactuadas no acordo de não persecução cível, incluir cláusulas de colaboração para obtenção de informações e elementos de prova relativamente a outros investigados ou a outros fatos, no mesmo procedimento investigatório”).

Vale destacar, também, a Resolução nº 01/2020 do Ministério Público de Pernambuco, que, no seu art. 2º, deixou claro que o acordo de não persecução cível poderá ser celebrado na fase extrajudicial ou no curso da ação de improbidade administrativa, com as pessoas físicas ou jurídicas, investigadas ou demandadas pela prática dos atos de improbidade administrativa, que colaborarem efetivamente com as investigações, procedimento extrajudicial ou processo judicial. Dentre as finalidades desse acordo, está a identificação dos demais envolvidos, quando houver (art. 2º, III), e a obtenção de meio de prova de ato de improbidade administrativa, desde que o beneficiado pela composição colabore, de forma efetiva, com o resultado das investigações ou do processo judicial (art. 2º, IV).

Ora, se a confissão e o auxílio na obtenção das provas é uma condição para a celebração do acordo de não persecução cível, que pode ser realizado tanto na fase extrajudicial quanto judicial, não há mais razão para impedir a inversão do ônus da prova pela vontade das partes (negócio jurídico processual; exegese do art. 373, § 3º, do CPC).

Portanto, havendo livre manifestação e não estando uma das partes em manifesta situação de vulnerabilidade, isto é, quando a inversão não trazer um ônus da prova impossível ou excessivamente difícil (exegese do art. 190, parágrafo único, do CPC), caberá ao Estado-juiz aceitar a cláusula processual, com a modificação do *onus probandi*, como válida.

A identificação de direitos fundamentais como disponíveis *prima facie* ou, ao menos, o reconhecimento do relativismo conceitual que reveste o tema da indisponibilidade dos direitos permite romper certo paternalismo presente no sistema de justiça brasileiro, que, baseado na presunção quanto à hipossuficiência e à incapacidade de manifestação volitiva, mais escraviza do que liberta, distanciando-se da real e livre intenção dos titulares dos direitos em exercê-los, abdicá-los ou negociá-los²⁶.

Seguindo esse raciocínio, tampouco faz sentido argumentar que não se pode inverter o ônus da prova, com fundamento no art. 373, § 1º, do CPC, por se tratar de direito indisponível da parte. Superado esse argumento, que norteava a interpretação do revogado art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992, devem-se analisar os requisitos necessários para a inversão judicial do ônus da prova na ação civil pública por improbidade administrativa.

6 ASPECTOS PROCESSUAIS PARA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Como a inversão do ônus da prova na improbidade administrativa não está prevista na Lei nº 8.429/1992, diferente do que ocorre no art. 5º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, aplica-se a segunda parte do art. 373, § 1º, do CPC, pelo qual o juiz pode modificar o *onus probandi*, quando estiver diante das peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do art. 373, I e II, do CPC, sendo maior a facilidade de obtenção da prova em contrário²⁷.

²⁶ VENTURI, Elton. Transação em direitos indisponíveis? *Revista de Processo*, v. 251, p. 391-426, jan. 2016; CAMBI, Eduardo; DOTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d'Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Curso de direito processual civil completo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 451-452.

²⁷ "Para as situações faticamente complexas insuscetíveis de prévia catalogação pelo direito positivo, a lei, a doutrina e a jurisprudência passaram a excepcionar a distribuição estática do ônus da prova, criando e aplicando regras de distribuição diferentes daquelas estabelecidas em lei, contexto em que surge a regra de inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, e a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, reiteradamente aplicada por esta Corte mesmo antes de ser integrada

Voltando ao exemplo acima examinado, diante de ato de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito, por ter o agente público obtido vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade (art. 9º, VII, da Lei nº 8.429/1992), após o advento do CPC/2015, não há mais razão para deixar de inverter o ônus da prova, quando é mais fácil para o demandado evidenciar que não houve enriquecimento sem causa.

Note-se, contudo, que a decisão precisa ser fundamentada e não pode excluir a oportunidade da parte se desincumbir o ônus que lhe foi atribuído.

É, pois, indispensável estimular o *diálogo processual*, trazendo elementos seguros para a proteção do direito à probidade administrativa e à proteção ao patrimônio público.

