

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

PEDRO LUCAS RIBEIRO ROCHA

Rio de Janeiro
2018/2º Semestre

PEDRO LUCAS RIBEIRO ROCHA

**DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Arnaldo Goldemberg**

**Rio de Janeiro
2018/2º Semestre**

FICHA CATALOGRÁFICA

Ribeiro Rocha, Pedro Lucas

Distribuição dinâmica do ônus da prova nas ações de improbidade administrativa / Pedro Lucas Ribeiro Rocha. – Rio de Janeiro, 2018.

55 f.

R672dn

Orientador: Arnaldo Goldemberg.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Distribuição dinâmica do ônus da prova. 2. Ação de improbidade administrativa. I. Goldemberg, Arnaldo, orient. II. Título.

PEDRO LUCAS RIBEIRO ROCHA

**DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Arnaldo Goldemberg**.

Data da aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador:

Membro da Banca:

Membro da Banca:

Rio de Janeiro
2018, 2º Semestre

RESUMO

O presente trabalho busca realizar breve análise acerca do direito probatório, para, então, passar para análise acerca da possibilidade de aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova nas ações de improbidade administrativa, sob a ótica do Código de Processo Civil vigente.

Palavras-chave: Distribuição dinâmica – ônus da prova – Lei de Improbidade Administrativa – Ação de Improbidade Administrativa - Código de Processo Civil

ABSTRACT

This paper aims to make a brief analysis about the evidentiary law, to, than, analyze over the possibility of realization of reversal of the burden of proof in the context of administrative misconduct.

Key-words: Reversal of the burden of proof - – Law of administrative improbity - Code of civil procedure.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
1.1. Considerações gerais	1
2. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 ÀS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	10
2.1. Aspectos iniciais: aplicação subsidiária	10
2.2. Aplicação subsidiária do Novo Código de Processo Civil às ações de improbidade administrativa	11
2.3. Superior Tribunal de Justiça e a aplicação subsidiária do Novo Código de Processo Civil às ações de improbidade administrativa	13
3. DIREITO PROBATÓRIO	16
3.1. Breves considerações sobre o tema da prova	16
3.2. Distribuição dinâmica do ônus da prova	19
4. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	21
4.1. Evolução histórica	21
5. SANÇÕES PREVISTAS PELA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	23
5.1. Considerações gerais	23
5.2. Perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio	25
5.3. Ressarcimento integral do dano..	28
5.4. Perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.	29
5.5. Pagamento de multa civil	32
6. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA PARA A CONFIGURAÇÃO DE ATO ÍMPROBO	33
6.1. Recurso Especial nº 1602794	35
6.2. Mandado de Segurança nº 19782	41
7. CONCLUSÃO	43
6. REFERÊNCIAS	53

1. INTRODUÇÃO

1.1. Considerações gerais

A edição do Código de Processo Civil de 2015 foi resultado de intensos trabalhos no sentido de atualizar os institutos processuais, na busca de maior participação das partes no processo de produção do provimento jurisdicional justo, em que as partes não são mais meramente identificadas como “partes”, mas tida como essenciais para cooperar na construção da solução judicial.

Com efeito, a nova forma de interpretar os institutos processuais se pautou de forma bastante contundente na necessidade de reforçar a legitimidade das decisões judiciais, com o intuito claro e inequívoco de atingir a paz social por meio da participação das partes na produção do provimento jurisdicional.

Além disso, observa-se a presença cada vez mais marcante das garantias previstas na Constituição Federal, bem como uma atuação judicial cada vez mais voltada e interessada na concretização e proteção dos direitos fundamentais previstas no texto constitucional, os quais preenchem o conteúdo de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

De fato, a Constituição Federal elegeu como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana.

O direito processual, atento a essa consideração, está sendo disposto de forma a cada vez mais ocupar-se da concretização em concretizar desse fundamento, atuando, por conseguinte, na proteção dos direitos fundamentais, que são, como visto, corolário da dignidade da pessoa humana e importantes para a sua concretização.

Essa preocupação processual pela concretização dos direitos e garantias fundamentais constitucionais se mostra especialmente importante, pois, como se sabe, foge-se completamente da razoabilidade a previsão em um documento normativo de uma série de

direitos e valores sem que sejam concedidos os meios para que se tornem realidade no mundo fático.

O direito processual, nesse contexto, tem papel fundamental.

Prosseguindo-se nessa lógica, é necessário considerar que a supremacia da constituição federal deverá ser assim considerada por todos os ramos do direito, o que não seria diferente no direito processual.

Logo, a Constituição estando no topo do ordenamento jurídico, conferindo validade às demais normas, uma releitura dos institutos de direito processual à luz dos princípios e valores constitucionais é medida que se impõe.

Essa necessidade de reinterpretação dos institutos tipicamente processuais à luz da Constituição é medida que foi valorizada de forma bastante explícita pelo Código de Processo Civil de 2015, tendo em vista que esteve atento às alterações nesse sentido.

Essa realidade é bastante evidente quando se constata que o Código de Processo Civil de 2015 destinou os seus primeiros 11 artigos para tratar dos princípios fundamentais a serem observados pela nova legislação processual e, por conseguinte, a inspirar o direito processual que será aplicado a partir daquele momento em diante.

Esses princípios, vale ressaltar, nada mais são que uma positivação em texto infraconstitucional de garantias que já estão previstas no texto constitucional. Daí surge a seguinte questão: considerando que a Constituição da República Federativa do Brasil possui força normativa, qual a necessidade de se fazer constar em texto infraconstitucional norma que já está sendo tratada em âmbito constitucional?

Esse questionamento evidencia, no mínimo, a importância do Código de Processo Civil de 2015 na concretização das garantias fundamentais constitucionais, ainda que em mera função para reforçar aquilo que diz o próprio texto constitucional.

Além disso, essa questão permite demonstrar o movimento e o esforço cada vez mais crescentes do legislador e da doutrina em trazer uma homogeneidade à interpretação de todos os institutos à luz da Constituição Federal, o que não foi diferente, como visto, com o direito processual tratado pelo Código de Processo Civil de 2015, numa clara tentativa de concretizar esse anseio dito constitucional.

Essa nova realidade atinente à interpretação constitucional dos institutos jurídicos, em que a Constituição assumiu o papel de protagonista do ordenamento jurídico brasileiro, trouxe uma série de desafios para a doutrina e jurisprudência, de maneira a buscar a consolidação e a pacificação de questões que muitas vezes se apresentam de forma bastante controversa, adentrando a questão de cunho principiológico.

Assim se diz, pois a busca pela solução constitucional a determinada lide, mais democrática, provinda, portanto, de uma atuação mais participativa e cooperativa das partes com o juiz, com vistas à concretizar os direitos fundamentais e, conseqüentemente, proteger e valorizar a dignidade da pessoa humana, trouxe inúmeros reflexos e um deles merece destaque pois é essencial para o desenvolvimento deste trabalho.

Com efeito, pois as partes passaram a não mais se encontrar numa posição de menos destaque quando comparada à posição do magistrado, pois nessa nova concepção, todos os sujeitos processuais deverão atuar em conjunto para a obtenção do resultado que seja mais condizente com aquilo que é justo, isto é, com aquilo que se coadune com os anseios constitucionais.

A busca pela justiça, nesse sentido, pode ser entendida como a busca pela concretização dos direitos fundamentais, considerando que o texto normativo processual deverá ser interpretado à luz da Constituição Federal, com vistas a concretizar os direitos e garantias fundamentais constitucionais.

Essa unicidade, vale ainda esclarecer, é essencial para que o Poder Judiciário possa robustecer o seu entendimento sobre os diversos temas jurídicos, conferindo a segurança jurídica tão essencial para que os indivíduos da sociedade brasileira possam fixar relações

jurídicas de forma mais frequente, duradoura e até envolvendo objetos cada vez mais importantes para o desenvolvimento econômico e social da sociedade brasileira.

É claro que, por assim dizer, essa unicidade interpretativa favorecerá a construção de um espaço cada vez mais propício para a utilização do sistema de precedentes, eis que o entendimento jurisprudencial consolidado a respeito de determinado tema, instituto ou matéria terá destaque.

Apesar da importante menção à introdução de um ambiente mais propício para a valorização do sistema de precedentes e de desenvolvimento de uma série de situações que se mostram bastante decisivas para a forma pela qual haverá que se desenvolver o contexto processual, é importante verificar que não serão tratadas, em sua maioria, pelo presente trabalho.

Além das alterações na forma de se interpretar os institutos processuais, com a introdução de um novo código, com espírito eminentemente constitucional, é inegável que a vigência de um novo Código de Processo Civil de 2015 no direito brasileiro trouxe uma série de outras situações que merecem ser discutidas, eis que está gerando um impacto cada vez mais significativo na sistemática das diversas ações judiciais brasileiras.

Com efeito, doutrinadores e tribunais estão travando várias discussões a partir de como deveriam ser e aplicados os institutos de direito processual com as novas disposições em voga com a incidência no Novo Código de Processo Civil de 2015, isto é, aqui se diz a respeito do procedimento que deverá ser adotado.

E assim se destaca essencialmente quanto à parte, diga-se, procedimental que o direito processual se presta a dispor, trazendo situações que antes teriam menos destaque, dada a novidade da discussão.

Assim, o debate não só quanto à forma de interpretação dos institutos processuais, mas também quanto à parte essencialmente procedimental deve ser objeto de observação, tendo em vista que em muito dependem das disposições introduzidas no ordenamento jurídico

brasileiro com o novo Código de Processo Civil de 2015, a considerar as disposições principiológicas da Constituição Federal.

Tão necessária também é a consideração a respeito da importância de garantias constitucionais destacáveis como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, que ganharam relevo mais significativo com a nova sistemática processual.

Para tal verificação, basta simplesmente lembrar a valorização do papel das partes na produção do pronunciamento jurisdicional, conferindo-lhe um caráter mais cooperativo, inclusivo e democrático, próprio, como visto, do espírito da Constituição da República Federativa do Brasil.

Como foi adiantado, valendo-se repisar, a nova sistemática está destinada a atingir o resultado que dê efetiva aplicação aos direitos fundamentais, isto é, ao resultado que mais apresente adequação àquilo que é justo, por meio de uma atividade jurisdicional mais participativa e, portanto, que apresenta maior legitimidade.

Além de mudanças evidentemente estruturais de leitura, por assim dizer, dos institutos processuais, é necessário apontar para uma em especial, crucial para o desenvolvimento do objeto do presente trabalho, qual seja, que são as questões envolvendo o direito probatório e, especificamente, a questão do ônus probatório.

De fato, apesar de o Novo Código de Processo Civil prever a possibilidade de inversão do ônus da prova, é necessário apontar que a regra de distribuição estática do ônus da prova continua a ser a mesma, isto é, será tratada como exceção a possibilidade de que o magistrado inverta o ônus da prova, permitindo, assim, a aplicação do modelo dinâmico de distribuição do ônus da prova nos casos.

Em algumas situações, tal dinamismo é perfeitamente aceito e a compreensão de sua aplicação não é tarefa difícil de ser feita, como é o caso das relações de consumo, cuja prova pacificamente e consolidadamente pode se dar por meio da inversão da regra geral do ônus da prova, em que a pessoa contra quem se alega deverá se desincumbir do ônus probatório, sob pena de que aquele ato em questão lhe seja interpretado de forma contrária.

Para tanto, basta imaginar a relação em que um consumidor esteja numa situação bastante desproporcional quanto à possibilidade de produção probatória e, numa eventual ação judicial, poderá ser invertido o ônus da prova.

Atento a tais situações, o presente trabalho buscou tratar da questão de como haveria de se aplicar a questão da inversão do ônus da prova, isto é, a dinâmica da distribuição dinâmica do ônus da prova nas ações de improbidade administrativa, adiante designadas como Ações de Improbidade Administrativa.

Como se verá, é tema bastante relevante, pois envolve discussão bastante presente em âmbito nacional.

Isso porque o tema exige a consideração a respeito de questões polêmicas e delicadas, capazes de interferir frontalmente em direitos fundamentais consolidados, que servem de sustentáculo para a construção da noção de dignidade da pessoa humana frente, principalmente, à atuação estatal.

