

O STANDARD DE PROVA NO CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA

THE STANDARD OF PROOF IN THE CRIME OF PASSIVE CORUPTION

Recebido: 22/03/2024

Aceito: 06/06/2024

Temistocles Araujo Azevedo
Mestre em Direito Processual Civil pela UFRGS
Juiz da 37ª Vara/PE

RESUMO: Esse artigo tem por objetivo analisar o conceito de standards de prova e abordar a possibilidade de formular diferentes standards no direito penal, considerando não apenas o estágio procedimental em que a decisão é tomada, mas também o tipo de crime, com foco na corrupção passiva.

SUMMARY: *This article aims to analyze the concept of standards of proof and adress the possibility of formulating different standars in crminal law considering not only the procedural stage in which the decision is made, but also the type of crime, with focus in passive corruption.*

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é explorar os critérios fornecidos pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência, acerca da prova de uma pretensão penal exposta na denúncia, e relacionando-os com um tipo penal específico: o crime de corrupção passiva.

Em todo o processo, o magistrado é posto diante de um fato que ele não presenciou, irrepetível, oriundo da experiência, não tendo dele um conhecimento direto, e que deve servir de suporte originário para a decisão. O magistrado deve guiar-se pelas hipóteses formuladas pelas partes por meio de suas narrativas e pelas provas que também são apresentadas pelas partes.

Sendo o contexto processual de incerteza inicial¹, pelo menos uma das partes, considerando a regra do ônus da prova, não medirá esforços para assim permanecer.

O crime de corrupção passiva normalmente é praticado adotando estratégias de ocultação e de dissimulação, de modo que seus autores pretendem se distanciar de eventual resultado delituoso dando ares de legalidade à sua conduta.

Considerando essa peculiaridade, indaga-se sobre a possibilidade de estabelecer uma diminuição da exigência probatória no crime de corrupção passiva, ou se seria o caso de se manter os mesmos parâmetros estabelecidos no processo penal para todos os tipos penais, hipótese em que deveriam ser aperfeiçoados os instrumentos de investigação.

A exigência probatória a que se refere é a prova suficiente para se acolher a pretensão penal. A finalidade de um *standard* de prova é estabelecer de modo objetivo em que momento uma pretensão pode ser considerada suficientemente comprovada para autorizar determinada decisão.

No processo criminal, é comum na doutrina e na jurisprudência a invocação do princípio *in dubio pro reo* como um lastro para concluir que o *standard* de prova no processo criminal é a prova além de toda dúvida razoável. Trata-se de

1 ALLEN, Ronald J.; STEIN, Alex. Evidence, probability, and the burden of proof. Arizona Law Review, vol. 55, pág.558. TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos (Estructuras y Procesos. Derecho) (Spanish Edition) (p. 351). Trotta. Edição do Kindle.

parâmetro oriundo do direito norte-americano e que também carece de devido esclarecimento, notadamente porque sujeito a inúmeras críticas que consistem na sua extrema subjetividade e indeterminação.

Por essa razão, determinados temas devem ser tratados necessariamente, como a natureza persuasiva ou racional da prova, e sua relação com a verdade no processo.

Nesse trabalho, inicialmente, será realizado um breve tratamento sobre o tipo penal de corrupção passiva. Em seguida, será feita uma breve abordagem dos *standards* de prova, da sua relação com a concepção racional da prova e com a epistemologia e, por fim, será realizada uma relação dos *standards* de prova com o crime de corrupção passiva, considerando a possibilidade de haver previsão de mais de um *standard* de prova no processo penal.

1. DO TIPO PENAL DA CORRUPÇÃO PASSIVA

A definição típica do crime está prevista no art. 317, do Código Penal Brasileiro:

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. *(Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)*

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo o dever funcional.

§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Os verbos do núcleo do tipo são solicitar, receber e aceitar. Solicitar é pedir ou requerer algo. Receber é tomar, obter, acolher, alcançar, entrar na posse. Aceitar promessa é anuir, concordar, admitir em receber².

