
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2010 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisão: Lourdes Nascimento
Luiz Fernando de Andrada Pacheco
Patrícia Falcão
Projeto gráfico e diagramação: Luiz Alberto Pimenta
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

A246	A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral
	ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	ISSN 1516-3210
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho
Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta
Editora Acadêmica Responsável
Ana Cláudia Finger
Secretário Editorial Executivo
Daniel Wunder Hachem
Conselho Diretivo
Adriana da Costa Ricardo Schier
Edgar Chiuratto Guimarães
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial
Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)
Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)
Carlos Ayres Britto (UFSE)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)
Clovis Beznos (PUC/SP)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)
Eros Roberto Grau (USP)
Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Juarez Freitas (UFRGS)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Marçal Justen Filho (UFPR)
Marcelo Figueiredo (PUC/SP)
Márcio Cammarosano (PUC/SP)
Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Nelson Figueiredo (UFG)
Odilon Borges Junior (UFES)
Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Rogério Gesta Leal (UNISC)
Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
Sérgio Ferraz (PUC/RJ)
Valmir Pontes Filho (UFCE)
Weida Zancaner (PUC/SP)
Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo
Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi – Itália)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG – MG)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil – PR)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR – PR)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (PUC/PR)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG – GO)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba – PR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP – SP)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña – Espanha)
Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa – Portugal)
Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (Unibrasil – PR)
Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP – PR)
Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco – PR)
Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR – PR)
Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba – PR)
Profa. Dra. Vanice Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá – RJ)

Improbidade administrativa e inversão do ônus da prova

Ricardo Marcondes Martins

Doutorando em Direito Administrativo pela PUC/SP. Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da PUC/SP. Procurador do Município de São Paulo.

Resumo: O estudo tem por objeto a inversão do ônus da prova prevista no inciso VII do art. 9º da Lei Federal nº 8.429/92. De início, analisam-se o ônus da prova e sua inversão. Após, examinam-se as presunções legais; em especial, a presunção de ilicitude em decorrência da desproporção do enriquecimento do agente público em relação à sua remuneração. Finalmente, analisa-se a constitucionalidade da presunção de improbidade. Conclui-se pela sua validade, tendo em vista, dentre outros fatores, o princípio da aptidão para a prova, a supremacia do interesse público sobre o privado e a diretriz hermenêutica de aversão do sistema normativo à corrupção.

Palavras-chave: Ônus da prova. Inversão do ônus da prova. Presunções. Presunções legais. Improbidade administrativa. Enriquecimento ilícito. Princípio da aptidão para prova. Supremacia do interesse público sobre o privado. Corrupção. Interpretação.

Sumário: 1 Ônus da prova – 2 Inversão do ônus da prova – 3 Presunções legais – 4 Improbidade administrativa – 5 Improbidade administrativa por presunção – 5.1 Presunção de enriquecimento ilícito – 5.2 Princípio da aptidão para prova – 5.3 Dinheiro público e supremacia do interesse público sobre o privado – 5.4 Combate à corrupção e hermenêutica jurídica – Conclusões – Referências

1 Ônus da prova

Francesco Carnelutti conceitua o ônus como uma “faculdade cujo exercício é necessário para obtenção de um interesse”.¹ Diferente da obrigação, que corresponde a um vínculo para tutela de um interesse alheio, o ônus corresponde a um vínculo para a tutela do interesse próprio.² Cumprida a obrigação, surge uma vantagem, não para o obrigado, mas para o credor; cumprido o ônus, surge uma vantagem para o próprio onerado. Enquanto a violação da obrigação configura um ato ilícito, a violação de um ônus não contraria o Direito. Diferente da sujeição, que é o “estado de impossibilidade de se subtrair a um comando”, o ônus é “o de não poder valer-se do comando a não ser sob certas condições”.³

¹ Sistema de direito processual civil, v. 1, §21, p. 119.

² Ou noutros termos, “obrigação é a subordinação de um interesse do obrigado ao interesse de outrem, o ônus é a subordinação de um interesse do onerado a um (outro) interesse próprio” (CARNELUTTI. Teoria geral do direito, §92, p. 289).

³ CARNELUTTI. Teoria geral do direito, §92, p. 287.

O ônus, enfim, é uma faculdade que a lei prevê para obtenção de certa vantagem.⁴ Fixado o conceito de ônus, possível se torna conceituar o chamado ônus da prova.

Ao final do processo resta saber se estão provados os fatos constitutivos do direito pleiteado pelo autor e os fatos impeditivos, modificativos e extintivos desse direito. Se os primeiros estiverem provados e não estiverem os demais, o juiz julga a ação procedente; se os impeditivos, extintivos, e modificativos restarem provados, o juiz julga a ação improcedente. O problema surge quando os fatos, ao final da ação, não estiverem provados. Proíbe-se o non liquet: o juiz deve necessariamente julgar a causa (CPC, art. 126). Daí as regras do ônus da prova: em princípio, se os fatos constitutivos do direito não estiverem provados, o juiz julga a ação improcedente; se os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor não estiverem provados e estiverem provados os fatos constitutivos, o juiz julga a ação procedente (CPC, art. 333).⁵ Cândido Rangel Dinamarco conceitua: “ônus da prova é o encargo, atribuído por lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”.⁶ Essa ideia inicial exige, para sua boa compreensão, várias observações.

Primeira: quem tem o ônus de provar pode não provar e ainda assim obter a vantagem — a procedência, no caso do autor, ou a improcedência no caso do réu. Isso porque é perfeitamente possível que o fato seja provado ou pela parte contrária, que não tem o ônus de prová-lo, ou de ofício

⁴ Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart diferenciam o ônus da faculdade: “Se no ônus e na faculdade a atuação da parte possui fundamento em um interesse pessoal, no ônus a lei determina o comportamento a ser adotado e o risco em contrariá-lo, enquanto na faculdade tal escolha permanece totalmente no foro íntimo da parte, diminuindo a previsibilidade dos efeitos do comportamento”. (Prova, p. 164). Em seguida, os inclitos processualista conceituam o ônus: “espécie de poder da parte que possibilita o agir, segundo interesses próprios, não obstante a existência de norma pré-determinada, cuja inobservância pode trazer prejuízos à própria parte onerada” (Idem, ibidem).

⁵ A doutrina dos fatos constitutivos, impeditivos e extintivos foi desenvolvida por Giuseppe Chiovenda (Instituições de direito processual civil, v. 1, §3, p. 22-25; v. 2, §§ 276 a 278, p. 444-458). Os constitutivos “dão vida a uma vontade concreta da lei e à expectativa de um bem por parte de alguém”; os extintivos “fazem cessar uma vontade concreta da lei e a consequente expectativa de um bem”; os impeditivos referem-se às circunstâncias cuja falta impede que as circunstâncias que têm por função específica dar vida ao direito produzam seu efeito (§3, p. 22-23). Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart explicam a diferença entre o fato constitutivo e o impeditivo: “O fato impeditivo não impede a formação da fattispecie da qual o fato constitutivo faz parte e visa a constituir. O fato impeditivo não é um elemento que integra a fattispecie, mas sim algo que está do seu lado de fora, e assim apenas impede que o fato constitutivo produza os seus efeitos. Vale dizer, o fato constitutivo é sempre suficiente para dar origem à fattispecie, mas o fato impeditivo retira a sua eficácia ou impede que ela produza efeitos. É nesse sentido que se diz que o fato impeditivo atua externamente sobre a eficácia do fato constitutivo, ou melhor, impede que a fattispecie produza efeitos ainda que os seus elementos constitutivos estejam presentes” (Prova, p. 166).

⁶ Instituições de direito processual civil, v. 3, §792, p. 71.

pelo juiz.⁷ Por isso, a doutrina chama o ônus da prova de ônus imperfeito: ele não é necessário para obtenção da vantagem.⁸ O não exercício do ônus da prova, portanto, apenas aumenta o risco de um julgamento contrário ao interesse do onerado.

