

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO - UFES
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROCESSUAL

ANDRÉ SOARES DE AZEVEDO BRANCO

STANDARDS DE PROVA NAS AÇÕES DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

VITÓRIA/ES
2022

ANDRÉ SOARES DE AZEVEDO BRANCO

**STANDARDS DE PROVA NAS AÇÕES DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual, na área de concentração Justiça, Processo e Constituição.

Orientador: Prof. Dr. Flávio Cheim Jorge

VITÓRIA

2022

Ficha catalográfica disponibilizada pelo Sistema Integrado de
Bibliotecas - SIBI/UFES e elaborada pelo autor

A994s Azevedo Branco, André Soares de, 1984-
Standards de prova nas ações de improbidade administrativa /
André Soares de Azevedo Branco. - 2022.
223 f. : il.

Orientador: Flávio Cheim Jorge.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade
Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e
Econômicas.

1. Direito processual. 2. Prova (Direito). 3. Processo
decisório. 4. Dúvida razoável. I. Jorge, Flávio Cheim. II.
Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências
Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

ANDRÉ SOARES DE AZEVEDO BRANCO

**STANDARDS DE PROVA NAS AÇÕES DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual, na área de concentração Justiça, Processo e Constituição.

Aprovada em 27 de outubro de 2022.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Flávio Cheim Jorge
Universidade Federal do Espírito Santo –
UFES

Prof. Dr. Thiago Ferreira Siqueira
Universidade Federal do Espírito Santo –
UFES

Prof. Dr. Américo Bedê Freire Júnior
Faculdade de Direito de Vitória - FDV

VITÓRIA

2022

As três mulheres da minha vida, minha avó Lilian, minha mãe Liliane e o meu amor Mariana, razões do meu viver, e minhas constantes e maiores incentivadoras. Vocês são as verdadeiras responsáveis por esse momento.

AGRADECIMENTOS

Muitas são as pessoas que de alguma maneira, ao longo dos anos, colaboraram para que agora pudesse chegar a esse resultado.

Aos meus pais por sempre me guiarem no caminho do estudo, me incentivando a sempre continuar.

As três mulheres da minha vida, minha avó Lilian, minha mãe Liliane e minha esposa Mariana por serem exemplo de garra e dedicação, e principalmente por estarem sempre ao meu lado, me acalmando, acreditando e me lembrando da minha capacidade.

Obrigado por estarem sempre disponíveis para me ajudar com o necessário. E principalmente, me desculpem, por durante essa jornada não lhes ter dado a atenção e o carinho que vocês realmente merecem.

Ao meu padrasto, Benjamin de Azevedo Quaresma, que anos atrás me disse uma frase que nunca saiu da minha cabeça. Estudo é investimento, e assim me proporcionou a experiência de estudar fora do Brasil, o que me possibilitou, anos depois, compreender os textos dos grandes referenciais teóricos desta pesquisa.

Muitas outras pessoas ainda foram importantes ao longo do tempo. Então, para que eu não cometa injustiças, deixando de fora pessoas realmente importantes durante esta trajetória, deixo aqui o meu obrigado, geral, a todos que de alguma maneira me auxiliaram e me incentivaram a persistir.

Antes de concluir esses agradecimentos, contudo, é preciso ainda agradecer aqueles que academicamente cruzaram o meu caminho durante todos esses anos.

Ao Professor Flávio Cheim Jorge, meu orientador, deixo aqui o meu agradecimento público por aceitar me guiar nesta pesquisa sobre um tema absolutamente instigante, novo e por isso mesmo até certo ponto incompreendido.

Também agradeço ao Professor Flávio por em mim confiar para debater sobre alguns aspectos processuais alterados na Lei de Improbidade Administrativa pela Lei nº 14.230/2021, tema objeto da sua apresentação nas Jornadas Brasileiras de Direito Processual, que acabaram me levando, apenas 03 dias antes do depósito final deste trabalho, a alterar à conclusão anteriormente alcançada.

Ao Professor Thiago Ferreira Siqueira pelas valiosas e incessantes lições ao longo do mestrado, e ao Professor Américo Bedê Freire Júnior por desde a graduação estar, de alguma forma, participando da minha evolução acadêmica.

A ambos, o meu público agradecimento por aceitarem fazer parte da banca de qualificação e defesa desta dissertação, fazendo relevantes considerações e importantes sugestões bibliográficas valiosas para a melhoria desta pesquisa.

Por fim, em vias de conclusão desses agradecimentos, que sem dúvida não compreendem todos aqueles que o merecem, finalizo minhas singelas palavras com uma frase do poeta americano Henry Thoreau, de que a felicidade apenas é real quando compartilhada, então, compartilho aqui a minha felicidade por ter chegado até aqui. Muito obrigado a todos.

“A fixação dos fatos deve inserir-se em um contexto de racionalidade intersubjetiva – devendo, assim, basear-se em um conjunto de inferências logicamente controladas, fundadas em premissas cognoscitivas seguras e bem determinadas (...)” (Michele Taruffo. A Prova).

“There is always, in litigation, a margin of error, representing error in factfinding, wich both parties must take into account” (William J. Brennan Jr., Speiser v. Randall, 357 U.S. 525-526)

RESUMO

A presente pesquisa visa realizar uma análise aprofundada dos standards de prova, sua incidência e aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro, em especial nas ações de improbidade administrativa. Para tanto, num primeiro momento, procurou-se demonstrar a sua aplicabilidade ao direito brasileiro, fundada exatamente nas mesmas bases do direito estrangeiro, em especial do direito estadunidense. Em sequência, passou-se a análise da sua incidência nas consequências jurídicas decorrentes da prática de atos de improbidade administrativa, que por possuir natureza eminentemente punitiva, atrai as garantias de um regime jurídico mais denso no qual se mostra essencial ao réu o respeito as garantias constitucionais penais, em especial a garantia da presunção de inocência. Ao final, procurou-se responder qual ou quais os standards de prova aplicáveis nas diferentes condenações impostas em decorrência da prática de ato de improbidade administrativa. Adequa-se a presente pesquisa, portanto, a área de concentração Justiça, Processo e Constituição do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, ao tratar de tema hoje altamente relevante no estudo do direito probatório.

Palavras-chave: Processo civil. Direito probatório. Standards de prova. Improbidade administrativa. Prova além da dúvida razoável.

ABSTRACT

The present research aims to carry out an in-depth analysis of the standards of proof, their incidence and applicability in the Brazilian legal system, especially in administrative improbity actions. Therefore, at first, we tried to demonstrate its applicability to Brazilian law, based on exactly the same bases as foreign law, especially US law. Subsequently, the analysis of its incidence on the legal consequences arising from the practice of acts of administrative improbity was carried out, which, due to its eminently punitive nature, attracts the guarantees of a denser legal regime in which it is essential for the defendant to respect the guarantees criminal constitutional provisions, in particular the guarantee of the presumption of innocence. In the end, we sought to answer which standards of proof are applicable in the different convictions imposed as a result of the practice of an act of administrative improbity. Therefore, the present research is suitable for the area of concentration Justice, Process and Constitution of the Postgraduate Program in Procedural Law at the Federal University of Espírito Santo, when dealing with a topic that is highly relevant today in the study of evidentiary law.

Keywords: Civil procedure. Evidence law. Standards of proof. Administrative improbity. Proof beyond any reasonable doubt.

LISTA DE IMAGENS

Gráfico 01: Modelo inferencial argumentativo simplificado de Stephen Toulmin	84
Gráfico 02: Modelo inferencial argumentativo ampliado de Stephen Toulmin	85
Gráfico 03: Quadro representativo dos diferentes graus de suficiência probatória possíveis	100

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
CAPÍTULO 01. TEORIA GERAL DA PROVA E EPISTEMOLOGIA DA PROVA	19
1.1. ACEPÇÕES DO VOCÁBULO PROVA: PLURISSIGNIFICAÇÃO TERMINOLÓGICA	19
1.2. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE OS MODELOS DE CONVENCIMENTO JUDICIAL. A NECESSÁRIA VIRADA DE PARADIGMA DE UM MODELO SUBJETIVO DE CONVENCIMENTO (“ESTÁ PROVADO QUE P” COMO SINÔNIMO DE “O JUIZ ESTABELECEU QUE P”) PARA UM MODELO OBJETIVO DE CONVENCIMENTO (“ESTÁ PROVADO QUE P” COMO SINÔNIMO DE “HÁ ELEMENTOS DE JUÍZO SUFICIENTES A FAVOR DE P”)	21
1.3. FINALIDADE DA PROVA E SUA RELAÇÃO COM O CONCEITO DE VERDADE	26
1.4. DIREITO À PROVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL A UM PROCESSO JUSTO	29
1.5. OBJETO DA PROVA	32
1.6. PROCEDIMENTO PROBATÓRIA E SUAS FASES	35
1.7. SISTEMAS PROBATÓRIO-VALORATIVOS. DO IRRACIONALISMO PRIMITIVO AO RACIONALISMO MODERNO (ADOTADO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO)	37
1.8. CONCLUSÕES PARCIAIS DO CAPÍTULO	42
CAPÍTULO 02. ASPECTOS DOGMÁTICOS DOS STANDARDS DE PROVA	44
2.1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS	44
2.2. CONCEITO: O QUE SÃO STANDARDS DE PROVA?	44
2.3. NATUREZA JURÍDICA DOS STANDARDS DE PROVA: REGRAS DE INSTRUÇÃO OU REGRAS DE JULGAMENTO?	48
2.4. FUNÇÕES DOS STANDARDS DE PROVA: QUAL O PAPEL QUE DESEMPENHAM?	51
2.4.1. FUNÇÃO DE ORIENTAÇÃO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS	52
2.4.2. FUNÇÃO HEURÍSTICA E JUSTIFICADORA	53
2.4.3. FUNÇÃO DISTRIBUTIVA DO RISCO DE ERRO DA DECISÃO ENTRE AS PARTES	54
2.4.3.1. A FIXAÇÃO DE STANDARDS DE PROVA MAIS EXIGENTES IMPLICA NA DIMINUIÇÃO DOS ERROS NO PROCESSO?	56
2.4.4. PROMOÇÃO DO IDEAL DE SEGURANÇA JURÍDICA	57
2.5. COMPETÊNCIA PARA A DEFINIÇÃO DOS STANDARDS DE PROVA: QUEM DEVE DEFINIR QUAIS OS POSSÍVEIS STANDARDS EM UM DETERMINADO ORDENAMENTO JURÍDICO?	58
2.6. COMO FORMULAR STANDARDS DE PROVA: CRITÉRIOS METODOLÓGICOS	60

2.6.1. NÃO VINCULATIVIDADE A ASPECTOS SUBJETIVOS DO JULGADOR OU DEFINIÇÕES ABSOLUTAMENTE VAGAS	60
2.6.2. É POSSÍVEL FORMULAR STANDARDS DE PROVA PRECISOS E OBJETIVOS? UM DIÁLOGO COM DANIEL GONZÁLEZ LAGIER, MARINA GASCÓN ABELLÁN E LARRY LAUDAN	62
2.6.3. CAPACIDADE DE DETERMINAÇÃO DO GRAU DE SUFICIÊNCIA A PARTIR DO QUAL UMA HIPÓTESE DE FATO SE CONSIDERA PROVADA	66
2.6.3.1. A TESE DA CONVENIÊNCIA DA NÃO FIXAÇÃO DE STANDARDS DE PROVA E A SUA VARIABILIDADE CAUSUÍSTICA	66
2.6.3.2. A TESE DA DINAMIZAÇÃO DOS STANDARDS DE PROVA EM RAZÃO DA DIFICULDADE DA PROVA DO FATO	69
2.6.4. A NECESSIDADE DE ADOÇÃO DE CRITÉRIO DO TIPO PROBABILÍSTICO (NÃO MATEMÁTICO)	70
2.6.4.1. PROBABILIDADE QUANTITATIVA OBJETIVA (PROBABILIDADE ESTATÍSTICA)	72
2.6.4.2. PROBABILIDADE QUANTITATIVA SUBJETIVA (PROBABILIDADE BAYESIANA)	74
2.6.4.3. PROBABILIDADE LÓGICA (OU INDUTIVA OU BACONIANA)	76
2.6.4.3.1. MODELOS INFERENCIAIS ADEQUADOS: INFERÊNCIA PARA A MELHOR EXPLICAÇÃO, MODELO INFERENCIAL ARGUMENTATIVO DE TOULMIN E HOLISMO ARTICULADO ..	78
2.6.4.3.1.1. INFERÊNCIA PARA A MELHOR EXPLICAÇÃO	78
2.6.4.3.1.2. MODELO INFERENCIAL ARGUMENTATIVO DE STEPHEN TOULMIN	82
2.6.4.3.1.3. HOLISMO ARTICULADO DE SUSAN HAACK	86
2.6.5. COEXISTÊNCIA DE DIFERENTES STANDARDS DE PROVA DENTRO DE UM MESMO PROCESSO: ESCALA PROGRESSIVA CONFORME O TIPO DE DECISÃO PROBATÓRIA	87
2.7. MOMENTO PROCESSUAL PARA A CORRETA FIXAÇÃO DOS STANDARDS DE PROVA	89
2.8. POR QUE NÃO DEFINÍ-LOS EM SENTENÇA?	90
2.9. STANDARDS DE PROVA NO RACIOCÍNIO PROBATÓRIO: DISTINÇÕES FUNDAMENTAIS PARA UMA CORRETA COMPREENSÃO	90
2.9.1. STANDARDS DE PROVA E VALORAÇÃO DA PROVA: DOIS MOMENTOS DISTINTOS	91
2.9.2. DA EQUIVOCADA COMPARAÇÃO ENTRE STANDARDS DE PROVA E PROVA LEGAL	92
2.9.3. STANDARDS DE PROVA E ÔNUS DA PROVA	94
2.10. CLASSIFICAÇÃO DOS STANDARDS DE PROVA	96
2.11. LIMITAÇÕES COGNITIVAS DOS SERES HUMANOS E SUA RELAÇÃO COM UMA CLASSIFICAÇÃO TRIPARTITE DE STANDARDS DE PROVA: MAIS PROVÁVEL DO QUE NÃO, MUITO PROVÁVEL E QUASE CERTEZA	100
2.12. CONCLUSÃO PARCIAIS DO CAPÍTULO	102
CAPÍTULO 03. STANDARDS DE PROVA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E NO BRASIL	104

3.1. STANDARDS DE PROVA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	104
3.1.1. PROVA ALÉM DA DÚVIDA RAZOÁVEL: O STANDARD PROBATÓRIO ADOTADO NAS SENTENÇAS PENAS CONDENATÓRIAS	105
3.1.2. A ORIGEM DO STANDARD PROBATÓRIO PENAL E DA EXPRESSÃO “ALÉM DA DÚVIDA RAZOÁVEL”	107
3.1.3. DAS POSSIBILIDADES DE COMPREENSÃO DO SEU SIGNIFICADO	110
3.1.3.1. O PROBLEMA DA COMPREENSÃO DO SEU SIGNIFICADO COMO UM CONCEITO AUTO-EVIDENTE	115
3.1.3.2. DAS CRÍTICAS AO CONCEITO DE PROVA ALÉM DA DÚVIDA RAZOÁVEL FORMULADAS POR LARRY LAUDAN	118
3.2. PREPONDERÂNCIA DA PROVA: O STANDARD PROBATÓRIO ADOTADO NAS SENTENÇAS CIVEIS	120
3.2.1. A ORIGEM DO STANDARD PROBATÓRIO CÍVEL DA PREPONDERÂNCIA DE PROVAS	121
3.2.2. DAS POSSIBILIDADES DE COMPREENSÃO DO SEU SIGNIFICADO	122
3.3. PROVA CLARA E CONVINCENTE: O STANDARD PROBATÓRIO ADOTADO NAS SENTENÇAS CÍVEIS DE NATUREZA NÃO PATRIMONIAL	124
3.3.1. A ORIGEM DO STANDARD PROBATÓRIO DA PROVA CLARA E CONVINCENTE	126
3.4. OS STANDARDS DE PROVA NO DIREITO BRASILEIRO	127
3.4.1. O ATUAL ESTADO DA ARTE: OS STANDARDS DE PROVA NA LEGISLAÇÃO, DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	127
3.4.2. OS STANDARDS DE PROVA EXIGIDOS NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO PARA A PROLAÇÃO DE SENTENÇA NAS AÇÕES CIVIS DE NATUREZA MERAMENTE PATRIMONIAL, AÇÕES CIVIS ESPECIAIS E NAS AÇÕES PENAS	133
3.4.2.1. DAS SENTENÇAS PROFERIDAS NAS AÇÕES CIVIS MERAMENTE PATRIMONIAIS E O STANDARD DA PREPONDERÂNCIA DA PROVA	134
3.4.2.2. DAS SENTENÇAS PROFERIDAS NAS AÇÕES CIVIS ESPECIAIS E O STANDARD DA PROVA CLARA E CONVINCENTE	135
3.4.2.3. DAS SENTENÇAS PROFERIDAS NAS AÇÕES PENAS E O STANDARD DA PROVA ALÉM DA DÚVIDA RAZOÁVEL	137
3.5. OS STANDARDS DE PROVA E OS MODELOS DE JULGADORES: O JULGADOR LEIGO AMERICANO E O JULGADOR PROFISSIONAL BRASILEIRO	138
3.6. CONCLUSÕES PARCIAIS DO CAPÍTULO	139
CAPÍTULO 04. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	143
4.1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS: O QUE É IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA?	143
4.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICO NORMATIVA DA PROTEÇÃO DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA	146

4.3. AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DECORRENTES DA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O PROBLEMA DEFINITÓRIO DA SUA NATUREZA JURÍDICA	149
4.3.1. AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DECORRENTES DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	150
4.3.2. NATUREZA JURÍDICA DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DECORRENTES DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: PENAL, CIVIL OU ADMINISTRATIVA?	153
4.4. REGIME JURÍDICO ADEQUADO APLICÁVEL NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: PORQUE NÃO APLICAR O REGIME PROCESSUAL PENAL, PROCESSUAL CIVIL OU PROCESSUAL COLETIVO NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA?	159
4.5. DA NECESSÁRIA ADOÇÃO DE UM REGIME SANCIONADOR NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	167
4.6. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	171
4.6.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICO NORMATIVA	171
4.6.2. DESDOBRAMENTOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: DIMENSÃO EXTRAPROCESSUAL, PRINCÍPIO INFORMADOR DO PROCESSO, REGRA DE TRATAMENTO, REGRA PROBATÓRIA E REGRA DE JULGAMENTO	174
4.6.2.1. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM SUA DIMENSÃO EXTRAPROCESSUAL: A QUESTÃO ENVOLVENDO O SEU TRATAMENTO PELOS VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO	174
4.6.2.2. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM SUA DIMENSÃO PROCESSUAL: PRINCÍPIO INFORMADOR DO PROCESSO PUNITIVO	175
4.6.2.3. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM SUA DIMENSÃO PROCESSUAL: REGRA DE TRATAMENTO	176
4.6.2.4. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM SUA DIMENSÃO PROCESSUAL: REGRA PROBATÓRIA	178
4.6.2.5. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM SUA DIMENSÃO PROCESSUAL: REGRA DE JULGAMENTO	180
4.7. STANDARDS DE PROVA NAS SANÇÕES DECORRENTES DA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: PREPONDERÂNCIA DA PROVA, PROVA CLARA E CONVINCENTE OU PROVA ALÉM DA DÚVIDA RAZOÁVEL?	182
4.7.1. O ATUAL ESTADO DA ARTE A RESPEITO DOS STANDARDS PROBATÓRIOS APLICÁVEIS NAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DECORRENTES DA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	183
4.7.2. STANDARDS DE PROVA APLICÁVEIS NAS DIFERENTES CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DECORRENTES DA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	186
4.7.2.1. STANDARD DE PROVA APLICÁVEL NAS MEDIDAS DE INDISPONIBILIDADE DE BENS: PROVA CLARA E CONVINCENTE.....	187
4.7.2.2. STANDARD DE PROVA APLICÁVEL NAS CONDENAÇÕES DE SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS, PERDA DA FUNÇÃO	

PÚBLICA, MULTA CIVIL, PROIBIÇÃO DE CONTRATAÇÃO COM O PODER PÚBLICO E DE RECEBIMENTO DE INCENTIVOS FISCAIS: PROVA ALÉM DA DÚVIDA RAZOÁVEL	190
4.7.2.3. STANDARD DE PROVA APLICÁVEL NAS CONDENAÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO: PROVA ALÉM DA DÚVIDA RAZOÁVEL.....	194
4.8. CONCLUSÕES PARCIAIS DO CAPÍTULO	196
5. CONCLUSÕES FINAIS	199
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	202

INTRODUÇÃO

O raciocínio probatório, na doutrina Brasileira, tradicionalmente sempre apresentou maior interesse na fase de valoração da prova, deixando de lado a fase da decisão a respeito dos fatos.

A presente pesquisa, portanto, tem por objetivo a superação deste desinteresse, o que faz a partir da análise dos standards de prova no ordenamento jurídico brasileiro, tema esse que precisa ser estudado, desenvolvido e sistematizado no Brasil.

Tal afirmação decorre da necessidade existente no sistema do convencimento motivado (ou livre convencimento motivado) do julgador fundamentar todas as suas decisões, indicando o porque considera ter sido alcançado o grau de suficiência probatória exigido para a corroboração da veracidade de uma determinada hipótese fática.

Contudo, pela complexidade e tamanho da matéria, para que a pesquisa se mostrasse interessante aos olhos de quem lê, e principalmente importante do ponto de vista prático, optou-se por analisar a questão dos standards de prova tão somente a partir das ações de improbidade administrativa, respondendo, ao final, qual (ou quais) seriam os standards de prova exigíveis para as condenações do acusado nessa espécie de ação.

Para tentar responder a questão proposta, a pesquisa foi originalmente dividida em quatro capítulos, desenvolvidos em sequência lógica para o atendimento do fim pretendido.

No capítulo primeiro foram desenvolvidas as premissas consideradas fundamentais para o desenvolvimento do objetivo proposto, oportunidade em que foram analisados aspectos relacionados a teoria geral da prova considerados essenciais para a compreensão dos standards de prova. Assim, foram apresentadas noções introdutórias sobre os modelos de convencimento judicial e a necessidade de mudança do paradigma de convencimento do julgador de um modelo subjetivo (fundados na convicção pessoal do julgador) para um modelo objetivo (fundado nos elementos

probatórios existentes), sobre a finalidade da prova e sua relação com o conceito de verdade, sobre os sistemas de valoração probatória e fases do procedimento probatório.

Em sequência, no segundo capítulo, foram desenvolvidos os aspectos dogmáticos de uma verdadeira teoria geral dos standards de prova, oportunidade em que foram desenvolvidos os conceitos básicos essenciais do tema, como o seu significado, natureza jurídica, funções, competência para a sua definição, critérios metodológicos para a sua formulação e justificativa cognitiva para a adoção de uma classificação tripartida. Por fim, foi também pontuada a matéria em sua dimensão processual, apresentando o momento oportuno para a sua correta fixação e o seu posicionamento dentro do raciocínio probatório.

No capítulo terceiro pretendeu-se analisar a experiência do direito norte americano com os standards de prova e os principais standards adotados naquele país. Em sequência, transportou-se a análise do tema para a realidade jurídica brasileira, oportunidade em que foi resumido o atual estado da arte no país.

Por fim, no último capítulo, desenvolveu-se o estudo da improbidade administrativa com a delimitação do seu caráter punitivo e consequente aplicação de um regime processual dotado de garantias mais robustas em favor do acusado. Ao final, tomadas as considerações a respeito desta espécie de ação, procurou-se responder a pergunta central desta pesquisa, de qual seria (ou quais seriam) os standards de prova exigíveis para a condenação do réu nas ações de improbidade administrativa.

Para que fosse possível o desenvolvimento da presente pesquisa, a metodologia utilizada foi eminentemente bibliográfica, com a utilização de livros e artigos publicados tanto no Brasil quanto no exterior.

Ademais, adotou-se o método histórico-comparativo com o direito norte americano, justificado em razão do maior amadurecimento do tema na realidade daquele país se comparado com a realidade nacional.

CAPÍTULO 01. TEORIA GERAL DA PROVA E EPISTEMOLOGIA DA PROVA

O presente capítulo tem por finalidade o estabelecimento das premissas consideradas essenciais à compreensão e justificação dos standards de prova, como mecanismo essencial ao enfrentamento da problemática envolvendo a questão da suficiência da prova no contexto da decisão judicial.

Neste sentido, será analisada qual a finalidade da prova e sua relação com o conceito de verdade, o seu objeto, o procedimento probatório e suas fases, com especial atenção à fase de valoração e a evolução dos seus sistemas.

1.1. ACEPÇÕES DO VOCÁBULO PROVA: PLURISSIGNIFICAÇÃO TERMINOLÓGICA

O vocábulo prova (e seu significado), assim como diversos outros, não pertence exclusivamente ao campo jurídico, mas ao contrário, a todos os ramos da ciência (em sentido lato)¹, o que leva a uma multiplicidade de significações.²

A sua origem se encontra no latim, no termo *probatio*, que significa “prova, ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação”³, derivando do verbo *probare*, “provar, ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito de alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar.”⁴

De forma geral, segundo aponta a doutrina, o vocábulo sempre foi utilizado como instrumento de convencimento de alguém, ou seja, como “o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade”⁵, “a confrontação de uma coisa ou de uma operação de que se duvida com outras coisas ou operações, afim de certificar-se

¹ GRECO, Leonardo. O conceito de prova. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Campos dos Goitacases, ano IV, nº 4 – ano V, nº 5, 2003-2004, p. 218.

² TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**: de acordo com o código de processo civil de 2015. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2016, p. 87

³ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial vol I**. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 03.

⁴ SANTOS, 1952, p. 03.

⁵ NEVES E CASTRO, Francisco Augusto. **Theoria das provas e sua aplicação aos actos civis**. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1917, p. 14.

da bondade, eficácia ou exatidão das primeiras”⁶ ou “para indicar tudo que nos pode convencer de um fato.”⁷

Juridicamente a conceituação do vocábulo é complexa, uma vez que diante das dificuldades no estabelecimento das suas premissas, limites e contornos, podem surgir uma dezena de definições diversas.⁸

Assim, em sentido jurídico-processual, podem existir aproximadamente cinquenta e nove possibilidades significativas distintas⁹, dentre as quais, três delas são, tradicionalmente, as mais importantes e utilizadas¹⁰: i) prova significando “meio de

⁶ DELLEPIANE, Antonio. **Nova teoría da próva**. Trad. Erico Maciel. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942, p. 19.

⁷ SANTOS, 1952, p. 03.

⁸ ROSITO, Francisco. **Direito probatório**: as máximas de experiência em juízo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 22.

⁹ TOMÉ, 2016, p. 89-90: “Relativamente ao âmbito jurídico, a plurivocidade de sentidos mantém-se. Refletindo sobre esse lado semântico, Paulo de Barros Carvalho chegou a reunir um número expressivo de possibilidades significativas. Eis-las: 1. procedimento, entendido como a sequência de atos mediante os quais se opera o relato probatório; 2. rito da enunciação, legalmente previsto, ou procedimento organizacional da prova; 3. resultado do procedimento probatório, ou seja, seu produto; 4. conjunto de regras que regulam a admissão, produção e valoração dos elementos trazidos aos autos, determinando o transcurso probatório; 5. enunciação; 6. enunciação enunciada; 7. enunciado linguístico; 8. suporte físico; 9. conteúdo do suporte físico; 10. proposição; 11. veículo introdutor; 12. norma em sentido amplo; 13. norma em sentido estrito; 14. mensagem; 15. signo; 16. indício; 17. pista; 18. vestígio; 19. marca; 20. sinal; 21. ato de fala; 22. atitude pragmática; 23. relação de implicação entre enunciados linguísticos; 24. elemento constitutivo do fato jurídico; 25. fato; 26. fato de provar; 27. fato provado; 28. fato que causa convencimento do julgador acerca da verdade de outro fato; 29. fato da convicção provocada na consciência do julgador; 30. meio de controle das proposições que os litigantes formulam em juízo; 31. soma dos meios produtores de certeza; 32. fundamentação; 33. justificação da crença na verdade de um fato; 34. certeza; 35. verdade; 36. evidências; 37. certificação de que ocorreu elemento constitutivo de fato jurídico; 38. prova direta; 39. prova indireta; 40. presunção; 41. sobreprova; 42. metaprova; 43. reforço de prova; 44. enunciado de segundo nível; 45. contraprova; 46. protoprova; 47. análise; 48. argumento retoricamente produzido; 49. experiência sensorial, decorrente da utilização de um dos cinco sentidos – audição, tato, olfato, paladar e visão; 50. testemunho; 51. competição; 52. concurso; 53. processo seletivo; 54. prova de conhecimento; 55. providência preliminar; 56. exibição; 57. certificação autenticadora; 58. certificação constituidora; 59. documento.”

¹⁰ Sobre os sentidos do vocábulo prova, a título exemplificativo e sem qualquer pretensão de exaustão, ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil Tomo. II**. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1955, p. 200. WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Sentido y hecho en el derecho**. Trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas e Juan Igartua Salaverria. Buenos Aires: Ediciones Olejnik, 2018, p. 174-176. CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 47. TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 2ª ed. Madri: Editorial Trotta, 2005, p. 447-451. GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba**. 3ª. ed. Madri: Marcial Pons, 2010, p. 77-78. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 68. FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prova e verdade no direito**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

prova”, ou seja, como instrumento de demonstração do fato a ser provado¹¹; *ii*) prova como procedimento probatório, que corresponderia ao procedimento regulado por lei por meio do qual se introduz no processo os meios de prova; e *iii*) prova como resultado da atividade probatória, ou seja, como resultado do convencimento do julgador sobre as hipóteses de fato discutidas.

É, contudo, sobre a prova como resultado da atividade probatória, ou seja, o convencimento gerado no julgador, pela importância para o objeto de estudo proposto, que reservaremos, nos tópicos que se sucederão, análise mais detalhada.

1.2. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE OS MODELOS DE CONVENCIMENTO JUDICIAL. A NECESSÁRIA VIRADA DE PARADIGMA DE UM MODELO SUBJETIVO DE CONVENCIMENTO (“ESTÁ PROVADO QUE P” COMO SINÔNIMO DE “O JUIZ ESTABELECEU QUE P”) PARA UM MODELO OBJETIVO DE CONVENCIMENTO (“ESTÁ PROVADO QUE P” COMO SINÔNIMO DE “HÁ ELEMENTOS DE JUÍZO SUFICIENTES A FAVOR DE P”)

Conforme visto no tópico anterior, prova significa, dentre outras coisas, o resultado final da atividade probatória, ou seja, o convencimento do julgador a respeito dos fatos discutidos no processo.

A esse respeito, existem, segundo aponta a doutrina, dois modelos antagônicos de convencimento judicial, um subjetivo, relacionado tão somente à crença pessoal do julgador e sua suposta infalibilidade, e outro objetivo, relacionado à efetiva comprovação das hipóteses de fato discutidas no processo e aceitação da falibilidade do julgador.¹²

¹¹ Sobre este significado do vocábulo prova, FERRER-BELTRÁN, 2017, p. 29-30, aponta que permanece nele uma ambiguidade, uma vez que a expressão “meio de prova” pode ser utilizada em sentido genérico, por exemplo os meios de prova em direito admitidos (ata notarial, prova documental, prova testemunhal), ou em sentido específico, quando referente a um elemento probatório concreto constante num determinado processo judicial (prova documental constituída pelo documento D, ou prova testemunhal referente à declaração da testemunha T).

¹² Tratando da dualidade de modelos de convencimento judicial, no Brasil, ver principalmente RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento probatório no novo CPC. Em busca de interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas. In: DIDIER JR, Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, Wiliam Santos. **Coleção grandes temas do novo CPC, vol 5:**

Em linhas gerais, a defesa de um modelo subjetivo de convencimento judicial, ainda que não exclusiva, encontra forte ligação com autores considerados tradicionais, que entendiam que para a consideração de uma hipótese de fato como provada bastaria o simples convencimento do julgador, em seu aspecto psicológico.

Neste sentido, para os defensores desse modelo, estar provado significaria nada mais do que o juiz estabeleceu o seu convencimento. Funcionaria, assim, o convencimento do juiz como único standard de correção da decisão, sendo verdadeiro aquilo que o julgador assim entender.¹³

No direito comparado, são exemplos, dentre outros, Giuseppe Chiovenda, que afirmava que “provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo”¹⁴, Eduardo Couture para quem a prova serviria “para formar no espírito do juiz um estado de convicção sobre a existência e inexistência de circunstâncias relevantes do julgamento”¹⁵ e Santiago Sentis Melendo que afirmava que “o que se pretende com a prova é alcançar a convicção do julgador, chegar a ela.”¹⁶

No direito brasileiro, foram expoentes desse modelo de convencimento Moacyr Amaral Santos e Pontes de Miranda, que afirmavam, respectivamente, que “não pode ocorrer conflito de provas, quando formada esteja a convicção do juiz a respeito do fato controvertido”¹⁷ e que “a finalidade processual da prova é convencer o juiz”¹⁸.

direito probatório. Salvador: Editora JusPodivm, 2018c, p. 121-140, RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo. Do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018b e PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios no direito processual brasileiro.** Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 37-45. No direito comparado, principalmente, FERRER-BELTRÁN, 2017, p. 32-41.

¹³ RAMOS, 2018b, p. 23.

¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil vol. II.** 2. ed. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 91.

¹⁵ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil.** 3ª ed. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958, p. 218: “El régimen vigente insta a las partes a agotar los recursos dados por la ley para formar en el espíritu del juez un estado de convencimiento acerca de la existencia e inexistencia de las circunstancias relevantes del juicio.”

¹⁶ SENTÍS MELENDO, Santiago. **La prueba: los grandes temas de derecho probatorio.** Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1979, p. 40. “Es lo que se pretende con la prueba: alcanzar la convicción, llegar a ella.”

¹⁷ SANTOS, 1952, p. 400.

¹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil tomo IV.** Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 225.

Modernamente, filiam-se à essa corrente Salah Khaled Jr., que defende que “[...] é isso que significa provar: convencer o juiz de que um dado elemento introduzido no processo por uma das partes – uma evidência – é efetivamente um rastro [...]”¹⁹, e Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart para quem “o juiz, para pôr fim ao conflito, deve estar convicto [...]”²⁰.

Neste modelo, portanto, teria a prova, nos termos da classificação proposta e desenvolvida por Alessandro Giuliani, função meramente persuasiva, ou seja, função de mero convencimento daquele que procede ao julgamento dos fatos, sem qualquer preocupação com a obtenção da verdade dos fatos²¹, que acaba transformado em mero resultado ocasional.²²

O problema deste modelo, que centra na figura do julgador e no seu mero convencimento toda a atividade probatória, é dificultar ou mesmo inviabilizar o exercício de controle da atividade probatória²³, o que dá margem a arbítrios e gera resultados considerados insatisfatórios.²⁴

Neste sentido, permite-se ao julgador inadmitir ou negar a produção de meios de prova requeridos pelas partes, bem como, quando permitidas essas, valorá-las de maneira desarrazoada e sem qualquer critério lógico, sob o argumento de que já restou convencido.²⁵

¹⁹ KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. 3ª ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020, p. 351.

²⁰ MARINONI; ARENHART, 2015, p. 99.

²¹ PEIXOTO, 2021, p. 37.

²² RAMOS, 2018b, p. 23.

²³ FERRER-BELTRÁN, 2017, p. 36.

²⁴ As críticas referentes à esse modelo de convencimento é sintetizada por PEIXOTO, 2021, p. 39-40. “i) a persuasão como elemento de suficiência probatória dificulta o controle pela possibilidade da existência desse estado subjetivo no julgador independentemente da presença de elementos probatórios e que não são passíveis de controle. (...) ii) a própria forma de apresentar a justificação da decisão, em sendo voltada ao convencimento do próprio juiz, parece admitir eventual utilização de regras de experiência espúrias, sem qualquer comprovação empírica, baseadas nas experiências pessoais do juiz. Afinal, basta a figura do juiz estar convencido para que determinada hipótese fática seja tida como provada. A decisão de que uma determinada hipótese está provada resta legitimada pelo convencimento do juiz e não propriamente a partir da corroboração das hipóteses fáticas baseada nos elementos probatórios disponíveis. iii) não se verifica uma preocupação desses autores com o desenvolvimento de conceitos fundamentais para o controle das inferências probatórias realizadas pelos julgadores; o foco está no convencimento do juiz.”

²⁵ RAMOS, 2018c, p. 124-125.

Por fim, observa-se que a adoção desse modelo se encontra fortemente arraigado na jurisprudência dos tribunais e órgãos administrativo-fiscais brasileiros, que recorrentemente ainda se manifestam no sentido de que é “o juiz é o destinatário da prova e deve decidir quais provas são relevantes à formação da sua convicção”²⁶, que “o juiz é o destinatário da prova, é quem preside o processo, assim, a ele incumbe aferir sobre a necessidade ou não da produção de determinada prova”²⁷ e “o indeferimento do pleito quanto a juntada de documentos não tem o condão de macular a decisão exarada em primeira instância, em face do livre convencimento da autoridade julgadora na apreciação da prova formadora da sua convicção”²⁸.

Em sentido contrário, aqueles que defendem um modelo objetivo de convencimento judicial tiram da figura do julgador (e do seu convencimento) o papel central no direito probatório, que é transferido para os elementos de prova disponíveis para a corroboração das hipóteses de fato.

O que importa neste modelo, ao contrário do anterior, não é se o julgador se convenceu ou não da ocorrência determinada hipótese fática, mas ao contrário, se encontra-se ela, a partir do conjunto probatório produzido nos autos do processo, suficientemente corroborada.

²⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo em Recurso Especial nº 1936856**. Relator(a) Min. Maria Isabel Gallotti. DJE. 14.12.2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=141607322&num_registro=202102133155&data=20211214&tipo=0>. Acesso em: 15.12.2021.

²⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Agravo de Instrumento nº 2165668-91.2020.8.26.0000**. Relator(a) Des. Silvério da Silva. DJE. 09.12.2020. Disponível em: <[²⁸ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS. **Recurso Voluntário nº 13603.722328/2010-13**. Relator\(a\) Cons. Andrea Viana Arrais Egypto. Publicação: 05.04.2017. Disponível em: \[https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/13603722328201013_5707110.pdf\]\(https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/13603722328201013_5707110.pdf\). Acesso em: 16.12.2021.](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=14217583&cdForo=0&uuiidCaptcha=sajcaptcha_7ad3a94aa9624888a337cb101de6974f&g-recaptcha-response=03AGdBq25RMsFGgVttElihgPDKRjJUBMMgssUrehofHFpiWZs_FcuD4PK53883WH4Ajm6G0JDLNVrecB1kqtbm_uCgBn2pvxUCeUHzTQnlqJzZniPhA_KArnxQ_jWsEjfiwYSkGoszRoJLTHj4h7Zmb6Hb2Rd3xtP9NudqglAbeUjZXYmDKaxf4mOjs12sw11o82y3YjMJIVuCM6v8DchPJIC-Upe3o6R5gghUYhCQn_kBNNqME1CDkgrFISbPUzWxCk1J0iO0RqQgfzQZlZ6P3cESm3O9G7EwjdaidsUikaiOif5-tJ5XUPpbpn195onJWEimq41ZAAAi6gzysvF76D2s_sDGRfieiH9aRGlwsllGiZP0llTuApebKptoiFCE5XXGoEnDXERqfIYPRsdM0EIx5rbs4CZ4tLkGQMsi9hBtflxMQtKeCWYF6orJhGpMe6y_LhdPZku1e2b5RGBxz9OsoxCmXxcYvg9JRuq6Nb4EdhjUGKqEU1Wio5e6wNxVgcJ3oeITilSfn7DwSL8_3q5cwvEWEQqO9w>. Acesso em: 15.12.2021.</p></div><div data-bbox=)

Ou seja, no modelo objetivo de convencimento proposto, estar provado significa mais do que o juiz estar convencido. Estar provado significa que existe no processo elementos probatórios suficientes para a corroboração das hipóteses de fato.²⁹

Quer isso significar, por exemplo, que independentemente do convencimento do julgador a respeito da culpabilidade de que determinado réu, isso pouco representará, uma vez que este somente poderá ser condenado caso exista nos autos do processo elementos probatórios suficientes a favor da hipótese da sua culpabilidade. Caso contrário, mesmo que esteja o juiz convencido da culpa do réu, deverá ele, necessariamente, absolvê-lo.³⁰

Neste modelo de convencimento, portanto, deixa o julgador de ser o centro da atividade probatória, que é transferida do seu íntimo convencimento para a corroboração das hipóteses fáticas a partir dos elementos probatórios produzidos, que passam, então, a ser o standard de correção da decisão.³¹

Essa virada de paradigma traz ainda uma consequência importante. Na medida em que o julgamento das hipóteses de fato deve estar corroborado pelo conjunto probatório produzido no processo, e tão somente por ele, admite-se a ocorrência de erros materiais sobre a decisão sobre fatos.

Ou seja, uma hipótese provada pode não ser verdadeira, bem como uma hipótese não provada pode ser verdadeira. O que importa, ao final, não é saber se os fatos narrados são verdadeiros, apesar de o desejado ser que ambos correspondam, mas se encontram-se os fatos corroborados pelas provas produzidas.³²

²⁹ FERRER-BELTRÁN, 2017, p. 37.

³⁰ Essa é transformada em exemplo por RAMOS, 2018b, p. 25: “Pode-se dar o caso, por exemplo, de que o juiz, ouvindo uma gravação obtida por meios ilícitos, esteja convencido da culpabilidade do réu. Não obstante, não aceitará como provada a hipótese de que o réu é culpado, diante da inexistência, objetivamente, de elementos de juízo suficientes nos autos a favor da hipótese da culpabilidade.”

³¹ PEIXOTO, 2021, p. 42.

³² HAACK, Susan. **Evidence matters**: science, proof and truth in the law. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 305.

1.3. FINALIDADE DA PROVA E SUA RELAÇÃO COM O CONCEITO DE VERDADE

Nos tópicos antecedentes tratou-se, em linhas gerais, do conceito de prova (como direito fundamental da parte) e da necessidade de virada do paradigma do convencimento judicial. Importa, agora, estabelecer a sua finalidade.

De início, pode-se dizer que a definição da finalidade da prova é, antes de qualquer coisa, uma questão de premissa, pois a depender da concepção de processo adotada, implicará, necessariamente, em finalidades distintas para a prova.

Numa primeira perspectiva, entende-se o processo como um simples mecanismo de resolução do conflito individual, ao passo que, sob uma segunda perspectiva, a função do processo não é apenas resolver o conflito posto entre as partes, mas sim fazê-lo necessariamente de forma justa³³, respeitando as garantias processuais fundamentais, interpretando corretamente a norma utilizada como critério de decisão e apurando a verdade dos fatos da causa.³⁴

A primeira concepção de processo geralmente está relacionada aos países de tradição da *common law*, que analisam e entendem o fenômeno probatório a partir de um modelo persuasivo, enquanto a segunda concepção de processo, ao contrário, geralmente pertence aos países de tradição romano-germânica, que entendem o fenômeno probatório a partir de um modelo demonstrativo.³⁵

³³ TARUFFO, Michele. **A prova**. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 20-21.

³⁴ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 140-143.

³⁵ Essa distinção, na doutrina, encontra lugar em Alessandro Giuliani. Resumindo a metodologia do raciocínio acerca dos modelos probatórios propostos pelo autor italiano, KNIJNIK, 2007, p. 11-12. “Nesse sentido, no modelo demonstrativo, a prova tem por finalidade reconstruir o fato no processo, para, depois, separadamente, resolver-se a questão de direito. Seu ponto de partida é a autonomia do mundo fático. Supõe viável uma atividade empírica que introduza a verdade nos autos. (...) Daí porque seu ponto de chegada é a apreensão do mundo fenomênico, a denominada “verdade real” ou “verdade total”: são os fatos como eles ocorreram em sua inteireza. O modelo persuasivo tem outro ponto de partida. Duvida-se da apreendida autonomia do mundo fenomênico e, conseqüentemente, da possibilidade de reconstruir os fatos como eles ocorreram para, depois, resolver a questão jurídica. (...) Assim, deve-se buscar um convencimento que previna o erro: “A prova dos fatos (...) pertence à argumentação, não à demonstração: é estranha a uma racionalidade dialética a confiança na possibilidade de uma *evidentia*. Assim, outro é seu ponto de chegada: busca-se uma reconstrução próxima da realidade, mas não a própria realidade, valorizando-se o diálogo entre as partes na formação da questão de fato.”

A divisão entre modelo de prova persuasiva e modelo de prova demonstrativa, por uma série de razões, segundo aponta Michele Taruffo, carece de fundamento histórico e teórico³⁶, sendo melhor, ao invés, falar em um modelo cognoscitivo da prova.

Nesse modelo, a finalidade da prova corresponderia a fixação de enunciados fáticos verdadeiros, ou seja, correspondentes à reconstrução da realidade fática acontecida, da exata forma como ocorrida.³⁷

Para adotar tal modelo, contudo, é necessário entender que a determinação da veracidade de um enunciado fático não é tarefa simples, ao menos por duas razões que a seguir resumiremos.

Em primeiro lugar, conforme já afirmado anteriormente, o julgador não analisa fatos com os quais teve contato direto, mas sim enunciados descritivos sobre fatos ocorridos no passado.

Por essa razão, a atividade desenvolvida pelo julgador para a fixação dos fatos é comumente comparada a atividade do cientista³⁸, do historiador³⁹, ou até mesmo ao processo de tomada de decisões clínicas⁴⁰.

³⁶ TARUFFO, 2005, p. 349-357.

³⁷ GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 49. “El modelo epistemológico que vamos adoptar es el *cognoscitivista*. Entendemos por tal aquel modelo según el cual los procedimientos de fijación de los hechos se dirigen a la formulación de enunciados fáticos que serán verdaderos se los hechos que describen han sucedido y falsos en caso contrario. (...)”

El objetivo que persigue un paradigma cognoscitivista de fijación judicial de los hechos es, pues, la formulación de enunciados fáticos verdaderos.

Que los enunciados fáticos sean «verdaderos» significa que los hechos descritos por tales enunciados han tenido lugar.”

³⁸ TARUFFO, 2005, p. 330-336. “Pero no es en absoluto obvio que entre juez y científico no exista alguna conexión significativa, en general y en particular, en el ámbito de la prueba y del razonamiento sobre los hechos. Especialmente, no es en absoluto obvio que toda toma en consideración de metodologías científicas o de modelos de razonamiento científico deba ser necesariamente extránea al análisis del problema de la prueba jurídica. (...)”

Debe tomarse en consideración, además, que más allá de las posibles vinculaciones e influencias más generales que los modelos de las ciencias naturales ejerzan sobre las concepciones generales de la ciencia jurídica, pueden identificar-se relevantes vinculaciones específicas entre el razonamiento del juez sobre los hechos y sobre las pruebas y las metodologías de carácter científico.

Ante todo, pueden encontrarse analogías destacables entre los mecanismos de funcionamiento de algunos fenómenos jurídicos, entre los que figura la determinación de los hechos, y algunos aspectos de los sistemas teóricos de las ciencias tal como son analizados, especialmente, en el ámbito de la epistemología postpositivista.”

Em segundo lugar, porque definir o que é verdadeiro, e, portanto, o conceito de verdade, é um problema filosófico dos mais complexos, sobre o qual, ao longo do tempo, diversas teorias tentaram encontrar resposta⁴¹.

Neste sentido, em que pese a existência de uma multiplicidade de teorias explicativas da verdade, conforme apontado, para o modelo sugerido pelos autores, e que tomamos como premissa deste trabalho, adota-se a noção (semântica) de verdade como correspondência, de conexão entre a verdade e a realidade⁴², para o qual um enunciado somente poderá ser considerado verdadeiro se correspondente a realidade ocorrida.⁴³

³⁹ Remonta a Calamandrei a comparação entre a atividade do julgador e do historiador. CALAMANDREI, Piero. **Opere giuridiche vol I: problemi generali del diritto e del proceso**. Roma: Roma Tre Press, 2019, p. 393-394. “E comune tra i processualisti, specialmente nella sistematica della fase di cognizione, l’uso di espressioni che ravvicinano l’attività del giudice all’attività dello storico. Anche il giudice, come lo storico, è chiamato a indagare su fatti del passato e ad accertarne la verità; anche del giudice, come dello storico, si dice che non deve fare opera di fantasia, ma opera di scelta e di ricostruzione su « dati » preesistenti. (...) In ogni ricerca storica, come in ogni istruttoria processuale, è un problema da risolvere (la cosiddetta frage degli storici) e quindi un giudizio da formulare: che poi consiste, schematicamente, nello stabilire la verità di certi fatti rilevanti, (...)”

⁴⁰ FERRER-BELTRÁN, 2021a, p. 73-74. “Na minha opinião, é central aqui o caráter de ciência ideográfica presente tanto na atividade de determinação judicial dos fatos como na historiografia. E também, como me proponho a mostrar, na clínica diagnóstica.” E continua FERRER-BELTRÁN, 2021a, p. 77, “Como se pode observar, os esquemas fundamentais das decisões jurídicas sobre os fatos provados e das decisões clínicas sobre o diagnóstico coincidem em grande medida. Se isso é assim, a analogia entre essas duas atividades deveria permitir importar para o direito alguns dos instrumentos de controle racional das decisões clínicas (...)”

⁴¹ Para uma investigação aprofundada sobre as diversas teorias da verdade existentes (teorias da verdade pragmáticas – pragmático-semiótica e hermenêutico-relativista; teorias semânticas – semântico-formal, semântica do realismo interno e semântico-naturalista; teorias não-semânticas da verdade – condições de correlação, lógico-empíricas e dialético-materialistas; teorias fenomenológicas; teorias hermenêuticas; e as teorias intersubjetivas, ver SANZ, María José Frapolli; MARÍN, Juan-Antonio Nicolás (orgs.). **Teorías de la verdad en el siglo XX**. Madri: Tecnos, 1997.

⁴² A respeito das objeções postas frente as teorias da verdade por coerência e pragmáticas, GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 50-59. Em síntese, afirma a autora que as teorias coerentistas apresentam problemas de duas ordens. Em primeiro lugar, um conjunto de enunciados pode não ter univocidade alguma, na medida em que pode possuir mais de um subconjunto coerente de enunciados. Em segundo lugar referidas teorias admitem apenas uma coerência formal, o que leva à aceitação de enunciados como verdadeiros pela simples composição de um todo coerente. Já com relação as teorias pragmáticas, a verdade seria dependente de valores individuais, o que levaria, por óbvio, a aceitação de enunciados sobre fato que na realidade são falsos, pela simples razão de que podem eles mostrarem-se satisfatórios.

⁴³ Reside em Alfred Tarski o melhor detalhamento da teoria semântica da verdade. Para ele, o enunciado a neve é branca somente será verdadeiro se a neve for de fato branca. TARSKI, Alfred. The semantic conception of truth: and the foundations of semantics. **Philosophy and phenomenological research**. Vol. 04, n. 03, 1944, p. 343. “It seems clear that if we base ourselves on the classical conception of truth, we shall say that the sentence is true if snow is white, and that it is false if snow is not white. Thus, if the definition of truth is to conform to our conception, it must imply the following equivalence: the sentence “snow is white” is true if, and only if, snow is white.”

Não quer isso significar, contudo, que seja a teoria da verdade correspondentista, apesar de ainda majoritariamente adotada na filosofia e ciência jurídica, imune a críticas.

As principais objeções à sua adoção referem-se ao termo correspondência, que deve ser adaptado a depender da natureza do enunciado (afirmação, proposição ou crença)⁴⁴ e a multiplicidade de enunciados ou explicações sobre o fato.⁴⁵

Em que pesem tais críticas a respeito, no campo do processo, conforme dito, ainda hoje mostra-se ela mais adequada que as demais, justamente por ser esse um campo que trabalha com conhecimentos empíricos.⁴⁶

Superadas essas “barreiras”, pode-se dizer, neste momento, que a prova deve ser compreendida como um instrumento de conhecimento (função cognoscitiva), tendo como finalidade a demonstração da verdade do fato controvertido (função demonstrativa).

Por fim, pode-se ainda afirmar que entre a verdade e processo existe uma relação teleológica⁴⁷, na qual não se confere a verdade papel de definição da prova, mas a considera como objetivo principal do processo, obtendo o conhecimento da verdade sobre os fatos ocorridos.

1.4. DIREITO À PROVA⁴⁸ COMO DIREITO FUNDAMENTAL A UM PROCESSO JUSTO

⁴⁴ TAVARES e CASARA, 2020, p. 124.

⁴⁵ TAVARES e CASARA, 2020, p. 126.

⁴⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 88-90.

⁴⁷ FERRER Beltrán, Jordi. **Prova e verdade no direito**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2017, p. 59-60.

⁴⁸ A terminologia “direito à prova” merece um esclarecimento. Segundo propõe YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 232-233, a terminologia direito à prova (lato sensu) comporta a subdivisão em dois conceitos distintos: direito de provar e direito à prova (stricto sensu). Em resumo, o direito de provar corresponderia à possibilidade de utilização de todos os meios de prova aptos para a comprovação das alegações de fato controvertidas. Em sentido contrário, o direito à prova (stricto sensu) corresponderia ao direito à sua produção (obtenção e pré-constituição). Nesta pesquisa, em razão da sua maior recepção doutrinária, adotar-se-á a expressão direito à prova (lato sensu).

Definida a problemática relacionada aos significados do vocábulo prova, bem como a sua conceituação, importante destacar, nesse momento, em razão da sua importância sobre os capítulos que se sucederão, o direito à prova como elemento conformador do direito a um processo de resultados justos.

Pois bem, o direito à prova, se pensado sob o enfoque da efetividade, corresponde ao direito de influenciar o convencimento daquele que julgará a questão de fato sob sua apreciação.⁴⁹

O seu fundamento, sob uma perspectiva tradicional, encontra-se nas bases constitucionais principiológicas do devido processo legal, da ação, da defesa e do contraditório.⁵⁰

Ou seja, tal direito, de inspiração tipicamente europeia⁵¹, é extraído da Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, incisos LIV e LV, que assim dispõe: *i*) ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; *ii*) aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.⁵²

⁴⁹ VIEIRA, Gustavo. **A democratização da prova no processo civil: bases principiológicas e limites à busca da verdade**. Londrina: Thoth, 2021, p. 68.

⁵⁰ YARSHELL, 2009, p. 207-208. No mesmo sentido, entre outros, KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Malheiros, 2007, p. 07.

⁵¹ A influência europeia é sintetizada por CAMBI, 2001, p. 159-161. “Na Alemanha, o direito à prova deriva do direito de o cidadão obter justiça (Justizgewährungsanspruch), que decorre, por sua vez, da proibição de fazer justiça pelas próprias mãos (Verbot der Selbstjustiz) (...) Na Espanha, o direito à prova está previsto, expressamente, no art. 24, n. 2, da Constituição o qual assevera que “todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”. Todavia, mesmo antes dessa previsão constitucional, que também se aplica ao processo civil, o direito à prova poderia ter sido construído, conforme observa Joan Picó i Junoy, a partir das garantias constitucionais do devido processo legal, do juiz natural ou legal e da ampla defesa. Em Portugal, a Constituição prevê, no art. 20, que a “todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para a defesa dos seus direitos e interesses legítimos”, reconhecendo o direito à prova como uma manifestação essencial das garantias da ação e da defesa. Na Itália, a consolidação do direito à prova decorre da interpretação jurisprudencial e doutrinária do art. 24 da Constituição italiana. (...) A partir da jurisprudência da Corte Costituzionale, a doutrina italiana vem admitindo a noção de direito à prova, como corolário das garantias constitucionais processuais.”

⁵² Segundo afirma CAMBI, 2001, p. 169, o direito à prova constitui de fato uma regra de direito positivo, e não mera decorrência do devido processo legal, direito de ação, defesa e contraditório. Isso porque nos termos da regra da não exclusão de direitos fundamentais estabelecidos em tratados internacionais de que o Brasil faça parte (art. 5º, §2º CR/88), foram ratificadas a Convenção Americana

A ideia fundamental do direito à prova, portanto, segundo afirma Michele Taruffo, é garantir ao cidadão a possibilidade de demonstrar a verdade dos fatos alegados sobre os quais se funda a sua pretensão⁵³, buscando, assim, a correta aplicação do direito e, conseqüentemente, a obtenção de um elevado grau de segurança jurídica.⁵⁴

Para tanto, segunda ensina Jordi Ferrer-Beltrán, o direito à prova deve ser decomposto em quatro elementos essenciais inter-relacionados entre si⁵⁵: *i*) direito de utilizar todas as provas existentes para demonstração da verdade dos fatos fundantes da decisão; *ii*) direito que as provas sejam produzidas no processo; *iii*) direito a valoração racional da prova; *iv*) dever de motivação das decisões judiciais.

É importante, nesta oportunidade, apenas deixar registrado uma consideração que será mais detalhadamente desenvolvida no capítulo quarto desta pesquisa. Neste sentido, conforme afirmado por Janaina Roland Matida no fórum permanente realizado pela Escola de Magistratura do Rio de Janeiro para discutir a obra *Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso* do Prof. Jordi Ferrer Beltrán, essa afirmação resta limitada, pois se tomado em consideração o processo penal, o direito à prova da parte compreende, como dito, o direito da demonstração da verdade dos fatos, mas também o de permanecer inerte quando não atingido o standard probatório e/ou ônus probatório exigido da acusação.⁵⁶

de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, que prevê em sua alínea c a concessão ao acusado do tempo e meios de prova adequados à sua defesa, e em sua alínea f o direito de inquirição das testemunhas presentes e direito de comparecimento na condição de testemunha de pessoas que possam esclarecer os fatos) e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU (que em sua alínea e prevê a possibilidade de interrogatório das testemunhas de acusação e direito de comparecimento e interrogatório das testemunhas de defesa).

⁵³ TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile. **Rivista di diritto processuale**. N. 04, 1984, p. 74-120.. “In un primo significato il diritto alla prova, in quanto elemento del diritto d’azione e di difesa, può essere definito come il diritto della parte di impiegar tutte le prove di cui dispone, al fine di dimostrare la verità dei fatti che fondano la sua pretesa.”

⁵⁴ FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Trad. Vitor de Paula Ramos. Salvador: Editora JusPodivm, 2021a, p. 81.

⁵⁵ FERRER-BELTRÁN, 2021a, p. 82-88. No mesmo sentido, na doutrina nacional, RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 224, 2013, e YARSHELL, 2009, p. 210, que assim se manifesta: “E, em doutrina, embora com algumas variações, entende-se que ele compreende as prerrogativas de buscar a prova e a ela ter acesso; de requerê-la; de tê-la admitida; de participar da respectiva produção; e, finalmente, de obter a correspondente valoração.”

