

**PRESUNÇÃO DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E INVERSÃO DO ÔNUS DA
PROVA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:
A DEFESA DO RÉU A PARTIR DA PROCESSUALIDADE CONSTITUCIONAL
DEMOCRÁTICA**

**PRESUMPTION OF ILLICIT ENRICHMENT AND REVERSAL OF BURDEN OF
PROOF IN ACTION ADMINISTRATIVE MISCONDUCT:
THE DEFENSE OF THE RESPONDENT FROM THE DEMOCRATIC
CONSTITUTIONAL PROCESSUALITY**

Francisco Rabelo Dourado de Andrade¹

RESUMO

O presente artigo se propõe a fazer um estudo crítico-científico acerca do ônus da prova na ação prevista na Lei n. 8.429/92 que visa tutelar a probidade administrativa, bem como dos mecanismos processuais defendidos pela doutrina nacional nos casos de presunção de enriquecimento ilícito do agente público ou de terceiros que concorreram para o ato ímprobo. Pretende-se revistar as teorias que tratam do ônus da prova (modelo tradicional previsto no Código de Processo Civil, inversão do ônus da prova, distribuição dinâmica da carga probatória, inversão do ônus da prova por presunção) em ações judiciais de natureza coletiva, seus desdobramentos e evidenciar suas incompatibilidades com o atual regime constitucional democrático que impõe a observância do processo constitucional pela função jurisdicional. Nesse sentido, necessário também verificar que o ativismo judicial torna o processo antidemocrático e ainda resistente ao atual paradigma do Estado Democrático de Direito. Demonstra-se que, embora o combate à corrupção seja necessário e deva ser uma das principais preocupações do Estado brasileiro, os atos jurisdicionais não podem, a este pretexto, remover ou minimamente reduzir os direitos e garantias fundamentais do devido processo legal, contraditório, isonomia e ampla defesa.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade administrativa; Inversão do ônus da prova; Ativismo judicial; Estado Democrático de Direito; Processo democrático.

ABSTRACT

This article aims to make a critical study and scientific about the burden of proof in the action pursuant to Law n. 8.429/92 which seeks to protect the probity administrative, as well as the procedural mechanisms advocated by national doctrine in cases of suspected embezzlement of public official or third parties that competed for the unrighteous act. Intend to revisit theories that treat the burden of proof (traditional model established in the Code of Civil Procedure, reversing the burden of proof, dynamic distribution of evidentiary burden, reversing the burden of proof by presumption) to judicial collective nature, their developments and highlight its incompatibility with the current democratic constitutional regime that requires the observance of the constitutional process by jurisdictional function. In this sense, also necessary to verify that the judicial activism makes the process undemocratic and still

¹ Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-Graduado em Direito Público pelo IEC - Instituto de Educação Continuada da PUC/Minas. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho/RJ. Advogado militante. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3746242838238675>.

resistant to the current paradigm of Democratic State of Law. Demonstrates that although the fight against corruption is necessary and should be a major concern of the Brazilian state, the judicial acts may not, in this guise, remove or minimally reduce the rights and guarantees of due process, adversarial, equality and defense.

KEY-WORDS: Administrative misconduct; Reversal of burden of proof; Judicial activism; Democratic State of Law; Democratic process.

1. Introdução.

A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou atos praticados contra os princípios da Administração Pública no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, sendo mais conhecida como a Lei de Improbidade Administrativa.

Considerando as lamentáveis e constantes ocorrências de corrupção, enriquecimento ilícito, abusos de poder e violações aos princípios elencados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, praticadas por agentes públicos ou terceiros que concorreram para o ato ímprobo, nota-se um apelo geral por responsabilização e imediata condenação dos responsáveis pelos prejuízos causados. É com base neste pleito de *justiça* que podem ocorrer abusos, distorções e violações às garantias constitucionais em detrimento do réu no curso desta ação judicial que visa tutelar a probidade administrativa.

No presente artigo, buscar-se-á inicialmente um breve estudo sobre os posicionamentos doutrinários a cerca da tutela da probidade administrativa e seus possíveis desdobramentos teórico-legais, que permitiriam uma adequação com outras normas esparsas correlatas às ações judiciais que compõem o chamado microssistema de tutela dos interesses transindividuais, destacando-se a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública) e a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Mais adiante, pretender-se-á apresentar as vertentes teóricas sobre a carga do ônus da prova na Ação de Improbidade Administrativa, partindo-se da visão que acolhe a natureza coletiva desta ação com vistas à proteção de interesse difuso (a probidade administrativa seria um direito difuso por excelência), razão pela qual estaria autorizada ao juiz a inversão do ônus da prova com base no art. 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor, interpretado conjuntamente com o art. 21 da Lei da Ação Civil Pública.

Logo após, abordar-se-á a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, que propõe uma maior flexibilidade para a atuação do magistrado na fase cognitiva, o qual teria

poderes mais amplos, valendo-se, inclusive, de máximas de experiência para determinar qual parte tem melhores condições de produzir a prova e distribuir este ônus entre as partes.

Estudar-se-á em tópico seguinte a inversão do ônus da prova por presunção de enriquecimento ilícito em razão da evolução patrimonial do agente público ou de terceiros que concorreram para o ato ímprobo.

Ao final deste percurso, pretender-se-á tecer alguns comentários a respeito do ativismo judicial, que parte da atribuição de poderes discricionários e amplos critérios para valoração da prova pelo magistrado no processo, levando-se em conta o seu aspecto teleológico de concretização da paz social e da justiça, que serve, inclusive, de base teórica para todas as linhas doutrinárias tradicionais anteriormente estudadas a respeito do ônus da prova na Ação de Improbidade Administrativa.

Nos capítulos restantes, observar-se-á que a função jurisdicional deve ser estudada segundo as bases oferecidas pelo paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito, de modo que a legitimidade decisória somente poderá ser obtida no âmbito de um processo democrático.

Com isto, tentar-se-á demonstrar que a inversão do ônus da prova por presunção de enriquecimento ilícito na Ação de Improbidade Administrativa, nos parâmetros defendidos pela doutrina tradicional, não assegurará à parte demandada a ampla defesa, o contraditório e a isonomia no processo, de modo a oportunizar o amplo debate da questão enfrentada e tornar o pronunciamento decisório final uma consequência racional e categoricamente conclusiva dos atos processuais praticados pelas partes.

Nesta perspectiva, tomando-se em conta que a inversão do ônus da prova na ação de improbidade tem sido utilizada sem amparo legal e, sobretudo, em inobservância ao processo constitucional, ficando a cargo e mera escolha do julgador os seus critérios, não há dúvidas quanto à necessidade de retomar este debate em níveis de uma processualidade democrática, sem interferência de ideologias ou doutrinas arcaicas que nada contribuem para o desenvolvimento do direito processual e, conseqüentemente, para a sociedade.

Deste modo, buscar-se-á com o presente estudo fornecer reflexões a partir de modernos estudos de processo democrático, de modo que, a partir dos resultados obtidos, concluir-se-á que a visão tradicional exposta pela doutrina e jurisprudência merece revisão à luz da atual ordem democrática brasileira, sendo imprescindível a sua exposição à *crítica científica*².

² Com base em Karl Popper, Leal afirma que “a *crítica*, como veículo lógico de aferição do grau de certeza do conhecimento científico, é que, ao associar o pensamento abstrato ao pensamento dialógico da verificação

2. A tutela da probidade administrativa.

A tutela da probidade administrativa recebe expressa proteção constitucional em seu artigo 37, §4º, ao dispor que: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

A Lei n. 8.429/92, por sua vez, estabeleceu regramento específico sobre o tema ao enumerar os sujeitos e demais responsáveis jurídicos (arts. 1º, 2º e 3º), definir as condutas contrárias à probidade (arts. 9º, 10º e 11º) e as respectivas sanções aplicáveis aos agentes públicos e terceiros que concorreram para o ato (art. 12), assim como os meios para a reparação dos danos causados à Fazenda Pública (art. 18). No mesmo Estatuto Legal, há previsão sobre o procedimento administrativo e judicial em seu Capítulo V, dentre outras disposições.

Muito se discute na doutrina nacional a respeito dos mecanismos de combate e repressão da improbidade administrativa. Para uma corrente de juristas, sobretudo aqueles voltados para o estudo do Direito Administrativo, defende-se a tese da integração das regras previstas na Lei n. 8.429/92 mediante a análise e aplicação de outras normas esparsas no sentido de viabilizar a adequação normativa do ato administrativo subjacente.

Isto porque a lei de improbidade é vista por esta corrente como um modelo de tipos não precisos fixados pelo legislador. Por não serem precisos, eles dariam uma abertura de relevante espaço de integração e complementação pela decisão judicial, podendo-se adotar, inclusive, os critérios da proporcionalidade e razoabilidade nos julgamentos.