Segunda: as regras do ônus da prova são regras de decisão, determinam como o magistrado deve julgar quando ele não estiver convencido sobre a existência dos fatos alegados pelas partes.⁹ Elas se destinam às partes (ônus da prova em sentido subjetivo), pois alertam-nas sobre o risco que a não realização da prova acarreta, e ao juiz (ônus da prova em sentido objetivo), pois estabelece como este deve julgar a causa quando resultarem duvidosos os fatos alegados.¹⁰ Essa observação exige um esclarecimento: o Direito não exige a absoluta certeza sobre os fatos alegados, a busca de uma pretensa verdade substancial, mas tão somente o convencimento do juiz sobre a configuração dos fatos suscitados no processo.¹¹

Terceira: o direito material, como regra, exige o convencimento do magistrado sobre a veracidade do fato, enquanto verdade construída no processo; excepcionalmente, todavia, o direito material contenta-se com o convencimento sobre a verossimilhança do fato. Deve-se analisar o direito material e constatar se ele exige o convencimento sobre a certeza do fato ou o convencimento sobre a verossimilhança do fato (tese de Gerhard Walter).¹² No segundo caso, o juiz deve julgar procedente a ação, ainda

⁷ Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (Prova, p. 164). Contemporaneamente, admite-se com tranquilidade que o juiz, de ofício, determine a produção da prova. Por todos, afirmam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: "Impor ao juiz a condição de mero expectador da contenda judicial, atribuindo-se às partes o exclusivo ônus de produzir prova no processo, é, quando menos, grave petição de princípios. Ora, 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 a sua tarefa" (Manual do processo de conhecimento, p. 301). Ademais, se o réu provar o fato constitutivo ou o autor provar o fato extintivo, modificativo ou impeditivo, a prova não poderá ser desprezada pelo julgador.

⁸ Por todos: TOMÉ. A prova no direito tributário, p. 218.

⁹ Nesse sentido: TARUFFO. La prueba de los hechos, p. 247; CARNELUTTI. Teoria geral do direito, §187, p. 540-541; TOMÉ. A prova no direito tributário, p. 219.

¹⁰ Por todos: MARINONI; ARENHART. Prova, p. 174 e 178.

¹¹ "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. O que legitima a decisão jurisdicional ou a coisa julgada é a devida participação das partes e do juiz, ou melhor, as próprias regras que criam as balizas para construção da verdade processual" (MARINONI; ARENHART. Prova, p. 92). O processo judicial é um processo comunicativo em que a prova do fato consiste no convencimento de um dos partícipes desse processo, o magistrado. Na teoria da comunicação, prova é um signo: "signo representativo de um fato (fato alegado), o qual, por sua vez, apresenta-se como outro signo, que se refere ao evento. O fato é signo do evento; a prova é signo do fato. Daí por que afirmamos tratar-se de metafato: fato de outro fato" (TOMÉ. A prova no direito tributário, p. 74).

¹² "Em determinadas situações ao juiz é admitida a convicção de verossimilhança. Tais situações têm particularidades próprias, suficientes para demonstrar que a exigência de prova plena seria contrária ao próprio desejo do direito material. Ou, em outras palavras, que nessas situações o próprio direito material não exige prova plena ou não se concilia com a aplicação da regra do ônus da prova" (MARINONI; ARENHART. Prova, p. 188).

que não esteja convencido de que o fato constitutivo ocorreu, pois contenta-se o Direito com a dúvida fundada sobre a ocorrência do fato.

2 Inversão do ônus da prova

Nos termos expostos, como regra geral, o ônus da prova dos fatos constitutivos é atribuído ao autor e dos fatos extintivos, modificativos e impeditivos ao réu. Essa regra, prevista no art. 333 do CPC, é em várias hipóteses alterada, dando ensejo à chamada inversão do ônus da prova. Discriminam-se três causas dessa alteração.

- 1) Legal: a lei expressa ou implicitamente altera a regra geral de distribuição do ônus da prova. Dois exemplos: nos termos do art. 359 do CPC o descumprimento da ordem judicial de exibição do documento ou coisa gera presunção relativa de verdade dos fatos que se pretendia provar por meio da exibição, caso não acolhida a recusa;¹³ nos termos dos arts. 231 e 232 do Código Civil a recusa em submeter-se a exame médico necessário para prova de um fato faz presumir a veracidade desse fato.¹⁴
- 2) Judicial: o juiz pode determinar a inversão da regra geral. E pode fazê-lo em duas hipóteses distintas. 2.1) Com fundamento numa regra jurídica, caso em que a lei expressamente autoriza o magistrado a inverter o ônus da prova. É justamente o que faz o inciso VIII do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor: quando a alegação do consumidor for verossímil ou quando ele for hipossuficiente, o juiz é autorizado a inverter a regra do art. 333 do CPC.¹⁵ 2.2) Com fundamento num princípio jurídico, caso em que, apesar de inexistir lei autorizadora, o magistrado inverte

Os autores acolhem a tese de Gerhard Walter, aqui também acolhida, segundo a qual o módulo da prova pode variar conforme a situação concreta. Explicam Marinoni e Arenhart o pensamento do processualista alemão: "Quando se determina o módulo de prova, não há como deixar de levar em conta a matéria subjacente ao direito processual, sob pena de os fins do próprio direito material serem desvirtuados, ou ainda de se entrar em choque com outros importantes princípios do direito". Em seguida: "Para se pensar na adequação e na legitimidade do módulo da prova, não basta considerar os princípios jurídicos, ainda que os mais elevados, mas é também necessário analisar os propósitos que o legislador teve em relação a uma matéria concreta, seja quando a lei os mencione expressamente como fins, ou quando possam ser inferidos a partir das razões da lei ou do procedimento; o módulo da prova dos procedimentos diferenciados tem de responder a esses fatores e, assim, ser variável". Daí a afirmação: "não há como se pensar na aplicação de um modelo unitário, chamado 'verdade', para todas as situações concretas". Enfim, concluem: "A encruzilhada, posta no meio do desenvolvimento do seu raciocínio, impõe a análise acerca de quando o método da convicção da verdade pode ser dispensado em favor do método da verossimilhança. É quando demonstra a necessidade de um agrupamento dos casos que exigiriam a redução do módulo da prova" (Prova, p. 88).

¹³ Cf. MARINONI; ARENHART. Prova, p. 178-179.

¹⁴ Idem, p. 183-184.

¹⁵ Idem, p. 190-197.

o ônus da prova com base no devido processo legal. Quando ao autor é impossível ou muito difícil provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável ou muito mais fácil provar a inexistência do fato constitutivo, deve o magistrado inverter o ônus da prova.^{16 17}

- 3) Convencional: a inversão é determinada em contrato firmado entre as partes. Como a regra do ônus da prova disciplina o exercício da função jurisdicional, Giuseppe Chiovenda defendeu a impossibilidade de ser alterada por acordo de vontade das partes.¹⁸ Nesse ponto, o legislador brasileiro não acolheu a doutrina de Chiovenda: o parágrafo único do art. 333 do CPC expressamente admite convenção das partes sobre o ônus da prova, desde que não recaia sobre direito indisponível, nem torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.¹⁹

Há casos em que a prova é igualmente difícil para o autor e para o réu, mas o Direito determina que a situação de dúvida sobre o fato constitutivo não seja suportada pelo autor. Nesse caso, para o julgamento de procedência, basta um juízo de verossimilhança dos fatos constitutivos, de modo que, não provada a existência de um fato extintivo, modificativo ou impeditivo, o juiz só julgará a ação improcedente se provada a inexistência do fato constitutivo.²⁰ Acolhe-se a tese de Gerhard Walter:

¹⁶ Com absoluta precisão doutrinam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: “É evidente que o fato de o réu ter condições de provar a não existência do fato constitutivo não permite, por si só, a inversão do ônus da prova. Isso apenas pode acontecer quando as especificidades da situação de direito material, objeto do processo, demonstrarem que não é racional exigir a prova do fato constitutivo, mas sim exigir a prova de que o fato constitutivo não existe, ou seja, a inversão do ônus da prova é imperativo de bom senso quando ao autor é impossível ou muito difícil provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar a sua inexistência”. (Prova, p. 189). Não pode o magistrado, quando da prolação da sentença, surpreender as partes com a inversão. Por óbvio: a parte onerada deve ser cientificada da elevação do risco de um resultado desfavorável caso não produza a prova. Por isso, a inversão judicial deve ser comunicada às partes na audiência preliminar. Em sua dissertação de mestrado, Sandra Aparecida de Sá dos Santos concluiu que a inversão do ônus da prova pode ser uma exigência do *due process of Law* (A inversão do ônus da prova, p. 91).