⁵⁶ Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso. Fóruns Permanentes EMERJ, 11 de maio de 2021. 1 vídeo (04 horas: 38 segundos). Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=g58ad1StiSs&t=1803s>. Acesso em 28 jun. 2022. Participação

Para o que interessa ao presente estudo, trataremos, mais a frente, da análise ao direito à valoração racional da prova.

Neste momento, contudo, é suficiente que compreendamos que o processo de valoração da prova, para ser considerado racional, deve ser realizado com base em critérios racionais e objetivos de verificação das hipóteses fáticas e fundamentado nas provas produzidas no processo, pouco importando o convencimento pessoal do juiz.⁵⁷

1.5. OBJETO DA PROVA

O vocábulo objeto, em sentido jurídico, significa coisa sobre o qual recai o direito. Partindo do conceito posto, pode-se afirmar que objeto da prova é, portanto, tudo aquilo que se pode provar, ou, em outras palavras, tudo aquilo sobre o qual a prova recai.⁵⁸

Definido qual o conceito de objeto da prova, resta saber, então, sobre o que de fato recai a atividade probatória realizada no processo.

Numa perspectiva *lato*, classicamente, sempre se afirmou que o objeto da prova seriam os fatos sob os quais se funda o processo⁵⁹, e nunca o direito, uma vez que este deveria ser conhecido pelo juiz (*iura novit curia*).⁶⁰

Geraldo Prado, Gustavó Henrique Badaró, Janaina Roland Matida, Rachel Herdy, Carmen Vázquez Rojás, Vitor de Paula Ramos e Jordi Ferrer Beltrán.

⁵⁷ RAMOS, 2013, p. 05.

⁵⁸ ROSITO, 2006, p. 30.

⁵⁹ São dela adeptos, na doutrina estrangeira, dentre outros, Giuseppe Chiovenda, Gian Antonio Micheli, Salvatore Patti, Carlos Lessona e Hernando Dévis Echandía. No Brasil, seu maior expoente foi Moacyr Amaral Santos. SANTOS, 1952, p. 10. “A decisão, ou julgamento, assenta-se na prova dos fatos, na apuração dos fatos. Ressalta, desde logo, sem necessidade de maiores esclarecimentos, que o objeto da prova são os fatos sobre os quais versa a ação e devem ser verificados.” Mas também Egas Moniz de Aragão, Ovídio Baptista da Silva e Darci Guimarães Ribeiro.

⁶⁰ Precisa, nesse sentido, a lição de COUTURE, 1958, p. 220. “Existe un estrecho vínculo entre la regla general de que el derecho no se prueba y el principio general que consagra la presunción de su conocimiento; no tendria sentido la prueba del derecho, en un sistema en el cual éste se supone conocido.”

Tal afirmação encontrava-se fundada na rígida distinção entre questão de fato e questão de direito⁶¹, atualmente já abandonada, em razão da superação das premissas metodológicas justificadoras.⁶²

Ocorre, contudo, que a partir de estudos desenvolvidos no campo da filosofia da linguagem, observou-se a impossibilidade da prova do fato, pois ocorridos estes no passado. Neste sentido, os fatos não se provam, eles apenas existem. O que se provaria, portanto, seria tão somente as afirmações sobre os fatos, a sua constatação.⁶³

Com base nesse entendimento, desenvolveu-se, então, de forma prevalente um novo posicionamento sobre o objeto da prova, moderno, segundo o qual o objeto da prova seria tão somente as afirmações sobre os fatos, e não os próprios fatos.⁶⁴

Entre os posicionamentos extremos acima apresentados, desenvolveu-se ainda, especialmente a partir das lições de Francesco Carnelutti, outro intermediário, segundo o qual seria objeto da prova, imediatamente, a afirmação do fato, e mediatamente, o próprio fato⁶⁵.

⁶¹ Para uma síntese da questão, KNIJNIK, Danilo. Os standards de convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 353, 2001.

⁶² COUTURE, 1958, p. 219. Em todo caso, apenas como regra geral pode-se afirmar que apenas os fatos são objeto da prova, restando já a muito estabelecido que excepcionalmente o direito também pode ser objeto da prova. Neste sentido, por exemplo, ROSENBERG, 1955, p. 209. “Objeto de prueba son, por lo regular, los hechos, a veces las máximas de experiencia, rara vez los preceptos jurídicos.” É neste sentido, por exemplo, a redação do artigo 376 do Código de Processo Civil, que determina aquele por aquele que alega a prova do direito municipal, estrangeiro ou consuetudinário, quando assim determinar o juiz.

⁶³ SENTÍS MELENDO, Santiago. **La prueba**: los grandes temas de derecho probatorio. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, p. 12. “no es raro y hasta es lo corriente, que se nos diga: se prueban hechos. No, los hechos no se prueban; los hechos existen. Lo que se prueba son afirmaciones que podrán referirse a hechos.”

⁶⁴ São dela adeptos, na doutrina estrangeira, dentre outros, Santiago Sentís Melendo, Michele Taruffo, Leo Rosenberg, Joan Picó i Junoy e Jaime Guasp. No Brasil, dentre outros, DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 432. “Constituem objeto da prova as alegações de fatos deduzidas pelo autor ou pelo réu, quando postas em controvérsia entre as partes. Provar é demonstrar que as alegações controvertidas são verdadeiras e não falsas – não sendo correto o entendimento de que o objeto da prova seja constituído pelos próprios fatos e não por essas alegações, simplesmente porque os fatos não comportam essas qualificações de verdadeiros ou falsos. Não existe um fato verdadeiro nem um fato falso. O fato ocorreu ou não ocorreu.”

⁶⁵ Esse posicionamento a respeito do objeto da prova recebeu a denominação de eclético, sendo o seu maior expoente Francesco Carnelutti. Nesse sentido, precisa são as palavras de G. P. Augenti, em apêndice da obra CARNELUTTI, Francesco. **La prova civile**. 2ª ed. Roma: Edizioni Dell’Ateneo, 1947, p. 267. “Questo dell’oggetto della prova è uno dei temi, sui quali il pensiero del C., da quando scrisse il suo primo libro ad oggi, è più profondamente evoluto. (...) Anche nelle *Lezioni di dir. proc. civ.* (II, pag. 385 e seg.) il concetto della prova è mantenuto sullo stesso piano: ciò che la parte afferma

Pois bem, nos dias de hoje, conforme demonstrado, prevalece a posição chamada moderna, para a qual incidem as provas sobre as afirmações sobre fatos⁶⁶.

Contudo, não basta para a caracterização do objeto da prova qualquer afirmação sobre fato, pois se assim fosse, seria por demais amplo⁶⁷.

Neste sentido, segundo ensina Cândido Rangel Dinamarco, o “objeto da prova é o conjunto das alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para o julgamento da causa, não sendo notórios e nem presumidos.”⁶⁸

É necessário, contudo, que a afirmação sobre o fato seja determinada, controvertida, relevante e pertinente.

Determinada no sentido de que seja pré-definida no tempo e espaço, de forma a sua individualização tornar capaz à sua diferenciação de outros fatos equivalentes.

Também é necessário que sejam os fatos afirmados controvertidos⁶⁹. Apenas fatos controvertidos devem ser considerados como objeto da prova, de onde se conclui, a *contrario sensu*, que fatos incontroversos (aqueles afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária ou em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade) não podem ser assim considerados.

il giudice controlla. Peraltro nel *Sistema* (I, pag. 674), ponendo come oggetto della prova il fatto anziché l'affermazione, codesta visione è superata; vi si distingue bensì ancora tra *oggetto mediato*, che è il fatto, e *oggetto immediato*, che è l'affermazione, e si continua a porre il controllo o, secondo la termino.”

⁶⁶ SOUSA, Miguel Teixeira. **A prova em processo civil**: ensaio sobre o raciocínio probatório. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 41

⁶⁷ Neste sentido CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 298.

⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 43.

⁶⁹ Segundo afirma Miguel Teixeira de Sousa, não basta para constituir o objeto da prova que o fato seja controvertido. É necessário seja ele controvertível, ou seja, seja diferente do que foi alegado, e por isso seja impugnável. SOUSA, 2020, p. 41. “Para que um facto constitua objecto de prova não basta que seja controvertido: para isso é ainda necessário que o facto seja controvertível, isto é, que o facto possa ser diferente do que foi alegado por uma das partes e que, por isso, tenha sentido impugná-lo.”

Por fim, é ainda necessário que seja a controvérsia pertinente⁷⁰, relacionada ao objeto do processo, e relevante, capaz de influenciar a decisão a ser tomada⁷¹, pois caso contrário violado estará o procedimento judicial pela impossibilidade de obtenção do fim pretendido⁷².

1.6. PROCEDIMENTO PROBATÓRIO E SUAS FASES

Pois bem, estabelecidas as premissas iniciais, neste ponto consideradas essenciais para o objetivo proposto, necessário, agora, analisar o procedimento probatório, definido como a “sequência estruturada de atos processuais que compõe a fase instrutória do processo.”⁷³

Segundo aponta a doutrina processual contemporânea, o procedimento probatório divide-se em cinco fases, correspondentes, cada uma delas, em sequência lógica, as fases de proposição, admissibilidade, produção, valoração da prova e decisão quanto à prova.⁷⁴

Trata a primeira fase do procedimento probatório da fase correspondente ao requerimento de produção probatória em juízo, feito, em regra, de forma genérica pelo autor em sua petição inicial e pelo réu em sua contestação, e de forma específica pelas partes após o saneamento do processo, quando, nos termos do artigo 357, II, do Código de Processo Civil, são delimitadas as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória.

Em sequência, passa-se a fase de admissibilidade da prova, na qual é analisada a sua aptidão para ser produzida e utilizada no processo.

⁷⁰ Para uma melhor conceituação de fato pertinente, CAMBI, 2006, p. 299. “São pertinentes aqueles fatos que dizem respeito à causa ou que não são estranhos ao objeto do processo, isto é, a *res in iudicium deducta*.”

⁷¹ Para uma melhor conceituação de fato relevante, CAMBI, 2006, p. 299. “São fatos relevantes aqueles que, sendo pertinentes, também são capazes de influir positivamente na decisão da causa.”

⁷² TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 24.

⁷³ CARPES, Artur Thompsen. Fases do procedimento probatório. In: DALL’ALBA, Felipe Camilo; FORSTER, João Paulo Kuleczynski. **Primeiras linhas de direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017b, p. 101.

⁷⁴ CARPES, 2017b, p. 102.

Conforme apontado em tópico anterior, oportunidade em que tratamos especificamente do objeto da prova, tem-se que deva ser admitida no processo a prova lícita e necessária, decomposto o conceito de necessidade no binômio pertinência e relevância.

Por fim, consequência lógica do acima afirmado, tem-se que não devem ser admitidas no processo as provas obtidas por meios ilícitos, tampoucos aquelas consideradas desnecessárias, impertinentes ou irrelevantes.

Superadas as fases anteriores, e uma vez propostas e admitidas as provas no processo, chega-se a fase da sua produção, correspondente, em regra, a sua realização em juízo, e cujas regras procedimentais encontram-se previstas no Código de Processo Civil.

Em sequência, uma vez restando propostas, admitidas e produzidas as provas requeridas, chega-se a fase da sua valoração, ponto culminante da atividade probatória⁷⁵, momento no qual competirá ao juiz analisar racionalmente o material probatório produzido pelas partes para, a partir deles, decidir se a hipótese fática controvertida se encontra ou não provada.

Nesse sentido, segundo leciona Jordi Nieva Fenoll, a atividade de valoração da prova nada mais é do que “a atividade de percepção por parte do juiz dos resultados da atividade probatória que se realiza em um processo.”⁷⁶

É nesta fase, portanto, que o julgador forma a sua convicção sobre os fatos alegados, atribuindo credibilidade e peso às provas produzidas⁷⁷, determinando o valor de cada elemento probatório⁷⁸, sua precisão e confiabilidade⁷⁹.

⁷⁵ BADARÓ, 2019, p. 200.

⁷⁶ NIEVA FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010, p. 34.

⁷⁷ PONZONI, Christian. **Standards de prova no processo civil**. Londrina: Thoth, 2020, 33.

⁷⁸ **Prueba libre, justificación epistémica y el noble sueño de los estándares de prueba**. Disponível em:

https://www.academia.edu/42902144/Prueba_libre_justificaci3n_epist3mica_y_el_noble_sueo_de_los_est3ndares_de_prueba. Acesso em: 06 jun 2020, p. 03.

⁷⁹ PONZONI, 2020, p. 35.

Por fim, como etapa final do procedimento probatório, chega-se a sua fase de decisão, ao qual compete ao julgador verificar se as provas produzidas no processo, após a sua devida valoração, atingem ou não o grau de suficiência exigido para a consideração de determinado enunciado fático como provado.⁸⁰

1.7. SISTEMAS PROBATÓRIO-VALORATIVOS. DO IRRACIONALISMO PRIMITIVO AO RACIONALISMO MODERNO (ADOTADO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO).

De uma forma geral, para o desenvolvimento da atividade valorativa pelo julgador, é imperativo seja adotado algum tipo determinado de sistema probatório, reflexo dos valores adotados pela sociedade e regramentos do procedimento valorativo realizado pelo julgador.

Nesse sentido, desde já, pode-se fazer uma distinção inicial entre dois grandes sistemas probatórios, de um lado, aqueles considerados irracionais, e doutro, aqueles considerados racionais.⁸¹

Os sistemas probatórios irracionais⁸², característicos das sociedades primitivas, vigeram até o século XII, e tinham como principal característica uma passividade do julgador, a quem competia tão somente controlar a regularidade da prova, bem como proclamar o seu resultado.⁸³

⁸⁰ PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 61.

⁸¹ RUÇO, Alberto Augusto Vicente. **Prova e formação da convicção do juiz**. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 23-37.

⁸² Adota-se a definição de irracional, no sentido posto por William Twining, por ser um sistema probatório no qual não se utiliza a razão para a determinação do resultado. Nestes, o resultado obtido é decorrente da “sorte”. TWINING, William. The rationalist tradition of evidence scholarship. In: TWINING, William. **Rethinking evidence: exploratory essays**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 36. “The ‘rational’ system is one which uses reason, so far as is feasible, in determination of disputed questions of fact and law.”

⁸³ Registre-se, com relação aos ordálios como sistema probatório irracional, a existência de posição contrária a tal afirmação, sob o fundamento de constituírem eles, na realidade, um simples sistema de resolução de conflitos no qual inexistente qualquer atividade valorativa. Nesse sentido, NIEVA FENOLL, 2010, p. 41. “En toda esta historia nos encontramos de repente con las ordalías. Se trata de un sistema de resolución de conflictos que, aunque con frecuencia se haya afirmado lo contrario, no es en absoluto ni un medio de prueba ni un sistema de valoración de la prueba, sino que supone, en realidad, la completa anulación de dicha valoración.”

Nesses sistemas probatórios, inexistia atividade cognitiva do julgador, relacionada a desconexão entre o resultado da atividade probatória realizada frente ao conjunto probatório e a questão de fato tratada.

Neles, ao contrário, o resultado do processo era determinado apenas pela vontade divina, manifestada na ideia de que Deus protegeria o certo, o inocente.

Neste ponto, o princípio base dos sistemas probatórios irracionais situa-se na ideia do divino, conforme posto por Michele Taruffo:

Todos esses meios de prova eram vulgarmente chamados «juízos divinos», visto que se fundavam na premissa de que Deus, devidamente requerido a assistir as partes, deveria determinar diretamente o êxito da prova, tornando evidente a inocência ou culpabilidade do sujeito que a ela se submetera.⁸⁴

Por fim, cabe ainda destacar que nesses sistemas probatórios a resolução dos litígios era feita por meio dos ordálios (entendido genericamente como o conjunto de técnicas utilizadas), ou seja, testes a que se submetiam acusados de eventuais irregularidades para a comprovação da sua inocência, a partir da intervenção divina.⁸⁵

⁸⁴ TARUFFO, 2016, p. 20.

⁸⁵ Sobre as técnicas utilizadas nos ordálios, ver TARUFFO, 2016, p. 19-20. “A noção geral de ordálio inclui uma grande variedade de técnicas utilizadas em diferentes situações, de acordo com as tradições particulares e com base nas escolhas feitas pelos juízes ou pelas partes: o ordálio mais comum e duradouro foi provavelmente o duelo judicial, em que as partes ou seus campeões combatiam perante juízes. Enteretanto, outras formas foram muito populares, com a «prova d’água», a prova «do caldeirão fervente», a prova «do ferro incandescente», a prova «do fogo», e diversas versões dessas técnicas fundamentais. Todavia, nem todos os ordálios eram assim cruéis: um instrumento de uso bastante comum era o juramento de uma das partes (*compurgatio*), e outra forma, amplamente utilizada, era o juramento prestado por um grupo de pessoas (chamados geralmente de *conjuratores*) em auxílio de uma parte.” No mesmo sentido, descrevendo os ordálios do ferro em brasa, RUÇO, 2017, p. 25. “Os forais e costumes que nos restam não particularizam as cerimônias que se empregavam neste singular método de recorrer à Providência para a manifestação da verdade; mas os monumentos dos concelhos de Leão e Castela, onde a prova do ferro candente era assaz comum, descrevem miudamente essas cerimônias. Conforme os foros de Cuenca a chapa empregada neste mister devia estar levantada sobre quatro pés com suficiente altura para o réu ou a ré meterem a mão por baixo, sendo da largura de dois dedos e do comprimento de um palmo. O juiz e um sacerdote punham a aquecer o ferro, e enquanto não estava em brasa a ninguém mais era permitido chegar-se ao pé dele para não haver algum dolo. A pessoa que tinha de passar pela prova era primeiro examinada e obrigada depois a lavar e enxaguar a mão diante de todos. Pegava então no ferro, sustentando-o pela parte inferior, andava com ele o espaço de nove pés e punha-o devagar no chão, ao passo que o sacerdote a abençoava. Imediatamente o juiz cobria-lhe a mão com cera, punha-lhe por cima linho ou estopa e enfixava tudo com um pano. Três dias depois examinava-se o estado da mão, e se nesta aparecia queimadura o réu era irremissivelmente condenado.”

Ocorre que com a recepção do direito romano, fundação de universidades, em especial a de Bolonha, e a pressão posta sobre a Igreja, que acabou por proibir a participação de seus sacerdotes na sua realização, acabaram os ordálios restando impossíveis de serem praticados⁸⁶, o que levou a um necessário desenvolvimento de novos sistemas probatórios, fundados, estes sim, na razão humana, e não mais na figura divina.

Estes novos sistemas, dito racionais, são tradicionalmente divididos em três pela doutrina⁸⁷: *i*) sistema da prova legal (ou tarifada)⁸⁸; *ii*) sistema da íntima convicção (convencimento moral ou livre convencimento); *iii*) sistema do (livre) convencimento motivado (persuasão racional, livre convencimento fundamentado ou livre valoração motivada).

No sistema da prova legal, desenvolvido para interromper os exageros e arbitrariedades cometidos nos sistemas irracionais de valoração da prova, competia ao julgador, a partir de valores previamente estabelecidos na lei para cada meio de prova (prova notória, provas plenas, provas semiplenas e indícios), tão somente a realização de uma operação aritmético-probatória de cálculo da pontuação correspondente a cada

⁸⁶ Para um resumo a respeito do declínio dos ordálios, RUÇO, 2017, p. 25-26: “Este sistema baseado em ordálios manteve-se até o movimento da recepção do Direito Romano, impulsionado com a fundação da Universidade de Bolonha, em Itália, no princípio do século XII, época em que o desenvolvimento econômico e social levou os homens desse tempo a preferirem acautelarem-se, em matéria de direito civil, recorrendo ao uso de testemunhas e documentos, para demonstrarem em tribunal os seus direitos, ao invés de colocarem o destino dessas relações jurídicas na dependência dos ordálios.

Os ordálios só foram proibidos em 1215, por decisão do IV Concílio de Latrão (...), ou, como refere mais exatamente MICHELE TARUFFO (...), aquilo que o concílio proibiu foi a participação dos sacerdotes nos ordálios, presença que era requisitada para eles consagrarem os instrumentos que iriam ser, de seguida, utilizados nos ordálios (espadas, objetos de ferro, água, etc.).

Com tal proibição e carência de instrumentos benzidos, tornou-se impossível a realização do ordálio.”

⁸⁷ DIAS, Jean Carlos. A dimensão jurídica da prova e sua valoração no moderno estudo do processo civil. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 107, 2002, p. . Na doutrina estrangeira, analisando de forma profunda esses sistemas, ver NIEVA FENOLL, 2010, p. 37-94.

⁸⁸ Registre-se, neste ponto, opinião dissonante de Luigi Ferrajoli, para quem o sistema da prova legal (ou tarifada), por limitar a atividade valorativa realizada pelo julgador, atribuindo-a a uma entidade superior, constitui (senão) uma continuidade do sistema irracional de valoração da prova. Nesse sentido, destacando o exposto, GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 13-14: “En opinión de Ferrajoli, el modelo de prueba legal o tasada, con la limitación de los medios probatorios y la atribución a cada uno de ellos de un peso o valor propio, y en conjunto todo el procedimiento inquisitivo, no sería sino una prolongación lógica y coherente de la prueba irracional o de ordalía, y así lo entendieron también los ilustrados, como Beccaria o Filangieri. (...)”

Lo cierto es, sin embargo, que tanto la prueba de ordalía como la prueba legal constituyen supuestos de «prueba formal», pues en ambos casos se excluye «la investigación y la libre valoración del juez, sustituyéndolas por un juicio infalible y superior.»

meio de prova produzida, declarando, ao final, qual das partes obteve uma maior soma a partir das provas produzidas, e conseqüentemente venceu a demanda.

O espírito e procedimento desse sistema probatório foi perfeitamente captado por Rafael Stefanini Aulio, que assim o resumiu:

Pelo modelo da prova legal, o julgador se limita a mensurar as provas – de acordo com valores já preestabelecidos – de modo que ao final seja determinado quem tem mais provas a seu favor e, por conseguinte, quem deve ganhar a demanda.

O valor de cada prova se dá por meio de regras previamente definidas, em regra na lei, e não pelo magistrado. A lei estabelece os juízos imperativos e faz isso impondo normas que graduam, limitam ou até mesmo excluem a eficácia das fontes ou meios de prova, como se existisse uma verdadeira tabela na qual cada prova teria valor específico. São regras que vinculam e limitam por completo a formação do convencimento pessoal do juiz, transformando-o quase em uma máquina de processamento de dados.⁸⁹

Com a revolução francesa, e a conseqüente ascensão do iluminismo, o sistema da prova legal entrou em colapso, ressurgindo, como antítese deste, o modelo probatório do livre (ou íntimo) convencimento do julgador.⁹⁰

Nele, como extraído da sua denominação, o julgador não mais encontrava-se amarrado a predeterminações valorativas a respeito das provas admitidas, mas ao contrário, encontrando-se livre para, de forma particular, determinar livremente o valor de cada prova.

Por óbvio que esse modelo, na forma como foi idealizado, acabou mostrando-se autoritário, e porque não dizer irracional, na medida em que ao julgador era permitido julgar tão somente com a sua consciência, em total contraposição ao conjunto probatório existente em um processo.⁹¹

⁸⁹ AUILO, Rafael Stefanini. **A valoração judicial da prova no direito brasileiro**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 35.

⁹⁰ Afirma NIEVA FENOLL, 2010, p. 70-78 que a primeira referência moderna ao sistema da íntima convicção data do ano de 1791, na França, na lei que instrua os jurados. Mas foi apenas no ano de 1808, com o Código de Instrução Criminal Francês que o referido sistema ganhou notoriedade. Contudo, em que pese tais inserções legislativas, afirma o autor que a ideia principal é mais antiga, fruto de esforços de juristas ingleses (Blackstone e Bentham) e italianos (Beccaria).

⁹¹ Destacando a problemática da discricionariedade judicial no sistema do livre convencimento, TARUFFO, 2005, p. 420: “El problema se refiere al peligro, al que ya se ha hecho mención en diversas

Precisa, neste ponto, é a descrição apresentada por Gustavo Badaró, razão pela qual transcrevemos:

Assim, na cultura pós-iluminista, o livre-convencimento, entendido como uma “livre valoração”, passou a ser entendido como uma “valoração livre”, um processo intelectual e particular de cada julgador e, portanto, intransferível e incontrolável por outro sujeito, tornando-se uma porta aberta para a pura arbitrariedade judicial. O juiz tornou-se, assim, um sujeito privilegiado, e o resultado do processo quanto ao juízo de fato era uma verdade intimamente atingida, “uma espécie de momento místico e, enquanto tal, incontrolável”. Tinha-se, assim, um modo de decidir que, nas palavras de Carrara, caracterizava uma “convicção autocrática”. Além disso, essa tendência ampliadora do livre convencimento identificada com a total ausência de limites, acabou por levar a uma versão irracional do convencimento judicial, uma espécie de “anarquia cognitiva”. O acusado poderia ser condenado não em razão das provas, ou somente das provas, mas também em decorrência de paixões, emoções, antipatias, simpatias, ideologias ou outros fatores não controláveis que influenciassessem o julgador. A sentença tornou-se, nas palavras de Nobile, “um ato imperscrutável do ponto de vista lógico racional e arbitrário do ponto de vista ideológico.”⁹²

Sendo assim, em razão do arbítrio acima destacado, fez-se necessário, assim como na virada transaccional ocorrida entre os sistemas da prova legal e da íntima convicção, uma “atualização” deste último, para que, a partir de um modelo racional e controlável, passasse a se tornar possível a contenção (ou ao menos limitação) do arbítrio judicial.

Ou seja, nesse “novo” modelo, segundo afirma Gustavo Badaró, “o convencimento é livre das regras legais da prova tarifada, mas não é livre para deixar de adotar regras e critérios racionais de determinação da verdade dos fatos.”⁹³

Para esse modelo racional de valoração da prova, e portanto, objetivo, é necessário estejam presentes os seguintes critérios⁹⁴: utilização completa do material probatório na decisão, não contradição na valoração do conjunto probatório (coerência), provas analisadas corresponderem aos fatos controvertidos discutidos (congruência) e sejam

ocasiones, de que la discrecionalidad en la valoración que necesariamente caracteriza a ese ámbito se convierta en arbitrariedad subjetiva del juez que usa las pruebas.”

⁹² BADARÓ, 2019, p. 208-209.

⁹³ BADARÓ, 2019, p. 210.

⁹⁴ TARUFFO, 2005, p. 422-427.

adotadas no raciocínio probatório inferências válidas e justificáveis (correlação lógica).

Esse foi o modelo adotado pelo Código de Processo Civil⁹⁵, ao dispor em seu artigo 371 que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

1.8. CONCLUSÕES PARCIAIS DO CAPÍTULO

Analisadas as premissas consideradas essenciais à introdução e justificação do estudo dos standards de prova, chegou-se as seguintes conclusões, a seguir resumidamente expostas.

De início, cumpre observar que o vocábulo prova é plurissignificante, interessando para o objetivo proposto o seu significado como resultado da atividade probatória, ou seja, como o resultado do convencimento gerado no julgador.

Dentro desse resultado gerado no julgador, existem basicamente 02 (dois) modelos de convencimento, o primeiro deles centrado na figura do julgador, ao passo que o segundo centrado no material probatório produzido, essencial para a confirmação ou não das hipóteses fáticas.

Em que pese a coexistência de modelos diversos, conforme visto, deve ser buscado sempre o segundo modelo, como condição para a obtenção de um modelo racional.

Em sequência, determinou-se que a finalidade da prova deve ser a demonstração da verdade do fato controvertido, criando assim uma relação teleológica entre eles (prova e verdade).

⁹⁵ RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento probatório no novo CPC. Em busca de interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas. In: DIDIER JR, Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, Wiliam Santos. **Coleção grandes temas do novo CPC, vol 5: direito probatório**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018c, p. 135.

Por fim, restou determinado que o Código de Processo Civil brasileiro adotou como sistema de valoração da prova um modelo racional e moderno, no qual compete ao julgador apenas a apreciação da prova constante dos autos, com a indicação das razões do seu convencimento.

E aqui reside a conclusão principal do capítulo, uma vez que para a melhor justificação do convencimento do julgador, é necessário que este saiba qual o grau de suficiência probatória exigida para a comprovação ou não da hipótese de fato.

É exatamente sobre isso que trataremos no capítulo seguinte, ao analisar diversos aspectos gerais dos standards de prova.

CAPÍTULO 02. ASPECTOS DOGMÁTICOS DOS STANDARDS DE PROVA

No capítulo anterior, foram fixadas as premissas consideradas essenciais ao desenvolvimento de uma verdadeira teoria dos standards de prova, bem como a sua aplicação ao direito brasileiro, em especial as ações de improbidade administrativa.

Nesse sentido, partiu-se do problema da plurissignificação terminológica do vocábulo prova, seu conceito e objeto, até a demonstração da relação teleológica existente com o significado de verdade. Foi também abordado o procedimento probatório e todas as suas fases, em especial a de valoração da prova, desde os seus modelos irracionais até os racionais, e conseqüentemente à evolução destes da prova tarifada até o modelo de convencimento motivado.

Por fim, defendeu-se, para o que interessa ao presente objeto de estudo, a necessidade de virada no paradigma do convencimento judicial, de um modelo subjetivo de convencimento, fixado no simples convencimento do julgador, para um modelo racional-objetivo, onde estar provado significa que existem elementos de prova suficientes a favor da hipótese fática.

2.1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

No presente capítulo, e uma vez fixadas todas as premissas acima destacadas, a análise competirá exclusivamente aos standards de prova, desde aspectos teóricos referentes à apresentação de um conceito adequado, sua natureza jurídica, competência definitória, critérios para a sua correta formulação e justificativa para a classificação adotada, até problemas práticos como a sua distinção para a fase de valoração da prova, sistema da prova tarifada e regras de ônus probatório.

2.2. CONCEITO: O QUE SÃO STANDARDS DE PROVA?

Defendeu-se no capítulo anterior a necessidade de virada de paradigma do modelo de convencimento judicial, de um modelo subjetivo (“está provado que p” como sinônimo de “o juiz estabeleceu que p”) para um modelo objetivo (“está provado que p” como sinônimo de “há elementos de juízo suficientes a favor de “p”).

Quer isso significar que para a possibilidade de determinação do grau de suficiência probatória de uma determinada hipótese, ou seja, da determinação de quando uma hipótese fática se encontra provada, é necessário a adoção do instituto dos standards de prova.

Mas o que seriam os standards de prova. Essa é uma pergunta bastante comum, principalmente em razão da sua relativa novidade dentro do direito brasileiro, motivo pelo qual vem gerando alguma espécie de confusão e levantando diversos questionamentos.

Pois bem, a origem conceitual do instituto, conforme será tratado em capítulo próprio, remete aos países de tradição do *common law*, com já alguma considerável recepção também em países de tradição romano-germânica, em especial Itália e Espanha, e mais recentemente o Brasil.

Por essa razão, neste tópico, para que seja determinado o conceito de standard de prova, serão apresentadas as posições de alguns autores oriundos de diferentes países e tradições jurídicas.

De início, é preciso destacar que os standards de prova podem ser conceituados por uma dupla perspectiva: subjetivista⁹⁶ ou objetivista.⁹⁷

De um lado, alguns dos conceitos de standards de prova encontrados na doutrina e em decisões judiciais são apresentados sob uma perspectiva subjetiva, diretamente relacionada ao grau de convencimento do julgador ou seus níveis de confiança.

É neste sentido, por exemplo, o conceito apresentado por Mauricio Duce, para quem os standards de prova se referem “ao nível de persuasão acerca dos fatos que deve ser

⁹⁶ O termo subjetivo aqui adotado refere-se à crença subjetiva e discricionária do julgador, bastando que o juiz esteja convencido.

⁹⁷ PICINALI, Federico. The threshold lies in the method: instructing jurors about reasoning beyond reasonable doubt. **International Journal of Evidence and Proof**. Vol. 19, 2015, p. 03.

alcançado pelo tribunal para poder tomar uma decisão ou aplicar uma sanção e não ao tipo de provas que podem ser utilizadas ou como estas devem ser valoradas.”⁹⁸

No mesmo sentido, Suprema Corte Americana, ao julgar o famoso caso Winship⁹⁹, adotou uma definição subjetivista de standard de prova, ao afirmar que a sua função seria a de instruir o julgador acerca do nível de confiança exigido para a correção sobre a conclusão sobre os fatos.¹⁰⁰

Tais definições subjetivistas, conforme defendido no capítulo anterior quando defendida a necessidade de mudança de paradigma a respeito do convencimento do julgador, não podem prevalecer, sob o argumento do afastamento da pretensão de racionalização do sistema probatório, e conseqüentemente da impossibilidade do controle intersubjetivo da decisão judicial.¹⁰¹

É necessário então definir o conceito de standards de prova sob uma perspectiva objetiva, para o qual devem eles ser compreendidos como o grau mínimo de exigência da prova para a consideração de uma hipótese fática como provada.

Ou seja, nos termos da analogia proposta por Janaina Matida e Alexandre Morais da Rosa, os standards de prova seriam para a fase decisória do procedimento probatório o equivalente ao sarrafo no salto com vara.¹⁰²

⁹⁸ DUCE, Mauricio. Reflexiones sobre el proceso sancionatorio administrativo chileno: debido proceso, estándar de convicción (prueba) y el alcance del sistema recursivo. **Diritto Penale Contemporaneo**. 2018, p. 89. “El estándar de convicción o de prueba se refiere al nivel de persuasión acerca de los hechos que debe ser alcanzado por el tribunal para poder tomar una decisión o aplicar alguna sanción y no al tipo de pruebas que se pueden utilizar o al cómo éstas deben ser valoradas.”

⁹⁹ O caso é considerado emblemático em razão da elevação pela Suprema Corte Norte Americana do standard da prova acima da dúvida razoável ao nível constitucional. No julgamento foi interpretada a décima quarta emenda, com a determinação aos jurados da aplicação obrigatória do standard, sob pena de revogação da sentença.

¹⁰⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. In re Winship, 397 U.S. 358 (1970). Washington D.C., 30 mar. 1970. p. 13. Disponível em <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep397/usrep397358/usrep397358.pdf>. Acesso em 27 jan. 2022. “In this regard, a standard of proof represents an attempt to instruct the factfinder concerning the degree of confidence our society thinks he should have in the correctness of factual conclusions for a particular type of adjudication.”

¹⁰¹ NISSIN, Andrés Fuchs. Análisis y propuesta sobre el estándar de prueba aplicable en casos de cárteles, en materia de derecho de la competencia. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; VÁSQUEZ, Carmen. **Del derecho al razonamiento probatorio**. Madri: Marcial Pons, 2020, p. 218-219.

¹⁰² MATIDA, Janaina; ROSA, Alexandre Morais da. Para entender standards probatórios a partir do salto com vara. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 20 mar. 2020. Disponível em: <<http://>

Assim, enquanto naquela modalidade de atletismo o atleta sabe exatamente a altura necessária para o sucesso do seu salto, no processo judicial o operador do direito passa a saber o quanto de prova é necessário para que a alegação de fato por ele apresentada seja considerado provada.

A definição acima apresentada, portanto, não encontra grande variação entre os estudiosos da matéria, independentemente da tradição jurídica da qual se originam.

A título de exemplo, Kevin Clermont, jurista americano que por anos vem desenvolvendo estudos a respeito do tema, define standard de prova como “o padrão de segurança exigido de um julgador para que este decida acerca da existência de um fato contestado.”¹⁰³

Em sentido semelhante, a jusfilósofa britânica Susan Haack afirma que “os standards de prova especificam o grau ou nível de prova que deve ser satisfeito nos diversos tipos de processos.”¹⁰⁴

Para os autores de tradição romano-germânica o conceito de standard de prova também não varia. Para Michele Taruffo os standards de prova seriam a quantificação de prova exigida para a comprovação de uma hipótese fática¹⁰⁵. Em sentido semelhante, para Jordi Ferrer-Beltrán “os standards de prova são regras que determinam o grau de confirmação que uma hipótese deve ter, com base na evidência, para ser considerada provada para fins de adoção de determinada decisão.”¹⁰⁶

<https://www.conjur.com.br/2020-mar-20/limite-penal-entender-standards-probatorios-partir-salto-vara.>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

¹⁰³ CLERMONT, Kevin M. **Standards of decision in law**: psychological and logical bases for the standard of proof, here and abroad. Durham: Carolina Academic Press, 2013b, p. 12. “This example comprises the various standards of sureness required of a factfinder to decide that a contested fact exists.”

¹⁰⁴ HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. In: VÁSQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica**: ensayos de epistemología jurídica. Madri: Marcial Pons, 2013, p. 69. “Los estándares de prueba especifican el grado o el nivel de prueba que debe satisfacerse en los diversos tipos de procesos.”

¹⁰⁵ TARUFFO, 2014, p. 302.

¹⁰⁶ FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prueba sin convicción**: estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021b, p. 24. “los estándares de prueba son reglas que determinan el grado de confirmación que una hipótesis debe tener, a partir de las pruebas, para poder ser dada por probada a los efectos de afoptar una determinada decisión”

No Brasil, o destaque inicial no desenvolvimento do assunto ocorreu com Danilo Knijik, para quem os standards de prova seriam “uma pauta ou critério à luz do qual o juízo de fato pode ser formado e submetido ao contraditório.”¹⁰⁷

Em sentido semelhante, Ravi Peixoto define os standards de prova “como o grau de suficiência probatória mínima exigida pelo direito, para que uma hipótese fática possa ser considerada provada”¹⁰⁸, ao passo que para Christian Ponzoni os standards de prova seriam os “critérios para que se considere suficientemente comprovada a veracidade ou falsidade de uma assertiva sobre um fato, em um processo jurisdicional.”¹⁰⁹

Pois bem, a partir dos conceitos postos, pode-se concluir que neste trabalho se adota um conceito objetivo de standards de prova, correspondente a comprovação da suficiência da prova independentemente da crença pessoal do julgador.

Definido o conceito de standard de prova, no tópico seguinte serão abordadas questões referentes a sua natureza jurídica.

2.3. NATUREZA JURÍDICA DOS STANDARDS DE PROVA: REGRAS DE INSTRUÇÃO OU REGRAS DE JULGAMENTO?

Restou definido no tópico anterior o conceito de standards de prova. Agora, em sequência, é importante definir a sua natureza jurídica, classificando-os dentro do universo de categorias existentes no direito.

No Brasil, correspondem os standards de prova a uma questão de direito prévia¹¹⁰, que deve ser fixada em momento processual oportuno, como forma de permitir as

¹⁰⁷ KNIJNIK, 2007, p. 37.

¹⁰⁸ PEIXOTO, 2021, p. 61.

¹⁰⁹ PONZONI, 2020, p. 48.

¹¹⁰ Adota-se neste momento, para o que interessa ao objeto do presente estudo, uma distinção meramente semântica das expressões questão de fato e questão de direito. Não interessa, portanto, adentrar na problemática relacionada a correção da dicotomia desta distinção. Sendo assim, no sentido adotado, a questão de fato corresponde a descrição de um fato, ao passo que questão de direito corresponde a descrição de um enunciado jurídico.

partes o seu conhecimento e discussão a respeito, bem como a submissão ao contraditório pleno.¹¹¹

Depurando o conceito acima, pode-se afirmar, ainda, que correspondem os standards de prova a uma regra de julgamento, a ser adotada na fase final do raciocínio probatório, posteriormente à avaliação das provas, como critério justificativo do julgamento a favor de uma das partes.¹¹²

Quer isso significar, na prática, que a determinação do grau de suficiência da prova apenas poderá ser aferida no caso concreto, após a correta valoração das provas produzidas, quando será possível determinar se atingido ou não o grau de suficiência probatória necessário para a comprovação da hipótese fática.

Por fim, o conceito de standard de prova possui ainda caráter normativo, competindo ao Estado, a partir de uma decisão político-ideológica tomada a partir de valores que considera fundamentais, o estabelecimento do grau de suficiência exigido para cada espécie procedimental.¹¹³

Registre-se, contudo, que a afirmação de que os standards de prova correspondem a uma regra de julgamento não é uma afirmação absoluta, dependendo de uma correta contextualização, na medida em que as características dos diferentes ordenamentos jurídicos que adotam a ideia são diferentes.

Por exemplo, partindo da análise do sistema jurídico dos Estados Unidos da América, país sobre o qual trataremos especificamente na primeira parte do capítulo terceiro, veremos que a sua estrutura de julgamento é muito diferente, nisso implicando, portanto, a definição da sua natureza jurídica.

¹¹¹ KNIJNIK, 2007, p. 31-33.

¹¹² TUZET, Giovanni. Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification. **Artificial intelligence and law**. Vol .28, 2018, p. 03, 05 e 09.

¹¹³ NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. Presunção de inocência, standard de prova e racionalidade das decisões sobre os fatos no processo penal. In: Santoro. **Crise no processo penal contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 11. Disponível em: https://www.academia.edu/38656612/Presunção_de_Inocência_Standards_de_Prova_e_Racionalidade_das_Decisões_sobre_os_Fatos_no_Processo_Penal. Acesso em: 10 set. 2021.

Segundo aponta Mirjan Damaska, existe naquele país uma bifurcação na estrutura de julgamento, competindo a juizes profissionais a tomada de decisão sobre o direito e aos juizes leigos a tomada de decisão sobre os fatos¹¹⁴, que pode ser assim resumidamente explicada

(...) Finda a fase postulatória (com a apresentação da contestação), passar-se-á à fase instrutória. Toda a fase postulatória correu perante o juiz de direito que decidiu sobre as questões jurídicas (*legal rules*). Segue-se, pois, à fase instrutória.

Como já dito, o processo civil recorre também ao instituto do júri popular. Assim, o processo é dividido em duas fases: antes do julgamento popular e durante ele (*before trial* e *trial*). A fase *before trial*, como já observado, corre perante o juiz de direito, que decidirá sobre questões jurídicas. A fase do *trial* (perante o júri) corre perante o juízo popular assessorado pelo juiz de direito. (...) Como já observado, o júri, em geral, julga questões de fato, uma vez que as questões de direito são decididas pelo juiz.

(...) Passada a fase instrutória, chega-se à fase decisória, quando, o juiz emitirá o veredicto (*verdict*), que poderá ser pronunciado de forma geral (“sim” ou “não”) ou de forma detalhada (prevendo-se desde o porquê da decisão até o valor da condenação). Sobre o veredicto do júri, o juiz prolatará sentença.¹¹⁵

Naquele país, portanto, compete ao juiz (profissional) garantir que os jurados (juizes leigos) entendam o direito¹¹⁶, o que implica, necessariamente, na instrução aos jurados do standard probatório exigível no caso concreto.¹¹⁷

Quer isso significar, portanto, que os standards de prova não funcionam nos Estados Unidos da mesma forma que no Brasil, como regra de julgamento, mas sim como verdadeira regra de instrução dada aos jurados sobre o nível de prova exigido para

¹¹⁴ DAMASKA, Mirjan. **Evaluation of evidence**: pre-modern and modern approaches. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 128 e 133.

¹¹⁵ VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law*: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 209-210.

¹¹⁶ KAGEHIRO, Dorothy K. Defining the standards of proof in jury instructions. **Psychological Science**. Vol. 01, n. 03, 1990, p. 194.

¹¹⁷ A título de exemplo, veja o roteiro de instrução do júri no Tribunal Distrital para o Norte da Geórgia, à época presidido pelo Juiz William Duffey Jr.: “É meu dever instruí-lo sobre o estado de direito que você deve usar para decidir este caso. Depois que eu concluir essas instruções, você irá para a sala do júri e começará suas discussões ou o que chamamos de suas deliberações neste caso. (...) A lei presume que todo réu é inocente. O réu não tem que provar (sua) inocência ou apresentar qualquer prova. O governo deve provar a culpa além de qualquer dúvida razoável, e se não o fizer, você deve considerar o réu inocente.” «» “It is my duty to instruct you on the rule of law that you must use in deciding this case. After i've completed these instructions, you will go to the jury room and begin your discussions or what we call your deliberations in this case The law presumes that every defendant is innocent. The defendant does not have to prove (his) (her) innocence or produce any evidence at all. The government must prove guilty beyond a reasonable doubt, and if it fails to do so you must find (the)(that) defendant not guilty.”

procedência/improcedência da pretensão autoral ou condenação/absolvição do acusado.¹¹⁸

Ou seja, na estrutura do sistema jurídico americano, os standards de prova são verdadeiras instruções dadas aos jurados no sentido de “como pensar” antes da tomada da sua decisão¹¹⁹.

2.4. AS FUNÇÕES DOS STANDARDS DE PROVA: QUAL O PAPEL QUE DESEMPENHAM?

Conforme amplamente demonstrado no tópico anterior, quando tratado a respeito da definição dos standards de prova, restou afirmado que correspondem eles ao grau mínimo de exigência da prova para a consideração de uma hipótese fática como provada.

Dentro da ideia acima apresentada, a doutrina especializada estabelece quatro funções principais dos standards de prova, igualmente importantes entre si¹²⁰⁻¹²¹: i) em relação aos sujeitos processuais, possuem função de orientação dos sujeitos processuais; ii) em relação ao julgador, possuem função heurística e justificadora; iii) distributiva entre as partes dos riscos de erro da decisão sobre os fatos¹²²; iv) promotora do ideal de segurança jurídica.

¹¹⁸ BADARÓ, 2019, p. 246.

¹¹⁹ NIEVA FENOLL, 2010, p. 87. DAMASKA, 2020, p. 134.

¹²⁰ Neste sentido, por exemplo, FERRER-BELTRÁN, 2021b, p. 110; PEIXOTO, 2021, p. 69; ANDRADE, Flávio da Silva. **Standards de prova no processo penal**: quanto de prova é necessário para definir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar e condenar ?. Salvador: Editora JusPodivm, 2022, p. 68. Para outros autores, por exemplo, as funções dos standards de prova são mais reduzidas. Corroborando a afirmação posta, por exemplo, VECCHI, Diego Dei. **Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio**. Lima: ZELA Grupo Editorial E.I.R.L., 2020a, p. 150, afirma que Larry Laudan entende por função dos standards de prova apenas a última delas. Neste trabalho, entretando, optou-se por fazer uma análise macro das funções dos standards de prova, trazendo todas aquelas elencadas pela doutrina.

¹²¹ Uma quinta função foi levantada pela Prof. Rachel Herdy, em questionamento dirigido ao autor, realizada no seminário para debate das ideias do livro PRUEBA SIN CONVICCIÓN: ESTÁNDARES DE PRUEBA U DEBIDO PROCESO. Fóruns Permanentes EMERJ, 11 de maio de 2021. 1 vídeo (04 horas: 38 segundos). Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=g58ad1StiSs&t=1803s>. Acesso em 28 jun. 2022. Participação Geraldo Prado, Gustavo Henrique Badaró, Janaina Roland Matida, Rachel Herdy, Carmen Vázquez Rojas, Vitor de Paula Ramos e Jordi Ferrer Beltrán. Seria a quinta função dos standards de prova correspondente a alocação/distribuição do poder decisório entre legislador e juiz.

¹²² Essa é, segundo aponta FERRER BELTRÁN, 2021b, p. 115, praticamente a única função dos standards de prova analisada pela doutrina anglo-saxônica.

2.4.1. FUNÇÃO DE ORIENTAÇÃO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS

A primeira função dos standards de prova é dirigida aos sujeitos processuais, funcionando eles com a finalidade de orientação das partes, uma espécie de manual de suficiência probatória à disposição dos litigantes, que poderão assim atuar de forma consciente.

Possuem então uma função duplamente orientadora. Do ponto de vista daquele que propõe uma demanda, funciona como uma espécie de barreira capaz de impedir novas demandas fundamentadas em provas insuficientes para o sucesso pretendido, bem como para a consideração da aceitação ou não de eventual proposta de acordo.

Ou seja, sabendo o autor o standard de prova necessário para a corroboração da hipótese fática da ação a ser proposta, agiria de forma mais consciente, apenas propondo-a quando considerar tê-lo atendido.

Seguindo a mesma lógica, o conhecimento do standard adotado em determinado procedimento afetaria também a consideração de uma eventual proposta de acordo pelo autor, que na dúvida sobre o atingimento do grau de suficiência necessário, poderia ser ver forçado a aceitá-la para ter a questão resolvida.

Já do ponto de vista da parte que tem contra si proposta uma demanda, serve como um manual da estratégia a ser adotada, por exemplo, no que diz respeito a apresentação de uma eventual proposta de acordo, aceite da suspensão condicional do processo ou de acordo de não persecução penal. O conhecimento do standard de prova aplicável ao caso, portanto, determina a aceitação ou não de cada uma das possibilidades acima apresentadas.

Já com relação aos advogados, e tomando por base os reflexos acima detalhados, os standards de prova servem como parâmetro de orientação dos seus representados, de forma a permitir uma melhor representação daqueles, bem como de preparação de uma melhor apresentação dos seus argumentos ao julgador.

Por fim, ainda com relação a função de orientação das partes à respeito dos standards de prova, estes possuem um aspecto prático muito importante, na medida em que podem funcionar como uma espécie de política judiciária, reduzindo o número de recursos a serem propostos, pois conhecendo o recorrente o grau de suficiência necessário para a corroboração de determinada hipótese de fato, poderá estimar a possibilidade de sucesso do recurso a ser interposto, desistindo quando entender não possuir provas suficientes.

2.4.2. FUNÇÃO HEURÍSTICA E JUSTIFICADORA

A segunda função dos standards de prova, em sentido diametralmente oposto ao anterior, é dirigida aos julgadores, desempenhando para eles uma dupla finalidade: heurística e justificadora.¹²³

A partir da função heurística, os standards de prova serviriam com um guia objetivo para nortear o raciocínio judicial acerca dos fatos, funcionando, segundo afirma Marcella Alves Mascarenhas Nardelli, “como um princípio-guia para o acerto da verdade.”¹²⁴

Mas não é só. Conforme dito, tem-se ainda a função justificadora dos standards de prova, no qual funcionam como critério a ser adotado na construção da justificação da decisão judicial sobre os fatos. Contudo, caso não se encontrem presentes na decisão os elementos que compõe o standard aplicável ao tipo de procedimento adotado, não se poderá considerar a decisão adequadamente justificada.¹²⁵

Exemplificando o acima posto, observa-se que a partir da função heurística compete ao julgador realizar a correta valoração do conjunto probatório produzido, determinando no caso concreto qual o grau de corroboração que as provas produzem nas hipóteses de fato.

¹²³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. **DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante, n. 28, 2005, p. 137-139.

¹²⁴ NARDELLI, 2018, p. 14.

¹²⁵ GASCÓN ABELLÁN, 2005, p. 138.

A partir daí, na construção da decisão judicial sobre os fatos, a função justificadora determina o modo de justificar a decisão, atuando como um mecanismo de controle da racionalidade do juízo.¹²⁶

Essa função possui um importante reflexo prático relacionado à atividade recursal. Isso porque sendo uma das funções dos standards de prova a possibilidade de controle intersubjetivo da decisão judicial proferida, a sua justificação mostra-se essencial para o controle da decisão, o que permitirá às partes saber se efetivamente se encontra “errada” a decisão proferida, e conseqüentemente viável eventual recurso.

Ou seja, a partir da justificação adequada do standard de prova aplicável, permite-se a parte que entende prejudicada o exercício do correto controle da decisão, e não uma simples renovação da tentativa de convencimento (psíquico dos novos julgadores).¹²⁷

2.4.3. FUNÇÃO DISTRIBUTIVA DOS RISCOS DE ERRO DA DECISÃO ENTRE AS PARTES

A terceira função dos standards de prova é a distributiva dos riscos de erro nas decisões sobre fatos.¹²⁸ O fundamento desta função reside na compreensão de que o ser humano é falível, sendo portanto as suas decisões tomadas dentro de um contexto de incerteza, o que faz com que mesmo sob as melhores circunstâncias, erros ocorram no processo decisório.¹²⁹

Quer isso significar, no âmbito penal que inocentes serão condenados (falsos positivos) ou culpados serão absolvidos (falsos negativos). Da mesma forma no âmbito civil, quando uma parte que não cometeu os fatos que lhe são imputados é condenada (falso positivo), ou o contrário da moeda, a parte que o cometeu é absolvida (falso negativo).

¹²⁶ NARDELLI, 2018, p. 14.

¹²⁷ FERRER-BELTRÁN, 2021b, p. 111.

¹²⁸ A função distributiva dos riscos de erro na decisão sobre os fatos, segundo FERRER-BELTRÁN, 2021b, p. 115, foi a que recebeu maior atenção por parte da doutrina, em especial de tradição anglo-saxã. Neste sentido, por exemplo, LAUDAN, Larry. **Truth, error, and criminal law: and essay in legal epistemology**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2008a.

¹²⁹ BROOK, James. Inevitable errors: the preponderance of the evidence standard in civil litigation. **Tulsa Law Journal**. Vol. 18, 2013, p. 79.

A ideia contudo não é nova. Sir William Blackstone, ainda no ano de 1765, observou a questão dos custos dos erros no processo penal, procurando sistematizar a relação entre as suas espécies a partir do entendimento de que determinados tipos de danos exigem um tratamento mais rígido.

Foi dentro desse contexto de observação que o Magistrado inglês, já aquela época, escreveu a sua mais célebre frase, repetida até os dias de hoje¹³⁰, de que a “lei diz que é melhor dez culpados escaparem do que um inocente sofrer.”¹³¹

Dentro do exposto, e uma vez entendido que toda espécie de erro possui um custo¹³², no sentido já apontado por Sir William Blackstone, os standards de prova funcionarão como uma forma de distribuição destes entre as partes, permitindo que cada ordenamento jurídico defina, conforme interesses políticos ou morais, o tipo de erro que considera mais ou menos aceitável para a sociedade.¹³³

É exatamente essa a relação existente entre os standards de prova e os erros possíveis. A partir deles existe uma alteração na distribuição dos riscos de erros.

Quer isso significar que em processos que exigem graus de suficiência probatória mais alta, provavelmente menos erros serão cometidos nas sentenças proferidas (menos pessoas que não cometeram os fatos imputados serão condenadas, da mesma

¹³⁰ Nos dias de hoje, por exemplo, LAUDAN, 2008a, p. 2, que afirma que no caso da ocorrência de erros seria muito melhor absolver um culpado do que condenar um inocente. “When errors are made, it is far better to acquit a guilty party than to convict an innocent one.”

¹³¹ BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England vol II**. Indianápolis: Liberty Fund INC., 2011, p. 502. “Fourthly, all presumptive evidence of felony should be admitted cautiously, for the law holds that it is better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer.”

¹³² Tratando dos custos dos erros judiciais, precisas as palavras de PEIXOTO, 2021, p. 132. “Tanto o erro da condenação falsa (falso positivo) quanto o erro da inocência falsa (falso negativo) trazem custos para a sociedade. O custo da absolvição errada de um acusado que tenha cometido o crime é a de permitir que ele seja solto, podendo voltar a cometer crimes, além de não permitir o encerramento do evento em relação à experiência traumática, podendo deixar a sociedade descrente no sistema de justiça. Além disso, ainda pode deixar a mensagem de que o crime compensa porque outros criminosos podem identificar que é muito difícil ser condenado. Há, nesse caso, uma proteção falha dos bens jurídicos tutelados pelos tipos penais. (...) Por outro lado, a condenação falsa pode trazer danos ainda mais graves à sociedade, pois gera uma mancha na reputação de um acusado inocente, retirando-lhe indevidamente a liberdade, às quais causam vários outros efeitos na vida desse indivíduo.” No mesmo sentido, LAUDAN, 2008a, p. 69.

¹³³ LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. **DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante, n. 28, 2005, p. 97.

forma que mais pessoas que cometeram o fato que lhe são imputados serão absolvidas), ao passo que naqueles em que se exige um grau de suficiência probatória mais baixo, é possível que menos culpados sejam absolvidos e que mais não culpados sejam condenados).

Uma última consideração precisa ser feita. Ao tratar da fixação dos standards de prova e sua relação com a distribuição dos erros no processo, se constata a necessidade de uma relação de equilíbrio, de maneira que não seja exigido um grau de suficiência probatória muito alto capaz de levar a poucas condenações de culpados, ou muito baixo de forma a levar a muitas condenações de inocentes, levando, assim, a potenciais situações de injustiça.¹³⁴

2.4.3.1. A FIXAÇÃO DE STANDARDS PROBATÓRIOS MAIS EXIGENTES IMPLICA NA DIMINUIÇÃO DOS ERROS NO PROCESSO?

Conforme visto no tópico anterior, uma das principais (e mais importantes) funções dos standards de prova é a distribuição do risco de erro da decisão sobre fato entre as partes, decorrência do grau de suficiência probatória exigido para cada tipo de procedimento.

Assim, procedimentos envolvendo matérias menos sensíveis tolerariam mais erros do que aqueles envolvendo matérias mais sensíveis, variando o standard probatório exigido conforme o tipo de erro permitido.

Ocorre que avalizada doutrina, diversamente, entende que a fixação de standards de prova mais rígidos teria por consequência a diminuição de erros sobre os fatos, consequentemente aumentando a possibilidade de acertos.¹³⁵

Essa, todavia, é uma posição equivocada por uma série de razões. Primeiramente porque não existem dados empíricos que meçam exatamente a quantidade de falsas

¹³⁴ PEIXOTO, 2021, p. 132-133.

¹³⁵ GASCÓN ABELLÁN, 2005, p. 130. “Cabe decir también que cuanto más exigente sea el estándar para probar un hecho, pues un SP muy exigente minimiza la posibilidad de error y maximiza la posibilidad de acierto.”

acusações e falsas absolvições ocorridas.¹³⁶ Logo, em última ratio, essa afirmação seria apenas uma mera expectativa.¹³⁷

Em segundo lugar, a posição seria equivocada por apenas considerar o erro do tipo falsas condenações, desconhecendo ou ignorando o erro do tipo absolvições falsas, que também é um tipo de erro.¹³⁸

Conforme tratado no tópico anterior, a posição é ainda equivocada por uma questão lógica. Da mesma forma em que a fixação de um standard probatório mais exigente diminuirá o número de falsas condenações, ao inverso, aumentará o de falsas absolvições.

Por fim, a posição é também equivocada por uma questão técnica. Isso porque não são os standards de prova o mecanismo processual responsável pela diminuição do número de erros sobre fatos, o que compete a epistemologia jurídica, por meio da incorporação do máximo de provas relevantes e desenvolvimento de melhores critérios de avaliação do material probatório.¹³⁹

Vistas as objeções a respeito da tese da diminuição do número de erros no processo, pode-se afirmar então que a função dos standards de prova nada mais é do que distribuir entre as parte do processo, a partir de critérios políticos e morais, o risco de erro das decisões sobre fatos.

2.4.4. PROMOÇÃO DO IDEAL DE SEGURANÇA JURÍDICA

¹³⁶ FERRER BELTRÁN, 2021b, p. 133-134.

¹³⁷ HAMER, David. Probabilistic standards of proof, their complements and the errors that are expected to flow from them. **The UNE Law Journal**. Vol. 01, 2004, p. 87.