Esta abertura permitiria amoldar o enquadramento de situações de fato em face da constante mudança de métodos de infrações aos princípios da administração pública, conferindo maior “flexibilidade normativa aos mecanismos punitivos, de tal modo a coibir manobras formalistas conducentes à impunidade”. (OSÓRIO, 2010, p.328).

intelectiva, como pressupostos necessários ao esclarecimento do discurso científico, acrescenta-se a si mesma a imposição de analisar as *conclusões* do discurso da *ciência* em planos de maior infinitude possível em confronto com os conhecimentos já selecionados e acumulados pela atividade científica. Portanto, a *ciência* sem a *crítica* seria a alavanca sem o ponto de apoio, não teria força de razoável demonstrabilidade em função da ausência de justificação prolongadamente testificada. A *crítica* é a atividade intelectual testificadora, enquanto a *ciência* é atividade relevantemente esclarecedora, embora não seja de se esperar que a própria conclusão crítica obtenha, necessariamente, crescimento de conhecimentos, mas é certo que poderá escaloná-los em termos comparativos.” (2012, p.36-37)

Principal exemplo desta integração normativa é a Ação Civil Pública, regida pela Lei n. 7.347/85, considerada como “veículo de concretização das normas daquele diploma legal, tal qual entende o Superior Tribunal de Justiça³” (RABELO; FACHETTI, 2007, p.48), revelando-se como a via processual adequada para a proteção dos princípios constitucionais da Administração Pública, do patrimônio público, reparação de danos ao erário, como também para a repressão dos atos de improbidade administrativa. Corroborando com esta tese,

[...] como a ação de improbidade administrativa visa tutelar o interesse público primário, entendido esse como interesse metaindividual de caráter difuso, para a proteção de um número indeterminado de cidadãos no sentido de impedir lesão ao patrimônio público e bem assim de preservar a moralidade da administração pública, entendemos ser ela uma verdadeira *modalidade de ação civil pública* que integra o microsistema de direito processual coletivo, aplicando-se-lhe, subsidiariamente a Lei 7.347/85 e as normas processuais do Código de Defesa do Consumidor, bem como todos os princípios que regem as ações coletivas. (LOBO, 2007, p.60).

Nesta mesma ordem:

Há um procedimento-padrão para as causas coletivas: é o previsto de forma integrada na lei de ação civil pública (LACP) e no Código de Defesa do Consumidor (CDC, respectivamente, Leis Federais nº 7.347/85 e nº 8.078/90). Esse procedimento funciona como o procedimento *comum* ou *ordinário* da tutela coletiva. Nesse sentido, quando a Lei de improbidade administrativa refere no *caput* do art. 17 que “terá rito ordinário” na verdade deve ser interpretado como o rito estabelecido pela junção do CDC com a LACP, pois se trata do microsistema do processo coletivo. (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2011, p.60).

Deste modo, o microsistema de tutela dos interesses transindividuais que, juntamente com a Ação de Improbidade Administrativa, incluem-se também a Ação Civil Pública, a Ação Popular, o Mandado de Segurança Coletivo, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso, por se apresentarem num contexto interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.

Sob outra ótica doutrinária, que pauta por uma leitura mais criteriosa e baseada na técnica processual, sustenta-se que a Lei de Improbidade Administrativa possui procedimento próprio e distinto daquele desenvolvido nas ações inclusas neste microsistema, não havendo fungibilidade entre os mecanismos de proteção do patrimônio público no tocante tutela da probidade.

³ STJ, REsp 510.150-MA, rel. Ministro Luiz Fux, DJU 29.03.2004, p.173. Vale observar que este julgamento tem sido utilizado por alguns juristas para embasar o posicionamento ora apresentado. (Ver: RABELO; FACHETTI, 2007, p. 48-49. LOBO, 2007, p.59-60. MEDINA; GUIMARÃES, 2008, p. 76. DIDIER JR.; ZANETI JR., 2011, p.53)

Fachetti e Rabelo apontam que o Ministério Público vem promovendo ações civis públicas para tutelar a probidade administrativa sem qualquer rigor técnico-científico, gerando a sensação de que a Lei de Improbidade Administrativa seria um mero instrumento adjetivo da Lei da Ação Civil Pública. Deste modo,

[...] não obstante chegar-se à entrega da tutela jurisdicional pretendida, agir dessa maneira significa contrariar a técnica processual cabível e condizente com as peculiaridades dessa situação, que envolve não só o interesse público, mas também lutas e embates políticos pelo poder. Em realidade, o legislador fez uma opção, e esta deve ser seguida. (FACHETTI; RABELO, 2007, p. 49).

Os referidos juristas observam ainda que a questão em debate não é meramente de nomenclatura doutrinária ou do próprio nome dado à ação (que seria irrelevante para esta crítica), mas sim quanto ao procedimento. Partindo-se deste ponto, seria possível demonstrar a total inviabilidade de se adotar o procedimento estabelecido nos diplomas básicos do direito processual coletivo (Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor) para a tutela do objeto protegido pela Lei n. 8.429/92 (FACHETTI; RABELO, 2007, p. 50).

Em linhas semelhantes, o posicionamento de Wald e Fonseca:

Tem sido uma prática comum, tanto do Ministério Público quanto do Poder Judiciário, o tratamento desta ação de improbidade administrativa meramente como uma nova modalidade de ação civil pública, freqüentemente chamando-a de 'ação civil pública de improbidade administrativa'. Trata-se, a nosso ver, de prática de pouca técnica jurídica, pois a ação de improbidade administrativa tem natureza, contornos e regramento próprios, não se confundindo com aqueles específicos das ações civis públicas em geral. O fato de a ação ser civil (em oposição a uma ação penal), ou ser pública, num linguajar leigo (no sentido de proteger o patrimônio público, ou da legitimidade do Ministério Público para propô-la), não faz da ação de improbidade administrativa uma ação civil pública no senso jurídico do termo. A importância do assunto fez o legislador editar normas específicas, e é dentro deste regramento especial que o tema deve ser tratado, de forma a serem devidamente garantidos e preservados os interesses maiores de uma sociedade justa, democrática e sadia. (2002, p.1-2).

3. A inversão do ônus da prova na Ação de Improbidade Administrativa.

Tais entendimentos, a despeito de suas variações teórico-doutrinárias no âmbito do estudo da Lei de Improbidade Administrativa, enquanto estatuto legal com aspectos materiais e processuais próprios ou, em um plano mais amplo, da necessidade de tutela da probidade administrativa em caráter mais abrangente e flexível no ordenamento jurídico brasileiro, também repercutem na esfera probatória, sobretudo no campo das presunções que poderiam (ou não) impactar na carga do ônus da prova, fazendo-se necessário um percurso sobre estas

linhas e, por certo, verificar se coadunam com ganhos teóricos obtidos a partir do paradigma processual democrático, destacando-se os modernos estudos de processo constitucional.

Em uma primeira variante teórica, parte-se da leitura sistemática do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, o qual estabeleceu como direito básico do consumidor “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”, juntamente com o artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública, o qual, acrescentado pelo mesmo Estatuto Legal de proteção ao consumidor (art. 117 da Lei n. 8.078/90), preceitua que: “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

A partir das previsões acima mencionadas, concluiu-se pelo surgimento de uma *lei adjetiva* para todo o micro sistema das ações coletivas, estando, portanto, autorizada a inversão do ônus da prova em todas as ações coletivas, incluindo-se a ação de improbidade administrativa que “nada mais é do que uma ação coletiva que tutela direito difuso”. (MEDINA; GUIMARÃES, 2008, p. 76).

Corroborando com este entendimento, Almeida afirma que, “como exigência do Estado Democrático de Direito, a probidade administrativa é, portanto, direito difuso por excelência, razão pela qual o seu controle jurisdicional é feito, de regra, por intermédio de uma ação coletiva” (2003, p. 452). Mais adiante, conclui:

[...] são aplicáveis às ações ajuizadas com fundamento na LACP as disposições processuais que se encontram pelo corpo do CDC, como, por exemplo, a inversão do ônus da prova (CDC, 6.º, VII). Este instituto, embora se encontre topicamente no Tít. I do Código, é disposição processual e, portanto, integra ontológica e teleologicamente o Tít. III, isto é, a defesa do consumidor em juízo. (ALMEIDA, 2003, p.582).

Ainda nesse sentido, Didier Jr. e Zaneti Jr. dedicaram em sua obra um capítulo específico sobre o Código de Defesa do Consumidor como atual elemento harmonizador do microsistema da tutela coletiva ou, em outras palavras, como um “Código de Processo Coletivo Brasileiro”, deixando clara a sua aplicabilidade na Ação de Improbidade Administrativa:

Com isso, cria-se a novidade de um *microsistema processual para as ações coletivas*. No que for compatível, seja a ação popular, a ação civil pública, a ação de improbidade administrativa e mesmo o mandado de segurança coletivo, aplica-se o Título III do CDC. Desta ordem de observações fica fácil determinar, pelo menos

para as finalidades práticas que se impõem, que o diploma em enfoque se tornou um verdadeiro “Código Brasileiro de Processos Coletivos” um “ordenamento processual geral” para a tutela coletiva. (2011, p.50).