¹⁷ O princípio da aptidão para a prova vem sendo correntemente invocado pela doutrina nas ações em que o Poder Público é parte. A mera impugnação do ato administrativo não importa na inversão do ônus da prova, esta só é determinada se a prova for muito mais fácil para a Administração do que para o administrado. Nesse sentido, doutrina Ney José de Freitas: “Não parece adequado dizer que a impugnação inverte o ônus da prova, agora, em favor do cidadão. Não se trata disso. O que se pretende sustentar é coisa diversa. O encargo que compete ao cidadão é o de impugnar o ato administrativo. Com a impugnação, cessa a aludida presunção de validade, mas não se inverte o ônus da prova em benefício do cidadão”. E, logo em seguida, pontua: “deve produzir prova quem detém os meios para realizar, adequadamente, tal encargo. É o denominado princípio da aptidão para a prova” (Ato administrativo: presunção de validade e a questão do ônus da prova, p. 130). É parcialmente acompanhado por Durval Carneiro Neto, Processo, jurisdição e ônus da prova no direito administrativo, p. 344. Vide sobre o tema meu Efeitos dos vícios do ato administrativo, Cap. VI-8.7, p. 226-227. Em sentido contrário, manifesta-se Fernando Gama de Miranda Netto, para quem cabe à Administração provar a validade do ato administrativo quando houver impugnação do administrado (Ônus da prova: no direito processual público, p. 284, item 5.5).

¹⁸ Instituições de direito processual civil, v. 2, §282, p. 460-461.

¹⁹ Sobre o tema, por todos: MARINONI; ARENHART. Prova, p. 199-203.

²⁰ Cf. MARINONI; ARENHART. Prova, p. 188-190.

o módulo da prova varia de acordo com o direito material objeto do litígio. Nem sempre, porém, esses casos estão claramente indicados no direito positivo. Cabe ao juiz efetuar a ponderação das circunstâncias fáticas e jurídicas e apurar se o Direito exige um juízo de certeza sobre os fatos constitutivos ou contenta-se com um juízo de verossimilhança. A inversão judicial, nesse caso, não decorre do devido processo legal, nem de uma regra legislativa expressa, mas da ponderação das circunstâncias fáticas e jurídicas e, portanto, do maior peso dado pelo sistema normativo aos valores jurídicos que estão na base da pretensão do autor.

3 Presunções legais

A primeira hipótese mencionada de inversão do ônus da prova demanda um aprofundamento. Afirmou-se que quando a lei estabelece uma presunção relativa, ela altera a regra geral do ônus da prova. Diante disso, faz-se necessário examinar, ainda que sucintamente, o tema das presunções. 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”.²¹ Fundamenta-se em juízos probabilísticos, apoiados na observação do que normalmente acontece. Não consiste num meio de prova, mas numa regra de inversão do ônus da prova.²² A doutrina distingue as presunções judiciais, também chamadas

²¹ DINAMARCO. Instituição de direito processual civil, v. 3, §821, p. 113. Explica o aclamado processualista: “como todo fenômeno de inversão probatória, as presunções relativas atuam em um primeiro momento lógico sobre o objeto da prova, para que o fato buscado na instrução fique dispensado de demonstração pela parte interessada (ele fica excluído do objeto da prova: art. 334, inc. IV). Depois é que, como a outra parte tem a faculdade de provar o contrário, surge para esta o onus probandi — ônus de provar o fato contrário, obviamente, e não o fato presumido” (Idem, §825, p. 119).

²² É a posição, dentre outros, de DINAMARCO. Instituição de direito processual civil, v. 3, §829, p. 124-125. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart qualificam a presunção como um expediente de redução do módulo de prova (Prova, p. 131-132). Parecem, contudo, seguir a posição de Dinamarca: “quando sobre determinado fato incide uma presunção legal relativa, a parte a quem essa presunção prejudica fica com o ônus de provar o contrário (do estabelecido na presunção), pouco importando a sua posição no processo. Essa ‘distribuição’ do ônus da prova não é mais feita com base em um critério processual, mas sim a partir de uma situação que caracteriza determinado sujeito perante o direito material” (Idem, p. 137). Há forte corrente em sentido contrário. Maria Rita Ferragut, em trabalho de mão e sobremão, conceituou as presunções como meios de prova indireta. Nas palavras dela: “entendemos que as presunções nada ‘presumem’ juridicamente, mas prescrevem o reconhecimento jurídico de um fato provado de forma indireta” (Presunções no direito tributário, p. 63). No mesmo sentido doutrina Fabina Del Padre Tomé, que aclara as premissas dessa corrente: “Toda prova é um fato que faz presumir a ocorrência de um evento. Toda prova aparece como um indício, capaz de acarretar uma presunção. Isso porque, sendo a verdade absoluta algo intangível, visto que não se tem, jamais, acesso ao acontecimento-em-si, a prova carregada aos autos não passa de um indício, a partir do qual se realiza operação lógica que leve à conclusão acerca da ocorrência ou inoocorrência de determinado fato jurídico em sentido estrito” (A prova no direito tributário, p. 131-132). Sem negar essas premissas, vislumbra-se uma diferença conceitual entre os chamados meios de prova e a presunção. A regra do ônus da prova não é um meio de prova: quando o fato não resta provado, a regra do ônus da prova não prova o fato, mas disciplina como o juiz deve decidir a causa; da mesma forma, a regra jurídica da presunção não prova o fato, mas enfraquece o módulo de prova e altera a regra do ônus da prova. De fato, estabelecida a presunção, o

de hominis ou simples, em que a dedução da ocorrência de um fato pela verificação de outro decorre de um exclusivo juízo do magistrado, sem a interferência a priori do legislador; das presunções legais, em que a dedução é estabelecida em regra legislativa expressa.²³ Finalmente, impõe-se diferenciar a presunção legal relativa da impropriamente chamada presunção legal absoluta (toda presunção judicial é relativa), que nada tem de presunção: enquanto a relativa é uma regra de inversão do ônus da prova, a absoluta é uma regra de qualificação de fatos jurídicos, verdadeira ficção jurídica.²⁴

4 Improbidade administrativa

Dispõe o §4º do art. 37 da CF/88 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 pena cabível”. As palavras utilizadas no texto constitucional, sendo signos, não são desprovidas de significado, não são formas ocas, um “X” ou um “Y” ao qual o legislador é livre para atribuir qualquer conteúdo. Pelo contrário: a utilização de uma palavra no texto constitucional importa na constitucionalização do seu significado ou ao menos do núcleo essencial deste.²⁵ Improbidade vem do substantivo latino *improbitas*, *tatis*, que significa “má qualidade”, “maldade”, “perversidade”.²⁶ Daí o conceito

Direito considera suficiente um juízo de verossimilhança sobre o fato constitutivo e, por conseguinte, imputa ao réu o ônus de provar a inexistência do fato constitutivo. Com isso, afasto-me parcialmente da posição que assumi em meu Efeitos dos vícios do ato administrativo (Cap. VI-8.6, p. 233).

²³ Cf. MARINONI; ARENHART. *Prova*, p. 132-138; DINAMARCO. *Instituição de direito processual civil*, v. 3, §§826 e 828, p. 120-124; PACHECO. *Ficções tributárias: identificação e controle*, p. 262-265; CARVALHO. *Ficções jurídicas no direito tributário*, p. 211-213. Maria Rita Ferragut critica a classificação: ambas as presunções são legais, pois disciplinadas pelo direito (Presunções no direito tributário, p. 65). Discorda-se: ambas as presunções são jurídicas, mas não legais.

²⁴ Angela Maria da Motta Pacheco diferencia a presunção absoluta da ficção: a presunção *juris* et de *jure* diz respeito a dois fatos, em que provado o primeiro está, por determinação legal, inexoravelmente provado o segundo; a ficção diz respeito a um único fato (Ficções tributárias: identificação e controle, p. 267). Pouco adiante, a própria autora reconhece: “Embora figura que introduza um raciocínio presuntivo as presunções *juris* et de *jure* acabam se comportando como ficções jurídicas” (Idem, p. 268). Cândido Rangel Dinamarco não vê a distinção e qualifica as presunções absolutas como “expedientes com os quais o legislador constrói certas ficções e nelas se apóia para impor as conseqüências jurídicas que entende convenientes” (Instituição de direito processual civil, v. 3, §824, p. 116). No mesmo sentido, afirma Fabiana Del Padre Tomé: “A chamada presunção absoluta nada tem de presunção, pois, ao inadmitir prova em contrário, caracteriza-se como verdadeira disposição legal de ordem substantiva que prescreve determinada conseqüência jurídica em função de específico acontecimento factual, previsto na hipótese” (A prova no direito tributário, p. 136).