A distribuição dinâmica ou a inversão do ônus da prova não deve ser realizada apenas na sentença para ampliar as oportunidades para que a parte que tem o ônus distribuído ou invertido conheça o objeto da prova, delimitado judicialmente, e comporte-se de acordo com ele ou possa impugná-lo (afirmando, *v.g.*, que, para fins probatórios, a dificuldade para ele apresentada é igual ou semelhante a de quem alega o fato ou, ainda, que o adversário está em melhores condições de provar)²⁸.

O momento adequado para a inversão judicial do ônus da prova é anterior à sentença. Tal parâmetro é um fator que assegura maior segurança para as partes, porque dissemina, nos litigantes, a consciência dos riscos que correm, caso não venham a desincumbi-lo, bem como eleva o patamar de legitimação às decisões judiciais.

Reduzem-se os riscos de arbítrio, porque a decisão judicial, ao proceder à distribuição dinâmica, deve ser, rigorosamente, motivada (art. 93, IX, da CF e arts. 11, *caput*, e 373, § 1º, do CPC).

A facilitação da atividade probatória deve ocorrer na decisão saneadora (art. 357, III, do CPC), para que nenhuma das partes seja surpreendida, porque, sendo bem conhecidos os ônus de cada litigante, permite-se clareza nas suas

ao direito positivo, tendo ambas - inversão e distribuição dinâmica - a característica de permitir a modificação judicial do ônus da prova (modificação *ope judicis*).” (BRASIL. STJ, REsp 1729110/CE, 3ª T., Relª Min. Nancy Andrighi, J. 02.04.2019, DJe 04.04.2019)

²⁸ CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova). *Revista de Processo*, v. 246, p. 85-111, ago. 2015.

atuações subsequentes²⁹. A parte que se sentir prejudicada, com a redistribuição do ônus da prova, pode interpor agravo de instrumento (art. 1.015, XI, do CPC)³⁰.

A técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373, § 1º, do CPC) não prejudica o exercício das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, os quais incluem o direito à produção da prova contrária.

A exegese do art. 373, § 1º, do CPC está assentada em três argumentos fundamentais: i) pressupõe uma visão cooperatória e publicista do processo civil; ii) busca promover a igualdade, em sentido material, das partes; iii) fundamenta-se nos deveres de lealdade e de colaboração dos litigantes no processo civil.

A facilidade da demonstração da prova, em razão desses argumentos de ordem técnica, promove, adequadamente, a *isonomia* entre as partes (art. 139, I, do CPC), bem como ressalta o princípio da *solidariedade*, presente, no sistema processual, expressamente no art. 6º do CPC, e, implicitamente, no dever dos litigantes contribuírem com a *descoberta da verdade* (arts. 77, I, e 378 do CPC), na exigência da *litigância de boa-fé* (v.g., arts. 5º, 77, 142 e 311, I, do CPC) e no dever de prevenir ou reprimir atos contrários à dignidade da justiça (art. 139, III, do CPC).

A preocupação com a *colaboração* e com o *diálogo* processuais deve estar presente durante todo o processo. Não se impõe somente na fase decisória. Quer-se com isso inibir *decisões surpresas*, que contrariam as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, e indicar a preocupação com a distribuição

²⁹ “Desde la apertura de la causa, estando presentes ambas partes, serán interrogados acerca de la naturaleza de las pruebas de que intentan valerse. Esto constituye un preliminar indispensable a todo buen procedimiento. Bien conocida desde el principio la condición de las pruebas, se produce la claridad de las actuaciones subsiguientes.” (BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, v. II, 1971. p. 144)

³⁰ “3. É cabível o agravo de instrumento nas hipóteses de distribuição judicial do ônus da prova, seja nas situações em que há inversão autorizada pelo legislador (p. ex., art. 6º, VIII, do CDC, combinado com art. 373, § 1º, primeira parte, do CPC/2015), seja com base na cláusula aberta de distribuição dinâmica do art. 373, § 1º, segunda parte, do CPC/2015, tratando-se de regras de instrução com as quais o julgador deve se preocupar na fase instrutória. Precedente. 4. A partir do exame dos arts. 1.015, XI, e 373, § 1º, ambos do CPC/2015, as decisões interlocutórias que deferem e também as decisões que indeferem a modificação judicial do ônus da prova são imediatamente recorríveis por agravo de instrumento, tendo em vista que o conteúdo normativo da referida hipótese de cabimento - ‘versar sobre redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º’ - não foi objeto de limitação pelo legislador.” (BRASIL. STJ, REsp 1802025/RJ, 3ª T., Relª Min. Nancy Andrighi, J. 17.09.2019, DJe 20.09.2019)