Nesta quadra argumentativa, tornar-se-ia imperativo o recurso da comunicação entre diplomas legais que tratam da tutela coletiva, os quais são intercambiantes entre si, o que representaria uma ruptura com os modelos codificados tradicionais, assumindo-se de fato incompletos para aumentar sua flexibilidade no plano da aplicação no caso concreto. Com isto, o Código de Processo Civil deveria ser visto em caráter meramente residual e não imediatamente subsidiário, visto que “perdeu sua função de garantir uma disciplina única para o direito processual, seus princípios e regras não mais contêm o caráter subsidiário que anteriormente lhes era natural.” (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2011, p.54).

No mesmo sentido é a doutrina de Cambi, para quem o Código de Processo Civil está pautado em uma concepção liberal individualista, cuja aplicação subsidiária seria incompatível com a coletivização do processo. Deste modo, faz-se necessário “pensar o direito processual à luz do direito material” e concluir que “a regra do art. 333 do CPC é *materialmente incompatível* com a produção da prova nos processos coletivos, porque coloca em risco a efetividade da tutela do direito material coletivo”. (2009, p.353-354).

Portanto, a doutrina em questão critica o Código de Processo Civil por acolher a teoria clássica do ônus da prova em seu art. 333, com distribuição prévia e abstrata do encargo probatório, no qual competirá ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito e o réu, por sua vez, provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, teoria esta que, para Didier Jr. e Zaneti Jr, impõe uma distribuição rígida do ônus da prova e atrofia o sistema processual, sendo que sua aplicação inflexível “pode conduzir a julgamentos injustos.” (2011, p.322).

Em obra específica sobre a prova civil, Cambi afirma que o Código de Defesa do Consumidor, ao conferir poderes para o juiz inverter o ônus da prova, rompeu com a lógica perversa adotada pelo Código de Processo Civil. Isto porque “esta distribuição *diabólica* do ônus da prova, por si só, poderia inviabilizar a tutela dos direitos lesados ou ameaçados.” (CAMBI, 2006, p. 341).

3.1. A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Não obstante, os teóricos do processo coletivo têm defendido a superação não apenas da regra tradicional prevista no art. 333 do CPC, mas também da própria técnica adotada pelo art. 6º, inciso VIII, do CDC, mediante a aplicação da chamada *teoria da carga dinâmica da*

prova ou *distribuição dinâmica do ônus da prova*, que, segundo Cambi, foi “incorporada em 2004 ao Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América.”⁴ (2006, p.340).

Não haveria, nesta teoria, uma *inversão* do ônus da prova nos moldes previstos pela regras acima mencionadas, visto que apenas se poderia dizer em inversão caso o ônus fosse estabelecido prévia e abstratamente. Com estas linhas, Cambi sugere uma abertura ainda maior para a atuação do magistrado, em cuja atividade jurisdicional terá poderes para, com base em *máximas de experiência*, “determinar quais fatos devem ser provados pelo demandante e pelo demandado.” (2006, p.341). E conclui:

O magistrado continua sendo o *gestor da prova*, agora, contudo, com *poderes* ainda maiores, porquanto, em vez de partir do modelo clássico (art. 333 do CPC) para inverter o *onus probandi* (art. 6.º, inc. VIII, CDC), tão-somente nas *relações de consumo*, cabe verificar, no caso concreto, sem estar atrelado aos critérios da verossimilhança da alegação ou da hipossuficiência do consumidor, quem está em melhores condições de produzir a prova e, destarte, distribuir este ônus entre as partes.

Desta forma, a teoria da distribuição dinâmica da prova – já contemplada expressamente no Código Modelo – revoluciona o tratamento da prova, uma vez que rompe com a *prévia e abstrata* distribuição do ônus da prova, possibilitando que, com os critérios abertos contidos no art. 335 do CPC, seja tutelado (sic) adequadamente os direitos materiais.⁵ (CAMBI, 2006, p.341).

Na mesma ordem teórica, Didier Jr. e Zaneti Jr. defendem que a concepção mais acertada sobre o ônus da prova “é a que permite a flexibilidade, o dinamismo de sua distribuição: a distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras: prova quem pode.” (2011, p.322).

Apoiando-se em Michele Taruffo, Cambi assevera que essa teoria “reforça o *sensu comum* e as *máximas de experiência* ao reconhecer que quem deve provar é quem está em *melhores condições* de demonstrar o fato controvertido, evitando que uma das partes se mantenha inerte na relação processual porque a dificuldade da prova a beneficia.” (2006, p.342). Contudo, a decisão que distribui a carga da prova deve ser fundamentada,

⁴ Didier Jr. e Zaneti Jr. lembram também as propostas do “Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, art. 11, § 1º: ‘O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração’. Do mesmo modo, acolheu essa concepção o Anteprojeto de Código de Processo Coletivo elaborado em conjunto pelos programas de pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Estácio de Sá [...]”, fazendo referência ao art. 19, §1º deste projeto (2011, p.321). Linhas semelhantes são encontradas no art. 20, inciso IV, do Projeto de Lei nº 5.139/2009, que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados.

⁵ Esta posição foi mantida integralmente por Cambi seu sua atual obra *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 353-366.

[...] levando em consideração fatores culturais, sociais e econômicos, bem como princípios e valores contemporâneos. Percebe-se, pois, que a distribuição dinâmica do *onus probandi* amplia os poderes do juiz, tornando-o um *intérprete ativo e criativo*, um *problem solver* e *policy-maker*, além de assumir, freqüentemente, o papel de um *law-maker*.

Deste modo, a carga (ou ônus) da prova, assim distribuída, por consolidar uma *visão amplamente solidarista* do *onus probandi*, supera a visão individualista (e patrimonialista) do processo civil clássico e, destarte, permite facilitar a tutela judicial dos bens coletivos. (CAMBI, 2006, p.343-344).

Deste modo, a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova não precisa ser fundamentada “na *aplicação extensiva* do art. 6.º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, inicialmente aplicável apenas às relações de consumo, para se poder tutelar direitos coletivos *lato sensu* ou para proteger qualquer outro direito fundamental de caráter não patrimonial (art. 333 do CPC.” (CAMBI, 2009, p.358-359).

O juiz *pode*⁶, a partir desta compreensão, atuar à margem da lei ou, em iguais linhas, “não há razão para se supor que a inversão do ônus da prova deva se dar somente quando haja *previsão legal*” (CAMBI, 2009, p.360), visto que a distribuição do ônus da prova deve estar em consonância com as especificidades do direito material e não quanto à complexidade do caso concreto⁷.

Finalmente, Cambi observou em obra anterior que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova tem sido acolhida pela doutrina e jurisprudência no Brasil, “apesar da inexistência de regra expressa.” (2006, p. 344).

3.2. Inversão do ônus da prova por presunção de enriquecimento ilícito em razão da evolução patrimonial.

Uma vez apresentados relevantes apontamentos sobre o ônus da prova no âmbito da Ação de Improbidade Administrativa, faz-se necessário verificar a possibilidade de inversão do ônus da prova pela presunção de enriquecimento ilícito do agente público ou dos demais legitimados passivos mencionados na Lei n. 8.429/92, o que, inclusive, foi tema do projeto de

⁶ Em verdade, Cambi afirma que não há uma *faculdade* do juiz, mas sim um *dever* de inverter o ônus da prova nos casos em que estiver presente “a *desigualdade entre as partes e verificado que o demandado tem melhores condições de produzi-la, para não deixar perecer o direito material controvertido [...]*.” (2009, p.361).

⁷ Trata-se de uma crítica feita pelo mencionado autor ao Projeto de Lei n. 3.015/2008, que visa introduzir um novo parágrafo ao art. 333 do Código de Processo Civil, cujo texto proposto é o seguinte: “§2º *É facultativo ao juiz, diante da complexidade do caso, estabelecer a incumbência do ônus da prova de acordo com o caso concreto.*” Em 25/10/2011, a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados determinou o apensamento ao Projeto de Lei n. 8.046/2010 deste e de todos os demais projetos que visam a alterações do Código de Processo Civil.

Lei nº 5.581/2009⁸ que previa a possibilidade de inversão do ônus da prova nos casos em que houver indícios de enriquecimento ilícito, chegando, inclusive, a tipificar ilícitos penais na Lei nº 8.429/92.

Para Dinamarco, a presunção é “um processo racional do intelecto pelo qual do conhecimento de um fato infere-se com razoável probabilidade a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa.” (2001, p.113)

Cambi, por sua vez, leciona que “as presunções são o resultado de raciocínios e deduções lógicas, não podendo ser consideradas meios de prova” (2006, p.360), todavia, assevera que o fato de não ser um meio de prova não retira o caráter probatório da presunção, sobretudo por apresentar-se como uma atividade intelectual do magistrado a ser desenvolvida para se chegar ao conhecimento do fato a ser provado e da própria convicção do julgador quanto à sua veracidade. Deste modo,

[...] a utilização da presunção, para fins probatórios, pressupõe o concurso de três elementos: i) um fato conhecido; ii) um fato desconhecido; iii) um nexo de causalidade entre esses dois fatos. Assim, o que fica fora do campo probatório são o fato desconhecido e a relação de causalidade, incidindo a atividade probatória sobre a demonstração do fato ao qual a presunção deve se apoiar. [...]