²⁵ Foi o que afirmei em meu “Regime jurídico da licença ambiental”, *Revista de Direito Ambiental* 40/191; *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, cap. III-1.2, p. 67.

²⁶ Cf. Ernesto Faria, *Dicionário latino-português*, p. 477.

jurídico: improbidade é uma imoralidade qualificada pela desonestidade do agente.²⁷

O legislador pretendeu na Lei nº 8.429/92 esvaziar a força normativa desse importante conceito jurídico por meio da banalização. O texto literal abarca na tipificação das condutas ímprobas condutas meramente culposas e, pasmem, todas as condutas atentatórias aos princípios da administração pública. Com efeito: pelo texto dos arts. 9º, 10 e 11 configuram ato de improbidade os atos dos agentes públicos que importem enriquecimento ilícito, que causem prejuízo ao erário e que atentem contra os princípios da Administração Pública. É evidente a tentativa de banalização da improbidade: ao pé da letra todo ato administrativo inválido importaria numa improbidade; todo ato danoso meramente culposos, ainda que resultante de culpa leve, importaria numa improbidade. Se a banalização de um conceito no plano abstrato é imoral, a aplicação dessa banalização no plano concreto é mais imoral ainda. Sem embargo, não há por que a pretendida banalização surtir efeitos: é de obviedade ululante que só condutas desonestas — e a desonestidade pressupõe dolo, má-fé do agente — admitem a qualificação de ímprobos. A desonestidade faz parte do núcleo essencial do signo improbidade inscrito no inciso V do art. 15 e no §4º do art. 37, ambos da CF/88. A Lei nº 8.429/92 exige, nesses termos, uma interpretação conforme a Constituição.

5 Improbidade administrativa por presunção

O inciso VII do art. 9º. da Lei nº 8.429/92 tipifica como ato de improbidade administrativa “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”. Em torno desse dispositivo instaurou-se acirrado debate doutrinário. Ao contrário do espírito da lei, essa regra não configura banalização da improbidade administrativa. Pelo contrário: trata-se de regra fundamental do sistema normativo vigente, a merecer estudo aprofundado. Ela tipifica uma presunção legal relativa, importando

²⁷ A expressão “moralidade administrativa qualificada” é de José Afonso da Silva (Curso de direito constitucional positivo, p. 616). O complemento é de Aristides Junqueira Alvarenga que em famoso trabalho a sabendas averbou: “improbidade administrativa pode ser definida como espécie do gênero imoralidade administrativa, qualificada pela desonestidade de conduta do agente público, mediante a qual este se enriquece ilicitamente, obtém vantagem indevida, para si ou para outrem, ou causa dano ao erário” (Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro. In: BUENO; PORTO FILHO (Coord.). Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais, p. 92).

em clara inversão do ônus da prova. São fatos constitutivos da pretensão punitiva: a) o fato da aquisição para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, de bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público; b) a ilicitude da aquisição; c) a desonestidade da aquisição. Perceba-se: o mero fato da aquisição não configura ato de improbidade. 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,²⁸ a ação é julgada procedente.

Antes, porém, de examinar com detença a juridicidade desse dispositivo, apresenta-se um panorama do debate doutrinário até então existente. Há quem considere o dispositivo inconstitucional. Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior defendem a necessidade da prova pelo Ministério Público do nexo entre o abuso do exercício funcional e o enriquecimento.²⁹ No mesmo sentido, doutrina Francisco Octavio de Almeida Prado, para quem a condenação exige a prova de que o acréscimo patrimonial derivou de vantagem patrimonial indevida e o ônus da prova cabe ao acusador.³⁰ Em sentido contrário, Wallace Paiva Martins Júnior vislumbra no dispositivo autêntica inversão do ônus da prova, apesar das alterações que o projeto sofrera

²⁸ É possível que aquisição seja ilícita e não haja improbidade administrativa. Conforme exposto, para que haja improbidade faz-se necessária a desonestidade. Se o agente adquiriu bens ilicitamente, mas provar que não o fez com dolo, descaracterizar-se-á a improbidade. Mais ainda: aplica-se à improbidade administrativa, *mutatis mutandis*, às linhas gerais da teoria do crime. Assim, se o réu, apesar da ilicitude da aquisição, afastar, por exemplo, a imputação objetiva, deverá a ação ser julgada improcedente. Por todos, vide a excelente monografia de Fernando Capez (Limites constitucionais à lei de improbidade, p. 173 et seq.). Do mesmo modo, se afastar a tipicidade, a antijuridicidade, a culpabilidade ou a punibilidade, também obterá a improcedência. Sobre o tema, vide meu *Efeitos dos vícios do ato administrativo* (cap. XI-3, p. 612 et seq.).

²⁹ Afirmando: "Tendo em vista as rigorosas sanções estipuladas no diploma em questão e sua repercussão na esfera privada e, levando-se em conta que sua aplicação conduz ao desapossamento de bens, à privação de direitos políticos e à interdição para o exercício de função pública, quer dizer, na privação de direitos fundamentais garantidos pela CF, não se pode aceitar a tese da presunção da ilicitude do enriquecimento calcada em também presumida, genérica e vaga improbidade administrativa. No Estado Democrático de Direito é inconcebível exigir do cidadão que prove que é inocente" (*Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*, p. 71).

³⁰ "A inversão do ônus da prova envolve uma presunção de enriquecimento ilícito — de culpa, portanto. E uma tal presunção, criada pelo legislador ordinário, é virtualmente incompatível com a presunção de inocência consagrada pela Constituição na esfera penal e extensiva às sanções por improbidade administrativa. Tal circunstância, aliada à impossibilidade de se adotar a responsabilidade objetiva, leva à conclusão no sentido de que cabe ao órgão acusador — e só a ele — identificar e demonstrar que o acréscimo patrimonial do agente público derivou de conduta ilícita e culpável no exercício de suas atividades" (*Improbidade administrativa*, p. 87).

no Congresso,³¹ e defende sua constitucionalidade.³² O ínclito professor paulista Marcelo Figueiredo parece adotar o mesmo entendimento.³³ Fábio Medina Osório admite o ajuizamento da ação mesmo sem a prova da ilicitude, mas é reticente em relação à inversão.³⁴ Finalmente,

³¹ Segundo informa o autor, o Projeto de Lei nº 1.446/91 tipificava como improbidade no inciso IX do art. 2º. a aquisição de bens ou valores, no exercício de cargo, emprego ou função pública, ou logo após deixá-lo, sem que, à época da aquisição, dispusesse de recursos financeiros. A redação foi alterada na Câmara dos Deputados, punindo-se a aquisição, para si ou para outrem, no exercício de cargo, emprego ou função pública, ou até cinco anos após o término do exercício, de bens ou valores de qualquer natureza, cujo valor fosse desproporcional à evolução patrimonial ou à renda do agente público. Inseriu-se um §2º que imputava ao agente ou a seus sucessores a prova da origem lícita dos recursos financeiros utilizados para a aquisição desses bens ou valores. Quer dizer: passou-se a fazer expressa menção no texto do projeto à inversão do ônus da prova. O projeto foi encaminhado ao Senado que alterou a redação do dispositivo para elevar de cinco para dez anos o período posterior ao término do exercício do cargo, emprego ou função pública em que perduraria a inversão. O Senado manteve, contudo, a expressa menção à inversão, agora no art. 26. O Projeto retornou à Câmara dos Deputados, que suprimiu tanto a “quarentena” quanto à explicitação da inversão do ônus da prova (MARTINS JÚNIOR. *Probidade administrativa*, p. 196, rodapé 33).