Assim se diz, pois claramente é claramente possível introduzir no presente debate considerações a respeito da vedação à obrigação de produção de provas contra si mesmo, por exemplo. Esse debate é pertinente, eis que as ações de improbidade administrativa se encontram no limiar daquilo que poderia ser considerado como ação de natureza penal ou ação de natureza civil.

Com efeito, caso seja tratada como ação de natureza civil, é mais do que consagrado no direito brasileiro, ainda mais na vigência do Código de Processo Civil, o pacífico entendimento da viabilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova, eis que em algumas situações, a prova, para o demandante, é de difícil, ou até mesmo impossível produção.

Por outro lado, é certo que em algumas situações, a serem interpretadas e verificadas caso a caso, é mais lógico que a prova deva ser produzida pelo réu, já que será mais provável que tenha os subsídios para tanto.

Muitas vezes a inversão pode se dar, pois é mais provável que o réu possua determinado documento, o que seria crucial para a comprovação quanto à veracidade de determinado fato, mas que para o demandante a apresentação desse determinado documento seria praticamente impossível.

Nesse contexto, é fácil perceber que a pauta central do processo é a busca pela verdade real, em que as partes, como visto, de forma absolutamente cooperativa e participativa, devem auxiliá-lo na medida de suas possibilidades, para que o magistrado tenha os recursos necessários e suficientes para decidir aquela lide, com base na certeza necessária sobre os fatos que compõem a causa de pedir.

Por outro lado, poderíamos entender as ações de improbidade administrativa como ações de natureza penal, o que traria situações e soluções diametralmente opostas quanto à discussão a respeito da produção probatória.

Nesse caso, deveria haver uma consideração a respeito da necessidade de que aquele que alega comprove o que alega, sob pena de quase não ter alegado e ter demandado de forma absolutamente temerária.

Assim se dá, pois as consequências jurídicas de uma condenação penal são nitidamente mais drásticas que as consequências civis, eis que interfere frontalmente no plano de direitos fundamentais de primeira classe, no caso, principalmente, a liberdade humana.

Essa situação, vale dizer, é bastante relevante, a ponto do Direito Penal ser tratado remansosamente como *ultima ratio*, isto é, somente será aplicado no caso do Direito não ter meio mais adequado.

De fato, assim deve ser, pois situações tuteladas pelo direito penal se relacionam a questões envolvendo direitos e valores essenciais e primordiais para os indivíduos da sociedade, como o direito à vida, à integridade e dignidade corporal, patrimônio, honra, dentre outros.

De fato, a violação de qualquer um desses direitos deve ser tratada da forma mais drástica encontrada pelo direito, como um caráter punitivo, mas, principalmente, pedagógico.

Para que as Ações de Improbidade Administrativa sejam interpretadas no contexto do direito penal, é necessário que seja travada uma análise bastante minuciosa a respeito de que direitos e valores seriam por ela tutelados.

O que se percebe, numa primeira análise, é a proteção daquilo que é público e a própria moralidade pública.

Em síntese, poderia ser afirmado que as ações de improbidade administrativa buscam, dentre outros propósitos, trazer consequências jurídicas para aqueles usam mal daquilo que é público.

Prosseguindo no raciocínio, é necessário diferenciar aquilo que se entende como improbidade administrativa daquilo que se concebe como corrupção.

A corrupção, vale dizer, muito discutida no contexto atual da política brasileira, tem um tratamento especial pelo próprio direito penal, sendo tratada como infração penal, sofrendo, portanto, consequências de natureza penal.

Na improbidade administrativa, por sua vez, a questão a ser discutida é a respeito da violação da própria probidade administrativa, isto é, daquilo que é considerado no direito administrativo como probidade no âmbito da administração pública. Até mesmo por esse motivo, vale esclarecer, os demandados nas ações de improbidade administrativa deverão ser, originariamente, cidadãos que exercem o papel de administradores públicos que, de forma ou de outra, violaram a probidade administrativa.

Considerando o nível de preocupação do direito brasileiro por aquilo que se entende por probidade no âmbito da administração pública, é necessário considerar que o próprio texto constitucional elencou no seu primeiro artigo relacionado à administração pública o princípio da moralidade, sustentáculo da noção de probidade administrativa.

Nesse contexto, a noção de probidade administrativa depende da noção daquilo que se entenda por honestidade, valor muito caro para o administrador público, conforme amplamente tratado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Por oportuno, adentrando-se à análise do conteúdo do ato de improbidade administrativa, por sua vez, combatido pela sistemática das ações de improbidade administrativa, é necessário conceber que tal ato é dividido essencialmente em três tipos, “quais sejam: (a) atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito, (b) que causam prejuízos ao erário e (c) os que atentam contra os princípios da Administração. (VIEIRA, 2015).

Ainda a respeito do tema, é necessário ponderar quanto à natureza jurídica das ações de improbidade administrativa, tendo em vista que muito se diverge na doutrina a respeito da sua efetiva natureza. O que provavelmente pode ter gerado essa confusão não é tanto o objeto a ser tutelado pelas ações de improbidade administrativa, mas muito principalmente a sistemática de aplicação das consequências jurídicas e as próprias sanções àqueles que tenham sido classificados como titulares de atos ímprobos, em que “não é possível deixar de perceber que as sanções nela previstas guardam semelhança com as sanções penais restritivas de direito, a ponto da doutrina ressaltar o seu caráter (civil, porém) “quase penal”. (PINTO, 2017)

Mesmo assim, vale considerar a seguinte observação a respeito do tema, a evidenciar a sua divergência.

Entendem como de natureza civil a sanção prevista na Ações de Improbidade Administrativa: MEIRELLES; WALD; MENDES. *Mandado de Segurança e*. 2010, p. 254. MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001. Pp. 298-299. GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.525. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P.210. Jurisprudência em sentido idêntico: “A calúnia é a falsa imputação à alguém de fato definido como crime. Dessarte, a atribuição feita pelo querelado de que o querelante teria praticado os atos de improbidade administrativa descritos nos art. 10 incisos VII e XII na forma do art. 3º, todos da Lei nº

8.429/92, por possuírem natureza extrapenal, não servem para configurar o referido delito contra a honra. (Precedentes desta Corte)”. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Apn 390 / DF, Min. FELIX FISCHER, Corte Especial, DJ 8.8.2005. No mesmo sentido: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 150329 / RS, Rel. Min. VICENTE LEAL, Sexta Turma, DJ 5.4.1999. Entende a sanção da ação improbidade administrativa como “sanção administrativa”: OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. 2.ed. São Paulo: RT, 2010. P.188. Entende como sanção civil e administrativa: NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: RT, 2006. Pp. 261-262. Sobre o tema (e sobre prerrogativa de foro na LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA), vide ainda: STF, Rel 2138 DF, Rel. Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, Publicado em 18.4.2008. (PINTO, 2017, pág. 2)

Assim, considerando a evidente divergência a respeito da natureza jurídica das ações de improbidade administrativa, necessário se faz o estudo da natureza dos atos a serem sancionados e o respectivo modelo de produção probatória adotado seja pelo Código de Processo Civil, seja pelo processo penal.

2. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 ÀS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

2.1. Aspectos iniciais: aplicação subsidiária

Questão não menos importante para a análise do tema é a da aplicação subsidiária no código de processo civil de 2015 às ações de improbidade administrativas, considerando a vigência da Lei de Improbidade Administrativa e o que por ela deve ser aceito quanto à questão de incidência subsidiária de lei aos casos por ela tutelados.

Quanto ao tema, primeiramente, é necessário ponderar o que se deve entender como aplicação subsidiária de determinada lei às situações tuteladas por outra lei e como essa questão incidirá.

Deve-se atentar para a seguinte situação, portanto: na ausência de tratamento da lei principal sobre determinado tema, deve ser utilizada a lei cuja aplicação seja subsidiária,

desde que não contrarie as disposições, espírito e anseios da lei principal, já que a aplicação subsidiária de lei não pode alterar o propósito que é atribuído ao texto de lei tal como ele está posto.

Sobre o tema, apenas a título de exemplo, é válido notar o que a doutrina chegou a ventilar nos casos de aplicação nas ações regidas pela Lei 9.099 de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Federal) das disposições quanto aos prazos processuais serem contados em dias úteis, nos termos do Código de Processo Civil de 2015, que tal disposição contraria o caráter célere, que é próprio dos juizados especiais, tal como planejados e pensados pelo seu contexto de criação.

Os magistrados que atuam em âmbito dos juizados especiais chegaram a desconsiderar o que diz o Código de Processo Civil quanto à contagem dos prazos processuais em dias úteis, utilizando-se da justificativa de que os anseios e natureza dos juizados especiais se pautam justamente na celeridade processual, ao que a contagem em dias úteis dos prazos traria prejuízos a esse propósito.

Assim, continuaram em grande parte utilizando da contagem em dias corridos dos prazos processuais, negando-se, portanto, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil às ações tuteladas pela Lei dos Juizados Especiais.

A questão só veio a ser resolvida de forma definitiva com a recente publicação da Lei 13.728 de 2018, quando fixou-se de maneira inequívoca a contagem dos prazos processuais no âmbito dos juizados especiais em dias úteis.

Assim, é possível verificar que a aplicação subsidiária de determinada lei a uma lei principal deve observar os propósitos e princípios inerentes àquela lei principal, sendo que do contrário tal aplicação deverá ser afastada.

2.2. Aplicação subsidiária do Novo Código de Processo Civil às ações de improbidade administrativa

Assim, no âmbito do presente trabalho, necessário se considerar a discussão a respeito da aplicação subsidiária do Novo Código de Processo Civil às ações de improbidade administrativa, focando essencialmente na aplicação do modelo da distribuição dinâmica do ônus da prova, prevista pelo Novo Código de Processo Civil, às ações de improbidade administrativa.

Assim, a aplicação subsidiária deve ser concebida, no caso do presente trabalho, para se compreender como deverá funcionar a aplicação do Código de Processo Civil de 2015 aos casos tutelados pela lei de improbidade administrativa, não podendo contraria, como visto, o objetivo pelo qual foi criada a lei principal.

Para analisar a questão, é necessário lembrar que o Código de Processo Civil de 2015 adotou em regra o modelo estático de distribuição do ônus da prova, e, em algumas situações excepcionais entendeu pela distribuição dinâmica do ônus da prova, podendo, assim, em alguns casos, o demandado ser obrigado a produzir provas para se defender, sob pena de que lhe seja entendido de forma desfavorável sobre aquele determinado fato objeto de comprovação.

Nessas situações, em outras palavras, a ausência de produção probatória não desincumbiria o demandado do ônus da prova sobre determinado fato, podendo-lhe ser prejudicial quando da formação do livre convencimento motivado do magistrado a respeito daquele fato, que, diga-se, poderá ser decisivo para a integral solução da lide.

A análise não é tão complicada quando se considera que a ação de improbidade administrativa possui natureza civil, sendo que a própria natureza do Código de Processo Civil colabora para a sua aplicação no âmbito das ações de improbidade administrativa.

A questão que se mostra bastante pertinente, por outro lado, se dá em caso da ação de improbidade administrativa ser tratada como ação de natureza tipicamente penal.

A consideração do tema, portanto, caso haja a leitura de que a ação de improbidade administrativa tenha natureza penal, se faz necessária quando se considera o tema do direito probatório incidente no âmbito penal,

Na verdade, a Constituição da República Federativa do Brasil prevê que no âmbito penal não poderá o réu ser obrigado a produzir provas contra si mesmo, caindo por terra, portanto, qualquer pretensão de inversão do ônus da prova, em que o réu seria obrigado a produzir provas sob pena de serem presumidos verdadeiros determinados fatos.

De fato, para a Constituição da República Federativa do Brasil, ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo, tendo a aplicação do modelo de produção probatória necessariamente cair por terra, por gerar uma violação clara a esse direito fundamental constitucional.

Ainda sob outro aspecto, é necessário ressaltar a existência da presunção de inocência que deve perseguir o direito processual penal até as últimas consequências, pois não será tido como culpado até que sobrevenha o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

No caso das ações de improbidade administrativa, vale dizer, esse deverá ser o raciocínio a ser aplicado, na hipótese de que seja considerada com natureza penal. Explica-se.

No contexto do princípio da presunção de inocência, o acusador deverá apresentar os fatos e as provas necessárias para o julgador entender condenar o réu ou não.