¹³⁸ FERRER-BELTRÁN, Jordi; TUZET, Giovanni. Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali. **Diritto & Questioni Pubbliche**. Palermo, XVIII, 2018, p. 458. “Non è strano trovare chi sostiene la tesi che uno standard di prova esigente diminuisce il numero di errori sui fatti, ma questa è una conclusione molte volte frettolosa, basata sull’osservazione di un solo tipo di errore: le condanne false, non riconoscendo (o ignorando) che insieme a queste sono materialmente erronee anche le assoluzioni false.”

¹³⁹ FERRER BELTRÁN, 2021b, p. 121-122.

Por fim, teríamos ainda uma última função dos standards de prova, considerada em realidade uma super função, que seria a possibilidade de promoção do ideal de segurança jurídica.

A segurança jurídica é considerada um dos fundamentos do Estado de Direito¹⁴⁰, sendo considerada uma norma princípio capaz de permitir aos sujeitos de direito a programação de suas condutas.¹⁴¹

É justamente aqui que reside a função promotora da segurança jurídica imposta aos standards de prova.

Como já foi afirmado em linhas anteriores, os standards probatórios podem ser definidos como o grau mínimo de exigência da prova para a consideração da uma hipótese fática como provada.

Funcionam assim como um padrão de orientação às partes para o conhecimento do grau de suficiência probatória exigido para o sucesso de uma eventual demanda, bem como um guia objetivo norteador do raciocínio judicial dos fatos e justificador da decisão.

Dentro desse cenário, funcionam os standards de prova como o elemento de calculabilidade da conduta das partes, que nos termos antes afirmados, de antemão saberiam o grau de suficiência probatória exigido, podendo assim moldar a sua estratégia.

2.5. COMPETÊNCIA PARA A DEFINIÇÃO DOS STANDARDS DE PROVA: QUEM DEVE DEFINIR QUAIS OS POSSÍVEIS STANDARDS EM UM DETERMINADO ORDENAMENTO JURÍDICO?

¹⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo código civil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: fórum, 2004, p. 139.

¹⁴¹ PEIXOTO, 2021, p. 68.

Em linhas anteriores estabeleceu-se a premissa, que espero tenha ficado suficientemente clara, de que os standards de prova correspondem ao grau mínimo de exigência para que uma hipótese de fato seja considerada provada.

Dentro dessa definição, conforme apontado, os standards de prova possuem uma nítida função de orientação dos sujeitos processuais, permitindo assim melhor definir suas estratégias, o que implica, conseqüentemente, na obtenção de segurança jurídica.

Dito isso, e uma vez considerando que a fixação de um standard de prova é uma escolha de natureza político-moral, no sentido de estabelecer quais os erros toleráveis e assim distribuí-los entre as partes, a competência para a sua definição é do Poder Legislativo, na condição de poder representante dos desejos de uma determinada sociedade.

Tal afirmação, segundo aponta Ravi Peixoto, faz ainda mais sentido num contexto jurídico de tradição romano-germânica, no qual o direito legislado é ainda prevalente.¹⁴²

Mas essa não é, infelizmente, a realidade brasileira. Por aqui, salvo no âmbito penal, no qual o standard da prova além da dúvida razoável restou positivado pela incorporação ao direito nacional do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional¹⁴³, que em seu artigo 66, 3, estabelece que “para proferir sentença condenatória, o tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável”, não existe uma positivação legislativa dos standards de natureza civil.

Em tais casos, contudo, a omissão legislativa não pode ser tida como um sinal da sua inexistência. Em sendo os standards de prova um requisito lógico do procedimento probatório, a omissão legislativa deve ser superada, na forma como feito nos países de *common law*.

¹⁴² PEIXOTO, 2021, p. 74.

¹⁴³ ANDRADE, 2022, p. 260.

Tal tarefa, então, compete a doutrina e ao próprio Poder Judiciário, que a partir do desenvolvimento dogmático da matéria, e consequente aplicação prática dos conhecimentos desenvolvidos, tornam os standards probatórios conhecidos, ao ponto de tornarem-se vinculantes, nos termos do disposto nos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil.¹⁴⁴

2.6. COMO FORMULAR STANDARDS DE PROVA: CRITÉRIOS METODOLÓGICOS

Em trabalho recentemente publicado, Jordi Ferrer Beltrán dedicou um capítulo específico da obra para tratar dos requisitos metodológicos que entende necessários para a formulação de um standard de prova.

Segundo o autor espanhol, é necessário a presença de quatro requisitos para a formulação e consequente denominação de uma regra probatória como standard¹⁴⁵: *i*) não vinculação à crenças pessoais do julgador ou definições absolutamente vagas; *ii*) ser capaz de determinar o grau de suficiência a partir do qual uma hipótese se considera provada; *iii*) adotar critério qualitativos (e não quantitativos); e *iv*) relação que os standards de prova a serem adotados no mesmo processo devem ter entre si.

2.6.1. NÃO VINCULATIVIDADE A ASPECTOS SUBJETIVOS DO JULGADOR OU DEFINIÇÕES ABSOLUTAMENTE VAGAS

O primeiro requisito exigido para a formulação de um standard probatório seria a sua não vinculação a aspectos subjetivos do julgador, como seus estados mentais ou psicológicos.

Essa questão já foi analisada no item 2.1, quando restou demonstrado que a melhor definição sobre standards de prova é aquela feita a partir de uma perspectiva objetiva, que torna racional o sistema probatório, em comparação aquela subjetiva, no qual múltiplos fatores incontrolláveis acabam por influenciar a crença pessoal do julgador

¹⁴⁴ Fazendo essa conexão entre os standards de prova e a teoria dos precedentes adotada pelo Código de Processo Civil Brasileiro, PEIXOTO, 2021, p. 75-76.

¹⁴⁵ FERRER BELTRÁN, 2021b, p. 29-107.

(preconceito, ideologia, religião, conhecimento prévio, dentre outros), o que acaba por afastar a busca da racionalização e impossibilita o controle da decisão.

Para o que interessa neste ponto, observa-se que esse requisito de plano impossibilita a existência de um standard de prova fundado apenas na íntima convicção do julgador¹⁴⁶, ou cuja definição seja absolutamente vaga¹⁴⁷.

Dito todo o acima, conclui-se com Jordi Ferrer Beltrán, quando afirma que o presente requisito exige a adoção de um standard de prova que indique o grau de corroboração alcançado a partir das provas produzidas, e não um standard relacionado à crenças pessoais do julgador.¹⁴⁸

Fixada a premissa de não ser possível a fixação de um standard de prova vinculado à crenças pessoais do julgador ou cuja definição seja absolutamente vaga, uma dúvida surge.

Em tais casos, então, seria possível o estabelecimento de standards objetivos? A questão será tratada no tópico seguinte, buscando dialogar com a doutrina que procurou responder a questão.

¹⁴⁶ Segundo ENGEL, Christoph. Preponderance of the evidence versus intime conviction: A behavioral perspective on a conflict between american and continental european law. **Vermont Law Review**. Vol. 33, 2009, p. 435, nos países de tradição continental o standard aplicável indistintamente tanto para o direito civil quanto penal seria o da íntima convicção. “Continental law does not differentiate between civil law and criminal law. The standard of proof is intime conviction throughout.” No mesmo sentido CLERMONT, Kevin M. SHERWIN, Emily. A comparative view of standards of proof. **Cornell Law Faculty Publications**. Paper 222, 2002, p. 256. “Not bein used to requiring anything but full proof, civilians naturally came to apply a standard of *intime conviction* to all cases, criminal and civil alike.” A precisão da comparação é questionada, dentre outros, por TARUFFO, Michele. Rethinking the standards of proof. **The american journal of comparative law**. Vol. 51, 2003, p. 659-678. Registra-se ainda que os autores que afirmam a adoção da íntima convicção como standard de prova nos países de tradição civilista confundem coisas distintas: a íntima convicção como sistema de valoração da prova e standard de prova. Neste sentido, TUZET, 2018, p. 08.

¹⁴⁷ É o que se passa por exemplo, nos países de common law, com o standard penal da prova além da dúvida razoável. Segundo aponta LAUDAN, Larry. Is reasonable doubt reasonable? **Public Law and Legal Theory Research Paper**. N. 144, 2008b, p. 01-33., o conceito ou é completamente indefinido ou é definido de maneira tão imprecisa que se torna absolutamente inútil. Divergindo desta opinião, ACCATINO, Daniela. Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**. Valparaíso, vol. XXXVII, 2011, p. 504, afirma que o standard penal não é completamente inútil, desde que interpretado em termos objetivos (qualidade das provas em detrimento das crenças subjetivas do julgador). Dessa maneira teria um caráter minimamente informativo, demonstrando o maior grau de exigência requerido em relação aos demais standards.

¹⁴⁸ FERRER BELTRÁN, 2021b, p. 33.

2.6.2. É POSSÍVEL FORMULAR STANDARDS DE PROVA PRECISOS E OBJETIVOS? UM DIÁLOGO COM DANIEL GONZÁLEZ LAGIER, MARINA GASCÓN ABELLÁN E LARRY LAUDAN

No tópico anterior restou fixada a premissa de que os standards de prova, para que possam ser assim considerados, não devem se vincular a aspectos subjetivos relacionados as crenças pessoais do julgador.

Essa questão resta pacificada pelo que até aqui se defendeu ao longo deste trabalho, uma vez que standards vinculados a aspectos subjetivos como crenças pessoais do julgador não permitem um efetivo controle da racionalidade da decisão.

Mas e o que dizer sobre o outro lado dessa moeda, representado na possibilidade da formulação de um standard de prova objetivo.

Neste sentido, alguns autores de reconhecida influência vêm desenvolvendo estudos com o objetivo de apontar pela impossibilidade de formulação e desenvolvimento de standards de prova objetivos, denominando tal ideal como um sonho nobre¹⁴⁹.

Daniel González Lagier, por exemplo, é um dos autores que entende ser impossível a formulação de standards de prova objetivos. Na tentativa de responder a questão, afirma que um standard de prova, para ser considerado satisfatório, deve possuir três características: *i*) ser capaz de indicar o grau de suficiência probatória exigido sem a remissão a estados mentais do julgador; *ii*) ser intencionalmente preciso; e *iii*) enfrentar o problema que o grau de confirmação é um conceito gradual não quantificável.¹⁵⁰

Expondo o seu raciocínio, afirma com relação ao primeiro requisito, que é sim possível a fixação de um standard de prova desvinculado de estados mentais subjetivos do julgador.

¹⁴⁹ DEI VECCHI, Diego. Prueba libre, justificación epistémica y el noble sueño de los estándares de prueba. **Revista de Derecho**. Valdivia, vol. XXXIII, n. 02, 2020b.

¹⁵⁰ LAGIER, Daniel González. Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. **Revista Telemática de Filosofía del Derecho**. Madri, n. 23, 2020, p. 91.

O problema, segundo aponta o autor, residiria no segundo e terceiro requisitos, não sendo possível o estabelecimento de standards tão precisos ao ponto de controlar a discricionariedade do julgador, uma vez que seria impossível a superação da sua imprecisão intencional (condições necessárias e suficientes para a aplicação do conceito não estão bem determinadas) e da sua imprecisão gradual (possibilidade de utilização em maior ou menor grau).¹⁵¹

Dentro da sua lógica, afirma que se colocado os standards de prova dentro de um sistema de livre convencimento motivado, no qual compete ao julgador valorar o conjunto probatório e decidir sobre a sua suficiência, o estabelecimento de standards objetivos engessaria a atuação judicial, funcionando de forma equivalente ao sistema de tarifação de provas, na medida em que imporá uma limitação à discricionariedade do julgador.¹⁵²

Larry Laudan, ao contrário, criticando os standards de prova tradicionais, em especial o penal, que ele denuncia como subjetivo e ambíguo, apresenta uma proposta que considera suficientemente objetiva.¹⁵³

Segundo o epistemólogo americano, a proposta de standards desenvolvida para a justiça criminal mostra-se correta no sentido de não depender da estimativa subjetiva do julgador a respeito da probabilidade de culpa do acusado. Neste sentido, afirma que deveriam ser formulados os standards de prova: *i*) se a prova apresentada pela acusação for aceitável ao ponto de tornar muito pouco provável a explicação da inocência do acusado, então deve ele ser condenado. Em caso contrário, deve ser absolvido; *ii*) se a história da acusação sobre o crime for plausível e não for possível imaginar uma história plausível mostrando que o réu é inocente, deve ele ser condenado. Em caso contrário deve ser absolvido; *iii*) necessário descobrir se os fatos estabelecidos pela acusação excluem todas as hipóteses razoáveis que se possa

¹⁵¹ LAGIER, 2020, p. 96.

¹⁵² LAGIER, 2020, p. 97.

¹⁵³ Também apresentando uma proposta de standards de prova objetivos, FERRER BELTRÁN, 2021b, p. 209-236.

imaginar à respeito da inocência do acusado. Se sim, deve ser condenado. Se não, deve ser absolvido.¹⁵⁴

Observe que segundo afirma o autor, a proposta apresentada teria como resultado a solução referente ao problema da não subjetividade dos standards de prova, pois vincularia à condenação aos elementos de prova, independentemente da percepção pessoal do julgador, deixando assim pouca dúvida a respeito da sua satisfação no caso concreto.¹⁵⁵

A proposta, contudo, é criticada por Daniel González Lagier. Segundo aponta o autor, incide nela os mesmos problemas por ele apontados na sua crítica à possibilidade de formulação de standards objetivos, uma vez que não superam a remissão a fatores subjetivos como a capacidade de pensar hipóteses plausíveis a favor da inocência, tampouco reduzindo a imprecisão intencional referente à utilização de terminologia vaga como aceitável, plausível ou difícil, ou a imprecisão gradual, uma vez que tais conceitos são em essência graduais.¹⁵⁶

Marina Gascón Abellán é outra que parece concordar em parte com as considerações de Larry Laudan. Segundo expõe a autora, é necessário que se pretenda estabelecer standards de prova objetivos e controláveis, que devem estabelecer o grau de probabilidade exigido para a aceitação de uma hipótese de fato como verdadeira e quando se considera atingido esse grau de probabilidade exigido.¹⁵⁷

Contudo, segunda a autora, a dificuldade no estabelecimento de standards de prova objetivos tem a ver com os critérios adotados para o estabelecimento do grau de confirmação de uma hipótese de fato, que uma vez não se fundando na probabilidade

¹⁵⁴ LAUDAN, 2008a, p. 82-83. “a. if there is credible, inculpatory evidence or testimony that would be very hard to explain if the defendant were innocent, and no credible, exculpatory evidence or testimony that would be very difficult to explain if the defendant were guilty, then convict. Otherwise, acquit. 9...) b. if the prosecutor’s story about the crime is plausible and you can conceive of no plausible story that leaves the defendant innocent, then convict. Otherwise, acquit. (...) c. Figure out whether the facts established by the prosecution rule out every reasonable hypothesis you can think of that would leave the defendant innocent. If they do, convict; otherwise, acquit.

¹⁵⁵ LAUDAN, 2008a, p. 83-85.

¹⁵⁶ LAGIER, 2020, p. 92.

¹⁵⁷ GASCÓN ABELLÁN, 2005, p 129.

matemática (probabilismo Bayesiano), torna praticamente impossível a sua quantificação, e, portanto, a formulação de standards objetivos.¹⁵⁸

Às discussões acima apresentadas, sem qualquer dúvida, possuem enorme importância acadêmica, pois colocam no foco da discussão assunto cada vez mais em evidência.

Para os fins deste trabalho, contudo, vão além do necessário. Nos termos das premissas já fixadas, mostra-se necessário seja alterado o paradigma do convencimento judicial, de uma modelo subjetivo ligado às crenças pessoais do julgador (“está provado que p” como sinônimo de “o juiz estabeleceu que p”) para um modelo objetivo desvinculado de suas crenças pessoais e vinculado tão somente aos elementos de prova produzidos (“está provado que p” como sinônimo de “há elementos de juízo suficientes a favor de p”).

Para o modelo proposto, portanto, não precisariam os standards de prova ser objetivos ao último nível. Basta que sejam objetivos no sentido de não permitir o arbítrio judicial, ou seja, possuindo uma delimitação mínima¹⁵⁹ em terminologia epistêmica (relacionada aos efeitos da justificação na decisão).¹⁶⁰

Nesse sentido, então, os standards de prova podem sim ser objetivos, na medida em que possuem um conteúdo informativo extremamente importante, transmitindo aos sujeitos processuais a informação necessária ao maior ou menor grau de exigência probatória exigida para a confirmação da hipótese fática: todos os sujeitos processuais entendem que o standard da prova além da dúvida razoável é mais exigente que o da prova clara e convincente, que por consequência é mais exigente que o da preponderância de provas.

Cabe ao julgador, portanto, no momento da decisão, motivá-la demonstrando porque entende que aquela determinada prova atingiu ou não o grau necessário para a confirmação da hipótese fática.

¹⁵⁸ GASCÓN ABELLÁN, 2005, p 131-135.

¹⁵⁹ KNIJNIK, 2008, p. 36.

¹⁶⁰ GARCIA, Edgar Ramón Aguilera. Derecho fundamental a la prueba y estándares de suficiencia probatoria. *Ius Comitalis*. Toluca, n. 03, 2019, p. 184.

2.6.3. CAPACIDADE DE DETERMINAÇÃO DO GRAU DE SUFICIÊNCIA A PARTIR DO QUAL UMA HIPÓTESE DE FATO SE CONSIDERA PROVADA

Pelo segundo critério metodológico exigido para a formulação de um standard de prova, deve restar determinado o limite exigido para a consideração de uma hipótese de fato como provada.

Ou seja, compete ao standard de prova definir o grau de suficiência necessária para a comprovação da probabilidade ou certeza da hipótese de fato.

Mas como determinar esse limite se existe uma natural carga de vagueza na comunicação humana? Um caminho seria a delimitação matemática do grau de suficiência probatória exigido, que conforme será analisado mais adiante, mesmo diante de uma aceitação principalmente por parte de autores anglo-saxões, não se pode admitir.

Então como resolver a questão. Segundo aponta a melhor doutrina, para o atendimento deste requisito, exige-se a formulação de um standard de prova que indique da forma mais precisa possível o grau de suficiência probatória exigido.¹⁶¹

2.6.3.1. A TESE DA CONVENIÊNCIA DA NÃO FIXAÇÃO DE STANDARDS DE PROVA E A SUA VARIABILIDADE CAUSUÍSTICA

Restou estabelecido nos tópicos anteriores que os standards de prova correspondem à regras, preferencialmente fixadas de forma prévia pelo Poder Legislativo, a respeito da determinação do grau de suficiência necessário para a corroboração de uma hipótese de fato.

Parte da doutrina especializada, entretanto, vem defendendo uma posição distinta. Para tais autores os standards de prova não devem ser fixados rigidamente por meio de regras legais objetivas, mas ao contrário, serem flexíveis, para que possam ser

¹⁶¹ FERRER BELTRÁN, 2021b, p. 35.

decididos pelo julgador competente a partir de considerações de aspectos particulares do caso, como por exemplo a gravidade da imputação, das consequências jurídicas e aspectos individuais das partes na consideração da gravidade que uma decisão poderia lhes causar.¹⁶²

Um dos principais defensores dessa forma de pensar é Hock Lai Ho.¹⁶³ Para o autor não é possível apontar uma distinção categórica entre os standards de prova civis e criminais, sendo incorreto afirmar que todo caso criminal, pela sua própria natureza, seja mais grave que um caso cível.¹⁶⁴

A conclusão, segundo o autor, se apoia em três razões que considera suficientes. Em primeiro lugar, afirma que uma sentença cível pode ser igualmente ruim ou até mesmo pior que uma condenação criminal, bastando observar que uma ação de indenização decorrente da prática de um homicídio doloso (ação de natureza cível) pode ser muito pior que uma condenação pela prática de um crime de menor potencial ofensivo. Em segundo lugar, afirma ser necessário observar que uma ação civil pode compartilhar a função de uma ação criminal, quando a sua causa de pedir for, por exemplo, um crime alegadamente praticado pelo réu. Por fim, conclui afirmando que as consequências de uma sentença cível podem superar a de uma condenação criminal, sendo por exemplo a condenação por um crime de menor potencial ofensivo menos grave do que uma alta condenação decorrente de uma ação indenizatória.¹⁶⁵

Portanto, segundo a proposta do autor, existiria apenas um standard de prova, que prefere denominar como standard de cautela, e que deve ser exercido proporcionalmente ao interesse daquele envolvido no julgamento.¹⁶⁶

Ou seja, o ponto principal da proposta de flexibilidade casuística do standard de prova seria a gravidade das alegações e consequências da decisão, bem como a postura tomada pelo julgador, que numa ação cível é de imparcialidade na avaliação das

¹⁶² FERRER BELTRÁN, 2021b, p. 45-47.

¹⁶³ HO, Hock Lai. **A philosophy of evidence law: justice in the search for truth.** Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 213-223.

¹⁶⁴ HO, 2008, p. 214.

¹⁶⁵ HO, 2008, p. 214-215.

¹⁶⁶ HO, 2008, p. 223.

hipóteses fáticas, enquanto numa ação penal é de ceticismo em relação àquela hipótese capaz de levar à condenação do réu.¹⁶⁷

Registra-se, por fim, que o próprio autor, antecipando o recebimento de críticas em razão da sua proposta de flexibilização casuística dos standards de prova, em especial no que tange a uma possível insegurança jurídica dela decorrente, se adiantou e refutou aquelas que possivelmente receberia.¹⁶⁸

Para o que aqui interessa, e foi apontado como sendo uma das funções dos standards de prova, argumenta o autor que a sua proposta não implica de forma nenhuma na violação do princípio da segurança jurídica, na medida em que os standards de prova tradicionalmente usados são demasiadamente imprecisos¹⁶⁹, tampouco violando o princípio da igualdade, na medida em que existe um maior respeito à igualdade material, sendo cada caso tratado com o grau de cautela apropriada¹⁷⁰.

Outro importante autor que defende a flexibilidade casuística dos standards de prova é Erik Lillquist¹⁷¹, que a considera um mal necessário.¹⁷² Em que pese a proposta do autor ser totalmente direcionada ao direito penal, e conseqüentemente ao standard da prova além da dúvida razoável, nada impede que os fundamentos do seu raciocínio sejam expandidos para os demais standards de natureza civil.

Segundo argumenta o autor, os standards de prova precisam ser flexíveis casuisticamente por duas razões. Em primeiro lugar em razão das características particulares de cada tipo penal, e depois em razão das características pessoais do acusado.¹⁷³

Com relação as características dos tipos penais, o autor cita como exemplo três diferentes tipos de crime, variados em relação à sua gravidade, que seriam os crimes

¹⁶⁷ HO, 2008, 224-228.

¹⁶⁸ HO, 2008, p. 221-223.

¹⁶⁹ HO, 2008, p. 222.

¹⁷⁰ HO, 2008, p. 223.

¹⁷¹ LILLQUIST, Erik. Recasting reasonable doubt: decision theory and the virtues of variability. **University of California Davis Law Review**. V. 36, 2002, p. 85-197.

¹⁷² LILLQUIST, 2002, p. 178.

¹⁷³ LILLQUIST, 2002, p. 159.

puníveis com pena de morte, o crime de estupro e o crime de furto. Nesses casos, pelos valores envolvidos e respeito ao desejo da sociedade, os standards de prova deveriam ser mais altos naqueles tipos penais de maior gravidade.¹⁷⁴

O mesmo acontece com relação as características pessoais do acusado, quando se deve levar em consideração para eventual atingimento do standard de prova necessário para a condenação, por exemplo, se trata ou não de hipótese de reincidência. Ou seja, para a condenação do réu primário o standard de prova exigido deverá ser mais alto que para o acusado reincidente.¹⁷⁵

Em ambos os casos, portanto, sustenta o autor que a sociedade prefere que o standard da prova além da dúvida razoável não seja fixo, sendo aplicado de forma mais exigente nos casos considerados mais graves, como por exemplo naqueles tipos penais punidos com a pena de morte ou quando reincidente o acusado.¹⁷⁶

O problema das propostas de Ho e Lillquist é que uma vez restando permitido ao julgador, no caso concreto, a determinação da suficiência probatória exigida, os standards probatórios perderão as suas funcionalidades (defendidas neste trabalho) de orientação dos sujeitos processuais e guia de justificação da decisão, na medida em que a partes não saberão o grau de suficiência necessário para a confirmação da hipótese fática, inviabilizando assim a sua ponderação sobre o caso, e o julgador perderá o referencial externo necessário para justificar a sua decisão.

Por tais motivos, por mais importante e considerável sejam as propostas apresentadas por Ho e Lillquist, a flexibilidade casuística dos standards de prova não pode ser admitida, justamente por anular as suas funções de orientação-justificação.

2.6.3.2. A TESE DA DINAMIZAÇÃO DOS STANDARDS DE PROVA EM RAZÃO DA DIFICULDADE DA PROVA DO FATO¹⁷⁷

¹⁷⁴ LILLQUIST, 2002, p. 150-158.

¹⁷⁵ LILLQUIST, 2002, p. 160.

¹⁷⁶ LILLQUIST, 2002, p. 162.

¹⁷⁷ Segundo aponta PEIXOTO, 2021, p. 143-149, existem variações da tese que defende a redução do standard de prova em razão das dificuldades probatórias. Por exemplo, MARINONI e ARENHART, 2015, p. 251, e TRENTO, 2013, p. 05-06, defendem a excepcionalidade dessa redução conforme o caso concreto. Também CARPES, 2017c, p. 65-71, que defende não propriamente uma redução do standard

Assim como defendido no tópico antecedente, quando apontada a inconveniência da fixação casuística dos standards de prova, também não parece adequada a defesa da dinamização dos standards de prova em razão da dificuldade da prova do fato controvertido, como por exemplo, de uma forma geral são os crimes sexuais ou crimes de corrupção.¹⁷⁸

A justificativa para aqueles que defendem a possibilidade de dinamização do standard de prova é funcional, na medida em que se assim não for, diante das dificuldades probatórias das hipóteses, haverá um aumento exponencial de falsas absolvições e impunidade, o que não se pode admitir.¹⁷⁹

Contudo, como afirmado, essa tese não merece acolhida. E a razão é simples, e em grande medida já restou detalhada no tópico anterior, sendo, por essa razão, nesta oportunidade possível aproveitar o antes explicado.

Caso seja admitida a tese da dinamização do standard de prova exigido em razão da dificuldade de produção da prova do fato discutido, perderão os standards as suas funcionalidades (defendidas neste trabalho) de orientação dos sujeitos processuais, guia de justificação da decisão e segurança jurídica.

2.6.4. NECESSIDADE DE ADOÇÃO DE CRITÉRIO DO TIPO PROBABILÍSTICO (NÃO MATEMÁTICO)

aplicável, mas a autorização do julgamento em cognição sumária. De toda forma, todas as propostas apresentadas são rechadas pelo autor, sejam as que permitem a excepcionalidade redutiva por acabarem violando o princípio da segurança jurídica e conseqüente calculabilidade da ação das partes, incentivando o arbítrio judicial pela fixação discricionária no caso concreto ou pela violação funcional de funcionarem como regras abstratas nas decisões sobre fatos, seja a redutora do modelo de cognição, que apenas pressupõe haver diferença entre os momentos, o que não corresponde, necessariamente a realidade, pois em ambas as hipóteses (preponderância da prova e cognição sumária) exige-se uma preponderância da prova.

¹⁷⁸ Esses, por exemplo, são exemplos apresentados por FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegômenos para uma teoria sobre os standards probatórios. O test case das responsabilidades do estado por prisão preventiva errônea. In: FERRER BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Trad. Vítor de Paula Ramos. Salvador: Editora JusPodivm, 2021c, p. 262-264. No mesmo sentido, FERRER BELTRÁN e TUZET, 2018, p. 460-461.

¹⁷⁹ FERRER BELTRÁN, 2021c, p. 263.

Anteriormente restou afirmado que os standards de prova devem ser formulados de forma objetiva (mais objetiva possível, sendo desvinculados de aspectos subjetivos relacionados às crenças pessoais do julgador).

Todavia, resta sem resposta uma questão fundamental para o assunto em desenvolvimento. Como expressar o grau de confiabilidade exigido de uma determinada prova?

Na tentativa de responder esse questionamento, ao longo do tempo, a doutrina adotou diversos critérios utilizados para a avaliação do raciocínio probatório. Critérios esses, segundo Diego Dei Vecchi, compatíveis com o raciocínio utilizado na valoração da prova.¹⁸⁰

Assim, e uma vez considerando que a tomada de decisão se dá num contexto de incerteza no qual é impossível a identificação da verdade, o modelo de raciocínio a ser adotado deve ser, necessariamente, do tipo probabilístico.¹⁸¹

Neste modelo de raciocínio as conclusões não indicam uma verdade absoluta, mas ao contrário, apenas apontam para uma maior ou menor probabilidade de serem verdadeiras as hipóteses de fato a partir do conjunto probatório produzido.

Nos tópicos a seguir, portanto, serão analisados os três principais modelos probabilísticos aplicáveis (ou não) ao raciocínio probatório como método de racionalização da atividade de valoração da prova: probabilidade estatística, probabilidade quantitativa e probabilidade indutiva.¹⁸²

¹⁸⁰ VECCHI, 2020a, p. 130.

¹⁸¹ FERRER BELTRÁN, 2021a, p. 136-140 afirma que a simples alusão ao termo raciocínio probabilístico é insuficiente, pois existente na doutrina diversas noções de probabilidade, não existindo entre algumas delas qualquer denominador comum. Nesse sentido, opta por distinguir e analisar dois tipos de probabilidades: probabilidade de eventos (probabilidade estatística) e probabilidade de proposições (probabilidade quantitativa e probabilidade indutiva). No primeiro tipo a probabilidade é resultado da proposição (existe x% de chance que X mate alguém no próximo ano). No segundo tipo, ao contrário, a referência é feita à hipótese como um todo (é provável que X tenha matado Y).

¹⁸² PEIXOTO, 2021, p. 97-98 divide os modelos de avaliação probatório em dois grupos. De um lado os modelos atomistas que se propõe a analisar especificamente cada um dos fatos principais. Comporiam esse modelo a probabilidade estatística, subjetiva (ou Bayesiana) e lógica (ou indutiva). De outro lado estaria o modelo holista, que propõe uma análise do caso por completo. SCHUM, David A. Probability and the processes of discovery, proof, and choice. **Boston University Law Review**. Vol. 66, 1986, p., arrola cinco grandes escolas de raciocínio probatório: i) escola da probabilidade

2.6.4.1. PROBABILIDADE QUANTITATIVA OBJETIVA (PROBABILIDADE ESTATÍSTICA)

A probabilidade estatística corresponde à concepção de probabilidade responsável pelo descobrimento da frequência (probabilidade) com que determinado tipo de evento ocorreu.

Esse tipo de probabilidade, portanto, é do tipo objetivo. Ou seja, cabe a ela determinar o número de possibilidades de que um evento ocorra em comparação ao número de possibilidades que ele não ocorra.¹⁸³

Coube a Laurence H. Tribe, em artigo público na década de 1970, propor o mais ilustrativo exemplo de aplicação dessa concepção de probabilidade ao campo do raciocínio probatório.¹⁸⁴

O autor, adaptando um caso real julgado pela Suprema Corte do Estado de Massachussetts, desenvolveu aquele que ficou conhecido como o caso dos ônibus azuis.

No exemplo formulado, uma senhora dirigia seu carro durante à noite quando foi atingida por trás por um ônibus, que imediatamente após o acidente fugiu sem prestar socorro. A única característica observada pela senhora era que o ônibus que a atingiu era da cor azul. No processo, produzidas as provas, restou determinado que oitenta por cento dos veículos que operavam naquela área na data e hora do acidente pertenciam a companhia de ônibus azul, ao passo que os vinte por cento restantes pertenciam ao concorrente, companhia de ônibus vermelho. Desta forma, a probabilidade estatística de que o ônibus causador do acidente pertencesse à companhia ônibus azul era de 0.8 ou 80% (oitenta por cento).

quantitativa; ii) escola da probabilidade indutiva; iii) escola das crenças não aditivas; iv) escola da probabilidade inferencial; v) escola escandinava do valor probatório.

¹⁸³ FERRER BELTRÁN, 2021a, p. 137.

¹⁸⁴ TRIBE, Laurence H. Trial by mathematics: precision and ritual in the legal process. **Harvard Law Review**. Vol. 84, 1971, p. 1329-1393.

A pergunta, no exemplo dado, era saber se apenas a prova estatística produzida teria força probatória suficiente para determinar a condenação da empresa ônibus azul pelos danos causados no veículo da condutora.

A resposta deve ser negativa, concordando a maioria dos autores a respeito da impossibilidade da utilização da prova estatística como modelo de raciocínio probatório.¹⁸⁵

O fundamento, segundo apontam, é que essa concepção de probabilidade não trata do que realmente importa ao processo, os fatos individuais.¹⁸⁶ Ou seja, a concepção estatística de probabilidade apenas indica, de forma geral, o que ocorre em uma determinada situação hipotética, mas nunca o que se pretende responder em uma ação judicial (por exemplo se existe nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, se X matou Y).

Ao processo compete, contextualizando o exemplo apresentado, saber se o ônibus que atingiu a motorista do carro pertence à empresa ônibus azul. O descobrimento do percentual de ônibus da referida empresa que circulavam na data e hora no local do acidente apenas pode ser mais um elemento de prova trazido, utilizado em conjunto com algum elemento probatório concreto na justificação da decisão, mas não o elemento determinante da quantificação desse grau de suficiência.¹⁸⁷

Dito isso, e pegando carona nas lições de Susan Haack, admitir a tentativa de fixação de standards de prova a partir da probabilidade estatística seria algo bizarro, uma vez que standards possuem relação com a probabilidade epistêmica obtida entre hipótese e prova, e jamais com uma probabilidade estatística que apresenta um tipo de frequência relativa.¹⁸⁸

¹⁸⁵ FERRER BELTRÁN, 2021b, p. 70-80; TARUFFO, 2005, p. 220-223.

¹⁸⁶ FERRER BELTRÁN, 2021b, p. 70.

¹⁸⁷ TARUFFO, 2005, p. 222.

¹⁸⁸ HAACK, Susan. Proof, probability, and statistics: the dangers of <delusive exactness>. **La prueba en el proceso** – II Conferência internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2018, p. 502. “On the face of it, the idea that legal degrees of proofs are relative frequencies is bizarre. Legal degrees of proof took to be epistemological likelihoods, representing the degree to which evidence warrants a conclusion, rather than mathematical probabilities, representing relative frequencies.”

2.6.4.2. PROBABILIDADE QUANTITATIVA SUBJETIVA (PROBABILIDADE BAYESIANA)

Uma segunda concepção de probabilidade, classificada como quantitativa subjetiva, mede o grau de crença racional em uma determinada hipótese. Nestes modelos de probabilidade, utilizam-se cálculos matemáticos para a determinação do grau de probabilidade da veracidade de uma hipótese, no qual zero corresponderia à falta de confiança e um à certeza absoluta.

A sua aplicação ao campo do direito probatório remonta à segunda metade do século XVII, na obra de Gottfried Wilhelm Leibniz.¹⁸⁹

Aqueles que defendem a sua aplicação adotam para tanto um método de probabilidade inversa, denominado “Teorema de Bayes”¹⁹⁰, assim representado: $P(H/E) = P(E/H) \times P(H) / P(E/-H)$.¹⁹¹

A fórmula do Teorema de Bayes, representada em linguagem não binária, deve ser assim compreendida: A probabilidade condicional de que a hipótese H seja verdadeira, considerando o elemento de juízo E, é igual a probabilidade de que dê E, se H for verdadeira, multiplicada pela probabilidade de H, dividida pela probabilidade de dar E se não for verdadeira H.¹⁹²

Quer isso significar, para aqueles que defendem a sua utilização, que é possível encontrar valores quantitativos exatos alcançados por meio de um cálculo matemático preciso.

Aplicada no campo jurídico, a fórmula do Teorema de Bayes ficaria assim representada:

¹⁸⁹ FERRER BELTRÁN, 2021b, p. 80.

¹⁹⁰ O Teorema de Bayes corresponde a uma fórmula matemática desenvolvida pelo Reverendo Thomas Bayes, publicada em um artigo intitulado An essay toward solving a problem in the doctrine of chance no ano de 1763.

¹⁹¹ FERRER BELTRÁN, 2021b, p. 81.

¹⁹² FERRER BELTRÁN, 2021b, p. 81.

(...) pode-se tomar como base um homicídio, em que o corpo de Abel foi encontrado na rua. No caso concreto, a probabilidade que se deseja testar é se Caim matou Abel (A). Essa probabilidade advém do testemunho de João de que viu Caim matando Abel (B). Em outros termos, o objetivo é testar a probabilidade de Caim ter matado Abel a partir do testemunho de João $P(A/B)$.

$P(A/B)$: probabilidade de Caim ter assassinado Abel em decorrência do testemunho de João.

$P(B/A)$: expressaria a probabilidade do encontro de elementos probatórios acerca da hipótese A, caso ela seja verdadeira. (...)

$P(A)$: probabilidade de Caim ter matado Abel.

$P(B)$: probabilidade de que João diga que Caim matou Abel independentemente de Caim ter matado Abel.¹⁹³

O exemplo acima destacado é preciso porque além de contextualizar a fórmula matemática apresentada (de uma maneira geral complexa e inacessível aos operadores do direito) permite observar de forma prática as razões pelas quais a doutrina vem a muito tempo questionando à aplicação do teorema de Bayes, ao ponto de tornar sua aplicação marginal, nas palavras de Michele Taruffo.¹⁹⁴

Assim sendo, a doutrina vem apresentando uma série de críticas e objeções a respeito da sua aplicação no problema da prova dos fatos.¹⁹⁵

Uma primeira ordem de críticas diz respeito a um problema pouco explorado pelos defensores da aplicação do teorema, porém determinante para o fundamento das críticas apresentadas.

Trata-se do problema das probabilidades iniciais, determinante para o valor final encontrado. Segundo aponta Michele Taruffo, o ambiente do processo não dispõe de uma base de dados e informações que possa ser utilizada, de forma confiável, como probabilidade inicial, competindo assim ao julgador essa determinação. Nestes casos, então, acaba ele adotando informações pouco confiáveis ou irrelevantes, o que leva, conseqüentemente, a resultados artificiais.

¹⁹³ PEIXOTO, 2021, p. 102-103.

¹⁹⁴ TARUFFO, 2005, p. 200.

¹⁹⁵ Resumo das críticas enfrentadas por aqueles que defendem uma matematização do direito probatório pode ser encontrada em SCHMITZ, Leonard. **Presunções judiciais**: raciocínio probatório por inferências. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 192-202.

Uma segunda crítica, já antes mencionada, se refere a natural dificuldade do ser humano (em especial dos operadores do direito) de lidar com números e estatísticas complexas.¹⁹⁶

Por fim, e relacionando-se diretamente a problemática dos standards de prova, têm-se a impossibilidade de classificação dos standards por meio de porcentagens específicas¹⁹⁷⁻¹⁹⁸⁻¹⁹⁹. A explicação, conforme será mais a frente tratado, se encontra na psicologia cognitiva e natural limitação do ser humano em processar informações.

Por tudo isso, observa-se que também a probabilidade quantitativa subjetiva (em sua concepção bayesianista) não pode ser adotada como critério metodológico para formulação dos standards de prova.

2.6.4.3. PROBABILIDADE LÓGICA (OU INDUTIVA OU BACONIANA)

¹⁹⁶ CLERMONT, 2013b, p. 113-114.

¹⁹⁷ De uma forma geral, para os defensores da probabilidade quantitativa subjetiva a probabilidade ideal correspondente ao standard penal da prova além da dúvida razoável seria de 90% (noventa por cento). Já no standard civil da prova clara e convincente seria por volta de 75% (setenta e cinco por cento), e no da preponderância de provas seria em torno de 50% (cinquenta por cento). Para uma pesquisa do modelo de racionalização quantitativa dos standards de prova no *common law*, TUZET, Giovanni. Abduction, IBE & standards of proof. **The International Journal of Evidence and Proof**. Vol. 23, 2019, p. 05. Também VARS, Frederick E. Toward a general theory of standards of proof. **Catholic University Law Review**. Vol. 60, 2010. No Brasil, uma síntese dessa concepção matemática dos standards de prova pode ser encontrada em COSTA, Guilherme Recena. Livre convencimento e standards de prova. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, p. 365/371.

¹⁹⁸ Em sentido contrário, defendendo a partir de estudos empíricos que julgadores (jurados, no caso da pesquisa, por se tratar do sistema americano) reagem melhor à divisão dos standards em números, KAGEHIRO, 1990, p. 194-200. Segundo a autora, quando não quantificado matematicamente os standards a serem aplicados, praticamente não existe diferença na aplicação dos standards de prova cíveis. Por outro lado, quando quantificados matematicamente, torna-se mais perceptível a distinção exigida.

¹⁹⁹ Interessante questionamento para demonstrar o que seria uma prova além da dúvida razoável, apesar de não ser adepto da quantificação numérica dos standards de prova, é o formulado por ZOTTIS, Rafael. **Standards de prova e dúvida razoável no processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022, p. 72-75. Segundo o autor, no processo penal brasileiro um réu pode ser condenado pela diferença de apenas um voto (quatro votos à favor da condenação e três à favor da sua absolvição), o que representaria uma condenação fundamentada em percentual de apenas 57,14%, muito próximo dos standards aplicados ao processo civil. Neste caso, então, seria possível falar em condenação fundada em prova além da dúvida razoável, justificada em apenas 57% dos votos? A título de exemplo, o autor cita que nos Estados Unidos tal possibilidade é inadmissível, devendo a condenação criminal ser feita à unanimidade. Caso não atingida a unanimidade exigida, o julgamento é cancelado sem que seja proferido um veredito (*mistrial*), podendo ser designado um novo julgamento. Essa prática é conhecida como *Hung Jury*.

A terceira concepção de probabilidade, denominada de probabilidade lógica (ou indutiva), é a defendida pela maioria dos juristas como sendo o tipo de probabilidade adequada para uma racional valoração do material probatório.²⁰⁰

Corresponde ela a uma concepção não matemática de probabilidade, na qual o grau de confirmação da probabilidade de veracidade da hipótese testada é resultado de um processo inferencial, que leva em consideração para a obtenção do resultado uma série de fatores, como por exemplo a quantidade e qualidade do material probatório disponível, o seu grau de confiabilidade e coerência.

Os adeptos dessa concepção de probabilidade seguem o modelo proposto por Laurence Jonathan Cohen, que conforme antes afirmado, desenvolveu uma teoria de probabilidade não matemática, em que a probabilidade de veracidade não está relacionada a frequência estatística da ocorrência de um evento, mas sim com a demonstrabilidade da hipótese a partir das provas produzidas.²⁰¹

No modelo proposto, o início da escala não significa a falsidade da hipótese, mas apenas a falta de provas que a corroborem²⁰². Por isso existe uma maior aceitação desta concepção de probabilidade pelos teóricos do direito probatório, na medida em que ela melhor lida com situações concretas, em comparação com as concepções quantitativas.

Ou seja, a partir da probabilidade indutiva, não seria útil, voltando ao exemplo utilizado na análise da probabilidade estatística, saber que determinado percentual dos veículos que rodam em certa área seja de propriedade de uma empresa, pois isso nada diz sobre o causador de eventual acidente. É necessário que existam provas específicas no sentido da corroboração da hipótese fática.

²⁰⁰ BADARÓ, 2019, p. 224-225.

²⁰¹ FERRER BELTRÁN, 2021a, p. 176.

²⁰² Neste sentido, afirma FERRER BELTRÁN, 2021a, p. 177 que “um mínimo aporte probatório a favor de uma hipótese em conflito em um processo civil não faz decantar a balança da prova a seu favor; não faz com que a hipótese em questão deva ser considerada provada pela preponderância de prova. Seguiremos em uma situação de insuficiência da prova, na qual o nível de suporte indutivo ter-se-á movido somente levemente acima de zero.

E mais, não basta que existam provas específicas no sentido da corroboração da hipótese fática. É necessário que existam provas específicas à respeito de cada um dos fatos principais²⁰³, capazes não apenas de corroborar a hipótese, mas também de eliminar as hipóteses fáticas alternativas.

Ou seja, nessa concepção de probabilidade o cerne do raciocínio judicial reside na prova, como suporte do processo de valoração feito pelo julgador.²⁰⁴ Para tanto, para que seja possível a determinação do grau de solidez da inferência realizada na passagem de um fato a outro, é necessário seja adotado um método próprio capaz de verificar o grau de resistência da inferência realizada.

2.6.4.3.1. MODELOS INFERENCIAIS ADEQUADOS: INFERÊNCIA PARA A MELHOR EXPLICAÇÃO, MODELO INFERENCIAL ARGUMENTATIVO DE TOULMIN E HOLISMO ARTICULADO

Restou determinado nas linhas anteriores que os modelos probabilísticos frequentistas ou subjetivos não são o melhor modelo para o desenvolvimento do raciocínio probatório. Em sequência, afirmou-se, então, que o raciocínio probatório, como mecanismo de controle da racionalidade da decisão sobre os fatos no processo, deve ser feito com base em probabilidade lógica (ou indutiva).

Para tanto, nos tópicos seguintes serão apresentados três modelos inferenciais que a doutrina especializada vem trabalhando como capazes de controlar satisfatoriamente a racionalidade sobre a decisão fática no processo.

2.6.4.3.1.1. INFERÊNCIA PARA A MELHOR EXPLICAÇÃO²⁰⁵⁻²⁰⁶⁻²⁰⁷

²⁰³ ACCATINO, Daniela. Atomismo y holismo en la justificación probatoria. **Isonomía**. Cidade do México, n. 40, 2014, p. 41-45.

²⁰⁴ BADARÓ, 2019, p. 225.

²⁰⁵ Em que pese adotarmos neste trabalho a expressão inferência para a melhor explicação, a doutrina adota (ou já adotou) ao longo do tempo expressões sinônimas para designação do mesmo fenômeno. Nesse sentido, aponta JOSEPHSON, John R. On the proof dynamics of inference to the best explanation. **Cardozo Law Review**. V. 22, 2001, p. 1622, que William Lycan utiliza a expressão inferência explanatória, ao passo que Charles Sanders Peirce adota a expressão abdução, .

²⁰⁶ Segundo indica LAUDAN, Larry, Strange bedfellows: inference to the best explanation and the criminal standard of proof. **International Journal of Evidence and Proof**. Nova Iorque, Vol. 11, 2009, p. 01 a expressão primeiramente apareceu em um trabalho publicado por Gil Harman na *Philosophical Review* no ano de 1965, intitulado “The inference to the best explanation”.

Um primeiro modelo inferencial frequentemente adotado pela doutrina é a chamada inferência para a melhor explicação.

Ela consiste em um procedimento inferencial utilizado para a descoberta de qual das hipóteses em discussão explica, a partir de um raciocínio abduutivo^{208,209}, melhor (ou de forma mais plausível) os fatos controvertidos.

Sendo assim, a inferência para a melhor explicação seria apta para ser utilizada num duplo contexto, tanto de descoberta, a partir da possibilidade de listagem das possíveis hipóteses explicativas, quanto de justificação, oportunidade em que forneceria critérios para uma adequada justificação.²¹⁰

Neste modelo, portanto, funcionaria da seguinte forma a inferência para melhor explicação: estabelecer-se-ia primeiro todas as possíveis hipóteses explicativas, passando, em sequência para a análise daquelas mais plausíveis²¹¹, determinando qual delas alcança uma verdade provável (ou melhor verdade) a partir do conjunto probatório produzido.

Em síntese, a inferência para a melhor explicação possuiria a seguinte forma:

A IME começa com a observação de fatos a serem explicados. Após, abduz explicações possíveis, filtra entre as explicações as mais plausíveis,

²⁰⁷ Em que pese a expressão ter surgido no ano de 1965, aponta DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo**: prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 112-113 que essa forma de raciocínio como espécie autônoma já era defendida por Charles Sanders Peirce desde 1865, tendo ele ao longo de sua obra usado diferentes expressões para o mesmo fenômeno, tais como abdução, hipótese, retrodução e raciocínio para a melhor explicação.

²⁰⁸ TUZET, 2019, p. 02-04. Segundo o autor, a abdução seria a primeira inferência ou primeiro passo do raciocínio.

²⁰⁹ Abdução, segundo SCARPARO, Eduardo. Inferência para melhor explicação (IME) e persuasão racional: ferramentas e critérios de adequada valoração probatória. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 300, 2020, p. 02 “é uma atividade intelectual que, diante de um cenário de dados que merece explicação, produz um cenário de possíveis explicações.” Em igual sentido SCHMITZ, Leonard. **Presunções judiciais**: raciocínio probatório por inferências. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 115 que assim define: “abdução, que corresponde basicamente ao elenco de hipóteses plausíveis para a explicação de determinado fenômeno e a eleição da hipótese mais adequada, diante de critérios objetivos de finalidade”.

²¹⁰ SCARPARO, 2020, p. 02.

²¹¹ AMAYA, Amalia. Inference to the best explanation. **SSRN Electronic Journal**. Rochester, 2007, p. 03-11, propõe uma interpretação coerentista da inferência para a melhor explicação, a qual ela chama de inferência para a teoria mais coerente do caso.

investiga as explicações propostas mediante novas observações (se possível), descarta e adiciona novas explicações possíveis, ranqueia essas explicações por meio de critérios explanatórios, elege a melhor explicação para o fenômeno e, ao final, avalia a força da explicação proposta, para acolhê-la ou não como justificadora da crença na verdade.²¹²

Para que a escolha de uma melhor explicação não se torne um processo arbitrário e incontrolável por parte do julgador, a doutrina acabou desenvolvendo alguns critérios de racionalização do processo inferencial. Seriam basicamente cinco os critérios adotados: coerência, consiliência, profundidade, simplicidade e falseabilidade.²¹³

A coerência se manifesta numa dupla perspectiva. Seria coerente portanto tanto a ausência de contradição entre as proposições quanto a consistência entre elas. Consiliência consistiria na abrangência explicativa da inferência, ou seja, na capacidade de unificar mais fatos na mesma explicação. Profundidade possui relação com a capacidade de melhor relacionar os fatos, conseqüentemente melhor sustentando a explicação. Simplicidade seria a capacidade de explicação primária, sem a necessidade de recurso à novas inferências. Por fim, a falseabilidade tem a ver com a possibilidade de confirmação da hipótese, o que a torna melhor do que aquela não testada.²¹⁴

Aplicada ao campo do raciocínio probatório a inferência para a melhor explicação apresentaria duas fases. Num primeiro momento seria utilizada para a apresentação de potenciais explicações para as provas e fatos ocorridos. Em seqüência, compararia as diversas hipóteses explicativas possíveis em comparação ao standard probatório exigido.

Segundo Giovanni Tuzet, esse raciocínio deve envolver quatro passos:

- 1) Inferir a partir das provas hipóteses explicativas plausíveis (raciocínio das provas para as hipóteses);
- 2) Testar as hipóteses com novas provas (raciocínio das hipóteses para as provas);
- 3) Comparar as hipóteses com as explicações rivais;

²¹² SCARPARO, 2020, p. 02.

²¹³ SCARPARO, 2020, p. 04-09.

²¹⁴ PEIXOTO, 2021, p. 119 apresenta esse último critério mais como uma subcritério da coerência do que propriamente como um critério autônomo.

- 4) Avaliar a hipótese com os critérios relevantes, os quais incluem inferências para verificar o grau de cor.²¹⁵

De toda forma, é importante destacar que a utilização da inferência para melhor explicação no campo dos standards de prova não é livre de críticas. Larry Laudan, por exemplo, afirma que ele não é um bom modelo por uma série de razões²¹⁶, sendo fraco para atender o standard de prova criminal e forte para atender o standard de prova civil.²¹⁷

Uma primeira crítica diz respeito à utilização da inferência para a melhor explicação dentro de um contexto de hipóteses ruins. Nesse caso, possuindo todas as hipóteses suporte probatório frágil, o processo inferencial realizado apenas vai permitir uma melhor escolha dentro de um conjunto de hipóteses ruins. É o chamado “o melhor de um problema ruim” (*the best of a bad lot problem* ou *the argument from the bad lot*) ou o problema da falta de consideração (*the problem of underconsideration*).²¹⁸

Tal crítica, apesar de considerável, não pode ser levada ao extremo, pois nos termos tratados no primeiro capítulo deste trabalho, existe uma natural limitação ao descobrimento da verdade.

Para tanto, buscando resolver a questão do “melhor de um problema ruim,” a doutrina acabou por adicionar então ao raciocínio uma segunda fase. Em um primeiro momento define-se nos termos apresentados qual a melhor explicação. Em sequência, definida esta, parte para a análise se ultrapassa o grau mínimo exigido para ser considerada provada.²¹⁹

Por fim, outro problema em adotar a inferência para a melhor explicação surge, para o direito penal, quando ambas as hipóteses conflitantes são boas. É o que a doutrina

²¹⁵ TUZET, 2019, p. 03-04.

²¹⁶ LAUDAN, 2009, p. 02.

²¹⁷ LAUDAN, 2009, p. 03.

²¹⁸ AMAYA, 2007, p. 17. Segundo afirma a autora, esse problema foi formulado por Van Fraassen no ano de 1989, funcionando como uma objeção à utilização da inferência para a melhor explicação como um modelo científico de inferência.

²¹⁹ PEIXOTO, 2021, p. 124.

denomina “o melhor de um problema bom” (the best of a good lot problem), que ocorre exatamente quando ambas as hipóteses (acusação e defesa) são plausíveis.²²⁰

Não se pode admitir, nesses casos, a prevalência da hipótese acusatória justamente por não ser ela a única razoável, havendo outra (da defesa) tão plausível quanto. E admitir essa prevalência implicaria, no final das contas, a uma violação à presunção de inocência.

Giovanni Tuzet questiona esse problema, apresentando, sob o seu ponto de vista, um argumento que entende suficiente para defender a inferência para a melhor explicação. Segundo o autor, é necessário que seja selecionada a melhor explicação. E uma vez selecionada essa, deve ela ser avaliada em relação ao standard de prova exigido no caso concreto.²²¹

De toda forma, em que pesem as críticas postas, defende Deltan Martinazzo Dallagnol, que a inferência para a melhor explicação é o modelo inferencial mais avançado para ser aplicado aos standards de prova, na medida em que proveria três importantes avanços: *i*) resolve o problema da correspondência entre a qualidade da prova e a exigência do standard aplicável, na medida em que desenvolve uma “régua” única para a medição tanto da prova quanto dos standards exigidos; *ii*) cria uma avaliação global da prova, julgando-a melhor ou pior em comparação as suas alternativas; *iii*) descreve os standards a partir do poder explanatório da hipótese, fornecendo critérios para a escolha da melhor explicação.²²²

2.6.4.3.1.2. MODELO INFERENCIAL ARGUMENTATIVO DE STEPHEN TOULMIN²²³

²²⁰ LAUDAN, 2009, p. 07.

²²¹ TUZET, 2019, p. 05-06.

²²² DALLAGNOL, 2018, p.146.

²²³ Segundo ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2ª ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 95, a formulação explícita da teoria da argumentação de Toulmin consta de sua obra originalmente publicada no ano de 1958, como resultado da reunião de diversos artigos anteriormente publicados. Contudo, ideias preliminares já constavam na obra “the place of reason in ethics”.

Um segundo modelo inferencial possível de ser utilizado no raciocínio probatório é baseado na teoria argumentativa de Stephen Toulmin²²⁴, para quem a compreensão do esquema racional de uma argumentação depende da estrutura do próprio argumento.

Neste sentido, Toulmin acreditava que a forma tradicional de estudo dos argumentos, baseada na teoria lógica (lógica dedutiva aristotélica), teria um campo limitado de aplicação, restrito a apenas alguns setores da matemática, razão pela qual defendeu um deslocamento do seu centro de atenção para uma lógica prática-aplicada, que adotaria como modelo os argumentos jurídicos.²²⁵

Dito isso, Toulmin afirmava que a estrutura tradicional do argumento representada pela lógica formal clássica (premissa menor, premissa maior; portanto conclusão – Sócrates é homem. Todos os homens são mortais; logo, Sócrates é mortal) não seria suficientemente elaborada, sendo necessária a adoção de uma estrutura argumentativa mais complexa.²²⁶

Dentro da sua proposta teórica, trabalhou Toulmin com 06 (seis) conceitos fundamentais: pretensões (*claims*), razões (*grounds*), garantias (*warrants*), apoio (*backings*), qualificadores modais (*qualifiers*) e condições de refutação (*rebuttals*).²²⁷

Os primeiros 04 (quatro) elementos seriam utilizados em argumentos mais simples, quando pretendida que uma afirmação seja aceita. No caso de não aceite da afirmação apresentada, caberia aquele que a propôs fundamentá-la, e, sendo mantida a sua não aceitação em razão do questionamento da veracidade da afirmação apresentada como razão da pretensão ou do questionamento da relação do fato com a pretensão (adequação para justificação da conclusão ou pretensão), deverá o proponente se valer de uma regra de inferência que justifique a sua conclusão, que ainda assim poderá ser questionada, devendo então receber um “reforço”.

²²⁴ Neste sentido, BADARÓ, 2019, p. 228-232.

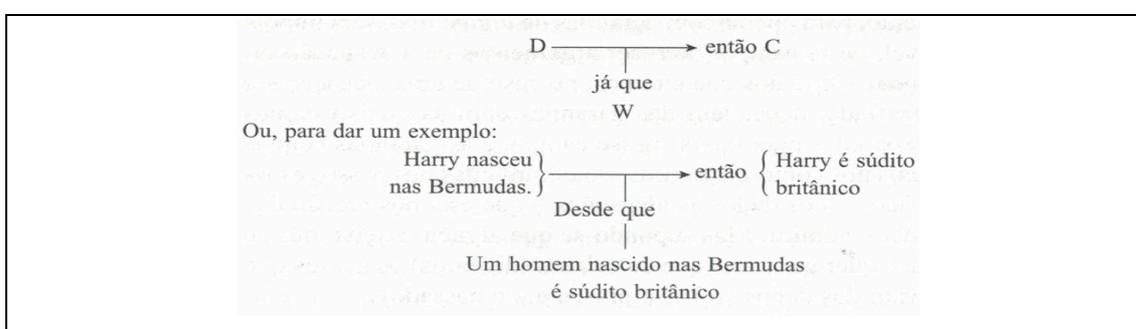
²²⁵ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª ed. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora, 2006, p. 94.

²²⁶ TOULMIN, Stephen E. **Os usos do argumento**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 139.

²²⁷ TOULMIN, 2006, p. 139-154.

No exemplo posto pelo autor, é formulada a seguinte afirmação: “Harry é cidadão britânico”. Uma vez contestada tal afirmação, cabe ao proponente a justificação da sua pretensão: “Harry é cidadão britânico porque nasceu nas Bermudas”. Contudo, mesmo justificada a pretensão, caso a afirmação permaneça sem ser aceita, necessário é que seja apresentada uma garantia: “Harry é cidadão britânico porque nasceu nas Bermudas, e quem lá nasce é cidadão britânico”.