Trata-se de crime autônomo que se consubstancia em exceção dualista à teoria monista do concurso de agentes porque é possível sua consumação independentemente da participação de um particular, notadamente em razão de a modalidade *solicitar* ser unilateral e não requerer a participação de um corruptor. As demais modalidades (*receber e aceitar promessa*) são modalidades bilaterais, que requerem a atuação de um corruptor.

O delito se afigura como um tipo misto alternativo, de modo que a realização de duas condutas em um mesmo evento não configura dois crimes de corrupção passiva. Assim, por exemplo, se um agente público solicita o pagamento de uma quantia em dinheiro para deixar de lavrar uma multa, e recebe o pagamento logo em seguida, deixando de praticar o ato de ofício a que estava obrigado, há um único crime.

O delito pode ser cometido pelo próprio funcionário público (modalidade direta) ou por meio de terceiros (modalidade indireta), sendo que, nesse último caso, o particular será imputado como coautor no crime de corrupção passiva, considerado o disposto no art. 30, do Código Penal.

A doutrina ainda costuma classificar a corrupção passiva, quanto ao tipo de ato a ser praticado pelo agente público, em própria, quando a vantagem indevida é solicitada, oferecida ou paga, para praticar ato ilícito, ou imprópria, quando o ato a ser realizado é lícito. Quanto ao momento em que é realizada a solicitação, ou aceitação ou recebimento, a corrupção pode ser antecedente, quando precede à realização do ato, ou subsequente, quando realizada após a prática do ato.

A vantagem exigida, de acordo com o tipo penal do caput, deve ser indevida, ou seja, deve estar fora do espectro legal como contraprestação pelo serviço a ser prestado, mesmo que se trate de corrupção própria. Por exemplo, um oficial de justiça que solicite uma quantia em dinheiro diversa das custas judiciais para

2 NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e anticorrupção*. Rio de Janeiro. Forense. 2015. p. 45; JÚNIOR, José Paulo Baltazar. *Crimes Federais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012. p. 169; GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Niterói, Impetus, 6ª ed., 2010, p. 409.

agilizar o cumprimento de um mandado de citação ou de intimação comete o crime de corrupção passiva. Trata-se de contraprestação não estipulada em lei. Tratando-se de agente público, sua remuneração deve estar estritamente regulada na legislação dos servidores públicos. A vantagem indevida, não necessariamente, deve consistir em uma quantia em dinheiro, podendo consistir em favores sexuais, em obtenção de um título pessoal, uma indicação política, etc³.

O tipo penal requer a presença de dolo do agente público, bem como do elemento subjetivo do tipo “para si ou para outrem”.

Não há previsão no caput do art. 317, do CP, ao contrário do que ocorre na corrupção ativa, prevista no art. 333, do CP, de que a solicitação, o recebimento ou a aceitação, seja para a prática de um ato de ofício específico e bem caracterizado. A previsão legal é mais ampla na corrupção passiva, provavelmente porque se trata de tipo penal que visa abranger todas as espécies de agentes públicos, desde aqueles de caráter subalterno que estão na esfera mais inferior da Administração Pública, até os agentes políticos, dotados de maior poder e de maior discricionariedade em relação aos atos compreendidos em suas competências.

Desse modo, a denúncia não precisa narrar um ato de ofício específico como o objetivo do corruptor, ou que justifica a solicitação do agente público, quando se trata da conduta descrita no caput. A denúncia não precisa, nem mesmo, descrever necessariamente a vantagem indevida ou o corruptor, pois, tratando-se de crime formal, a solicitação da vantagem já consuma o crime⁴. O que importa é que a vantagem indevida seja solicitada ou oferecida em razão de um plexo de atos que tenham pertinência com o cargo ou a função pública exercida. Esse é a interpretação adequada do art. 317, caput, do CP, quando estabelece que a vantagem indevida solicitada, aceita ou recebida, o seja *em razão da função*, mesmo que *fora dela ou antes de assumi-la*.