Em havendo dúvidas por parte do magistrado, por assim dizer, o caso deverá ser decidido a favor do réu, pois presume-se a sua inocência, até que se prove o contrário.

No âmbito das ações de improbidade administrativa, por outro lado, existe a possibilidade de que sejam entendidas, como visto, com natureza “civil, quase penal”. Nesse caso, também, é necessário entender que as características “quase penais” das ações de improbidade administrativa levará à adoção dos princípios inerentes ao direito penal, sob pena de que sejam violados direitos e garantias fundamentais constitucionais do demandado.

2.3. Superior Tribunal de Justiça e a aplicação subsidiária do Novo Código de Processo Civil às ações de improbidade administrativa

Essa questão já foi enfrentada pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça em algumas situações, ao passo que será pertinente a análise do entendimento esposado para enriquecer o presente debate.

Diante disso, é necessário considerar a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça a respeito da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil à às ações tuteladas pela Lei de Improbidade administrativa, conforme abaixo se verifica.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ACORDO ENTRE AS PARTES. VEDAÇÃO. ART. 17, § 1º, DA LEI 8.429/1992. MICROSSISTEMA DE TUTELA COLETIVA. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. INVIABILIDADE DE EXTINÇÃO COM BASE NO ART. 267, VIII, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. NOMENCLATURA DA AÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO. 1. Tratando-se de Ações de Improbidade Administrativa, cujo interesse público tutelado é de natureza indisponível, o acordo entre a municipalidade (autor) e os particulares (réus) não tem o condão de conduzir à extinção do feito, porque aplicável as disposições da Lei 8.429/1992, normal especial que veda expressamente a possibilidade de transação, acordo ou conciliação nos processos que tramitam sob a sua égide (art. 17, § 1º, da LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA). 2. O Código de Processo Civil de 2015 deve ser aplicado somente de forma subsidiária à Lei de Improbidade Administrativa. Microssistema de tutela coletiva. Precedente do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3. Não é a nomenclatura utilizada na exordial que define a natureza da demanda, que é irrelevante, mas sim o exame da causa de pedir e do pedido. 4. Recurso especial não provido.¹

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 19 DA LEI 4.717/1965. É FIRME O ENTENDIMENTO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE QUE O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 DEVE SER APLICADO SUBSIDIARIAMENTE À LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES. EMBARGOS DE

¹ STJ, Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, REsp nº 1217554

DIVERGÊNCIA PROVIDOS. 1. Verifica-se que, no acórdão embargado, a Primeira Turma decidiu que não há falar em aplicação subsidiária do art. 19 da Lei 4.717/65, mormente por ser o reexame necessário instrumento de exceção no sistema processual. 2. Já o v. acórdão paradigma da Segunda Turma decidiu admitir o reexame necessário na Ação de Improbidade. 3. A jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA se firmou no sentido de que o Código de Processo Civil de 2015 deve ser aplicado subsidiariamente à Lei de Improbidade Administrativa. Nesse sentido: REsp 1.217.554/SP, Rel. Ministra ELeI de Improbidade Administrativa Calmon, Segunda Turma, DJe 22/8/2013, e REsp 1.098.669/GO, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 12/11/2010. 4. Portanto, é cabível o reexame necessário na Ações de Improbidade Administrativa, nos termos do artigo 475 do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015/1973. Nessa linha: REsp 1556576/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 31/5/2016. 5. Ademais, por "aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário" (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, j. 19.5.2009, DJe 29.5.2009). Nesse sentido: AgRg no Documento: 65696673 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 30/06/2017 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça REsp 1219033/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 25/04/2011. 6. Ressalta-se, que não se desconhece que há decisões em sentido contrário. A propósito: REsp 1115586/DF, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 22/08/2016, e REsp 1220667/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes MAções de Improbidade Administrativa Filho, Primeira Turma, DJe 20/10/2014. 7. Diante do exposto, dou provimento aos Embargos de Divergência para que prevaleça a tese do v. acórdão paradigma de que é cabível o reexame necessário na Ações de Improbidade Administrativa, nos termos do artigo 475 do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015/1973, e determino o retorno dos autos para o Tribunal de origem a fim de prosseguir no julgamento.²

O que se depreende desse julgado do Superior Tribunal de Justiça é pela possibilidade de ocorra a aplicação subsidiária no Código de Processo Civil à Lei de Improbidade Administrativa, ao tutelarem as ações de improbidade administrativa.

² STJ, Min. Herman Benjamin, 1ª Seção, EREsp nº 1220667, 30/06/2017

Apesar da clareza do julgado a respeito da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil à Lei de Improbidade Administrativa, a questão ainda permanece no sentido de que: em havendo aplicação subsidiária no Código de Processo Civil à Lei de Improbidade Administrativa, seria possível permitir a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, prevista pelo Código de Processo Civil, à Lei de Improbidade Administrativa?

Como já apontado no desenvolvimento do presente trabalho, é importante analisar a natureza das ações de improbidade administrativa para que se possa decidir com mais propriedade quanto à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil à Lei de Improbidade Administrativa, quanto à integralidade de suas disposições.

O questionamento, como se percebe, foi construído no âmbito da aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova às ações de improbidade administrativa.

E a resposta a esse questionamento, por sua vez, certamente exigirá uma análise a respeito do que se entende como prova e seu papel na construção do pronunciamento jurisdicional.

3. Direito Probatório

3.1. Breves considerações sobre o tema da prova

A análise do tema da distribuição dinâmica do ônus da prova, como visto, prescinde da análise do tema do direito probatório, isto é, ramo destinado ao estudo da fase probatória, essencial para a correta compreensão da lide e a devida produção da solução para o caso concreto, com base nos fatos que realmente ocorreram, responsáveis pelo preenchimento da causa de pedir de determinada demanda.

Como adiantado, a importância da prova é evidente na busca pelo pronunciamento jurisdicional justo e efetivo, tendo em vista que serve como auxílio à Lei de Improbidade Administrativa na demonstração da verdade dos fatos alegados pelas partes na busca pela atividade jurisdicional. Isto é, as partes relatam os fatos no processo e o magistrado, a respeito

daquilo que ficou controverso, determina que as provas sejam produzidas para que possa se convencer e produzir o dito pronunciamento jurisdicional.

Como se sabe, o processo civil busca a verdade a respeito dos fatos alegados pelas partes para que possa ser dada a solução mais justa e compatível com a ordem constitucional, isto é, com a efetivação dos direitos e garantias fundamentais constitucionais.

A própria concepção de processo busca se pautar na necessidade de que determinados procedimentos orientados pelo contraditório sejam adotados para se evitar que soluções injustas sejam adotadas pelo Poder Judiciário quando da solução daquela coisa que estaria sendo deduzida em âmbito jurisdicional.

Além disso, não é demais esclarecer que a produção probatória é, na verdade, um direito das partes, com acento constitucional, haja vista ser imprescindível para a fixação do conteúdo do direito fundamental ao acesso à justiça, por exemplo.

Vale salientar que o conceito de acesso à justiça não se limita propriamente ao direito de demandar, ou ajuizar uma ação, mas na efetiva influência na produção do pronunciamento jurisdicional, que ocorrerá tão somente se à partes for dado o direito de comprovar aquilo que alegaram, ou seja, os fatos que entendem ser necessários ao entendimento jurisdicional.

A validade das provas, no entanto, depende da configuração de sua legalidade. Em outras palavras, a legislação fixa um procedimento a ser seguido para a produção probatória, a tutelar o contraditório e a ampla defesa, e, a partir de tal obediência é que determinado subsídios poderá ser considerado prova no processo civil, isto é, poderá influenciar no conteúdo do pronunciamento jurisdicional.

No mais, quanto ao tema, é necessário levar em consideração que o processo destina um momento adequado para que a produção probatória possa ser realizada, com a necessidade que seja concedido o direito ao contraditório a ambas as partes.

Assim, o processo se inicia, em regra, por meio do desenvolvimento da fase postulatória, isto é, momento adequado para que as partes possam fixar o objeto do processo.

Nessa fase estão incluídas propriamente o direito a demandar, concretizado pela apresentação da petição inicial, e o direito a contradizer aquilo que foi alegado, por meio da apresentação de contestação pelo réu. Mais adiante, a parte autora poderá, ainda, apresentar réplica.

Posteriormente, verificada a ausência de eventuais vícios processuais, o magistrado, não sendo o caso de julgamento antecipado da lide, fixará o objeto a ser discutido no processo e, caso não tenha sido feito, poderá determinar a produção probatória para que possa ser convencido a respeito de qual solução dará ao caso.

Nesse contexto, inicia-se a fase probatória, em que serão produzidas provas a respeito do objeto do processo e, posteriormente, influenciarão, conforme fundamentação a ser produzida pelo magistrado, no resultado do processo. Portanto, ao final, será realizada a fase decisória.

É evidente que, poderá ocorrer a inversão dessas fases processuais. O maior exemplo disso é que as partes poderão juntar às peças inicial e contestação documentos que já existem antes mesmo da fase reservada à sua produção.

Quanto ao tema das provas, é necessário ainda salientar que o CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 adotou um sistema cooperativo entre as partes, no sentido de que o objetivo do processo seja efetivamente atingir a verdade sobre os fatos alegados e, a partir daí, dar a solução mais justa e efetiva para a lide discutida.

Nesse contexto, surge, portanto, a distribuição dinâmica do ônus da prova, necessária para o estudo do objeto do presente trabalho.

Na verdade, o ideal seria que o magistrado solucionasse a lide com a certeza proveniente da análise das alegações e das provas sobre os fatos que se figuraram como controversos.

O ônus da prova indica, assim, que caso o juiz não seja convencido sobre alguns fatos e as partes não tenham se desincumbido do ônus da prova, conforme fixado, haverá a decisão de forma contrária ao interesse daquele sujeito processual no que tange àquele fato em si.

3.2. Distribuição dinâmica do ônus da prova

Tomando em pauta os aspectos gerais a respeito do tema do direito probatório, passa-se à efetiva análise da distribuição do ônus da prova.

É evidente que o modelo adotado em regra, a respeito do caráter estático da distribuição do ônus da prova poderá gerar nítidos prejuízos à parte que alega, tendo em vista a possibilidade de que uma das partes estejam em situação de nítida desvantagem, como é o caso da relação de consumo.

Com efeito, para tanto, o Código de Defesa do Consumidor previu a distribuição dinâmica do ônus da prova para que o fornecedor comprove que os fatos alegados pelo consumidor, na verdade, ou não procedem ou não são capazes de dar causa a um julgamento que lhes seja favorável.

Da mesma forma, caso o magistrado verifique numa relação que seja aplicado o Código de Processo Civil, poderá inverter o ônus da prova se verificar que à parte a que originalmente caberia se desincumbir do ônus da prova será impossível aquela produção probatória.

De fato, esse novo modelo foi consolidado pelo Código de Processo Civil. Explica-se.

O Código de Processo Civil adotou o modelo de distribuição dinâmica do ônus da prova, isto é, em regra aquele que alega, deverá provar o que alega. Em casos excepcionais, no entanto, essa regra pode ser mitigada e atribuído a contra quem se alega, o ônus da prova. Assim, em outras palavras, o ônus da prova deverá recair sobre uma das partes. Em regra, recairá sobre quem alega. Porém, contra quem se alega poderá recair o ônus, caso sejam verificadas as circunstâncias próprias.

A atribuição do ônus da prova a determinado sujeito é importante para demarcar aquele que será responsável pela produção de subsídios ao convencimento do magistrado, quanto à determinado fato que se alega, para que possa servir de fundamento ao entendimento jurisdicional.

Considerando como uma regra geral, tem-se que o Código de Processo Civil de 2015 distribui o ônus da prova ao polo ativo da demanda quanto à necessidade de comprovação quanto ao fato que se alega e, ao polo passivo, quanto ao fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo polo ativo.

Nesse sentido, vale a verificação do texto literal da lei:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades de Improbidade Administrativas da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Para fins de desenvolvimento do presente trabalho, vale o destaque para o §1º do supracitado artigo da lei processual, em que o magistrado poderá redistribuir o ônus da prova de modo diverso da regra geral fixada para o ônus probatório.