Esse breve relato deixa claro que a intenção do legislador foi impedir a inversão do ônus da prova e traz à tona o secular debate ente subjetivistas e objetivistas: os primeiros defendem a busca da intenção do legislador; os últimos, a busca da intenção da lei. Sobre ambas as correntes, vide, por todos: ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, cap. V, p. 165-197. Interessante notar que Engisch adota a teoria subjetivista, com temperamentos (Op. cit., p. 202, nota 10). Tércio Sampaio Ferraz Jr., após afirmar que a polêmica não pode ser resolvida pela força dos argumentos (Introdução ao estudo do direito, p. 269), invoca a teoria do legislador racional (Idem, p. 281) de Carlos Santiago Nino: atribuem-se ao legislador certas propriedades de racionalidade, tomando-o como único, imperecível, omnisciente, operativo, justo, coerente, omnicomprensivo, preciso (Introducción al análisis del derecho, p. 328-329). Ora, o “legislador racional” é justamente a “vontade da lei” (ou, mais precisamente, do texto normativo), apesar da discordância de Tércio Sampaio. Essa “vontade” do texto é o terceiro metalingüístico referido pelo notável jusfilósofo: não é o texto nem o autor do texto (Introdução ao estudo do direito, p. 281-283). Por isso, adota-se a teoria objetivista: despreza-se a “vontade do agente normativo”. Aliás, conclusão plenamente coerente com o que afirmamos em outra oportunidade: na função pública a vontade do agente normativo é irrelevante ou quando muito secundária (Efeitos dos vícios do ato administrativo, p. 55-57). Nesse ponto, calha à fiveleta o escólio de Carlos Maximiliano: “Com a promulgação, a lei adquire vida própria, autonomia relativa; separa-se do legislador; contrapõe-se a ele como um produto novo; dilata e até substitui o conteúdo respectivo sem tocar nas palavras; mostra-se, na prática, mais providente que o seu autor. [...] Logo, ao intérprete incumbe apenas determinar o sentido objetivo do texto, a vis ac potestas legis; deve ele olhar menos para o passado do que para o presente, adaptar a norma à finalidade humana, sem inquirir a vontade inspiradora da elaboração primitiva” (Hermenêutica e aplicação do direito, §35, p. 30-31). Diante da redação do inciso VII do art. 9º. da Lei nº 8.429/92, nos termos a seguir retomados, resta clara a inversão do ônus da prova, ainda que da análise histórica, do exame das discussões parlamentares em torno do projeto, infira-se a intenção do legislador de não instituir essa inversão. Em suma: o que importa é o significado do texto aprovado e não a intenção do editor normativo.

³² “Não obstante a eliminação da regra explícita da inversão do ônus da prova, o texto aprovado não aboliu esse instrumento, porque para o autor da ação, repita-se, basta a prova de que o agente público exercia alguma função pública e adquiriu bens ou valores incompatíveis e desproporcionais à evolução de seu patrimônio ou renda, constatação que é feita a partir das informações constantes das declarações de bens prestados por ele próprio, de informações patrimoniais ou rendimentos em seu nome existentes em instituições bancárias, serviços notariais e de registros públicos, repartições públicas etc., de modo que sempre caberá a ele provar a origem lícita dos recursos empregados na aquisição. É nessa exata medida que se dá a inversão do ônus da prova” (Probidade administrativa, p. 196-197).

³³ “Existe na lei uma presunção de enriquecimento ilícito, situação muito similar às hipóteses previstas na legislação do imposto de renda, alusivas aos ‘sinais exteriores de riqueza’. É preciso ter cuidado ao aplicar o dispositivo. O intérprete deve dar caminhos e meios para que o agente possa justificar por todos os modos em Direito admitidos a origem de suas rendas e proventos e, assim, dar oportunidade para que a ‘verdade real’ (em contraposição à ‘verdade formal’ — das declarações de renda do agente ímprobo) venha à tona” (Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar, p. 90).

³⁴ “Insista-se, não obstante, que a incidência do tipo depende da correta e razoável distribuição do ônus probatório. Isso só se torna possível com a avaliação concreta do caso em análise. Determinados sinais de riqueza exterior justificam ou podem justificar o desencadeamento de investigações. O resultado das apurações, assegurados os direitos de defesa e de informação, pode recomendar ajuizamento de demanda, se, garantidas todas as

Emerson Garcia considera inexistir inversão do ônus da prova: sustenta bastar ao autor da ação provar a desproporção entre a remuneração do agente e a evolução patrimonial, devendo o réu provar a origem lícita, mas argumenta que esta última consiste em fato impeditivo da pretensão do autor.³⁵ Sem desprestigiá-lo, discorda-se: ao se imputar ao réu o dever de provar a licitude, há autêntica inversão do onus probandi, pois a ilicitude não é estranha à *fattispecie* da conduta típica (cf. *supra*, rodapé 5). Feita essa breve resenha do debate doutrinário, possível se torna o atendo exame dessa inversão.

5.1 Presunção de enriquecimento ilícito

Sem hipocrisia,³⁶ não existe enriquecimento sem causa. A chamada proibição do enriquecimento sem causa consiste, mais precisamente, na proibição de enriquecimento sem justa causa.³⁷ Com efeito: todo enriquecimento tem uma causa, o fato que lhe deu ensejo. No mais das vezes o enriquecimento das pessoas advém de seus rendimentos (primeira presunção). Essa regra, porém, fruto de um juízo probabilístico, não é absoluta; por óbvio, alguém pode enriquecer em virtude de uma doação, de uma herança, do recebimento de um prêmio; causas excepcionais, contrárias ao que normalmente acontece. Como regra geral, o enriquecimento decorre da remuneração. Na feliz observação de Cândido Rangel Dinamarco, segundo a sabedoria popular quem tem mais riquezas do que suas fontes financeiras conhecidas comportam, presume-se desonesto.³⁸ Trata-se de uma decorrência da primeira presunção: se, como regra geral, o enriquecimento das pessoas decorre de sua remuneração; quando há uma desproporção entre o enriquecimento e a remuneração, presume-se a ilicitude (segunda presunção). Presunção não é ficção: exige base na realidade fenomênica, um juízo probabilístico fundado na observação do que comumente acontece. No caso, esses dois juízos — de que o

oportunidades, o imputado não souber explicar a origem de seu patrimônio *lato sensu*” (Teoria da improbidade administrativa, p. 457).

³⁵ Improbidade administrativa. Improbidade administrativa. In: GARCIA; ALVES. Improbidade administrativa, p. 325-329.

³⁶ Fábio Medina Osório observa, com absoluta razão, que “a desproporção entre os rendimentos formais e o padrão de vida ostentado pelo agente público é um dos problemas mais comuns, [...] que convive abertamente com altos índices de hipocrisia diante dessas distorções” (Teoria da improbidade administrativa, p. 455).

³⁷ Por todos, vide NANNI. Enriquecimento sem causa, p. 254-265.

³⁸ “Dizia-se, em um anacoluto que no passado foi bastante conhecido nas cidades interioranas, que quem cabritos vende e cabras não tem, de alguma parte lhos vêm — e isso significa presumir que quem ostenta riquezas sem ter fontes financeiras conhecidas, provavelmente colheu desonestamente o que ostenta” (Instituições de direito processual civil, v. 3, §821, p. 114).

enriquecimento decorre da remuneração e de que o enriquecimento desproporcional à remuneração é ilícito — configuram autênticas presunções, pois fundados no que de fato realmente acontece.

Pois bem, a lei nada mais fez do que positivar a segunda presunção. Quando o patrimônio do agente público é desproporcional em relação aos seus vencimentos surge na população uma dúvida. A dúvida decorre justamente da existência das aludidas hipóteses excepcionais — herança, doação, prêmio —; sem elas haveria certeza e não dúvida. Diante dessa dúvida, configurada essa presunção, pode o sistema normativo imputar ao próprio réu que prove a licitude do seu enriquecimento? Foi justamente o que fez o inciso VII do art. 9º. da Lei nº 8.429/92: o autor deve provar o enriquecimento 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. Resta saber se é possível o juízo presuntivo para condenar alguém, mais ainda, para impor a sanção de improbidade. Defende-se aqui essa possibilidade por vários motivos.

5.2 Princípio da aptidão para prova

Afirmou-se que não é apenas a presunção que fundamenta a inversão do ônus da prova. Quando a prova é impossível ou muito difícil para uma parte, o princípio do devido processo legal exige a inversão do ônus da prova. Trata-se do que ficou conhecido como princípio da aptidão para prova. Se a prova é muito mais difícil para uma parte do que para a outra, o ônus da prova deve ser imputado à parte cuja realização da prova é muito mais fácil. A possibilidade de cumprimento do ônus é um pressuposto para a inversão: deve ser possível à parte onerada provar o fato.³⁹ Não é condição suficiente, pois não basta a possibilidade. A prova deve ser muito mais fácil para uma parte do que para a outra.