A presunção está calcada no conhecimento de um fato secundário, que geralmente é um *indício*, do qual se pode inferir direta ou indiretamente a existência ou a inexistência de um fato principal (constitutivo, extintivo, modificativo ou impeditivo).

O *indício* é o fato conhecido (v.g., sinal, vestígio, rastro, circunstância etc.) que *indica* o fato desconhecido, o qual é a sua causa ou o seu efeito. (CAMBI, 2006, p.361).

Ao afirmar que as presunções se apresentam como conseqüências que a lei ou o juiz extraem de um fato considerado como conhecido e comprovado para se alcançar um fato ignorado, Cambi observa que as presunções podem se classificar em *legais* e *simples* (ou judiciais). As legais se subdividem em *absolutas (iuris et de iure)*, na medida em que “não admitem prova em contrário, porque a lei atribui eficácia definitiva aos fatos que investe, vinculando as partes e o juiz” (2006, p. 366-367), e em *relativas (iuris tantum)*, pois aqui é admitida prova em contrário, logo, a “presunção legal relativa tem eficácia até prova em contrário” (2006, p. 371), de modo que o inciso IV do art. 334 do CPC não pode impedir a produção de tal prova.

⁸ O Projeto de Lei nº 5.581/2009, de autoria do Deputado Fernando Chiarelli - PDT/SP, foi aprovado por unanimidade pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público em 23/06/2010. Chegou a ser remetido para a Comissão de Constituição e Justiça, mas foi arquivado pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados em 31/01/2011, com base no art. 105 do Regimento Interno daquela Casa Legislativa.

Diferentemente das presunções legais, que naturalmente devem estar previstas expressamente em lei, as presunções simples ou judiciais “são aquelas ‘não estabelecidas em lei’, sendo engendradas na consciência do juiz”, vale dizer, “são formadas livremente pelo juiz, sendo, pois, ilimitadas e indeterminadas.” (CAMBI, 2006, p. 375-376).

Nesse mesmo sentido, o autor que desenvolve estas linhas teóricas ressalta que o Código de Processo Civil não deu tratamento legislativo às presunções simples, embora o seu art. 335 determine que na “falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.”

Todavia, em surpreendente crítica a este artigo, que já garante amplos poderes para uma atuação solitária e subjetivista do juiz, Cambi assevera que:

Essa redação, contudo, merece crítica, porque as máximas de experiência não devem ser utilizadas apenas *subsidiariamente*, isto é, somente na falta de norma jurídica (lacuna da lei), mas ser aplicada *concorrentemente* às regras jurídicas, porque ambas as fontes do direito não se excluem, ao contrário, complementam-se. Por exemplo, quando o juiz tem de definir conceitos legislativos indeterminados (v.g., boa-fé, interesse público etc.) ou cláusulas gerais (como a da função social da propriedade ou do contrato) invariavelmente se vale das máximas de experiência. (2006, p.376).

Finalmente, observa que “a utilização das presunções judiciais deve servir não tanto para formar a convicção do juiz, mas como um mecanismo de inversão do ônus da prova.” (CAMBI, 2006, p. 382).

Com efeito, um tema sobre o qual se instaurou relevante debate entre os estudiosos da Lei de Improbidade Administrativa reside em seu art. 9º, inciso VII, que considera como enriquecimento ilícito o ato de “adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público”, o que acarretaria em uma presunção de enriquecimento ilícito em razão desta evolução patrimonial, autorizando, desde já, a inversão do ônus da prova.

Martins afirma que este dispositivo legal “tipifica uma *presunção legal relativa*, importando em clara *inversão do ônus da prova*.” (2010, p.138-139). Para tanto:

Exige-se a ilicitude e a desonestidade. O legislador, no dispositivo transcrito, dispensou o autor da ação popular, Ministério Público ou Fazenda Pública, de provar a ilicitude e a desonestidade da aquisição. Imputou o ônus da prova da inexistência desses fatos constitutivos ao réu. Se ele não provar a licitude ou a boa-fé, a ação é julgada procedente. (MARTINS, 2010, p.139).

Deste modo, Martins conclui que o inciso VII do art. 9º da Lei n. 8.429/92 deve ser lido da seguinte forma:

[...] o autor deve provar o enriquecimento ilícito e a desproporção entre este e a remuneração do agente; se provados esses dois fatos e não houver prova da licitude do enriquecimento, a ação de improbidade deve ser julgada procedente. O sistema não exige a prova da ilicitude, o ônus da prova da inexistência do fato constitutivo, ou melhor, da licitude do enriquecimento cabe ao réu. Afirmou-se neste estudo que a *presunção* importa na *inversão do ônus da prova*. (2010, p.142).

Em sentido contrário, Oliveira defende a necessidade da produção de prova pela parte autora (Ministério Público ou pessoa jurídica de direito público lesada) do nexo entre o abuso do exercício das atividades do agente e o enriquecimento reputado como ilícito, embora também entenda que há uma *presunção* relativa que poderá ser desconstituída por prova em contrário, vale dizer,

“[...] só haverá a *presunção* de que o agente público praticou o ato de improbidade administrativa em espécie, enriquecendo ilicitamente, caso este não logre êxito em comprovar a origem lícita de seu patrimônio, mediante prova documental ou outro meio de prova admitido em direito que seja apto a desconstituir a *presunção* de ilicitude.” (2011, p.83-84).

Mais adiante, esta mesma linha doutrinária aponta que haveria uma *responsabilidade objetiva* do agente público, bastando que o legitimado ativo da ação de improbidade produza prova para configurar o nexo causal indispensável entre o exercício da atividade pública e a evolução patrimonial do agente público de modo a, conseqüentemente, fundamentar a aplicação do art. 9º, inciso VII, da LIA. Nesse sentido:

A redação do dispositivo legal em comento é suficientemente clara para extrairmos da norma aquilo que compete ao autor da imputação de ato de improbidade provar, ou seja, o que busca a lei, nesse ponto, que leve à prova do cometimento de um ato, ou omissão de um dever de ofício, que o agente público investigado tenha incorrido. [...] a lei atribui o *onus probandi* ao autor da imputação (Ministério Público ou pessoa jurídica lesada) de formar o conjunto probatório suficiente à constatação objetiva da existência dessa incompatibilidade, isto é, a prova de que o agente público investigado amealhou patrimônio a descoberto, sem origem lícita, no exercício do cargo, mandato, emprego ou função pública que exerce ou exercia. (OLIVEIRA, 2011, p.76-77).

Entretanto, nota-se que Oliveira não nega com esta afirmação a *inversão do ônus da prova* na hipótese do inciso VII do art. 9º da LIA. Com o entendimento de que a *responsabilidade* do agente público é objetiva, conclui-se que a origem supostamente lícita do

patrimônio por ele auferido deverá ser provada. Acolhe, nesta ordem, a regra comum da distribuição do ônus da prova previsto no art. 333, inciso II, do CPC, de modo que ao requerido caberá a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do alegado pelo autor, ou seja, “a prova da origem lícita de seu patrimônio com um tudo, incluindo especialmente aqueles bens ou valores indicados como incompatíveis.” (OLIVEIRA, 2011, p.81).

3.3. Ativismo judicial.

Todos os posicionamentos doutrinários até aqui expostos, não obstante suas divergências em alguns pontos, possuem a mesma base teórico-ideológica, pois concentram toda a atividade processual na figura diretora e solipsista do juiz, confiando-lhe o dever de combate à corrupção com base em conhecimentos especializados, experiências pessoais, senso de justiça e poderes discricionários⁹ no âmbito do processo. Não se discute nestas linhas o processo democrático com uma efetiva participação das partes, como destinatárias do ato decisório final, em verdadeiro ambiente de contraditório. Exemplo disso é a seguinte afirmação feita por Cambi em sua obra:

É importante ressaltar que o ônus da prova, na perspectiva da *instrumentalidade* do processo, não pode servir para inviabilizar a tutela dos direitos materiais. Assim, baseado em máximas de experiência, independentemente de regra específica a este respeito, com o intuito de promover a tutela dos direitos e a justiça da decisão, o juiz deve *inverter o ônus da prova*, quando da realização da audiência preliminar (art. 331 do CPC) ou do despacho saneador, dando a possibilidade para que a parte contrária produza a prova, sob pena de lhe aplicar o art. 333 do CPC como uma *regra de julgamento*. (2006, p.335).

