

A distribuição dinâmica do ônus da prova (NCPC, art. 373, §1º) na Ação de Improbidade Administrativa e o princípio da presunção da inocência. Possibilidade – Estratégia de atuação do Ministério Público

MARCOS TOFANI BAER BAHIA

Procurador de Justiça

I. FUNDAMENTAÇÃO

É possível ao juiz promover a distribuição dinâmica do ônus da prova (NCPC, art. 373, §1º) na Ação de Improbidade Administrativa em face do princípio da presunção da inocência?

A regra de distribuição do ônus da prova no processo civil é a de que incumbe ao autor o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito, e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 373, I e II). A distribuição dinâmica prevista no §1º do mesmo artigo constitui, portanto, uma exceção à regra. Contudo, verificadas as premissas fáticas, a aplicação da dinamização do ônus é imperativa.

É assente nos tribunais que cabe ao autor coletivo da Ação de Improbidade – em regra, o Ministério Público – o ônus de provar o ato de improbidade administrativa, não importa o quão difícil e por vezes até impossível produzir a prova (diabólica) configuradora da improbidade, não raro esteja, por circunstâncias lógicas, na esfera de possibilidade do réu.

Recentemente – e os casos se repetem –, o TJMG absolveu agente político em ação de improbidade que usara verba pública para outros fins que não o exercício da função, simplesmente porque o MP não demonstrou, à míngua de prova, em qual fim particular o dinheiro teria sido gasto. Mantendo-se inerte e negando a imputação, comodamente o réu se viu absolvido sem qualquer esforço probatório, pois o fato não demonstrado lhe aproveitou.

Para a adoção dessa postura, os juízes, tribunais e a doutrina mais conservadora têm invocado a garantia constitucional do princípio da *presunção da inocência*, diante do conteúdo punitivo estatal (poder punitivo extrapenal) inerente à Ação de Improbidade, a impor exclusivamente ao autor coletivo o ônus de demonstrar o ato ilícito e a culpa do réu.

Indaga-se: estaria excluída, *a priori*, por força desse princípio, a aplicação do art. 373, §1º, do CPC nas ações de improbidade administrativa?

O NCPC acolheu, expressamente, o instituto da distribuição dinâmica do ônus da prova no art. 373, §1º:

Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à im-

possibilidade 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.

Decerto que a distribuição do ônus da prova somente tem lugar quando o juiz não puder esclarecer os fatos com seu poder instrutório, independentemente da atuação das partes.

Na lição de BEDAQUE:

Assim, não deve o julgador, diante de um resultado insuficiente da instrução da causa, recorrer imediatamente às regras sobre o ônus da prova. Se verificar a possibilidade de esclarecer algum fato, mediante a realização de determinada prova, não pode se omitir.¹

Se a jurisdição coletiva vinha assumindo uma postura passiva e omissa nas ações de improbidade sem qualquer consideração aos poderes instrutórios do juiz, decerto que agora a jurisdição coletiva no Estado Constitucional, para atender a esse direito material coletivo que ganha impulso com o movimento de constitucionalização do direito processual civil, deverá ter outra postura em processos desse jaez, sob a luz de um novo modelo de processo civil, enquanto instância heterônoma de produção normativa impulsionada pela natural abertura dos textos legais.

Como instrumento posto à disposição da sociedade, o processo reflete os ideais de uma determinada época ou momento histórico-cultural da experiência humana. Discorrendo sobre o modelo constitucional do processo civil contemporâneo, ZANETI ensina que a “inserção do direito processual em uma perspectiva constitucional implica a necessária coordenação entre duas diversas exigências de fundo, a exigência de correção formal e a de justiça material.”²

Deveras, o processo deve espelhar e resguardar os valores individuais e coletivos que a ordem constitucional assegura. Na medida em que a Carta de 1988 reconhece a fundamentalidade do direito ao processo justo (direito à tutela jurisdicional célere, adequada e efetiva), constitucionaliza-se o direito de ação e, portanto, todos os meios e técnicas destinados a alcançá-lo, os quais devem se conformar à Constituição, vinculando, da mesma forma, legisladores e juízes, para além de seu aspecto formal.³

Isso representa uma modificação na hermenêutica, conferindo-se à jurisdição um verdadeiro incremento em sua atividade.