³⁹ Afirmam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: “Quando se inverte o ônus é preciso supor que aquele que vai assumi-lo terá a possibilidade de cumpri-lo, pena de a inversão do ônus da prova significar a imposição de uma perda, e não apenas a transferência de um ônus. Nessa perspectiva a inversão do ônus da prova somente deve ocorrer quando o réu tem a possibilidade de demonstrar a não existência do fato constitutivo” (Prova, p. 189).

No caso, é de uma obviedade ululante: é muito mais fácil para o agente provar que o enriquecimento é lícito do que para o Estado provar que o enriquecimento é ilícito. O enriquecido sempre sabe com absoluta clareza a causa de seu enriquecimento. Quando a causa é lícita, a prova é quase sempre muito fácil de ser efetuada. A prova só se torna difícil justamente quando a causa é ilícita.⁴⁰ Além da configuração do juízo presuntivo, portanto, a inversão é justificada pelo princípio da aptidão para a prova.

5.3 Dinheiro público e supremacia do interesse público sobre o privado

Poder-se-ia dizer: ainda que configurada a aludida presunção e ainda que a prova seja mais fácil para o réu do que para o autor, a inversão do ônus da prova não pode ser efetuada, pois não se poderia basear a imputação da qualificação de desonesto, de ímprobo, numa mera presunção; não se poderia, por conseguinte, fundamentar a condenação por improbidade e, assim, a imposição das graves sanções previstas no §4º do art. 37 da CF/88 e no art. 12 da Lei nº 8.429/92 em mera presunção. Ademais, não se poderia exigir que alguém prove não ter praticado uma infração, não ser desonesto. A argumentação não procede pelo seguinte: trata-se de dinheiro público e o fato de tratar-se de dinheiro público justifica a imposição da inversão do ônus da prova.

Com efeito: quando alguém decide assumir uma função pública ou gerenciar recursos públicos, aceita inserir-se numa situação jurídica especial.⁴¹ Quem toca em dinheiro público fica, inexoravelmente, na situação

⁴⁰ Muito apropriadas as considerações de Marcelo Figueiredo: “É ingênuo supor que o agente ímprobo, de ordinário, com o produto de sua rapinagem, declare seus bens ao Imposto de Renda, adquira bens na cidade ou no país em que viva — enfim, que demonstre a todos grande desproporção entre renda e patrimônio, embora possa fazê-lo, eventualmente” (Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar, p. 79).

⁴¹ Essa situação justifica a inversão do ônus da prova quando for provada pelo Estado a desproporção entre o patrimônio do agente e sua remuneração. Não justifica, porém, a publicação nominal dos vencimentos. O que o governo paulista fez no ano de 2009 com seus servidores foi historicamente o maior atentado ao funcionalismo público brasileiro. Difícilmente se concebe um exemplo de maior desrespeito aos direitos fundamentais dos servidores. O §6 do art. 39 da CF/88 exige a publicação dos valores dos subsídios e da remuneração dos agentes públicos; o parágrafo único do art. 48 e o art. 48-A da Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101/00, introduzidos pela Lei Complementar nº 131/09, exigem a publicação eletrônica de todos os gastos públicos. Por óbvio, essa publicação deve respeitar o direito à privacidade dos servidores; basta que se informe o valor da remuneração de cada cargo, basta que se informe o valor de cada vantagem pecuniária, basta que se informe o quanto se gasta com a remuneração de pessoal de cada órgão, com cada carreira. O princípio republicano, enfim, não admite que se publique o holerite dos servidores. A situação dos agentes públicos é especial, mas não a ponto de afetar o núcleo essencial do direito fundamental da privacidade. Surpreendentemente, há quem discorde. Wallace Paiva Martins Júnior entende que a publicidade nominal dos vencimentos não é obstada pela tutela da intimidade e da vida privada (Remuneração dos agentes públicos, p. 155-157). Afasta-se, nesse ponto, de seu costumeiro acerto e incide em grave equívoco. Insiste-se: a publicação nominal é uma séria afronta ao funcionalismo.

de sujeição de prestar contas. É uma das bases do regime republicano: o intenso controle dos bens públicos, em sentido lato, e, pois, do uso do dinheiro público.⁴² Noutras palavras: o povo tem o direito de exigir explicações de quem recebe dinheiro público. Diante da dúvida decorrente da desproporção entre o enriquecimento e a remuneração do agente, surge o dever de explicar ao povo o porquê do enriquecimento. A situação jurídica de quem recebe dinheiro público não é, acentua-se com ênfase, equivalente à situação jurídica de quem recebe dinheiro privado.

Se quando se trata de dinheiro privado, a desproporção entre o enriquecimento e os vencimentos dos particulares não justifica a inversão do ônus da prova e a imputação do ônus de provar a licitude do enriquecimento, tudo é diferente quando se trata de dinheiro público. E isso porque num plano abstrato os bens coletivos sobrepõem-se aos bens privados: vigora no sistema o princípio formal da supremacia do interesse público sobre o privado.⁴³ Os valores relativos à liberdade do agente público e à presunção de inocência importam na garantia de não ser sancionado sem a prova pelo órgão acusador dos fatos constitutivos do jus puniendi. Esses valores cedem em face do regime de tutela do dinheiro público e da exigência de prestação de contas, quando verificado que o enriquecimento do agente é desproporcional à sua remuneração. Deveras: o sistema jurídico exige dos agentes que expliquem por que possuem patrimônio desproporcional a seus vencimentos e se não cumprido esse dever, se não apresentadas justificativas, presume-se a ilicitude. Conclui-se: a supremacia do interesse público sobre o privado justifica a inversão do ônus da prova, a imputação ao réu do ônus de provar a licitude do enriquecimento, quando este for desproporcional à remuneração.

5.4 Combate à corrupção e hermenêutica jurídica

Se todos os argumentos expostos não forem suficientes para justificar a validade da regra prevista no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429/92, resta atentar para as bases do direito administrativo e para a

⁴² Geraldo Ataliba, em sua magna monografia, asseverou: "Controle financeiro público é o conjunto de medidas de natureza fiscalizatória exercidas sobre o movimento de dinheiros e bens valiosos, de natureza econômica, manejados por administradores públicos, debaixo da relação de administração. Fiscalizar consiste em contrastar — para averiguar de sua adequação — uma atividade com as normas que a disciplinam. De longa data convencionou-se designar por direito financeiro ao sub-ramo do direito administrativo que regula a atividade financeira do Estado, consistente no levantamento, gestão e dispêndio de dinheiros. Estes passam a ter a qualificação de públicos pelo regime (administrativo) de sua tutela ou pela qualidade de seu possuidor, o Estado" (República e Constituição, p. 78).

⁴³ Sobre ele, vide meu Abuso de direito e constitucionalização do direito privado.

correta compreensão do sistema constitucional vigente. O benemérito professor Celso Antônio Bandeira de Mello sintetizou de modo extraordinariamente feliz a razão de ser do direito administrativo: trata-se de um conjunto normativo que tem a magna função de ser a arma e o escudo do cidadão em face do uso desatado do poder.⁴⁴ Por extensão: uma das principais funções das normas jurídicas de direito administrativo é evitar a corrupção. Sendo assim, é possível afirmar: o direito administrativo é um ramo dogmático eligido para impedir a corrupção de quem exerce função pública. Essa ideia está na base da própria disciplina e de todas as normas a ela atinentes. Trata-se, seguindo a doutrina de Friedrich Müller, de um preconceito⁴⁵ necessário à correta compreensão das normas de direito público.

Desse preconceito técnico, dessa pré-compreensão jurídica extrai-se uma regra fundamental de hermenêutica das normas de direito público. Diante de duas interpretações possíveis, o intérprete deve escolher a menos favorável à corrupção. Sempre haverá juristas defensores de corruptos, é perfeitamente natural que no exercício da advocacia defendam-se teses favoráveis à corrupção. Tudo é diferente na seara científica: não pode o intérprete adotar uma posição amplamente favorável à corrupção. E no caso, só quem estiver de má-fé nega esta obviedade: afastar por interpretação a regra do sistema que obriga o agente a provar a licitude do enriquecimento quando este é desproporcional à sua remuneração é favorecer a corrupção.