A jurisprudência do STJ sedimentou-se no sentido de que qualquer que seja a conduta narrada na denúncia, mesmo que seja aceitar promessa ou receber

3 NUCCI, Guilherme de Sousa. Op. Cit. p. 16; JÚNIOR, José Paulo Baltazar. Ob cit., p.170.

4 Nesse sentido, Apn 841/DF.

vantagem, “para a condenação do autor por corrupção passiva é desnecessária a identificação ou mesmo a condenação do corruptor ativo”.⁵

É cediço que o STF, no passado, ao julgar a AP 307/DF, firmou a compreensão de que se o tipo penal faz alusão à relação com a função pública exercida, é porque há necessidade de já na denúncia descrever qual o ato de ofício pretendido. Esse entendimento não é mais o que vigora no âmbito da Egrégia Corte. No julgamento do Inquérito 4506, o STF firmou a seguinte tese:

“Para a aptidão de imputação de corrupção passiva, não é necessária a descrição de um específico ato de ofício, bastando uma vinculação causal entre as vantagens indevidas e as atribuições do funcionário público, passando este a atuar não mais em prol do interesse público, mas em favor de seus interesses pessoais” (Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 17/04/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-183 DIVULG 03-09-2018 PUBLIC 04-09-2018)

No julgamento da AP 1003, o Ministro Relator Edson Fachin assentou a necessidade de restar caracterizada a relação entre a vantagem indevida com a possibilidade da prática dos atos pretendidos, considerada a competência legal do agente público:

*Após minuciosa análise do conjunto probatório produzido nos autos, conclui-se pela ausência de elementos aptos a permitir a formação de um **juízo isento de dúvidas** acerca dessa referida solicitação da vantagem indevida por parte dos acusados Paulo Bernardo Silva e Gleisi Helena Hoffmann, sendo insuficiente, ainda, a apresentação de provas para o estabelecimento do imprescindível nexo de pertinência entre as funções exercidas pelos denunciados e a possibilidade de garantirem a manutenção de Paulo Roberto Costa no cargo de Diretor de Abastecimento da Petrobras S/A (AP 1003, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 19/06/2018, ACÓR-*

5 AgInt no AREsp n. 1.064.109/GO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 12/9/2017, DJe de 20/9/2017.

DÃO ELETRÔNICO DJe-262 DIVULG 05-12-2018 PUBLIC 06-12-2018).

Esse entendimento restou mais explícito ainda no julgamento da Ação Penal 694:

“Corrupção passiva. Desimportante seja a vantagem indevida contraparte à prática de ato funcional lícito ou ilícito. O ato de ofício não é elementar do tipo (artigo 317 do CP), apenas causa de aumento da pena (§ 1º do mesmo dispositivo legal). Necessário o nexo causal entre a oferta (ou promessa) de vantagem indevida e a função pública do agente”. (AP 694, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/05/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 30-08-2017 PUBLIC 31-08-2017)

A doutrina enxerga essa diferença no fato de que muitas vezes a vantagem indevida é paga ao agente público para prepará-lo para exigências futuras, ou para obtenções de vantagens permanentes, explorando as facilidades que podem ser propiciadas diante do amplo espectro de competências que o cargo ou função públicos propiciam. A propósito, vale transcrever importante lição doutrinária a respeito⁶:

“De fato, a exigência intransigente de um ato de ofício concreto na corrupção passiva, de um lado, ignora decisão explícita do legislador brasileiro em favor da assimetria e, de outro, acaba por deixar descoberto setor sensível da Administração Pública, a saber: o setor em que atuam altos funcionários com ampla margem de discricionabilidade. Nesse ponto, ao abrandar a exigência da identificação de um ato de ofício concreto, o Brasil não está sozinho – se bem que nosso tipo, ainda assim, permanece sendo um dos mais amplos de que se tem conhecimento. Na Alemanha,

6 LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; GRECO, Luís. A amplitude do tipo penal da corrupção passiva. Comentários ao Resp 1.745.410/SP julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. In: Informativo Jota, publicado em 26/12/2018. https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-amplitude-do-tipo-penal-da-corrupcao-passiva-26122018#_ftn-ref12:~:text=Essa%20relativa%20amplitude,comprou%E2%80%9D%20o%20servidor. No mesmo sentido, NUC-CL, Guilherme de Souza. Ob. Cit., p. 51 e págs. 56-57.

por exemplo, modificou-se no texto legal a expressão “ato de ofício ou funcional” (Diensthandlung) pela expressão “exercício da função” (Dienstausübung).