Trata-se do fenômeno do ativismo judicial, que “se justifica pela própria ótica propulsora das mudanças sociais que desaguaram na perspectiva externa do processo, no seu

⁹ Em oportuna afirmação, Streck adverte que o termo “discricionabilidade judicial”, embora não seja correto compará-lo com o conceito de discricionabilidade administrativa, deve ser objeto de análise sob o prisma do fenômeno da *interpretação do direito*, enquanto ato produtivo no qual o intérprete atribui sentido a um texto sem reproduzir os sentidos aprioristicamente dele já extraídos. Nesta perspectiva, o termo discricionabilidade ligar-se-ia “a um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado a criar a solução adequada para o caso que lhe foi apresentado a julgamento” (2009, p.10), sendo que este recurso de “delegação de poderes” aos juízes se justificaria em razão daqueles casos não solucionáveis pelas normas jurídicas existentes, os chamados “casos difíceis”, estando neste ponto revelada a relação umbilical do positivismo com o sujeito solipsista. Esta visão peculiar quanto ao papel destinado ao magistrado, no bojo da Função Jurisdicional, enquanto “*porta-voz do sentimento jurídico do povo*” (STRECK, 2009, p. 9), vem sendo definida (e defendida) há cerca de dois séculos por juristas de expressão na história do Direito Processual, tais como BÜLLOW, CHIOVENDA, CARNELLUTTI, LIEBMAN, dentre tanto outros adeptos no Brasil da tradicional *escola instrumentalista do processo*.

aspecto teleológico de realização da paz social com justiça.” (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2011, p.51). Em defesa do ativismo, Cambi afirma que em países de modernidade tardia, como o Brasil,

[...] o Judiciário deve ser corresponsável pela afirmação dos direitos fundamentais sociais. Caso contrário, a prevalecer as posições mais conservadoras pela não interferência judicial, menores são as perspectivas de efetivação desses direitos e, conseqüentemente, mais distantes ficam esses países da promoção de critérios de desenvolvimento humano e de justiça social. (2009, p.181-182).

Mais adiante, Cambi afirma que a *legitimidade* do Judiciário para tutelar os direitos fundamentais e, “inclusive, ao formular ou ao executar políticas públicas, está fundada no caráter democrático da Constituição, não na vontade da maioria” (2009, p.280), estando, pois, baseada no sentido substancial da noção de democracia, cabendo ao juiz a tutela constitucional dos direitos fundamentais. Deste modo, “a legitimidade democrática do Poder Judiciário se convalida independentemente do sistema eleitoral.” (CAMBI, 2009, p.280).

Com relação à implementação de políticas públicas mediante a intervenção do Judiciário, Didier Jr. e Zaneti Jr. sustentam, com base em Damaska (2000)¹⁰, que

[...] ao Poder Judiciário foi conferida uma nova tarefa: a de órgão colocado à disposição da sociedade como instância organizada de solução de conflitos metaindividuais. Tal tarefa decorre da recente ‘politização da Justiça’, entendida como ativismo judicial, sempre coordenado com a atividade das partes e o respeito à Constituição na realização de políticas-públicas. (2011, p.41).

Por tais razões, admite-se uma atuação ampla e ativa do juiz no processo, de modo que, para a busca da verdade, terá a seu favor poderes discricionários e amplos critérios de valoração da prova. Isto porque “é certo que o juiz deve buscar se convencer da verdade. Mas essa convicção se faz com base na argumentação ou nas provas trazidas ao processo, inclusive as determinações de ofício, o que gera uma verdade construída no processo.” (MARINONI; ARENHART, 2009, p. 92).

Em questionável afirmação, Cambi afirma que, “se a Constituição não proíbe ou não ordena algo, ou seja, não traz uma única resposta correta (objetiva) para determinado

¹⁰ Didier Jr. e Zaneti Jr. incorreram em certo equívoco ao tratarem do processo como mecanismo de solução de conflitos e do processo como meio de implementação de políticas, como se ambos representassem o mesmo fenômeno abordado por Mirjan Damaska em sua obra. É importante observar que o autor croata, no livro *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*, limitou-se a pesquisar as estruturas de poder e os tipos de justiça, quais sejam os modelos europeus do *processo como resolução de conflitos* e do *processo como implementação de políticas* e seus respectivos entrelaçamentos com os *sistemas judiciais hierárquicos* e *paritários*. Não há, nos estudos de Damaska, uma junção entre o ativismo e a resolução de conflitos no processo, embora no direito brasileiro, pelas linhas acima apontadas, ambos justifiquem o mesmo fenômeno do *ativismo judiciário*.

problema, é porque confiou na *discricionariiedade* dos operadores jurídicos; ou melhor, deixou *margens de ação* abertas aos legisladores ordinários e aos juízes.” (2009, p.271). Além de afirmar que a Constituição Federal atribuiu *poderes discricionários* aos juízes, o mesmo autor olvidou-se do princípio constitucional da reserva legal ao alegar que:

O positivismo jurídico e o formalismo processual têm dificuldade de resolver os *casos difíceis*, porque, não havendo uma regra clara, estabelecida de antemão, o juiz teria o *poder discricionário* de decidir do melhor modo que lhe parecesse. Com isto, o juiz não estaria adstrito a um padrão normativo prévio e, consequentemente, ficaria liberado para a formação do juízo. (CAMBI, 2009, p.274).

Deste modo, os defensores do ativismo judicial afirmam que impor ao juiz a condição de mero expectador da contenda judicial, atribuindo-se às partes o exclusivo ônus de produzir prova no processo, seria uma grave afronta aos princípios. Isto porque, “se o processo existe para o exercício da jurisdição, e se a jurisdição tem escopos que não se resumem apenas à solução do conflito das partes, deve-se conceder ao magistrado amplos poderes probatórios para que bem possa cumprir sua tarefa.” (MARINONI; ARENHART, 2001, p. 301).

4. A função jurisdicional no Estado Democrático de Direito.

Todas estas insistem na concepção do processo como um mero instrumento¹¹, meio ou modo de que se serve a jurisdição para a solução dos conflitos da sociedade. Defendem, do mesmo modo, a existência de um vínculo de sujeição entre autor e réu e destes ao juiz, figura soberana que dispõe de uma incontrolável carga subjetivista, ininterrogável e inacessível, no âmbito de sua atuação funcional. Concebem, pois, a atividade jurisdicional de forma diretamente atrelada à consciência do julgador, sem um devido e necessário estudo da *função jurisdicional* no paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito e da *legitimidade decisória* que somente pode ser obtida no âmbito do processo democrático.

Na concepção instrumentalista, a função jurisdicional é exercida através da aplicação das normas dentro de um sistema processual legalmente constituído e consubstanciado na

¹¹ Em obra inteiramente dedicada à *teoria da instrumentalidade do processo*, Dinamarco defende que “*todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. [...] Em outras palavras: a perspectiva instrumentalista do processo é teleológica por definição e o método teleológico conduz invariavelmente à visão do processo como instrumento predisposto à realização dos objetivos eleitos.*” (1996, p.149/150).

Constituição Federal. Esta aplicação das normas é chamada de *jurisdição* e visa à “*realização e pacificação da justiça*”, objetivos estes apontados por Cintra, Grinover e Dinamarco, para quem:

A pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por conseqüência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício). É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidade pessoal de cada um. (2004, p.24).

Contudo, apresentando visão oposta, Dias leciona que a função jurisdicional do Estado:

[...] depende de provocação dos interessados e consiste em cumprir e fazer cumprir as normas do direito positivo, realizando o ordenamento jurídico vigente na sua integralidade, tratando-se de atividade estatal monopolizada, somente exercida pela garantia do processo constitucional, por meio de um procedimento legalmente estruturado e informado pelos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação das decisões jurisdicionais. (2012, p.48).

Una e indivisível, a jurisdição representa *atividade-dever* do Estado prevista na Constituição Federal, atividade e dever que não se resumem somente no ato pronunciativo do direito em favor ou desfavor de quem o pleiteia, mas na garantia de um processo instaurado e desenvolvido sob o prisma do devido processo constitucional, ou seja, um processo realizado em função da isonomia, do contraditório, da ampla defesa, do juízo natural, da fundamentação lógica dos provimentos jurisdicionais e do direito ao recurso, sendo esta uma concepção essencialmente extraída do Estado Democrático de Direito.

Destarte, a função jurisdicional somente se opera nestes termos se (e somente) for pautada nas bases do Estado Democrático de Direito que, segundo a doutrina de Dias, “resulta da articulação dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, cujo entrelaçamento técnico e harmonioso se dá pelas normas constitucionais.” (2004, p.102). Isto ocorre porque

[...] a democracia, atualmente, mais do que forma de Estado e de governo, é um princípio consagrado nos modernos ordenamentos constitucionais como fonte de legitimação do exercício do poder, que tem origem no povo, daí o protótipo constitucional dos Estados Democráticos, ao se declarar que todo o poder emana do povo (por exemplo, parágrafo único, do art. 1º da Constituição Brasileira; arts. 3º e 10º da Constituição Portuguesa; e art. 20 da Lei Fundamental de Bonn, como era conhecida a Constituição da República Federal da Alemanha). (DIAS, 2004, p.102).

Por sua vez, atrelado ao *princípio democrático* encontra-se o Estado de Direito, em virtude do qual, segundo a doutrina de Malberg, citado pelo mesmo autor,

[...] é aquele que, a um só tempo, no seu ordenamento jurídico, prescreve regras relativas ao exercício do poder pelo Estado e assegura aos indivíduos, como sanção dessas regras, o poder jurídico de atuarem perante um órgão jurisdicional, com o propósito de obterem a anulação ou a revogação dos atos estatais que as tenham infringido. Completa o autor seu pensamento, sublinhando que, para se realizar o Estado de Direito, é indispensável que as pessoas disponham do direito de ação em face do Estado, provocando a jurisdição, com o fito de impugnarem os atos estatais, quaisquer que sejam, causadores de lesão aos seus direitos individuais. (MALBERG *apud* DIAS, 2004, p.96/97).