Vale salientar, no entanto, que essa decisão deverá ser fundamentada, eis que poderá ocorrer “nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades de Improbidade Administrativas da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de

cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.”

Nesse sentido, como o convencimento do magistrado é livre, porém, deverá ser motivado, ao magistrado incumbe a exposição dos motivos pelos quais entende que a respeito de determinado fato deverá ser redistribuído o ônus da prova, nos termos do mencionado parágrafo.

4. - LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

4.1. Evolução histórica

Antes de adentrar à análise dos aspectos gerais da Lei de Improbidade Administrativa, é necessário traçar um panorama histórico a respeito de seu surgimento e seus impactos necessários. Além disso, o contexto que surge, bem como a análise de seus propósitos constituem aspectos fundamentais a serem considerados quando da realização da atividade hermenêutica.

Inicialmente, cumpre observar que antes da Lei de Improbidade Administrativa, o tema por ela tratado era tratado essencialmente por duas leis publicadas na década de 1950, quais sejam as Leis nº 3.164 de 1957 e 3.502 de 1958. Tais leis, vale dizer, foram revogadas com o advento da LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, conforme expressamente determinado pelo seu artigo 25:

Art. 25. Ficam revogadas as Leis nºs 3.164, de 1º de junho de 1957, e 3.502, de 21 de dezembro de 1958 e demais disposições em contrário.

Essencialmente, as leis supracitadas tratavam da proteção da moralidade pública do administrador público no exercício de sua função pública.

A Constituição de 1988, vale dizer, reestruturou o entendimento a respeito daquilo que deveria ser tutelado em sede de moralidade no âmbito da administração pública, razão pela

qual, no que tange à Lei de Improbidade Administrativa, publicada em 1992, foi questionada a respeito do seu caráter, em muitos aspectos, penal.

“Há quem atribua à essa lei uma natureza complexa, de forte conotação penal.²¹ Aponta o professor Marçal Justen Filho que a interpretação que se tem dado ao artigo 12 da Lei n.º 8.429/92, no sentido de que a improbidade possui apenas natureza administrativa, é deficiente. Para ele, o dispositivo, ao afirmar que devem ser aplicadas as sanções da Lei de Improbidade, além das sanções civil, penais e administrativas já previstas em outros diplomas, é suficiente a confirmar a natureza complexa da improbidade administrativa. Por essa razão, faz-se necessário o aprofundamento do estudo das diferenças entre os ilícitos penal e administrativo.” (BORIN E LEMES, 2017).

Prosseguindo-se com o presente estudo, necessário se faz a consideração a respeito dos aspectos da Lei de Improbidade Administrativa, adiante indicada como “LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA”, que se serão cruciais para a análise da viabilidade da aplicação do modelo de distribuição dinâmica do ônus da prova às ações de improbidade administrativa.

O que se aventa por parte da doutrina é o caráter “quase penal” da LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Como adiantado, o presente trabalho busca analisar essencialmente a possibilidade de aplicação do modelo de distribuição do ônus probatório adotado pelo Código de Processo Civil às ações de improbidade administrativa.

Para tanto, é necessário iniciar uma abordagem a respeito da natureza jurídica das ações de improbidade administrativa.

A definição da natureza jurídica das ações de improbidade administrativa deve percorrer alguns caminhos. Um deles é justamente a análise das sanções que são impostas. Assim, poderíamos caracterizar as sanções impostas pela Ações de Improbidade Administrativa pela sua feição assemelhada às sanções de natureza penal.

Tendo em vista que restou demonstrada a semelhança de feição das sanções próprias das ações de improbidade administrativa com as sanções do modelo de processo penal, poderíamos passar à análise das consequências jurídicas de se aplicar o modelo de distribuição probatória adotada pelo Código de Processo Civil às ações de improbidade administrativa, no que tange, principalmente, à possível violação à garantia fundamental constitucional de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Nesse contexto, algumas perguntas voltam a ocupar o cenário da questão e deverão ser analisadas com mais detalhes, no contexto das sanções por ela impostas.

Até que ponto poderíamos falar em distribuição dinâmica do ônus da prova nas ações de improbidade, sem que nenhuma garantia constitucional seja violada?

No que consiste a garantia constitucional de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo?

Será que a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova violaria o princípio da presunção de inocência que é tão caro para o contexto do direito processual penal?

Para responder aos questionamentos formulados, o presente trabalho buscou analisar a natureza das ações de improbidade administrativa, com base nas sanções por ela impostas, ao que se percebeu de maneira inequívoca que algumas das sanções impostas mais se assemelham às penas restritivas de direito, próprias do direito penal, do que às sanções impostas em âmbito da natureza civil.

Passa-se, portanto, à análise das sanções previstas pela lei de improbidade administrativa para que possa ser fixada de forma mais certa a natureza aplicada às ações de improbidade administrativa.

5. SANÇÕES PREVISTAS PELA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

5.1. Considerações gerais

O tratamento das sanções previstas pela Lei 8.429 de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa) é de suma importância para as pretensões do presente trabalho, eis que será determinante para que se possa atingir uma conclusão a respeito da aplicação ou não da distribuição do ônus da prova às ações judiciais regidas por esse diploma normativo.

As severas sanções previstas pela Lei de Improbidade Administrativa vão desde sanções que geram abalos tipicamente patrimoniais, até sanções que geram a suspensão de direitos políticos. Por tal motivo é de suma importância não só pelo seu caráter punitivo, como ideário de justiça, mas também pelo seu caráter pedagógico.

Nesse sentido, é necessário considerar que se trata de importante meio no combate à corrupção, eis que, como visto, os infratores ficarão sujeitos a sanções que vão gerar um impacto bastante significativo em suas relações jurídicas bem como em seus direitos a continuar desempenhando função pública desempenhada.

Quanto ao tema, é importante destacar o previsto pelo caput do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, em que se deixou bem claro que “independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica...” serão aplicadas as sanções impostas na Lei de Improbidade Administrativa.

Nesse contexto, importante considerar que a própria Lei de Improbidade Administrativa conduz ao entendimento de que as sanções por ela previstas são sanções típicas da própria natureza da ação de improbidade administrativa, podendo ser dissociadas de sua caracterização como tipicamente civis, penais ou administrativas e serem consideradas como sanções de natureza própria das ações de improbidade administrativa.

Seja como for, a análise do tema conduz à percepção de que suas sanções ora se assemelham a sanções de natureza civil, sendo que em outros momentos se assemelham a sanções de natureza penal, isto é, às penas restritivas de direito, próprias do direito penal.

Assim, passa-se à análise do tema das sanções, buscando esclarecer, na medida do possível as suas naturezas, no intuito de se constatar a possibilidade, conforme o ordenamento

jurídico pátrio, de utilização da distribuição dinâmica do ônus da prova para as situações tuteladas por esse diploma normativo.

5.2. Perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio

Por mais que as sanções tratadas no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa sejam por ela consideradas como uma espécie de sanções independentes daquelas previstas na legislação específica, é necessário considerar que podem ser analisadas sob o aspecto da sua natureza mais se aproximar de características civis, penais ou administrativas.

De fato, no que concerne à sanção de perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, é necessário pontuar o seu caráter nitidamente civil, eis que trata da devolução daquilo que foi caracterizado como acréscimo ilícito ao patrimônio daquele sujeito que se enquadrou como autor de alguma das condutas tidas como ímprobas, nos termos da Lei de Improbidade Administrativa.

Como adiantado, não há como se entender pela aplicação dos princípios inerentes ao direito penal, quando se constata todo um procedimento que poderá ser pautado pela Lei de Improbidade Administrativa e pelo Código de Processo Civil, de forma subsidiária, pelo caráter civil demonstrado pelo conteúdo civil da sanção prevista para a sanção a ser aplicada naquele determinado caso.

Tal hipótese, vale verificar, é apenas, de fato, uma hipótese, eis que as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa não são aplicadas de forma independente, de modo que haverá ou a utilização do inciso primeiro, segundo ou terceiro do seu artigo 12, não, portanto, de forma independente.

O que se admite de hipótese a ser estudada, com base no que foi desenvolvido até o momento, é que a inversão do ônus da prova, conforme proposto por esse trabalho, poderá ser aplicada para o caso de fixação do *quantum* a ser ressarcido ao poder público, eis que será verificado não somente se o acréscimo foi efetivamente realizado, mas também buscará ser fixado o valor a ser ressarcido para que se possa concretizar a determinação legal de perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio.

Quanto a essa situação que parece bastante óbvia, tanto do ponto de vista da análise da natureza da sanção, quanto às diretrizes do procedimento a ser adotado, no sentido de demonstrar o seu caráter civil, parece ser possível admitir a inversão do ônus da prova, sem que sejam prejudicados direitos fundamentais protegidos pela constituição em âmbito da *ultima ratio* do direito penal.

Para esse caso, o condenado deverá demonstrar a origem do acréscimo patrimonial ao menos a partir da data designada como da prática do ato ilícito, eis que caso não consiga, todo o patrimônio verificado em acréscimo deverá ser computado no âmbito da sanção imposta para restituição ao poder público.

Eis, portanto, um caso, que parece ser planamente cabível a aplicação do Código de Processo Civil de 2015 de forma subsidiária à Lei de Improbidade Administrativa, no que tange à distribuição dinâmica do ônus da prova, já que plenamente possível quando analisada sob o aspecto da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como da própria natureza do ato, o que fará cair por terra qualquer possível óbice no sentido de proteção a direito e garantias fundamentais constitucionais.

A restituição, vale a análise, perpassa apenas ao âmbito patrimonial do sujeito que foi condenado com base nos termos da Lei de Improbidade Administrativa, não havendo que se falar em possíveis violações a direitos fundamentais, posto que, caso efetivamente seja comprovado que tenha praticado ato ímprobo, deverá ressarcir o montante acrescido ilicitamente ao seu patrimônio.

Vale esclarecer, ainda, que não se está levantando a possibilidade de que haja a efetiva inversão do ônus da prova para a configuração ou não do ato ímprobo que teria sido praticado pelo réu. Mas, de forma absolutamente diferente, parece ser razoável que quanto à aplicação da sanção ora em análise seja viabilizada a inversão do ônus da prova para a comprovação de que os acréscimos patrimoniais, ao menos a partir da data de efetiva prática de determinado ato ímprobo, sejam de incumbência do réu, sob pena de se presumir que todos os acréscimos provêm daquela conduta ilícita.

Percebe-se que a conduta ilícita, em si, nesse contexto, deverá ser comprovada por aquele que alega, sob pena de que não sejam consideradas as alegações expostas na petição inicial daquela determinada demanda.

Por outro lado, quanto à fixação do *quantum* a ser restituído ao poder público deverá ser de responsabilidade do réu, devendo trazer provas de que determinado acréscimo não é fruto da conduta ilícita. Caso assim consiga se desincumbir do ônus probatório, produzindo, portanto, provas em contrário, quanto àquilo que se conseguir comprovar não haverá o seu cômputo na fixação do tido *quantum debeatur*.

Quanto ao tema, vale a verificação do entendimento já adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VARIAÇÃO PATRIMONIAL A DESCOBERTO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO CONFIGURADO. SEGURANÇA DENEGADA. 1. Trazem os autos mandado de segurança atacando ato do Ministro de Estado da Fazenda consistente na demissão do impetrante do cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, com fundamento no art. 132, IV, da Lei 8.112/90, eis que apurado em Processo Administrativo Disciplinar o recebimento de rendimentos em valor incompatível com a sua renda lícitamente conhecida, caracterizada pela evolução patrimonial a descoberto nos anos-calendário de 2001 e 2006, nos valores de R\$ 88.948,50 (= 29% dos rendimentos conhecidos no ano) e de R\$ 21.070,28 (= 14% dos rendimentos conhecidos no ano), respectivamente. 2. Sustenta o impetrante que a demissão é nula em razão da atipicidade da conduta que lhe foi atribuída pela Administração, pois: (i) não há desproporcionalidade na variação patrimonial a descoberto; (ii) não houve aquisição de bens; (iii) não houve dolo; (iv) não foi apontada a existência de ato funcional vinculado à variação patrimonial a descoberto. 3. **Em matéria de enriquecimento ilícito, cabe à Administração comprovar o incremento patrimonial significativo e incompatível com as fontes de renda do servidor. Por outro lado, é do servidor acusado o ônus da prova no**

sentido de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela administração, sob pena de configurações de Improbidade Administrativa por enriquecimento ilícito. Precedentes. 4. No caso, restou comprovado no âmbito do PAD a existência de variação patrimonial a descoberto (e desproporcional à remuneração do cargo público); e que o indiciado não demonstrou que os recursos questionados tinham origem lícita. Por outro lado, não há falar em atipicidade da conduta atribuída pela Administração porque as variações patrimoniais apontadas não podem ser consideradas irrisórias, a exemplos das que decorrem de mera desorganização fiscal do servidor. 5. Ademais, conforme já decidiu a Terceira Seção no MS 12.536/DF (Min. Laurita Vaz, DJe 26/09/2008), "a conduta do servidor tida por ímproba não precisa estar, necessária e diretamente, vinculada com o exercício do cargo público". 6. Segurança denegada, ressalvadas as vias ordinárias.³

5.3. Ressarcimento integral do dano

Por outro lado, parece que qualquer margem de saída que se tenha dado ao réu de uma Ações de Improbidade Administrativa quanto àquilo que se possa comprovar negativamente, no sentido de acréscimo ao seu patrimônio a partir da prática do ato ilícito, foi efetivamente bloqueada pela fixação da presente sanção.