Essa relativa amplitude do tipo de corrupção passiva permite, por exemplo, que, em determinados casos, se puna a “compra de boas relações” com o funcionário público¹²², desde que outros requisitos estejam presentes. Prescindir da relação da vantagem com um ato de ofício determinado permite a punição de casos em que o funcionário público comercializa, mercantiliza sua função, ou, visto de outro ângulo, quando o particular “compra” o servidor¹²³. Permite-se, portanto, para usar a formulação de Hungria, punir a “venalidade em torno da função pública”.

A caracterização do ato de ofício é exigida apenas para a modalidade majorada do crime, no art. 317, §1º, havendo o legislador optado por aumentar a pena em virtude de o agente público realmente retardar, deixar de praticar ou praticar o ato com infração de dever funcional.

O §2º, por fim, prevê uma figura privilegiada em que o agente público retarda a prática do ato, ou deixa de praticá-lo, cedendo a pedido ou influência de outrem. Apesar de violar a moralidade administrativa, não viola dever funcional por conta de vantagem indevida, mas por influência de terceiro. Trata-se de modalidade que se aproxima da prevaricação⁷.

Depreende-se, dessa exposição, que a denúncia deverá narrar a conduta delituosa, que poderá ser unilateral do agente público (solicitar), ou bilateral (receber ou aceitar promessa), qual a vantagem indevida oferecida, qual a vantagem a ser obtida e sua relação com o plexo de competências do agente público, bem como explicar de que modo se deu esse contato, se direta ou indiretamente, sendo desnecessário narrar o ato de ofício específico, salvo no caso de imputação da conduta majorada, prevista no art. 317, §1º, do CP. Não há necessidade, de acordo com a jurisprudência do STJ, de individualização do corruptor ou, quando a conduta for solicitar, de descrição da vantagem indevida. O Ministério Público deverá apresentar evidências que autorizem concluir com segurança que estes elementos se configuraram tal como narrados.

7 GRECO, Rogério. Ob. Cit., p. 412.

E aqui surgem as dificuldades. Trata-se de delito que normalmente ocorre às escondidas, em que a indevida vantagem pode estar travestida de um negócio simulado, em que a relação pode estar ocultada por interposta pessoa, quando a solicitação é realizada indiretamente⁸.

Normalmente as provas apresentadas são indiretas⁹, baseadas em indícios, havendo advertência doutrinária que a avaliação da prova por indícios não pode ficar atrelada à subjetividade de quem está julgando¹⁰. Tratando-se de prova indireta, a verificação do grau de apoio que ela fornece à hipótese acusatória dependerá de dois fatores, segundo Taruffo: o grau de aceitabilidade que a prova confere à afirmação da existência do fato secundário, e o grau de aceitabilidade da inferência que se funda na premissa constituída por aquela afirmação¹¹. E nisso reside a grande dificuldade, pois a avaliação do julgador depende da sua atividade cognitiva no momento de produção da prova, bem como de sua experiência e cabedal de conceitos prévios, que certamente irão impactar na decisão acerca da regra de inferência a realizar. Daí a importância de serem estabelecidos parâmetros de apreciação da prova visando estabelecer uma conclusão sobre estar ou não um enunciado fático comprovado para fins de aplicação da lei penal, pois isso é o que importa na prestação jurisdicional.

Veja-se, por exemplo, na transcrição de trecho da fundamentação do Ministro Edson Fachin na AP 1003 referida acima. O Ministro fala em formação de um juízo isento de dúvidas. O próprio autor desse artigo refere que o Ministério Público deve apresentar evidências que autorizem concluir, com segurança, que o fato aconteceu como narrado. Trata-se, certamente, do grande desafio do julgador: fazer a análise da prova e justificar seu raciocínio unicamente com base nas evidências apresentadas, sem que sua fundamentação se torne puramente subjetiva, apesar de lançar mão de conceitos objetivos. Os standards de prova

8 NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. Cit., p. 30-33; JÚNIOR, José Paulo Baltazar. Ob. Cit., p. 167.

9 A prova indireta tem relação lógica com um fato secundário, diverso do fato objeto de análise judicial, mas a partir do qual é possível realizar inferências que fundamentam a decisão sobre a existência do fato principal. Nesse sentido, TARUFFO, Michelle. La prueba de los hechos (Estructuras y Procesos. Derecho) (Spanish Edition) (p. 376). Trotta. Edição do Kindle.