Graficamente a estrutura do argumento proposta por Toulmin seria assim representada.²²⁸



Contudo foi além Toulmin, acrescentando ainda, conforme observado linhas acima, 02 (dois) outros elementos, os qualificadores modais (*qualifiers*) e as condições de refutação (*rebuttals*), indicando, respectivamente, “a força conferida pela garantia” e “as circunstâncias nas quais se tem de deixar de lado a autoridade geral da garantia.”

229_230

Permanecendo no mesmo exemplo antes apresentado a respeito da nacionalidade britânica de Harry, temos, conforme demonstrado, que a afirmação de que “Harry é britânico” encontra justificativa no fato de que “Harry nasceu nas Bermudas”, devidamente apoiada no fato de que quem nasce nas Bermudas é cidadão britânico.

Contudo, segundo afirma Toulmin, esse argumento ainda não pode ser considerado conclusivo, na medida em que Harry pode ter se naturalizado brasileiro, por exemplo.

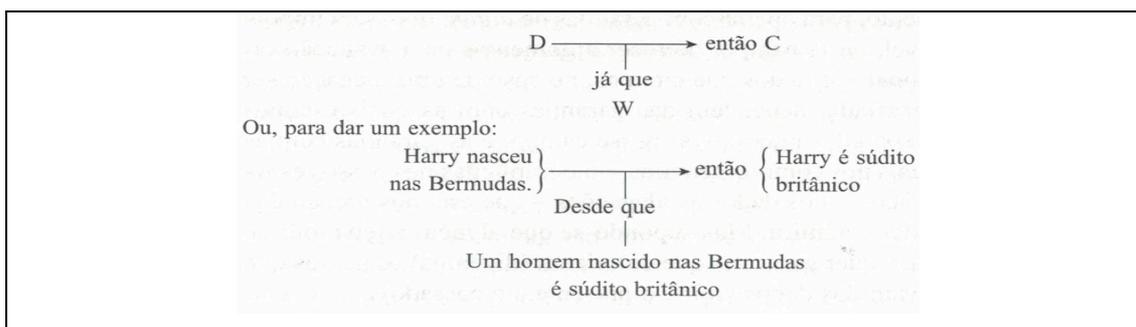
²²⁸ TOULMIN, 2006, p. 143.

²²⁹ TOULMIN, 2006, p. 145.

²³⁰ Segundo BADARÓ, 2019, p. 229-230, os qualificadores modais são representados por expressões como “presumivelmente”, “com muita probabilidade”, “plausivelmente”, sendo de fundamental importância por permitir a flexibilização da conclusão, ao passo que as condições de refutação são representadas por expressões como “salvo se”, “exceto”, “desde que não ocorra”.

Portanto, o que fazem esses novos elementos é estabelecer se aquela conclusão inicialmente obtida permanece presumivelmente válida.²³¹

Graficamente, a estrutura completa do argumento proposta por Toulmin ficaria assim representada.²³²



Pois bem, uma vez analisado resumidamente nas linhas acima o modelo argumentativo de Toulmin, defende Gustavo Henrique Badaró a sua utilização como modelo de inferência probatória a ser realizado no processo judicial.²³³

Para tanto, adaptando o modelo ao raciocínio probatório, cita como exemplo a afirmação de que João matou Maria, que poderá ser aceita (e considerada) quando forem apresentados pelo proponente elementos de prova suficientes para a corroboração da afirmação, como por exemplo perícia balística demonstrando que foi da arma apreendida na casa de João que foi proferido o disparo que matou Maria. Neste caso, poderá a defesa atacar o argumento, questionando que a arma periciada não foi a apreendida na casa de João (verdade do fato) ou questionando a própria perícia que concluiu que João matou Maria (relação entre o dado inicial e a conclusão), quando a partir de uma regra de inferência deverá ser justificada a

²³¹ BADARÓ, 2019, p. 230.

²³² TOULMIN, 2006, p. 146.

²³³ LAGIER, Daniel González. **Quaestio facti**: ensaios sobre prova, causalidade e ação. Trad. Luis Felipe Kircher. Salvador: Editora JusPodivm, 2022, p. 65, afirma que o modelo argumentativo de Toulmin pode ser aplicado no raciocínio judicial sobre fatos. Para tanto, “os elementos de prova constituiriam as razões do argumento; os fatos a provar, a pretensão ou hipótese do caso; a garantia seria constituída pelas máximas de experiência, pelas presunções e pelos outros tipos de enunciados gerais que correlacionam os tipos de fatos indicados nas razões e os tipos de fatos indicados na pretensão; e o respaldo seriam as informações necessárias para fundamentar-se a garantia.” Complementando o modelo argumentativo de Toulmin, segundo BADARÓ, 2019, p. 230, “essa função do qualificador modal será exercida pelos standards de prova.”

conclusão: quando a ranhura constante do projétil equivale a ranhura do cano da arma, pode-se concluir que foi dela disparado. Se aceita encerra-se aqui o argumento, mas caso contrário, uma vez questionada a regra de inferência, será necessário ainda a indicação de um apoio capaz de demonstrar a probabilidade de que o método científico utilizado na perícia permita afirmar que o tiro que matou Maria saiu da arma de João.²³⁴

2.6.4.3.1.3. HOLISMO ARTICULADO DE SUSAN HAACK

Um terceiro modelo inferencial aplicável ao raciocínio probatório é o proposto por Susan Haack, denominado holismo articulado em razão da conjunção dos modelos valorativos atomista e holista.²³⁵

Para que a compreensão do modelo proposto se torne mais clara, a autora apresenta uma comparação da avaliação probatória a uma espécie de jogo de palavras cruzadas, no qual a força indutiva das provas corresponderia ao procedimento de inserção de palavras no jogo de palavras cruzadas.²³⁶

Funcionaria então o modelo proposto, segundo a própria autora, da seguinte forma.

- i) Qual o grau de apoio oferecido pelas provas; analogamente, quão bem se encaixa uma palavra no local a ser inserida nas palavras cruzadas com a pista que é fornecida, bem como com as palavras já inseridas;
- ii) Quão seguras são as razões de forma independente com a afirmação em questão; analogamente, quão razoáveis são as palavras que se cruzam com a que se deseja inserir, independentemente da palavra em questão. Quanto mais forte a segurança independente das razões positivas, mais forte será a conclusão;
- iii) Quão inclusivas são as provas, ou seja, quantas provas relevantes existem; analogamente, qual a proporção das palavras cruzadas está completa.²³⁷

²³⁴ BADARÓ, 2006, p. 231-232.

²³⁵ HAACK, 2013, p. 65-98. Também ACCATINO, 2014, p. 52-53 propõe um modelo híbrido composto de elementos do modelo holista e elementos do modelo atomista.

²³⁶ HAACK, 2013, p. 78.

²³⁷ HAACK, 2014, p. 29-31.

Dito isso, pode-se afirmar que a partir do modelo proposto, o grau de apoio das provas depende essencialmente do apoio por elas fornecido para a explicação entre a prova e a conclusão.

Segundo explica Ravi Peixoto, para a adoção do raciocínio inferencial a partir do modelo proposto, torna-se fundamental que o julgador, ao adotar uma determinada narrativa, preencha o standard probatório exigido para cada um dos fatos jurídicos principais, e não apenas os elementos como um todo.²³⁸

Exemplificando a afirmação apresentada, o autor trata de um caso de responsabilidade civil, no qual é necessário para a procedência da demanda, que seja preenchido o standard probatório exigido para cada um dos elementos: nexa causal, elemento subjetivo (culpa ou dolo) e dano.²³⁹

2.6.5. COEXISTÊNCIA DE DIFERENTES STANDARDS DE PROVA DENTRO DE UM MESMO PROCESSO: ESCALA PROGRESSIVA CONFORME O TIPO DE DECISÃO PROBATÓRIA

O quarto e último requisito para a formulação de um standard de prova é a coexistência de diferentes standards de prova conforme cada tipo de decisão probatória possível dentro de um mesmo processo.

Mas não é só. Não basta que diferentes standards de prova sejam fixados para diferentes tipos de decisões probatórias. É necessário que o sejam de forma progressiva, conforme a linha de tempo do processo.²⁴⁰

Assim, decisões de mérito definitivas precisam exigir um grau de suficiência probatória mais severo do que aquelas tomadas no curso do processo, em cognição sumária.

²³⁸ PEIXOTO, 2021, p.127.

²³⁹ PEIXOTO, 2021, p. 128.

²⁴⁰ FERRER BELTRÁN, 2021b, p. 107.

A justificativa, segundo aponta Jordi Ferrer Beltrán, reside no princípio da completude do material probatório. Decisões tomadas em fases iniciais do processo, e nas quais ainda não se formou todo o conjunto probatório, não podem equiparar-se em exigência de suficiência probatória aquelas decisões tomadas ao final, após a produção de todo o conjunto probatório, em respeito ao princípio do contraditório e do devido processo legal.²⁴¹ Ademais, segundo o mesmo autor, a equiparação de standards de prova tomados antes da decisão final aqueles exigidos para a sentença de mérito representaria uma antecipação do resultado final.²⁴²

Essa contudo, não é uma regra rígida. Nada impede, portanto, que decisões em cognição sumária exijam o mesmo standard de prova que sentenças definitivas de mérito. Assim como nem sempre é seguida uma ordem temporal perfeita. No processo penal, por exemplo, admite-se a determinação da pena de prisão (prisão provisória) antes que seja analisada a justa causa para o recebimento da ação penal.

Nesse sentido, trazendo para a realidade brasileira, têm-se que os requerimentos de tutela provisória de caráter precário, nos quais a cognição exercida pelo julgador é sumária, ou seja, não põe fim a atividade probatória, o standard aplicável deve ser o da preponderância de provas.²⁴³ Da mesma forma no direito penal, no qual o nível de probabilidade da hipótese acusatória nas decisões fundadas em cognição sumária (recebimento da denúncia, queixa, pronúncia e cautelares penais) deve ser menos severo que aquele da decisão de mérito.²⁴⁴

Por fim, uma crítica precisa ser feita. Em que pese a proposta formulado por Jordi Ferrer Beltrán acerca da necessidade da cumulação deste requisito aos anteriores para a formulação de um standard de prova²⁴⁵, este não parece ser, em essência, um requisito para a formulação de um standard probatório. Ao contrário, aparenta ter

²⁴¹ FERRER BELTRÁN, 2021b, p. 103.

²⁴² FERRER BELTRÁN, 2021c, p. 270.

²⁴³ Neste sentido, KNIJINIK, 2007, p.46-48 e PONZONI, 2020, p. 139-145. Registre apenas que Christian Ponzoni, em relação à tutela de evidência prevista no artigo 311, IV do Código de Processo Civil, entende que por opção legislativa que utilizou a expressão “prova capaz de gerar dúvida razoável”, adotou-se para o caso o standard cível mais exigente, da prova clara e convincente.

²⁴⁴ ANDRADE, 2022, p. 203-294.

²⁴⁵ FERRER BEITRÁN, 2021b, p. 29.

muito mais relação com a correta aplicação dos standards para a obtenção de uma coerência sistêmica.

2.7. MOMENTO PROCESSUAL PARA A CORRETA FIXAÇÃO DOS STANDARDS DE PROVA

Estabeleceu-se até o presente momento que os standards de prova possuem função orientadora, justificativa e heurística dos sujeitos processuais, funcionando como ferramenta de previsibilidade e racionalidade no julgamento dos fatos.

Nestes termos, conforme já afirmado, o ideal é que sejam fixados no início do processo, preferencialmente pelo Poder Legislativo²⁴⁶, atendendo assim ao ideal de segurança jurídica buscado no ambiente processual.

No entanto, conforme sabido, o Brasil não adota expressamente standards de prova em relação as decisões definitivas de mérito, o que torna impossível, ao menos em tese, a sua fixação no início do processo.

O que fazer, então, nessas situações? A resposta inicial é que não tendo o legislador estabelecido quais os standards de prova aplicáveis no país, compete ao julgador a sua fixação, de uma forma em que seja preservada a segurança jurídica a partir do conhecimento dado as partes do standard de prova aplicável, consequentemente restringindo o arbítrio do julgador.

Dito isso, observa-se que no direito processual civil brasileiro o momento processual adequado para a fixação dos standards de prova é a decisão de saneamento e organização do processo prevista no artigo 357, inciso II, do Código de Processo Civil, pois neste momento em que delimitado pelo julgador as “questões de fato sobre os quais a atividade probatória recairá”, o ônus da prova e sua suficiência.

²⁴⁶ VÁZQUEZ, Carmen. A modo de presentación. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica**: ensayos de epistemología jurídica. Madri: Marcial Pons, 2013, p. 14

No processo penal, restando inexistente uma fase específica de organização e saneamento do processo, nos moldes existentes no processo civil, a fixação do standard de prova deverá ser feita até o início da fase de produção de provas.

2.8. POR QUE NÃO DEFINÍ-LOS EM SENTENÇA?

Eventual definição em sentença do standard de prova a ser adotado em um caso concreto viola diretamente o artigo 10 do Código de Processo Civil, que veda expressamente a tomada de decisão surpresa, ou seja, sem a participação e oportunidade de influência pelas partes envolvidas.

Neste sentido, não sendo os standards de prova previamente fixados, e competindo, portanto, ao julgador o seu estabelecimento, deve ele, por força do disposto no referido artigo 10 do Código de Processo Civil, informar às partes a respeito do standard a ser adotado, permitindo a elas que se manifestem e se preparem cientes do grau de suficiência exigido.

Portanto, o importante, nos termos vistos, é que eventual definição a respeito do standard de prova a ser adotado ocorra previamente à sentença, na fase de saneamento e organização do processo (para o processo civil) ou antes da produção probatória (para o processo penal), para que seja assim permitido às partes o conhecimento, discussão e preparação quanto ao grau de suficiência exigido.

Isso não quer significar, por óbvio, que não possa ou deva o standard adotado constar na sentença. Deve sim constar na fundamentação, de forma transparente.

2.9. STANDARDS DE PROVA NO RACIOCÍNIO PROBATÓRIO: DISTINÇÕES FUNDAMENTAIS PARA UMA CORRETA COMPREENSÃO

É comum que tanto a doutrina quanto a jurisprudência apresentem alguma confusão em relação aos standards de prova, quando comparados a alguns momentos e/ou institutos do raciocínio probatório.

Neste sentido, nas linhas que se seguirão, será feita uma diferenciação entre os standards de prova e a fase de valoração da prova, entre eles e o sistema da prova legal e eles e os ônus probatórios.

2.9.1. STANDARDS DE PROVA E VALORAÇÃO DA PROVA: DOIS MOMENTOS DISTINTOS

Uma primeira distinção necessária à compreensão dos standards de prova é a sua relação com a fase de valoração do conjunto probatório validamente produzido em um determinado processo.

Conforme tratado em tópico específico do capítulo anterior, o procedimento probatório é dividido em cinco fases distintas, sendo a fase de valoração das provas e de tomada de decisões sobre os fatos as duas últimas fases do procedimento.

Quer isso significar, portanto, que tais fases apesar de independentes, são necessárias e complementares entre si²⁴⁷, existindo uma verdadeira conexão funcional entre a valoração e o standard de prova.²⁴⁸

Tal afirmação pode ser demonstrada pela impossibilidade de aplicação no caso concreto de um standard probatório sem que exista uma valoração prévia e correta do material probatório produzido, pois se assim fosse a única coisa que seria possível confirmar seria a hipótese fática discutida.

Da mesma forma, invertendo a situação, restaria insuficiente a existência apenas da fase de valoração do material probatório, sem a fixação de standards de prova, pois se assim fosse, ainda que confirmada a hipótese a partir do conjunto probatório produzido, impossível seria a determinação do atingimento ou não do grau de suficiência exigido, caindo numa incontrolável discricionariedade e incontrolabilidade do raciocínio do julgador.

²⁴⁷ TUZET, 2018, p. 03.

²⁴⁸ TUZET, 2018, p. 11.

Portanto, feitas essas explicações, acredito que reste suficientemente clara a distinção entre as funções desempenhadas pela valoração da prova e pelos standards de prova. Os critérios de avaliação da prova indicam como avaliar o conjunto probatório. Os standards de prova, ao contrário, indicam como tomar a decisão após a avaliação da prova, ou seja, estabelecendo se o grau atingido é suficiente para a decisão a ser tomada.²⁴⁹

Uma última distinção ainda é necessária, pois importante para as conclusões deste trabalho. Enquanto os critérios de avaliação são invariáveis, independentemente do direito material em discussão, os standards de prova são variáveis, respeitando a natureza do direito material discutido no caso concreto.²⁵⁰

Assim, enquanto os critérios adotados para a avaliação da prova serão sempre os mesmos, independentemente de tratar-se de um processo civil ou penal, os standards de prova variarão conforme o caso concreto.

2.9.2. DA EQUIVOCADA COMPARAÇÃO ENTRE STANDARDS DE PROVA E PROVA LEGAL

Foi visto no tópico antecedente que as fases relativas à valoração do material probatório e à tomada de decisão sobre os fatos são distintas, porém funcionalmente conectadas.

Em que pese a conclusão alcançada, alguns doutrinadores vêm entendendo que a adoção dos standards de prova equivaleria a uma espécie de retorno ao sistema da prova legal²⁵¹, há muito tempo já abandonado, salvo exceções pontuais, na quase totalidade dos países.

O raciocínio empregado por aqueles que defendem uma equivalência entre os standards de prova e o sistema valorativo da prova legal parte da função

²⁴⁹ TUZET, 2018, p. 11.

²⁵⁰ LAGIER, 2020, p. 87.

²⁵¹ LAGIER, 2020, p. 97.

desempenhada por eles, que conforme já analisado, seria permitir o controle e a diminuição da discricionariedade do julgador no momento de decidir sobre os fatos.

Neste sentido, Simone Trento faz parte do grupo que parece confundir os institutos, ao afirmar tratar-se, em essência, da mesma coisa, com a simples substituição da definição legal do meio de prova exigido para a comprovação do fato alegado pela definição do standard exigido.

Exigir prova de “verdade” para um grupo de casos previamente definidos e prova de “verossimilhança” para outro; ou *preponderância* para uns, prova *clara e convincente* para outros, prova *acima de dúvida razoável* para outros e *prova razoável excludente de qualquer hipótese de inocência* para um último grupo de casos corresponde, em última instância, a querer estabelecer de forma estanque o “ponto do ônus da prova”, o que levaria a uma reaproximação a um sistema tarifado de prova, com a diferença de que agora não estão definidos em lei os meios de prova necessários para comprovar determinados fatos, mas seriam definidas – de forma estanque e sem lei – as probabilidades necessárias.²⁵²

Dentro dessa perspectiva, entendem que a única forma de controlar a discricionariedade da atividade judicante é pela formulação de standards de prova hiper objetivos, o que já se definiu ser impossível e pouco desejável. E tal objetivação, no raciocínio posto, equivaleria ao retorno ao sistema da prova legal a partir de uma suposta predeterminação do valor do conjunto probatório.

O raciocínio posto, apesar de respeitado e até mesmo lógico, deve ser criticado pelo seu equívoco. Conforme já suficientemente tratado, as fases de valoração e decisão correspondem a momentos distintos, razão pela qual a comparação não faz sentido.

Desta forma, o sistema da prova legal tem a ver com a liberdade do julgador em realizar a atividade valorativa, que naquele caso não existe, já que é realizada de forma prévia pelo legislador, que atribui valores a cada tipo de prova, determinando ao julgador tão somente a realização da operação matemática correspondente para a obtenção do resultado.

²⁵² TRENTO, Simone. **Standards de prova e ônus da prova**: efetividade da tutela jurisdicional em matéria probatória. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2015, p. 53.

O standard de prova, ao contrário, tem relação com o sistema do livre convencimento motivado, funcionando como mecanismo de controle e diminuição da discricionariedade do julgador. Ou seja, ele não predetermina em nenhum momento o valor atribuído ao material probatório. Ao contrário, apenas estabelece o grau de suficiência exigido para que seja proferida uma determinada decisão, após a prévia e correta valoração do material probatório realizada pelo julgador.

2.9.3. STANDARDS DE PROVA E ÔNUS DA PROVA

Outra importante consideração ainda precisa ser feita. É comum que exista na doutrina quem identifique como equivalentes os institutos dos standards de prova e as regras de ônus de prova.²⁵³

Em comum, ambos os institutos são técnicas processuais aplicadas ao campo do direito probatório²⁵⁴ para o atingimento de finalidades extraepistêmicas²⁵⁵, adotadas no momento de decisão pelo julgador.²⁵⁶

Dito isso, então, cumpre observar, assim como demonstrado na relação de distinção existente entre as fases de valoração da prova e de decisão sobre os fatos, que ambos os institutos são independentes entre si, porém complementares.²⁵⁷

As suas diferenças residem na função atribuída a cada um deles.²⁵⁸ Enquanto o ônus da prova, sob a sua perspectiva objetiva, é uma regra de julgamento estabelecida para evitar não decisões em processos por insuficiência de provas, os standards de prova

²⁵³ Neste sentido, por exemplo TRENTO, Simone. Os standards e o ônus da prova: suas relações e causas de variação. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 226, 2013. Para a autora, a regra de julgamento do ônus da prova não é em absoluto separada da questão da valoração da prova, se influenciando mutuamente, como numa via de mão dupla. Ver também KEANE, Adrian; McKeown. **The modern law of evidence**. 9ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 104-114.

²⁵⁴ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017c, p. 56.

²⁵⁵ BADARÓ, 2019, p. 238.

²⁵⁶ MELIM, Mafalda. Standards de prova e grau de convicção do julgador. **Revista de Concorrência e Regulação**. Lisboa, n. 16, 2013, p. 147.

²⁵⁷ MELIM, 2013, p. 147. A relação de complementaridade, segundo a autora, reside no fato do ônus probatório apenas poder ser utilizado quando insuficiente o standard. Assim, os standards de prova teriam como função o esclarecimento do julgador à respeito do grau mínimo de convencimento para a consideração de um fato como ocorrido. E somente a partir deste momento, quando não atingido esse grau necessário, pode o juiz lançar mão da regra do ônus probatório.

²⁵⁸ CARPES, 2017c, p. 61.

são regras determinativas do grau de suficiência probatória exigido para a corroboração da hipótese de fato.

Neste sentido, na prática, existe uma dinâmica sequencial lógica a ser respeitada. Primeiro incide o standard de prova, para saber se atingido ou não o grau de suficiência necessário para a corroboração da hipótese de fato. Em sequência, e somente após aquele, ou seja, quando não corroborada a hipótese fática é que se aplica a regra do ônus probatório, determinando quem sofre o julgamento pelo não atendimento ao encargo probatório estabelecido.²⁵⁹

Ou seja, enquanto um indica o grau de suporte necessário para julgar, o outro indica como julgar quando não satisfeito o suporte necessário. Em não sendo atingido o grau de suficiência necessário, então necessária a aplicação da regra do ônus de prova. Mas veja que necessária à existência dos standards de prova, pois afinal, como seria possível determinar a insuficiência exigida pelo ônus probatório se inexistentes os standards.

E essa relação de interdependência e complementariedade entre os standards de prova e ônus da prova possui ainda uma importante consequência.

Segundo apontado por Vitor de Paula Ramos no seminário realizado pela Escola da Magistratura do Rio de Janeiro sobre a obra do Prof. Jordi Ferrer Beltrán, essa relação entre os institutos e consequente necessidade de julgamento pela regra do ônus da prova é inversamente proporcional à exigência de um standard de prova mais baixo.²⁶⁰

Ou seja, em outras palavras, quanto mais exigente o standard de prova a ser aplicado ao julgamento, maior será a necessidade de julgamento a partir da regra do ônus da prova, pois mais difícil o atingimento do grau de suficiência necessário para a procedência da ação.

²⁵⁹ BADARÓ, 2019, p. 239.

²⁶⁰ PRUEBA SIN CONVICCIÓN: ESTÁNDARES DE PRUEBA U DEBIDO PROCESO. Fóruns Permanentes EMERJ, 11 de maio de 2021. 1 vídeo (04 horas: 38 segundos). Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=g58ad1StiSs&t=1803s>. Acesso em 28 jun. 2022. Participação Geraldo Prado, Gustavo Henrique Badaró, Janaina Roland Matida, Rachel Herdy, Carmen Vázquez Rojas, Vitor de Paula Ramos e Jordi Ferrer Beltrán.

Postas as considerações necessárias a respeito de cada um dos institutos, pode-se afirmar, sem qualquer dúvida, a partir das razões apresentadas, ser incorreta a equiparação entre eles feita pela doutrina.

2.10. CLASSIFICAÇÃO DOS STANDARDS DE PROVA

Os standards de prova, conforme afirmado em tópico específico no qual se tratou de definir o seu conceito, encontram a sua origem diretamente ligada aos países praticantes da *common law*.

Nestes países, por exemplo, adotam-se apenas dois standards de prova, um correspondente aos processos de natureza civil (*preponderance of evidence*, ou preponderância de provas, expressão que a partir deste momento adotaremos) e outro correspondente aos processos de natureza penal (*beyond a/any reasonable doubt*, ou prova além da dúvida razoável, terminologia a partir deste momento adotada). É o caso da Inglaterra, Austrália e Escócia.²⁶¹

Os Estados Unidos, apesar de majoritariamente praticante da *common law*, são uma exceção à regra da dualidade de standards de prova, adotando um terceiro standard intermediário para os processos de natureza civil especial, denominado de *clear and convincing evidence*, ou prova clara e convincente, expressão que a partir de agora adotaremos.²⁶²

Somados os três standards acima destacados teríamos a classificação tripartite dos standards de prova, mais tradicional e majoritariamente aceita. Não quer isso significar, contudo, que novos standards não possam ser criados.

Conforme tratado anteriormente, a elaboração de um novo standard de prova deve respeitar interesses de ordem político-moral, respeitando determinados critérios metodológicos. Atendidos tais requisitos, nada impede a formulação de um novo

²⁶¹ HO, 2008, p. 175.

²⁶² HO, 2008, p. 175.

standard. Contudo, deve ser feito com cautela para evitar confusão entre os sujeitos processuais.

Assim, veja-se, por exemplo, que os Estados Unidos, ainda que de forma controversa, adota outros standards de prova. Um standard mais rígido que o da prova além da dúvida razoável é aquele exigido para os processos de natureza penal baseados em indícios, em razão da maior chance de erro envolvido. Nestas hipóteses, o standard a ser atingido para a condenação de um acusado seria o da prova razoável excludente de qualquer hipótese de inocência.²⁶³⁻²⁶⁴ Outro exemplo é o previsto no Código de Processo Criminal do estado do Texas, que estipula para os casos envolvendo os crimes punidos com pena de morte, que os jurados apenas poderão julgar favoravelmente à condenação do acusado quando restar provado a sua culpa além da dúvida razoável, e desde que exista uma probabilidade de que o acusado apresente perigo no futuro.²⁶⁵

Mas mesmo nos países de tradição de *common law*, em que já existe uma cultura relacionado aos standards de prova, outras classificações distintas da tradicional são apresentadas. Por exemplo, Ronald J. Allen e Michael S. Pardo, adotando um conceito qualitativo dos standards de prova, os classificam como a melhor explicação disponível, melhor e mais plausível explicação disponível e explicação mais plausível e sem explicação plausível em sentido contrário.²⁶⁶

²⁶³ KNIJNIK, 2008, p. 41-42. Segundo aponta o autor, esse standard foi o adotado, por exemplo, em *Lloyd vs. United States* e *Panci vs. United States*.

²⁶⁴ Outros standards são previstos nos Estados Unidos. A título de exemplo, ANDRADE, 2022, p. 192-199 elenca os standards da *probable cause* e da *reasonable suspicion*. O primeiro se relacionaria à existência de motivos para a instauração de um processo criminal, se situando abaixo da prova além da dúvida razoável. O segundo estaria relacionado à suspeitas envolvendo a prática de uma atividade criminosa por uma pessoa, e portanto o direito de abordá-la e detê-la para uma rápida investigação. Também WALSH, Hillary Gaston. *Unequivocally different: the third civil standard of proof*. **Kansas Law Review**. Vol. 66, 2018, p. 572-573 também afirma existir outros outros standards probatórios. Contudo, segundo afirma, essa existência acaba ignorada por parte da doutrina que os trata como variações daqueles três principais. A título de exemplo, cita a autora o standard da “prova substancial e crível” (*substantial, credible evidence*) adotado em ações de direito administrativo, o “baseado em fortes evidências” (*strong-basis-in-evidence*) aplicado ao direito do trabalho e o da prova “clara, inequívoca e convincente” (*clear, unequivocal and convincing*) adotado nas questões de direito migratório. A própria autora parece já fundamentar a razão do tratamento desses novos standards como mera variação dos tradicionais, pois segundo aponta, o standard da prova clara e convincente exigiria uma probabilidade em torno de 70%, enquanto o da prova clara, convincente e inequívoca exigiria probabilidades em torno de 80%.

²⁶⁵ HAACK, 2013, p. 69.

²⁶⁶ ALLEN, Ronald J.; Pardo, Michael S. *Relative plausibility and its critics*. **International Journal of Evidence and Proof**. Nova Iorque, Vol. 23, 2019, p. 15-16.

No direito comparado, em países adeptos de uma tradição civilista, também se desenvolveram outros standards de prova. A título de exemplo, pode-se citar o standard da mínima atividade probatória elaborado pelo Tribunal Constitucional Espanhol para os processos de natureza penal, mas aplicável como regra geral aos demais processos, o standard alemão das dúvidas positivo-concretas, e o francês do controle da motivação.²⁶⁷

Mas não é só. A doutrina também vem encontrando papel de destaque no desenvolvimento de novos standards de prova, em especial em razão da vagueza e indeterminação daqueles mais tradicionais originados no sistema da *common law*.

Neste sentido, por exemplo, Humberto Ávila propõe uma classificação quadripartite dos standards de prova: *i*) prova irrefutável, a ser adotado em processos em que exista restrição de direitos da personalidade, cujas provas apresentem conclusões com índice de probabilidade próximas de 100%. *ii*) prova acima de qualquer dúvida razoável, a ser adotado em processos de natureza penal que impliquem restrição da liberdade do acusado, que exige que a dúvida ao final da instrução seja absolutamente insignificante e que qualquer pessoa razoável assim concluiria; *iii*) prova clara e convincente, a ser adotado em processos cujas sanções impliquem restrições aos direitos de liberdade e propriedade, como no direito administrativo sancionador; *iv*) prova convincente ou de verossimilhança razoável, a ser adotado em processos que envolvam direitos disponíveis e patrimoniais, como o direito civil.²⁶⁸

Ravi Peixoto, talvez no mais completo estudo do tema no país, não se limita a apenas analisar os tradicionais standards originados no *common law*, propondo uma revisão na sua definição. Nesse sentido, segundo o autor, os standards de prova seriam divididos em: *i*) elevadíssima probabilidade da hipótese fática acusatória e inexistência de suporte probatório para a hipótese fática de inocência do réu; *ii*) alta probabilidade da hipótese fática do autor; *iii*) probabilidade da prova.²⁶⁹

²⁶⁷ KNIJNIK, Danilo. Os standards de convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 353, 2001.

²⁶⁸ ÁVILA, Humberto. Teoria da Prova: Standards de prova e critérios de solidez da inferência probatória. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 282, 2018, p. 03.

²⁶⁹ PEIXOTO, 2021, p. 226-235.

Jordi Ferrer Beltrán é outro que propõe uma classificação diversa, vinculada à capacidade justificativa da prova e formulado de forma suficientemente precisa para permitir o seu controle. Na classificação formulada pelo autor seria possível a identificação de seis standards, divididos de forma decrescente:

Standard de prova 1

- a) A hipótese deve se capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente, e as previsões de novos dados que a hipótese permite formular devem ter sido confirmadas e aportadas como prova ao processo.
- b) Devem ter sido rechaçadas todas as demais hipóteses plausíveis explicativas dos mesmos dados que sejam compatíveis com a inocência do acusado, excluídas as meras hipóteses ad hoc.

Standard de prova 2

- a) A hipótese deve ser capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente, e as previsões de novos dados que a hipótese permite formular devem ter sido confirmadas e aportadas como prova ao processo.
- b) Deve ter sido rechaçada, caso seja plausível, a hipótese alternativa formulada pela defesa explicativa dos mesmos dados e compatível com a inocência do acusado, salvo quando tratar de mera hipótese ad hoc.

Standard de prova 3

- a) Que a hipótese seja a melhor explicação disponível dos fatos cuja ocorrência se trata de provar, à luz dos elementos de prova existentes nos autos.
- b) Que o peso probatório do conjunto de elementos de prova relevantes incorporados ao processo seja completo (excluídas as provas redundantes).

Standard de prova 4

- a) Que a hipótese ofereça uma melhor explicação sobre os fatos que se deve provar do que a hipótese da parte contrária, à luz dos elementos de prova existentes nos autos do processo.
- b) Que o peso probatório do conjunto de elementos de prova relevantes incorporados ao processo seja completo (excluídas as provas redundantes).

Standard de prova 5

- a) A hipótese for a melhor explicação sobre os fatos cuja ocorrência se deve provar, à luz dos elementos de prova existentes nos autos do processo.

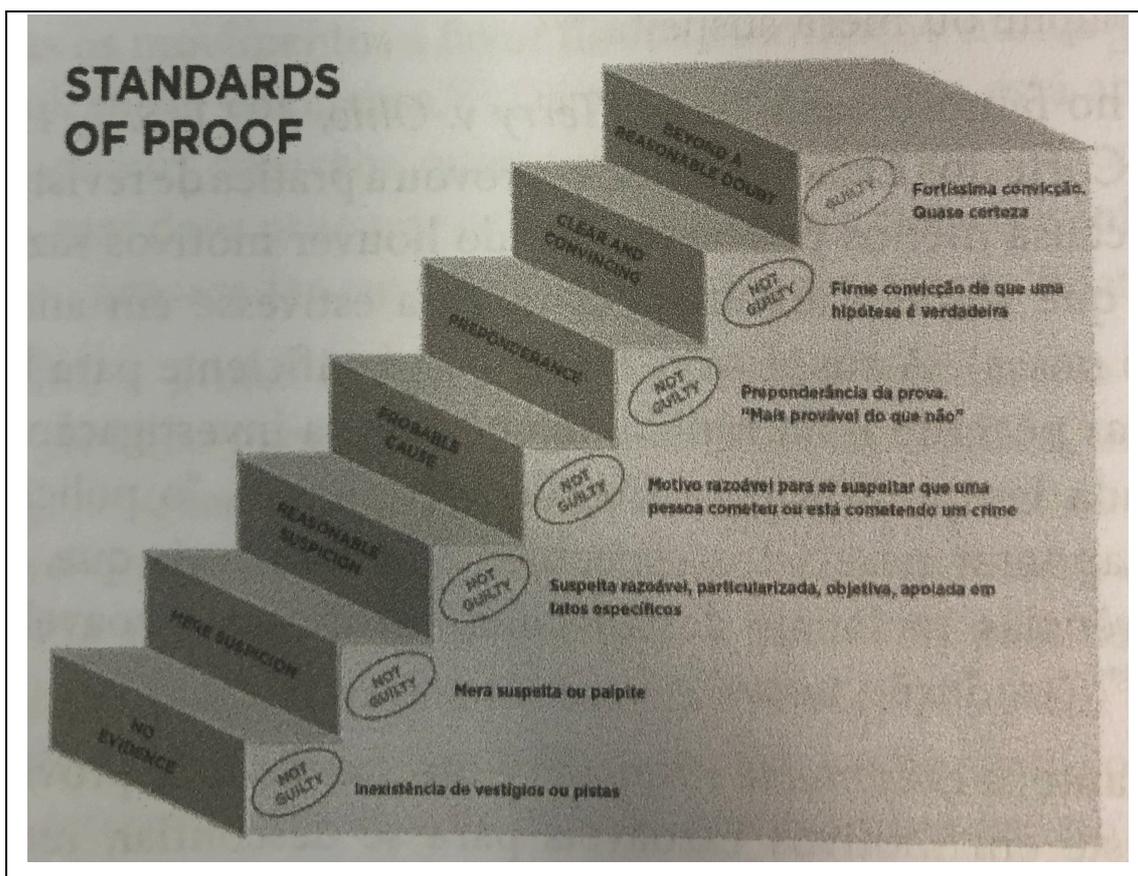
Standard de prova 6

- a) A hipótese oferecer uma melhor explicação sobre os fatos cuja ocorrência se deve provar do que a hipótese da parte contrária, à luz dos elementos de prova existentes nos autos do processo.²⁷⁰

No presente tópico, conforme visto, foram apresentados os standards de prova tradicional e majoritariamente aceitos pela doutrina. Contudo, procurou-se demonstrar que a classificação é aberta, existindo diversos outros em aplicação pela jurisprudência, bem como em desenvolvimento pela doutrina.

²⁷⁰ FERRER BELTRÁN, 2021c, p. 272-276.

Agora, para fins de conclusão de todo o anteriormente dito, mostra-se interessante replicar uma figura apresentada por Flávio da Silva Andrade, no qual são resumidos diversos standards de prova possíveis no direito norte-americano (base dogmática da escada da nossa pesquisa), em que cada um dos degraus reproduzidos apresenta um diferente standard de prova exigido, inferior ao subsequente.²⁷¹



No capítulo próximo fixaremos nossa análise na classificação dos standards de prova tradicionalmente adotados nas decisões definitivas de mérito. Antes, porém, justificaremos essa opção com base em estudos de psicologia cognitiva e as limitações do ser humano.

2.11. LIMITAÇÕES COGNITIVAS DOS SERES HUMANOS E SUA RELAÇÃO COM UMA CLASSIFICAÇÃO TRIPARTITE DE STANDARDS DE PROVA: MAIS PROVÁVEL DO QUE NÃO, MUITO PROVÁVEL E QUASE CERTEZA

²⁷¹ ANDRADE, 2022, p. 200.

Na conclusão do tópico anterior restou delimitada a opção adotada neste trabalho de analisar apenas os três tradicionais standards de prova originados na tradição jurídica da *common law*, posteriormente expandida para os países de tradição romano-germânica.

Mas qual a razão para a referida delimitação? A sua justificativa encontraria fundamento apenas na recepção e aceitabilidade desta classificação. A resposta, ainda que assim fosse mais fácil, deve ser negativa, e deve ser buscada em uma área de estudos extrajurídica.

A psicologia cognitiva, vertente da psicologia surgida na década de 1950, compreende o estudo da forma com que os seres humanos detectam, transformam, armazenam, recuperam e usam as informações retiradas do ambiente em que vivem.²⁷²

Esse campo da ciência determinou que os seres humanos possuem limitações cognitivas no que se refere ao processamento de informações dentro de uma infinita escala de probabilidades não numéricas, que podem ser divididas em sete categorias distintas: *i*) menor possibilidade; *ii*) possibilidade razoável; *iii*) possibilidade substancial; *iv*) equilíbrio; *v*) probabilidade; *vi*) alta probabilidade; e *vii*) quase certeza.²⁷³

Contudo, no que se refere a julgamentos, os estudiosos da psicologia cognitiva concordam que entre ter certeza e estar em equilíbrio que uma hipótese é verdadeira, os seres humanos tendem a agrupar o seu grau de confiança subjetiva em apenas três categorias: *i*) mais provável do que não; *ii*) alta probabilidade; e *iii*) quase certeza.²⁷⁴

Dentro dessa escala de probabilidades não numéricas perceptíveis pelos seres humanos, a tripartição classificatória de standards de prova se encaixa perfeitamente, ao equiparar cada um dos standards desenvolvidos a uma categoria perceptível ao ser humano.

²⁷² CLERMONT, 2013b, p. 61.

²⁷³ CLERMONT, Kevin M.. Staying faithful to the standards of proof. *Cornell Law Review*. Vol. 104, 2019, p. 1479.

²⁷⁴ CLERMONT, 2013b, p. 74.

Assim, o standard de prova além da dúvida razoável equivaleria a categoria da quase certeza. A prova clara e convincente corresponderia a categoria da alta probabilidade. E por fim, o standard da preponderância de prova corresponderia a categoria mais provável do que não.

E mais, o desenvolvimento de novos standards de prova, apesar de tecnicamente possível, como já oportunamente demonstrado, estaria fora do alcance da percepção humana, o que levaria a uma maior confusão na avaliação das probabilidades, e conseqüentemente mais erros de julgamento.

2.12. CONCLUSÕES PARCIAS DO CAPÍTULO

O presente capítulo buscou analisar de forma geral os standards de prova, tema ainda relativamente negligenciado pelos operadores do direito brasileiros, e por isso mesmo pouco compreendido.

Para tanto, de início, foram apresentados alguns pontos essenciais para a sua compreensão. Em relação ao seu conceito, foi determinado que os standards de prova correspondem ao grau de suficiência exigido para a corroboração das hipóteses fáticas postas em discussão. Foi também apontado que se tratam eles de regra de julgamento, adotada após a correta valoração do material probatório produzido, como mecanismo de justificação do julgamento a favor de alguma das partes.

Em sequência, foram apresentadas as suas quatro principais funções, de orientação das partes, de orientação do julgador, de distribuição do risco de erro entre as partes e de promoção do ideal de segurança jurídica.

Foi também determinado que a sua competência definitiva, como regra, deveria ser do Poder Legislativo, mas que em caso de omissão deste, a definição cabe ao Poder Judiciário.

Superados esses pontos mais teóricos, voltou-se à análise do instituto sob uma perspectiva prática. Nesse sentido, apontou-se que no Brasil o momento correto para a

sua definição é a fase de saneamento e organização do processo, para o processo civil, e o momento anterior ao início da produção de provas, para o processo penal, e não a sentença, pois se assim fosse haveria evidente violação do princípio do contraditório.

Foi também destacado que os standards probatórios se diferenciam tanto da fase valorativa e seu sistema da prova tarifada quanto das regras de ônus probatório, possuindo cada um dos institutos mencionados funções distintas que não podem ser confundidas.

Nessa medida, enquanto a fase valorativa da prova compreende os diferentes critérios utilizados para a avaliação do conjunto probatório, os standards, ao contrário, se referem a decisão sobre os fatos e ao grau de suficiência exigido para tanto.

Da mesma forma não se equiparam o sistema da prova tarifada e os standards de prova. Enquanto aquele diz respeito a inexistência por parte do julgador de poder de avaliar e valorar o conjunto probatório, que apenas cumpre uma função matemática em relação a valores pré-estabelecidos, os standards probatórios têm relação com a diminuição da discricionariedade do julgador no momento da decisão, essencial em um sistema de “livre” convencimento motivado.

Já entre ônus da prova e standards a comparação também não encontra fundamento, funcionando mais como uma espécie de prejudicialidade. Enquanto os standards são regras determinativas do grau de suficiência exigida para a corroboração da hipótese de fato, as regras de ônus processuais são desenvolvidas para evitar que não decisões ocorram sob o fundamento de inexistência ou insuficiência probatória, e apenas são aplicadas quando inalcançado o grau necessário para que seja proferida uma decisão.

Por fim, foram apresentadas diferentes classificações de standards de prova possíveis, justificando-se na psicologia cognitiva e consequente limitação perceptiva humana a adoção de uma classificação tripartite, sob a qual trataremos no capítulo seguinte.

CAPÍTULO 03 – STANDARDS DE PROVA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E NO BRASIL²⁷⁵

No capítulo anterior foram abordados aspectos essenciais ao desenvolvimento de uma verdadeira teoria geral dos standards de prova, oportunidade em que foi desenvolvido o seu conceito, natureza jurídica, funções, competência para a sua fixação e critérios metodológicos para a sua formulação, além de diversos outros subtópicos diretamente relacionados a esses principais, como por exemplo à sua posição no raciocínio probatório e conseqüente distinção da fase de valoração da prova, sistema da prova legal e regras de ônus da prova.

Agora, mostra-se necessário sejam os standards de prova analisados a partir de sua experiência prática, começando pelos Estados Unidos da América, como principal expoente da sua aplicação.

Em sequência, para o atingimento dos fins propostos, serão então analisados os standards de prova no ordenamento jurídico brasileiro, o seu atual estado da arte, sua potencial aplicabilidade e algumas sugestões doutrinárias.

3.1. STANDARDS DE PROVA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA²⁷⁶

²⁷⁵ A justificativa para a opção do estudo dos standards de prova restrita apenas aos Estados Unidos e ao Brasil é eminentemente prática, para que seja possível um estudo mais vertical e aproveitável à realidade brasileira. Não quer isso significar, contudo, que o tema não seja já estudado e/ou adotado em outros países. Para um estudo de outras realidade, ver, por exemplo, PEIXOTO, 2021, p. 157-214, TUZET, 2018, p. 04-09.

²⁷⁶ O início da análise dos standards de prova pela classificação aplicada nos Estados Unidos da América tem uma justificativa. Como visto no capítulo anterior, existe uma tripartição classificatória entre os standards de prova exigidos naquele país, determinada a partir da natureza jurídica do direito discutido. Assim, adota-se o standard da prova além da dúvida razoável para os casos criminais, a preponderância de provas nos julgamentos cíveis meramente patrimoniais, e a prova clara e convincente nos casos cíveis considerados mais sensíveis. Nos países europeus, diversamente, aponta SCHWEIZER, Mark. *The civil standard of proof – What is it, actually?*. **Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods**. 2013, p. 04, que parece haver uma unificação do standard probatório exigido tanto para os casos cíveis quanto criminais, manifestado sempre na convicção do juiz. No mesmo sentido, ver ENGEL, Christoph. *Preponderance of the evidence versus intime conviction: A behavioral perspective on a conflict between american and continental european law*. **Vermont Law Review**. Vol. 33, 2009, p. 435-467 e CLERMONT, Kevin M. SHERWIN, Emily. *A comparative view of standards of proof*. **Cornell Law Faculty Publications**. Paper 222, 2002, p. 243-275. Em sentido contrário, TARUFFO, 2003, p. 659-678.

Os Estados Unidos da América são provavelmente o maior expoente quando se pensa na disciplina dos standards probatórios, constituindo eles verdadeiro pilar do sistema judicial daquele país.

Neste sentido, basta para tanto uma simples recordação à infindável gama de filmes e/ou séries televisivas retratando o dia a dia judicial americano, no qual a questão da prova além da dúvida razoável sempre figura como pano de fundo das histórias narradas.

Dito isso, encontra-se no direito norte americano a presença de três principais standards probatórios, sendo eles: *i*) prova além da dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*); *ii*) preponderância de provas (*preponderance of evidence*); *iii*) prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*).

Não quer isso significar, contudo, que não existam outros standards probatórios aplicáveis no direito norte americano.²⁷⁷ Todavia, pela maior consolidação e exposição recebida por estes, é sobre eles que reservaremos à análise a ser feita nos tópicos subsequentes.

3.1.1. PROVA ALÉM DA DÚVIDA RAZOÁVEL: O STANDARD PROBATÓRIO ADOTADO NAS SENTENÇAS PENAS CONDENATÓRIAS

O standard da prova além da dúvida razoável é aquele adotado no direito criminal, aplicável às sentenças penais condenatórias. Pela sua importância para o sistema da *common law*, no qual se originou e primeiramente se desenvolveu, é considerado o

²⁷⁷ Como apontado em nota de rodapé 225, existem outros standards de prova nos Estados Unidos. A título de exemplo, ANDRADE, 2022, p. 192-199 elenca os standards da probable cause e da reasonable suspicion. O primeiro se relacionaria a existência de motivos para a instauração de um processo criminal, se situando abaixo da prova além da dúvida razoável. O segundo estaria relacionado a suspeitas envolvendo a prática de uma atividade criminosa por uma pessoa, e portanto o direito de abordá-la e detê-la para uma rápida investigação. Também WALSH, Hillary Gaston. Unequivocally different: the third civil standard of proof. *Kansas Law Review*. Vol. 66, 2018, p. 572-573 também afirma existir outros standards probatórios. Contudo, segundo afirma, essa existência acaba ignorada por parte da doutrina que os trata como variações daqueles três principais. A título de exemplo, cita a autora o standard da “prova substancial e crível” (*substantial, credible evidence*) adotado em ações de direito administrativo, o “baseado em fortes evidências” (*strong-basis-in-evidence*) aplicado ao direito do trabalho e o da prova “clara, inequívoca e convincente” (*clear, unequivocal and convincing*) adotado nas questões de direito imigratório.

seu pilar estruturante²⁷⁸, sendo um critério absolutamente familiar aquele povo, e por isso essencial para o senso de justiça daquele país.²⁷⁹

Por ser aplicado ao direito criminal, e por isso envolver direitos considerados os mais importantes para os seres humanos (tratamos aqui da ideia de liberdade e integridade física), é considerado o mais rigoroso dos standards de prova existentes.²⁸⁰

Dito isso, aplicando o standard da prova além da dúvida razoável ao caso concreto, observa-se que compete ao acusador a confirmação da sua hipótese acusatória em altíssimo grau, próximo ao conceito de certeza, o que representaria, se adotada a sua definição numérica, uma probabilidade geralmente superior a 90% (noventa por cento)²⁸¹, de forma a não restar nenhuma dúvida apontada pela defesa a respeito da culpabilidade do réu.

Quer isso significar, portanto, que se trata de um critério definido pela sua perspectiva negativa.²⁸² Ou seja, não confirmando o acusador a sua hipótese acusatória de forma suficiente, restando, pois, presente ao julgador alguma dúvida a respeito da culpabilidade do réu, deve ele ser absolvido em razão do não atendimento do standard de prova aplicável ao caso.

Observe, por fim, que o grau de confirmação da hipótese acusatória exigido deve ser tão elevado, que para aqueles autores que acreditam na possibilidade da sua quantificação numérica, deve corresponder a uma probabilidade superior a noventa por cento de culpa do acusado.²⁸³

Dito isso, resta evidente que o standard da prova além da dúvida razoável tem por objetivo, como já antes afirmado, a promoção da proteção do acusado. Se não

²⁷⁸ PI, Daniel; PARISI, Francesco; LUPPI, Barbara. Quantifying reasonable doubt. **Rutgers University Law Review**. Vol. 72, 2019, p. 455.

²⁷⁹ WHITMAN, James Q. **The origins os reasonable doubt: theological roots os the criminal trial**. Londres: Yale University Press, 2008, p. 01.

²⁸⁰ PI, Daniel; PARISI, Francesco; LUPPI, Barbara, 2019, p. 456.

²⁸¹ PARDO, Michael S. Entándares de prueba y teoría de la prueba. In: VÁSQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica**. Madri: Marcial Pons, 2013, p. 111.

²⁸² ANDRADE, 2022, p. 156.

²⁸³ Para uma análise da quantificação da probabilidade da prova além da dúvida razoável, ver TUZET, 2019, p. 05; Também VARS, 2010.

provada a sua culpa além da dúvida razoável, deve ele ser absolvido. Ocorre que nem sempre foi assim. Nos primórdios o seu objetivo não era proteger o acusado, mas sim proteger o seu julgador.²⁸⁴

Justamente por essa razão, para que seja possível compreender o instituto nos dias de hoje, é necessário seja feita uma análise histórica do seu surgimento, o que se fará a seguir.

3.1.2. ORIGEM DO STANDARD PROBATÓRIO PENAL E DA EXPRESSÃO PROVA ALÉM DA DÚVIDA RAZOÁVEL

A origem do standard da prova além da dúvida razoável, conforme já adiantado linhas acima, em nada se assemelha à sua aplicação atual, tendo sido desenvolvido para a proteção da alma dos jurados de uma condenação ao inferno, quando diante de uma hipótese de falsa condenação.

Contudo, para que seja possível compreender o standard atualmente, é necessário a análise das suas origens no direito inglês a partir do contexto vigente à época. Àquele tempo, aos jurados competia o julgamento de acusados sem que a eles fosse fornecida qualquer informação a respeito dos fatos. Em paralelo, a sociedade inglesa era diretamente influenciada pela igreja, que estabelecia a falsa condenação como um pecado mortal passível de condenação da alma do pecador ao inferno.²⁸⁵

Tal possibilidade fazia com que cidadãos indicados para atuar como jurados, buscando a autopreservação de sua alma contra uma possível condenação ao inferno, evitassem proferir julgamentos condenatórios.²⁸⁶

A solução encontrada, então, para facilitar as condenações sem colocar os jurados em risco de condenação das suas almas ao inferno foi o desenvolvimento da fórmula da prova além da dúvida razoável, que permitia aos jurados, quando diante de um

²⁸⁴ WHITMAN, 2008, p. 02-03.

²⁸⁵ PI, PARISI e LUPPI, 2019, p. 459 bem demonstram essa afirmação, ao dizer que uma condenação errada constituía não apenas falha do dever cívico do jurado, mas pecado contra o acusado e contra Deus. “To convict falsely was not only a failure of their civic duty, but a sin against the accused and against “God”.”

²⁸⁶ WHITMAN, 2008, p. 186.

conjunto probatório considerado razoável, proferir decisões condenatórias livres do medo da condenação de suas almas.²⁸⁷

Ou seja, a fórmula da prova além da dúvida razoável, conforme afirmado, não foi originalmente desenvolvida para proteção do acusado diante da maior dificuldade da sua condenação, mas sim da proteção dos seus julgadores, que passaram a ter um passe livre para condenar acusados sem o risco de condenação de suas almas ao inferno.²⁸⁸

Pois bem, entendido o contexto justificativo do surgimento da fórmula da prova além da dúvida razoável, resta necessário dizer que se mostra impossível precisar a data exata do seu surgimento, havendo quem defenda a sua existência já desde o início dos anos 1700.²⁸⁹

A origem da expressão, contudo, apesar de controvertida, é determinável, existindo duas importantes teorias a respeito da data exata do seu surgimento.²⁹⁰

Uma primeira teoria aponta que a expressão prova além da dúvida razoável foi primeiramente utilizada no julgamento do massacre de Boston (*Boston Massacre Trials*), no ano de 1770, oportunidade em que Robert Treat Paine, em seu argumento

²⁸⁷ WHITMAN, 2008, p. 03. No original: “It was originally a theological doctrine, intended to reassure jurors that they could convict the defendant without risking their own salvation, so long as their doubts about guilty were not “reasonable”. “Beyond a reasonable doubt” was originally a rule for anxious christians, living in an age haunted, as our world no longer is, by the fear of dammation.”

²⁸⁸ Existem contudo duas outras teorias alternativas que procuram explicar o surgimento do standard da prova além da dúvida razoável. Para SHAPIRO, Barbara. **Beyond reasonable doubt and probable causa: historical perspectives on the Anglo-American law of evidence**. Berkeley: University of California Press, 1991, p. 01- 41, com a profissionalização dos juízes, passou a ser responsabilidade destes a instrução dos jurados sobre a tomada de decisões sobre os fatos, o que foi feito com fundamento no direito canônico e doutrina religiosa vigente à época. Foram então desenvolvidos como modelo de instrução aos jurados os conceitos de consciência segura, consciência satisfeita e certeza moral. Nesse sentido, para a autora, foi necessária a complementação daqueles standards com a expressão além da dúvida razoável. Assim, estando os jurados diante de uma dúvida razoável, deveriam necessariamente absolver o acusado. Uma outra possível explicação do standard da prova além da dúvida razoável foi desenvolvida por John Langbein, na obra LANGBEIN, John H. **The origins of adversary criminal trial**. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 261-266. Para o autor, com o aparecimento de advogados de defesa nos processos criminais do século XVIII, criou-se uma verdadeira confusão e real necessidade de criação, por parte dos juízes, de mecanismos para a sua proteção contra as falhas do procedimento judicial, dentre os quais a regra da prova além da dúvida razoável. O mesmo autor, no original, utiliza em sua exposição à expressão “*growing lawyerization*”.

²⁸⁹ HAACK, 2013, p. 69

²⁹⁰ MULRINE, Thomas v. Reasonable doubt: how in the world is it defined ? **American University International Law Review**. Vol 12, 1997, p. 200.

final, sustentou que no caso de insuficiência de provas capazes de convencer os jurados além da dúvida razoável, deveriam os acusados ser absolvidos.²⁹¹ A segunda teoria aponta o julgamento da traição da Irlanda (*Irish Treason Trials*), no ano de 1798, como o local em que primeiramente foi utilizada a expressão prova além da dúvida razoável, quando o advogado de defesa do acusado sustentou que em caso de ausência de dúvida razoável sobre a veracidade do testemunho o réu deveria ser absolvido.²⁹²

Contudo, muito embora a expressão tenha surgido em algum dos julgamentos acima mencionados, foi apenas na década seguinte, a partir do ano de 1880, nos julgamentos realizados no Tribunal Criminal de Londres (*The Old Bailey*), que a regra foi apresentada aos jurados de forma clara, determinando o que deveria ser entendido por prova além da dúvida razoável.²⁹³

A partir de então, o standard da prova além da dúvida razoável passou a ser amplamente conhecido e adotado tanto na Inglaterra e demais países membros do *commonwealth* quanto nos Estados Unidos da América²⁹⁴, até a sua elevação a nível constitucional pela Corte Suprema Americana.²⁹⁵

Com a aceitação e desenvolvimento do standard criminal da prova além da dúvida razoável, o problema passou então para a sua determinação, existindo ao menos cinco explicações possíveis para sobre o que pode ser aceito como uma prova além da dúvida razoável.

²⁹¹ WHITMAN, 2008, p. 193-194. Foram essas as palavras utilizadas por Robert Treat Paine em seu argumento final: “If therefor in the examination of this cause the evidence is not sufficient to convince you beyond reasonable doubt of the guilty of all or of any of the prisoners by the benignity and reason of the law you will acquit them, but if the evidence be sufficient to convince you of the guilt beyond reasonable doubt the justice of the law will require you to declare them guilty and the benignity of the law will be satisfied in the fairness and impartiality of the tryal.”

²⁹² MULRINE, 1997, p. 200.

²⁹³ WHITMAN, 2008, p. 194-199.

²⁹⁴ LAUDAN, 2008b, p. 03.

²⁹⁵ Segundo LAUDAN, 2008a, p. 34 foi a partir do julgamento *In re Winship*, realizado na década de 1970, que a Corte Suprema Americana elevou o standard da prova além da dúvida razoável ao status constitucional, ao entender que a décima quarta emenda impunha a instrução dos jurados à aplicação referido do standard, sob pena de anulação do julgamento. Contudo, segundo o autor, tal conclusão se deu por meio da construção de uma interpretação um tanto quanto criativa, pois o texto constitucional americano em nenhuma parte se refere a aplicação do standard da prova além da dúvida razoável. Tal observação já constava no voto divergente proferido naquele julgamento: “in two places the Constitution provides for trial by jury, but nowhere in that document is there any statement that conviction of crime requires proof of guilty beyond a reasonable doubt.”

3.1.3. DAS POSSIBILIDADES DE COMPREENSÃO DO SEU SIGNIFICADO

Foi visto no tópico anterior que o standard da prova além da dúvida razoável encontra suas origens na teologia cristã vigente na Inglaterra até o século XVIII, como mecanismo de proteção da alma dos jurados de uma condenação ao inferno e consequente ferramenta da engrenagem da justiça, uma vez que representava o funcionamento do julgamento pelo tribunal do júri.