da carga probatória a partir da ampla defesa do demandado. Logo, a *organização da atividade probatória* (quais são os fatos controvertidos, a quem cabe demonstrar tais fatos e quais os meios probatórios serão utilizados) deve ser realizada, preferencialmente, na *decisão ordinatória* (“saneadora”), anterior à fase instrutória (art. 357, III, do CPC).

Saliente-se que seria um grande equívoco introduzir a distribuição dinâmica da carga probatória no art. 373, § 1º, do CPC com base nos princípios da isonomia e da solidariedade, mas percebê-lo como um *critério de julgamento*, a ser considerado pelo juiz somente no momento de sentenciar. Nessa forma de interpretação, a distribuição deixaria de ser isonômica e solidária na medida em que daria ensejo às *decisões surpresas*: a facilidade na produção da prova deve ser reconhecida antes da decisão para que a parte onerada tenha amplas condições de provar os fatos controvertidos, evitando que, a pretexto de tutelar o bem jurídico individual ou coletivo, retirem-se todas as oportunidades de defesa.

A distribuição dinâmica da carga probatória não deve ser *arbitrária* nem servir para *prejudicar a causa*, repassando a dificuldade do demandante para o demandado, quando este não está em melhores condições de provar. A *liberdade* do Magistrado deve ser atrelada sempre à *responsabilidade*.

A decisão judicial, que distribui a carga da prova de forma diversa da estabelecida pelo legislador no art. 373, I e II, do CPC, deve ser motivada e levar em consideração as peculiaridades do caso concreto, sem descurar de fatores culturais, sociais e econômicos, bem como princípios e valores contemporâneos. Percebe-se, pois, que a distribuição dinâmica do *onus probandi* amplia os poderes do juiz; torna-o um *intérprete ativo* e *criativo*, um *case-management*, um *problem solver* e um *policy-maker*, além de assumir, frequentemente, o papel de um *law-maker*³¹.

³¹ “Come sul piano dell’interpretazione e applicazione del diritto il giudice assume un ruolo sempre più creativo dei problem-solver e di policy-maker, e sempre più spesso di law-maker, così sul piano extragiuridico egli non può che definirsi come interprete attivo della cultura, della coscienza sociale, dei principi e dei valori del suo tempo. Naturalmente ciò non significa recepire nozioni preconstituite, ma analizzare problemi, compiere scelte, acquisire e metabolizzare conoscenze spesso incerte e complesse, verificar criticamente il fondamento e la validità epistemica delle nozioni e dei criteri di giudizio forniti dall’esperienza e del senso comune. Per essere un buon interprete il giudice deve dunque essere consapevole della frammentazione e della variabilità delle coordinate conoscitive e valutative che ormai sono i tratti dominanti della società attuale. La sua dote essenziale non deve essere una passiva ortodossia culturale, o la supina accettazione di ciò che viene ‘dal di fuori’ del mono concluso del diritto, ma l’assunzione di responsabilità per le proprie scelte nella consapevolezza che nulla è dato più a priori, e che anche la conoscenza del mondo è il risultato di un processo di apprendimento e di interpretazione

A carga (ou o ônus) da prova, assim distribuída, por consolidar uma *visão amplamente solidarista* do *onus probandi*, supera a visão individualista do processo civil clássico e, destarte, permite facilitar a tutela judicial dos bens coletivos e difusos, como a probidade administrativa e a defesa do patrimônio público³².

Consequentemente, evita-se que, por ser muito difícil para o demandante demonstrar a licitude ou a não lesividade do comportamento do demandado (*maior dificuldade na produção da prova*), mantenha-se a situação como está (*status quo*), em prejuízo da proteção dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos ou de outros direitos cuja prova para a parte contrária é de mais fácil demonstração, sem que retirar do suposto causador da ilicitude ou dos danos as amplas oportunidades de provar o contrário.