10 KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 50.

11 Taruffo, Michelle. La prueba de los hechos. P. 376.

têm essa função de orientar o raciocínio do julgador para o limiar admissível para declarar provada uma pretensão. Passemos a tratar brevemente da problemática dos standards de prova.

2. OS STANDARDS DE PROVA: FUNÇÃO E IDENTIFICAÇÃO

Jordi Ferrer Beltrán distingue duas concepções diversas da prova. A primeira, que ele chama de concepção persuasiva, teria as seguintes características: a) o recurso à íntima convicção do juiz como único critério de decisão; b) a defesa de uma versão muito forte do princípio da imediação, reservando-se quase que exclusivamente ao juiz de primeira instância a valoração da prova; c) exigências de motivação muito fracas ou inexistentes; d) um sistema de recursos que dificulta extraordinariamente o controle ou a revisão do julgamento sobre os fatos em instâncias sucessivas¹².

Como o objetivo da prova é a obtenção do convencimento judicial, o melhor método para consegui-lo é produzindo a prova diante do Juiz, o qual, na sentença, deverá apenas explicar, e não justificar, ou seja, ele não deverá fornecer razões para o acerto de sua decisão, e sim explicar as causas que o levaram a crer de determinada maneira. Por fim, o controle por meio recursal se torna muito difícil porque a prova foi produzida diante do Juiz e ninguém melhor do que ele para prover as razões do seu convencimento.

A outra seria a concepção racional da prova, também designada por alguns juristas como função demonstrativa da prova¹³. Essa concepção tem as seguintes características: a) o recurso ao método da corroboração ou refutação de hipóteses como forma de valoração da prova; b) a defesa de uma versão fraca ou limitada do

12 BELTRÁN, Jordi Ferrer. Valoração Racional da Prova. São Paulo. Jus Podium. 2022. p. 93. Essa concepção persuasiva corresponde em parte ao que Alessandro Giuliani designa por modelo isonômico de prova (GIULIANI, Alessandro. Prova. Enciclopedia del Diritto. Giuffrè editore. Tomo XXXVII). Também entusiastas desse modelo, CAPOGRASSI, Giuseppe. Giudizio, processo, scienza verità. Rivista de Diritto Processuale, nº I, 1950, p. 7.; MARINONI, Luis Guilherme. PROVA E CONVICÇÃO. São Paulo, Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2015, p.63; JÚNIOR, Aury Lopes. Ob cit. p. 589; KNIJNIK, Danilo. A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário. Rio de Janeiro, Forense, 2007, págs. 10-14, esse último dizendo que a prova pode ter uma função demonstrativa e uma função argumentativa.

13 CARRATTA, Antonio. Funizione dimostrativa della prova (verità del fato nel processo e sistema probatório. Rivista de Diritto Processuale, gennaio/marzo 2001.

princípio da imediação; c) uma forte exigência de motivação da decisão subjetiva dos fatos; d) defesa de um sistema de recursos que ofereça um amplo campo para o controle da decisão e para a sua revisão em instâncias superiores¹⁴.

A quem escreve o presente artigo não parece que a prova tenha uma função persuasiva. A argumentação é a técnica imanente ao Direito para a solução de conflitos. Sendo a argumentação jurídica uma modalidade especial da argumentação prática geral¹⁵, em que a construção de decisões e formação de consensos pressupõe diálogo, então é da própria natureza da solução de conflitos jurídicos em um Estado de Direito um diálogo construído de acordo com regras predefinidas.