Ademais, quando se volta os olhos para o texto constitucional vigente reforça-se ainda mais essa diretriz. Bastam alguns exemplos: o

⁴⁴ “Portanto, o Direito Administrativo não é um Direito criado para subjugar os interesses ou os direitos dos cidadãos aos do Estado. É, pelo contrário, um Direito que surge exatamente para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do Poder estatal. Ele é, por excelência, o Direito defensivo do cidadão [...]. É, pois, sobretudo, um filho legítimo do Estado de Direito, um Direito só concebível a partir do Estado de Direito: o Direito que instrumenta, que arma o administrado, para defender-se contra os perigos do uso desatado do Poder” (Curso de direito administrativo, §1-20, p. 47). Deveras, o Direito Administrativo protege o cidadão contra o uso desatado do poder — nesse sentido é escudo — e possibilita ao cidadão atacar o uso desatado do poder — e nesse sentido é arma. Em suma: escudo e arma do cidadão.

⁴⁵ Friedrich Müller diferencia a pré-compreensão jurídica ou referida ao direito da pré-compreensão geral (Teoria estruturante do direito: I, p. 55 et seq.). Enquanto a última se refere a toda visão de mundo do sujeito cognoscente, a primeira refere-se a preconceitos positivos necessários à correta interpretação. Deveras: o intérprete, ao examinar um texto de direito público, deve partir do preconceito de que o direito público é a arma e o escudo do cidadão. Quem não inicia a atividade hermenêutica imbuído desse “preconceito” tende a chegar a um resultado equivocado. Do mesmo modo: o conceito de função pública, as características dela, as balizas do regime de direito público são preconceitos necessários à boa interpretação do direito público. Insiste-se: interpretar o direito público pressupõe ter presente, previamente, o conceito de Estado, de função estatal, de indisponibilidade e supremacia do interesse público e, principalmente, que esse ramo do direito foi construído para servir de arma e de escudo do cidadão, para evitar a corrupção dos agentes públicos.

constituinte ampliou sensivelmente no art. 71 as competências do Tribunal de Contas, atribuiu no art. 129 relevantes competências ao Ministério Público em prol da defesa do patrimônio público. Além disso, quando o constituinte, no plano abstrato, ponderou valores antagônicos, muitas vezes optou por dar mais ênfase aos valores contrários à corrupção. Típico exemplo encontra-se no §5º do art. 37, que estabelece a regra da imprescritibilidade para as ações de ressarcimento ao erário.⁴⁶ Quer dizer: a Constituição de 1988 voltou-se nitidamente ao combate da corrupção. A história e a realidade brasileira justificam plenamente a posituação dessas normas.⁴⁷ Nos termos expostos, o direito administrativo tem, naturalmente, como premissa esse combate; no direito administrativo brasileiro, subserviente ao direito constitucional, a premissa é deveras intensificada. Diante disso, a diretriz hermenêutica mencionada é não apenas alicerçada nas bases teóricas da disciplina, mas no próprio espírito da Constituição de 1988.

⁴⁶ Surgiram na doutrina duas teses opostas sobre a exegese do §5º do art. 37. Pela primeira, o dispositivo impõe de forma definitiva a imprescritibilidade das ações de ressarcimento do erário decorrentes de ilícitos praticados por agentes públicos. É a posição, dentre outros, de Fábio Medina Osório (Direito administrativo sancionador, p. 413-414, rodapé 56). Pela segunda, o dispositivo não impõe a imprescritibilidade, mas a diferenciação de prazos prescricionais do ilícito penal ou administrativo e da ação de responsabilidade. É a posição de Elody Nassar (Prescrição na Administração Pública, p. 186-189). Essa posição tornou-se prevalente. Passou a ser defendida, dentre tantos, por Celso Antônio Bandeira de Mello, a partir da 27ª edição de seu Curso (Cap. XXI-12-A, p. 1064-1065).

As duas orientações são equivocadas, pois se prendem a uma fase do Direito há muito superada, em que as regras jurídicas eram consideradas razões definitivas. Toda regra abstrata é uma razão *prima facie*. Por isso, extrai-se da redação do §5º do art. 37 uma razão *prima facie* e não uma razão definitiva, de ordem constitucional, contrária ao estabelecimento de um limite temporal à responsabilização civil do agente pelos danos causados ao erário por ação ilícita e culposa. Por força dela, eventual limite temporal deve ser examinado à luz do caso concreto, na ponderação dos princípios envolvidos, considerando-se sempre o princípio formal que dá primazia à ponderação constitucional. Foi o que defendi em meu *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, Cap. XI-2, p. 609-612. Não há nada de absurdo em se exigir dos herdeiros de um corrupto que devolvam aos cofres brasileiros os milhões desviados para uma conta do exterior, mesmo depois de decorrida uma, duas ou até três décadas. O constituinte fez uma ponderação entre os princípios que justificam a prescrição da responsabilização civil do agente e os princípios que justificam a responsabilização e optou, em abstrato, pelos segundos. Posto isso, diante do caso concreto, deve o agente apreciar os princípios incidentes e considerar, em favor da perseguição da responsabilidade civil do agente, o princípio formal que dá primazia ao resultado da ponderação do constituinte. Em suma: para que seja obstada a busca do ressarcimento ao erário, o princípio da estabilização das relações jurídicas deve ter um peso excepcional no caso concreto, suficiente para afastar os princípios opostos, intensificados pelo peso do princípio formal que dá primazia às ponderações do constituinte.

⁴⁷ Que a história brasileira é marcada por assombrosa corrupção, todos sabem. As pesquisas indicam que os índices de corrupção no Brasil vêm diminuindo nos últimos anos, mas continuam altos. A Organização Transparência Internacional publica anualmente um índice de percepções da corrupção (IPC) para 180 países. Em 2009 o Brasil teve nota 3,7 (de 0 a 10) e ficou em 75º lugar; em 2008 o Brasil teve nota 3,5 e ficou em 80º lugar; em 2007 o Brasil teve a mesma nota, mas ficou em 72º, em 2006 recebeu nota 3,3 e ficou em 70º lugar; em 2005 recebeu nota 3,7 e ficou em 62º lugar; em 2004 recebeu nota 3,9 e ficou em 59º lugar; em 2003 recebeu a mesma nota, mas ficou em 54º lugar (Fonte: <<http://www.transparency.org/>>). Está bem longe da Nova Zelândia que em 2009 ficou em primeiro lugar com a nota 9,4, seguida da Dinamarca, com a nota 9,3, e Singapura e Suécia, ambas com a nota 9,2. Benedito Marques Ballouk Filho e Ronald A. Kuntz fazem várias críticas ao índice (Corrupção política: a luta social pelo resgate da dignidade no exercício do poder, p. 35-36). Ainda que as críticas sejam procedentes e o índice não retrate o grau exato da corrupção brasileira, ele permite justificar a assertiva de que no país a corrupção é acentuadamente elevada.

Feitas essas considerações, é possível dizer que o direito material, no caso da tipificação de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito, exige a redução do módulo de prova. Admite-se que a condenação do ímprobo fundamente-se num juízo de verossimilhança, numa presunção. Caracterizada a desproporção entre o patrimônio do agente e sua remuneração e não provada pelo agente a licitude do seu enriquecimento, impõe-se a condenação.

A regra do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429/92, por todos esses motivos, é plenamente constitucional. Ao contrário do espírito da lei, que foi de banalização da improbidade administrativa, o dispositivo consiste numa importante arma contra a corrupção brasileira. Contudo, as razões apresentadas justificam não apenas a validade da regra legislativa. O dever de prestar contas, imposto aos agentes públicos, decorre do próprio texto constitucional; a tutela do dinheiro público está estampada no texto constitucional; a supremacia do interesse público sobre o privado, *idem*. Mesmo que não existisse no sistema normativo vigente a regra do referido inciso VII, ela seria extraída do conjunto normativo. A inversão do ônus da prova no caso de desproporção entre o enriquecimento do agente e sua remuneração, não decorre apenas da Lei de Improbidade, é extraída implicitamente do sistema jurídico. É, enfim, uma imposição implícita do texto constitucional.