Nesse sentido, conclui-se que o Estado Democrático de Direito subdivide-se em dois pontos fundamentais, “*o Estado limitado pelo direito e o poder político legitimado pelo povo*”, sendo esta última premissa a ideia fundamental de democracia, conforme doutrina de Canotilho, para quem, citado por Dias, destaca que

[...] “tal como a vertente do Estado de direito não pode ser vista senão à luz do princípio democrático, também a vertente do Estado democrático não pode ser entendida senão na perspectiva do Estado de direito”, ou seja, “tal como só existe um Estado de direito democrático, também só existe um Estado democrático de direito, isto é, sujeito a regras jurídicas”. (CANOTILHO *apud* DIAS, 2004, p.102).

Todavia, a função jurisdicional deve ser prestada pelo Estado segundo o *devido processo constitucional*, haja vista ser a jurisdição um direito fundamental garantido a todo cidadão pela Constituição Federal, cujos princípios e demais disposições legais limitarão esta manifestação de poder do Estado a ser exercida em nome do *povo*, podendo-se concluir que “a *jurisdição* é atividade estatal subordinada aos princípios e fins do processo, sequer o processo deve ser pensado “à luz da Constituição”, porque é o processo à luz da Constituição.” (LEAL, 2012, p.53).

É por tais razões que a função jurisdicional, no Estado Democrático de Direito, “não é atividade beneficente, obsequiosa ou caritativa, mas atividade-dever do Estado, razão pela qual, em contrapartida, é direito fundamental de qualquer um do povo (governantes e governados) e também dos próprios órgãos estatais obtê-la, a tempo e modo” (DIAS, 2012, p.48) de forma eficiente e adequada, pela garantia do devido processo constitucional.

5. A defesa do réu a partir da processualidade constitucional democrática. Teoria da prova à luz do Estado Democrático de Direito.

Fazendo um breve percurso teórico em bases democrático-constitucionais no processo, tem-se inicialmente a *teoria constitucionalista do processo*, ao defender que as normas constitucionais somente terão obrigatoriedade e eficácia em sua exequibilidade, quando por ela forem criados meios capazes para tanto. É para isso que o *direito processual constitucional* tem por objeto o estudo das *garantias* previstas na Constituição.

Para Fix-Zamudio, existem duas categorias de *garantias constitucionais processuais*:

- a) as que têm por finalidade a tutela dos direitos da pessoa humana em sua dimensão individual e social, consagradas sob a denominação de jurisdição constitucional da liberdade, tendo em vista a forma de sua efetivação, e
- b) a parte composta pelo conjunto de instrumentos processuais dirigidos para lograr o cumprimento efetivo das disposições constitucionais, que estabelecem os limites de atribuição dos órgãos do poder, o que tem sido designada como parte orgânica das Constituições, denominada Jurisdição Constitucional Orgânica. (FIX-ZAMUDIO *apud* BARACHO, 1984, p.129).

Desta forma, pode-se concluir que o *processo* é tão importante para o direito que até mesmo para a constituição de sua Lei Maior, torna-se imperiosa a observância de sua elaboração sob um regime democrático, onde sejam assegurados o debate, a isonomia entre as classes, a igualdade entre os destinatários da norma, a ampla defesa e contraditório daqueles que desejam insurgir na presença de uma ilegalidade, ou seja, o *devido processo legislativo* precede a construção da *Constituição* de uma República Democrática ou, nas palavras de Leal, de um “*provimento final denominado lei*” (2012, p.89), sendo esta fruto do império da soberania popular. Na mesma linha de raciocínio, Couture leciona que o processo

[...] é por si mesmo instrumento de tutela do direito, que se realiza através das previsões constitucionais. A Constituição pressupõe a existência do processo, como garantia da pessoa humana. Ao ver o processo como garantia constitucional, fundamenta que as Constituições do século XX, com poucas ressalvas, reconhecem a proclamação pragmática do princípio do direito processual como necessário, no conjunto dos direitos da pessoa humana e as garantias respectivas. (COUTURE *apud* BARACHO, 1984, p.125).

Nesse sentido, a garantia dos direitos ínsitos ao *processo constitucional* decorreria apenas de uma conquista histórico-jurídica impassível de retroceder em seus fundamentos pela autoridade dos três Poderes, sob qualquer motivação. Isto quer dizer que a atividade

jurídico-procedimental somente admitiria avanços em sua estrutura pela única fonte legítima de poder: a *soberania popular*.

Por sua vez, a *teoria do processo como procedimento em contraditório* defende que “o ‘processo’ é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades.” (FAZZALARI, 2006, p.118/119). O contraditório, portanto, se consubstancia numa *estrutura dialética* do processo, de modo que:

Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação de suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados. (FAZZALARI, 2006, p.119/120).

Ao princípio do contraditório estão diretamente conectados os princípios da isonomia e da ampla defesa, eis que a atuação dos sujeitos interessados no processo deve ocorrer em *contraditório*, sob o lastro da *isonomia*, ou seja, igualdade temporal na discussão (simétrica paridade) para a formação do provimento final, bem como a *ampla defesa* processual, que supõe o direito ao Advogado e a produção de provas segundo os meios e prazos definidos em lei. A isonomia, para Leal, apresenta-se

[...] como princípio legal, autodiscursivo e legitimante de validade da instituição do devido processo constitucional, já impõe a igualdade procedimental a ensejar a execução de igualdades fundamentais de direitos dos desiguais e diferentes já decididos, como líquidos, certos e exigíveis, no plano da normatividade constituinte e, por conseguinte, protegidos pela invulnerabilidade do instituto da coisa julgada constitucional que, na democracia, é estabilizadora dos direitos fundantes da constitucionalidade democrática desde as etapas instituinte e constituinte de sua criação normativa até sua efetiva execução jurisdicional. (2005, p.84).

Por sua vez, assim como a isonomia processual, a ampla defesa tem de ser oportunizada às partes no curso do processo, ainda que não haja o desejo de se manifestar, haja vista ser este um direito-garantia que as mesmas possuem diante do comando constitucional. Assim, os *meios e prazos processuais* devem sempre ser concedidos nos termos da lei, a fim de salvaguardar a defesa do sujeito processual no procedimento em contraditório.

Portanto, no bojo de um processo judicial os procedimentos deverão ser realizados conforme uma concatenação lógica de atos, no qual, segundo uma ordem normativa, vão se

desenvolver em *dinâmica bastante específica* para a preparação do provimento. (FAZZALARI, 2006). Esta sistemática não só garante que haja o contraditório entre as partes, mas também a lisura e credibilidade do ato decisório prolatado mediante a realização de um *devido processo legal*.

Pela *teoria neo-institucionalista do processo*, que se apresenta como um avanço em relação às anteriores, o fato de grande parte do povo não ter acesso ao conhecimento dos direitos processuais por motivos de exclusão social ou cognitiva, não obsta a sua participação nas instituições democráticas, sendo imperioso torná-lo apto, segundo os *direitos fundamentais* previstos na Constituição, “a conjecturar, concretizar ou recriar o discurso da Lei Constitucional Democrática” (LEAL, 2012, p.91). Logo, os direitos criados e expressos no Texto Constitucional, como o contraditório, a ampla defesa, a isonomia, o direito ao advogado e o livre acesso à jurisdição devem compor o *processo*, enquanto instituição constitucionalizada e estruturada sob o pleno exercício da *cidadania* e da *democracia*, o que faz o mesmo a concluir que são impraticáveis os conceitos dos velhos regimes do Estado de Direito ou Estado Social, visto que:

A Teoria Neo-Institucionalista preconiza fiscalidade (controle de constitucionalidade aberto a qualquer do povo) do processo legiferante nas bases instituintes e constituintes da legalidade, bem como na atuação, modificação, aplicação ou extinção do direito constituído e trabalha a socialização do conhecimento crítico-democrático em pressupostos (direito fundamental) de auto-ilustração (dignidade) pelo exercício da cidadania como legitimação ao direito-de-ação coextenso ao procedimento processualizado. (LEAL, 2012, p.94).

Ademais, a presente teoria suscita o enfraquecimento do *poder* das elites dirigentes e até mesmo judicantes, com a aplicação efetiva do princípio constitucional da *reserva legal do processo*, para qual o autor entende ser “*o eixo fundamental da previsibilidade das decisões*”, pois,

[...] a institucionalização constitucional do Processo acarreta a impessoalização das decisões, porque estas, assim obtidas, se esvaziam de opressividade potestativa (coatividade, coercibilidade) pela deslocação de seu *imperium* (impositividade) do poder cogente da atividade estatal para a conexão jurídico-política da vontade popular constitucionalizada. (LEAL, 2012, p.91).