A prova, assim, teria uma função demonstrativa, no sentido de verificação da verdade da alegação realizada pelas partes. A prova seria o material com o qual uma pessoa que conduz uma investigação trabalharia para alcançar esse objetivo, que é encontrar uma resposta que seja verdadeira, verificar se uma afirmação de fato realmente ocorreu na realidade¹⁶.

Pode parecer que essa temática, por ser abstrata, não tenha relação com o processo penal. Esse raciocínio é errôneo, pois no processo penal se busca ve-

14 BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Valoración Racional da Prova*, p. 96. Na obra *Provas sem Convicção*, São Paulo, Juspodium, 2022, págs. 305-327, o autor diz que as crenças do julgador são irrelevantes para definir se uma pretensão se encontra suficientemente comprovada, pois, para ele, o umbral de suficiência probatória é firmado por uma regra, um *standard*, que o magistrado deve simplesmente aceitar. Ensina o eminente professor que mesmo que o magistrado creia que a pretensão deva ser acolhida, por aceitar a regra, deve decidir em desconformidade com suas crenças. Quanto a esse ponto, a razão parece estar com Haack, para quem a própria aceitação implica uma crença (HAACK, Susan. *Defendendo A Ciência — Dentro Do Razoável: Entre o Cientificismo e o Cinismo* (Stentor Books: Filosofia) (Portuguese Edition) (p. 142). Stentor Books. Edição do Kindle.). De acordo com ela, mesmo a qualidade de uma evidência depende de pressupostos de fundo, que envolvem crenças. Assim, definir que uma pretensão se encontra ou não suficientemente comprovada depende das crenças do julgador, de seu *background* (HAACK, Susan. *Ob. cit.*, págs. 163-164). No mesmo sentido, TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos* (Estructuras y Procesos. Derecho) (Spanish Edition) (pp. 371-372). Trotta. Edição do Kindle).

15 ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid. Centro de estudios constitucionales. 1997. p. 34: “La argumentación jurídica se concibe a tal efecto como una actividad lingüística que tiene lugar en situaciones tan diferentes como, por ejemplo, el proceso y la discusión científico-jurídica. De lo que se trata en esta actividad lingüística es de la corrección de los enunciados normativos, en un sentido todavía por precisar. Será conveniente designar tal actividad como ‘discurso’, y, puesto que se trata de la corrección de enunciados normativos, como ‘discurso práctico’. El discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general”.

16 Isso porque o objeto do processo penal não é o fato em si mesmo, mas a hipótese fática que consiste nas afirmações constantes da denúncia concernentes a um fato concreto, recortado da realidade e conectado a um específico tipo penal (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo. Revista dos Tribunais. Ed. 2023. p. RB-1.12).

rificar a responsabilidade penal de uma pessoa por um fato ocorrido no passado. Então, em princípio, não é possível se contentar com todo o qualquer resultado.

Importante esclarecer que a adoção de um entendimento da existência de uma realidade objetiva não significa que se compreenda que ela será alcançada necessariamente no decorrer do processo judicial. Há diversos fatores que impedem muitas vezes que isso aconteça.

Em primeiro lugar, o caráter falibilista do conhecimento humano, ou seja, que a pessoa possa sustentar crenças falsas, o que certamente compromete suas decisões e conclusões¹⁷. A formação de conhecimento pressupõe um sujeito, o qual adquire crenças e as utiliza para se orientar no mundo. Então, uma série de fatores podem impedir a formação de um juízo verdadeiro, como, por exemplo, o estado atual de conhecimento do sujeito, o déficit de informações aportadas no processo, o estado do conhecimento da humanidade na época do processo, a qualidade da investigação, que pode levar ao processo número significativamente alto de genuínos culpados ou falsos culpados etc¹⁸.