Explica-se.

A questão envolvendo a sanção em comento é bastante simples: em ocorrendo dano por meio da realização de uma conduta ímproba, haverá de ser ressarcido.

Nesse contexto, é de se observar que ao autor da ações de improbidade administrativa caberá a comprovação dos fatos constitutivos do direito alegado, ao passo que, caso verificada a efetiva comprovação do dano causado pelo ato tido como ímprobo, o réu poderá comprovar os fatos que contrariem o direito alegado pelo autor.

Caso verificado por meio dos elementos acostados aos autos a ocorrência de dano ao erário público, haverá que se determinar o seu integral ressarcimento.

³ STJ, Min. Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, MS nº 19782, 09/12/2015 (grifos nossos).

Analisando as condutas descritas pela Lei de Improbidade Administrativa é praticamente certo que em havendo a comprovação da ocorrência de qualquer das condutas ímprobadas descritas, haverá de se reconhecer, pela própria natureza das condutas descritas, que houve um dano ao patrimônio público.

Nesse contexto, mais uma vez, deverá ser possibilitado ao réu que aja no sentido de diminuir ao máximo o *quantum* a ser fixado, considerando sempre o que se puder comprovar a respeito da extensão do dano em questão.

Na verdade, essa sanção, em muitos casos, haverá de caminhar junto com a sanção anterior de restituição ao patrimônio público daquilo que porventura seja objeto de determinada Ações de Improbidade Administrativa.

Quanto ao tema, vale a verificação do entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONSTRUÇÃO DE ESPAÇO CULTURAL COM SIGLA IDÊNTICA À UTILIZADA PELO AGENTE POLÍTICO. PROMOÇÃO PESSOAL INDEVIDA. CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DOLO GENÉRICO EVIDENCIADO. 1. A conduta considerada ímproba circunscreve-se ao fato de que o agravante, após a construção de um espaço municipal destinado ao desenvolvimento da cultura local, conferiu-lhe denominação que faz referência à sua própria alcunha, qual seja, Centro Intereducacional de Cultura e Artes - CICA, fato que denotaria afronta aos princípios da moralidade e da impessoalidade. 2. As condutas praticadas pelo agravante, tal como delineadas pelas instâncias ordinárias, consubstanciam, de fato, ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, uma vez que, de forma consciente, fez uso de dinheiro público com a finalidade de obter propaganda pessoal inadequada, em afronta aos princípios da moralidade e da impessoalidade. 3. Nos termos da jurisprudência firmada no âmbito deste

Superior Tribunal de Justiça, os atos de improbidade administrativa descritos no artigo 11 da Lei nº 8429/92 dependem da presença do dolo genérico (este consubstanciado na atuação deliberada no sentido de praticar ato contrário aos princípios da Administração Pública), mas dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente. Não obstante, caso constatada a ocorrência de lesão ao erário, não há óbice a que seja incluída a penalidade de ressarcimento de danos, nos termos do que dispõe o art. 12, III, da norma. 4. Não há que se falar em nulidade da condenação, porquanto restaram claramente demonstrados todos os requisitos necessários à configuração do ato ímprobo, inclusive no tocante à individualização da conduta, bem como à especificação do dano ao erário. 5. Agravo interno a que se nega provimento.⁴

5.4. Perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios

A sanção de perda da função pública se caracteriza pela perda da função que o condenado já desempenhava quando da configuração da prática do ato de improbidade administrativa objeto de determinada Ações de Improbidade Administrativa.

Pela própria natureza dessa sanção, haverá de se reconhecer a sua necessária semelhança às penas restritivas de direito do direito penal, o que já começa a entrar em cena a discussão a respeito da garantia fundamental constitucional de não produção de provas contra si mesmo.

De fato, é de se admitir que o sujeito passivo de uma Ações de Improbidade Administrativa será um agente que exerce necessariamente alguma função pública, ao passo que, portanto, sua extensão não se limita por eventuais ocupantes do polo passivo da demanda em questão.

Prosseguindo-se com o desenvolvimento do tópico, o magistrado deverá realizar a dosimetria das sanções previstas no artigo 12 da Lei 8.429 de 1992, isto é, a Lei de Improbidade Administrativa aplicando as sanções conforme a gravidade do ato de improbidade administrativa que estará sendo analisado.

⁴ STJ, Min. Sérgio Kukina, 1ªTurma, AgInt no AREsp nº 1121329, 19/06/2018.

A perda de função pública, vale esclarecer, deve abranger o entendimento constitucional de que o reconhecimento da prática de um ato de improbidade administrativa, nos termos da Lei de Improbidade Administrativa, importará a suspensão dos direitos políticos do réu.

Mais uma vez, reitera-se o entendimento de que o magistrado, a depender da gravidade do ato, realizará a dosimetria das sanções e especificará a extensão da sanção relativa à perda de função pública do agente condenado.

O que se deve frisar, como foco do presente trabalho, é a consideração de que, como a sanção relativa à perda de função pública está prevista para todos os atos de improbidade administrativa listados na Lei de Improbidade Administrativa e seu conteúdo mais se aproxima a uma sanção tipicamente penal, a possibilidade de inversão do ônus da prova deverá ser revisto no conteúdo da comprovação da prática de determinado ato ímprobo.

Veja-se, nesse contexto, que a mera existência de possibilidade de aplicação da sanção ora em comento no âmbito das ações de improbidade administrativa já é suficiente para se afastar a incidência da inversão do ônus da prova para o reconhecimento da prática, ou não, da conduta.

Conforme visto no tópico da sanção de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, o que se admite é a inversão do ônus da prova em momento posterior ao reconhecimento da prática da conduta pelo réu, isto é, a inversão do ônus da prova para a fixação do *quantum* a ser ressarcido aos cofres do poder público.

Isso porque, a mera existência de possibilidade de aplicação da sanção de perda da função pública em quaisquer das hipóteses de prática de ato de improbidade administrativa, faz cair por terra a possibilidade de aplicação do instituto da distribuição do ônus da prova às Ações de Improbidade Administrativa por vedação constitucional à produção de provas contra si mesmo, que é, inclusive, uma garantia fundamental constitucional.

Assim, no presente tópico, seguindo-se a lógica da natureza das sanções da Lei de Improbidade Administrativa, não haverá de ser admitida a inversão do ônus da prova, nos termos do Código de Processo Civil de 2015.

5.4. Pagamento de multa civil

No que se refere à aplicação de multa civil para o caso de prática de conduta ímproba, é necessário considerar que trata de uma sanção com caráter meramente punitivo ao agente réu.

O seu valor deverá ser fixado pelo magistrado, por força da gravidade do ato ímprobo praticado, quando tiver desenvolvendo o procedimento para a dosimetria das sanções previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa.

Com efeito, o intuito dessa sanção é justamente punir o agente que tenha praticado ato ímprobo, de modo a resguardar o interesse público.

É de se notar, também, que a presente sanção possuirá um caráter pedagógico para que não voltem a ser praticados atos que importem em prejuízo aos princípios e anseios da administração pública, buscando dar efetividade aos princípios previstos no artigo 37 da Constituição Federal, quais sejam a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, também previstos no artigo 4º da Lei de Improbidade Administrativa.

Quanto à possibilidade de inversão do ônus da prova, tal discussão não encontra terreno, eis que, configurada a prática de ato ímprobo, o magistrado verificará a gravidade do ato e aplicará tal sanção, sem abrir espaço para incumbir ao réu quaisquer ônus probatório a respeito de quaisquer fatos.

Quanto ao tema, vale verificar o entendimento já adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA DEVIDAMENTE IMPUGNADOS. AGRAVO CONHECIDO.

CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES SEM CONCURSO PÚBLICO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DOSIMETRIA. REVISÃO. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE O ATO PRATICADO E A SANÇÃO APLICADA. I - Trata-se de ação civil pública que imputou ao agravado a prática de ato de improbidade administrativa em razão da contratação de servidores sem concurso público. II - Do reexame das razões recursais, vislumbra-se que o Parquet Estadual impugnou os fundamentos da decisão agravada, qual sejam, a incidência da Súmula 83 do Superior Tribunal de Justiça. III – Em sede de recurso especial, a revisão de dosimetria da pena aplicada em razão de improbidade administrativa implica, em regra, em inevitável revolvimento fático-probatório, situação vedada pelo verbete sumular 7 do Superior Tribunal de Justiça, salvo quando se está diante de situação de desproporcionalidade entre o ato praticado e a sanção infligida ao agente ímprobo. Precedentes: AgRg no AREsp 120.393/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 29/11/2016; AgRg no AREsp 173.860/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/2/2016, DJe 18/5/2016. IV - No caso concreto, a conduta perpetrada pelo agravado, consubstanciada na contratação de servidores sem a observância do concurso público e a existência de comissionados ilegais, e a sanção a ele imposta, consistente na multa civil equivalente a cinco vezes o valor mensal percebido à época dos fatos, enquanto presidente da Câmara dos Vereadores de Jataúba, evidenciam que o acórdão recorrido violou, indubitavelmente, o art. 12 da Lei n. 8.429/1992, em razão da desproporcionalidade havida entre a sanção aplicada e a gravidade do ilícito. V - Desproporcionalidade havida entre a reprimenda e a gravidade do ilícito. Restabelecimento das sanções fixadas na sentença. VI - Agravo interno provido.⁵

6. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA PARA A CONFIGURAÇÃO DE ATO ÍMPROBO

Prosseguindo-se com a análise do tema do presente trabalho, é necessário pontuar e verificar o entendimento da jurisprudência pátria, representada pela posição do Superior Tribunal de Justiça a respeito da inversão do ônus da prova nas ações de improbidade administrativa.

⁵ STJ, Min. Francisco Falcão, 2ª Turma, AgInt no AREsp nº 1243865/PE, 14/08/2018.

Dito isso, é pertinente considerar que a recente entrada em vigor do Código de Processo Civil ainda gera certa dificuldade para se compreender a forma pela qual os tribunais pátrios estão tratando o tema da inversão do ônus da prova nas ações de improbidade administrativa, o que toda cautela parece ser valorizada pelos julgadores para se evitar qualquer violação a direitos e garantias fundamentais constitucionais.

Para tanto, esse trabalho buscou selecionar o entendimento consolidado do e. Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema. Porém, considerando que a entrada em vigor do novo Códex é recente, ainda não é possível afirmar que exista um entendimento consolidado sobre o tema.

De fato, a vigência do Código de Processo Civil de 2015 fez pouco mais de dois anos, não tendo passado tempo suficiente para o julgamento de vários casos a respeito do tema, a ponto de não ter sido gerada uma jurisprudência consolidada a respeito do tema.

Nesse contexto, vale a análise no sentido de que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão está sendo definida e consolidada pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, que é composta pelas 1ª e 2ª Turma, por tratarem das matérias essencialmente relacionadas ao direito público, categoria na qual se enquadram as ações de improbidade administrativa.