Nestes termos, toma-se a compreensão de que o *devido processo*, como instituição constitucionalizada, define-se “como uma *conjunção* de princípios-institutos (contraditório, isonomia, ampla defesa, direito ao advogado e à gratuidade procedimental), o qual é referente jurídico discursivo da procedimentalidade.” (LEAL, 2012, p.91).

Portanto, o contraditório, isonomia e ampla defesa são *princípios institutivos*¹² do processo, cuja observância é obrigatória durante todo o *iter* procedimental, sobretudo na fase cognitiva, na qual as partes vão provar, pelos meios permitidos por lei, a situação fática objeto da lide. A finalidade da prova, nesse sentido, “é justamente levar ao conhecimento do juiz situações fáticas, permitindo-lhe, então, aplicar o direito vigente ao caso, concretizando o ordenamento jurídico.” (SOARES; BRÊTAS, 2013, p.417).

Com efeito, a cognição gira em torno de provas e de argumentos encontrados nos autos que devem ser desenvolvidos segundo uma estrutura procedimentalizada regida pelos princípios acima citados, com observância do devido processo legal.

Para Madeira, “em Direito Democrático, pode-se dizer que a maior garantia das partes quanto à produção da prova é a observância do *devido processo*.” (2008, p.156). Deste modo, em um processo onde não é observado o *devido processo legal* e, sobretudo, o procedimento realizado segundo os *princípios institutivos* do processo, não há como conferir legitimidade ao provimento final. No processo democrático, “é inconcebível uma desigualdade jurídica fundamental, porque, se tal ocorresse romper-se-ia com as garantias constitucionais do processo em seus princípios enunciativos do contraditório, isonomia e ampla defesa na produção, correição e aplicação do direito, inclusive do próprio direito processual.” (LEAL, 2005, p.80/81).

A atual compreensão da teoria da prova, segundo o processo democrático, impõe que o juiz, ao valorizar a prova, estará vinculado aos argumentos das partes e ao ordenamento jurídico, devendo fundamentar sua decisão nesse sentido. Portanto, o julgador não tem ampla liberdade no processo e sua análise e fundamentação da decisão deverão se concentrar às questões trazidas pelas partes e por elas delimitadas argumentativamente.

Com estas linhas, Madeira chama a atenção para um novo olhar sobre o *sistema da persuasão racional*, na medida em que “se faz em bases processuais e normativas prévias, apoiando-se no princípio da Reserva Legal, razão pela qual a convicção do julgador mostra-se condicionada aos juízos *secundum legem*, e não mais *secundum conscientiam*.” (2008, p.163-164). Tal entendimento é baseado na teoria de Leal, para quem:

¹² Leal observa que tais princípios, por comportarem uma ampla abertura teórica no âmbito jurídico e importante grau de fecundidade em estudos crítico-científicos, assumem a característica de autênticos *institutos*, vale dizer, “elementos jurídico-existenciais do processo, em sua base institutiva, o *contraditório*, a *isonomia* e *ampla defesa* são princípios (referentes lógico-jurídicos), sem os quais não se definiria o *processo* em parâmetros modernos de *direito-garantia* constitucionalizada ao exercício de direitos fundamentais pela *procedimentalidade* instrumental das leis processuais.” (2012, p.98).

No mundo de hoje, em que as conquistas teóricas de liberdade, dignidade e igualdade de direitos se firmaram, as decisões *secundum conscientiam* não têm substrato legal, porque adotaram juízos de convicção íntima, sem que esta convicção esteja balizada em critérios legais. Atualmente, os princípios jurídicos se mostram fecundos em todas as legislações dos povos estudiosos, não sendo mais acolhível apoiar-se em juízos de sensibilidade, clarividência e magnanimidade como fundamento dos provimentos jurisdicionais. (LEAL, 2012, p.121).

Por tais razões não se pode mais falar em julgamento com base em *sensu comum* ou *máximas de experiência*, conforme foi observado pela doutrinas abordadas anteriormente. Trata-se de um discurso que parte de aptidões *pressupostas* e não extraídas da estrutura dialético-procedimentalizada, portanto, não suscetíveis à crítica ou refutação. Por certo, “um fundamento não extraído da plataforma procedimental, como o é a experiência ou a qualidade individual do magistrado, é imprestável à motivação do provimento, eis que não se oferta à crítica, tornando a decisão ilegítima juridicamente.” (MADEIRA, 2008, p.172).

O mesmo pode-se dizer quanto à busca da *verdade*¹³ como um dos objetivos da prova, que possibilitaria *decisões justas*¹⁴, tema tormentoso que não pode ser tratado sem critério e devida pesquisa científica. Da forma como esta questão é defendida pela doutrina tradicional, abre-se uma imensurável margem para a atuação isolada, subjetiva e solipsista do julgador, o que por certo é rejeitado pela Constituição Federal de 1988.

Neste ponto, Soares e Dias asseveram que “a busca da *verdade* dos fatos não é responsabilidade do juiz, nem do processo, muito menos da prova” (2013, p.418), razão pela qual ressaltam que o art. 131 do CPC, que autoriza ao juiz a livre apreciação da prova segundo os fatos e circunstâncias constantes dos autos, deve ser reinterpretado ou até modificado para se adequar às bases democráticas do processo constitucional. Nesse sentido, o que se busca em um processo de conhecimento é a *reconstrução argumentativa* da prova em um espaço discursivo e cognitivo-procedimental. Para Leal,

¹³ A este respeito, Madeira afirma que, “por mais que isso provoque estarecimento e a perplexidade de muitos juristas, é preciso dizer de início: em Direito, a prova não é (e nunca será) capaz de reproduzir uma verdade. E mais: a Ciência Jurídica não é capaz de tocar a verdade.” Com base na teoria de Karl Popper, o mesmo autor observa que na Ciência Jurídica, “a verdade não pode pertencer a alguém e o discurso normativo deve admitir a falibilidade de seus próprios apontamentos. Nenhum cientista do Direito ou operador jurídico aponta a verdade, mas tão somente, apresenta proposições falseáveis e provisórias.” (2008, p.179).

¹⁴ Em severa crítica à *teoria instrumentalista do processo*, que acolhe o termo *justiça* de forma não esclarecida, limitando-se a apresentá-la com um objetivo a ser alcançado pela jurisdição (linha teleológica), Leal aponta que “não se sabe se *justiça* é o Poder Judiciário, se é o resultado de um julgamento popularmente aplaudido, se um valor só perceptível pelo solipsismo da jurisdição ou um valor que esteja acima da lei e que seja o fim último de uma sociedade ideal e carismática ainda a se construir sobre princípios não esclarecidos de uma eticidade social de vocação hegeliana.” (2012, p.178). Desde modo, a aceitar sem reservas tais colocações, “o processo se transfigura em estranha ritualística de judicância carismática, num retrocesso desalentador que chega às raízes do hermetismo, porque só plenamente operável por uma sensibilidade superior e imanente ao bom juiz, como donativo da divindade.” (2012, p.53).

[...] a hermenêutica desenvolvida no procedimento processualizado, nas democracias plenas, não se ergue como técnica interpretativa do juízo de aplicação vertical (absolutista) do direito, mas como exercício democrático de *discussão horizontal* de direitos pelas partes no *espaço-tempo* construtivo da estrutura procedimental fixadora dos argumentos encaminhadores (preparadores) do provimento (sentença) que há de ser “a conclusão” das alegações das partes e não um ato eloquente e solitário de realização de *justiça*. Diga-se o mesmo da atividade construtora da *lei* que, no Estado de Direito Democrático (se algum dia alcançado e aqui a expressão “Estado de Direito Democrático” significa *Estado de Direito não Dogmático*), há de passar, à sua legitimidade, pela principiologia do *Processo Constitucional* procedimentalizado, em que maiorias e minorias estejam em isonomia discursiva para o exercício do contraditório e ampla defesa de suas ideias. (2012, p. 45-46).

Ademais,

[...] o novo paradigma constitucional propiciou uma mudança de foco no Direito na medida em que o Estado deixou de ser o centro da hermenêutica jurídica para dar lugar ao povo. Tal mudança irradiou para todo o sistema jurídico, inclusive, para a atividade cognitiva que deixou de ser uma atividade exclusiva do juiz para ser também das partes. A cognição passou a exigir o compartilhamento da valorização das provas e argumentos constantes nos autos (cartulares ou eletrônicos). As partes e o juiz, ao atuarem procedimentalmente, devem analisar as provas e argumentos em conjunto. (MADEIRA, 2008, p.165)

Deste modo, são inconcebíveis, em um Estado que se qualifica como Democrático de Direito, todas as teorias que acolhem o *ativismo judicial*, seja a que título for, em demandas coletivas ou individuais, pois a atuação do magistrado, além de se submeter à rigorosa principiologia processual democrática acima estudada, deve irrestrita obediência à *reserva legal*, como referente lógico-jurídico da legitimidade jurisdicional, que “erigiu-se em princípio constitucional de racionalidade na prolatação das decisões judiciais, o que torna imprescindível a *fundamentação* do ato jurisdicional em leis que lhe sejam precedentes.” (LEAL, 2012, p.121). Portanto,

[...] o juiz não *cria* (ou *inventa*) direito algum no processo que possa ser considerado democrático, visto não ser seu protagonista, transformando as partes em mero receptáculo de sua vontade pessoal, à margem da inarredável garantia constitucional da reserva legal, eliminando, reduzindo ou menosprezando a participação dos interessados na formação do ato decisório final, cujos efeitos suportarão. (BRÊTAS, 2012, p. 92)

Vale ressaltar que hodiernamente “não se justifica a diferenciação entre prova civil e prova penal ou entre verdade formal e verdade real, porquanto todas deitam suas raízes no *devido processo*.” (MADEIRA, 2008, p.159).