Em segundo lugar, o processo tem um caráter epistêmico, mas decidir em conformidade com a verdade não é o seu único objetivo. Ele também tem como objetivo pacificar as relações sociais, o que exige que haja uma decisão em um

17 HAACK, Susan. *Filosofia das Lógicas*. São Paulo. Unesp. 2002. Tradução MORTARI, César Augusto, e DUTRA, Luís Henrique de Araújo. pág. 303: “Vou usar ‘falível’ no sentido de cognitivamente falível, isto é, falível *com respeito a crenças*, e não a, por exemplo, com respeito a promessas, resoluções, etc. Dizer que uma pessoa (ou grupo de pessoas, ‘a comunidade científica’, por exemplo) é falível é dizer que ela está sujeita a sustentar crenças falsas. Dizer que um método é falível é dizer que ele está sujeito a produzir falsos resultados”. Em outra obra (*Epistemology Legalized: Or, Truth, Justice and American Way*. In: *Evidences Matter*, p. 30), a autora descreve que a evidência probatória que sustenta uma pretensão factual depende de quão bem é suportada pela experiência e pelo conjunto de crenças de uma pessoa que dá coerência a elas, e que tanto o conjunto de crenças quanto a evidência experiencial são independentes dessa pretensão factual. Por exemplo, se a polícia faz uma diligência no endereço cadastral de uma empresa e no local encontra uma residência, cujo proprietário diz morar há vários anos e que lá nunca funcionou referida empresa, então tem-se que a inexistência fática da empresa restou comprovada (evidência experiencial). As pessoas compreendem que uma empresa que nunca funcionou em seu endereço cadastral é de fachada, e que a abertura de empresas de fachada tem geralmente objetivos escusos. Esses dois elementos são independentes da afirmação em uma denúncia de que houve obtenção de financiamento mediante fraude, descrito no art. 19, da Lei 7.492/1986, mas dão sustentação à avaliação de quão boa é a evidência.

18 HAACK, Susan. *Evidencia y Investigación*. Madrid. Tecnos. 1997. p. 162; BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Provas sem convicção*, págs. 221-222, para o qual a qualidade do material investigativo influencia na curva de distribuição de erros na medida em que seriam levados ao processo genuínos culpados, de modo que o número de condenações errôneas seria menor nessa hipótese.

tempo razoável, consideradas as características da demanda posta em julgamento. O magistrado não atua no processo como um historiador ou um cientista, pois não tem liberdade para encontrar uma solução prática. Essa limitação no tempo evidentemente irá impactar no resultado final¹⁹.

Em terceiro lugar, o procedimento é estruturado para atender outros valores muito caros ao processo, havendo regras antiepistêmicas que visam proteger direitos fundamentais. É o caso, por exemplo, do princípio da vedação da admissibilidade das provas ilícitas, o que impede que uma parte invada a casa de outra para procurar provas²⁰.

Por fim, não se pode esquecer que diferentes pessoas, dotadas de uma formação cultural diversa, que consistem em crenças, conhecimentos técnicos e conceituais, ao analisar uma determinada evidência, podem chegar a conclusões diversas. Essa é uma importante observação porque nos processos judiciais, por mais que seja possível haver uma única hipótese formulada com uma única evidência apresentada, ou com diversas evidências que apontam todas para o mesmo sentido, é mais comum que haja enunciados hipotéticos fáticos competidores, todos eles com evidências apresentadas para lhe darem sustentação. Nessas situações, a verificação do caráter de coerência e de construção da melhor explicação muitas vezes dependerá dessa bagagem de crenças e conhecimentos que cada pessoa traz²¹. Essa diversidade cultural poderá também impactar na individualização

19 MATIDA, Janaína; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 73, jul./set. 2019 No trabalho referido as autoras tratam da realização de inferências pelo julgador, as quais ligam as informações probatórias à hipótese formulada no processo, e que funcionam como uma garantia, que visa assegurar a correção da cadeia de raciocínio. Essa garantia pode funcionar por meio de uma inferência epistêmica, que seria baseada em regras de experiência, ou por meio de uma inferência normativa, assegurada por meio de prescrições legais de presunção, ou por intermédio de uma inferência interpretativa, que pressupõe a correção da utilização de um conceito jurídico. O manejo dessas espécies de inferências depende do objetivo institucional estabelecido, que pode ser a maior aproximação da verdade ou a satisfação de algum objetivo institucional preestabelecido. Taruffo diferencia as inferências em dedutivas (“sempre que Y, então X”), probabilísticas (em 70% dos casos), ou com base em generalizações, como nas regras de experiência (TARUFFO, Michele. La pureba de los hechos, p. 386). Assim, a própria utilização das inferências pode não estar necessariamente vinculada à busca de uma decisão que corresponda à verdade, pois outros objetivos institucionais também são buscados por meio delas.