Na lição de Didier:

Transformação da hermenêutica jurídica, com o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional: a função jurisdicional passa a ser encarada como uma função essencial ao desenvolvimento do direito, seja pela estipulação da norma jurídica do caso concreto, seja pela interpretação dos textos normativos, definindo-se a norma geral que deles deve ser extraída e que deve ser aplicada a casos seme-

¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: RT, 2011, p. 132.

² ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O modelo constitucional do processo civil brasileiro contemporâneo*. MITIDIERO, Daniel (coord.); AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.). FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (org.). São Paulo: Atlas, 2012, p. 206.

³ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2011, p. 219.

lhantes. Estabelece-se, ainda, a distinção teórica entre texto e norma, sendo essa o produto da interpretação daquela. Consagram as máximas [...] da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação das normas. Identifica-se o método da concretização dos textos normativos, que passa a conviver com o método da subsunção. Expande-se, ainda, a técnica legislativa das cláusulas gerais, que exigem do órgão jurisdicional um papel ainda mais ativo na criação do direito.⁴

O Novo CPC (Lei n.º 13.105/15), aliás, trata, já nas primícias de seu texto, da necessidade do atendimento às normas constitucionais, refletindo o movimento neoconstitucionalista, diferentemente do CPC vigente, que se inicia pela jurisdição e pela ação. É nítida, pois, a preocupação do novo estatuto com a ordenação, disciplina e interpretação das normas processuais aos valores e normas fundamentais estabelecidos pela Constituição (art. 1º).

Da mesma forma, na aplicação do ordenamento processual, o juiz deverá atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência (CPC, art. 8º).

Nota-se, pois, a preocupação no Novo CPC em refletir os valores consagrados pelo Estado Democrático de Direito na Constituição. A força normativa da Constituição, portanto, alcança o processo, impondo ao direito processual civil, enquanto direito constitucional aplicado, a tarefa de realizar os direitos fundamentais assegurados na Carta, entre os quais está a probidade da administração.

Nesse panorama, é natural que se modifique o conceito de jurisdição no pensamento jurídico contemporâneo, em ordem a ampliar os poderes do juiz na relação jurídico-processual, notadamente por meio (i) do incremento da função criativa para a construção do ordenamento jurídico (por ex., na interpretação das cláusulas gerais processuais, como deve acontecer no exame das condições previstas no art. 373, §1º, do Novo CPC, rompendo, assim, com o modelo de tipicidade em que se estruturava o processo); (ii) da ampliação dos poderes instrutórios, da cooperação e do diálogo em toda a marcha processual; (iii) da realização de técnicas capazes de proporcionar ao jurisdicionado o efetivo acesso à ordem jurídica justa.

Nesse contexto, é necessário refletir se o princípio da presunção da inocência, *tout court*, seria suficiente para impor somente ao autor coletivo o ônus da prova na Ação de Improbidade, na consideração de que, tal princípio, no âmbito do processo penal, tem como um dos seus principais objetivos atribuir exclusivamente à acusação o ônus da prova dos atos ilícitos e garantir o *in dubio pro reo* como regra de julgamento. Isso porque, como vem entendendo os tribunais, a gravidade das sanções da Lei n.º 8.429/92, a preponderância do dolo nas condutas ímprobas e a grande reprovação social atrairia a aplicação daquele princípio às sanções dispostas na LIA.

A propósito, o STF assentou que a Ação de Improbidade tem natureza civil, por ocasião do julgamento da ADI 2.797 e 2860, na esteira do §4º do art. 37 da CF. Sendo assim, os atos de improbidade administrativa estão estruturados sob a forma de regra sancionatória extrapenal.