Conclusões

1. O ônus da prova consiste numa regra de decisão: se não provados os fatos constitutivos do direito, o juiz julga a ação improcedente; provados os fatos constitutivos e não provados os fatos extintivos, modificativos e impeditivos, o juiz julga a ação procedente. Trata-se de um ônus imperfeito: o onerado pode não efetuar a prova e ainda assim obter a vantagem, pois a prova pode ser feita ou pela parte não onerada ou de ofício pelo juiz. É possível que o direito material não exija um juízo de certeza sobre o fato constitutivo, mas apenas um juízo de verossimilhança, caso em que basta, para a procedência, a dúvida fundada sobre a existência do fato.
2. A regra do ônus da prova pode ser modificada, dando ensejo à chamada inversão do ônus da prova, em três hipóteses: a) a lei expressa ou implicitamente pode alterar a regra geral estabelecendo uma presunção relativa; b) o magistrado, autorizado pela

lei ou em decorrência do devido processo legal, também pode fazê-lo; c) as partes podem alterar a regra do ônus da prova por contrato. Quando for muito mais fácil a uma parte provar o fato do que para outra, deve o magistrado inverter o ônus, em decorrência do princípio da aptidão para a prova. Quando basta um juízo de verossimilhança sobre o fato constitutivo, o direito, ainda que seja igualmente difícil para ambas as partes a prova do fato, determina que a dúvida seja suportada pelo réu.

3. As presunções legais relativas enfraquecem o módulo de prova e, por conseguinte, invertem o ônus da prova. Estabelecida a presunção, o Direito considera suficiente um juízo de verossimilhança sobre o fato constitutivo e, por conseguinte, imputa ao réu o ônus de provar sua inexistência.
4. Improbidade administrativa é a imoralidade qualificada pela desonestidade do agente, eis o núcleo essencial do signo utilizado no §4º do art. 37 da CF/88. O legislador na Lei nº 8.429/92 tentou retirar a força normativa do conceito mediante sua banalização, impondo-se, por isso, a interpretação conforme a Constituição.
5. No inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429/92 o legislador inverteu o ônus da prova sobre os fatos constitutivos da improbidade por enriquecimento ilícito. Para configurar a improbidade exige-se o enriquecimento ilícito e desonesto do agente. Estabeleceu o legislador que o autor da ação de improbidade deve apenas provar a aquisição no exercício do mandato, cargo ou emprego público de bens cujo valor seja desproporcional à remuneração ou à evolução do patrimônio do agente público. O ônus da prova da licitude e da boa-fé cabe ao réu. Ao contrário do espírito da lei, essa regra não configura banalização da improbidade.
 - 5.1. O juízo de que o enriquecimento decorre da remuneração e o juízo de que o enriquecimento desproporcional à remuneração é ilícito configuram autênticas presunções, pois fundados no que de fato realmente acontece. A lei positivou a segunda presunção e esta, nos termos expostos, importa na inversão do ônus da prova.
 - 5.2. A condenação fundada em juízo presuntivo é justificada pelo princípio da aptidão para a prova, segundo o qual se a prova é muito mais difícil para uma parte do que para a outra, o ônus

da prova deve ser imputado à parte cuja realização da prova é muito mais fácil. No caso, é muito mais fácil para o agente provar que o enriquecimento é lícito do que para o Estado provar que o enriquecimento é ilícito.

5.3. Quando alguém decide assumir uma função pública ou gerenciar recursos públicos, aceita inserir-se numa situação jurídica especial. Diante da dúvida decorrente da desproporção entre o enriquecimento e a remuneração do agente, surge o dever de explicar ao povo o porquê do enriquecimento. Por força do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado os valores relativos à liberdade do agente público e à presunção de inocência, que importam na garantia de não ser sancionado sem a prova pelo órgão acusador dos fatos constitutivos do *jus puniendi*, cedem em face do regime de tutela do dinheiro público e da exigência de prestação de contas, quando verificado que o enriquecimento do agente é desproporcional à sua remuneração.

5.4. A correta compreensão das normas de direito público exige a assunção de alguns preconceitos, dentre eles a percepção de que o direito administrativo foi construído para servir de arma e de escudo do cidadão e, por conseguinte, para evitar a corrupção dos agentes públicos. Desse preconceito técnico, extrai-se uma regra fundamental de hermenêutica das normas de direito público: diante de duas interpretações possíveis, o intérprete deve escolher a menos favorável à corrupção. Essa diretriz é sensivelmente reforçada no direito brasileiro, em decorrência do espírito da Constituição de 1988, claramente voltado ao veemente combate da corrupção. Por isso, concluiu-se, o direito material, no caso da tipificação de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito, exige a redução do módulo de prova e, assim, admite que a condenação do ímprobo fundamente-se num juízo de verossimilhança, numa presunção. Caracterizada a desproporção entre o patrimônio do agente e sua remuneração e não provada pelo agente a licitude do seu enriquecimento, impõe-se a condenação. A regra do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429/92, por todos esses motivos, não é apenas constitucional, mas é uma exigência implícita do sistema normativo vigente.

Administrative Misconduct and the Shifting of the Burden of Proof

Abstract: This study is aimed at shifting the burden of proof provided for by Subsection VII of Section 9 of Brazilian Federal Law nº 8.429/92. First, one analyzes the burden of proof and the shifting thereof. Afterwards, one examines the legal presumptions; particularly, the presumption of unlawful act as a result of the disproportion found in the enriching of the public officer against its compensation. Finally, one scrutinizes the constitutionality of such misconduct. One then concludes toward its validity, considering, among other factors, the principle of fitness of the proof, the supremacy of public interest over the private interest and the hermeneutical guideline related to the normative system's aversion to corruption.

Key words: Burden of proof. Shifting the burden of proof. Presumptions. Legal presumptions. Administrative misconduct. Unlawful enrichment. Principle of fitness of the proof. Supremacy of public interest over private interest. Corruption. Interpretation.

Referências

ALMEIDA PRADO, Francisco Octavio de. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 86-92.

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

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

BALLOUK FILHO, Benedito Marques; KUNTZ, Ronald A. *Corrupção política: a luta social pelo resgate da dignidade no exercício do poder*. São Paulo: Madras, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CAPEZ, Fernando. *Limites constitucionais à lei de improbidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARNEIRO NETO, Durval. *Processo, jurisdição e ônus da prova no direito administrativo: um estudo crítico sobre o dogma da presunção de legitimidade*. Salvador: JusPodvim, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. v. 1.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999.

CARVALHO, Cristiano. *Ficções jurídicas no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Paolo Capitanio. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. v. 1.

- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Trad. Paolo Capitanio. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. v. 2
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 3.
- ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. Trad. J. Baptista Machado. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- FARIA, Ernesto. Dicionário Latino-português. Rio de Janeiro: Garnier, 2003.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo; PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias. Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- FERRAGUT, Maria Rita. Presunções no direito tributário. São Paulo: Dialética, 2001.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FIGUEIREDO, Marcelo. Improbidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FREITAS, Ney José de. Ato administrativo: presunção de validade e a questão do ônus da prova. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa. In: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 3-513.
- KUNTZ, Ronald A.; BALLOUK FILHO, Benedito Marques. Corrupção política: a luta social pelo resgate da dignidade no exercício do poder. São Paulo: Madras, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Improbidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Remuneração dos agentes públicos. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Abuso de direito e constitucionalização do direito privado. São Paulo: Malheiros. No prelo.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Efeitos dos vícios do ato administrativo. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Regime jurídico da licença ambiental. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, ano 10, n. 40, p. 186-216, out./dez. 2005.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MÜLLER, Friedrich. Teoria estruturante do direito: I. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NANNI, Giovanni Ettore. Enriquecimento sem causa. São Paulo: Saraiva, 2004.

- NASSAR, Elody. Prescrição na Administração Pública. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NETTO, Fernando Gama de Miranda. Ônus da prova: no direito processual público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del derecho. Barcelona: Ariel, 2003.
- OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PACHECO, Angela Maria da Motta. Ficções tributárias: identificação e controle. São Paulo: Noeses, 2008.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa: aspectos jurídicas da defesa do patrimônio público. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- SANTOS, Sandra Aparecida de Sá dos. A inversão do ônus da prova. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2006.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.
- TOMÉ, Fabiana Del Padre. A prova no direito tributário. São Paulo: Noeses, 2005.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MARTINS, Ricardo Marcondes. Improbidade administrativa e inversão do ônus da prova. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, p. 131-152, out./dez. 2010.

Recebido em: 02.09.10

Aprovado em: 29.11.10