A prova, sob a ótica desta teoria do processo contemporâneo, “quando se faz pela índole onisciente, sensibilidade e suposto poder do juiz para dizer o que é ou não é

convincente, cabível ou oportuno, a pretexto de um judiciário ‘célere’, é retrocesso histórico e científico em que a técnica do julgamento se coloca a serviço das conjunturas estatais, com estrangulamento dos direitos fundamentais.” (LEAL, 2005, p.55).

Apoiando-se em Couture, Madeira conclui que “jurisdição e cognição só são exercitadas de forma legítima se observarem o *devido processo*, razão pela qual os princípios institutivos do processo são inafastáveis regentes da instrução probatória.” (2008, p.172) Ademais, o exercício de tais princípios propicia uma atividade dialética na qual a parte interessada poderá, por exemplo, demonstrar a inidoneidade de determinado instrumento de prova apresentado pela parte adversa, o que facilita a prevenção de fraude no processo e o controle da legitimidade das alegações. As linhas defendidas pela *escola instrumentalista do processo*, além de não terem guarida no paradigma do Estado Democrático de Direito, torna ainda mais árdua e angustiante a atividade do agente público julgador. Logo,

[...] a efetivação dos princípios institutivos do processo (ampla defesa, contraditório e isonomia) torna menos penosa a atividade do juiz, porquanto esse não mais precisa realizar uma investigação extra-autos nem mesmo possuir uma inteligência, sensibilidade ou sapiência sobre-humanas, como muitos processualistas estranhamente defendem. Hoje, o juiz não precisa ser semideus, o que facilita, em muito, o exercício de sua atividade profissional. (MADEIRA, 2008, p. 183)

Estas novas concepções trazidas a partir do processo constitucionalizado desmistificam a figura de um “juiz-social-ativista-engajado”, ao contrário, supõem a presença de um “juiz-diretor-dialogador do processo” (BRÊTAS, 2012, p.104) que, submetido à estruturação procedimental regida pelas garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e isonomia, articulados com o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais, possibilitará aos sujeitos que potencialmente serão atingidos pelo julgado a garantia de participação de forma crítica e contribuição efetivamente construtiva para sua formação.

6. Considerações finais.

Em análise dos posicionamentos doutrinários quanto ao ônus da prova na Ação de Improbidade Administrativa e suas variantes teóricas (inversão do ônus da prova com base no Código de Defesa do Consumidor, teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, inversão do ônus da prova a partir de presunção ou indício), observou-se que, embora respeitáveis,

estão impregnadas de tradição e discursos de autoridade, sobretudo por concentrarem os atos processuais na figura solipsista do julgador.

Observou-se ainda que o processo, nesta perspectiva, permanece como mero instrumento da jurisdição para livre manejo judicial dos direitos materiais, o que autorizaria o aumento de poderes discricionários do juiz, conferindo-lhe uma imensurável flexibilidade interpretativa para gerar dinamismo no processo e justiça nas decisões.

A partir de modernos estudos crítico-científicos, buscou-se demonstrar que, no Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional deve ser prestada segundo o devido processo constitucional, mediante a rigorosa observância do princípio do devido processo legal na regência do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, da fundamentação lógica dos provimentos jurisdicionais e da inafastável garantia de julgamento em bases normativas prévias (reserva legal) para a construção do ato decisório final.

Nesta ordem, constatou-se que o direito de defesa do réu não deve ser decotado ou minimamente reduzido na fase probatória em virtude de pressões sociais, do ativismo judicial ou de uma parcela de juristas resistentes aos ganhos obtidos com o processo constitucional. O combate à corrupção não passa pelas máximas de experiência, virtuosismo, senso de justiça, clarividência ou leitura especializada do magistrado na prolação dos atos jurisdicionais¹⁵, mas sim pela participação dialógico-discursiva-constructiva do ato decisório final pelos sujeitos processuais que sofrerão os seus efeitos.

Percebeu-se em tais linhas que, o fato de haver um *processo coletivo* ou de *natureza pública*, com uma suposta e apriorística prevalência dos interesses públicos sobre os privados, não autoriza exceções aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Constatou-se, ao final do presente estudo, que a inversão do ônus da prova em ação de improbidade, tanto a partir de presunção de enriquecimento ilícito como pelas demais variantes teóricas acima estudadas, não obstante os diferentes posicionamentos manifestados a este respeito, representa um retrocesso aos ganhos obtidos com o paradigma processual democrático. É, do mesmo modo, uma afronta ao direito de defesa duramente conquistado pelo povo e em pleno vigor no Estado Democrático de Direito.

¹⁵ Para Rosemiro Leal, “a desmistificação do Judiciário no Estado democrático de direito não se faz pela melhoria do nível técnico dos juízes e por juramentos mais fervorosos de obediência à lei e à prática de justiça, mas por sua inclusão e submissão, como instância pública, ao espaço jurídico-processual de comprometimento institucional com o direito democrático que pressupõe a compreensão da teoria do discurso como base de validade da construção jurisprudencial (jurisdiscente).” (2002, p.142)

Merece destaque, por derradeiro, que o *processo* não mais pode ser visto como um mero *instrumento* da jurisdição. Este instituto vai muito além desta ultrapassada concepção. É preciso que se entenda que o processo é uma instituição constitucionalizada e estruturada sob o pleno exercício da *cidadania* e da *democracia*, instituição esta garantidora do exercício democrático dos direitos fundamentais previamente estabelecidos pela Constituição Federal, sendo obrigação do Estado a realização de uma devida atividade jurisdicional com vistas ao provimento final, enquanto resultado lógico de uma atuação discursiva e dialética das próprias partes amparadas por tais direitos.

Estas linhas teóricas – embora sempre passíveis de crítica científica – se apresentam como possíveis caminhos em busca do amadurecimento e desenvolvimento da democracia e a efetivação do próprio processo, enquanto instituição constitucionalizada hábil a solucionar as demandas da sociedade.

Referências Bibliográficas.

ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito processual coletivo brasileiro: Um novo ramo do direito processual.** São Paulo: Saraiva, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional.** 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 05.09.2013.

BRASIL, **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em 05.09.2013.

BRASIL, **Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1995.** Lei da Ação Civil Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em 05.09.2013.

BRASIL, **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990.** Institui o Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em 05.09.2013.

BRASIL, **Lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Lei da Improbidade Administrativa. Acesso em 05.09.2013.

BRASIL. Poder Legislativo. **Projeto de Lei nº 3.015/2008.** Autoria: Deputado Manoel Júnior - PSB/PB. Relator: Deputado Flávio Dino - PCdoB/MA.

BRASIL. Poder Legislativo. **Projeto de Lei nº 5.581/2009.** Autoria: Deputado Fernando Chiarelli - PDT/SP. Relator: Deputado Daniel Almeida - PCdoB/BA.

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

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado.** Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela Prestação Jurisdicional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito.** 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo.** 4º vol. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 3º vol. São Paulo: Malheiros, 2001.

FAZZARALI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. Elaine Nassif. 8.ed. Campinas: Bookseller, 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo - Primeiros Estudos**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LOBO, Arthur Mendes. A ação prevista na lei de improbidade administrativa: competência, legitimidade, interesse de agir e outros aspectos polêmicos. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.) **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 148, p. 46-75, jun. 2007.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição: Uma inserção no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Improbidade administrativa e inversão do ônus da prova. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, n.42, p.131-152, out./dez. 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia; GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. O ônus da prova na ação de improbidade administrativa. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.867, p.70-79, jan. 2008.

OLIVEIRA, Suzana Fairbanks Schnitzlein. A evolução patrimonial do agente público em desproporcionalidade aos seus rendimentos: uma presunção de enriquecimento ilícito – exegese do inciso VII do art. 9º da Lei n. 8.429/1992. In: DOBROWOLSKI, Samantha Chantal (Coord.) **Questões práticas sobre improbidade administrativa**. Brasília: ESMPU, p. 62-88, 2011.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

RABELO, Manoel Alves; FACHETTI, Gilberto. A inexistência de fungibilidade entre a ação civil de improbidade administrativa (Lei 8.429/92) e a ação civil pública (Lei 7.347/85). In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.) **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 153, p. 47-64, nov. 2007.

SOARES, Carlos Henrique; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Manual Elementar de Processo Civil**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia” In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. (Org.) **Constituição e Processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da. **A ação de improbidade administrativa**. Revista de Direito da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, a. 6, n. 11, p. 70-90, jan./dez. 2002. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2002/arti_arnold_rodrigo.pdf>. Acesso em 24.08. 2013.