É dizer, a ação de improbidade não pertence à seara do direito processual penal, ainda que haja semelhança, não identidade, entre os atos de improbidade e os ilícitos penais. Se é verdade que o princípio ou garantia fundamental da *presunção da inocência* previsto no art. 5º, LVII, da CF irradia-se para todos os ramos do direito (e não só o processual penal), não é menos verdade que tal princípio no

⁴ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Editora Juspodvim, 2015, vol. 1, p. 41.

processo penal está associado à questão da liberdade. Dito de outro modo, é a prisão, enquanto sanção punitiva criminal, que densifica tal princípio, sanção esta que não está presente na LIA.

Isso implica considerar que o alcance do princípio da presunção da inocência deve ser redimensionado no âmbito da improbidade administrativa, bem compreendido que, não havendo risco para a restrição da liberdade do réu, nada impede, de plano, a distribuição dinâmica do ônus da prova na Ação de Improbidade, com a necessária ponderação de valores em questão e o preenchimento das condicionantes legais previstas no art. 373, §1º, do CPC. Aliás, a incidência do princípio da presunção da inocência na LIA tem duas aplicações bem nítidas: impedir a aplicação das sanções do art. 12 antes do trânsito em julgado da sentença condenatória; garantir um julgamento favorável ao réu no caso de dúvida.⁵

Em contraponto, poder-se-ia argumentar com outra questão, presente no art. 379 do NCPC:

Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte:

[...]

Do direito constitucional ao silêncio⁶, decorre o direito de não produzir prova contra si mesmo. Em âmbito penal, tolera-se que o réu minta em juízo desde que não atribua fato criminoso a outro que não o fez (calúnia).

Entretanto, sob a perspectiva civil/administrativa da Ação de Improbidade, o direito de não produzir prova contra si mesmo, dinamizado o ônus da prova de determinado aspecto fático, poderá prejudicar o próprio réu que, sob a vigência do NCPC, está presumidamente ciente da previsão da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo civil moderno e de que, estando em melhores condições de produzir a prova, tem o dever de cooperar com a reconstrução dos fatos na busca da verdade (NCPC, art. 6º) – especialmente em causas de intensa relevância social. E, sobretudo, ciente de que, se permanecer entrincheirado comodamente na regra geral (art. 373, caput), inerte no processo, deverá assumir as consequências do seu ônus.⁷

Ampliando o que foi dito, a regra processual da distribuição dinâmica do ônus da prova na Ação de Improbidade Administrativa conforma-se não só com a nova hermenêutica constitucional e processual, como também com o princípio democrático e os direitos fundamentais processuais do processo justo, da colaboração no processo, da tutela adequada e efetiva, da igualdade, da paridade das armas, do contraditório, da ampla defesa e da segurança jurídica.

Da mesma forma, encontra-se conformada ainda com os princípios do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo e do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum (CDC, art. 103, § 3º).

⁵ A doutrina e a jurisprudência aceita que no art. 9, VII, da LIA, o qual estabelece que incorrerão em ato ímprobo os agentes políticos que tiverem patrimônio incompatível com sua renda, está presumido que se o autor alegar essa disparidade, deve o réu provar a sua inoccorrência.

⁶ Art. 5º, LXIII, CF O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado

⁷ Em matéria de confisco de ativos, o **Decreto Federal n.º 154/91**, ao promulgar a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena), do qual o Brasil é signatário, dispõe no art. 5º, item 7, que: “cada parte considerará a possibilidade de inverter o ônus da prova com respeito à origem lícita do suposto produto ou outros bens sujeitos a confisco, na medida em que isto seja compatível com os princípios de direito interno e com a natureza de seus procedimentos jurídicos e de outros procedimentos.” Também o **Decreto federal n.º 5.015/04**, que promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), prevê no art. 12 (confisco e apreensão), item 7: “Os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de **exigir que o autor de uma infração demonstre a proveniência lícita do presumido produto do crime ou de outros bens que possam ser objeto de confisco**, na medida em que esta exigência esteja em conformidade com os princípios do seu direito interno e com a natureza do processo ou outros procedimentos judiciais.” Como se nota, já há predisposição da comunidade internacional em facilitar a distribuição do ônus da prova mesmo em casos criminais, atribuindo-a ao autor do crime em determinadas hipóteses.