Assim, esse trabalho selecionou dois casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça nesse ínterim, os quais demonstraram certo desconforto e conservadorismo do Superior Tribunal de Justiça a respeito do entendimento pela inversão do ônus da prova, isto é, por atribuir ao demandado que provasse suas alegações ou algum fato modificativo, extintivo ou impeditivo de que o direito alegado pelo réu seja procedente, sob pena de que seja adotado entendimento sobre aquele determinado fato que lhe seja contrário no que diz respeito ao seu interesse.

A forma de análise dos julgados foi adotada da seguinte maneira: foi colacionada a ementa do julgado e, logo após, foram feitos alguns comentários.

6.1. Recurso Especial nº 1602794

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. OFENSA AO ART. 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 NÃO CONFIGURADA. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. DANO AO ERÁRIO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. OFENSA AO ART. 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015/1973 NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. HISTÓRICO DA DEMANDA 1. Caso em que o juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedente a Ações de Improbidade Administrativa, com pedido de indisponibilidade de bens, condenando os ora recorrentes ao ressarcimento do dano causado ao erário no valor de R\$ 342.232,66, cumulativamente às demais sanções do art. 12 da Lei 8.429/1992, por infração ao art. 10, caput e XI, e ao art.11 do mesmo diploma legal, porquanto, entre 2001 e 2004, o demandado Nilo Roberto Vieira, então prefeito do Município de Peixe, assinou cheques e autorizou transferências de dinheiro público de contas correntes da municipalidade diretamente para contas de sua esposa (Leide Vieira) e de seu filho (Adamo Vieira). A sentença foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins. OFENSA AOS ARTS. 458 E 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015/1973 2 A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa aos arts. 458 e 535 do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015/1973. 3. Sobre o argumento trazido em Aclaratórios, o Tribunal de origem consignou: "O Embargante aponta como omissão a ausência de provas dos depósitos supostamente feitos em sua conta bancária. No entanto, todas as alegações das partes foram analisadas, sendo que a questão nesta via levantada, sequer fora mencionada em sede de apelação". 4. Aliás, na Apelação dos ora recorrentes, foi dito que "os extratos bancários comprobatórios dos depósitos (...) não poderiam ser presumidos como prova de enriquecimento por parte dos Apelantes" (fl. 1.210), tendo sido confirmados, portanto, os depósitos apontados pelo Ministério Público. OFENSA AO ART. 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015/1973 5. O art. 333 do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015/1973 (art. 373 do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015/2015) distribui o ônus da prova de acordo com a natureza da alegação de fato a demonstrar. Ao autor cumpre provar a alegação que concerne ao fato constitutivo do direito por ele afirmado. Ao réu, a alegação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito afirmado pelo autor. Dessa forma,

quando o réu contesta apenas negando o fato em que se baseia a pretensão do autor, todo o ônus probatório é responsabilidade deste (autor). Porém, em casos em que o réu se defende alegando fato capaz de alterar ou eliminar as consequências jurídicas do fato invocado pelo autor, a regra se inverte, já que implicitamente admite como verídico o alegado na Petição Inicial – e ao réu cabe o ônus de provar os fatos trazidos em sua resposta. 6. Disso entende-se que não há mácula no mencionado dispositivo legal. Com efeito, a Corte de origem afirmou que, como "a prova dos depósitos irregulares foi feita pelo autor da ação, caberia aos apelantes, ao contestarem o feito, apresentarem fatos que impedissem, modificassem ou extinguissem o direito ao ressarcimento do dano pelo erário do Município de Peixe" (fl. 1.302). "Todavia, em todas as oportunidades que foi dado a se manifestar nos autos, os apelantes descuraram-se de produzir provas quanto ao destino dado às vultosas quantias depositadas em suas contas bancárias entre os anos de 2001 a 2004" (fl. 1.303). Disse ainda que a alegação de que tais "valores seriam uma reposição de um possível 'empréstimo' feito pelos mesmos ao Município de Peixe" não foi provado, concluindo que "é imprópria a alegação de que haveria inversão do ônus da prova"(fl. 1.302). 7. Acrescente-se que a jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA entende que não há como aferir eventual ofensa ao art. 333 do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015/1973 (art. 373 do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015/2015) sem que se verifique o conjunto probatório dos presentes autos. A pretensão de simples reexame de provas, além de escapar da função constitucional deste Tribunal, encontra óbice na Súmula 7 do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, cuja incidência é indubitosa no caso sob exame. 8. A aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade, quando comprovada a conduta ilícita, independe da aprovação ou rejeição das contas do agente público, pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas. Assim, não há qualquer vinculação entre a decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União e o ajuizamento de ação de improbidade perante o Poder Judiciário. Precedentes: AgRg no REsp 1407540/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 19/12/2014; REsp 1504007/PI, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 01/06/2016. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO 9. O entendimento do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA é que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas prescrições da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela

culpa, nas hipóteses do artigo 10. 10. É pacífico nesta Corte que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, sendo suficiente o dolo genérico. 11. Assim, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, caracterizar a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé. 12. Precedentes: AgRg no REsp 1.500.812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/5/2015; REsp 1.512.047/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/6/2015; AgRg no REsp 1.397.590/CE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 5/3/2015; e AgRg no AREsp 532.421/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28/8/2014. 13. O Tribunal de origem foi categórico em afirmar a presença do elemento subjetivo. Vejamos: "Restou confessa, pelos apelantes, que efetivamente o apelante Nilo Roberto Vieira, então Prefeito do Município de Peixe, emitiu cheques da Prefeitura Municipal, para as contas bancárias da apelante Leide Martins Quixaba Vieira, sua esposa, e do apelante Ádamo Weber Vieira, seu filho, de valores significativos de R\$ 215.701,66 (duzentos e quinze mil, setecentos e um reais e sessenta e seis centavos) e de R\$ 126.531,00 (cento e vinte e seis mil, quinhentos e trinta e um reais), respectivamente, entre os anos de 2001 a 2004. (...) O desvio das verbas públicas restou evidente, sendo feito de uma forma primária, sem qualquer refino, com a certeza da impunidade. (...) Os extratos juntados pelo Ministério Público provaram a 'mistura' do dinheiro público com o privado, da famíLei de Improbidade Administrativa do Prefeito Municipal. A transferência do dinheiro é irrefutável, porque comprovada documentalmente (...). O dolo está configurado pela manifesta vontade de realizar conduta contrária ao dever de legalidade, admitida pelos próprios apelantes, além do locupletamento ilícito consubstanciado no depósito de dinheiro público em conta de famíLei de Improbidade Administrativas, sem qualquer justificativa legal" (e-SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, fls. 1.304-1.311). 14. Modificar a conclusão a que chegou a Corte de origem, de modo a acolher a tese dos recorrentes, demanda reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável em Recurso Especial, sob pena de violação da Súmula 7 do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Nesse sentido: AgRg no AREsp 473.878/SP, Rel. Ministra Marga Tessler (Juíza convocada do TRF 4ª Região), Primeira Turma, DJe 9/3/2015, e REsp

1.285.160/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 12/6/2013. QUANTO AO DANO AO ERÁRIO 15. O Tribunal a quo reconheceu que houve dano ao Erário, tendo constatado a "caracterização de prejuízo ao erário público, que, in casu, é evidente (fl. 1.308-1.309). E, ainda, confirmou o Parecer do Ministério Público: "O prejuízo aos cofres públicos não é presumível mas, sim, demonstrado por todo o contexto dos autos, na medida em que os cheques da Prefeitura Municipal foram depositados nas contas correntes particulares (entrada), sem a comprovação de pagamentos em valores idênticos (saída)" (fl. 1303). 16. É inviável analisar a tese defendida no Recurso Especial, a qual busca afastar as premissas fáticas estabelecidas pelo acórdão recorrido, pois inarredável a revisão do conjunto probatório dos autos. Aplica-se o óbice da Súmula 7/SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONCLUSÃO 17. Recurso Especial de Ádamo Weber Vieira parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Recurso Especial de Nilo Roberto Vieira e Leide Martins Quixaba Vieira não conhecido.⁶

A seguir, os comentários.

No presente caso, foi ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Tocantins uma Ação de Improbidade Administrativa, com pedido de indisponibilidade de bens, em que o juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedente, "condenando os réus ao ressarcimento do dano causado ao erário no montante de R\$ 342.232,66, cumulativamente às demais sanções do art. 12 da Lei 8.429/1992, por infração ao art. 10, caput e inciso XI, e ao art.11 do mesmo diploma legal."

O fato é que entre 2001 e 2004, o então prefeito do Município de Peixe, "assinou cheques e autorizou transferências de dinheiro público de contas-correntes da municipalidade diretamente para contas de sua esposa (Leide Vieira) e de seu filho (Adamo Vieira). A sentença foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins."

Os réus alegaram em sede de Recurso Especial que "sentença e o v. acórdão guerreado inverteram o ônus da prova, alegando que o Recorrente é que deveria demonstrar a inexistência de prejuízo ao Município e a utilização dos recursos transferidos para o

⁶ STJ, Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, REsp nº 1602794, 30/06/2017

pagamento de fornecedores da Prefeitura Municipal de Peixe/TO através da conta de particulares".

O e. Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, entendeu pela regularidade da inversão do ônus da prova no presente caso, entendendo, em síntese, que a regra geral de distribuição do ônus da prova, tal como prevista pelo CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 é a distribuição estática do ônus da prova, em que aquele que alega deverá comprovar o que alega, sob pena de que o magistrado presuma de forma contrária àquele determinado fato alegado.

Contudo deixou ressaltado que a regra geral do ônus da prova poderá ser invertida nos casos em que o réu alega fato ensejador de conclusão contrária àquela atingida pelo demandante por meio do fato por ele alegado.

Nesse sentido:

“Porém, em casos em que o réu se defende alegando fato capaz de alterar ou eliminar as consequências jurídicas do fato invocado pelo autor, a regra se inverte, já que implicitamente admite como verídico o alegado na Petição Inicial – ao réu cabe o ônus de provar os fatos trazidos em sua resposta.”

Na verdade, o que se percebe por meio dessa posição adotada pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça não é propriamente uma inversão do ônus da prova, mas a exigência da comprovação dos fatos que teriam sido alegados pelo réu para extinguir, modificar ou impedir a procedência do direito alegado pelo autor.

Até por esse motivo, é válida a conclusão no sentido de que o Superior Tribunal de Justiça quando tratou do tema, o fez de forma conservadora, mantendo a regra geral de distribuição do ônus da prova.

Em ações que envolvem discussões a respeito da aplicação de consequências jurídicas para a violação a atos

A inversão, vale dizer, seria na hipótese de que sobre um fato alegado pelo demandante o ônus da prova seria do demandado. No caso em comento não é exatamente isso que aconteceu, tendo em vista que ao demandado foi determinada a comprovação do fato que teria sido por ele alegado.

Seja como for, a própria lógica da inversão do ônus da prova, conforme a análise das suas diferentes aplicações no ordenamento jurídico brasileiro, carrega consigo a ideia de que ao demandante seria de muita dificuldade a sua produção probatória pela, no mínimo, quase impossibilidade de meios.

Assim, a exemplo do que ocorre nas ações regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, a inversão do ônus da prova será determinada, a critério do juiz, quando o demandante expor fatos verossímeis e for hipossuficiente para a produção probatória. É o que se percebe a seguir.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

O Código de Processo Civil, por sua vez, como visto, trata do tema, dentre outras, nas hipóteses em que haja a impossibilidade ou a excessiva dificuldade de produção probatória por parte do demandante, ou ainda caso seja mais fácil a obtenção da prova do fato contrário, o magistrado, por meio de decisão fundamentada, poderá inverter o ônus da prova, conforme segue:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

[...]

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso,

desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Nesse sentido, entendeu o julgado ora analisado, valendo-se observar, adiante, o que foi previsto.

“Disso entende-se que não há mácula no mencionado dispositivo legal. Com efeito, a Corte de origem afirmou que, como "a prova dos depósitos irregulares foi feita pelo autor da ação, caberia aos apelantes, ao contestarem o feito, apresentarem fatos que impedissem, modificassem ou extinguissem o direito ao ressarcimento do dano pelo erário do Município de Peixe" (fl. 1.302). "Todavia, em todas as oportunidades que foi dado a se manifestar nos autos, os apelantes descuraram-se de produzir provas quanto ao destino dado às vultosas quantias depositadas em suas contas bancárias entre os anos de 2001 a 2004" (fl. 1.303).”