Ocorre que juntamente com o surgimento e desenvolvimento do standard da prova além da dúvida razoável, outro problema surgiu, relacionado à sua definição, pois fundamental para a correta aplicação do referido standard.

O problema foi observado pelo Juiz Lemuel Shaw, em voto proferido na Corte Suprema de Massachussets no julgamento *Commonwealth vs. Webster* realizado no ano de 1850, que se transformou na formulação clássica do standard da prova além da dúvida razoável, vinculando o conceito de certeza moral ao significado da expressão.

(...) Então, o que é uma dúvida razoável? É um termo usado com frequência, provavelmente bem compreendido, embora difícil definir. Não se trata simplesmente de uma dúvida possível; porque tudo relacionado a assuntos humanos, e que dependa de provas morais, está sujeito a alguma dúvida possível ou imaginária. Trata-se desse estado do caso que, após toda a comparação e consideração de todas as provas deixa a mente dos jurados em tal condição que eles não podem dizer que sentem uma convicção perdurável, que produz certeza moral, acerca da verdade da acusação. O ônus da prova recai sobre a acusação. Independentemente das provas específicas, todas as presunções jurídicas estão a favor da inocência; e toda pessoa é presumida inocente até que seja provada sua culpabilidade. Se, porém, subsiste dúvida razoável em relação a tal prova da culpa, o acusado tem o direito de ser beneficiado por uma absolvição. Para isto não é suficiente estabelecer uma probabilidade, embora forte, decorrente da doutrina das chances, de que é mais provável o fato cobrado ser verdade do que o contrário. Mas as provas têm de estabelecer a verdade dos fatos no sentido de produzir uma certeza razoável ou moral; é dizer, uma certeza que convence, dirige o entendimento e que satisfaz a razão e o juízo daqueles que estão obrigados a atuar conscientemente com base nessa certeza. Isto é o que se considera prova além da dúvida razoável.²⁹⁶

²⁹⁶ LAUDAN, 2008a, p. 33-34. No original: “Then, what is reasonable doubt? It is a term often used, probably pretty well understood, but not easily defined. It is not mere possible doubt ; because every thing relating to human affairs, and depending on moral evidence, is open to some possible or imaginary doubt. It is that state of the case, which, after the entire comparison and consideration of all the evidence, leaves the minds os jurors in that condition that they cannot say they feel an abiding conviction, to a moral certainty, of the truth of the charge. The burden of proof is upon the prosecutor. All the presumptions of law independent of evidence are in favour of innocence; and every person is

Essa foi a definição do standard da prova além da dúvida razoável que prevaleceu até a década de 1970, quando a Suprema Corte Norte Americana, no famoso julgamento *In re Winship*, transformou-o em garantia constitucional. Naquela oportunidade, contudo, restou desaconselhada a definição da prova além da dúvida razoável como certeza moral, sob a alegação de ser uma terminologia arcaica e inútil.²⁹⁷

A partir de então, nos julgamentos *Jackson vs. Virginia* e *Victor vs. Nebraska*, a Suprema Corte passou a entender acerca da necessidade da instrução dos jurados a respeito do que seria dúvida razoável.²⁹⁸

Foi necessário, então, que se desenvolvessem outras formas de explicar aos jurados o significado do standard da prova além da dúvida razoável, cumprindo, desta maneira, com a determinação constitucional.

Larry Laudan, dedicando-se ao problema da definição do standard da prova além da dúvida razoável, em interessante estudo, apresenta aqueles que entende ser os cinco principais possíveis significados do standard.

Segundo o epistemologista, a prova além da dúvida razoável pode ser definida como a segurança da crença apropriada para as decisões mais importantes da vida de alguém (*security of belief appropriate to important decisions in one's life*), como o tipo de dúvida que faça a pessoa prudente hesitar em agir (*sort of doubt that would make a prudent person hesitate to act*), como convicção da culpabilidade do réu (*abiding*

presumed to be innocent until he is proved guilty. If upon such proof there is reasonable doubt remaining, the accused is entitled to the benefit of it by an acquittal. For it is not sufficient to establish a probability, though a strong one arising from the doctrine of chances, that the fact charged is more likely to be true than the contrary; but the evidence must establish the truth of the fact to a reasonable and moral certainty, a certainty that convinces and directs the understanding, and satisfies the reason and judgment, of those who are bound to act conscientiously upon it. This we take to be proof beyond a reasonable doubt.”

²⁹⁷ LAUDAN, 2008a, p. 34-35.

²⁹⁸ PICINALI, Federico. Is “proof beyond a reasonable doubt” a self-evident concept? Considering the US and the Italian legal cultures towards the understanding of the standard of persuasion in criminal cases. **Sistema Penal & Violência**. Porto Alegre, vol. 02, n. 01, 2010, p. 68. É preciso deixar claro que a Suprema Corte Americana, no julgamento *Victor vs. Nebraska*, apenas determinou a necessidade da menção ao standard, não obrigando ou tampouco proibindo a sua definição.

conviction of guilty), como a dúvida para a qual se pode dar uma razão (*doubt for a which a reason could be given*) e como alta probabilidade (*high probability*).²⁹⁹

A primeira definição da prova além da dúvida razoável pode ser observada desde o século XIX, e relaciona o significado da expressão ao mesmo procedimento de tomada de importantes decisões na vida de um cidadão comum (casar, mudar de trabalho ou recusar uma cirurgia recomendada). Essa é, por exemplo, a definição adotada pelo Quinto Circuito Federal para a instrução do júri: “A prova além da dúvida razoável, portanto, é a prova de um caráter tão convincente que você estaria disposto a confiar e agir de acordo com ele sem hesitação no mais importante de seus próprios assuntos.”³⁰⁰

O problema dessa definição, segundo aponta Larry Laudan, é que dita aproximação na prática não existe. O cidadão comum atua independentemente da existência de uma dúvida razoável, tomando decisões dentro de um âmbito de incertezas. E se assim não fosse, a tomada de decisões do dia a dia inviabilizaria a própria vida ordinária, que restaria paralisada.³⁰¹

A segunda definição encontra endosso na própria Suprema Corte Norte Americana, que considera que a dúvida razoável capaz de impedir a condenação de um acusado é aquela fundada na razão e no senso comum, apta a criar no julgador o sentimento de hesitação a respeito da culpabilidade do acusado, que deveria, quando diante de uma situação desta, ser absolvido.³⁰²

É neste sentido, por exemplo, a instrução dada aos jurados no Segundo Circuito Federal Norte Americano:

Uma dúvida razoável é uma dúvida baseada na razão e no bom senso – o tipo de dúvida que faria uma pessoa razoável hesitar em agir. A prova além de uma dúvida razoável deve, portanto, ser uma prova de caráter tão

²⁹⁹ LAUDAN, 2008a, p. 36-47.

³⁰⁰ LAUDAN, 2008a, p. 36. A instrução original é posta nas seguintes palavras: “Proof beyond reasonable doubt, therefore, is proof of such a convincing character that you would be willing to rely and act upon it without hesitation in the most important of your own affairs.”

³⁰¹ LAUDAN, 2008a, p. 36.

³⁰² LAUDAN, 2008a, p. 37.

convicente que uma pessoa razoável não hesitaria em confiar e agir com base nela no mais importante de seus próprios assuntos.³⁰³

Essa concepção da prova além da dúvida razoável também não é imune a críticas. Isso porque pessoas comuns hesitam em agir mesmo que ausente uma dúvida razoável. Para provar o seu argumento, Larry Laudan cita o exemplo de uma esposa grávida recorrentemente agredida por seu marido, mas que com ele permanece, mesmo que sabidamente longe de seus melhores interesses. E conclui, afirmando que a analogia entre a condenação criminal e o processo de tomada de decisões ordinárias pelos seres humanos apenas pode levar a enganos, uma vez que o standard da prova além da dúvida razoável deve ser mais rígido que aquele adotado em nossas decisões diárias.³⁰⁴

Continuando, a terceira definição de prova além da dúvida razoável diz respeito à convicção permanente da culpabilidade do acusado, e não mera dúvida imaginária, presente nas instruções dadas aos júris nas cortes californianas.

A dúvida razoável é definida da seguinte forma: não é uma mera dúvida possível; porque tudo relacionado a assuntos humanos, e que dependa de provas morais, está sujeito a alguma dúvida possível ou imaginária. Trata-se desse estado do caso que, após toda a comparação e consideração de todas as provas, deixa a mente dos jurados em tal condição que eles não podem dizer que sentem uma convicção perdurável, que produz certeza moral, sobre a verdade da acusação.³⁰⁵

O problema dessa definição é que ela vincula o standard da prova além da dúvida razoável ao aspecto temporal (permanência ou estabilidade) da crença quanto a culpabilidade do acusado, e subjetivo do convencimento dos julgadores baseado em crenças absolutamente irracionais. Deixa de lado, contudo, o principal, o seu aspecto

³⁰³ LAUDAN, 2008a, p. 37. No original: “A reasonable doubt is a doubt based on reason and common sense – the kind of doubt that would make a reasonable person hesitate to act. Proof beyond a reasonable doubt must, therefore, be proof of such a convincing character that a reasonable person would not hesitate to rely and act upon it in the most important of his own affairs.”

³⁰⁴ LAUDAN, 2008a, p. 37-38.

³⁰⁵ LAUDAN, 2008a, p. 38. “Reasonable doubt is defined as follows: It is not a mere possible doubt; because everything relating to human affairs, and depending on moral evidence, is open to some possible doubt or imaginary doubt. It is that state of the case which after the entire comparison and consideration of all the evidence, leaves the minds of the jurors in that condition that they cannot say they feel an abiding conviction, to a moral certainty, of the truth of the charge.”

material, nos termos antes defendido, da vinculação de uma eventual condenação e/ou absolvição ao material probatório produzido no processo.³⁰⁶

A quarta definição de dúvida razoável é aquela dúvida para a qual é possível oferecer uma razão. Desde já é preciso apontar que essa é a definição preferida de Larry Laudan, especialmente quando fundamentada nas provas disponíveis, apesar de rejeitada pelas cortes de apelação americanas por colocar um tipo de pressão psicológica sobre os jurados, ao exigir que eles apresentem uma razão justificativa de sua dúvida razoável.³⁰⁷

As críticas a essa definição são diversas. Em primeiro lugar é possível que os jurados possuam dúvidas razoáveis, mas não possam ou consigam expressá-las. Em segundo lugar, exigir que os jurados possuam razões para inocentar um acusado seria equivocada, violando a sistemática processual penal, na qual o ônus da prova incumbe tão somente ao acusador.³⁰⁸

Por fim, argumenta ainda Larry Laudan que os óbices acima apresentados são no mínimo contraditórios, uma vez que o sistema processual penal americano exige, para a condenação criminal do acusado, votação unânime pelos jurados. Desta forma, como será possível que algum jurado diga que não está convencido da culpa do acusado sem apontar as suas razões para tanto.³⁰⁹

A quinta e última definição do standard da prova além da dúvida razoável a relaciona ao parâmetro da alta probabilidade, em sua perspectiva numérica.³¹⁰ Assim, conforme analisado no capítulo anterior (item 2.6.3.2), o standard estaria satisfeito quando

³⁰⁶ LAUDAN, 2008a, p. 39.

³⁰⁷ LAUDAN, 2008a, p. 41. O autor cita, a título de exemplo, que na decisão *US vs. Davis* proferida pelo Segundo Circuito Federal indica que a instrução dos jurados quanto a definição de dúvida razoável como aquela sobre a qual é possível apresentar alguma razão coloca sobre eles uma espécie de pressão psicológica. “intimidate a juror by suggesting that he may be called upon to explain his doubts , although it surely does not require him to justify them.” Em sentido contrário, a Suprema Corte do Estado de Wisconsin, no julgamento *Butler vs. State*, adotou o entendimento de que uma dúvida razoável é uma dúvida que possa ser dada razão a partir das provas dos autos. LAUDAN, 2008a, p. 43. “An instruction in a criminal case that reasonable doubt is a doubt for which reason can be given based on the evidence in the case, is correct. (...) A doubt cannot be reasonable unless a reason therefor exists, and, if such reason exists, it can be given.”

³⁰⁸ LAUDAN, 2008a, p. 41-42.

³⁰⁹ LAUDAN, 2008a, p. 43.

³¹⁰ LAUDAN, 2008a, p. 44.

presente no julgador uma probabilidade entre noventa e noventa e cinco por cento a respeito da culpabilidade do acusado.

Contudo, pelas razões já expostas naquela oportunidade, essa é uma definição que não deve ser aceita na prática em razão dos problemas envolvendo as probabilidades iniciais, a própria dificuldade do ser humano em lidar com números e estatísticas complexas e a impossibilidade da sua definição por meio de porcentagens específicas, apenas gerando um maior interesse doutrinário.

Analisadas as cinco principais definições a respeito da prova além da dúvida razoável, pode-se concluir, sem grande esforço, a existência de uma enorme controvérsia ao seu respeito, com a adoção das diferentes definições por diferentes cortes americanas.

De toda forma, para o que interessa, pode-se fixar a premissa de que o que distingue uma dúvida razoável de uma dúvida considerada não razoável são os elementos de prova produzidos no processo.

3.1.3.1. O PROBLEMA DA COMPREENSÃO DO SEU SIGNIFICADO COMO UM CONCEITO AUTO-EVIDENTE

No tópico anterior tratou-se da questão da exigência da instrução dos jurados americanos à respeito do significado do standard da prova além da dúvida razoável. Nesse sentido, foi dito que o standard pode apresentar pelo menos cinco diferentes significados.

Agora, caminhando para uma outra direção, um pouco mais radical, pode-se destacar uma posição que vem sendo adotada por alguns tribunais norte americanos, que vem defendendo que não se deve apresentar aos jurados nenhuma definição a respeito do significado do standard da prova além da dúvida razoável, pois seria ele um conceito auto-evidente, e portanto prejudicial aos jurados a instrução de algum eventual significado.³¹¹

³¹¹ PICINALI, 2010, p. 68.

Segundo aponta Larry Laudan, pode-se destacar que atualmente ao menos dez estados norte americanos seguem essa orientação, proibindo a instrução dos jurados a respeito do significado de dúvida razoável.

É o que ocorre, por exemplo, nas Cortes de Apelação dos Estados Texas, Wyoming, Illinois, Mississipe³¹², Oklahoma³¹³ e Louisiana³¹⁴, bem como nas Cortes Federais do Quarto, Quinto e Sétimo circuitos³¹⁵. A título de exemplo, o julgamento *Us vs. Glass*, proferido no Sétimo Circuito Federal:

Dúvida razoável deve falar por si mesma. Os jurados sabem o que é razoável e estão bastante familiarizados com o significado da dúvida. Juízes e advogados tentam injetar outras frases amorfas no padrão de dúvida razoável, como “assunto da mais alta importância”, apenas turva a água. ... É, portanto, inapropriado que os juízes dêem uma instrução definindo dúvida razoável, e é igualmente inapropriado que o advogado de julgamento forneça a sua própria definição.³¹⁶

Contudo, tal posição merece críticas. Isso porque é preciso recordar a razão original do surgimento e desenvolvimento do standard de prova criminal, que era originalmente proteger os jurados da condenação de suas almas ao inferno, e posteriormente, proteger os réus de possíveis condenações injustas.

Assim, afirmar que o standard da prova além da dúvida razoável é auto-evidente, e, portanto, que é proibida a instrução aos jurados da sua definição, leva a uma desnecessária dificuldade nos julgamentos ante a inconclusão do grau de suficiência probatória exigida e conseqüente rebaixamento do referido standard.

Isso porque segundo explica Federico Picinali, tomando por fundamento algumas pesquisas empíricas realizadas, em todos os casos em que não foram os jurados instruídos com o significado do standard da prova além da dúvida razoável, o

³¹² PICINALI, 2010, p. 80.

³¹³ LAUDAN, 2008a, p. 47.

³¹⁴ ANDRADE, 2022, p. 174.

³¹⁵ PICINALI, 2010, p. 68.

³¹⁶ LAUDAN, 2008a, p. 48. “Reasonable doubt” must speak for itself. Jurors know what is “reasonable” and are quite familiar with the meaning of “doubt”. Judges’ and lawyers’ attempts to inject other amorphous catch-phrases into the “reasonable doubt” standard, such as “matter of the highest importance,” only muddy the water. ... It is, therefore, inappropriate for judges to give an instruction defining “reasonable doubt,” and it is equally inappropriate for trial counsel to provide their own definition.”

resultado obtido foi desafiador, demonstrando assim a necessária definição do standard aplicável no momento da instrução dos jurados.

Para tanto, um dos estudos citados pelo autor comparou as reações dos jurados participantes de júris simulados após diferentes tipos de instruções dadas em relação aos standards de prova. Naquela oportunidade, existiu diferença nos limites apontados para a condenação entre as situações em que foram dadas instruções aos jurados contendo a definição do standard da prova além da dúvida razoável e naquelas situações em que a instrução não acompanhou a sua definição, o que comprova que a instrução acompanhada de definição pode ser um dispositivo adequado para a compreensão do standard por parte dos jurados.³¹⁷

Outro estudo citado envolveu um grupo de seiscentos e seis estudantes universitários, divididos em grupos de seis estudantes cada. Os participantes da pesquisa foram divididos em grupos, tendo um deles recebido rigorosas instruções quanto a definição do standard da prova além da dúvida razoável, enquanto outro recebeu instruções menos rígidas a respeito da sua definição, e um terceiro grupo recebeu instruções desacompanhadas de qualquer definição, sendo todos eles, ao final, questionados a respeito do percentual numérico de suficiência probatória exigida. A conclusão alcançada foi que a instrução acompanhada da correta definição do standard é mecanismo fundamental para o respeito da presunção de inocência.³¹⁸

Por fim, outro estudo citado envolveu juízes, estudantes de sociologia e cidadãos comuns, que foram questionados sobre os limites para a condenação de acusados por diferentes tipos de crimes. Nos grupos formados pelos estudantes de sociologia e cidadãos comuns houve uma variação do limite necessários para a condenação dos acusados, diferentemente do ocorrido no grupo formado por juízes. Tal conclusão, segundo o autor, demonstra a necessidade de uma instrução precisa dos jurados sobre a definição do conteúdo dos standards.³¹⁹

³¹⁷ PICINALI, 2010, p. 70.

³¹⁸ PICINALI, 2010, p. 70.

³¹⁹ PICINALI, 2010, p. 70-71.

Desta forma, a partir dos estudos antes destacados, bem como diversos outros existentes, pode-se afirmar, sem medo, que o standard da prova além da dúvida razoável não é um conceito auto-evidente, e que a sua não definição, por óbvio, mais confunde do que ajuda, dificultando os julgamentos ante a incerteza do grau de suficiência exigido naquele caso concreto.

3.1.3.2. DAS CRÍTICAS AO CONCEITO DE PROVA ALÉM DA DÚVIDA RAZOÁVEL FORMULADAS POR LARRY LAUDAN

Larry Laudan é atualmente, sem a menor dúvida, um dos mais influentes estudiosos do standard da prova além da dúvida razoável, com um considerável número de obras escritas a respeito do assunto, muitas delas criticando-o.

No presente tópico, ainda que de forma bastante resumida, apresentaremos as principais críticas desenvolvidas pelo autor.

Em primeiro lugar, afirma Laudan que a diversidade de significados existente sobre o conceito de prova além da dúvida razoável, sem que exista entre eles uma ideia comum, é um problema para a compreensão do seu significado, pois leva ao público em geral o entendimento de que não se pode definir o que seja prova além da dúvida razoável.³²⁰

Uma segunda ordem de críticas diz respeito à ligação dos significados existentes ao estado mental do julgador, o que se confirmaria a partir da utilização de expressões como firme convencimento, estar seguro, persuadido ou com a consciência satisfeita.³²¹

³²⁰ LAUDAN, 2008a, p. 47-50.

³²¹ No mesmo sentido MATIDA e VIERIA, 2019, p. 8-11. Para os autores, o referida standard apresenta uma carga de ambiguidade e vagueza tamanha que impossível a sua aplicação, na medida em que a prova será suficiente sempre que o juiz assim entender. “De fato, porém, o que há de mais grave com o BARD é que, em lugar de atuar como um critério que explique racionalmente quando se pode dizer que o patamar de prova para uma condenação criminal foi atingido, esse standard gera uma espécie de tautologia insuperável, no sentido de que a prova será suficiente toda vez que o juiz ou tribunal disser que ela é suficiente.”

Nesse sentido, como deixa claro em sua posição a respeito da não subjetividade definitiva do referido standard, com a qual concordamos, afirma o autor que

(...) A pergunta principal não é se a acusação convenceu os membros do júri, individual ou coletivamente. A questão é se as provas que viram e escutaram deveriam ser convincentes quanto ao nível de suporte que oferecem à hipótese, apresentada pela acusação, de que o acusado é culpado.

O ponto chave é que a pergunta “em que medida a prova dá suporte à teoria de que o acusado é culpado?” é uma questão objetiva sobre relações lógicas entre eventos, e não mera ou primariamente uma pergunta sobre o estado subjetivo da mente dos jurados. No julgamento, não se deveria tratar – como questão de fato contingente – se todos os doze membros do júri estão completamente convencidos da culpabilidade do acusado. Em vez disso, deveria ser perguntado: “estas provas dão suporte de maneira sólida à teoria de que o acusado é culpado?” Formulada de outro modo: “uma pessoa racional e séria pensaria que estas provas sustentam uma argumentação convincente a respeito da culpabilidade do acusado?” Para que os jurados possam responder a essas perguntas, é de pouco ou nula atividade dizer-lhes que a têm que estar firmemente convencidos ou que têm que ter uma convicção perdurável sobre a culpabilidade. Antes disso, eles têm que poder dizer precisamente a si mesmos, e aos demais, porque a prova disponível conduz ou não inequivocamente à culpabilidade do acusado. Para isso, requer-se que tomem toda uma série de decisões sobre se as provas sustentam, com o grau exigido, cada afirmação chave da teoria da acusação.³²²

Por fim, uma última crítica apresentada por Laudan merece algum tipo de reflexão. Segundo questiona o autor, faria ainda algum sentido, nos dias de hoje, adotar exclusivamente o standard da prova além da dúvida razoável para todas as sentenças criminais? A resposta do autor é negativa, e fundamentada historicamente.³²³

³²² LAUDAN, 2008a, p. 53-54. “ (...) The principal question is not whether the jurors, individually and collectively, are convinced by the prosecution. The issue is whether the evidence they have seen and heard should be convincing in terms of the level of support it offers to the prosecution’s hypothesis that the defendant is guilty.

The key point is that the question, “How strongly does the evidence support the theory of guilty?” is a question about relations between (statements describing) events, not merely or primarily a question about the subjective state of the jurors’ minds. The issue at trial should not be whether, as a contingent matter of fact, the twelve jurors are all fully convinced of the guilt of the accused. Instead, it should be, “Does this evidence strongly support the theory that the defendant is guilty?” Putting it differently, “Would a rational and sober-minded person, confronted with this evidence, find that it made a compelling case for guilt?” Better still: “Is it remotely likely that an innocent person would have an evidence profile that looked like the one presented at trial?” For jurors to be able to answer such questions, it is of little or no avail to tell them that they must be firmly convinced or have an abiding conviction of guilt. Rather, they must be able to say to themselves and to one another precisely why the evidence at hand does or does not point unambiguously to the guilt of the accused. Doing so requires them to make a whole series of decisions about whether the evidence supports each key claim of the prosecution’s theory to the requisite degree.”

³²³ LAUDAN, 2008a, p. 54-57.

Em sua exposição, afirma o autor que quando primeiro surgiu e se desenvolveu o standard da prova além da dúvida razoável, todo e qualquer crime era punido com a pena de morte. Logo a aplicação única do referido standard a todo o direito penal fazia total sentido.

Ocorre que com a evolução social a pena de morte passou a não ser mais a única aplicável aos crimes praticados, passando a variar conforme o tipo penal e sua gravidade.

E tal evolução, segundo o autor, levou ao questionamento supra, da correção da aplicabilidade de um standard penal único a todos os tipos de crime, independentemente da sua gravidade, o que entende ele não é o mais correto.

3.2. PREPONDERÂNCIA DA PROVA: O STANDARD PROBATÓRIO ADOTADO NAS SENTENÇAS CIVEIS³²⁴

O standard da preponderância da prova situa-se na extremidade anterior daquele da prova além da dúvida razoável, como o seu gêmeo contrastante³²⁵, sendo aplicado a todos os processos cíveis meramente patrimoniais e questões deles decorrentes no qual estejam litigando entre si pessoas privadas.

A justificativa para o desenvolvimento deste standard de prova menos exigente, conforme a seguir será abordado, se encontra na necessidade de proporcionar uma divisão igualitária entre as partes dos custos de erro no processo, pois tratando de questões meramente patrimoniais, não se mostra justificável a proteção de nenhum interesse específico de nenhuma das partes, como ocorre, por exemplo, com a prova além da dúvida razoável.

Quer isso significar, na prática, que a procedência ou improcedência da demanda proposta está diretamente relacionada ao conjunto probatório produzido. Assim, caso

³²⁴ Segundo aponta PONZONI, 2020, p. 90, pode o referido standard receber outras denominações. Os Estados Unidos, por exemplo, além da denominação preponderância de provas, adota também a expressão preponderância de probabilidades. A Inglaterra, ao contrário, adota a expressão balanço de probabilidades.

³²⁵ LEUBSDORF, John. The surprising history of the preponderance standard of civil proof. **Florida Law Review**. V. 67, 2016, p. 1570.

as provas produzidas pelo autor corroborem de forma preponderante à sua narrativa dos fatos, deve a ação ser julgada procedente. Por consequência, caso assim não seja, ou caso a defesa apresentada pelo réu prepondere sobre a narrativa autoral, o processo deverá necessariamente ser julgado improcedente.

Posto o acima exposto em termos numéricos, equivaleria o standard da preponderância de provas a uma probabilidade de 50%.³²⁶

Nos tópicos a seguir serão abordados dois aspectos importantes para a compreensão do presente standard probatório. Em primeiro lugar será feita uma pequena retrospectiva histórica a respeito da origem do standard da preponderância da prova, em seguida sendo analisadas as possíveis compreensões apontadas pela doutrina a respeito do seu significado.

3.2.1. A ORIGEM DO STANDARD PROBATÓRIO CÍVEL DA PREPONDERÂNCIA DE PROVAS

A origem do standard da preponderância de provas se encontra muito provavelmente no final do século XVIII, paralela ou imediatamente após o surgimento e desenvolvimento do standard da prova além da dúvida razoável.

A doutrina não sabe afirmar, com precisão, se a inexistência de um standard cível aquele tempo, e conseqüentemente o seu desenvolvimento tardio, decorreu simplesmente da sua desnecessidade à época ou da existência de algum outro standard que era aplicado em seu lugar, similar ao da íntima convicção, quando à parte que detinha o ônus da prova deveria convencer o júri da correção dos fatos por ela arguidos.³²⁷

O certo é que, e nisso concorda a doutrina, a razão do seu surgimento tem raízes práticas. Isso porque com o surgimento e desenvolvimento de um standard criminal, fez-se necessária, para fins comparativos e definitórios, o desenvolvimento de um standard cível, já que uma das formas de definir a prova além da dúvida razoável era

³²⁶ PARDO, 2013, p. 111.

³²⁷ LEUBSDORF, 2016, p. 1585-1586.

justamente contrapondo-a a preponderância de provas. Em complemento, pode-se ainda apontar que algumas das razões adotadas para justificar o surgimento e desenvolvimento da prova além da dúvida razoável são também aplicáveis ao standard da preponderância de provas. Por fim, uma terceira justificativa para o seu desenvolvimento foi a necessidade de distinguir entre casos cíveis e criminais, e conseqüentemente conferir uma maior proteção aos réus desses últimos tipos de processo.³²⁸

Nesse sentido, a primeira publicação do qual constou o standard da preponderância de provas foi a obra de Edward Wynne no ano de 1768³²⁹, seguida das obras de Richard Wooddson no ano de 1777³³⁰, um julgamento realizado no estado do Delaware no ano de 1801³³¹ e na obra de William David Evans no ano de 1806.³³²

A partir destas primeiras menções, o standard da preponderância de provas evoluiu e passou a receber atenção doutrinária, passando a figurar nas instruções dos júris cíveis.

3.2.2. DAS POSSIBILIDADES DE COMPREENSÃO DO SEU SIGNIFICADO

No tópico anterior foi abordado todo o processo evolutivo do standard da preponderância de provas, desde o seu surgimento até o modelo de instrução dos júris cíveis a respeito do seu significado.

³²⁸ LEUBSDORF, 2016, 1601-1603.

³²⁹ LEUBSDORF, 2016, p. 1583. “Wherever a verdict is given, the Plaintiff at least must give evidence to maintain his Declaration: where evidence is produced on both sides, the verdict is given for the Plaintiff or Defendant, according to the superior weight of evidence.” »» “Onde quer que um veredicto seja proferido, o Autor deve, pelo menos, apresentar provas para manter a sua Declaração: quando são produzidas provas de ambas as partes, o veredicto é dado ao Autor ou ao Réu, de acordo com o peso da prova superior.”

³³⁰ LEUBSDORF, 2016, p. 1583. “in causes concerning civil rights and property, that side must prevail, in favor of wich probability preponderates” »» “nas causas relativas aos direitos civis e à propriedade, esse lado deve prevalecer, em favor do qual a probabilidade prepondera.”

³³¹ LEUBSDORF, 2016, p. 1583. “presumptive evidence, where there is a concurrence of circumstances convincing the jury, is sufficient. In civil cases a preponderance os evidence is sufficient for you to convict; in criminal, you should have proof.” »» “prova presuntiva, onde há uma concorrência de circunstâncias convencendo o júri, é suficiente. Nos casos cíveis basta a preponderância de provas para que você condene; em criminal, você deve ter provas.”

³³² Registre-se que o próprio autor admite aparições anteriores do standard da preponderância de provas em decisões proferidas na Inglaterra por volta do ano de 1740. Contudo, nessa referência, o standard não possuía a concepção atual de norteamerica da atuação/decisão do júri, mas ao contrário, a sua concepção estava relacionada aos requisitos exigidos para a obtenção de um novo júri. Para um maior aprofundamento, LEUBSDORF, 2016, p. 1599-1601.

O problema, contudo, é complexo. Segundo já apontou James Brook, o standard da preponderância de provas é aquele cujo significado é menos compreendido por parte dos jurados, ou cujo significado é mais difícil para os juízes explicar.³³³

Nesse sentido, ao longo do tempo foram desenvolvidos pelo menos quatro modelos definitórios do seu conteúdo, todos com o objetivo de alguma forma instruir os jurados a respeito do seu conteúdo: maior peso da evidência (*greater weight of the evidence*), mais provável do que não (*more likely than not*), crença real (*actual belief*) e equilíbrio de probabilidades (*balance of probabilities*).³³⁴

No primeiro modelo apresentado, do maior peso da evidência, não é apresentado aos jurados nenhuma definição quanto ao significado de preponderância de provas, apenas informando-os que esse é o standard que deve ser aplicado ao caso. Quando muito, e apenas com o fim de ajudar na sua definição, podem ser apresentadas algumas expressões sinônimas, como “o maior peso de todas as provas”, ou utilizadas analogias explicativas, como a figura da balança, no qual são postas em lados separados as provas favoráveis e contrárias, sendo necessário para que o autor seja vencedor que a balança penda para o seu lado.³³⁵

O segundo modelo, do mais provável do que não, é também o mais citado, tendo sido consagrado no ano de 1947, no caso *Miller vs. Minister of Pensions*.³³⁶ Este modelo é adotado atualmente nos estados da Califórnia, Michigan, Arizona, Nova Jersey e Texas. A sua definição, segundo o modelo de instrução do júri aplicado na Califórnia, é que a parte deve convencer os jurados, a partir das provas apresentadas, de que os fatos alegados são mais prováveis de serem verdadeiros do que não.³³⁷

³³³ BROOK, James. Inevitable errors: the preponderance of the evidence standard in civil litigation. *Tulsa Law Journal*. Vol. 18, 2013, p. 80.

³³⁴ LEUBSDORF, 2016, p. 1572. Segundo aponta o autor, os três primeiros modelos são adotados no sistema judiciário americano, enquanto que o quarto modelo foi recepcionado na Inglaterra e Canadá.

³³⁵ LEUBSDORF, 2016, p. 1572.

³³⁶ PONZONI, 2020, p. 91.

³³⁷ LEUBSDORF, 2016, p. 1573. “A party must persuade you, by the evidence presented in court, that what he or she is required to prove is more likely to be true than not.”

O terceiro modelo adotado é o da crença real, ainda adotado nos estados de Ohio e Kentucky. Por meio desse modelo, o jurado deve acreditar nas provas produzidas pelas partes para considerá-las.³³⁸

O último modelo possível é o do equilíbrio de probabilidades, no qual as partes devem ser capazes de provar que a sua versão dos fatos é mais provavelmente verdadeira do que não.

3.3. PROVA CLARA E CONVINCENTE: O STANDARD PROBATÓRIO ADOTADO NAS SENTENÇAS CIVEIS DE NATUREZA NÃO PATRIMONIAL³³⁹

O standard da prova clara e convincente é aquele intermediário entre o standard criminal da prova além da dúvida razoável e o standard cível da preponderância de provas, sendo aplicado aos processos de natureza civil com efeitos não meramente patrimoniais.

A aplicação desse standard, justamente pela natureza do direito não meramente patrimonial envolvido, justifica a exigência de um grau de confirmação das hipóteses de fato particularmente mais alto que aquele exigido na simples preponderância de provas, mas inferior àquele exigido na prova além da dúvida razoável.

Quer isso significar, em outras palavras, que para a procedência da hipótese autoral é exigido que os fatos por ela alegado sejam “muito mais prováveis do que não” (*much more likely than not*) ou “altamente prováveis” (*high probable*).

³³⁸ LEUBSDORF, 2016, p. 1574.

³³⁹ Segundo aponta CLERMONT, 2013b, p. 14, a denominação prova clara e convincente não é a única adotada para definir o standard intermediário, existindo expressões sinônimas. Neste sentido, pode-se encontrar as expressões “clara, plausível e convincente” (*clear, cogent and convincing*), “clara, satisfatória e convincente” (*clear, satisfactory and convincing*), “clara, precisa e indubitável” (*clear, precise and indubitable*) e “convincente além da controvérsia razoável” (*convincing beyond reasonable controversy*). PEIXOTO, 2021, p. 171 elenca ainda outras expressões sinônimas a prova clara e convincente. Dentre elas, por exemplo, “por prova clara e convincente” (*by clear and convincing evidence*) e “clara, inequívoca, satisfatória e convincente” (*clear, unequivocal, satisfactory and convincing*).

A definição do standard da prova clara e convincente acima apresentada é adotada na lei do Havai, conforme se observa em julgado daquele estado no qual se aplicou o referido standard.

Sob a lei do Havai, prova clara e convincente é definida como um standard intermediário de prova maior do que a preponderância de provas, porém menor que a prova além da dúvida razoável exigida em casos criminais. Esta norma exige aquele grau de prova que produzirá na mente do julgador do fato uma firme crença ou convicção quanto às alegações que se pretende estabelecer e exige que a existência de um fato seja altamente provável.³⁴⁰

Equivaleria, portanto, se adotada uma concepção numérica do grau de probabilidade exigido para a confirmação da hipótese de fato, ao percentual igual ou superior a 75%.³⁴¹

Como antes afirmado, o standard da prova clara é convincente é aquele aplicado aos casos cíveis de efeitos não meramente patrimoniais. São exemplos de sua aplicação nas cortes norte americanas aqueles processos envolvendo questões de desnaturalização (*Nishikawa vs. Dulles*), extinção do pátrio poder (*Santosky vs. Kramer*), deportação (*Woodby vs. Immigration and Naturalisation Service*), reconhecimento de paternidade (*Brown vs. Edwards Transfer Co*), difamação (*Casso vs. Brand*), internação compulsória (*Addington vs. Texas*)³⁴², desligamento de aparelhos hospitalares que mantenham determinada pessoa viva (*Cruzan vs. Director, Missouri Dept. of Helth*), disputas entre estados envolvendo direitos sobre águas (*Colorado vs. New Mexico*)³⁴³ e fraudes de seguro (*Collins Sec. Corp. vs. SEC*)³⁴⁴.

Em todos os exemplos acima destacados um ponto existe em comum. A decisão final a ser proferida em todos eles é absolutamente irreversível (por exemplo o desligamento de aparelhos hospitalares que mantém o paciente vivo) ou extremamente custosa à parte (deportação ou desnaturalização de uma pessoa que

³⁴⁰ CLERMONT, 2013b, p. 24. “Under Hawai’I law, “clear and convincing” evidence is “defined as an intermediate standard of proof greater than a preponderance of the evidence, but less than proof beyond a reasonable doubt required in criminal cases.” This standard requires “that degree of proof wich will produce in the mid of the trier of fact a firm belief or conviction as to the allegations sought to be established, and requires the existence of a fact be highly probable.”

³⁴¹ PARDO, 2013, p. 111.

³⁴² RAGAVAN, Shamini K. An intermediate standard of proof in serious civil cases in England and Wales. **Northern Ireland Legal Quarterly**. Vol. 65, 2014, p. 94.

³⁴³ PEIXOTO, 2021, p. 173-175.

³⁴⁴ WALSH, 2018, p. 571.

reside a anos no país, e já não possui mais nenhum laço com o seu país de nascimento ou possibilidade de perda do pátrio poder), sendo, portanto, absolutamente justificada a exigência de um standard de prova mais exigente.

3.3.1. A ORIGEM DO STANDARD PROBATÓRIO DA PROVA CLARA E CONVINCENTE

A origem do standard da prova clara e convincente é sobretudo prática. Conforme tratados nos tópicos anteriores, foram desenvolvidos dois standards diversos, localizados nos extremos de uma régua imaginária, um aplicável aos processos de natureza criminal e outro aplicável aos processos de natureza civil.

Ocorre que aparentemente essa divisão não era capaz de tratar de forma igualitária toda a gama de processos de natureza civil, uma vez que entre eles existem aqueles com consequências mais gravosas e aqueles com consequências menos gravosas.

Quanto aos processos de natureza civil menos graves, de natureza meramente patrimonial, aplicava-se indiscutivelmente o standard da preponderância de provas. Contudo naqueles cuja solução importava em consequências mais graves em decorrência da sua irreversibilidade ou custo extremo imposto a parte, por uma questão de proporcionalidade, exige-se um grau de suficiência probatório mais alto, inexistente aquele tempo, razão pela qual se adotava, de forma analógica, o standard da prova além da dúvida razoável.³⁴⁵

Contudo, essa não era a melhor solução. Por essa razão, ainda de forma esporádica, começaram a ser proferidas decisões judiciais nas quais se adotava um standard intermediário, diverso daqueles da preponderância de provas ou da prova além da dúvida razoável.

Nesse sentido, as primeiras menções ao standard da prova clara e convincente, ainda que esporádicas, surgem no julgamento do caso *Perry vs Pearson*, realizado no ano de 1839, no qual se adotou como standard a “prova completa, clara e inequívoca” (*full*,

³⁴⁵ RAGAVAN, 2014, p. 84.

clear and unequivocal evidence). A seguir, no caso *Bailey vs. Bailey*, julgado no ano de 1847, o standard adotado foi o da “prova clara, certa e satisfatória” (*clear, certain and satisfactory evidence*). Nos casos *Davidson vs. Greer* e *Rogers vs. Smith*, julgados respectivamente nos anos de 1855 e 1898, o standard aplicado foi o da “prova clara e convincente” (*clear and convincing evidence*) e da “prova clara, exata e satisfatória” (*clear, exact and satisfactory evidence*). Já nos casos *Jones vs. Jones* e *Whitaker vs. Moore*, julgados em 1925 e 1938, o standard aplicado foi da “prova clara, convincente e satisfatória” (*clear, convincing and satisfactory evidence*) e da “prova clara, cogente e convincente” (*clear, cogent and convincing evidence*).³⁴⁶

A partir de então o standard da prova clara e convincente passou a ser gradualmente estabelecido nos Estados Unidos, que hoje o adotam sem qualquer restrição.

3.4. OS STANDARDS DE PROVA NO DIREITO BRASILEIRO

Tratou-se nos tópicos anteriores da problemática dos standards de prova a partir da realidade do sistema jurídico norte americano. Cumpre agora, para o que interessa, proceder a sua investigação dentro do contexto jurídico brasileiro.

Para tanto, fixaremos desde já a premissa de que neste trabalho serão analisados apenas os standards probatórios adotados no julgamento das sentenças de mérito, aptos a determinar a procedência ou improcedência do pedido inicial.³⁴⁷

3.4.1. O ESTADO DA ARTE: OS STANDARDS DE PROVA NA LEGISLAÇÃO, DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

O tema dos standards probatórios é considerado um tema ainda relativamente novo na realidade jurídica brasileira, restando positivado apenas no ano de 2002 (Decreto Legislativo nº 112/2002, que aprovou o Estatuto de Roma que criou o Tribunal Penal Internacional e Decreto Presidencial nº 4.388/2002 que promulgou e ratificou o

³⁴⁶ PONZONI, 2020, p. 98.

³⁴⁷ Para um estudo dos standards de prova aplicáveis em diferentes momentos processuais ver, por exemplo, PONZONI, 2020, p. 139-147, PEIXOTO, 2022, p. 294-320 e ANDRADE, 2022, p. 201-249.

Tribunal Penal Internacional), quando passou a ser exigido para os casos de condenação criminal o standard probatório adotado naquele tribunal.³⁴⁸

Quer isso significar, em outras palavras, que a partir da promulgação do decreto presidencial que recepcionou no direito brasileiro a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, para que seja proferida sentença penal condenatória, deve o tribunal estar convencido da culpa do acusado além de qualquer dúvida razoável.

No âmbito cível, ao contrário, inexistente qualquer previsão legislativa no sentido da adoção expressa de algum standard de prova para as sentenças de mérito, prevendo a legislação, no máximo, o sistema de valoração probatória que deve o juiz adotar na avaliação do conjunto probatório produzido, restando a questão dos standards implícita.³⁴⁹

A consequência direta dessa novidade, bem como da omissão legislativa quanto ao seu tratamento, reflete-se diretamente na doutrina, na medida em que existia até pouquíssimo tempo uma limitada bibliografia produzida no país sobre o assunto, em especial se comparado a outras matérias já mais consolidadas.

A situação apenas começou a mudar, segundo aponta Christian Ponzoni, a aproximadamente dez anos, a partir dos estudos desenvolvidos pelos Professores Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Danilo Knijnik na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, quando o tema passou a despertar o interesse dos estudiosos do direito, ganhando uma maior relevância (quantitativa e qualitativa) na produção acadêmica desenvolvida.³⁵⁰

³⁴⁸ ANDRADE, 2022, p. 260.

³⁴⁹ PONZONI, 2020, p. 125.

³⁵⁰ Registre-se que até o ano de 2020, quando foi publicada a versão comercial de sua dissertação de mestrado, existiam, segundo aponta PONZONI, 2020, p. 109-113, ao menos 28 trabalhos acadêmicos sobre o assunto: 1) KNIJNIK, Danilo. Os standards de convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 353, 2001; KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007; 3) BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Standards probatórios. In: KNIJNIK, Danilo. **Prova judiciária**: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 153-170; 4) FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009; 5) CARPES, Artur. Direito fundamental ao processo justo: notas sobre os modelos de constatação nas decisões liminares. In: ARMELIN, Donald. **Tutela cautelar e tutelas de urgência**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 176-189; 7) CARPES, Artur. O direito fundamental ao processo justo: notas sobre o modelo de constatação nas ações de improbidade administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo

José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. **Improbidade administrativa**: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2013, p. 44-60; 8) COSTA, Guilherme Recena. Livre convencimento e standards de prova. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. **40 anos da teoria geral do processo no Brasil**: passado, presente e futuro. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 356-380; 9) RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 224, 2013; 10) RAMOS, Vitor de Paula. As duas faces do erro da decisão sobre os fatos no processo penal, ou quantos culpados absolvidos valem um inocente condenado. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; KIRCHER, Luís Felipe Schneider. **Altos estudos sobre a prova no processo penal**. Salvador: JusPodvim, 2020, p. 752-773; 11) MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção. de acordo com o CPC de 2015. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015; 12) CARPES, Artur. **Ônus da prova no novo CPC**: do estático ao dinâmico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017; 13) CARPES, Artur. **A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.; 14) ÁVILA, Humberto. Teoria da Prova: Standards de prova e critérios de solidez da inferência probatória. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 282, 2018; 15) FORSTER, João Paulo Kulcynski; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; COSTANZA, Grazielle Silva. Direito humano à prova e os standards probatórios nos processos penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 27, 2019; 16) REICHELTL, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; 17) ROSITO, Francisco. A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 157, 2008; 18) RUBIN, Fernando. Teoria geral da prova: do conceito de prova aos modelos de constatação da verdade. **Revista Dialética de Direito Processual - RDDP**. São Paulo, v. 118, 2013; 19) SCARPARO, Eduardo. Inferência para melhor explicação (IME) e persuasão racional: ferramentas e critérios de adequada valoração probatória. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 300, 2020; 20) TRENTO, Simone. Os standards e o ônus da prova: suas relações e causas de variação. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 226, 2013; 21) TRENTO, Simone. **Standards de prova e ônus da prova**: efetividade da tutela jurisdicional em matéria probatória. Saabrucken: Novas edições acadêmicas, 2015; 22) MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova “para além de toda a dúvida razoável” no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 156, 2019; 23) BADARÓ, Gustavo Henrique. Editorial dossiê ‘Prova Penal’: fundamentos epistemológicos e jurídicos. **Revista brasileira de direito processual penal**. Porto Alegre, v. 04, 2018; 24) MARANHÃO, Clayton. Standards de prova no processo civil brasileiro. **Revista Judiciária do Paraná**. Curitiba, v. 14, 2019; 25) ALI, Anwar Mohamad. Meios para a superação da prova diabólica: da distribuição dinâmica do ônus da prova aos standards probatórios. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 424, 2016; 26) LUCCHESI, Guilherme Brenner. O necessário desenvolvimento dos standards probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, v. 27, 2019; 27) NICOLITT, André Luiz; BARILLI, Raphael. Standards de prova no direito: debate sobre a súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 302, 2018; 28) GAGNO, Luciano Picoli. O rigor probatório cível e sua incompatibilidade com o direito fundamental de acesso à justiça e a teoria dos modelos de constatação. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 38, n. 226, 2013. Esse levantamento era, contudo, eminentemente exemplificativo, sem pretensão de esgotamento dos materiais existentes. Fato é que atualmente o tema continua em franco desenvolvimento, com novos artigos e livros sendo publicados. A título de exemplo: 1) PONZONI, Christian. **Standards de prova no processo civil**. Londrina: Thoth, 2020; 2) PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Salvador: Editora JusPodvim, 2021; 3) ZOTTIS, Rafael. **Standards de prova e dúvida razoável no processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022; 4) ANDRADE, Flávio da Silva. **Standards de prova no processo penal**: quanto de prova é necessário para definir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar e condenar?. Salvador: Editora JusPodvim, 2022; 5) CASTRO, Cássio Benvenuto de. **Standards de prova**: na perspectiva da tutela dos direitos. Londrina: Thoth, 2021; 6) NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas; MASCARENHAS, Fabiana Alves. Os standards probatórios como métrica da verdade: em busca de parâmetros objetivos para a racionalização das decisões sobre fatos. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**. Bogotá, n. 44, 2016; 7) FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê; SILVA, Evandro Ventruira. Entre a certeza e a ausência de dúvida razoável: contribuições para a adoção do standard probatório anglo-saxão no Brasil. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. Curitiba, v. 106, 2022, p. 62-79; 8) MASSENA, Caio Badaró. Prisão preventiva e standards de prova: propostas para o processo penal brasileiro. **Revista brasileira de direito processual penal**. V. 07, n. 03, p. 1631-1668, 2021.

Na jurisprudência a situação também não é diferente, sendo o tema tratado nos tribunais superiores ainda de forma tímida e bastante fragmentada³⁵¹, com menções isoladas e porque não dizer tardias a seu respeito.

Dito isso, aponta a doutrina que a primeira menção expressa a um standard de prova ocorreu no Supremo Tribunal Federal no ano de 1996, no julgamento do habeas corpus 73.338/RJ, quando em seu voto-vista, o Relator Ministro Celso de Mello, constou expressamente que no caso sob julgamento aplicava-se o standard da prova além da dúvida razoável.³⁵²

(...) Não podemos desconhecer que o processo penal, representando uma estrutura formal de cooperação, rege-se pelo princípio da contraposição dialética, que além de não admitir condenações judiciais baseadas em prova nenhuma, também não legitima e nem tolera decretos condenatórios apoiados em elementos de informação unilateralmente produzidos pelos órgãos de repressão penal. A condenação do réu pela prática de qualquer delito – até mesmo pela prática de uma simples contravenção penal – somente se justificará quando existentes, no processo, e sempre colhidos sob a égide do postulado constitucional do contraditório, elementos de convicção que, projetando-se beyond all reasonable doubt (além, portanto, de qualquer dúvida razoável) veiculem dados consistentes que possam legitimar a prolação de um decreto condenatório pelo Poder Judiciário.

Estas observações são feitas, Sr. Presidente, porque não consegui vislumbrar nos autos originais – que se acham apensados aos presentes, em virtude de expressa solicitação da douta Procuradoria-Geral da República – quaisquer elementos de convicção que, produzidos em juízo pelo Ministério Público sob a égide do postulado constitucional do contraditório, pudessem revelar aptidão e idoneidade essenciais à comprovação cabal, além de qualquer dúvida razoável, do requisito típico concernente a alegada menoridade das vítimas Erick e Vanderlei, requisito esse essencial à própria configuração jurídica do delito de corrupção de menores.³⁵³

A partir desta primeira menção, ainda que de forma tímida, o tema passou a ser gradativamente explorado nas decisões criminais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, foram nos julgamentos mais complexos e de maior interesse e repercussão midiática que o tema encontrou maior destaque³⁵⁴, como por exemplo no

³⁵¹ Justifica-se o corte metodológico para a exemplificação jurisprudencial dos standards de prova apenas para casos julgados pelos Tribunais Superiores em razão da sua função interpretativa e de unificação do direito, a partir do qual as razões das decisões por eles proferidas vinculantes. E mesmo quando assim não for, ou seja, quando não restarem preenchidos os requisitos necessários a vinculatividade da decisão, estas serão revestidas de uma carga persuasiva forte.

³⁵² Neste sentido, ver PONZONI, 2020, p. 113, ZOTTIS, 2022, p. 110-112 e ANDRADE, 2022, p. 262.

³⁵³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 73.338/RJ**. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgado em 13.08.1996. Publicação: DJ 19.12.1996. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 08.06.2022.

³⁵⁴ ZOTTIS, 2022, p. 112.

juízo da Ação Penal 470/MG, popularmente conhecida com “mensalão”, quando constou no voto de seis dos onze ministros da Suprema Corte.³⁵⁵

Em seu voto, o Relator Ministro Joaquim Barbosa desenvolveu um tópico específico para tratar da prova judicial e sua relação com os conceitos de certeza e verdade, estabelecendo as premissas necessárias para a justificação da adoção do standard probatório da prova além da dúvida razoável.

(...) Não obstante, nesse mesmo paradigma, não se pode negar que, observados o ônus da acusação de provar os fatos por ela alegados, e o direito da defesa de contraditá-los, o conjunto de múltiplos e sólidos indícios concordantes têm o condão de constituir prova adequada e necessária do ponto de vista da racionalidade empírica, e, nessa medida, convincente justificativa para um decreto condenatório.

O convencimento que, proveniente da prova, se mostra racionalmente seguro, para além da dúvida razoável, ostenta toda a certeza necessária à legitimação da sentença de condenação.

(...) Certamente, o conjunto probatório, quer formado por provas diretas ou indiretas, ou quer exclusivamente por provas diretas ou exclusivamente por provas indiretas, deve ser robusto o suficiente para alcançar o standard de prova próprio do processo penal, de que a responsabilidade criminal do acusado deve ser provada, na feliz fórmula anglo-saxã, acima de qualquer dúvida razoável.

(...) Então – e para que fique bem claro – considerar e valorar indícios, no sentido técnico de prova indireta, não representa qualquer transigência em relação à presunção de inocência, pois as provas indiretas devem ser robustas, convincentes, aptas a afastar qualquer dúvida razoável quanto à materialidade e à autoria de um delito.³⁵⁶

Já com relação aos standards probatórios cíveis o tempo para a sua análise foi menos generoso. Foi somente no ano de 2017, no julgamento do REsp 1.632.750/SP, que a Ministra Nancy Andrigh, abrindo divergência ao voto do Ministro Relator, tratou de forma expressa da questão envolvendo o standard de prova aplicável aos casos em que se discutia a respeito do descobrimento da identidade genética da parte, se o da preponderância de provas ou da prova clara e convincente.³⁵⁷

(...) Nesse contexto – de insuficiência probatória causada pela incorreta e prematura extinção do feito – não se poderia exigir do recorrente, desde logo, uma “prova clara e convincente”, para usar a feliz expressão referida por Michele Taruffo. O standard probatório aplicável, até mesmo diante da nítida dificuldade de comprovar uma fraude ocorrida há quase 25 (vinte e

³⁵⁵ PONZONI, 2020, p. 114.

³⁵⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Penal nº 470/MG**. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 17.12.2012. Publicação: DJ 19.04.2013. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 08.06.2022.

³⁵⁷ PONZONI, 2020, p. 119.

cinco) anos no âmbito de uma empresa privada que monopolizava os exames de DNA no Brasil naquele momento, é o da “preponderância da prova”, sendo crível e razoável, em princípio, a versão apresentada pelo recorrente, salvo se o contrário for apurado em regular e exauriente instrução.

(...) De outro lado, na definição sobre o standard probatório mais adequado à espécie – se o critério é de uma “prova clara e convincente” ou de uma “preponderância da prova” – para fins de afastar a coisa julgada material e reabrir a discussão acerca da identidade genética do recorrente, a postura e a participação do recorrido na atividade instrutória também devem ser examinadas e levadas em consideração.

(...) Em síntese, revela-se mais verossímil neste momento a versão de quem, na medida de suas possibilidades, contribuiu ativamente para o descobrimento da verdade e para a elucidação das questões de fato até aqui ocultas, apresentando os elementos de prova de que dispunha (...) ³⁵⁸

Uma vez observado o estado da arte dos standards de prova na legislação, doutrina e jurisprudência, é possível então antecipar já algumas conclusões. Em primeiro lugar, mostra-se evidente a gradual importância e interesse que o tema vem despertando nos estudiosos do direito (em particular do direito probatório). Também é possível afirmar, conforme visto linhas acima, a respeito da aplicabilidade da matéria ao direito brasileiro.

Contudo, antes de finalizar a retrospectiva a respeito do estado da arte no ordenamento jurídico brasileiro, um registro precisa ser feito, por essencial ao desenvolvimento da matéria.

Pois bem, os standards de prova, conforme observado, já são de certa forma uma realidade brasileira (legislativa, jurisprudencial e acadêmica). Contudo não pode a sua transposição ser feita de maneira acrítica, como bem pontuam Janaina Matida e Antonio Vieira, sob pena de funcionarem como um anti-standard, utilizado nas decisões judiciais como um mero reforço argumentativo na fundamentação da decisão.

Daí que o BARD, no contexto de um processo penal ainda regido por uma cultura e por um Código inquisitorial, acaba cumprindo função oposta daquela que seria desejável de um standard (ou seja, atua verdadeiramente como um anti-standard de prova, tal como só ocorrer no caso do *in dubio pro societate*), pois opera como uma espécie de gatilho retórico, que faz crer que a decisão e o raciocínio probatório nela empregados cumpriram as exigência

³⁵⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.632.750/SP**. Relator(a): Min. Moura Ribeiro. Julgado em 24.10.2017. Publicação: DJE 13.11.2017. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 08.06.2022.

de fundamentação e racionalidade, quando, em verdade, não se fez nada disso.³⁵⁹

Por isso é de extrema importância a atenção que a doutrina vem dando ao tema, a partir do desenvolvimento de pesquisas sérias e capazes de melhorar a sua compreensão, influenciando a sua aplicação prática pela jurisprudência.

3.4.2. OS STANDARDS DE PROVA EXIGIDOS NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO PARA A PROLAÇÃO DE SENTENÇAS NA AÇÕES CIVIS MERAMENTE PATRIMONIAIS, AÇÕES CIVIS ESPECIAIS E AÇÕES PENAIS

Conforme restou tratado no tópico anterior, os standards de prova já são uma realidade no direito brasileiro, ainda que não sejam expressamente previstos de forma geral (mas apenas no âmbito criminal, por meio da prova além da dúvida razoável), se encontrando cada vez mais presentes no dia a dia forense, seja constando na fundamentação de decisões judiciais ou no desenvolvimentos de novas pesquisas.

Dentro dessa perspectiva, portanto, coube a doutrina e jurisprudência o preenchimento do vazio deixado pelo legislador, estabelecendo as hipóteses de aplicação dos standards probatórios em espécie.

Dentro dessa função, de uma maneira geral, ainda que existam autores que defendam o desenvolvimento de uma classificação/denominação mais adequada³⁶⁰, acabou a

³⁵⁹ MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova “para além de toda a dúvida razoável” no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 156, 2019, p. 11.

³⁶⁰ Por exemplo, PEIXOTO, 2021, p. 215-320. Segundo o autor, os tradicionais standards de prova deveriam ser renomeados. Ao invés da utilização da expressão prova além da dúvida razoável, deveria ele ser apresentado como “elevadíssima probabilidade da hipótese fática acusatória e inexistência de suporte probatório para a hipótese fática de inocência do réu”. O standard da prova clara e convincente deveria ser compreendido como “exigência de alta probabilidade de confirmação probatória das proposições fáticas da parte autora”. Por fim o standard da preponderância das provas deveria ser denominado como “probabilidade da prova”. Mas não é só, o autor vai além, propondo ainda uma diferenciação interna ao standard probatório aplicável ao direito penal, não mais unívoco, mas sim variável entre altíssima probabilidade e alta probabilidade, conforme a pena máxima abstrata do tipo penal contido na denúncia ou queixa. Desta maneira, aos crimes com pena superior a quatro anos aplicável o standard da altíssima probabilidade (elevadíssima probabilidade da hipótese fática acusatória e inexistência de suporte probatório para a hipótese fática de inocência do réu), ao passo que os crimes com pena menor ou igual a quatro anos, e desde que não cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, o standard probatório aplicável seria o da alta probabilidade (exigência de alta probabilidade de confirmação probatória das proposições fáticas da parte autora). ÁVILA, 2018, p. 03 é outro que propõe uma classificação distinta quantitativamente. Para o autor os standadrds são

doutrina e jurisprudência por recepcionar no país a classificação tradicionalmente adotada nos Estados Unidos da América, já mencionada no capítulo anterior, que divide os standards probatórios exigidos para o julgamento do mérito entre o da preponderância da prova, da prova clara e convincente e da prova além da dúvida razoável.