Há, contudo, limites materiais e formais para a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova³³, como: o litigante dinamicamente onerado deve se encontrar em *posição privilegiada*, em virtude do papel que desempenhou no fato gerador da controvérsia, por estar na posse da coisa ou instrumento probatório, ou, por ser o único que dispõe da prova, encontra-se em melhor posição de revelar a verdade (art. 373, § 1º, do CPC); b) o ônus dinâmico não pode ser aplicado simplesmente para compensar a inércia ou a inatividade processual do litigante inicialmente onerado, mas única e tão somente para evitar a formação da *probatio diabólica* diante da impossibilidade material que recai sobre uma das partes, à luz da natureza do fato e do direito material a ser tutelado: o importante é que, com a dinamização do ônus da prova, não se consagre uma *probatio diabólica* reversa (art. 373, § 2º, do CPC); c) como já ressaltado, a decisão que aplica o art. 373, § 1º, deve ser fundamentada, sob pena de ser nula (arts. 93, IX, da CF, e 11, *caput*, do CPC), e não pode se dar na sentença, para não retirar a oportunidade da parte de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, sob pena de violar a garantia constitucional do contraditório, não dando chances às partes para a produção da prova contrária.

incerto, faticoso, complicato e mai veramente esaurito." (TARUFFO, Michele. Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice. In: *Sui confini*. Scritti sulla giustizia civile. Bolonha: Il Mulino, 2002. p. 154)

³² MAGGIO, Marcelo Paulo. A técnica da inversão do ônus da prova: perspectiva instrumentalista coletiva e individual. *Revista de Processo*, v. 245, p. 297-323, nov. 2015.

³³ KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do "ônus dinâmico da prova" e da "situação de senso" comum como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabólica*. In: NERY JR., Nelson; FUX, Luiz; ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Processo e Constituição*. São Paulo: RT, 2006. p. 947-8.

Se o Magistrado pretender dinamizar o ônus da prova, deverá, previamente, intimar as partes a respeito, fundamentando a decisão, para que não se promova a *retroatividade oculta*, com prejuízo do princípio da segurança jurídica.

CONCLUSÃO

A aplicação da técnica da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova é legítima perante o Direito brasileiro, quando a regra contida no art. 373, I e II, do CPC redundar em *probatio diabólica*. A não inversão do ônus da prova, quando presentes os requisitos do art. 373, § 1º, do CPC, caracteriza uma *vedação oculta* de acesso efetivo ao Poder Judiciário, o que torna inútil à ação judiciária na tutela dos direitos materiais³⁴, com manifesta violação da garantia constitucional do art. 5º, XXXV e do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), bem como dos arts. 8º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos³⁵.

Essa conclusão se aplica ao microsistema da tutela coletiva e, especificamente, ao procedimento da ação civil pública por improbidade administrativa, quando, diante de peculiaridades da causa, é impossível ou excessivamente difícil para o Ministério Público ou para a pessoa jurídica lesada demonstrar o ato de improbidade administrativa e quando a parte contrária tiver mais facilidade para comprovar o fato contrário.

Evidenciada, a partir de indícios e presunções, a prática do ato de improbidade administrativa, caberá ao Magistrado a inversão do ônus da prova, em decisão fundamentada, com a salvaguarda do amplo exercício do direito à prova pelo demandado na ação civil pública.

Isso não significa um prejulgamento da causa, pois o art. 373, § 1º, do CPC é uma *regra de instrução*, não de julgamento, voltada a evitar o ônus diabólico da prova, a fim de melhor tutelar o direito material violado³⁶. Assim, havendo

³⁴ Idem, p. 950.

³⁵ “A observância do rito processual adequado, longe de se incompatibilizar com os nobres valores consagrados no texto constitucional e nos instrumentos internacionais invocados, é garantia da sua plena realização.” (BRASIL. STF, PET 5.847-ED, 1ª T., Relª Min. Rosa Weber, J. 15.12.2015, DJe 17.02.2016)

³⁶ “Embora ontologicamente distintas, a distribuição dinâmica e a inversão do ônus têm em comum o fato de excepcionarem a regra geral do art. 373, I e II, do CPC/2015, de terem sido criadas para superar dificuldades de natureza econômica ou técnica e para buscar a maior justiça possível na decisão de mérito e de se tratarem de regras de instrução que devem ser implementadas antes da sentença, a fim

indícios de enriquecimento ilícito por parte do agente público, deve o juiz inverter o ônus da prova para oportunizar ao demandado o direito à prova contrária, para que tenha a chance de demonstrar que, no exercício do cargo público, não houve evolução patrimonial incompatível com os vencimentos devidos.