6.2. Mandado de Segurança nº 19782

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VARIAÇÃO PATRIMONIAL A DESCOBERTO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO CONFIGURADO. SEGURANÇA DENEGADA. 1. Trazem os autos mandado de segurança atacando ato do Ministro de Estado da Fazenda consistente na demissão do impetrante do cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, com fundamento no art. 132, IV, da Lei 8.112/90, eis que apurado em Processo Administrativo Disciplinar o recebimento de rendimentos em valor incompatível com a sua renda lícitamente conhecida, caracterizada pela evolução patrimonial a descoberto nos anos-calendário de 2001 e 2006, nos valores de R\$ 88.948,50 (= 29% dos rendimentos conhecidos no ano) e de R\$ 21.070,28 (= 14% dos rendimentos conhecidos no ano), respectivamente. 2. Sustenta o impetrante que a demissão é nula em razão da atipicidade da conduta que lhe foi atribuída pela Administração, pois: (i) não há desproporcionalidade na variação

patrimonial a descoberto; (ii) não houve aquisição de bens; (iii) não houve dolo; (iv) não foi apontada a existência de ato funcional vinculado à variação patrimonial a descoberto. 3. Em matéria de enriquecimento ilícito, cabe à Administração comprovar o incremento patrimonial significativo e incompatível com as fontes de renda do servidor. Por outro lado, é do servidor acusado o ônus da prova no sentido de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela administração, sob pena de configurações de Improbidade Administrativa por enriquecimento ilícito. Precedentes. 4. No caso, restou comprovado no âmbito do PAD a existência de variação patrimonial a descoberto (e desproporcional à remuneração do cargo público); e que o indiciado não demonstrou que os recursos questionados tinham origem lícita. Por outro lado, não há falar em atipicidade da conduta atribuída pela Administração porque as variações patrimoniais apontadas não podem ser consideradas irrisórias, a exemplos das que decorrem de mera desorganização fiscal do servidor. 5. Ademais, conforme já decidiu a Terceira Seção no MS 12.536/DF (Min. Laurita Vaz, DJe 26/09/2008), "a conduta do servidor tida por ímproba não precisa estar, necessária e diretamente, vinculada com o exercício do cargo público". 6. Segurança denegada, ressalvadas as vias ordinárias.⁷

Quanto ao julgado acima colacionado, importante ressaltar a previsão bastante clara e expressa a respeito da possibilidade de inversão do ônus da prova no contexto do julgamento de uma conduta que foi tida como ímproba, capaz de sofrer as sanções próprias e correspondentes.

Para tanto, importante ressaltar o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça em que, destaque-se “Por outro lado, é do servidor acusado o ônus da prova no sentido de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela administração, sob pena de configurações de Improbidade Administrativa por enriquecimento ilícito.”.

Ora, tal situação se mostra bastante evidente no plano contratual para se averiguar, não só o *quantum debeatur* a ser apurado, mas também para se averiguar a própria ocorrência da atividade ímproba, a qual será geradora por consequência lógica processual da aplicação de sanção por improbidade administrativa.

⁷ STJ, Min. Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, MS nº 19782, 09/12/2015

De fato, a evidência do caráter civil da demonstração patrimonial não é só uma possibilidade para que seja aplicada a sanção por realização de conduta ímproba, mas é possível a ponto de que o demandado não veja seus direitos e garantias fundamentais constitucionais violados em decorrência da inversão do ônus da prova.

Isso porque a comprovação patrimonial é plenamente viável, pois caso não haja uma comprovação efetiva, conforme o julgado, haverá caracterização de atividade ímproba a ensejar a aplicação das sanções cabíveis.

Por assim dizer, caso demonstrada a licitude da evolução patrimonial, o demandado se verá desincumbido do ônus probatório, ao que não será condenado caso comprove a licitude da evolução patrimonial verificada pelo acusador e acusada no âmbito da constatação da realização de uma conduta que seja tida e caracterizada como uma atividade que contraria os ditames da probidade administrativa.

7. CONCLUSÃO

Como se adiantou, o presente trabalho buscou realizar um estudo a respeito do tema da distribuição dinâmica do ônus da prova aplicado no âmbito das ações de improbidade administrativa, tuteladas pela Lei de Improbidade Administrativa com aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

Para que fosse possível o desenvolvimento do trabalho, foi utilizado o método de revisão de doutrina e, principalmente, do entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito da viabilidade da aplicação do mecanismo da distribuição dinâmica do ônus da prova às ações de improbidade administrativa.

Com o desenvolvimento do trabalho, foi possível observar que o tema é bastante pertinente no âmbito social brasileiro, considerando os recentes e múltiplos casos envolvendo discussão sobre improbidade administrativa que vários agentes públicos enfrentaram na chamada operação “Lava Jato”.

Além disso, é de se ressaltar a pertinência do tema, quando se verifica que a vigência do novo Código de Processo Civil de 2015 a partir de 2016 trouxe ao ordenamento jurídico de forma consolidada e organizada o tema da distribuição dinâmica do ônus da prova, que, como visto, não foi novidade do novo Código de Processo Civil de 2015, mas por ele foi sistematizado de forma a se aplicar com mais nitidez e segurança o instituto em comento.

O que se verificou por meio do desenvolvimento do presente trabalho, é que jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a aplicação subsidiária do novo Código de Processo Civil de 2015 às Ações de Improbidade Administrativa, isto é, naquilo que a Lei de Improbidade Administrativa for omissa, aplica-se o disposto no novo Código de Processo Civil de 2015.

Essa afirmação, no entanto, traz uma série de consequências no âmbito das ações que são tuteladas pela Lei de Improbidade Administrativa, pois conforme facilmente se verifica, alguns temas processuais não são por ela tratados, devendo aplicar, portanto, no que couber o disposto no Código de Processo Civil de 2015.

A grande questão desenvolvida nesse trabalho passa justamente por esse ponto: cabe a aplicação do disposto no âmbito do direito probatório desenvolvido pelo Código de Processo Civil de 2015 às Ações de Improbidade Administrativa? Ainda mais: é possível entender pela aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova às Ações de Improbidade Administrativa?

Por mais que, como visto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tenha se mantido tímida quanto à consideração do tema, buscou-se analisar a aplicação desse instituto de direito probatório às Ações de Improbidade Administrativa.

Contudo, antes, foi necessário fazer uma abordagem para se detalhar o modelo clássico de distribuição do ônus probatório, provindos da célebre máxima do direito romano: “*allegatio non provatio, quasi non allegatio*”.

Em outras palavras, àquele que alega incumbe o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, sob pena de que, caso o magistrado esteja na dúvida quanto à efetiva ocorrência

ou quanto ao modo de ocorrência de determinado fato, que se decida de forma contrária ao interesse daquele que alega.

É claro que essa regra clássica passa facilmente pelo crivo dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois é de se admitir que aquele que mova a máquina do Poder Judiciário não o faça de forma temerária, buscando sustentar de um mínimo razoável de subsídios para que o magistrado possa reconstituir o contexto fático exposto pelo autor da demanda.

A prova, nesse sentido, como visto, terá um caráter contributivo para o convencimento do magistrado, eis que essencial para a reconstituição do contexto fático que compõe a causa de pedir.

Havendo certeza quanto à causa de pedir, nos termos daquilo que foi alegado pelo demandante e havendo nexos jurídicos entre a causa de pedir e o pedido formulado, deverá a demanda ser julgada procedente, tutelando, assim, a segurança jurídica quanto aos pronunciamentos jurisdicionais.

Por outro lado, é necessário ressaltar que em alguns casos, o demandante terá dificuldades bastante evidentes para a produção probatória, pois não tem os elementos essenciais para a produção da prova, como um consumidor que tenta demonstrar um defeito num produto perecível e o demandado tenha informações quanto ao lote daquele determinado produto. Nesses casos, a legislação pátria admite que o demandante não seja incumbido do ônus probatório, presumindo-se verdadeiras suas alegações, no âmbito daquilo que é razoável, até que se produza prova em contrário.

O caso, por ser tido como provindo de uma relação de consumo, deverá receber o tratamento do Código de Defesa do Consumidor e, nesse diploma normativo, é permitida, como também visto, a inversão do ônus da prova.

O Novo Código de Processo Civil, por assim dizer, encampou essa possibilidade, permitindo, a princípio, sua aplicação a todas as ações que sofram de alguma forma a incidência de seus dispositivos normativos.

É importante notar que a regra geral clássica de distribuição do ônus da prova, em que aquele que alega deve provar aquilo que alega continua sendo mantida, mesmo no âmbito do novo texto processual introduzido no ordenamento jurídico pelo novo Código de Processo Civil de 2015.

O que muda, na verdade, é que em algumas situações bastante pontuais haverá a possibilidade de inversão do ônus da prova para que o ônus probatório seja transferido para o demandado, de forma tal que, caso não consiga comprovar, o magistrado, dentro dos limites da razoabilidade, haverá de decidir, quanto àquele fato específico, de forma contrária ao interesse do réu e favorável, portanto, ao interesse do demandante.

Toda essa sistemática, por assim dizer, poderá ser aplicada no âmbito das ações de improbidade administrativa?

Como visto, haverá uma aplicação subsidiária do novo Código de Processo Civil de 2015 às Ações de Improbidade Administrativa. Mas será que isso basta para que seja possível a aplicação desse instituto?

O presente trabalho, buscando responder a questionamentos dessa natureza, tratou de analisar que principalmente para no que se refere ao âmbito das Ações de Improbidade Administrativa, deve ser analisado outro elemento não menos importante que é a natureza jurídica atribuída às Ações de Improbidade Administrativa.

Nesse contexto, percebeu-se de forma bastante clara que parte da doutrina entende que as ações tratadas pela Lei de Improbidade Administrativa têm natureza civil. Outra parte, porém, entende que tais ações têm natureza penal. Ainda outra parte, entende que as Ações de Improbidade Administrativa teriam um caráter misto, isto é, nem meramente civil, muito menos meramente penal, mas sim os dois, ou seja, natureza jurídica “civil, quase penal”.

Essa divergência se sustenta pelo fato de que as sanções impostas pela Lei de Improbidade Administrativa para os agentes públicos que praticam os atos previstos no seu próprio texto mais se assemelham a penas restritivas de direito que sanções tipicamente civis.

Além do mais, a sistemática adotada para o cômputo das sanções é justamente a dosimetria das sanções, o que soma à consideração de que há semelhanças bastante evidentes ao modelo adotado pelo direito penal.

Ao ser considerada com natureza, ainda que mista, invoca-se a discussão a respeito da aplicação da garantia fundamental constitucional de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo, não havendo que se falar, portanto, em distribuição dinâmica do ônus da prova ou inversão do ônus da prova.

Ora, é mais do que razoável que essa garantia fundamental constitucional seja aplicada caso haja a consideração de que a natureza jurídica das Ações de Improbidade Administrativa seja penal. Em ação de natureza penal, aplicam-se os princípios e garantias fundamentais do direito penal.

Na verdade, essa discussão não poderá ser dissociada da consideração do princípio da dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República Federativa do Brasil, cujo conteúdo é preenchido e definido pelos direitos e garantias fundamentais constitucionais previstos no rol dos direitos e garantias constitucionais previstos na Constituição Federal.

Por outro lado, entender apenas dessa forma seria uma consideração bastante simplista sobre o tema, eis que muitas das sanções mais se assemelham às penas restritivas de direito que uma sanção efetivamente civil.

Entretanto, esse não é o caso de todas as sanções, como por exemplo a sanção de restituição daquilo que foi acrescido ao patrimônio ilicitamente e a multa civil.

Seja qual for a sanção aplicada o desenvolvimento do tema permitiu encontrar outra situação igualmente relevante quanto à consideração da distribuição dinâmica do ônus da prova às Ações de Improbidade Administrativa.

Assim se diz quando se considera que para todos os casos de conduta considerada como ímproba haverá a possibilidade de aplicação de uma das sanções que se assemelham às penas restritivas de direito próprias do direito penal.