A ideia é simples, e é sobre ela que trabalharemos. Para tanto retornaremos ao exemplo da régua, já apresentado no capítulo anterior, no qual em cada uma de suas extremidades se localizariam um dos standards de prova diametralmente opostos.

De um lado da régua teríamos o standard da preponderância de provas, aplicável tão somente as ações civis meramente patrimoniais, e do outro, na extremidade oposta, o da prova além de toda dúvida razoável, aplicável as hipóteses de sentenças penais condenatórias. Entre eles, como fiel da balança, se localizaria a prova clara e convincente, aplicável as ações civis especiais.

3.4.2.1. DAS SENTENÇAS PROFERIDAS NAS AÇÕES CIVIS MERAMENTE PATRIMONIAIS E O STANDARD DA PREPONDERÂNCIA DA PROVA

Aplica-se como regra geral para o processo civil tradicional, na qual a situação jurídica envolvida no processo, como regra, trata de obrigações de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia, discutindo assim direitos meramente patrimoniais, o standard da preponderância da prova.

Em processos dessa natureza, como os valores em discussão são equivalentes, não se mostra justificável a proteção específica de nenhum deles, existindo a necessidade de

divididos, conforme o risco de erro, em prova convincente ou de verossimilhança razoável, prova clara e convincente, prova acima de qualquer dúvida razoável e prova irrefutável. Outros autores ainda apresentam classificações distintas quanto ao standard probatório exigido para o julgamento de mérito, contudo propondo tal classificação apenas para o standard de prova penal. É o caso, por exemplo, de ANDRADE, 2022, p. 249-294, para quem o tradicional standard da prova além da dúvida razoável deveria ser substituído pelo standard da “prova que corrobora a hipótese incriminadora a partir do esclarecimento dos fatos de uma maneira coerente e íntegra, que retrate a responsabilidade penal do réu e exclua as hipóteses absolutórias ou alternativas formuladas pela defesa”, e BADARÓ, 2019, p. 253-260 propõe que o standard de prova exigido para condenação no processo penal deveria ser “há elementos de prova que confirmam, com elevadíssima probabilidade, todas as proposições fáticas que integram a imputação formulada pela acusação” ou “não há elementos de prova que tornem viável ter ocorrido fato concreto diverso de qualquer proposição fática que integre a imputação.”

que seja proporcionada uma divisão igualitária entre as partes dos custos de erro no processo.

Essa conclusão é perfeitamente desenhada por Humberto Ávila, ao propor metaforicamente a representação do standard da preponderância da prova a partir da figura de uma gangorra.

Os standards de prova descritos podem ser metaforicamente representados por uma gangorra. No caso do critério de prova “convincente ou de verossimilhança razoável”, no entanto, os dois lados da gangorra estão ombreados no mesmo nível. O que precisa ser decidido é qual dos lados apresenta uma hipótese mais plausível de ser verdadeira de acordo com as provas constantes dos autos.³⁶¹

Por isso, para que uma hipótese fática seja provada em relação a sua hipótese fática adversa, deve ser mais provável do que não que ela tenha ocorrido.

Ou seja, na prática, quando as provas produzidas pelo autor corroborarem de forma mais provável do que não, em comparação a hipótese de defesa, a sua narrativa a respeito dos fatos, deverá a ação ser necessariamente julgada procedente. Agora, caso os elementos de defesa apresentados pelo réu sejam mais prováveis do que aqueles apresentados pelo autor, deverá preponderar a sua versão, conseqüentemente sendo a ação julgada improcedente.

3.4.2.2. DAS SENTENÇAS PROFERIDAS NAS AÇÕES CIVIS ESPECIAIS E O STANDARD DA PROVA CLARA E CONVINCENTE

Dando continuidade e movendo um degrau para o lado na escala de gravidade das possíveis conseqüências da ação judicial, mas ainda figurando no campo das ações civis, chega-se ao standard intermediário da prova clara e convincente³⁶², cuja hipótese de aplicação são os processos civis não meramente patrimoniais.

³⁶¹ ÁVILA, 2018, p. 03.

³⁶² Cumpre registrar que existem autores que defendem uma mera dualidade na classificação dos standards probatórios, restrita entre o standard da preponderância de provas e da prova além da dúvida razoável. A justificativa reside na impossibilidade de diferenciação entre uma prova clara e convincente e uma prova além da dúvida razoável. Para uma investigação mais profunda, ver GAGNO, Luciano Picoli. O rigor excessivo no juízo probatório cível e sua incompatibilidade com o direito fundamental de acesso à justiça e a teoria dos modelos de constatação. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 226, 2013.

Em processos tais, nos quais as consequências são consideradas mais graves, mostra-se justificada a escolha pela proteção de um dos valores em discussão, o que leva à consequência, por óbvio, da exigência de um grau de confirmação mais alto da hipótese autoral apresentada, se comparado ao standard da preponderância da prova, para que seja atendido o objetivo institucional da diminuição dos erros.

Assim como no standard da preponderância da prova, essa divisão é apresentada na figura de uma gangorra, cujo lado encontra-se inclinado para baixo, em favor do réu do processo.

Os standards de prova descritos podem ser metaforicamente representados por uma gangorra. (...) No caso da prova “clara e convincente”, um dos lados da gangorra está bastante inclinado para baixo, em favor de quem pode sofrer uma sanção restritiva dos direitos fundamentais de liberdade e de propriedade. Cabe ao acusador o ônus de alterar essa posição inicial, mediante a produção de uma prova clara e convincente que corrobore a hipótese acusatória. À defesa do acusado incumbe a função de demonstrar que os meios de prova não são suficientemente robustos e qualificados para tanto.³⁶³

Ou seja, para que seja julgada procedente uma ação desse tipo, exige-se do autor que os fatos por ele alegados sejam muito mais prováveis do que não (ou altamente prováveis), se comparados aos fatos alegados pelo réu.

Por fim, é preciso que reste suficientemente claro que esse é um standard de prova do tipo residual, aplicável excepcionalmente a algumas ações civis consideradas especiais em razão das consequências mais gravosas às partes. São alguns exemplos, portanto, as ações de destituição de pátrio poder, interdição, investigação de paternidade, internação compulsória e ações ambientais³⁶⁴, sem o prejuízo de que outras ações tão graves quanto também os aplique.

As ações de improbidade administrativa, por sobre elas pairar divergência na doutrina quanto ao standard probatório aplicável em razão da sua natureza jurídica, com bem fundamentadas correntes defendendo tanto a aplicação do standard da prova clara e

³⁶³ ÁVILA, 2018, p. 03.

³⁶⁴ Nesse sentido, ver PONZONI, 2020, p. 131-139 e PEIXOTO, 2021, p. 259-289.

convincente quanto da prova além da dúvida razoável, reservaremos um capítulo próprio para o seu tratamento.

3.4.2.3. DAS SENTENÇAS PROFERIDAS NAS AÇÕES PENAIS E O STANDARD DA PROVA ALÉM DA DÚVIDA RAZOÁVEL

Por fim, chega-se à extremidade oposta da figura da régua, correspondente as ações penais, cujo standard probatório aplicável, em razão do custo dos erros para as partes de uma decisão equivocada, é o da prova além da dúvida razoável.³⁶⁵

Em ações desse tipo nos quais as consequências impostas ao acusado são extremamente gravosas, variando desde a sua prisão (consequência mais gravosa) até o custo social de uma condenação, a exigência do grau de confirmação acusatória deve ser altíssima (o mais próximo possível da certeza).

Tal relação, conforme demonstrado nos standards de prova anteriormente apresentados, foi compreendida à perfeição pelo Professor Humberto Ávila, que assim a representou.

Os standards de prova descritos podem ser metaforicamente representados por uma gangorra. No caso do critério de prova “acima de qualquer dúvida razoável”, um dos lados da gangorra está quase totalmente inclinado para baixo, em favor de quem pode receber uma sanção restritiva de liberdade física. Cabe ao acusador o ônus de inverter essa posição inicial, mediante a eliminação de qualquer dúvida a respeito da autoria. À defesa do acusado compete a função de apresentar questionamentos suficientes para demonstrar que o acusador não se desincumbiu adequadamente de seu ônus. Daí se dizer que o ônus é assimétrico nesses casos.³⁶⁶

Ou seja, para que seja procedente o julgamento de eventual ação penal proposta, cabe ao acusador, além de qualquer dúvida razoável, a comprovação da sua alegação fática, sob pena, se assim não o fizer, de ser a mesma julgada improcedente, com a consequente absolvição do acusado.

³⁶⁵ Não se trabalha nesta oportunidade com a proposta de dualidade de standards probatórios para as ações penais, como por exemplo o proposto por PEIXOTO, 2021, p. 243-273. Para um síntese da proposta do autor, conferir nota de rodapé 340.

³⁶⁶ ÁVILA, 2018, p. 03.

3.5. OS STANDARDS DE PROVA E OS MODELOS DE JULGADORES: O JULGADOR LEIGO AMERICANO E O JULGADOR PROFISSIONAL BRASILEIRO

No decorrer do presente capítulo foi apontado que a origem dos standards de prova ocorreu na tradição jurídica da *common law*, e a sua aplicação máxima se deu nos Estados Unidos da América, país onde se consolidou e desenvolveu até que fosse exportado para países de tradição civilista, como é o caso do Brasil.

Contudo, conforme pontuado no tópico 2.4., existe na estrutura de julgamento dessas diferentes tradições jurídicas uma importante distinção, que segundo aponta Mirjan Damaska, consiste na bifurcação entre juízes profissionais (responsáveis pela tomada de decisão sobre o direito) e juízes leigos (responsáveis pela tomada de decisão sobre os fatos) do modelo de julgamento americano, em contraposição a estrutura unitária centrada na figura do juiz profissional do sistema civilista, a quem compete a tomada de decisões tanto sobre os fatos quanto sobre o direito.³⁶⁷⁻³⁶⁸

Nesse sentido, e uma vez considerando que os standards de prova constituem uma técnica para a verificação dos fatos no processo, caberia então questionar se existiria alguma diferença entre o julgamento ser realizado por um grupo de juízes leigos ou por um juiz profissional. Ou em outras palavras, seria melhor a decisão proferida por um juiz profissional, justamente por uma suposta maior capacidade destes para a tomada de decisões?

Mirjan Damaska, em trabalho publicado no ano de 1997, constatou que ambos os modelos de juízes (leigos e profissionais) não se distanciam nesse ponto, pois tanto um quanto o outro, ao decidirem sobre questões de fato, padecem das mesmas falhas (vícios e concepções). Não são, portanto, diferentes.³⁶⁹

³⁶⁷ DAMASKA, 2020, p. 128.

³⁶⁸ Para uma síntese da estrutura de julgamento na tradição jurídica da *common law*, em especial dos Estados Unidos da América, ver VIEIRA, 2007, p. 107-214 e FEINMAN, Jay M. **Law 101**: everything you need to know about the american legal system. Nova Iorque: Oxford University Press, 2020, p. 124-129; 319-324.

³⁶⁹ DAMASKA, Mirjan. **Evidence law adrift**. New Haven: Yale University Press, 1997, p. 28-33.

Por essa razão, em ambas as tradições jurídicas, com suas estruturas de julgamento e modelos de juízes, e cada uma delas à sua própria maneira, os standards de prova surgiram como uma forma de balancear os custos de erro (aceitáveis) do processo e suas consequências, sendo no Brasil ainda mais essenciais em razão do dever de justificação das decisões a que os julgadores estão submetidos, o que torna possível o controle intersubjetivo da decisão, essencial a garantia do devido processo legal.

3.6. CONCLUSÕES PARCIAIS DO CAPÍTULO

Centrou-se o presente capítulo na análise dos standards de prova em seu aspecto prático, a partir da realidade norte americana, como principal expoente no assunto, e brasileira, que apenas recentemente começou a despertar atenção para o assunto.

Para tanto, adotou-se como ponto de partida do estudo a classificação tripartida dos standards de prova exigidos para sentenças de mérito, no qual são eles divididos entre prova além da dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*), preponderância da prova (*preponderance of evidence*) e prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*).

O standard da prova além da dúvida razoável, conforme pontuado, é aquele próprio do direito criminal, aplicável a partir de uma perspectiva negativa. Ou seja, para que seja possível a condenação do réu num processo criminal, compete ao acusador a demonstração em altíssimo grau (quase próximo ao da certeza) da culpa do acudo, de forma que não restem dúvidas a esse respeito, sob pena, em não o fazendo, da necessária absolvição daquele.

O mais importante no que diz respeito ao referido standard, e que foi suficientemente destacado durante o capítulo, é que apesar de sê-lo considerado o pilar estruturante do sistema jurídico norte americano, não resta ele livre de críticas, dentre as quais (i) aquelas que tratam da sua multiplicidade de significados (o que implica num problema prático de aplicação, na medida em que complexa é a definição do que seja prova além da dúvida razoável), (ii) aquelas que apontam a sua vinculação ao estado mental do julgador (o que mostra-se equivocado em razão da necessidade de um modelo objetivo de convencimento centrado nos elementos de prova produzidos) e

(iii) a defesa de um standard de prova criminal único (pois atualmente nem todas as penas aplicadas implicam na interrupção da vida ou liberdade do acusado).

De toda forma, em que pese o número cada vez mais crescente de críticas à respeito do standard da prova além da dúvida razoável, continua ele perfeitamente aplicável, inclusive tendo sido elevado a garantia constitucional do acusado pela Suprema Corte Norte Americana no julgamento do caso *In re Winship*, julgado na década de setenta.

Em sequência, coube a análise do standard da preponderância da prova, gêmeo contrastante da prova além da dúvida razoável, aplicável nas sentenças cíveis com efeitos meramente patrimoniais.

Esse standard, segundo apontado, tem sua origem ligada a razões eminentemente práticas, sendo exigido o seu desenvolvimento para aplicação do grau de suficiência probatória exigida nos processos não criminais.

Contudo, tal qual ocorre no standard da prova além da dúvida razoável, o da preponderância da prova também envolve um complexo problema na definição do seu significado, razão pela qual, ao longo do tempo, foram desenvolvidos quatro modelos explicativos: (i) maior peso da evidência (*greater weight of the evidence*), (ii) mais provável do que não (*more likely than not*), (iii) crença real (*actual belief*) e (iv) equilíbrio de probabilidades (*balance of probabilities*).

A partir do acima afirmado, o tratamento dos standards de prova pelo sistema jurídico americano já restava estabelecido e aceita a sua divisão (e correspondente grau de exigência) entre os processos de natureza civil (preponderância da prova) e de natureza criminal (prova além da dúvida razoável).

Contudo, com o passar do tempo, foi a jurisprudência americana observando que aquela classificação dual até então existente e aplicada não era suficiente para o tratamento igualitário de todos os processos de natureza civil, pois em diversos deles as consequências possíveis eram mais gravosas do que meramente patrimoniais, sendo então necessário o desenvolvimento de um standard intermediário para esses grupos de ações.

Foi assim, portanto, conforme apontado, que teve surgimento o standard da prova clara e convincente, hoje amplamente aplicado naquele país em diversas matérias cujas consequências ultrapassam a esfera meramente patrimonial dos seus envolvidos.

Estabelecida a questão dos standards de prova na prática judicial americana, foi necessário realizar a sua transposição crítica para a realidade brasileira, o que se fez a partir do estabelecimento de duas premissas.

Em primeiro lugar determinou-se que o tema é ainda essencialmente desconhecido no país, seja em âmbito legislativo (o primeiro e único tratamento data do ano de 2002, sendo ainda assim indireto, pois correspondente à recepção no Brasil do Estatuto de Roma que criou o Tribunal Penal Internacional), doutrinário (com destaque a partir do estudos originariamente realizados na Universidade Federal do Rio Grande do Sul a partir do início dos anos 2000) ou jurisprudencial (com a primeira menção isolada, no âmbito das cortes superiores, no voto do então Ministro Celso de Mello no HC nº 73.338/RJ e posterior destaque na Ação Penal nº 470/MG, popularmente conhecida como caso mensalão).

Em segundo lugar, restou afirmado que neste trabalho se adotaria, em razão da recepção doutrinária e jurisprudencial já existente, a tradicional classificação tripartida apresentada quando analisada a experiência norte-americana, aplicando-a nos exatos modelos antes trabalhados (inclusive com a utilização das expressões lá consagradas).

Desta maneira, nas ações civis meramente patrimoniais o standard de prova aplicável deve ser o da preponderância da prova. Nas ações civis especiais (aquelas cujo conteúdo ultrapassa um efeito meramente patrimonial) o standard de prova aplicável é o da prova clara e convincente. Nas ações penais o standard de prova aplicável é o da prova além da dúvida razoável.

Por fim, concluindo o capítulo, foi estabelecido que tanto nos Estados Unidos da América quanto no Brasil, mesmo diante das evidentes diferenças na estrutura de julgamento de ambos os países, o tema é essencial e justifica o destaque que lá recebe

e aqui vem recebendo, pois funciona como forma de equilibrar os erros aceitáveis pelo ordenamento jurídico.

4. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Nos capítulos anteriores, foram fixadas algumas premissas consideradas essenciais ao desenvolvimento do tema proposto na presente pesquisa. Para tanto, demonstrou-se a necessidade de virada de paradigma a respeito do convencimento judicial, que deve deixar de lado um modelo subjetivo para buscar um modelo objetivo.

Para que tal virada seja possível, é necessário, conforme se procurou demonstrar, a adoção de standards de prova, como mecanismo de instrumentalização da fase de decisão sobre os fatos, tornando assim possível o controle da decisão proferida.

Foi então trabalhado no capítulo segundo uma verdadeira “teoria geral” dos standards de prova, transposta para a prática no capítulo terceiro, quando a partir da experiência absorvida do sistema judicial americano e dos seus principais standards, foi defendida a necessidade da sua adoção (com a aplicação da terminologia lá adotada) também ao sistema judiciário brasileiro.

No capítulo que agora se desenvolverá será trabalhada a questão dos standards de prova especificamente em relação as ações de improbidade administrativa, ação esta utilizada como mecanismo de punição do gestor ímprobo.

Para tanto, será feita, inicialmente uma delimitação introdutória a respeito da ação de improbidade administrativa, seguida da sua evolução histórico normativa no Brasil.

Em sequência, será analisado o problema definitório da sua natureza jurídica, o que implicará, a depender da conclusão alcançada, na alteração do regime processual adequado.

Por fim, buscar-se-á responder à pergunta principal desta pesquisa, de qual seria o standard probatório aplicável a cada uma das consequências jurídicas decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa.

4.1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS: O QUE É IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA?

Não existe hoje qualquer dúvida que a Constituição da República elevou a ideia de moralidade à condição de princípio constitucional da administração pública, estabelecendo-o expressamente no seu artigo 37.

Diante de tal preocupação, estabeleceu expressamente o legislador constitucional, no §4º do artigo 37 do texto constitucional, a tutela da probidade administrativa, ao dispor que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, (...) sem prejuízo da ação penal cabível.”³⁷⁰

Dito isso, é essencial, portanto, definir o que seria probidade administrativa. Segundo explicam Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, o vocábulo probidade tem origem no vocábulo latino *probitate*, correspondendo àquilo que é bom, honrado, honesto e íntegro.³⁷¹

No sentido jurídico, o conceito de probidade administrativa, segundo afirma Flávio Cheim Jorge, corresponderia ao dever constitucional imposto a todo agente público para que atue com honestidade, sempre tendo como objetivo o atendimento do interesse público.³⁷²

Uma vez estabelecida constitucionalmente a proteção da probidade administrativa, conforme apresentado, coube ao legislador infraconstitucional, então, exercer o seu dever legal de regulamentação, o que fez no ano de 1992 (e posteriormente no ano de 2021 com as alterações impostas na Lei de Improbidade Administrativa pela Lei nº 14.230/21).

³⁷⁰ Foi nesta oportunidade, segundo aponta PINTO, Marcos Vinícius. **Ação de improbidade administrativa**: presunção de inocência e *ne bis in idem*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 26, que nasceu a expressão “improbidade administrativa”.

³⁷¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa**: direito material e processual. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 06.

³⁷² JORGE, Flavio Cheim. A tutela da probidade administrativa: crime de responsabilidade ou ação de improbidade administrativa. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 131, 2006, p. 02. No mesmo sentido, PAVAN, Dorival Reanto; CAPELARI, Bruna. O art. 17 da Lei nº 8.429/92 e os principais aspectos processuais da Ação de Improbidade Administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. **Improbidade administrativa**: aspectos processuais da lei nº 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2015, p. 67

Neste sentido, foi estabelecido no capítulo segundo da referida lei³⁷³, artigos 9º (atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito), 10º (atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário) e 11º (atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública) os atos dolosos cuja prática são pela lei considerados como improbidade administrativa.

A partir da delimitação supra, resumida em razão do objetivo da simples contextualização do objeto tutelado pela ação de improbidade administrativa, o que não exclui em nenhuma hipótese a complexidade da discussão³⁷⁴, é possível então apresentar uma definição jurídico-normativa da ação de improbidade administrativa.

Nesse sentido, o jurídico-normativo, a improbidade administrativa consiste na ação ou omissão do agente no exercício de função pública (definitivo ou transitório), e essa ação ou omissão é dotada de gravidade extraordinária no tocante à lesividade ou reprovabilidade do ato tipificado na LIA, que não fica circunscrito à simples ilicitude, e é ensejador de cominação, isolada ou cumulativa, das sanções previstas na mesma lei.³⁷⁵

Dito isto, observa-se que a ação de improbidade “é o instrumento processual adequado à persecução dos atos ímprobos praticados por agentes públicos (servidores ou não) ou terceiros em detrimento do patrimônio público e/ou da principiologia da Administração.”³⁷⁶

O seu objetivo principal é, portanto, punir aquele que pratica ato considerado pela lei como ímprobo. Todavia, de maneira indireta, permite seja também utilizada como via para obter o ressarcimento do prejuízo causado ao erário.

³⁷³ Registre-se que antes das alterações promovidas na Lei de Improbidade Administrativa pela Lei nº 14.230/21, o rol de condutas consideradas ímprobos era meramente exemplificativo. Com as alterações promovidas recentemente na lei, o rol de condutas ímprobos passou a ser taxativo.

³⁷⁴ Para um aprofundamento do conceito de probidade administrativa e a problematização dos seus significados, ver, por exemplo, LUZ, Denise. **Direito Administrativo sancionador judicializado**: improbidade administrativa e devido processo. Aproximações e distanciamentos do direito penal. Curitiba, 2014, p. 23-64, e REICHEL, Marcos Henrique. Reflexões sobre a tutela jurídica da moralidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LUDWIG, Roberto José. **A proteção judicial da probidade pública e da sustentabilidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 11-30.

³⁷⁵ PINTO, 2022, p. 49.

³⁷⁶ PAVAN e CAPELARI, 2015, p. 67.

4.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICO NORMATIVA DA PROTEÇÃO DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA

A preocupação envolvendo a proibidade administrativa constitui uma efetiva preocupação social, manifestada tanto em nível constitucional quanto infraconstitucional.

Atualmente, no Brasil, a fonte primária da proteção da proibidade administrativa é a Constituição da República de 1988, que em seu artigo 37 estabelece dentre os princípios constitucionais da administração pública a moralidade (ao lado da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência), prevendo em seu § 4º, que o seu desrespeito implicará na possibilidade da suspensão de direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário.³⁷⁷

Infraconstitucionalmente, coube a Lei nº 8.429/92, recentemente alterada pela Lei nº 14.230/21, regulamentar o referido dispositivo constitucional, concretizando-o e estabelecendo uma nova era no que diz respeito à proteção da proibidade administrativa e punição do agente ímprobo.

Pois bem, foi a referida legislação promulgada com a finalidade de suprir a lacuna deixada pela redação constitucional, definindo os contornos para a efetiva concretização do comando constitucional.³⁷⁸

Ainda no âmbito infraconstitucional, importante destacar que a preocupação com a proibidade da administração pública encontra-se presente também no nível internacional, sendo o Brasil signatário de três importantes convenções internacionais

³⁷⁷ §4º, art. 37. 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.

³⁷⁸ Neste sentido, afirmando que a Lei nº 8.429/92 concretizou o comando constitucional, REICHELDT, 2017, p. 23. “Em outras palavras, e numa acurada análise, tem-se que a própria Constituição Federal autorizou o estabelecimento, pelo Poder Legislativo, de sanções de natureza eleitoral (*suspensão dos direitos políticos*, (...)), administrativa (como *a perda da função pública*, para aqueles que isso ostentem), processuais com índole cautelar (*indisponibilidade de bens*), civis (*ressarcimento ao erário*) e, inclusive, penais, tudo decorrente da infração ao dever de proibidade administrativa. E tal mister foi feito, por excelência, através da Lei nº 8.429, de 1992, a chamada Lei de Improbidade Administrativa.

sobre o tema:³⁷⁹ *i*) Convenção sobre o combate da corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE), ratificada pelo Decreto Legislativo 125/00 e promulgada pelo Decreto Presidencial 3.678/00; *ii*) Convenção interamericana contra a corrupção da Organização dos Estados Americanos (OEA), ratificada pelo Decreto Legislativo 152/02 e promulgada pelo Decreto Presidencial 4.410/02; *iii*) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, ratificada pelo Decreto Legislativo 348/2005 e promulgada pelo Decreto Presidencial 5.687/06.

Contudo, em que pese a oportuna regulamentação infraconstitucional (Lei nº 8.112/90), segundo aponta a doutrina, a preocupação com a probidade administrativa, no Brasil, já se encontrava a muito presente, ainda que fosse antes apenas relacionada ao âmbito penal, como hipótese de crime de responsabilidade.³⁸⁰

Segundo aponta Calil Simão, a primeira disposição legal a tratar do combate a improbidade administrativa apareceu ainda na Constituição do império de 1824³⁸¹, em seu artigo 157³⁸², que estabelecia que salvo o Imperador³⁸³, todo aquele que aceitasse suborno ou praticasse peculato ou concussão responderia a uma ação.

A partir dessa primeira disposição legislativa, outro importante marco no combate à improbidade administrativa surgiu na Constituição de 1946, que de forma inédita estabeleceu, com a fisionomia que hoje possui³⁸⁴, o sequestro e a perda de bens como possíveis sanções decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito.³⁸⁵

³⁷⁹ NEVES e OLIVEIRA, 2017, p. 14-15.

³⁸⁰ LUZ, 2014, p. 23. Segundo a autora, a probidade administrativa sob a ótica do crime de responsabilidade já constava na Constituição de 1891, em seu art. 54, §6º, sendo mantida nas constituições subsequentes: art. 57, f, da Constituição de 1934, art. 85, d, na Constituição de 1937, art. 89, V, na Constituição de 1946, e art. 84, V, na Constituição de 1967 (posteriormente descolado para o art. 82, V, por força da EC/69).

³⁸¹ SIMÃO, Calil. **Improbidade administrativa**: teoria e prática. 4ª ed. Leme: JHMizuno, 2019, p 60.

³⁸² Art. 157. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei.

³⁸³ Art. 99. A pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.

³⁸⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1073.

³⁸⁵ A lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica.

Dando continuidade, no âmbito infraconstitucional, foram editadas ainda duas importantes leis dentro do contexto de proteção da probidade administrativa prevista na Constituição de 1946, que permaneceram plenamente válidas até as suas revogações pelo artigo 25 da Lei nº 8.429/92.^{386_387}

Foram a Lei nº 3.164/57 (Lei Pitombo-Godói Ilha), que regulamentou o procedimento de sequestro dos bens fruto de enriquecimento ilícito do servidor público, e a Lei nº 3.502/58 (Lei Bilac Pinto), que estabeleceu de forma detalhada o conceito de servidor público e de enriquecimento ilícito para aqueles fins.³⁸⁸

Mas foi com o ato institucional nº 01/64, que derrubou a ordem constitucional até então vigente e instituiu o regime militar no Brasil, segundo afirma Denise Luz³⁸⁹, que passou a responsabilização por ato de improbidade administrativa, de forma inédita, a existir independentemente da responsabilidade penal.³⁹⁰

A partir daí, e até que fosse promulgada a Constituição da República de 1988, diversos outros dispositivos legais foram editados com o intuito de proteção da probidade administrativa.³⁹¹

³⁸⁶ NEVES e OLIVEIRA, p. 13.

³⁸⁷ Segundo PINTO, 2022, p. 34-35, tais leis tinham como objetivo combater à corrupção, em seu aspecto eminentemente reparatório. Contudo, pecavam no estabelecimento de medidas efetivamente punitivas contra os agentes improbos.

³⁸⁸ NEVES e OLIVEIRA, 2017, p. 11-12.

³⁸⁹ LUZ, 2014, p. 23-24.

³⁹⁰ Art. 7º. Ficam suspensas, por seis (6) meses, as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade. §1º Mediante investigação sumária, no prazo fixado neste artigo, os titulares dessas garantias poderão ser demitidos, ou dispensados, ou ainda, com vencimentos e as vantagens proporcionais, ao tempo de serviço, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, mediante atos do Comando Supremo da Revolução até a posse do Presidente, da República e, depois da sua posse, por decreto presidencial ou, em se tratando de servidores estaduais, por decreto do governo do Estado, desde que tenham tentado contra a segurança do País, o regime democrático e a probidade da administração pública, sem prejuízo das sanções penais a que estejam sujeitos. (...)

³⁹¹ Por exemplo, segundo NEVES e OLIVEIRA, 2017, p. 13-14, o Ato Institucional 05/69 conferia ao Presidente o poder de confiscar bens daqueles que tivessem enriquecido ilicitamente no exercício da cargo ou função pública. Também o Decreto-Lei 359/69, que instituiu no Ministério da Defesa a Comissão Geral de Investigações, com poder de confisco de bens daqueles enriquecidos ilicitamente no exercício de cargo ou função pública em qualquer de seus âmbitos.

Contudo, segundo Denise Luz, todos tinham apenas um objetivo, e não era a proteção da probidade administrativa, mas sim o exercício de controle político pelos governantes.³⁹²

Por fim, com a queda do regime militar e promulgação de uma nova Constituição Federal, foi a probidade administrativa então elevada à uma categoria autônoma a ser julgada pelo Poder Judiciário, com previsão expressa, conforme pontuado, no art. 37, §4º do texto constitucional.³⁹³

4.3. AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DECORRENTES DA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O PROBLEMA DEFINITÓRIO DA SUA NATUREZA JURÍDICA

Nos tópicos anteriores restou demonstrado que o texto constitucional determinou, como conteúdo mínimo da proteção da probidade administrativa, que a prática dos atos considerados ímprobos importará ao seu cometedor determinadas consequências jurídicas, tais quais a perda temporária de direitos políticos e/ou da função pública por ele ocupada, além da possibilidade de eventual indisponibilidade dos seus bens e possível condenação ao ressarcimento ao erário.

Não quer isso significar, contudo, que outras consequências jurídicas não possam ser estabelecidas infraconstitucionalmente. Neste sentido, o legislador infraconstitucional, ao exercer o seu dever regulamentador da norma constitucional, editou a Lei nº 8.429/92, estabelecendo, além daquelas consequências originárias, outras específicas correspondentes a cada uma das espécies de improbidade administrativa.

Em paralelo, mas diretamente relacionado as consequências jurídicas aplicáveis, é fundamental a definição da sua natureza jurídica, pois a partir dela que será definido o regime processual aplicável, e conseqüentemente as garantias processuais conferidas ao acusado da prática de ato de improbidade administrativa.

³⁹² LUZ, 2014, p. 25.

³⁹³ PINTO, 2022, p. 36 detalha o contexto do surgimento da Lei de Improbidade Administrativa. Segundo o autor, era tempo do Governo Collor e todas as conhecidas acusações que o mesmo enfrentava. Nesse contexto, foi enviado ao Congresso Nacional o Projeto nº 1.446/92, atualizando as leis até então vigentes (Leis Pitombo Godói Ilha e Bilac Pinto) e consideradas ineficientes, o que acabou por resultar na Lei de Improbidade Administrativa.

Dito isso, por uma questão didática, optou-se por tratar ambos os temas (consequências jurídicas aplicáveis e suas naturezas jurídicas) separadamente, o que se faz a seguir.

4.3.1. AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DECORRENTES DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O texto constitucional estabeleceu originalmente que os atos de improbidade administrativa poderão ser sancionados com a suspensão de direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário.

Com relação a indisponibilidade de bens determinada no texto constitucional, é fundamental que seja feito um esclarecimento inicial, pois esta, em essência, não corresponde a uma sanção.

Segundo aponta a doutrina³⁹⁴, a medida de indisponibilidade de bens nada mais é do que uma ferramenta processual existente para a obtenção do resultado útil do processo (integral recomposição do erário ou do acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito, na descrição contida no artigo *caput* do 16 da Lei nº 8.429/92), quando presentes os requisitos legais exigidos para a sua concessão (perigo de dano irreparável ou risco ao resultado útil do processo, quando convencido o juiz da probabilidade da ocorrência dos fatos descritos na inicial, nos termos da redação do §3º do art. 16 da Lei nº 8.429/92).

Contudo, embora não constitua verdadeira sanção, diante da sua colocação pelo legislador dentro do rol de consequências jurídicas decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa, optou-se por tratá-la como tal.

³⁹⁴ CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. Indisponibilidade de bens na improbidade administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. **Improbidade administrativa**: aspectos processuais da lei nº 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2015, p. 324-330. No mesmo sentido, MERÇON-VARGAS, 2018, p. 67, e LUZ, 2014, p. 70 e 72.

Tal escolha, conforme será observado adiante, se justificará, pois sendo elencada como consequência jurídica decorrente da prática de ato de improbidade pelo legislador, deverá ser analisado o standard de prova aplicável para o seu deferimento.

Em sequência, prevê ainda o texto constitucional a possibilidade da condenação do agente ímprobo ao ressarcimento ao erário. Tal consequência jurídica, de característica eminentemente patrimonial, corresponde ao dever imposto ao agente ímprobo de compensar o prejuízo por ele causado ao Estado, implicando na imposição de retorno ao *status quo ante* ao ato praticado.

É preciso destacar, contudo, que o ressarcimento ao erário não constitui verdadeira sanção decorrente da prática de improbidade, já que esta, em seu sentido estrito, tem por objetivo a punição do agente ímprobo.³⁹⁵

Contudo, por uma questão de uma racionalidade processual fruto da conveniência e economia processual, admite-se a sua cumulação junto aos pedidos sancionatórios da ação de improbidade administrativa (de natureza eminentemente punitiva).³⁹⁶

³⁹⁵ PINTO, 2022, p. 147.

³⁹⁶ COSTA, Guilherme Recena. A ambivalência da ação de improbidade administrativa e sua conformação processual. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. **Improbidade administrativa**: aspectos processuais da lei nº 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2015, p. 232-252. Defendia o autor, ao tempo da redação original da lei, que entre os pedidos punitivos e ressarcitório existia verdadeira autonomia, sendo possível, por essa razão, que constituíssem o objeto litigioso de ações distintas. Claro neste sentido é a lição de COSTA, 2015, p. 245-247. “Ora, a razão de ser da ação de improbidade não reside, certamente, na tutela ressarcitória (do dano ao erário) prevista no art. 5º da LIA, pois, para tanto, já bastariam a ação civil pública “comum” e a ação popular. (...) De fato, já se viu ser a possibilidade de aplicação de sanções o aspecto que singulariza a ação de improbidade. Por isso, para que se esteja diante de uma ação de improbidade, necessário que na demanda conste pedido de aplicação das sanções “punitivas”. É isso que torna peculiar a ação de improbidade, em confronto com as demais modalidades de procedimento previstas: seu objetivo primordial é punir o ímprobo. Apenas em caráter “secundário” poderá ser buscada também – no mesmo processo – a reparação dos danos causados pelo ato impugnado e a sua eventual invalidação. A punição, portanto, vem em primeiro plano. (...) A ação de improbidade apresenta, assim, um “dupla face” ou, como sugere o título do presente ensaio, uma ambivalência, decorrente justamente desta possibilidade de cumular-se, numa mesma relação processual, juntamente com o pedido sancionatório um pedido que vise o ressarcimento dos desfalques causados ao erário público. (...) Os pedidos em comento guardam relativa autonomia, sendo possível cindi-los de tal forma que viessem a compor o objeto litigioso de duas demandas distintas. Ao pedido de cunho sancionatório soma-se, por razão e conveniência, o pedido condenatório de ressarcimento/reparação dos prejuízos. O regime é de comunhão simples, caracterizado pela “aptidão de cada ação de se incluir como objeto de uma relação processual independente”, não se podendo cogitar de cumulações alternativas ou eventual, (...) Os dois pedidos, como se disse, são componentes de uma cumulação simples, o que significa haver independência entre eles.” PINTO, 2002, p. 115-116, ao contrário, defende ser impossível, em razão da aplicação do *ne bis in idem* as ações de improbidade administrativa, a referida cisão entre os pedidos. “Ao retomarmos as conclusões que o *ne bis in idem* impõe, a segunda delas é a de que o fato,

Por fim, o texto constitucional ainda estabelece ao agente ímprobo a possibilidade da suspensão dos seus direitos políticos e a perda da função pública, consequências que possuem características eminentemente punitivas.

Apresentadas as consequências constitucionalmente estabelecidas em decorrência da prática de ato de improbidade administrativa, é necessário observar, conforme pontuado no tópico anterior, que a própria Lei nº 8.429/92, em seu artigo 12, também estabeleceu outras, também eminentemente punitivas, correspondentes a cada uma das hipóteses de improbidade administrativa nela previstas.

Assim, com relação a cada uma das hipóteses de improbidade administrativa previstas na Lei (arts. 9º, 10º e 11º), outras sanções além daquelas constitucionalmente estabelecidas são possíveis de serem aplicadas isolada ou cumulativamente, variando conforme a gravidade do fato: *i*) condenação do agente ímprobo a perda dos bens e valores ilícitamente acrescidos ao seu patrimônio; *ii*) perda da função pública; *iii*) suspensão dos direitos políticos por prazo determinado; *iv*) imposição de multa civil; *v*) proibição de contratar com o Poder Público por prazo determinado.

Neste sentido, com relação aos atos de improbidade administrativa que importam no enriquecimento ilícito do agente (art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa), prevê o artigo 12, inciso I da referida lei que poderá também a ele ser aplicada a suspensão dos seus direitos políticos pelo prazo de até 14 (quatorze) anos, além de multa civil no valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratação com o Poder Público ou recebimento de benefícios/incentivos fiscais pelo prazo de até 14 (quatorze) anos.

Já com relação aos atos de improbidade que causam dano ao erário (art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa), nos termos do inciso II, do artigo 12 da lei, é prevista a suspensão dos direitos políticos do agente causador do dano pelo período de até 12 (doze) anos, além de multa civil correspondente ao valor do dano causado e proibição

na improbidade administrativa, não é passível de cisão e deve ser narrado em sua inteireza. Não ocorre com a improbidade o mesmo que se passa com as demais demandas cíveis, pois a acusação (autor) terá apenas um chance de propor a ação com relação a determinado fato. Outra delas, calcada no mesmo fato, culminaria na mesma conclusão do parágrafo anterior: estar-se-ia diante da mesma demanda.”

de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais até o limite de 12 (doze) anos.

Por fim, com relação aos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa), nos termos do inciso III, do artigo 12 da lei, poderá ser aplicada multa civil correspondente a até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração recebida pelo agente, limitando-se a proibição de contratação e/ou recebimento de benefícios e incentivos fiscais, nesse caso, ao período de 04 (quatro) anos.

Feito esse breve esclarecimento a respeito das consequências jurídicas decorrentes da prática de atos de improbidade administrativa, pode-se afirmar, então, que elas podem ser divididas em três grupos, assim definidos: (i) medida de indisponibilidade de bens, (ii) ressarcimento ao erário e (iii) perda da função pública, condenação do agente ímprobo a perda dos bens e valores ilícitamente acrescidos ao seu patrimônio, suspensão dos direitos políticos, imposição de multa civil, proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber subsídio.

No tópico seguinte, reservaremos nossa análise à definição da natureza jurídica das consequências jurídicas decorrentes de cada uma desses grupos.

4.3.2. NATUREZA JURÍDICA DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DECORRENTES DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: PENAL, CIVIL OU ADMINISTRATIVA?

No tópico anterior foram elencadas e distribuídas por grupos as consequências jurídicas constitucionais e infraconstitucionais estabelecidas em decorrência da prática de ato de improbidade administrativa.

É necessário, agora, delimitar a sua natureza jurídica, o que se fará seguindo a lógica apresentada na distribuição dos grupos feita no tópico anterior.

A medida de indisponibilidade de bens, conforme afirmado, corresponde a simples ferramenta processual existente para a obtenção do resultado útil do processo (integral

recomposição do erário ou do acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito, na descrição contida no artigo *caput* do 16 da Lei nº 8.429/92), não existindo maiores complicações em delimitar a sua natureza jurídica como sendo eminentemente instrumental.

Também com relação ao ressarcimento ao erário não parece existir maiores discussões. Corresponde ele a uma consequência de natureza eminentemente patrimonial³⁹⁷, que por razões de conveniência e economia processual, permite-se seja cumulada aos demais pedidos punitivos típicos da ação de improbidade administrativa.

Por fim, têm-se ainda o grupo de todas as demais consequências, de natureza eminentemente punitiva, e no qual reside o maior problema no que diz respeito à definição da sua natureza jurídica, não existindo na doutrina e jurisprudência consenso a esse respeito, com a atribuição de pelo menos 03 (três) principais entendimentos³⁹⁸⁻³⁹⁹: *i*) penal; *ii*) civil; *iii*) administrativa.

A questão é importante e merece análise. Segundo afirma Flávio Cheim Jorge, com a promulgação da lei de improbidade administrativa e estabelecimento de “penas”

³⁹⁷ PINTO, 2022, p. 56-57. No mesmo sentido, MERÇON-VARGAS, 2018, p. 67.

³⁹⁸ VANONI, Leonardo Bofill. Presunção de probidade administrativa – da fundamentalidade às repercussões probatórias. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LUDWIG, Roberto José. **A proteção judicial da probidade pública e da sustentabilidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 137-138. Também MERÇON-VARGAS, 2018, p. 69.

³⁹⁹ Dentro da classificação da natureza jurídica das sanções decorrentes dos atos de improbidade administrativa, registre-se ainda a possibilidade da sua classificação como tendo natureza política (política-civil ou político-administrativa) ou híbrida (diversificada ou plúrima), sendo ambas, ao meu ver, decorrências da natureza civil. Adeptos da primeira classificação, por exemplo, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30ª ed. São Paulo: Editora Gen/Forense, 2017, p. 1010-1011: “A natureza das medidas previstas no dispositivo constitucional está a indicar que a improbidade administrativa, embora possa ter consequências na esfera criminal, com a concomitante instauração de processo criminal (se for o caso) e na esfera administrativa (com a perda da função pública e a instauração de processo administrativo concomitante) caracteriza um ilícito de natureza civil e política, porque pode implicar a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento dos danos causados ao erário.” e JORGE, 2006, p. 02: “Assim, evidentemente, está-se tutelando direito de natureza não-penal, mas – é importante registrar – inegavelmente com características político-administrativas, na exata medida em que penaliza o agente público com a perda da função pública, suspensão de direitos políticos e a proibição de contratar com o poder público.” Já com relação à sua natureza híbrida, por exemplo, ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 644: “As sanções que podem decorrer da ação civil pública por improbidade administrativa, prevista no §4º do art. 37, CF e nos arts. 12 e 18 da Lei n. 8.429/92, envolvem aspectos civis (ressarcimento dos prejuízos ao Erário e multa civil), administrativos (perda da função pública, proibição de ser contratado ou de receber benefícios públicos) e políticos (suspensão dos direitos políticos – art. 15, IV, CF)”.

decorrentes dos ilícitos nela elencados, tornou-se lugar comum a utilização de *habeas corpus* contra as medidas liminares deferidas, nos quais era requerido tanto a sustação do ato quanto o trancamento da ação.⁴⁰⁰

Por isso, tendo em vista as repercussões práticas decorrente da consideração da natureza jurídica das consequências aplicadas, é importante sejam analisados os referidos entendimentos.

Dessa maneira, respeitando a lógica aplicada no capítulo anterior, quando tratadas as espécies de standards de prova, agora também adotaremos, para a análise dos entendimentos quanto a natureza jurídica das sanções decorrentes de atos de improbidade administrativa, primeiramente as posições diametralmente opostas (natureza penal e civil), para ao final proceder à análise daquela que defende a sua natureza administrativa.

Pois bem. Começaremos a análise pela corrente que defende que as sanções punitivas decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa possuem natureza penal, posição essa, até mesmo em decorrência da redação expressa do texto constitucional (que afirma que o agente será responsabilizado na esfera cível e criminal, e portanto, por expressa disposição constitucional, tendo natureza não penal), majoritariamente refutada pela doutrina e jurisprudência.

De toda maneira, e de forma bastante resumida, aqueles que defendem esse entendimento afirmam que o legislador adotou conceitos utilizados no direito penal e processual penal, além de afirmarem que as sanções aplicadas aos acusados constituem verdadeira pena⁴⁰¹, tanto que as condutas previstas na Lei de Improbidade

⁴⁰⁰ JORGE, 2006, p. 02.

⁴⁰¹ Nesse sentido, também MARTINS, Ives Gandra da Silva. Aspectos procedimentais do instituto jurídico do “impeachment” e conformação da figura da improbidade administrativa. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 685, 1992, p. 07. No sentido da natureza penal da improbidade administrativa, em posição minoritária frente a Corte, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **QO em PET nº 3.923-SP**. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 13.06.2007. Publicação: DJ 25.09.2008. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 09.08.2022: “EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/1992. NATUREZA JURÍDICA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. PREFEITO POSTERIORMENTE ELEITO DEPUTADO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. PRERROGATIVA DE FORO. INEXISTÊNCIA. PROCESSO EM FASE DE EXECUÇÃO. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM. Deputado Federal, condenado em ação de improbidade

Administrativa também correspondem a tipos penais, sendo ainda adotado o mesmo raciocínio realizado no juízo penal: *i*) em primeiro lugar busca-se demonstrar a prática de conduta considerada pela lei como ímproba; *ii*) em sequência, uma vez demonstrada a prática da conduta proibida, é necessário a comprovação do nexo de causalidade entre ela e o resultado; *iii*) realizados os passos anteriores, é necessário encaixar a conduta praticada ao preceito primário da norma sancionadora, em razão do princípio da tipicidade legal; *iv*) por fim, encaixada a conduta praticada ao preceito primário da norma, deve ser aplicada ao agente a sanção prevista no preceito secundário da norma.⁴⁰²

Tal entendimento, contudo, é absolutamente minoritário, e não apenas em razão da literalidade do dispositivo constitucional apontado (que expressamente aponta a bifurcação entre responsabilidade civil e criminal), mas também em razão do princípio da legalidade penal (art. 1º do Código Penal), que exige previsão legal para que um ilícito assim seja considerado.⁴⁰³

administrativa, em razão de atos praticados à época em que era prefeito municipal, pleiteia que a execução da respectiva sentença condenatória tramite perante o Supremo Tribunal Federal, sob a alegação de que: (a) os agentes políticos que respondem pelos crimes de responsabilidade tipificados no Decreto-Lei 201/1967 não se submetem à Lei de Improbidade (Lei 8.429/1992), sob pena de ocorrência de bis in idem; **(b) a ação de improbidade administrativa tem natureza penal** e (c) encontrava-se pendente de julgamento, nesta Corte, a Reclamação 2138, relator Ministro Nelson Jobim. O pedido foi indeferido sob os seguintes fundamentos: 1) A lei 8.429/1992 regulamenta o art. 37, parágrafo 4º da Constituição, que traduz uma concretização do princípio da moralidade administrativa inscrito no caput do mesmo dispositivo constitucional. As condutas descritas na lei de improbidade administrativa, quando imputadas a autoridades detentoras de prerrogativa de foro, não se convertem em crimes de responsabilidade. 2) Crime de responsabilidade ou impeachment, desde os seus primórdios, que coincidem com o início de consolidação das atuais instituições políticas britânicas na passagem dos séculos XVII e XVIII, passando pela sua implantação e consolidação na América, na Constituição dos EUA de 1787, é instituto que traduz à perfeição os mecanismos de fiscalização postos à disposição do Legislativo para controlar os membros dos dois outros Poderes. Não se concebe a hipótese de impeachment exercido em detrimento de membro do Poder Legislativo. Trata-se de contraditio in terminis. Aliás, a Constituição de 1988 é clara nesse sentido, ao prever um juízo censório próprio e específico para os membros do Parlamento, que é o previsto em seu artigo 55. Noutras palavras, não há falar em crime de responsabilidade de parlamentar. 3) Estando o processo em fase de execução de sentença condenatória, o Supremo Tribunal Federal não tem competência para o prosseguimento da execução. O Tribunal, por unanimidade, determinou a remessa dos autos ao juízo de origem.”

⁴⁰² FERRARESI, Eurico. **Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo:** instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 190.

⁴⁰³ Segundo aponta a doutrina penalista, constitui o princípio da legalidade verdadeiro pilar estruturante do direito penal, tendo como função a limitação do poder punitivo do estado/garantia da liberdade individual do cidadão. Quer isso significar, em outras palavras, que a legalidade penal impede a punição não tipificada anteriormente como crime. Nesse sentido afirma BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral, vol 1. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24. “O princípio da legalidade constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal. (...) Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode

Em sequência, no extremo oposto situa-se o posicionamento de que as sanções decorrentes da prática de atos de improbidade administrativa possuem natureza civil, sendo essa a posição adotada pelos Tribunais Superiores Brasileiros⁴⁰⁴, bem como por parte da doutrina nacional.⁴⁰⁵

O fundamento adotado por aqueles que defendem tal posição, assim como naquela corrente que atribui à improbidade administrativa natureza penal, é eminentemente literal, na medida em que constando no dispositivo constitucional, em sua parte final, a expressão “sem prejuízo da ação penal cabível”, implica, a contrário sensu, a definição civil da ação.

A defesa desse entendimento, contudo, não resta livre de críticas. Isso porque não é pelo fato de a sanção não ser classificada como penal, conforme visto, que deva ela ser automaticamente classificada como civil⁴⁰⁶ Essa correlação não é necessariamente verdadeira. O importante para a definição da natureza jurídica é, portanto, o direito material, e não apenas o direito processual.⁴⁰⁷ Por isso, também não parece correta a definição civil da sanção decorrente do ato de improbidade administrativa.

ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente.”

⁴⁰⁴ No Supremo Tribunal Federal a questão já restou pacificada desde o julgamento da ADI nº 2797/DF, ocasião em que o Relator da ação, Ministro Sepúlveda Pertence, ressaltou a natureza civil da ação de improbidade administrativa. No Superior Tribunal de Justiça esse entendimento foi exposto, por exemplo, no julgamento da Reclamação 591.

⁴⁰⁵ Na doutrina, por exemplo, CARVALHO FILHO, 2013, p. 1089. “As sanções da Lei de Improbidade são de natureza extrapenal e, portanto, têm caráter de sanção civil. Esse é um ponto sobre o qual concordam praticamente todos os especialistas. (...) Não obstante, adianta-se que, em situações específicas, a serem mencionadas adiante, algumas sanções têm sofrido restrição em sua aplicação por terem inegável conteúdo penal. O fato, porém, não lhes retira a natureza civil de que se revestem.” No mesmo sentido, ARRUDA ALVIM, Eduardo. Breves considerações sobre as sanções da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92). In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. **Improbidade administrativa: aspectos processuais da lei nº 8.429/92**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 144-146, e MIRANDA, Gustavo Senna. Da impossibilidade de considerar os atos de improbidade administrativa como crimes de responsabilidade. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 857, 2007, p. 04-08.

⁴⁰⁶ LUZ, 2014, p. 102. Neste sentido, por exemplo, pontua PINTO, 2022, p. 69 que o fato de entendê-la civil, em contraposição ao penal, não oculta o seu conteúdo punitivo. “Obedecendo à mesma lógica empregada por Shakespeare quando escreveu, em “Romeu e Julieta”, que, “se a rosa tivesse outro nome, ainda assim conservaria o mesmo perfume”, etiquetar as sanções da LIA como “civis” não oculta o seu caráter “punitivo”, perfeitamente amoldável à sanção “penal”.”

⁴⁰⁷ LUZ, 2014, p. 90-98.

Neste trabalho, conforme se observará, não será adotado o entendimento de que compreendem os atos de improbidade administrativa ilícito civil. Será adotado como premissa, ao contrário, o entendimento de que o ilícito de improbidade administrativa, e também por isso as sanções punitivas dele decorrentes, constituem verdadeiro ilícito administrativo⁴⁰⁸, ou como prefere Sarah Merçon-Vargas, ilícitos punitivos não penais, denominação adotada para fins de distinção daquelas sanções aplicadas pela própria Administração Pública.⁴⁰⁹

Para tanto, para que seja possível entender a natureza punitiva não penal das sanções decorrentes da Lei de Improbidade Administrativa, é preciso deixar claro, de início, que o conceito de sanção punitiva não penal não está relacionado à autoridade aplicadora da sanção (critério formal), neste caso a administração pública, mas sim ao exercício do poder de punir do Estado, em sua esfera não penal (critério material).⁴¹⁰

Desta forma, uma vez não tendo o legislador classificado tais ilícitos como penais, conforme antes apontado, necessária é, portanto, a sua classificação dentro da outra categoria do poder punitivo estatal, neste caso, ilícitos punitivos não penais.

Assim, para finalizar, pode-se lançar mão da precisa conclusão de Denise Luz, que afirma que a improbidade administrativa constitui um ilícito administrativo normativamente constitucional, próximo pelas suas consequências do ilícito penal e absolutamente distante do ilícito civil.⁴¹¹

4.4. REGIME JURÍDICO ADEQUADO APLICÁVEL NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: PORQUE NÃO APLICAR O REGIME

⁴⁰⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**: má gestão pública: corrupção: ineficiência. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 202-207.

⁴⁰⁹ MERÇON-VARGAS, 2018, p. 49-87.

⁴¹⁰ Adota-se aqui, portanto, a concepção de sanção administrativa defendida por OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 106-107: “Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente para o futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito da aplicação formal e material do Direito Administrativo.”

⁴¹¹ LUZ, 2014, p. 99.

PROCESSUAL PENAL, PROCESSUAL CIVIL ORDINÁRIO OU PROCESSUAL COLETIVO NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Restou demonstrado em tópico anterior que o legislador estabeleceu para as ações de improbidade administrativa, além das consequências jurídicas de natureza punitiva, outra de natureza eminentemente reparatória, que deve ser cumulada na mesma ação, apesar da sua evidente distinção.

É preciso agora definir o regime jurídico adequado para o processamento das ações de improbidade administrativa, pois conforme antes pontuado, a depender da opção adotada, diferentes serão as garantias processuais conferidas ao réu.

Para tanto, essa definição partirá das consequências jurídicas punitivas, pois não se pode admitir seja o regime aplicado definido a partir da exceção. Ou seja, conforme estabelecido, a ação de improbidade administrativa existe, primordialmente, para punir o agente ímprobo, devendo o pedido de ressarcimento ser cumulado por uma questão de racionalidade. Por isso, o regime jurídico aplicável deve ser estabelecido a partir da sua função principal (punitiva), e não consequencial (ressarcitória), sob pena de estabelecimento de uma complicação procedimental absolutamente desnecessária dentro do mesmo processo.

Pois bem, segundo pontua Sarah Merçon-Vargas, ao tempo da redação original da Lei de Improbidade Administrativa, existia verdadeiro campo cinzento a respeito do regime aplicável, já que a Lei nº 8.429/92 estabelecia, por exemplo, a adoção do rito ordinário típico do processo civil (art. 17), ao mesmo tempo em que previa uma fase de manifestação prévia anterior ao recebimento da inicial (§7º e §9º, art. 17) e aplicação das regras processuais penais em relação aos depoimentos ou inquirições (§12º, art. 17).⁴¹²

Por isso, restavam justificáveis dúvidas na doutrina, se aplicável seria o rito ordinário previsto no Código de Processo Civil estabelecido na lei, aquele previsto no microsistema da tutela coletiva, em razão do suposto objeto tutelado nessas ações

⁴¹² MERÇON-VARGAS, 2018, 44.

(moralidade administrativa), ou ainda, aquele aplicável no processo penal em razão da sua natureza quase penal.

Conforme pontuado, ao tempo da edição da Lei de Improbidade administrativa houve quem defendesse a sua natureza penal, sob o argumento de que as sanções aplicadas aos acusados pela prática do ilícito de improbidade administrativa constituiriam verdadeira pena.

Contudo, como antes esclarecido, tal entendimento não prevaleceu, seja por razões dogmáticas (princípio da legalidade penal), seja pela própria interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao texto do §4º do artigo 37 da norma constitucional, ao entender que o ilícito de improbidade administrativa possui natureza civil.

Sendo assim, pelos argumentos postos, não se tratando o ilícito de improbidade administrativa de norma de natureza penal (ainda que com ela se assemelhe), por óbvio, não pode ser aplicável o procedimento correspondente.

Em sequência, e uma vez superada a possibilidade de aplicação a ação de improbidade administrativa do regime jurídico penal, passa-se aquele que, ao tempo da redação original, constituiu a opção doutrinária e jurisprudencial principal.

Neste sentido, conforme afirmado, até o advento da Lei nº 14.230/21, previa a Lei de Improbidade Administrativa, em seu artigo 17⁴¹³, que o rito a ser seguido nessa espécie de ação seria o rito ordinário estabelecido no Código de Processo Civil, naquilo em que não contrariasse a própria lei, com a adição de previsão, atualmente já revogada, de um juízo de admissibilidade prévio ao seu recebimento, quando poderia o julgador analisar eventual ausência de justa causa ao ajuizamento, o que implicaria na improcedente da ação.⁴¹⁴

Referido dispositivo legal, aliado ao posicionamento majoritário (já tratado) que aponta como sendo civil a natureza jurídica das sanções punitivas estabelecidas na Lei

⁴¹³ Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

⁴¹⁴ PAVAN e CAPELARI, 2015, p. 72.

de Improbidade Administrativa, dava por encerrado o problema, e definido o rito ordinário do Código de Processo Civil como sendo o regime jurídico aplicável a essa espécie de ação.