REFERÊNCIAS

BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, v. II, 1971.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1689763/PB, 1ª T., Relª Min. Regina Helena Costa, J. 03.10.2019, DJe 07.10.2019.

_____. REsp 763.941/MG, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, J. 13.03.2007, DJ 30.08.2007, p. 216.

_____. REsp 1729110/CE, 3ª T., Relª Min. Nancy Andrichi, J. 02.04.2019, DJe 04.04.2019.

_____. REsp 1802025/RJ, 3ª T., Relª Min. Nancy Andrichi, J. 17.09.2019, DJe 20.09.2019.

_____. REsp 951.389/SC, 1ª S., Rel. Min. Herman Benjamin, J. 09.06.2010, DJe 04.05.2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. PET 5.847-ED, 1ª T., Relª Min. Rosa Weber, J. 15.12.2015, DJe 17.02.2016.

_____. MC-MS 24.458/DF, Rel. Min. Celso de Mello, J. 18.02.2003, DJ 21.02.2003, p. 58.

CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova). *Revista de processo*, v. 246, ago. 2015.

_____. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

_____; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d'Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Curso de direito processual civil completo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2019.

CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. *Comentários à lei de improbidade administrativa*. Lei 8.429, de 02 de junho de 1992. São Paulo: RT, 2010.

DINIZ, Cláudio Smirne; CAMBI, Eduardo. Solução extrajudicial de conflitos na proteção do patrimônio público e da probidade administrativa. *Revista dos Tribunais*, v. 994, ago. 2018.

de que não haja surpresa à parte que recebe o ônus no curso do processo e também para que possa a parte se desincumbir do ônus recebido." (BRASIL. STJ, REsp 1729110/CE, 3ª T., Relª Min. Nancy Andrichi, J. 02.04.2019, DJe 04.04.2019)

FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 35.1, jan./jun. 2015.

GARCIA, Emerson. *Repressão à corrupção no Brasil: entre a realidade e a utopia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GUASQUE, Luiz Fabião. A responsabilidade da lei de enriquecimento ilícito. *Revista dos Tribunais*, v. 712, fev. 1995.

HARGER, Marcelo. *Improbidade administrativa* [versão on line]. 2. ed. São Paulo: RT, 2020.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso” comum como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabólica*. In: NERY JR., Nelson; FUX, Luiz; ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Processo e Constituição*. São Paulo: RT, 2006.

MACEDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MAGGIO, Marcelo Paulo. A técnica da inversão do ônus da prova: perspectiva instrumentalista coletiva e individual. *Revista de Processo*, v. 245, nov. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 5. ed. São Paulo: RT, 2019.

MARTINS JÚNIOR, Wallace de Paiva. Enriquecimento ilícito de agentes públicos – Evolução patrimonial desproporcional a renda ou patrimônio. *Revista dos Tribunais* [versão on-line], v. 755, set. 1998.

MEDINA, José Miguel Garcia; GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. O ônus da prova na ação de improbidade administrativa. *Revista dos Tribunais*, v. 867, jan. 2008.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria da República no Distrito Federal. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/noticias-df/bullish-acao-de-improbidade-administrativa-e-representada-de-forma-fracionada>. Acesso em: 4 set. 2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa* [versão on line]. 4. ed. São Paulo: RT, 2019.

TARUFFO, Michele. Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice. In: *Sui confini*. Scritti sulla giustizia civile. Bolonha: Il Mulino, 2002.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. AI 1369687-8, Medianeira, 5ª C.Cív., Rel. Des. Leonel Cunha, J. 11.08.2015.

VENTURI, Elton. Transação em direitos indisponíveis? *Revista de Processo*, v. 251, jan. 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2006.

Submissão em: 10.09.2020

Avaliado em: 13.11.2020 (Avaliador A)

Avaliado em: 16.11.2020 (Avaliador B)

Aceito em: 17.08.2021