A pergunta necessária: essa situação, por si só, faria cair por terra a possibilidade de distribuição do ônus da prova nas ações tuteladas pela Lei de Improbidade Administrativa, isto é, nas Ações de Improbidade Administrativa?

Seja como for, o presente trabalho buscou encontrar algumas situações bastante concretas em que seria possível a aplicação do instituto em comento, sem que pudesse abrir espaço à discussão a respeito da suposta violação à sobredita garantia fundamental constitucional.

Para tanto, é necessário distinguir as ações de improbidade administrativa em dois momentos bastante determinantes.

O primeiro quanto ao efetivo desenvolvimento do procedimento para a fixação da efetiva prática do ato ímprobo, e a segunda quanto ao preenchimento do conteúdo das sanções no caso concreto, isto é, quanto à sua liquidez para que possam ser executadas.

Assim se diz, pois as sanções que tem caráter civil, como é o caso da perda daquilo que foi efetivamente incorporado ilicitamente ao patrimônio do agente público, por intermédio da realização de conduta tida como ímproba pela Lei de Improbidade Administrativa e da multa civil.

Nesses casos, não é necessário muito esforço para compreender que não basta a indicação da efetiva incorporação de algo ao patrimônio do agente público, mas é necessário, também, que se determine o *quantum* acrescido ao patrimônio do agente público de forma ilícita, por meio da prática de ato reconhecido como ímprobo, nos termos da Lei de Improbidade Administrativa.

É evidente, por assim dizer, que no âmbito processual em que se vive no presente momento, o reconhecimento do ato ímprobo pelo magistrado deverá ser feito observando-se algumas garantias essenciais.

De fato, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa exigem que o reconhecimento do acréscimo deve passar por esses crivos do processo que busca aquilo que é justo, por meio da efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Assim, como regra geral, aquele que alega deverá comprovar o montante do efetivo acréscimo no patrimônio do agente público tido como autor de conduta ímproba, nos termos da Lei de Improbidade Administrativa.

Entretanto, é perfeitamente concebível que em alguns casos, não será possível comprovar a extensão do acréscimo ilícito, ao que poderá ser invertido o ônus da prova no sentido de que o réu comprove que determinado acréscimo provém de fonte absolutamente lícita e, portanto, não poderia ser incluído do cômputo daquilo que deverá ser restituído aos cofres públicos.

Pelo que foi desenvolvido no presente trabalho, não se vislumbra violação à garantia constitucional de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo, eis que o cômputo da extensão do que deverá ser restituído trará consequências de natureza civil e não penal.

A multa civil, por outro lado, não admite esse tipo de discussão, eis que será quantificada pela gravidade do ato ímprobo praticado pelo agente público, a prestigiar o seu caráter nitidamente punitivo e pedagógico, como demonstrado no tópico deste trabalho direcionado ao tratamento do tema.

É claro que possibilitar essa aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no caso de restituição dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente público pela prática de ato reconhecido - por meio do crivo do devido processo legal, contraditório e ampla defesa - como ímprobo implicará em algumas considerações, necessárias, quanto ao espírito sistematizado pelo novo Código de Processo Civil de 2015.

Nesse sentido, a presente pesquisa possibilitou a compreensão do tema no sentido de que, em primeiro lugar, o Código de Processo Civil de 2015 propôs uma releitura e um reexame dos institutos de direito processual civil à luz dos princípios e garantias constitucionais.

Essa releitura proporcionou novas considerações a respeito dos tradicionais institutos de direito processual civil.

A importância dessa valorização constitucional é tão presente e tão nítida no texto do Novo Código de Processo Civil de 2015, que o legislador reservou os 11 primeiros artigos ao tratamento do tema.

Quanto a isso, vale dizer, a disposição “geográfica” desses dispositivos, diz muito sobre a importância que se buscou dar ao tema.

Alguns princípios dentre os tidos como fundamentais se destacam quando o assunto tratado é o direito probatório, como é o caso do princípio da cooperação entre as partes.

De fato, nessa nova ordem processual, as partes são vistas como “meras partes”, no sentido de “meras expectadoras”, que apresentam suas alegações e deixam que o juiz decida, considerando as provas produzidas nos autos e seu livre convencimento motivado a respeito do que foi considerado.

As partes, pelo Código de Processo Civil de 2015, são tidas no mesmo patamar, em que sujeitos processuais devem cooperar entre si para se atingir o resultado mais condizente com os parâmetros de justiça, de forma a efetivar os direitos e garantias constitucionais fundamentais.

O juiz, nesse caso, está preocupado, principalmente, com a verdade real dos fatos deduzidos em juízo, o que levará à conclusão e ao entendimento mais próximo daquilo que é efetivamente justo.

As partes, por sua vez, devem ter papel marcante nesse processo, abrindo-se espaço, portanto, para a inversão do ônus da prova, em que as partes deverão estar preocupadas por se atingir o resultado efetivamente mais justo, antes de terem contato com a concretização de seus interesses naquela demanda.

Caso atingido o resultado mais justo, conseqüentemente haverá a concretização de obtenção da paz social, tão necessária a ser atingida pelo desenvolvimento do procedimento previsto para o processo civil.

Portanto, como desenvolvido no âmbito desse trabalho, deve ser ressaltado que apesar de, de fato, ocorrer a aplicação subsidiária no Código de Processo Civil de 2015 às Ações de Improbidade Administrativa, deve ser feita uma análise das sanções e suas naturezas a verificar se permitem a aplicação do instituto aqui focado, qual seja, da inversão do ônus da prova.

Caso se constatar que trata de sanção com natureza civil, consistente na restituição daquilo que foi ilicitamente incorporado ao patrimônio do réu, ao réu poderá ser atribuído o ônus de comprovar a origem lícita do acréscimo, sob pena de que se presuma que o acréscimo seja interpretado de forma contrária aos seus interesses.

Por outro lado, caso se verifique que a sanção a ser aplicada seja de natureza mais próxima das penas restritivas de direito tratadas pelo direito penal, o tema deverá ser tratado com a importância que tem, considerando a incidência necessária da garantia constitucional consistente na vedação de produção de provas contra si mesmo.

Assim, ao destinar o presente capítulo para a apresentação das conclusões, ainda que bastante pontuais a respeito do presente estudo, era necessário que se fizessem algumas considerações, relativas principalmente ao impacto de que a edição de um novo Código de Processo Civil de 2015 gerou para a sistemática interpretativa do direito processual brasileiro, pois introduziu questões e princípios essencialmente constitucionais, ocupados em concretizar os anseios próprios dos direitos e garantias fundamentais constitucionais.

No mais, entender pela aplicação do Código de Processo Civil à Lei de Improbidade Administrativa para se apurar e para sancionar aqueles que praticam condutas tidas como ímprobas, envolve uma série de consequências que merecem destaque na discussão atinente ao tema.

De fato, como visto, a questão, a depender da forma que é encarada, poderá gerar graves violações a dispositivos constitucionais, bem como processuais penais, em cuja sistemática tipicamente processual civil não haveria problemas, dentro das hipóteses autorizadas pela legislação.

Na prática, verifica-se que a inversão do ônus da prova é mecanismo que vem sendo adotado pelos tribunais no sentido de se atingir a verdade dos fatos por meio do desenvolvimento da atividade probatória, sendo que as partes terão papel bastante marcante nesse contexto.

As partes, na vigência do espírito do Novo Código de Processo Civil, deverão agir de forma cooperativa para se atingir o resultado mais condizente com os anseios da concretização dos direitos fundamentais, sempre preocupado em atingir, portanto, a verdade dos fatos que compõe a causa de pedir.

Dada a extensão do tema aqui abordado, buscou-se fazer uma síntese das situações que poderão ser enfrentadas nesse contexto, e analisar as situações em que se poderia cogitar pela aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova às ações de improbidade administrativa sem que haja violação a direitos e garantias fundamentais previstas no texto da Constituição da República Federativa do Brasil.

Por fim, vale ressaltar que a preocupação maior quando da verificação de um ato ímprobo para que sejam aplicadas as sanções cabíveis previstas na Lei de Improbidade Administrativa, deverá ser pela efetiva concretização direitos e garantias constitucionais previstas na Constituição da República Federativa do Brasil.

Tal preocupação é de suma importância para concretizar o fundamento da República Federativa do Brasil da dignidade da pessoa humana.

8. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vitor Morais de (Co-autor). A carga da prova de vícios e defeitos nas relações de consumo. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 237-253., abr./jun. 2013.

ARAÚJO, Aldem Johnston Barbosa. A dinamização do ônus da prova instituída pelo novo código de processo civil: e sua necessária aplicação nos processos administrativos de controle interno e externo. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 18, n. 105, p. 9-33., jan./fev. 2017.

BERTI, Marcio Guedes. A natureza penal da Lei de improbidade administrativa. **Revista Bonijuris**, Curitiba, v. 27, n.621, p. 31-37., ago. 2015.

BEZNOS, Clovis. Considerações em torno da Lei de Improbidade Administrativa. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 29, n. 107, p. 45-61., dez. 2009.

BORTOWSKI, Marco Aurelio Moreira. A carga probatória segundo a doutrina e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 7, p. 101-118., jul. 1993.

CAMARA, Alexandre Antonio Franco Freitas, 1970-. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, RJ, n. 104, p. 13-25., jul./set. 2015.

CARPES, Artur Thompsen. A distribuição dinâmica do ônus da prova no formalismo-valorativo. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 33, n. 104, p. 9-18., nov. 2006.

COPOLA, Gina. Ação de improbidade administrativa sem provas é lícita?. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 14, n. 159, p. 71-72., maio. 2014.

CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. Rio de Janeiro, RJ: GZ Editora, 2009. 130 p.

DIAS, Jean Carlos. A dimensão jurídica da prova e sua valoração no moderno estudo do processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 27, n. 107, p. 86-96., jul. 2002.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 2, Editora Juspodivm, 2017.

FERREIRA, Eduardo de Campos. A distribuição dinâmica do ônus da prova no novo Código de Processo Civil e os processos coletivos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 105, n. 971, p. 261-279., set. 2016.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. 6ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. **Novo Código de Processo Civil**, Editora Juspodivm, 2015.

GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, RJ, v. 10, n. 38, p. 263-284., abr/jun. 2007.

LOBO, Arthur Mendes. A ação prevista na lei de improbidade administrativa: competência, legitimidade, interesse de agir e outros aspectos polêmicos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 32, n. 148, p. 46-75., jun. 2007.

MORAES, Denise Maria Rodríguez. A dinamização da regra de distribuição do ônus da prova como instrumento de busca da verdade e de efetivação da justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 226, p. 61-81., dez. 2013.

MUKAI, Toshio. A fantasmagórica ameaça das ações de improbidade administrativa. **BDA: Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 16, n. 3, p. 191-192., mar. 2000.

OLIVEIRA, Vivian Von Hertwig Fernandes de. A distribuição do ônus da prova no Processo Civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 231, p. 13-36., maio. 2014.

PAZETO, Henrique Parisi (Co-autor). A ação de improbidade administrativa como tutela da moralidade administrativa. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 14, n. 165, p. 45-52., nov. 2014.

PINTO. Marcos Vinícius. **Reflexões sobre improbidade administrativa, ônus da prova, modelos de constatação e nota sobre o NCPC**. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1053299/mod_resource/content/0/3. Marcos Vinícius Pinto - Reflexões sobre improbidade administrativa ônus da prova modelos de constatação e nota sobre o NCPC (1).pdf> . Acesso em: 31 out. 2017.

REICHELT, Luis Alberto. A exegese das regras sobre ônus da prova no direito processual civil e o controle da argumentação judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 197, p. 127-143., jul. 2011.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. A dinamização do ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 240, p. 41-59., fev. 2015.

SILVA, Flávia Fatima Barroso Otoni; ESPÍNOLA, Thaísa Ferreira Amaral Gomes (Co-autor). A desnecessária indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 15, n. 169, p. 33-39., mar. 2015.

SOUZA, Gelson Amaro de. A falta de prova e a falsa coisa julgada. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 93, p. 36-51., dez. 2010.

VIEIRA. Marcelo Barbosa Alves. **Os elementos constitutivos do ato de improbidade administrativa e a distribuição judicial do ônus da prova à luz do Novo CPC**. Disponível em: <<http://www.tce.ms.gov.br/revistaeletronica2/doc1/05.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.