Contudo essa posição sempre pareceu aos olhos de certa parte da doutrina equivocada, por ser o processo civil o ramo do direito voltado à resolução de conflitos não penais, sendo a improbidade administrativa, conforme já apontado, materialmente penal, quase penal ou ao menos mais próxima do direito penal em razão do caráter punitivo de suas sanções.⁴¹⁵

Dito isso, seguir o regime jurídico anteriormente estabelecido na Lei de Improbidade Administrativa e chancelado por certa parte da doutrina, é preciso esclarecer, imporia ao réu uma série de desvantagens em sua situação jurídica.⁴¹⁶

Isso porque uma vez proposta a ação pelo Ministério Público ou ente público prejudicado⁴¹⁷, seria o réu citado para apresentar contestação, sendo, por exemplo, considerado revel caso não o fizesse, e, portanto, tendo contra si presumidos como verdadeiras as alegações formuladas pelo Ministério Público.

Não fosse o suficiente, seriam ao réu igualmente aplicáveis as regras a respeito do ônus da prova e as consequências da sua não produção (ao autor cabendo a prova do fato constitutivo do seu direito, e ao réu cabendo a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor), depoimento pessoal (comparecimento obrigatório, necessidade de requerimento pela parte contrária, impossibilidade de permanecer em silêncio sob pena de confissão e dever de responder conforme a

⁴¹⁵ PINTO, 2022, p. 189-194.

⁴¹⁶ Para uma análise profunda da incompatibilidade do modelo processual civil ordinário as ações de improbidade administrativa, ver PINTO, 2022, p. 194-203.

⁴¹⁷ Registre-se que a alteração legislativa que determinou a legitimidade exclusiva para o ajuizamento da ação de improbidade administrativa ao Ministério Público está sendo atualmente discutida no Supremo Tribunal Federal, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 7042 e 7043, tendo firmado maioria de votos (8x3) em sentido contrário à exclusividade do Ministério Público para propor ações de improbidade administrativa. Votaram a favor da inconstitucionalidade do referido dispositivo os Ministros Alexandre de Moraes, André Mendonça, Luiz Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Roberto Barroso, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux. Em sentido contrário, defendendo que a exclusividade para o ajuizamento das ações de improbidade não afasta a legitimidade do ente público de propor ação civil pública de ressarcimento ao erário, votaram os Ministros Nunes Marques, Dias Toffoli e Gilmar Ferreira Mendes.

verdade) e cabimento de ação rescisória (por exemplo respeitando o prazo de 02 anos).

Contudo, pela natureza punitiva das possíveis sanções aplicáveis pelo Estado e consequente necessidade da sua proteção, conforme adiante será trabalhado, o regime jurídico do rito ordinário previsto no Código de Processo Civil, pelas razões expostas, não se mostra adequado ao caso, devendo ser procurado outro que melhor encaixe na situação.

Tanto é assim que o próprio legislador, ao editar a Lei nº 14.230/21, de certa forma já o afastou das ações de improbidade administrativa, ao estabelecer que passou a ser direito do réu ser interrogado sobre os fatos de que trata a ação e de permanecer em silêncio, sem que isso implique para ele na pena de confissão (art. 17, §18º da LIA), da mesma maneira não se aplicando ela em decorrência da sua revelia (art. 17, §19º, I, da LIA), e a impossibilidade do julgamento antecipado nela fundado.

Dito isso, e restando estabelecida a inadequação do rito ordinário previsto no Código de Processo Civil para as ações de improbidade administrativa, uma outra abordagem se desenvolveu na doutrina e na jurisprudência, aqui partindo do direito tutelado nessa espécie de ação, no qual se aplicaria a elas o microsistema de tutela coletiva (em especial o regramento das ações civis públicas⁴¹⁸) e todas as regras dele decorrentes (como por exemplo a plurilegitimidade, a remessa necessária, a distribuição dinâmica do ônus probatório em desfavor do réu e a coisa julgada *secundum eventum probationis*).⁴¹⁹

O problema é que todos os mecanismos apontados, na sistemática coletiva, são desenvolvidos com o único objetivo de facilitação da obtenção da tutela pretendida, em favor da coletividade e em prejuízo do réu, o que não se pode admitir se considerada a natureza punitiva das consequências jurídicas decorrentes da ação de

⁴¹⁸ Registre-se, contudo, posição apresentada por FERRARESI, 2009, p. 186-187. Segundo o autor, “a ação de improbidade administrativa caracteriza-se por ser uma ação popular, porém, com objeto mais restrito. Ou seja: enquanto a ação popular destina-se à tutela do patrimônio público em seu sentido amplo e da moralidade administrativa, a ação de improbidade tutela somente o erário e a probidade administrativa.”

⁴¹⁹ Para uma análise profunda da incompatibilidade do modelo processual coletivo as ações de improbidade administrativa, ver PINTO, 2022, p. 168-189.

improbidade administrativa, na qual deve ser estabelecido um rol mais denso de garantias do acusado.

Por essa simples razão tal entendimento já aparenta carecer de acerto. Mas não é só. É preciso seja dito que não dispunha a Lei de Improbidade Administrativa em sua redação original, assim como não dispõe em sua redação atual, de nenhum dispositivo autorizativo da aplicação subsidiária ou supletiva da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública).⁴²⁰

Quando muito, remetia a Lei de Improbidade Administrativa a uma técnica específica prevista na Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular), denominada “intervenção móvel”, que permitia que a pessoa jurídica interessada integrasse a ação proposta pelo Ministério Público Estadual na qualidade de litisconsorte de qualquer uma das partes (antiga redação do art. 17, §3º da Lei de Improbidade Administrativa).⁴²¹

Não fosse o suficiente, a recente alteração legislativa também não alterou o panorama posto. Veja-se que a referida reforma até previu em seu texto a possibilidade de aplicação da Lei de Ação Civil Pública (art. 17-D, parágrafo único e art. 17, §16), mas deixando destacada a diferença entre os direitos tutelados: na ação de improbidade administrativa busca-se a aplicação das sanções previstas na lei, enquanto na ação civil pública é tutelado o direito coletivo em sentido lato.

Por essas razões, portanto, se antes já se mostrava equivocada a opção doutrinária e jurisprudencial de inserção da ação de improbidade administrativa como espécie de ação civil pública, agora em que constou expressamente na lei a diferenciação dos direitos tutelados, com muito mais razão.⁴²²

⁴²⁰ PAVAN e CAPELARI, 2015, p. 77.

⁴²¹ PAVAN e CAPELARI, 2015, p. 77.

⁴²² A única equiparação possível, segundo PAVAN e CAPELARI, 2015, p. 69, seria manifestamente atécnica, correspondente a utilização da expressão em seu sentido amplo, como manifestação do exercício de uma ação que não é privada ou penal: “A nomenclatura “ação civil pública” pode ser usada em sentido amplo, como designativa de toda ação que não é privada nem penal, hipótese da qual deriva então o entendimento de que seria correto falar que a ação de improbidade administrativa seria uma de suas espécies, porquanto civil e pública. Contudo, tenho que referido *nomem juris* deve ser utilizado em seu sentido estrito, com o designativo específico da ação regida pela Lei nº 7.347/85, que visa a persecução de atos atentatórios aos interesses que protege (art. 1º);”

Não fosse a ausência de previsão legislativa já suficiente para a não configuração da ação de improbidade administrativa como espécie de ação civil pública e consequentemente aplicação do microsistema coletivo, defende-se, nesta oportunidade, que o direito nela tutelado não é a proibidade administrativa ou o patrimônio público em sua perspectiva meramente pecuniária (estes apenas são uma consequência secundária)⁴²³, mas sim o sancionamento daquele que pratica ato considerado de improbidade administrativa.

Ou seja, apesar de possuir projeção transindividual, constituindo verdadeiro interesse geral da coletividade⁴²⁴, não é direito coletivo em sentido amplo⁴²⁵ (difuso, coletivo ou individual homogêneo), e por isso não lhe é aplicável o regramento processual coletivo.

Pois bem, coube ao Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81 e incisos, a definição de cada uma das categorias de direitos coletivos em sentido amplo acima destacadas.

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e legadas por circunstâncias de fato;
II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

A distinção é importante, porque possuindo o direito material tutelado natureza de alguma das categorias de direito coletivo em sentido amplo (difuso, coletivo ou

⁴²³ Em sentido contrário, defendendo que trata a ação de improbidade administrativa de ação coletiva, proposta para a proteção de interesse coletivo, ainda que a ela inaplicável o microsistema coletivo, JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. A tutela processual da proibidade administrativa (Lei 8.429, de 1992). In: BUENO, Cassio Scarpinella; FILHO, Pedro Paulo de Rezende Porto. **Improbidade administrativa**: questões polêmicas e atuais. São Paulo: Maheiros, 2001, p. 175-186.

⁴²⁴ COSTA, 2015, p. 243.

⁴²⁵ COSTA, Susana Henriques. Cumulação de pedidos em ações de improbidade administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. **Improbidade administrativa**: aspectos processuais da lei nº 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2015, p. 398.

individual homogêneo), a ele será aplicável o microsistema coletivo. E o que diferencia entre esses direitos, portanto, é a tutela processual pretendida.

Enquanto nas ações de improbidade administrativa, conforme já tratado, a tutela pretendida é primordialmente sancionatória, cujo objetivo é a aplicação ao agente ímprobo, em razão da lesão de um bem transindividual, de uma das sanções previstas na lei (tendo eventual pedido de ressarcimento ao erário apenas caráter secundário, por razões de conveniência política e economia processual), nas ações integrantes do microsistema de tutela coletiva, ao contrário, a tutela pretendida é eminentemente reparatória (desconstituição de atos violadores da moralidade administrativa).

Não se extrai das normas da LIA, portanto, qualquer aproximação com a definição de direito difuso anteriormente exposta, notadamente porque inexistente um direito transindividual e indivisível à punição. Há um destinatário específico e individualizado das normas que compõe a causa de pedir da improbidade e ele é o réu a ser potencialmente punido, não a coletividade.

Quanto ao pedido de cominação de sanção, é possível identificarmos um interesse geral da sociedade distante de uma efetiva ligação por circunstâncias de fato que caracterize um direito difuso. Referido interesse geral na punição do agente público e do terceiro que tenham concorrido para as práticas de atos ímprobos assemelha-se à vontade rarefeita e abrangente de criminosos que sejam punidos por suas condutas – até porque o direito penal lida com a ideia de bens jurídicos tutelados protegidos pelos crimes (tais como vida, liberdade, moral e patrimônio público) -, e nem por isso, aliás, diz-se que a tutela penal exige aplicação do microsistema de tutela coletiva quando o bem protegido é de natureza transindividual.⁴²⁶

Por isso, feitas todas as considerações supra, não se pode admitir, como faz parcela da doutrina, que seja a ação de improbidade administrativa equiparada a uma espécie de ação coletiva em sentido amplo.

De toda forma, observa-se que o próprio legislador, ao editar a Lei nº 14.230/21, distanciou o regramento das ações de improbidade administrativa do microsistema coletivo, por exemplo, ao vedar a possibilidade de legitimidade extraordinária naquele microsistema permitida (art. 17, *caput*, da LIA), vedar o reexame necessário decorrente das sentenças de improcedência ou extinção sem resolução de mérito também lá permitido (art. 17, §19º, IV, da LIA), impedir a distribuição dinâmica do ônus da prova sob a justificativa que compete ao acusador a prova do fato imputado

⁴²⁶ PINTO, 2022, p. 163-164.

(art. 17, §19º, II, da LIA) e a coisa julgada *secundum eventum probationis* (art. 17, §19º, III, da LIA).

Por fim, veja-se que Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, ao escreverem sobre o tema da improbidade administrativa, criticam de forma clara a confusão feita pela doutrina e jurisprudência entre ação de improbidade administrativa e “ações coletivas”, demonstrando, assim, o equívoco na referida comparação.

Tem sido prática comum tanto do Ministério Público quanto do Poder Judiciário o tratamento desta ação de improbidade administrativa meramente como nova modalidade de ação civil pública, frequentemente 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 regramentos próprios, não se confundindo com aqueles específicos das ações civis públicas em geral. O fato de 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 pra propô-la) não faz da ação de improbidade administrativa uma ação civil pública no sentido jurídico do termo.⁴²⁷

Visto todo o antes exposto, pode-se concluir, então, que nas ações de improbidade administrativa não se aplicam os regimes jurídicos do processo penal, do processo civil tradicional ou dos processos coletivos, restando então saber qual o regime deve ser aplicado nessa espécie de ação.

Com a recente alteração legislativa, restou agora expresso pelo legislador a opção pela inserção das ações de improbidade administrativa no regime do direito punitivo não penal (direito sancionador, na expressão adotada na lei), mais condizente com a natureza e exigência do direito nelas tutelado.

É sobre ele, então, como regime jurídico a ser aplicado aos processos judiciais não penais que trataremos a seguir.

⁴²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 312-313.

4.5. DA NECESSÁRIA ADOÇÃO DE UM REGIME SANCIONADOR NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Tratou-se no tópico anterior a respeito da inaplicabilidade as ações de improbidade administrativa dos regimes jurídicos típicos dos processos penal, civil e coletivo, oportunidade em que foi destacado que a recente alteração legislativa determinou expressamente que a essa espécie de ação se aplique o regime do direito punitivo não penal (ou direito sancionador, nos termos da lei) e as garantias de proteção do acusado dele decorrente.

O direito punitivo não penal é fenômeno ainda bastante recente na ciência jurídica, surgindo no pós 2ª Guerra Mundial a partir de um movimento reducionista da regulação penal, logo se expandido na Europa, a partir da década de 1970, para países como Itália, Alemanha, França, Portugal e Espanha.⁴²⁸

No Brasil, é ainda mais recente a atenção dada ao direito punitivo não penal, datando o primeiro trabalho específico sobre o assunto do ano de 2000, quando foi publicada a obra de Fábio Medina Osório, intitulada Direito Administrativo Sancionador.⁴²⁹

O fundamento para o desenvolvimento da classe de direitos conhecida como judicial não penal reside na tese, desenvolvida principalmente na Espanha, de que a pretensão punitiva estatal é única, não existindo uma diferenciação ontológica entre sanção penal e sanção administrativa⁴³⁰, que seria assim definida em razão da opção político-legislativa do legislador.⁴³¹

Dessa forma, tomando como referência as sanções decorrentes da prática dos atos de improbidade administrativa, observa-se que não existe de fato diferença entre um ilícito penal e um ilícito administrativo, podendo, portanto, em contrariedade ao senso comum, o segundo ter consequências mais graves que o primeiro.

⁴²⁸ VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil**: justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 38-44 e 203.

⁴²⁹ Osório, 2015, p. 19.

⁴³⁰ MEDINA, 2015, p. 125-127.

⁴³¹ MERÇON-VARGAS, 2018, p. 56.

Considerando o cenário legislativo brasileiro de sobreposição de ilícitos, em que uma mesma conduta pode configurar crime e ilícito não penal e desencadear processos e punições autônomas, não se pode considerar que os ilícitos previstos em tais leis sejam ontologicamente diferentes dos ilícitos penais; ou ao menos, não em relação às condutas que configuram o ilícito.

Na perspectiva da sanção punitiva cominada para a prática da conduta vedada – em referência à tese da diferenciação quantitativa (...) – sabe-se que as sanções, em tese, de maior gravidade previstas no ordenamento jurídico são as sanções penais, em que se prevê a aplicação de pena privativa de liberdade. Nos processos judiciais punitivos não penais, entretanto, as sanções são restritivas de direitos fundamentais e não há pena privativa de liberdade.

Essa constatação isolada poderia conduzir à afirmação de caráter geral de que as sanções da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção seriam menos graves. Mas nem todos os crimes são punidos com penas privativas de liberdade e, se levamos em conta que o sistema processual penal opera com penas alternativas decorrentes de transação penal, suspensão do processo e da pena, substituição por medidas restritivas de direito ou cumprimento inicial em regime aberto, essa maior gravidade, em tese, nem sempre estará configurada.

Em algumas situações, as sanções previstas em processos judiciais punitivos não penais podem representar para o réu um potencial de restrição de direitos equivalente ou mesmo mais elevado do que o de alguns crimes. As sanções de proibição de contratar com o poder público, de suspensão ou interdição de atividades e de dissolução compulsória da pessoa jurídica, previstas na Lei de Improbidade e na Lei Anticorrupção, por exemplo, são mais graves do que uma pena de multa e, por vezes, podem ter efeitos mais drásticos do que uma condenação à pena privativa de liberdade.

Além disso, é importante considerar que a condenação, em ação de improbidade administrativa, pode ter também drásticas repercussões no plano da elegibilidade. (...) Para o agente público, esse efeito da condenação pode ter repercussões tão ruins, ou mesmo mais graves, do que uma condenação criminal.⁴³²

Pensar diferente, com a devida vênia, entendendo que existe diferença real entre ilícitos penais e administrativos, e por consequência não sendo aplicável aos últimos as garantias constitucionais decorrentes do processo penal, constitui evidente violação ao direito do acusado, o que na Europa restou identificado pela denominação “sanções penais disfarçadas de administrativas”.⁴³³

Aliado ao critério da gravidade da sanção, que conforme visto pode ser maior em ilícitos administrativos do que em ilícitos penais, tem-se ainda outro problema que merece atenção, e deve por isso ser refletido, que é o problema decorrente da desigualdade estrutural da relação processual decorrente dos ilícitos de improbidade administrativa.

⁴³² MERÇON-VARGAS, 2018, p. 80-81.

⁴³³ LUZ, 2014, p. 84.

Nesse sentido, é sabido que os modelos processual penal e processual civil se colocam em posições antagônicas quando analisada a estrutura processual das partes.

Enquanto no processo penal o paradigma adotado é de um flagrante desequilíbrio estrutural entre as partes, no processo civil o paradigma adotado é o da igualdade entre elas.

Quando paramos para analisar o processo penal, é possível observar que o referido desequilíbrio é demonstrado a partir da própria terminologia nele adotada, processo acusatório. Ou seja, de um lado fica o Estado-Acusador, utilizando todo o aparato que têm a sua disposição para exercer o poder punitivo-sancionador. Do outro lado, como parte frágil, encontra-se o Réu-Acusado, que precisa, por isso, que lhes sejam conferidas garantias mínimas para que o poder exercido pelo Estado não seja abusado.

No processo civil, conforme pontuado, o paradigma é outro, da igualdade entre as partes, sendo eventual desequilíbrio apenas pontual, e corrigido pelas próprias ferramentas oportunizadas pelo sistema, como, por exemplo, a assistência do Ministério Público e as formas de inversão do ônus da prova.

Nos processos judiciais punitivos não penais, como é o caso da ação de improbidade administrativa, por tudo o que até aqui se falou, mostra-se mais presente uma situação de desigualdade entre as partes do que de igualdade entre elas.

Essa desigualdade é manifestada inclusive antes mesmo da propositura da ação de improbidade administrativa, na medida em que possível ao Ministério Público a investigação prévia do fato, realizada a partir de inquéritos civis, que já colocam o agente público numa posição desfavorável de investigado.⁴³⁴

⁴³⁴ Esse desequilíbrio é confirmado por ZANETI Jr., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. Inquérito civil, contraditório e improbidade administrativa: um diagnóstico crítico dos precedentes das cortes supremas brasileiras. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, v. 17, n. 02, 2016, p., ainda que indiretamente, quando afirmam que o objeto do inquérito civil nas ações de improbidade administrativa deve ser o mais amplo possível na análise dos fatos que possam justificar a propositura da ação: “Quanto ao objeto do Inquérito Civil, este será o mais amplo possível, a apuração de elementos e dados probatórios incide sobre quaisquer fatos que possam levar à propositura de ação da qual o Ministério Público é titular, (...)”

Ou seja, por meio da ação de improbidade administrativa é exercida uma pretensão punitiva estatal (com a possibilidade de existência de procedimentos preparatórios anteriores ao ajuizamento da própria ação, como nos casos de inquéritos civis), no qual é o réu acusado da prática de um ilícito grave e altamente reprovável (na sua perspectiva social), e no qual pode, ao ser condenado, sofrer severas restrições a direitos fundamentais seus.

Por isso, precisa é a conclusão alcançada por Sarah Merçon-Vargas, que assim afirma

assim, a desigualdade estrutural que se projeta nos processos judiciais punitivos não penais aponta para a necessidade de, a partir do marco garantista e à luz da devido processo legal, construir-se para esses processos um paradigma de garantias que possa fazer frente a essa relação jurídica processual desequilibrada, limitando-se o exercício de poder.⁴³⁵

Por todas as razões postas, outra conclusão não se pode alcançar senão afirmar que acertou o legislador ao determinar a adoção expressa nas ações de improbidade administrativa do regime dos processos judiciais punitivos não penais, ou seja, um processo que tramita na jurisdição civil, afinal conforme já apontado ele não é penal, porém com a aplicação ao acusado de todas as garantias processuais penais (salvo aquelas decorrentes da prisão), como juiz natural, contraditório e ampla defesa, presunção de inocência, direito à prova, direito à motivação das decisões, direito razoável duração do processo e sua publicidade.⁴³⁶

Dito tudo isso, pode-se concluir, uma vez mais, com o argumento apresentado por Marcos Vinícius Pinto quanto à necessidade de observância das garantias penais no processo civil de improbidade administrativa.

(...) compreende-se que, de *lege lata*, o processo civil para a aplicação das sanções da LIA é dotado de garantias processuais penais – excetuadas aquelas destinadas à pena de prisão. Estas não incidem de maneira subsidiária, analógica, supletiva ou extensiva, mas sim direta. Caso garantias não se façam presentes, a improbidade administrativa se torna um simulacro estatal de ação penal mais singela, potencialmente geradora de “falsos positivos” (condenação de inocentes), ancorada nos falaciosos argumentos de que as sanções nela previstas são dissociadas das sanções

⁴³⁵ MERÇON-VARGAS, 2018, p. 116-117.

⁴³⁶ Para uma análise completa e aprofundada sobre as garantias constitucionais aplicáveis aos processos judiciais punitivos não penais, ver MERÇON-VARGAS, 2018, p. 134-255.

penais, são menos graves ou menos estigmatizantes, premissas que já rechaçamos nos tópicos anteriores. A etiqueta aposta pelo legislador pode mudar, mas o conteúdo é o mesmo: punição. Por essa razão, entre outros motivos, não pode a improbidade administrativa representar espécie de burla às garantias do processo penal, voltada à obtenção de resultados sancionatórios simplificados.⁴³⁷

Para o que importa para a presente pesquisa, e na tentativa de se limitar ao necessário para o cumprimento do objetivo proposto, será analisado no tópico seguinte, em razão da sua importância e direta relação com os standards de prova, a garantia constitucional da presunção de inocência, na medida em que a partir dela deveria o réu ser protegido do tratamento como criminoso até a comprovação da sua culpa em sentença transitada em julgado, cabendo aquele que acusa, portanto, o ônus dessa comprovação.

4.6. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA⁴³⁸

Restou até aqui estabelecido como premissa deste trabalho que as ações de improbidade administrativa constituem espécie do gênero processos judiciais punitivos não penais, nos quais deve ser garantido ao acusado, em razão da gravidade das consequências jurídicas a ele impostas e do manifesto desequilíbrio estrutural entre a acusação e acusado, a aplicação do conjunto de garantias aplicável ao sujeito acusado na esfera penal, o que aqui se convencionou chamar de regime sancionador.

Pois bem, dentre o considerável número de garantias aplicáveis ao acusado naquela jurisdição, ganha destaque, pela sua relação e importância com o objetivo de pesquisa proposto, o direito à presunção de inocência, sobre o qual trataremos a seguir.

4.6.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICO NORMATIVA

⁴³⁷ PINTO, 2022, p. 78.

⁴³⁸ Adota-se nesta pesquisa a expressão “presunção de inocência”, por ser aquela que acabou conhecida por doutrina, legislação e jurisprudência. Contudo, NIEVA Fenoll, Jordi. **La duda en el proceso penal**. Madri: Martial Pons, 2013, p. 63-64, afirma que é ela, do ponto de vista linguístico e jurídico, tecnicamente errada. O correto, segundo o autor, seria a expressão “suposição de inocência”. Demonstrando o equívoco da expressão, também DUTRA, Ludmila Corrêa. A interpretação ideológica do conteúdo da presunção de inocência no direito brasileiro. In: PINTO, Felipe Martins. **Presunção de inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Roberto Grau**. Belo Horizonte: Editora Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2020, p. 327-330. Em que pesem as críticas dos autores, adotaremos nesse trabalho, como afirmado, a expressão “presunção de inocência”, pois nesta altura, mais confundiria do que ajudaria adotar outra.

O princípio da presunção de inocência, não restam dúvidas, encontra-se atualmente previsto no texto constitucional brasileiro, que em seu artigo 5º, inciso LVII, dispôs que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”⁴³⁹

Contudo, como era de se esperar, a sua constitucionalização no direito brasileiro resultou de um longo processo evolutivo, em especial entre o século XVII e XVIII, como uma reação ao modelo de processo inquisitório até então vigente, que concentrava na pessoa do juiz a figura de acusador e julgador, e que estabelecia sobre o acusado uma verdadeira presunção de culpa⁴⁴⁰, não lhe sendo permitido sequer a tentativa de prova da sua inocência.⁴⁴¹

Foi então que os revolucionários Franceses, inspirados principalmente nas ideias do jurista italiano Cesare Beccaria (que defendia a impossibilidade de se chamar de réu uma pessoa antes da sentença, e que por isso deveria ser tratado como inocente até que a sua culpa fosse comprovada), transformaram aquela ideia de não ser declarado culpado (ou ter presumida a sua inocência) em verdadeiro direito.

Mas foi na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que de maneira inédita⁴⁴², o princípio da presunção de inocência apareceu, interrompendo aquela concepção jurídico-filosófica de presunção de culpabilidade até então vigente.

⁴³⁹ O texto constitucional não adotou a expressão “presunção de inocência”, optando, em seu lugar, a fórmula da “não culpabilidade”. Tal se deu tão somente pelas críticas postas pela doutrina à respeito da expressão. De toda forma, em que pese essa diferenciação semântica, prevalece na doutrina, conforme GOMES, Luiz Flávio. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 729, 1996, p. 03-04 o entendimento de tratarem-se ambas de expressões sinônimas, razão pela qual, em consideração da sua maior aceitação, adotar-se-á neste trabalho a consagrada expressão “presunção de inocência”.

⁴⁴⁰ RIBEIRO, Paulo Carvalho. **O princípio da presunção de inocência e sua conformidade constitucional**. Natal: Editora Motres, 2019, p. 19-25.

⁴⁴¹ BARROS LOPES, Manuel. A presunção de inocência como regra de tratamento e regra de juízo probatório. **Revista Jurídica Portucalense**. Porto, n. 31, 2022, p. 166.

⁴⁴² Registre-se, contudo, que apesar do aparente consenso em estabelecer a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 como marco legislativo inicial da presunção de inocência, existem autores que defendem a existência de um marco temporal anterior. Para Walter Nunes da Silva Júnior, citado por RIBEIRO, 2019, p. 21, o direito de não ser declarado culpado enquanto existente dúvida sobre a inocência do réu apareceu primeiramente na Declaração da Virgínia de 1766. NIEVA FENOLL, 2013, 64-65 citando Allen Howard Godbey, afirma que a ideia é mais antiga, remontando ao Código de Hamurabi (“It is a fundamental principle of the Code of Hammurabi that the presumption is

Em outras palavras, com a consagração legislativa da presunção de inocência, alterou-se o paradigma jurídico-filosófico até então vigente, no qual vigia a presunção de culpabilidade do investigado-acusado, que a partir de então, passou a ser presumido inocente (devendo ser assim tratado) até que fosse declarada a sua culpa.

A partir dessa primeira consagração legislativa, o princípio da presunção de inocência passou então a ser sucessivamente previsto nos mais diversos instrumentos internacionais (Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969 e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1976) e constituições nacionais (Espanha, Portugal, França, Itália, Holanda, Inglaterra e, para o que nos interessa, Brasil).⁴⁴³

Feita essa pequena evolução histórico normativa da presunção de inocência, é preciso destacar que no Brasil, de forma expressa, o legislador apenas a consagrou no âmbito criminal, ao utilizar no texto constitucional as expressões sentença criminal e acusado.

Contudo, a partir das premissas estabelecidas nos tópicos anteriores, que demonstram a lateralidade do poder punitivo estatal não penal e penal como manifestação de um poder punitivo estatal único, e cujas consequências possíveis podem ser mais graves nos processos punitivos não penais, com restrições mais graves a direitos fundamentais do acusado se comparados com penalidades decorrentes dos processos punitivos penais (seja em razão da existência hoje em dia de ilícitos que sequer são apenados com a restrição de liberdade do réu, seja em razão das diversas possibilidades de penalização alternativa), deve a presunção de inocência ser estendida aos acusados nas ações de improbidade administrativa, como espécie do gênero processo judicial punitivo não penal.⁴⁴⁴

always in favour of the innocence of the accused: the burden of the proof is thrown upon the accusers”) e ao *Corpus Iuris Civilis* Romano.

⁴⁴³ BARROS LOPES, 2022, p. 167 e 169-180.

⁴⁴⁴ Neste sentido, por exemplo, ver LUCON, Paulo Henrique dos Santos. A prova na ação de improbidade administrativa. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques; LOPES, Ricardo Augusto de Castro. **A prova no direito processual civil**: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 531-533, OSÓRIO, 2015, p. 409-439, MERÇON-VARGAS, 2018, p. 194-202, FERRER-BELTRÁN, Jordi. Uma concepção minimalista e

4.6.2. DESDOBRAMENTOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: DIMENSÃO EXTRAPROCESSUAL, PRINCÍPIO INFORMADOR DO PROCESSO, REGRA DE TRATAMENTO, REGRA PROBATÓRIA E REGRA DE JULGAMENTO

No tópico anterior foram abordados aspectos introdutórios da presunção de inocência, bem como, de forma resumida, a sua evolução histórico normativa ao longo do tempo.

Agora, para que seja possível compreendê-la corretamente, é preciso que sejam analisadas as suas diferentes facetas, já que pode ela ser observada sobre uma dupla perspectiva, a partir de sua dimensão extraprocessual e a partir de sua dimensão endoprocessual, quando poderá funcionar como princípio informador do processo, como regra de tratamento, como regra probatória ou como regra de julgamento.⁴⁴⁵

Em essência, o âmbito de aplicação da garantia da presunção de inocência é a sua dimensão processual. Mas isso não quer significar, conforme será visto em sequência, que a sua dimensão extraprocessual não seja também importante.

4.6.2.1. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM SUA DIMENSÃO EXTRAPROCESSUAL: A QUESTÃO ENVOLVENDO O SEU TRATAMENTO PELOS VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO

A dimensão extraprocessual da presunção de inocência trata da sua aplicação entre particulares, sendo o melhor exemplo para a sua explicação aquele envolvendo as relações de divulgação de notícias por parte de empresas jornalísticas e demais meios de comunicação.

Aplicando a garantia da presunção de inocência as empresas de jornalismo e demais meios de comunicação, compete de modo absoluto aquele que estiver divulgando uma eventual notícia, até que tenha contra si o divulgado uma sentença condenatória

garantista da presunção de inocência. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 4, n. 1, 2018, p. 153 e PINTO, 2022, p. 206-352.

⁴⁴⁵ FERRER-BELTRÁN, 2018, p. 149-180.

transitada em julgado, tratá-lo como inocente, sem a realização de nenhum juízo de valor negativo, uma vez que fora da sua área de competência.⁴⁴⁶

E a razão é bastante simples. Com o cumprimento da determinação constante no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Brasileira de 1988, evita-se uma estigmatização precoce do acusado⁴⁴⁷ bem como o exercício de uma influência desproporcional no julgador (seja ele leigo ou profissional) capaz de quebrar o seu dever de imparcialidade.⁴⁴⁸

Nesse sentido, portanto, precisa é a conclusão alcançada por Marcos Vinícius Pinto, que justamente em razão do caráter infamante da ação de improbidade administrativa, afirma ser necessário o atendimento da dimensão extraprocessual da presunção de inocência.

O caráter infamante da ação de improbidade administrativa (...) constitui exemplo de como a presunção de inocência (nesse sentido mais alargado) é desrespeitada. Não por acaso o simples ajuizamento da demanda gera manchetes, que, se, por um lado, asseguram o direito à informação, por outro, impactam o direito à honra, arruinam imagens e reputações de pessoas que passam a ser consideradas socialmente atreladas a malfeitos e, não raro, prematuramente culpadas. Para quem está inserido na vida política, a simples acusação da prática de ato de improbidade administrativa é suficiente para que se “condene” sem sentença, prejudicando o acusado em disputas eleitorais.⁴⁴⁹

Dito isso, observa-se a importância do respeito a dimensão extraprocessual da presunção de inocência, que infelizmente vem sendo constantemente ignorada pelos mais diversos meios de comunicação, que rotineiramente divulgam sem qualquer respeito ao referido princípio matérias envolvendo ações de improbidade administrativa com uma antecipação da culpabilidade dos sujeitos envolvidos, abusando de seu poder de forma capaz, como dito acima, de influenciar o futuro julgador daquele fato.

4.6.2.2. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM SUA DIMENSÃO PROCESSUAL: PRINCÍPIO INFORMADOR DO PROCESSO PUNITIVO

⁴⁴⁶ FERRER-BELTRÁN, 2018, p. 154.

⁴⁴⁷ MERÇON-VARGAS, 2018, p. 184.

⁴⁴⁸ NIEVA FENOLL, 2013, p. 76-77.

⁴⁴⁹ PINTO, 2022, p. 209.

Como princípio informador dos processos punitivos, a garantia da presunção de inocência funciona da mesma maneira que um farol na condução de um barco⁴⁵⁰, direcionando todo o percurso dos processos punitivos.⁴⁵¹

E tal maneira de funcionar implica em uma dupla finalidade.⁴⁵² Por um lado a presunção de inocência serve de limitação à atuação do Poder Legislativo, que ao exercer a sua função principal deve ter como norte a referida garantia, não podendo desrespeitar as garantias fundamentais das pessoas. Por outro lado serve a presunção de inocência como molde da atividade interpretativa dos julgadores, que devem exercê-la de forma compatível com o conteúdo da garantia.

Afirmar que a presunção de inocência é princípio informador da ação de improbidade administrativa significa alça-la à posição de fundamento sistemático e estruturante desse processo, tal como ocorre nos outros processos sancionatórios. Assim, o art. 5.º, LVII, da CF/1988 e o art. 8.2 da CADH emitem um comando ao legislador e ao juiz. Com relação ao primeiro, o comando impedirá a edição de leis que signifiquem a antecipação da sanção ou que coloquem em risco a liberdade do acusado de prática de ato de improbidade antes do trânsito em julgado, notadamente quanto ao livre exercício de direitos, como o de ocupar cargo ou função pública, contratar com a Administração Pública, dispor de seus bens, votar e ser votado, receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Quanto ao segundo (o juiz), a presunção de inocência passa a servir de parâmetro interpretativo de aplicação das leis. Recursos hermenêuticos como o *favor rei* tornam-se admissíveis na ação de improbidade administrativa para, havendo interpretações diferentes sobre a norma, privilegiar aquela mais benéfica ao acusado.⁴⁵³

Registre-se, por fim, que o aspecto processual da presunção de inocência como princípio informador do processo (em sua dimensão limitativa do Poder Legislativo) restou expressamente observada na edição da Lei nº 14.230/21, que reformou a antiga Lei de Improbidade Administrativa, nela agora constando, de forma expressa, que nessa espécie de ação aplicam-se os postulados do processo sancionador, dentre os quais, conforme já apontado, a garantia da presunção de inocência.

4.6.2.3. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM SUA DIMENSÃO PROCESSUAL: REGRA DE TRATAMENTO

⁴⁵⁰ NIEVA FENOLL, 2013, p. 76.

⁴⁵¹ NIEVA FENOLL, 2013, p. 69.

⁴⁵² FERRER-BELTRÁN, 2018, p. 156-157.

⁴⁵³ PINTO, 2022, p. 237.

A presunção de inocência como regra de tratamento sintetiza no âmbito processual a ideia geral existente de que todo cidadão é inocente até que se prove o contrário, devendo, por essa razão, ser assim tratado, inclusive pelo julgador, até que contra si seja proferida uma sentença condenatória, e que transite ela em julgado, nos termos determinados pela norma constitucional.

Nesse sentido, expondo com clareza a função do necessário tratamento dispensado a parte como decorrência da presunção de inocência, Jordi Ferrer-Beltrán assim expõe.

A garantia processual que a presunção de inocência outorga aqui supõe que o Estado não pode tratar o cidadão de outra forma a não ser como inocente até que o juiz ou tribunal, depois de um processo com todas as garantias, declare provada a sua culpabilidade. (...) A única coisa que a regra de tratamento impõe é que o Estado (inclusive o próprio juiz da causa) não pode submeter o imputado a nenhum tratamento nem tomar qualquer decisão no curso do processo que suponha a antecipação da condenação e, em consequência, da pena.⁴⁵⁴

Visto o significado da presunção de inocência nesta faceta processual, pode-se dizer, sem medo de errar, que corresponde ela ao equivalente oposto da dimensão extraprocessual antes tratada, ambas equivalendo a forma com que o indivíduo deve ser tratado, com a única diferença se encontrando no tipo de relação do tratamento.

Assim, enquanto a dimensão extraprocessual incide numa relação privada entre particulares (noticiante e noticiado numa relação imprensa e cidadão), a dimensão processual como regra de tratamento incide numa relação pública (Estado e acusado).

Para concluir, o ponto que desperta o maior reflexo prático em relação a faceta da presunção de inocência como regra de tratamento é, sem dúvida, a execução da pena antes do seu trânsito em julgado.

Em que pese tal discussão fuja do objeto desta pesquisa, é preciso destacar que o Supremo Tribunal Federal, ao longo dos últimos anos, vem produzindo uma constante variação jurisprudencial a respeito do tema, ora favorecendo o entendimento a

⁴⁵⁴ FERRER-BELTRÁN, 2018, p. 158-159.

respeito da possibilidade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença, ora contrariando essa possibilidade.⁴⁵⁵

De todo modo, nas sanções decorrentes da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa tal discussão não parece ter lugar, uma vez que nelas a legislação constou expressamente (em reforço ao texto constitucional), que o cumprimento das sanções aplicadas depende do trânsito em julgado da sentença ou acórdão (art. 12, §9º da LIA), salvo quando aplicada essa condenação no âmbito eleitoral (Lei da Ficha Limpa – Lei Complementar 135/10), no qual se permite a suspensão dos direitos políticos, a partir de decisão proferida por órgão colegiado, dos condenados por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito.

4.6.2.4. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM SUA DIMENSÃO PROCESSUAL: REGRA PROBATÓRIA

Como regra probatória a presunção de inocência relaciona-se basicamente ao ônus probatório em seu aspecto subjetivo, ou seja, à estruturação da atividade probatória das partes e seus respectivos deveres.⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ Delimitando os diferentes momentos de orientação do Supremo Tribunal Federal a respeito da possibilidade de prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença, WUNDERLICH, Alexandre. Avanços e retrocessos do STF nos 30 anos de “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” – uma homenagem ao Ministro Eros Grau. In: PINTO, Felipe Martins. **Presunção de inocência**: estudos em homenagem ao professor Eros Roberto Grau. Belo Horizonte: Editora Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2020, p. 27-28. “A saber, recorro três momentos recentes de enfrentamento do tema pelo STF: o *primeiro*, quando houve a manifestação no sentido da constitucionalidade da “execução antecipada da pena”, que durou até o ano de 2009; o *segundo*, quando o STF revisou a posição da constitucionalidade com a consequente declaração de inconstitucionalidade de tal medida, orientação que perdurou até o ano de 2016, quando de iniciou o *terceiro* momento, que sufragou a possibilidade de “execução antecipada da pena”, em verdadeiro *retrocesso jurisprudencial*, com entendimento que vem sendo consagrado, por apertada maioria, até a presente data.(...) Nos debates produzidos no STF, merecem especial exame os votos dos Ministros Eros Grau (*Habeas Corpus* 84.078 – precedente que inaugura a vedação da execução antecipada da pena), Teori Zavascki (*Habeas Corpus* 126.292 – entendimento de que a *execução provisória de acórdão condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recursos especial ou extraordinário, não compromete o princípio da presunção de inocência.*), Luiz Edson Fachin (Medidas Cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44) e Luiz Roberto Barroso (no precedente conhecido como o “Caso do Ex-Presidente Lula” – *Habeas Corpus* 152.752, que teve início a partir da ordem de prisão embasada na súmula 122 do TRF da 4ª Região – “Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário”).”

⁴⁵⁶ CARPES, 2017c, p. 40-41.

Nas ações de improbidade administrativa, como espécie do gênero processos punitivos não penais, em razão da sua natureza sancionatória e natural desigualdade estrutural entre as partes, características essas já apontadas em tópico anterior, têm-se que a estrutura probatória é desenvolvida para ficar exclusivamente a cargo da parte Autora-acusadora, que tem o dever de superar a presunção de inocência do acusado.⁴⁵⁷

Neste sentido é a lição de Gustavo Badaró, desenvolvida sobre a ótica do processo penal, mas perfeitamente aplicável as ações de improbidade administrativa como espécie do gênero processos punitivos não penais, ao afirmar que ao acusado “lhe é assegurado, o direito ao silêncio, eliminando qualquer dever de colaborar com a descoberta da verdade. A prova da imputação cabe à acusação e integralmente à acusação.”⁴⁵⁸

Consequência direta da afirmação acima, de que o ônus probatório é exclusivo da parte autora, é o completo afastamento da regra geral de distribuição do ônus da prova estabelecida no artigo 373 do Código de Processo Civil, bem como da possibilidade da sua inversão prevista no parágrafo primeiro do mesmo artigo.

Dito isto, temos que nas ações de improbidade administrativa a exclusividade do ônus de provar o ilícito praticado pelo acusado, e com isso superar a presunção de inocência do acusado, é do Ministério Público, sob pena, conforme adiantado, da improcedência da ação proposta.

Quanto à presunção de inocência como regra probatória, ela repercutirá na improbidade administrativa de modo significativo: todo ônus da prova é da acusação (do Ministério Público) e nenhum encargo probatório recairá sobre a defesa. A presunção de inocência impõe um desequilíbrio estrutural na improbidade administrativa, em termos probatórios, favorecendo o imputado com relação à acusação, o que se justifica pela assimetria entre o poder do Estado acusador, parte mais forte, e o acusado, parte mais fraca.⁴⁵⁹

⁴⁵⁷ RÚA, Mônica Maria Bustamante. La garantía de la presunción de inocencia y el estándar de prueba de más allá de toda duda razonable. **Revista De La Maestría En Derecho Procesal**. Vol. 04, 2010, p. 25.

⁴⁵⁸ BADARÓ, 2019, p. 44.

⁴⁵⁹ PINTO, 2022, p. 237. No mesmo sentido, MERÇON-VARGAS, 2018, p. 213-214: “(...), a incidência da garantia da presunção de inocência, na perspectiva probatória, afasta, nos processos judiciais punitivos não penais, a regra geral prevista no artigo 373 do Código de Processo Civil, de distribuição do ônus da prova. Nesses processos, o ônus deve recair exclusivamente sobre o autor da

A justificativa para esse desalinhamento quanto ao ônus probatório caber exclusivamente à acusação, segundo pontua Marcos Vinícius Pinto, segue a mesma lógica afirmada quanto ao desenvolvimento nos sistema do *common law* dos standards de prova, qual seja evitar que erros prejudiquem réus inocentes, interferindo ou limitando direitos seus.⁴⁶⁰

4.6.2.5. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM SUA DIMENSÃO PROCESSUAL: REGRA DE JULGAMENTO

Por fim, chega-se à última das facetas processuais da presunção de inocência, por meio da qual funciona ela como regra de julgamento aplicada no momento de valoração da prova, expressa na clássica fórmula do *in dubio pro reo*.⁴⁶¹

Ou seja, quando ao final do procedimento probatório não for possível ao julgador constatar elementos de prova suficientes a favor da corroboração da hipótese de fato autoral, e por isso não restar superado o seu estado de dúvida, deve ele, tomando por base essa faceta da presunção de inocência e a fórmula apresentada, absolver o acusado.

Por fim, a presunção de inocência recairá sobre a improbidade administrativa como regra de julgamento (ônus objetivo da prova). Nesse

ação, a quem compete comprovar a prática do ilícito pelo réu, sob pena de improcedência. Por se tratar de *jus puniendi* estatal, nos processos judiciais punitivos não penais e em relação aos pedidos de natureza punitiva, não pode haver inversão do ônus da prova em prejuízo do réu, nem por força da norma do artigo 373, §1º, do Código de Processo Civil, nas hipóteses legais previstas ou mesmo sob o pretexto da defesa do interesse público e social, nem por força do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, diploma normativo que, como foi abordado no capítulo II, não se aplica a pretensão sancionadora. Com efeito, inverter o ônus da prova implicaria atribuir ao réu o ônus de provar que não praticou o ilícito que lhe é imputado – ou mesmo que não teve enriquecimento –, sob pena de ser condenado, o que revolveria a estrutura do processo punitivo, que é baseada no ônus exclusivo do órgão de imputação para a comprovação das práticas do ilícito, sob pena de improcedência por falta de provas. A postura passiva do réu, em relação às provas, não pode implicar consequência desfavorável, nem vantagem para o órgão de imputação, que, no exercício do *jus puniendi* estatal deve esmerar-se para comprovar a prática do ilícito pelo réu, aí sim, sob pena de a demanda ser julgada improcedente.”

⁴⁶⁰ PINTO, 2022, p. 225.

⁴⁶¹ Adota-se nessa pesquisa a ideia de ser a regra de julgamento do *in dubio pro reo* corolário da garantia da presunção de inocência. Contudo, segundo aponta FERRER-BELTRÁN, 2018, p. 169-170, e RÚA, 2010, p. 27, existe na doutrina quem encontre diferença entre ambos. Para esse grupo de autores a presunção de inocência seria aplicada quando diante das situações de ausência de prova da autoria do fato ou desrespeito das garantias processuais, enquanto que o *in dubio pro reo* seria aplicado como regra de julgamento para a absolvição do réu, quando ao final da valoração ainda restarem dúvidas no julgador a respeito da existência do fato ou sua autoria.

sentido, não alcançada a comprovação sobre o fato alegado na imputação, existente a dúvida sobre sua ocorrência, o acusado deverá ser absolvido, ou seja, a demanda deverá ser julgada improcedente, o que significa afirmar que à ação de improbidade administrativa se aplica o *in dubio pro reo*.⁴⁶²

Contudo, segundo afirma Jordi Ferrer-Beltrán, a presunção de inocência sobre essa perspectiva exige o estabelecimento de um standard de prova (ainda que não se exija nenhum especificamente, cabendo a uma decisão política essa definição)⁴⁶³, pois para que seja possível considerar superada a dúvida do julgador quanto a culpabilidade do acusado, é essencial saber qual o grau de prova exigido.

Por isso, segundo pontua Rafael Zottis, essa faceta da presunção de inocência e sua relação com o standard de prova exigível (aqui nas ações de improbidade administrativa) funciona como uma barreira imposta ao julgador contra uma possível condenação sobre o estado de dúvida quanto a culpabilidade do acusado.⁴⁶⁴

O problema, contudo, é que o direito brasileiro, salvo para o processo penal, não explicita qual o standard probatório aplicável nas sentenças de mérito, o que leva a uma verdadeira zona cinzenta e confusa.

Tal fato encontra ainda maior potencialização quando tomamos como referência as ações de improbidade administrativa, que por todas as razões antes apresentadas, constituem uma espécie “*sui generis*” de ação, entre o processo civil e o processo penal.

Por essa razão, no tópico que segue, será analisado, em específico, a questão envolvendo os standards de prova exigidos nas ações de improbidade administrativa.

Para tanto, partir-se-á de uma análise do estado da arte na doutrina e as diferentes posições doutrinárias existentes, para, ao final, estabelecer o que, na nossa opinião, mostra-se adequado como resposta ao problema central dessa pesquisa: Qual ou quais os standards probatórios aplicáveis as ações de improbidade administrativa.

⁴⁶² PINTO, 2022, p. 238.

⁴⁶³ FERRER-BELTRÁN, 2018, p. 173.

⁴⁶⁴ ZOTTIS, 2022, p. 94.

4.7. STANDARDS DE PROVA NAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DECORRENTES DA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: PREPONDERÂNCIA DA PROVA, PROVA CLARA E CONVINCENTE OU PROVA ALÉM DA DÚVIDA RAZOÁVEL?

Foi pontuado linhas acima que a aplicação da presunção de inocência como regra de julgamento pressupõe a adoção de um standard probatório, que deve ser definido por razões políticas.

Da mesma forma, foi pontuado que o Brasil não adota em sua legislação, de forma explícita (apesar de ser possível assim concluir logicamente), salvo para o processo penal, standards de prova expressos, cabendo a doutrina e jurisprudência a sua definição.

Nesse sentido, com relação as ações de improbidade administrativa, por constituírem uma espécie de ação de rito especial (civil com conteúdo punitivo), o problema se mostra, talvez, mais complexo.

Sobre o assunto, portanto, converge a doutrina (quando tratando das sanções punitivas) na afirmação de que a essa espécie de ações não se aplica o standard civil tradicional, da preponderância de provas, em razão da necessidade de uma maior densidade probatória.⁴⁶⁵ Contudo, diverge sobre qual densidade deve ser aplicada, aquela intermediária (prova clara e convincente) ou aquela superior (prova além da dúvida razoável), o que leva a variação do standard a ser aplicado.

⁴⁶⁵ Diverge a respeito dessa convergência PONZONI, 2020, p. 133, ao afirmar que para cinco das seis possíveis consequências decorrentes da prática de ilícitos de improbidade administrativa aplica-se o standard civil da preponderância de provas. “A Lei 8.429 de 1992 prevê a ação de improbidade administrativa contra agente público ou terceiro que causar dano ao patrimônio público ou violar princípios regentes da administração. Essa demanda pode ensejar seis tipos de consequências jurídicas, elencadas no seu art. 12, inclusive cumuladas: (...). Essa ação visa a proteger bens de interesse da coletividade e não impõe penas restritivas de liberdade a exigir um *standard* elevado. Cinco dessas categorias de penas são exclusivamente patrimoniais, de modo que sendo elas imputáveis, o *standard* haverá de ser o da preponderância de provas.”

Também converge a doutrina (quando tratando da sanção reparatória) na afirmação de que aplica-se, neste caso, o standard civil tradicional, da preponderância de provas.⁴⁶⁶

No tópico a seguir, será, portanto, procedida uma retrospectiva a respeito do estado da arte sobre o assunto, apresentando as posições doutrinárias daqueles que se dedicaram ao tema a partir da sua divisão em dois grupos.

4.7.1. O ATUAL ESTADO DA ARTE A RESPEITO DOS STANDARDS PROBATÓRIOS APLICÁVEIS NAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DECORRENTES DA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Foi dito no tópico antecedente que a doutrina nacional tem variado bastante quanto ao standard de prova aplicável nas consequência jurídicas decorrentes da prática de ilícito de improbidade administrativa.

Uma primeira corrente defende que nas sanções punitivas deve-se aplicar o standard de prova intermediário da prova clara e convincente, pois elas apenas se aproximam, mas não se igualam, as sanções decorrentes do direito penal, que diferentemente da improbidade administrativa prevê pena restritiva de liberdade, e que por isso os riscos de erro aceitáveis ao acusado seriam apenas intermediários (menor que o penal e maior do que o civil meramente patrimonial).

Integram o grupo de autores que defendem essa posição Guilherme Recena da Costa⁴⁶⁷, Humberto Ávila⁴⁶⁸, Artur Thompsen Carpes⁴⁶⁹, Clayton Maranhão⁴⁷⁰, Ravi Peixoto⁴⁷¹, Cássio Benvenutti de Castro⁴⁷², e de forma parcial, Christian Ponzoni⁴⁷³.

⁴⁶⁶ Diverge dessa conclusão, KNIJNIK, 2008, p. 169, para quem aplica-se ao ressarcimento ao erário o standard da prova clara e convincente.

⁴⁶⁷ COSTA, 2013, p. 368. “Algumas hipóteses específicas de processos de natureza civil, mas que versem direitos individuais de particular importância (v.g., relações de parentesco ou a aplicação de sanções por ato de improbidade administrativa) exigem avaliação intermediária. Em tais casos, uma espécie de decisão equivocada será mais custosa que outra, ainda que essa assimetria não seja tão acentuada quanto aquela identificada no processo penal. Surge, então, a noção de “prova clara e convincente” (*clear and convincing evidence*), identificada com um juízo equivalente ao “muito mais provável do que não”, superior à mera preponderância, mas menos exigente que a prova além da dúvida razoável.”

⁴⁶⁸ ÁVILA, 2018, p. 03. “(c) prova clara e convincente, apropriada a âmbitos do direito que abrangem sanções das quais resultem restrições aos direitos de liberdade e de propriedade, como é o caso do

De outro lado, uma segunda corrente defende que nas sanções punitivas decorrentes da prática do ilícito de improbidade administrativa, diante da severidade das suas consequências e seu caráter quase penal, exige-se seja aplicado o standard de prova mais exigente da prova além da dúvida razoável.

Integram o grupo de autores que defendem essa posição Danilo Knijnik⁴⁷⁴, Paulo Henrique dos Santos Lucon⁴⁷⁵, Clarisse Diniz Guedes⁴⁷⁶, Sarah Merçon-Vargas⁴⁷⁷ e Marcos Vinícius Pinto⁴⁷⁸.

Direito Administrativo Sancionador, por isso mesmo qualificado de Direito “quase Penal”, é obtida a partir da “preponderância da prova”, isto é, por meio de indícios qualificados que assegure haver muito mais probabilidade de a hipótese discutida ser verdadeira do que o contrário (*much more likely than not*).”

⁴⁶⁹ CARPES, 2015, p. 55-56. “Trata-se do modelo da “prova clara e convincente”, no qual a parte tem que convencer o julgador de que a verdade de sua proposição é altamente provável, mais do que simplesmente “mais provável do que não”, como ocorre com o modelo da mera “preponderância de prova”. Tal o standard probatório próprio dos processos que envolvem as ações de improbidade administrativa, nos quais, portanto, o convencimento do juiz deve restar formado a partir de elementos probatórios que, embora estejam a superar aqueles necessários à formação da convicção para a condenação civil, se encontram aquém daqueles suficientes para determinar a condenação de natureza penal.”

⁴⁷⁰ MARANHÃO, Clayton. Standards de prova no processo civil brasileiro. **Revista Judiciária do Paraná**. Curitiba, n. 17, 2019, p. 241-242. “Há formas específicas de tutela do direito material ao ordenamento jurídico brasileiro onde se exige um *standard* mais rigoroso que aquele aplicado ao procedimento comum. Referimo-nos especialmente aos casos que implicam séria e grave restrição ao *status libertatis* do cidadão e notadamente quando aplicáveis as *sanções por improbidade administrativa* previstas no artigo 12 da Lei Federal 8.429/92. (...) Diante disso tem-se como razoável aumentar o nível de exigência do *standard* probatório, para tanto propondo-se o umbral da *prova clara e convincente*.”

⁴⁷¹ PEIXOTO, 2021, p. 277. “Tendo em vista os critérios desenvolvidos no capítulo 2, os ilícitos não penais devem ter por base a exigência do *standard de alta probabilidade da prova* e não a *altíssima probabilidade da prova*, que foi adotado, no capítulo 4, como o mais robusto estandar probatório, em substituição à *prova acima de toda dúvida razoável*. Como visto anteriormente, no direito penal, não há exigência, por si só, da mais alta suficiência probatória, fazendo com que a tentativa de comparação, feita por alguns autores, entre os ilícitos não penais e os ilícitos penais não imponha a aplicação automática do *standard de altíssima probabilidade da prova*. Nem sequer pode ser utilizado o argumento de que a presunção de inocência aplicar-se-ia aos ilícitos não penais e, por isso, haveria a exigência do *standard* da seara penal, eis que se trata de norma jurídica que não impõe a exigência do standard mais rigoroso. Haveria, no máximo, a existência de uma pressão normativa para que a decisão tenha um *standard* mais robusto, que levaria ao modelo de constatação intermediário.”

⁴⁷² CASTRO, 2021, p. 237. “Finalmente, vale destacar que a maioria das demandas, em direito público, são tendencialmente sobre questões jurídicas – a discussão é mais normativa que fática. Razão pela qual o *standard* de prova pertinente para afastar um ato administrativo é o da “preponderância de provas”. Salvo nas situações excepcionais, em que se cominam penas de demissão ou de perda da função pública a servidores, bem assim nas hipóteses de improbidade administrativa, espécies que reclamam um *standard* da “prova clara e convincente”.”

⁴⁷³ PONZONI, 2020, p. 133-134. “A natureza do bem atingido pela ação é diversa para as hipóteses de perda dos direitos políticos em que se poderia cogitar do *standard* da prova clara e convincente, o qual demanda uma diferença grande de corroboração entre as hipóteses em disputa.”

⁴⁷⁴ KNIJNIK, 2007, p. 168-169. “O que mais cabe discutir, afastado o módulo aplicável à prova cível, é a questão de saber se o juiz deverá valer-se do modelo de constatação exigível pela sentença criminal condenatória ou, em realidade, do critério intermediário antes examinado, inerente aos processos civis

Já com relação à “sanção” ressarcitória, conforme pontuado, de uma forma geral, converge a doutrina quanto a exigência do standard da preponderância da prova.

que envolvam direitos fundamentais. (...) Assim, à aplicação de sanção de natureza indenizatória ou ressarcitória, ainda que rotulada sob o nome de *ação de improbidade*, o modelo de constatação compatível é o alusivo aos procedimentos civis especiais, já abordado, devendo-se exigir uma prova superior à mera preponderância, mas inferior à prova além da dúvida razoável (a chamada *prova clara e convincente*). Quando a matéria envolver a aplicação daquelas outras sanções, o juiz terá que valer-se do modelo de constatação inerente ao processo penal, ou seja, a *prova além da dúvida razoável*, conforme já exposto.”

⁴⁷⁵ LUCON, 2013, p. 540. “Resulta claro, diante da já afirmada ambivalência da ação de improbidade, que ostenta natureza essencialmente sancionatória e pode levar à restrição de direitos fundamentais do administrado (suspensão de direitos políticos e da liberdade de contratar, por exemplo), que deve ser empregado um modelo de constatação mais exigente. Nesse sentido, consagra-se a vigência do princípio *in dubio pro reo* no âmbito da improbidade administrativa. Isso quer dizer que “o juiz terá de valer-se do modelo de constatação inerente ao processo penal, ou seja, a *prova além da dúvida razoável*”.

⁴⁷⁶ GUEDES, Clarisse Diniz. **Persuasão racional e limitações probatórias**: enfoque comparativo entre os processos civil e penal. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 417. “Com efeito, já foi assinalado neste trabalho que os processos civis de índole punitiva se aproximam, em termos principiológicos, do processo penal, merecendo a situação do réu um tratamento protetivo, análogo àquele destinado ao acusado criminal. Assim, nas ações de improbidade que possam redundar em sanções graves, de feição nitidamente penal, deveria ser aplicado o princípio da presunção de inocência, com todos os seus desdobramentos. Isso acarreta a atribuição ao acusador do ônus de comprovar a tese fática *além de qualquer dúvida razoável*, nada incumbindo ao réu demonstrar, na medida em que o benefício da dúvida (*in dubio pro reo*) o favorece. Embora este entendimento não esteja suficientemente consolidado na jurisprudência, afigura-se o que mais se compatibiliza com a visão garantista do processo. Sendo a relação jurídica processual estruturalmente diversa num processo não penal de índole punitiva, e tendo em vista a possível submissão do réu a sanções de natureza penal, faz-se imperiosa a aplicação da regra de juízo decorrente da presunção da inocência, traduzida no *in dubio pro reo*.”