A dinamização do ônus da prova na Ação de Improbidade requer o cumprimento de determinadas condicionantes materiais e processuais, sem as quais não é possível ao juiz operá-la. Embora se diferenciem, cada um desses elementos requer uma análise individual, pois a presença de um não significa automaticamente a do outro.

A análise dessas condicionantes previstas no art. 373, §1º, do NCPC nada mais representa do que a ponderação de valores e a determinação de qual deve prevalecer para a justiça do caso concreto, consoante o chamado princípio da proporcionalidade, regra hoje inafastável da hermenêutica. A ponderação dos valores fundamentais visa a alcançar o devido processo legal substantivo e tendencialmente justo. O princípio da proporcionalidade atuará como a medida para a interpretação da norma no caso concreto, com vistas à melhor realização do fim constitucional nela embutido e decorrente do sistema.

A primeira condicionante material diz respeito à *impossibilidade* ou *dificuldade* do autor coletivo de cumprir o encargo nos termos da regra do art. 373, *caput*, do NCPC, e à *facilidade* e *possibilidade* de obtenção da prova do fato contrário pela outra parte. Nem sempre, contudo, a dificuldade de uma parte de produzir a prova ensejará facilidade ou possibilidade de sua produção por parte da outra. Desse modo, a impossibilidade de ambas as partes impede mesmo a aplicação da teoria, permanecendo a regra geral, com a ressalva de que a inviabilidade da produção da prova (a quem incumbiria pela regra geral) deve estar caracterizada por fato culposos da parte contrária ou por violação dos deveres de cooperação entre os litigantes.

A impossibilidade ou dificuldade de cumprimento do encargo por parte do autor coletivo que importe em *probatio diabolica* pode se dar por motivos técnicos, científicos, econômicos, fáticos, sociais, enfim, os mais variados, desde que legítimos e apontados objetivamente no caso concreto.

Tais motivos devem ser compreendidos no processo coletivo de improbidade com muita acuidade, em face dos escopos da jurisdição coletiva, do direito fundamental à tutela jurisdicional coletiva e da natureza do direito material coletivo tutelado (direito à probidade administrativa), que se constitui em direito fundamental.

II. CONCLUSÃO

- 2.1. É cabível a distribuição dinâmica do ônus da prova na Ação de Improbidade Administrativa, nos termos do art. 373, §1º, do CPC; em relação a determinado fato ou determinado conjunto de fatos.
- 2.2. O princípio da presunção da inocência e o direito de não produzir prova contra si mesmo não são empecilhos para o juiz determinar a distribuição do ônus da prova na Ação de Improbidade Administrativa;
- 2.3. Preenchidas as condicionantes materiais (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) e processuais (decisão fundamentada e oportunidade ao réu de cumprir o encargo), ora previstas no art. 373, §1º, do CPC, deve o juiz aplicar, por imperativo, a distribuição dinâmica do ônus da prova na Ação de Improbidade Administrativa;
- 2.4. Recomenda-se aos Promotores de Justiça esgotarem a produção de todas as provas possíveis antes do ajuizamento da Ação de Improbidade Administrativa, inclusive as que, em tese, seriam mais fáceis e possíveis de serem produzidas pelo réu e, não sendo possível, postular ao juiz, já na petição inicial, a distribuição dinâmica do ônus da prova, apresentando fundamentadamente os motivos, nos termos do art. 373, §1º, do CPC. Preenchidos os requisitos legais da norma, não sendo deferida a aplicação do instituto, recomenda-se a interposição do Agravo de Instrumento (CPC, 1.015, inc. XI).