⁴⁷⁷ MERÇON-VARGAS, 2018, p. 222-224. “Nos processos judiciais punitivos não penais, como já se demonstrou, a natureza punitiva do direito material, seu potencial de restrições de direitos e a incidência da garantia da presunção de inocência apontam a necessidade de se adotar um patamar de prova mais adensado do que o da mera preponderância de provas, modelo típico dos processos civis de natureza patrimonial. (...) Sob a perspectiva do direito material, deve-se considerar que embora não haja previsão fora do âmbito formal penal de penas privativas de liberdade, as sanções punitivas não penais são graves – podendo chegar a ser potencialmente mais graves do que as penas previstas para crimes correlatos. Além disso, a gravidade de sanções punitivas como perda da função pública, suspensão de direitos políticos, dissolução compulsória da pessoa jurídica é indiscutível, pois a sua aplicação pelo Poder judiciário concretiza restrições de direitos fundamentais. (...) Para além do direito material, o elemento decisivo nessa análise é a presunção de inocência, enquanto regra de julgamento que também incide nos processos judiciais punitivos não penais. Além de impor o ônus da prova à acusação, exige-se um elevado grau de certeza para o rompimento do estado jurídico de não culpabilidade, por meio do *standard* da prova além da dúvida razoável.”

⁴⁷⁸ PINTO, 2022, p. 323. “Se correta a premissa que estabelecemos ao longo do trabalho, qual seja, a de que a presunção de inocência se aplica às ações de improbidade administrativa, não há como cogitar os *standards* da “prova clara e convincente” ou da “preponderância de provas”, eis que ambos toleram estados de dúvida. Logo, adotar outro modelo que não o da prova além da dúvida razoável “seria uma burla à Constituição e uma fraude às Convenções Internacionais que garantem que o acusado seja presumido inocente, isto é, que no caso de dúvidas seja absolvido.”

Neste sentido, Artur Thompsen Carpes⁴⁷⁹, Sarah Merçon-Vargas⁴⁸⁰ e Ravi Peixoto^{481 482}.

Diante da divergência posta, no tópico seguinte analisaremos o standard de prova aplicável em cada um dos grupos de consequências jurídicas possíveis de serem aplicáveis ao réu em decorrência da prática de ato de improbidade administrativa.

4.7.2. STANDARDS DE PROVA APLICÁVEIS NAS DIFERENTES CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DECORRENTES DA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Foi pontuado no tópico 4.3.1 que a partir da prática de atos de improbidade administrativa podem decorrer três grupos de consequências jurídicas distintas, que variam desde uma simples natureza instrumental, como é o caso da medida de indisponibilidade de bens, passando por medidas de natureza essencialmente não punitiva, como o ressarcimento ao erário, até aquelas de natureza essencialmente punitiva, como a suspensão de direitos políticos, a perda da função pública, a imposição de multa civil, proibição de contratação com o Poder Público ou recebimento de incentivos fiscais.

⁴⁷⁹ CARPES, 2015, p. 56. “Aliás, é bom que se note bem o ponto: no que se refere à convicção para condenar ao ressarcimento dos danos causados ao erário, o modelo de constatação permanecerá sendo o da mera “preponderância de provas”, (...)”

⁴⁸⁰ MERÇON-VARGAS, 2018, p. 67-68: “Em paralelo, o *ressarcimento ao erário* também não deve ser considerado uma sanção, no sentido punitivo do termo, pois não decorre do *ius puniendi* estatal. Trata-se de um dever de reparar, de índole compensatória, que pode inclusive ser demandado apenas no plano da responsabilidade civil, sem estar cumulado com pedidos de natureza punitiva. (...) O pedido de ressarcimento do dano causado, por não ter natureza punitiva, submete-se ao regime jurídico geral de garantias do processo civil em geral e não ao modelo mais adensado proposto nesse trabalho.” A autora, contudo, adiante, nas páginas 222-223, afirma que a adoção de diferentes standards dentro de um mesmo processo é de difícil execução e demonstração, concluindo, ao final, que nos processos judiciais punitivos não penais o standard aplicável deve ser o da prova além da dúvida razoável.

⁴⁸¹ PEIXOTO, 2021, p. 278. “Por fim, no que se refere ao pedido relativo ao pedido de ressarcimento pecuniário, o *standard* a ser aplicado deve ser aquele aplicável às demais searas cíveis e não aquele aplicável às sanções típicas de improbidade administrativa.”

⁴⁸² Em sentido contrário, defendendo a exigência da prova clara e convincente para a condenação de ressarcimento ao erário, KNIJNIK, 2008, p. 169. “Assim, à aplicação de sanção de natureza indenizatória ou ressarcitória, ainda que rotulada sob o nome de *ação de improbidade*, o modelo de constatação compatível é o alusivo aos procedimentos civis especiais, já abordado, devendo-se exigir uma prova superior à mera preponderância, mas inferior à prova além da dúvida razoável (a chamada prova clara e convincente), (...)”

Tal como antes afirmado, e ainda que tal consideração fuja ao objeto desta pesquisa, é preciso deixar claro que diante das diferentes naturezas das “sanções” previstas, que variam de um conteúdo não punitivo a punitivo, cria-se um problema de ordem procedimental.⁴⁸³

Contudo, tendo optado o legislador pela referida possibilidade de cumulação, a questão precisa ser enfrentada, em conjunto à da indisponibilidade de bens, que apesar das ressalvas já postas, também foi tratada como uma das consequências jurídicas decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa.

Dito isso, nos tópicos seguintes serão reanalisados cada um dos três grupos de consequências jurídicas possíveis, com o apontamento, ao final, daquele que se entende ser o standard de prova aplicável a cada hipótese.

4.7.2.1. STANDARD DE PROVA APLICÁVEL NAS MEDIDAS DE INDISPONIBILIDADE DE BENS: PROVA CLARA E CONVINCENTE

Dispõe o artigo 16 da Lei de Improbidade Administrativa a respeito do requerimento de indisponibilidade de bens dos réus. Esta medida, segundo apontam Luiz Manoel Gomes Jr. e Thiago Buchi Batista, não possui outra finalidade senão assegurar a reparação do dano causado ao Estado. Senão vejamos:

A cautelar de indisponibilidade de bens resulta no impedimento da transmissão de domínio e da movimentação financeira de bens imóveis e móveis garantindo, de certa forma, sua inalienabilidade no intuito de, em caso de condenação, garantir os efeitos da sentença no que diz respeito ao ressarcimento dos prejuízos sofridos pelo Estado.⁴⁸⁴

Para que seja possível o seu deferimento, estabelece a referida lei, no parágrafo terceiro do mesmo artigo 16, os requisitos legais exigidos, a saber (i) que exista no caso concreto a demonstração de perigo de dano irreparável ou risco ao resultado útil do processo, (ii) que reste o julgador, a partir dos elementos de prova validamente produzidos no processo, convencido da probabilidade da ocorrência dos atos descritos

⁴⁸³ MERÇON-VARGAS, 2018, p. 86.

⁴⁸⁴ GOMES Jr, Luiz Manoel; BATISTA, Thiago Buchi. A tutela provisória do novo Código de Processo Civil e sua aplicação na ação de improbidade administrativa. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 260, 2016, p. 06.

na inicial, (iii) que somente seja deferida após o prazo de 05 (cinco) dias de manifestação do réu.

Ou seja, estabeleceu o legislador para o deferimento da medida de indisponibilidade de bens os requisitos gerais das tutelas provisórias, quais sejam a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco de resultado útil do processo.

Nas hipóteses de tutelas provisórias, portanto, na qual a cognição do julgador é sumária (e, portanto, sobre os elementos de prova ainda haverá atividade instrutória)⁴⁸⁵, o standard de prova aplicável é, em regra, o da preponderância da prova.

Neste sentido, por exemplo, é a lição de Christian Ponzoni.

Na análise do pedido de tutela provisória, como dito anteriormente, a cognição do julgador é sumária, vale dizer, há uma análise perfunctória sobre o material probatório, uma vez que não fora esgotada a atividade instrutória do processo. Para essa decisão, o *standard* de prova há de ser o da preponderância de provas, independentemente de o pedido final requerer eventualmente o standard da prova clara e convincente.⁴⁸⁶

Contudo, nessa espécie de tutela provisória prevista nas ações de improbidade administrativa, em que pese seja a decisão tomada em juízo de cognição sumária, mostra-se evidente o estigma social imposto aquele que responde ao processo, que é tratado pela sociedade e imprensa como corrupto, além de representar indiscutível restrição ao direito de propriedade seu, na medida em que se vê o réu privado, ainda que momentaneamente, de dispor livremente de seus bens.⁴⁸⁷

Dito isso, não é recomendado, portanto, que seja exigido para essas decisões o mesmo standard de prova exigido para as decisões provisórias (comuns). É necessário mais,

⁴⁸⁵ A respeito da sumariedade da cognição nas tutelas provisórias e suas consequências, DINAMARCO, BADARÓ e LOPES, 2020, p. 520 assim se manifestam. “Todas essas tutelas levam o nome de *provisórias* justamente porque não são destinadas a se perpetuar no mundo jurídico. Por disposição expressa do Código de Processo Civil, toda tutela provisória “pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada”, não incidindo a autoridade da coisa julgada sobre decisões dessa ordem (art. 296). E elas são assim suscetíveis de revogação ou modificação porque para sua concessão basta uma *instrução sumária*, que não oferece ao juiz a *certeza* da existência do direito do autor, mas somente uma idônea *probabilidade*, a que a doutrina denomina *fumus boni juris*.”

⁴⁸⁶ PONZONI, 2020, p. 139-145.

⁴⁸⁷ PINTO, 2022, p. 275.

que seja adotado um standard de prova mais alto que aquele da mera preponderância da prova.

Neste sentido, nas medidas de indisponibilidade de bens determinadas em ações de improbidade administrativa, deve ser exigido, pelas razões antes expostas, o standard da prova clara e convincente estabelecido para as espécies de processo civil especial, no qual reste provado ao julgador que a hipótese autoral (necessidade da indisponibilidade e preenchimento dos requisitos necessários ao seu deferimento) seja altamente provável (ou seja, existam elementos de prova suficientes).

Antes de finalizar, entretanto, é preciso fazer um último esclarecimento. Afirmar que o standard da prova exigido para o deferimento da indisponibilidade de bens nas ações de improbidade administrativa é o da prova clara e convincente não implica no descumprimento da exigência da progressividade tratada no item 2.6.4.

Isso porque nos termos que foram apresentados no referido tópico, o que não se pode admitir, em hipótese alguma, é que exista uma inversão de gravidade entre a decisão definitiva e provisória, ou seja, que uma decisão provisória tomada no curso do processo tenha um grau de exigência superior ao exigido para a própria decisão de mérito.

Nada impede, ao contrário, que o grau de exigência probatória da decisão provisória seja inferior ou equivalente ao da futura decisão de mérito, sendo até recomendado, neste caso, em razão do custo da decisão para o acusado e limitações decorrentes da medida.

Feitos todos os esclarecimentos supra apresentados, pode-se concluir, nesta oportunidade, que para as decisões que determinam a indisponibilidade de bens nas ações de improbidade administrativa deve ser exigido o standard da prova clara e convincente.

4.7.2.2. STANDARD DE PROVA APLICÁVEL NAS CONDENAÇÕES DE SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS, PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA, MULTA CIVIL, PROIBIÇÃO DE CONTRATAÇÃO COM O PODER PÚBLICO E

DE RECEBIMENTO DE INCENTIVOS FISCAIS: PROVA ALÉM DA DÚVIDA RAZOÁVEL

Avançando, chegamos, neste momento, às principais consequências jurídicas decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa, uma vez que nos termos já antes pontuado, a principal finalidade desta espécie de ação é sancionar o agente ímprobo (no sentido estrito da expressão, de punição, pena).

Nos referimos, portanto, à suspensão de direitos políticos, perda da função pública, multa civil, proibição de contratação com o Poder Público e de recebimento de incentivos creditícios e/ou fiscais.

Pois bem, adiantando a conclusão que ao final chegaremos, o que se faz para facilitar o raciocínio a ser desenvolvido, defende-se, nesta oportunidade, que o standard probatório a ser aplicado nas sanções punitivas decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa não pode ser outro senão o da prova além da dúvida razoável.

Dizer isso implica, em boa medida, contrariar entendimento jurisprudencial consolidado⁴⁸⁸ e sólidas posições doutrinárias, que em sentido contrário, entendem, conforme apontado no tópico 4.7.1, que o standard aplicável nesses casos é aquele da prova clara e convincente.

Contudo, conforme adiantado, não concordamos e/ou seguimos essa posição. E a razão de nossa discordância é simples, fundamentada em basicamente dois argumentos já expostos no decorrer deste capítulo.

Em primeiro lugar, segundo apontam, por exemplo, Artur Thompsen Carpes⁴⁸⁹ e Ravi Peixoto⁴⁹⁰, as consequências jurídicas decorrentes da prática de ato de improbidade

⁴⁸⁸ A título de exemplo, registre-se que ao pesquisar junto ao sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça as expressões improbidade administrativa e prova clara e convincente, alcançou-se como resposta 01 acórdão publicado no mês de agosto do ano de 2002, bem como 102 decisões monocráticas.

⁴⁸⁹ CARPES, 2015, p. 55. “Convém salientar, por outro lado, que nada estará a justificar a adoção do modelo de constatação típico dos processos penais. As penas cominadas pelo direito material penal para o caso de responsabilização na sua esfera atingem consequências muito mais graves para a pessoa

administrativa, apesar de graves, não são tão graves quanto aquelas possíveis no direito penal, que estabelece a possibilidade da privação da liberdade do acusado.

Por essa razão, tomando por base apenas gravidade máxima permitida da consequência jurídica aplicável, entendem esses autores ser impossível a aplicação nas ações de improbidade administrativa do standard de prova próprio do direito penal.

Acontece que tal argumento, conforme será demonstrado, pode ser superado, na medida em que nos termos já pontuados no decorrer deste trabalho, a comparação das gravidades das consequências jurídicas é uma falácia, pois em muitos casos a consequência decorrente de uma condenação em uma ação de improbidade administrativa é muito mais grave e custosa do que uma condenação penal.

Neste sentido, afastando o argumento da gravidade das consequências jurídicas como fator impeditivo da aplicação do standard da prova além da dúvida razoável as ações de improbidade administrativa em razão, no mínimo, da sua equivalência, se manifesta Marcos Vinícius Pinto.

Não concordamos com tal pensamento justamente pela ideia enunciada em sua parte final. Em matéria de gravidade, nem sempre a sanção criminal terá maior poder de prejudicar do que a sanção de improbidade administrativa. O grau infamante das ações de improbidade administrativa é equivalente ao da ação penal; as sanções daquela podem ser piores que esta, como demonstramos no primeiro capítulo. Ambas incidirão de maneira distinta (e severa) sobre o condenado, mas a análise da maior ou menor gravidade é relativa diante dos olhos de quem está analisando.⁴⁹¹

Ou seja, se assim fosse, nos colocaríamos diante de uma situação teratológica. Numa ação penal com consequência jurídica mínima ao réu (por exemplo pena de multa)

do condenado, podendo alcançar, inclusive, a privação da sua liberdade, como, por exemplo, nos tipos previstos na Lei nº 8.666/99, que estabelece normas sobre licitações e contratos administrativos. Assim, não se revelaria adequada a utilização do *standard* da “prova além da dúvida razoável” para a formação do convencimento do órgão judicial suficiente para a condenação do agente público em ação de improbidade administrativa, cujas consequências não alcançarão aquelas que são peculiares ao processo penal.”

⁴⁹⁰ PEIXOTO, 2021, p. 277. “No direito penal, tem-se a possibilidade da privação da liberdade do acusado, o que insere esse ramo do direito em um patamar em que os riscos de erro em desfavor do acusado seriam mais gravosos e, por consequência, exige-se um *standard* probatório mais rigoroso. Assim, por estar entre o direito penal e o cível, as questões que envolvem a aplicação das sanções da Lei de Improbidade Administrativa demandariam a *prova clara e convincente*.”

⁴⁹¹ PINTO, 2022, p. 323.

seria exigível o standard da prova além da dúvida razoável, enquanto numa ação de improbidade administrativa no qual possível a aplicação de consequências jurídicas restritivas de direitos fundamentais (e por isso mais graves) seria exigível apenas o standard da prova clara e convincente.

Assim, em essência, constitui a ação de improbidade administrativa uma espécie de ação eminentemente punitiva, portanto em nada se diferenciando da ação penal (salvo a simples opção legislativa de assim não a definir), caracterizando-se ambas como forma de manifestação do Poder Punitivo Estatal.

E assim sendo, outro não pode ser o standard de prova a elas aplicável, por sua configuração como espécie de ação punitiva, se não aquele da prova além da dúvida razoável.

Mas não é só. Aceitar a afirmação de que as ações de improbidade administrativa configuram espécie de ação punitiva implica reconhecer também a necessidade da adoção de um regime jurídico mais adequado à hipótese, que convencionamos denominar regime jurisdicional sancionador, a partir do qual deve se conferir ao acusado todo o rol de garantias constitucionais disponibilizadas ao réu no processo penal (salvo aquelas relativas à pena de prisão, já que nesta espécie de ação não existe previsão de restrição da liberdade do acusado), dentre as quais, para o que aqui interessa, a presunção de inocência.

É preciso, então, que a questão também seja analisada sobre a perspectiva da presunção de inocência, que a partir do seus mais diversos desdobramentos, nas ações de improbidade administrativa, implica as seguintes conclusões: *(i)* cabe apenas à acusação a demonstração de que o acusado praticou o ato de improbidade administrativa imputado (regra probatória); *(ii)* e não havendo por parte da acusação a demonstração inequívoca da prática do ato ímprobo, ou havendo esta, permanecer alguma espécie de dúvida a respeito, deve a ação ajuizada necessariamente ser julgada improcedente (regra de julgamento).⁴⁹²

⁴⁹² MERÇON-VARGAS, 2018, p. 211.

Exige-se, portanto, em razão da presunção de inocência do acusado, aplicável, conforme visto, aos processos de improbidade administrativa, que para a sua condenação nas consequências jurídicas punitivas estabelecidas na ação de improbidade administrativa seja exigido um altíssimo grau de probabilidade quanto a prática da conduta ímproba, praticamente equivalente ao grau de certeza, correspondente a prova além da dúvida razoável.

Afinal de contas devendo o réu ser considerado inocente até o trânsito em julgado da sua sentença, sendo assim tratado durante todo o processo, e cabendo o ônus probatório exclusivamente à acusação, que deverá provar a sua culpa além da dúvida razoável, outro não poderá ser o standard da prova exigido.

No mesmo sentido, afirmando que a aceitação da aplicação da presunção de inocência as ações de improbidade administrativa (ao menos quanto as suas consequências jurídicas punitivas), por tudo que ela implica como regra probatória e como regra de julgamento, não pode admitir a aplicação de outro standard de prova que não aquele da prova além da dúvida razoável, sob pena de manifesta inconstitucionalidade, Marcos Vinícius Pinto.

Se correta a premissa que estabelecemos ao longo do trabalho, qual seja, a de que a presunção de inocência se aplica às ações de improbidade administrativa, não há como cogitar os *standards* da “prova clara e convincente” ou o da “preponderância de provas”, eis que ambos toleram estados de dúvida. Logo, adotar outro modelo que não o da prova além da dúvida razoável “seria uma burla à Constituição e uma fraude às Convenções Internacionais que garantem que o acusado seja presumido inocente, isto é, que no caso de dúvida seja absolvido”.⁴⁹³

Por isso, segundo pensamos, com relação as consequências jurídicas punitivas decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa (suspensão de direitos políticos, perda da função pública, multa civil, proibição de contratação com o Poder Público e de recebimento de incentivos creditícios e/ou fiscais), o standard de prova exigível para a condenação do agente deverá ser aquele da prova além da dúvida razoável, no qual resta exigido por parte da acusação que esta demonstre sem qualquer margem de dúvidas que o ato ímprobo foi praticado pelo acusado⁴⁹⁴.

⁴⁹³ PINTO, 2022, p. 323.

⁴⁹⁴ MERÇON-VARGAS, 2018, p. 225.

4.7.2.3. STANDARD DE PROVA APLICÁVEL NAS CONDENAÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO: PROVA ALÉM DA DÚVIDA RAZOÁVEL

Avançando nas consequências jurídicas decorrentes da prática de atos de improbidade administrativa, temos agora que analisar a questão do ressarcimento ao erário. Essa, conforme já pontuado, não corresponde a verdadeira sanção (em seu sentido punitivo), mas sim a “sanção civil indenizatória” cujo objetivo é a recomposição do *status quo ante*.

Resta então saber, com relação a essa consequência de natureza civil ressarcitória, qual o standard de prova será aplicável, aquele da preponderância da prova, da prova clara e convincente ou da prova além da dúvida razoável.

Pois bem, se divide a doutrina, conforme antes pontuado, que para a condenação do agente ímprobo ao ressarcimento ao erário deve ser aplicado o standard da preponderância de provas⁴⁹⁵ ou da prova clara e convincente⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵ Cumpre registrar que para a maioria da doutrina, o standard de prova aplicável nas condenações de ressarcimento ao erário é o da preponderância da prova. Neste sentido: CARPES, 2015, p. 56: “Aliás, é bom que se note bem o ponto: no que se refere à convicção para condenar ao ressarcimento dos danos causados ao erário, o modelo de constatação permanecerá sendo o da mera “preponderância de provas”, (...) O critério que determina a variação deste ou daquele *standard* repousa justamente no exame das necessidades do direito material e como ele se apresenta em juízo, circunstância que não apenas recomenda, mas impõe ao órgão judicial a adoção de modelo de constatação distinto, (...)”; PEIXOTO, 2021, p. 278: “Por fim, no que se refere ao pedido relativo ao pedido de ressarcimento pecuniário, o standard a ser aplicado deve ser aquele aplicável às demais searas cíveis e não aquele aplicável às sanções típicas da improbidade administrativa.”; Parece também concordar com essa proposta MERÇON-VARGAS, 2018, p. 67-68: “Em paralelo, o *ressarcimento ao erário* também não deve ser considerado uma sanção, no sentido punitivo do termo, pois não decorre do *ius puniendi* estatal. Trata-se de um dever de reparar, de índole compensatória, que pode inclusive ser demandado apenas no plano da responsabilidade civil, sem estar cumulado com pedidos de natureza punitiva. (...) O pedido de ressarcimento do dano causado, por não ter natureza punitiva, submete-se ao regime jurídico geral de garantias do processo civil em geral e não ao modelo mais adensado proposto nesse trabalho.” A autora, contudo, adiante, nas páginas 222-223, afirma que a adoção de diferentes standards dentro de um mesmo processo é de difícil execução e demonstração, concluindo, ao final, que nos processos judiciais punitivos não penais o standard aplicável deve ser o da prova além da dúvida razoável.

⁴⁹⁶ Em sentido contrário, como já apontado, KNIJNIK, 2008, p. 169, que entende ser aplicável, nesta hipótese, o standard da prova além da dúvida razoável. “Assim, a aplicação de sanção de natureza indenizatória ou ressarcitória, ainda que rotulada sob o nome de *ação de improbidade*, o modelo de constatação compatível é o alusivo aos procedimentos civis especiais, já abordado, devendo-se exigir uma prova superior à mera preponderância, mas inferior à prova além da dúvida razoável (a chamada *prova clara e convincente*), (...)”

O fundamento para as posições encontra-se no direito material envolvido, não punitivo, conforme já analisado em tópico anterior.

Nesta oportunidade, adiantando a conclusão a que ao final chegaremos, divergimos de ambas as posições.

Embora se trate o ressarcimento ao erário de “pena” de caráter eminentemente patrimonial, o que em teoria implicaria na adoção de um dos standards antes apresentados (preponderância da prova ou prova clara e convincente), neste caso, excepcionalmente, entendemos que estes não se devem aplicar.

Em nosso entendimento, e contrapondo à doutrina majoritária, o standard aplicável para a condenação de ressarcimento ao erário deve ser também aquele aplicado as demais consequências jurídicas decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa, no caso o standard da prova além da dúvida razoável.

E a razão é simples e já pontuamos: nas ações de improbidade administrativa, a causa de pedir consiste na prática pelo agente ímprobo de alguma das condutas descritas na lei, ao passo que o pedido corresponde à sua punição, e cuja procedência exige, nos termos antes tratados, o atingimento do standard da prova além da dúvida razoável.

Como no âmbito das ações de improbidade administrativa a pretensão de ressarcimento ao erário não pode existir isoladamente, sendo necessária para a sua procedência a comprovação da prática de alguma das condutas ímprobadas estabelecidas na lei, resta atraído para essa consequência jurídica o mesmo standard probatório das condenações de cunho sancionatório.

Assim, uma vez que nas ações de improbidade o ressarcimento ao erário é admitido apenas quando presente conduta ímproba, outro não pode ser o standard de prova exigido para essa condenação se não o da prova além da dúvida razoável.

Pensar diferente, com o devido respeito, estabelecerá uma situação no mínimo estranha. Isso porque se assim não for, será admitido um standard inferior para a

condenação em ressarcimento ao erário, que apenas será possível de existir quando presente alguma conduta dolosa tipificada em lei como ímproba.

Ou seja, em outras palavras, fazendo uma analogia com o direito civil, não se pode admitir que o acessório (ressarcimento ao erário), que depende da existência do principal (ato ímprobo), exija um standard de prova inferior aquele.

Além do mais, a simples consideração dessa dualidade de standards numa mesma sentença de mérito implica na criação de um problema complexo e de difícil solução prática, com graus de exigência distintos para consequências jurídicas decorrentes do mesmo fato e da mesma origem.⁴⁹⁷

Por todas essas razões, conforme antes adiantado, defendemos, nesta oportunidade, que o standard probatório exigido para a condenação ao ressarcimento ao erário decorrente de atos de improbidade administrativa, assim como nas consequências jurídicas punitivas, deve ser o da prova além da dúvida razoável.

4.8. CONCLUSÕES PARCIAIS DO CAPÍTULO

Centrou-se o presente capítulo na ação de improbidade administrativa, regulamentada no ano de 1992, quando foi publicada a Lei nº 8.429/92, cujo objetivo principal é a punição do agente público pela prática de ato considerado pela lei como ímprobo.

Dentro do arcabouço normativo da proteção da probidade administrativa (art. 37, §4º da CR/88 e Lei nº 8.429/92), foram estabelecidos três grupos distintos de consequências jurídicas decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa.

Em primeiro lugar, estabeleceu o texto constitucional a indisponibilidade de bens, que não configura verdadeira sanção, mas simples ferramenta processual para a obtenção do resultado final do processo (recomposição do erário e acréscimo patrimonial decorrente do enriquecimento ilícito).

⁴⁹⁷ Tal problemática foi observada por MERÇON-VARGAS, 2018, p. 86. Contudo, a autora, apesar de destacar a inconveniência prática, defende a coexistência de standards distintos nessas situações.

Em segundo lugar, também previu o texto constitucional o ressarcimento ao erário, medida correspondente ao dever imposto ao causador do prejuízo de compensá-lo, retornando ao *status quo ante*.

Ambas as consequências jurídicas, conforme pontuado, não configuram o objetivo principal da ação de improbidade administrativa, que reside na punição do agente que pratica ato considerado pela lei como ímprobo.

Dentro dessa ideia, estabeleceu a lei, então, um terceiro grupo, esse sim composto de verdadeiras sanções (suspensão de direitos políticos, perda da função pública, multa civil, proibição de contratação com o poder público e recebimento de incentivos fiscais) eminentemente punitivas.

Dentro dessa multiplicidade de consequências jurídicas, a redação original da Lei nº 8.429/92 não definia qual seria a natureza da improbidade administrativa, apenas determinando a adoção do rito ordinário próprio do processo civil.

Essa omissão, contudo, levou a diferentes interpretações, todas prejudiciais ao réu por não reconhecerem a natureza punitiva dessa espécie de ação, privando-o desta maneira da aplicação de garantias constitucionais em seu favor.

Com a recente alteração legislativa, restou expresso pelo legislador infraconstitucional que a ação de improbidade administrativa se insere dentro do regime do direito sancionador, tendo, portanto, reconhecida expressamente a sua natureza punitiva.

A consequência desse reconhecimento é a garantia daquele que responde a uma ação de improbidade administrativa, justamente em razão dessa natureza, de todo o conjunto de garantias constitucionais reconhecidas ao réu no processo penal, dentre as quais, para o que ora interessa a presunção de inocência.

Por fim, reservamos espaço para a análise da questão envolvendo a aplicação dos standards de prova em cada um dos grupos de consequências jurídicas acima

apresentados, oportunidade em que destacamos existir divergência doutrinária e jurisprudencial no que diz respeito à sua aplicação.

Para as medidas de indisponibilidade de bens, entendemos que em razão do estigma social imposto aquele que tem seus bens bloqueados e manifesta restrição ao seu direito de propriedade, uma vez que se verá privado de momentaneamente dele dispor, deve ser exigido um standard de prova mais alto que aquele exigido nas decisões provisórias comuns.

Neste caso, para a decretação da indisponibilidade de bens do réu na ação de improbidade administrativa, entendemos que deva ser exigido o atendimento do standard da prova clara e convincente, ou seja, restando provado que a hipótese autoral (necessidade da indisponibilidade e preenchimento dos requisitos necessários ao seu deferimento) seja altamente provável.

Já com relação as consequências jurídicas punitivas decorrentes da ação de improbidade administrativa, uma vez considerando à sua gravidade para o réu (equiparável ou até mesmo mais grave que as consequências advindas de uma ação penal) e a sua essência verdadeiramente punitiva, deve ser adotado um regime jurídico mais adequado à proteção do réu, no qual sejam respeitadas todas as garantias constitucionais conferidas ao réu no processo penal, entre as quais, para o que aqui interessa, a presunção de inocência.

Por fim, com relação a consequência jurídica de ressarcimento ao erário, em que pese tenha ela natureza ressarcitória, como não pode existir isoladamente, deve seguir o mesmo regime das consequências jurídicas principais.

Por isso, segundo pensamos, o standard de prova a ser exigido para a condenação do réu em todas as consequências jurídicas decorrentes da prática de improbidade administrativa, salvo a medida de indisponibilidade de bens, deve ser o da prova além da dúvida razoável, restando a cargo exclusivo da acusação a demonstração, sem qualquer dúvida, da prática de ato ímprobo pelo acusado bem como o prejuízo por ele causado ao erário.

5. CONCLUSÕES FINAIS

Percorridos todos os quatro capítulos desta dissertação, devemos encerrá-la expondo as conclusões alcançadas a partir da pesquisa realizada e reflexões realizadas durante todo o trabalho.

A primeira conclusão alcançada é que o procedimento probatório é composto de cinco fases, e não apenas quatro, correspondentes à proposição, admissibilidade, produção, valoração e decisão a respeito da prova dos fatos.

É exatamente dentro dessa última fase que compete ao julgador, após a valoração da prova, verificar se foi ou não atingido o grau de suficiência mínimo para a consideração do enunciado fático como provado.

Trata-se, pois, do que a doutrina convencionou chamar de standard de prova, ou seja, o grau de suficiência probatória mínima exigido pelo direito para que uma hipótese de fato possa ser considerada provada.

Tal exigência, conforme estabelecido, corresponde, no direito brasileiro, a uma regra de decisão rígida dirigida ao julgador, previamente estabelecida (preferencialmente por lei), que o obrigue a observar o grau de suficiência exigido.

Para que atendam a sua finalidade distributiva, orientadora e justificadora, coube a doutrina desenvolver critérios metodológicos para a sua melhor formulação.

Estabelecidas as premissas iniciais, concluiu-se que a adoção de standards de prova no direito brasileiro, mais do que possível, é necessária para o controle do grau de suficiência das decisões.

Para que fosse possível chegar a conclusão anterior, partiu-se da análise da aplicação dos standards de prova no direito norte americano, país considerado o principal expoente no assunto, oportunidade em que foram definidos os três principais tipos dentro de uma classificação justificada na psicologia cognitiva.

Assim, partindo da experiência americana e de todos os seus acertos e erros, transportou-se o instituto para a realidade brasileira com a adoção da mesma terminologia naquele país empregada, em razão da sua já ampla aceitação no dia-a-dia forense.

Em sequência, e uma vez estabelecida a premissa da necessidade da adoção de standards de prova no direito brasileiro, foi pontuada a sua inserção dentro do direito probatório, sendo definida a fase de organização e saneamento do processo (para o processo civil) e o início da fase de produção de provas (para o processo penal) como o correto momento para a sua fixação (caso não exista a sua fixação legislativa), e não a sentença, em respeito a regra da vedação de decisão surpresa.

Por fim, estabeleceu-se ainda a distinção entre standards de prova, valoração da prova e ônus da prova, todos institutos distintos porém funcionalmente conectados e sequenciais: valora-se a prova, decidem-se os fatos e caso não seja atingido o grau de suficiência exigido para a hipótese decide-se com fundamento na regra de ônus da prova.

Feitas todas essas considerações, passou-se à análise das ações de improbidade administrativa, procurando responder, ao final, qual (ou quais) são os standards de prova exigidos para a condenação do agente na prática de ato de improbidade administrativa.

Para tanto, fixamos a premissa de que a improbidade administrativa situa-se no campo do direito sancionador (ou processo judicial punitivo não penal).

Tal afirmação leva a conclusão da necessidade de adoção de um regime jurídico próprio do direito sancionador, e não processual penal, processual civil ou coletivo, o que implica na necessidade de garantir ao réu as mesmas garantias constitucionais conferidas ao réu no processo penal, dentre as quais o respeito da presunção de inocência.

Por fim, e tomando como ponto de partida a presunção de inocência do réu na ação de improbidade administrativa nas suas mais diversas dimensões, concluímos que nessa espécie de ação, independentemente da natureza jurídica das consequências jurídicas aplicáveis, se punitiva ou ressarcitória, deve o standard de prova aplicável, em razão do seu caráter infamante e da gravidade das consequências impostas ao réu, ser o da prova além da dúvida razoável.

Na mesma oportunidade, fixamos nossa posição que na indisponibilidade de bens, apesar de não ser propriamente uma consequência jurídica, mas simples medida instrumental para a garantia do resultado futuro da execução, o standard da prova deve ser o da prova clara e convincente, pois diante do estigma social imposto ao réu por eventual bloqueio tomado em juízo de cognição sumária, bem como à aplicação nesta espécie de processos da garantia da presunção de inocência, é necessário que seja adotado um standard mais alto do que o da simples preponderância de provas, exigível, como regra, nas tutelas provisórias.

Assim, sem pretender esgotar o tema, o presente trabalho propôs instigar uma reflexão sobre a importância da adoção e correta fixação dos standards de prova no direito brasileiro, em especial nas ações de improbidade administrativa.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCATINO, Daniela. Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**. Valparaíso, vol. XXXVII, 2011, p. 483-511.

_____. Atomismo y holismo en la justificación probatoria. **Isonomía**. Cidade do México, n. 40, 2014, p. 17-59.

ALARCÓN, Reynaldo Bustamante. **El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo**. Buenos Aires: Ediciones Olejnik, 2018.

ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2ª ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ALLEN, Ronald J. Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico. In: VÁSQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 41-64.

ALLEN, Ronald J.; Pardo, Michael S. Relative plausibility and its critics. **International Journal of Evidence and Proof**. Nova Iorque, Vol. 23, 2019, p. 05-59.

_____. Juridical Proof and the best explanation. **Alabama Law Scholarly Commons**. 2007, p. 01-46.

AMAYA, Amalia. Inference to the best explanation. **SSRN Electronic Journal**. Rochester, 2007, p. 01-24.

ANDRADE, Flávio da Silva. **Standards de prova no processo penal: quanto de prova é necessário para definir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar e condenar?**. Salvador: Editora JusPodivm, 2022.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. Breves considerações sobre as sanções da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92). In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. **Improbidade administrativa**: aspectos processuais da lei nº 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2015, p. 136-158.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª ed. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora, 2006.

AUILO, Rafael Stefanini. **A valoração judicial da prova no direito brasileiro**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

ÁVILA, Humberto. Teoria da Prova: Standards de prova e critérios de solidez da inferência probatória. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 282, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Standards probatórios. In: KNIJNIK, Danilo. **Prova judiciária**: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 153/170.

_____. Standards probatórios no processo penal. **Revista Jurídica**. Curitiba, v. 363, 2003, p. 127-144, 2008.

BARROS LOPES, Manuel. A presunção de inocência como regra de tratamento e regra de juízo probatório. **Revista Jurídica Portucalense**. Porto, n. 31, 2022, p. 162-196.

BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo código civil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa

julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: fórum, 2004, p. 137-163.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, vol 1. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England vol II**. Indianápolis: Liberty Fund INC., 2011.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BROOK, James. Inevitable errors: the preponderance of the evidence standard in civil litigation. **Tulsa Law Journal**. Vol. 18, 2013, p. 79-109.

BUSTAMANTE RÚA, Mónica María. La garantía de la presunción de inocencia y el estándar de prueba de más allá de toda duda razonable. **Revista de la Maestría en el Derecho Procesal**. Lima, v. 4, n. 1, 2010.

CALAMANDREI, Piero. **Opere giuridiche vol I**: problemi generali del diritto e del processo. Roma: Roma Tre Press, 2019.

CAMBI, Eduardo. O direito à prova no processo civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, v. 34, 2000, p. 143-159.

_____. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CARPES, Artur Thompsen. O direito fundamental ao processo justo: notas sobre o modelo de constatação nos processos envolvendo as ações de improbidade administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. **Improbidade administrativa**: aspectos processuais da lei nº 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2015, p. 44/60.

_____. Os modelos de constatação e a “redução do módulo probatório”: técnicas para a adequada reconstrução dos fatos da causa. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; DOTTI, Rogéria. **O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos**: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017a., p. 485/494.

_____. Fases do procedimento probatório. In: DALL’ALBA, Felipe Camilo; FORSTER, João Paulo Kulczynski. **Primeiras linhas de direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017b.

_____. **Ônus da prova no novo CPC**: do estático ao dinâmico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017c.

CASTRO, Cássio Benvenuto de. **Standards de prova**: na perspectiva da tutela dos direitos. Londrina: Thoth, 2021.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil vol. III**. 2. ed. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.

CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. Indisponibilidade de bens na improbidade administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. **Improbidade administrativa**: aspectos processuais da lei nº 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2015, p. 321-341.

CLERMONT, Kevin M. SHERWIN, Emily. A comparative view of standards of proof. **Cornell Law Faculty Publications**. Paper 222, 2002, p. 243-275.

CLERMONT, Kevin M. Standards of proof revisited. **Cornell Law Faculty Publications**. Vol. 33, 2009, p. 469-487.

_____. Death of paradox: the killer logic beneath the standards of proof. **Cornell Law Faculty Publications**. Paper 585, 2013a, p. 1061-1138.

_____. **Standards of decision in law**: psychological and logical bases for the standard of proof, here and abroad. Durham: Carolina Academic Press, 2013b.

_____. Common sense on standards of proof. **48 Seton Hall Law Review**. Vol. 48, 2018, p. 1057-1080.

_____. Staying faithful to the standards of proof. **Cornell Law Review**. Vol. 104, 2019, p. 1457-1512.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS. **Recurso Voluntário nº 13603.722328/2010-13**. Relator(a) Cons. Andrea Viana Arrais Egypto. Publicação: 05.04.2017. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/13603722328201013_5707110.pdf. Acesso em: 16.12.2021.

COSTA, Guilherme Recena. Livre convencimento e standards de prova. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. **40 anos da teoria geral do processo no Brasil**: passado, presente e futuro. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 356/380.

_____. A ambivalência da ação de improbidade administrativa e sua conformação processual. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. **Improbidade administrativa**: aspectos processuais da lei nº 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2015, p. 232-252.

COSTA, Susana Henriques. Cumulação de pedidos em ações de improbidade administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da

Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. **Improbidade administrativa**: aspectos processuais da lei nº 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2015, p. 397-413.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3ª ed. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo**: prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

DAMASKA, Mirjan. **Evidence law adrift**. New Haven: Yale University Press, 1997.

_____. **Evaluation of evidence**: pre-modern and modern approaches. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

DEI VECCHI, Diego. **Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio**. Lima: ZELA Grupo Editorial E.I.R.L.-Editorial CEIJE, 2020a.

_____. Prueba libre, justificación epistémica y el noble sueño de los estándares de prueba. **Revista de Derecho**. Valdivia, vol. XXXIII, n. 02, 2020b.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

DELLEPIANE, Antonio. **Nova teoría da próva**. Trad. Erico Maciel. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942.

DUCE, Mauricio. Reflexiones sobre el proceso sancionatorio administrativo chileno: debido proceso, estándar de convicción (prueba) y el alcance del sistema recursivo. **Diritto Penale Contemporaneo**. 2018.

DUTRA, Ludmila Corrêa. A interpretação ideológica do conteúdo da presunção de inocência no direito brasileiro. In: PINTO, Felipe Martins. **Presunção de inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Roberto Grau**. Belo Horizonte: Editora Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2020, p. 317-338.

ENGEL, Christoph. Preponderance of the evidence versus intime conviction: A behavioral perspective on a conflict between american and continental european law. **Vermont Law Review**. Vol. 33, 2009, p. 435-467.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. **In re Winship, 397 U.S. 358 (1970)**. Disponível em <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep397/usrep397358/usrep397358.pdf>. Acesso em 27 jan. 2022.

FERRARESI, Eurico. **Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba causibenthamiana. In: VÁSQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 21-39.

_____. **Prova e verdade no direito**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 4, n. 1, 2018, p. 149-180.

_____. **Valoração racional da prova**. Trad. Vitor de Paula Ramos. Salvador: Editora JusPodivm, 2021a.

_____. **Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso**. Madrid: Marcial Pons, 2021b.

_____. Prolegômenos para uma teoria sobre os standards probatórios. O test case das responsabilidades do Estado por prisão preventiva errônea. In: FERRER BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Trad. Vitor de Paula Ramos. Salvador: Editora JusPodivm, 2021c, p. 240-296.

FERRER-BELTRÁN, Jordi; TUZET, Giovanni. Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali. **Diritto & Questioni Pubbliche**. Palermo, XVIII, 2018, p. 455-472.

GAGNO, Luciano Picoli. O rigor excessivo no juízo probatório cível e sua incompatibilidade com o direito fundamental de acesso à justiça e a teoria dos modelos de constatação. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 226, 2013.

GARCIA, Edgar Ramón Aguilera. Derecho fundamental a la prueba y estándares de suficiencia probatoria. **Ius Comitalis**. Toluca, n. 03, 2019, p. 182-199.

GARCÍA, Miguel Ángel Muñoz. El estándar más allá de duda razonable en el proceso penal: algunas consideraciones críticas. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; VÁSQUEZ, Carmen. **Del derecho al razonamiento probatorio**. Madri: Marcial Pons, 2020, p. 187-212.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. **DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante, n. 28, 2005.

_____. **Los hechos en el derecho**: bases argumentales de la prueba. 3ª ed. Madri: Marcial Pons, 2010.

_____. **Cuestiones probatorias**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

GAVIER, Santiago Sánchez. Algunas consideraciones sobre la verdad en el proceso y la fuerza motivadora del derecho. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; VÁSQUEZ, Carmen. **Del derecho al razonamiento probatorio**. Madri: Marcial Pons, 2020, p. 161-186.

GOMES, Luiz Flávio. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 729, 1996.

GOMES Jr, Luiz Manoel; BATISTA, Thiago Buchi. A tutela provisória do novo Código de Processo Civil e sua aplicação na ação de improbidade administrativa. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 260, 2016.

GUEDES, Clarisse Diniz. **Persuasão racional e limitações probatórias**: enfoque comparativo entre os processos civil e penal. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

GRECO, Leonardo. A teoria geral do processo e a prova. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. **40 anos da teoria do processo no Brasil**: passado, presente e futuro. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 562-572.

_____. O conceito de prova. **Revista da Faculdade de direito de Campos**. Campos dos Goitacases, ano IV, nº 4 – ano V, nº 5, 2003-2004, p. 213-269.

HAACK, Susan. Truth, Truths, “Truth,” and “Truths” in the law. **Harvard Journal of Law & Public Policy**. Vol. 26, 2003, p. 17-21.

_____. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. In: VÁSQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica**: ensayos de epistemología jurídica. Madri: Marcial Pons, 2013, p. 65-98.

_____. **Evidence matters**: science, proof and truth in the law. New York: Cambridge University Press, 2014.

_____. Proof, probability, and statistics: the dangers of <delusive exactness>. **La prueba en el proceso – II Conferencia internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2018, p. 497-521.

HAMER, David. Probabilistic standards of proof, their complements and the errors that are expected to flow from them. **The UNE Law Journal**. Vol. 01, 2004, p. 71-107.

HO, Hock Lai. **A philosophy of evidence law: justice in the search for truth**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

JORGE, Flavio Cheim. A tutela da probidade administrativa: crime de responsabilidade ou ação de improbidade administrativa. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 131, 2006.

JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. A tutela processual da probidade administrativa (Lei 8.429, de 1992). In: BUENO, Cassio Scarpinella; FILHO, Pedro Paulo de Rezende Porto. **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Maheiros, 2001, p. 175-186.

JOSEPHSON, John R. On the proof dynamics of inference to the best explanation. **Cardozo Law Review**. V. 22, 2001, p. 1621-1643.

KAGEHIRO, Dorothy K. Defining the standards of proof in jury instructions. **Psychological Science**. Vol. 01, n. 03, 1990, p. 194-200.

KEANE, Adrian; McKeown. **The modern law of evidence**. 9ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. 3ª ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020, p. 351.

KNIJNIK, Danilo. Os standards de convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 353, 2001.

_____. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

LAGIER, Daniel González. Es posible formular um estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. **Revista Telemática de Filosofía del Derecho**. Madri, n. 23, 2020, p. 79-97.

_____. **Quaestio facti**: ensaios sobre prova, causalidade e ação. Trad. Luis Felipe Kircher. Salvador: Editora JusPodivm, 2022.

LANGBEIN, John H. **The origins of adversary criminal trial**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. **DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante, n. 28, 2005, p. 95-113.

_____. **Truth, error, and criminal law**: and essay in legal epistemology. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2008a.

_____. Is reasonable doubt reasonable? **Public Law and Legal Theory Research Paper**. N. 144, 2008b, p. 01-33.

_____. Strange bedfellows: inference to the best explanation and the criminal standard of proof. **International Journal of Evidence and Proof**. Nova Iorque, Vol. 11, 2009.

LEUBSDORF, John. The surprising history of the preponderance standard of civil proof. **Florida Law Review**. V. 67, 2016, p. 1569-1619.

LILLQUIST, Erik. Recasting reasonable doubt: decision theory and the virtues of variability. **University of California Davis Law Review**. V. 36, 2002, p. 85-197.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. A prova na ação de improbidade administrativa. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques; LOPES,

Ricardo Augusto de Castro. **A prova no direito processual civil**: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 531-543.

LUZ, Denise. **Direito Administrativo sancionador judicializado**: improbidade administrativa e devido processo. Aproximações e distanciamentos do direito penal. Curitiba, 2014, p. 23.

MARANHÃO, Clayton. Standards de prova no processo civil brasileiro. **Revista Judiciária do Paraná**. Curitiba, n. 17, 2019, p. 221-258.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Aspectos procedimentais do instituto jurídico do “impeachment” e conformação da figura da improbidade administrativa. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 685, 1992.

MATIDA, Janaina; ROSA, Alexandre Moraes da. Para entender standards probatórios a partir do salto com vara. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 20 mar. 2020. Disponível em: <[http:// https://www.conjur.com.br/2020-mar-20/limite-penal-entender-standards-probatorios-partir-salto-vara](https://www.conjur.com.br/2020-mar-20/limite-penal-entender-standards-probatorios-partir-salto-vara)>. Acesso em: 18 nov. 2020.

MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova “para além de toda a dúvida razoável” no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 156, 2019.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MCCAULIFF, C. M. A. Burdens of proof: Degrees of belief, quanta of evidence, or constitutional guarantees? **Vanderbilt Law Review**. Vol. 35, 1982, p. 1293-1335.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

MELIM, Mafalda. Standards de prova e grau de convicção do julgador. **Revista de Concorrência e Regulação**. Lisboa, n. 16, 2013, p. 143-193.

MERÇON-VARGAS, Sarah. **Teoria do processo judicial punitivo não penal**. Salvador: Editora JusPodvim, 2018.

MIRANDA, Gustavo Senna. Da impossibilidade de considerar os atos de improbidade administrativa como crimes de responsabilidade. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 857, 2007.

MULRINE, Thomas v. Reasonable doubt: how in the world is it defined ? **American University International Law Review**. Vol 12, 1997, p. 195-225.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. Presunção de inocência, standard de prova e racionalidade das decisões sobre os fatos no processo penal. In: Santoro. **Crise no processo penal contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/38656612/Presunção_de_Inocência_Standards_de_Prova_e_Racionalidade_das_Decisões_sobre_os_Fatos_no_Processo_Penal. Acesso em: 10 set. 2021.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas; MASCARENHAS, Fabiana Alves. Os standards probatórios como métrica da verdade: em busca de parâmetros objetivos para a racionalização das decisões sobre fatos. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**. Bogotá, n. 44, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvallho Rezende. **Manual de improbidade administrativa: direito material e processual**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

NEVES E CASTRO, Francisco Augusto. **Theoria das provas e sua aplicação aos actos civis**. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1917.

NIEVA FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madri: Marcial Pons, 2010.

_____. **La duda en el proceso penal**. Madri: Marcial Pons, 2013.

_____. Carga de la prueba y estándares de la prueba: dos reminiscencias del pasado. **InDret**. Num. 03, 2020, p. 406-437.

NISSIN, Andrés Fuchs. Análisis y propuesta sobre el estándar de prueba aplicable en casos de cárteles, en materia de derecho de la competencia. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; VÁSQUEZ, Carmen. **Del derecho al razonamiento probatorio**. Madri: Marcial Pons, 2020, p. 213-239.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência**. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PARDO, Michael S. Entándares de prueba y teoría de la prueba. In: VÁSQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica**. Madri: Marcial Pons, 2013, p. 99-118.

PAVAN, Dorival Reanto; CAPELARI, Bruna. O art. 17 da Lei nº 8.429/92 e os principais aspectos processuais da Ação de Improbidade Administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. **Improbidade administrativa: aspectos processuais da lei nº 8.429/92**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 66-113.

PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

PI, Daniel; PARISI, Francesco; LUPPI, Barbara. Quantifying reasonable doubt. **Rutgers University Law Review**. Vol. 72, 2019, p. 455-508.

PICINALI, Federico. Is “proof beyond a reasonable doubt” a self-evident concept? Considering the US and the Italian legal cultures towards the understanding of the standard of persuasion in criminal cases. **Sistema Penal & Violência**. Porto Alegre, vol. 02, n. 01, 2010, p. 64-82.

_____. The threshold lies in the method: instructing jurors about reasoning beyond reasonable doubt. **International Journal of Evidence and Proof**. Vol. 19, 2015, p. 01-23.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30^a ed. São Paulo: Editora Gen/Forense, 2017

PINTO, Marcos Vinícius. Reflexões sobre improbidade administrativa, ônus da prova, modelos de constatação e nota sobre o NCPC. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Eli Pierre. **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 361-393.

_____. **Ação de improbidade administrativa: presunção de inocência e *ne bis in idem***. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil tomo IV**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

PONZONI, Christian. **Standards de prova no processo civil**. Londrina: Thoth, 2020.

PRUEBA SIN CONVICCIÓN: ESTÁNDARES DE PRUEBA U DEBIDO PROCESO. Fóruns Permanentes EMERJ, 11 de maio de 2021. 1 vídeo (04 horas: 38

segundos). Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=g58ad1StiSs&t=1803s>. Acesso em 28 jun. 2022. Participação Geraldo Prado, Gustavó Henrique Badaró, Janaina Roland Matida, Rachel Herdy, Carmen Vázquez Rojas, Vitor de Paula Ramos e Jordi Ferrer Beltrán.

RAGAVAN, Shamini K. An intermediate standard of proof in serious civil cases in England and Wales. **Northern Ireland Legal Quarterly**. Vol. 65, 2014, p. 81-100.

RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 224, 2013.

_____. **Ônus da prova no processo civil**: do ônus ao dever de provar. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018a.

_____. **Prova testemunhal**: do subjetivismo ao objetivismo. Do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018b.

_____. O procedimento probatório no novo CPC. Em busca de interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas. In: DIDIER JR, Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, Wiliam Santos. **Coleção grandes temas do novo CPC, vol 5**: direito probatório. Salvador: Editora JusPodivm, 2018c, p. 121-140.

REICHELDT, Marcos Henrique. Reflexões sobre a tutela jurídica da moralidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LUDWIG, Roberto José. **A proteção judicial da probidade pública e da sustentabilidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 11-30.

RIBEIRO, Paulo Carvalho. **O princípio da presunção de inocência e sua conformidade constitucional**. Natal: Editora Motres, 2019.

ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil Tomo. II**. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955.

ROSITO, Francisco. **Direito probatório**: as máximas de experiência em juízo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RÚA, Mônica Maria Bustamante. La garantía de la presunción de inocencia y el estándar de prueba de más allá de toda duda razonable. **Revista De La Maestría En Derecho Procesal**. Vol. 04, 2010, p. 01-38.

RUÇO, Alberto Augusto Vicente. **Prova e formação da convicção do juiz**. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2017.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial vol I**. São Paulo: Max Limonad, 1952.

SCARPARO, Eduardo. Inferência para melhor explicação (IME) e persuasão racional: ferramentas e critérios de adequada valoração probatória. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 300, 2020.

SCHMITZ, Leonard. **Presunções judiciais**: raciocínio probatório por inferências. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SCHUM, David A. Probability and the processes of discovery, proof, and choice. **Boston University Law Review**. Vol. 66, 1986.

SCHWEIZER, Mark. The civil standard of proof – What is it, actually?. **Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods**. 2013, p. 01-31.

SHAPIRO, Barbara. **Beyond reasonable doubt and probable causa**: historical perspectives on the Anglo-American law of evidence. Berkeley: University of California Press, 1991.

SIMÃO, Calil. **Improbidade administrativa**: teoria e prática. 4^a ed. Leme: JHMizuno, 2019.

SIQUEIRA, THIAGO FERREIRA. **Limites objetivos da coisa julgada**: objeto do processo e questões prejudiciais. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **A prova em processo civil**: ensaio sobre o raciocínio probatório. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo em Recurso Especial nº 1936856**. Relator(a) Min. Maria Isabel Gallotti. DJE. 14.12.2021. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 15.12.2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.632.750/SP**. Relator(a): Min. Moura Ribeiro. Julgado em 24.10.2017. Publicação: DJE 13.11.2017. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 08.06.2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 802.832/MG**. Relator(a): Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 13.04.2011.. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 30.07.2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 73.338/RJ**. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgado em 13.08.1996. Publicação: DJ 19.12.1996. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 08.06.2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Penal nº 470/MG**. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 17.12.2012. Publicação: DJ 19.04.2013. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 08.06.2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **QO em PET nº 3.923-SP**. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 13.06.2007. Publicação: DJ 25.09.2008. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 09.08.2022.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TARSKI, Alfred. The semantic conception of truth: and the foundations of semantics. **Philosophy and phenomenological research**. Vol. 04, n. 03, 1944, p. 341-376.

TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile. **Rivista di diritto processuale**. N. 04, 1984, p. 74-120.

_____. Rethinking the standards of proof. **The american journal of comparative law**. Vol. 51, 2003, p. 659-678.

_____. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

_____. **A prova**. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. **Uma simples verdade**: o juiz e a reconstrução dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2016.

TOULMIN, Stephen E. **Os usos do argumento**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

TRENTO, Simone. Os standards e o ônus da prova: suas relações e causas de variação. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 226, 2013.

_____. **Standards de prova e ônus da prova**: efetividade da tutela jurisdicional em matéria probatória. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2015.

TRIBE, Laurence H. Trial by mathematics: precision and ritual in the legal process. **Harvard Law Review**. Vol. 84, 1971, p. 1329-1393.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Agravo de Instrumento nº 2165668-91.2020.8.26.0000**. Relator(a) Des. Silvério da Silva. DJE. 09.12.2020. Disponível

em: <

TUZET, Giovanni. Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification. **Artificial intelligence and law**. Vol. 28, 2018.

_____. Abduction, IBE & standards of proof. **The International Journal of Evidence and Proof**. Nova Iorque, Vol. 23, 2019.

_____. **Filosofía de la prueba**. Trad. Diego Dei Vecchi. Madri: Marcial Pons, 2021.

TWINING, William. The rationalist tradition of evidence scholarship. In: TWINING, William. **Rethinking evidence: exploratory essays**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 35-98.

VANONI, Leonardo Bofill. Presunção de probidade administrativa – da fundamentalidade às repercussões probatórias. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LUDWIG, Roberto José. **A proteção judicial da probidade pública e da sustentabilidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 134-147.

VARS, Frederick E. Toward a general theory of standards of proof. **Catholic University Law Review**. Vol. 60, 2010.

VÁZQUEZ, Carmen. A modo de presentación. In: VÁSQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica**: ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 11-20.

VIEIRA, Gustavo. **A democratização da prova no processo civil**: bases principiológicas e limites à busca da verdade. Londrina: Thoth, 2021.

VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil**: justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

WALSH, Hillary Gaston. Unequivocally different: the third civil standard of proof. **Kansas Law Review**. Vol. 66, 2018, p. 565-602.

WHITMAN, James Q. **The origins of reasonable doubt**: theological roots of the criminal trial. Londres: Yale University Press, 2008.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Sentido y hecho en el derecho**. Trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas e Juan Igartua Salaverría. Buenos Aires: Ediciones Olejnik, 2018.

WUNDERLICH, Alexandre. Avanços e retrocessos do STF nos 30 anos de “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” – uma homenagem ao Ministro Eros Grau. In: PINTO, Felipe Martins. **Presunção de inocência**: estudos em homenagem ao professor Eros Roberto Grau. Belo Horizonte: Editora Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2020, p. 23-34.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

ZANETI Jr., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. Inquérito civil, contraditório e improbidade administrativa: um diagnóstico crítico dos precedentes das cortes

supremas brasileiras. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**. Rio de Janeiro, v. 17, n. 02, 2016, p. 298-319.

ZOTTIS, Rafael. **Standards de prova e dúvida razoável no processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.