20 BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária e Prova Penal. p. RB-1.11. De acordo com o eminente processualista, a verdade no processo seria de caráter aproximativo, dentre outras razões, porque deve ser buscada respeitando as regras e garantias processuais.

21 HAACK, Susan. Evidencia y Investigación. págs. 282-284.

do fato, pois, por mais que haja uma previsão abstrata na norma jurídica, as palavras empregadas terão algum nível de vagueza e o enquadramento da conduta concreta, formulada em enunciado linguístico, em um tipo penal, termina por ser um processo complexo e que envolve uma atividade valorativa, caracterizando-se por ser relativa. Desse modo, enquadramentos diversos poderão conduzir, em uma mesma situação, a um juízo de atipicidade, entendendo que o fato descrito não é juridicamente relevante, ou a um juízo de conduta típica qualificada ou minorada em seus efeitos²².

Mesmo que sujeita a inúmeras divergências, adota-se nesse trabalho a definição da verdade como correspondência por uma questão de coerência com a ideia de Estado de Direito e com o princípio da legalidade²³. A lei, ao regular fatos previamente estabelecidos para auxiliar os indivíduos na calculabilidade de suas condutas e na confiança nos atos estatais, influencia os particulares a terem a expectativa de que a aplicação do direito vai corresponder ao que estabelecem as normas. Só um procedimento voltado a obter a verdade do que ocorreu é capaz de proteger adequadamente essas expectativas²⁴.

Isso não significa que a verdade objetiva seja alcançável sempre. Mas é certo que a comparação da prova com a alegação fática é capaz de revelar uma correspondência ou, pelo menos, que aquela hipótese argumentativa não se sustenta, permitindo concluir que há uma realidade diversa daquela que foi afirmada

22 TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos (Estructuras y Procesos. Derecho) (Spanish Edition) (págs.. 134, 135, 141, 146). Trotta. Edição do Kindle. Gustavo Badaró chega a dizer que “toda questão jurídica envolve matéria fática e matéria de direito”, de modo que existem “questões predominantemente de fato e questões predominantemente de direito” (BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária e Prova Penal. p. RB-2.2).

23 No mesmo sentido, Conceptualmente porque el concepto de verdad como correspondencia es el que más se ajusta a las intuiciones de los hablantes y al objetivo del proceso de prueba, que no es otro que averiguar lo efectivamente acaecido (GASCÓN ABELLÁN, Marina. Cuestiones probatorias (Spanish Edition) . Universidad Externado. Edição do Kindle). No mesmo sentido, HAACK, para quem a verdade factual é uma questão de justiça substantiva (HAACK, Susan. Nothing fancy: some simple truths about Truth in the law. In: Evidence Matter, p. 305); BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária e Prova Penal. p. RB 2.2.

24 No mesmo sentido, NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas; MASCARENHAS, Fabiana Alves. A busca da verdade e a concretização da função epistêmica do processo. In: Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença, vl. 16, nº 2, jul.-dez. 2018, págs. 147-166; MATIDA, Janaína; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 73, jul./set. 2019, pág. 135.

pela parte²⁵. Não podemos esquecer que no processo não se busca verificar a verdade do fato tal como aconteceu, e sim a verdade tal como a afirmação foi descrita na peça inicial, que, no processo penal, corresponde à denúncia. Esse será o objeto do debate e uma vez que a prova apresentada não corrobore o enunciado correspondente à hipótese acusatória, isso já é suficiente para concluir, pelo menos, que o fato não ocorreu tal como afirmado nesse enunciado.

O que não se admitirá nesse artigo é que a verdade não importa de modo nenhum porque ela não é alcançável, ou porque aquilo que se considera verdadeiro, no mais das vezes, não passa de uma meia-verdade ou de uma falsidade. Semelhante conclusão eliminaria a própria premissa, na medida em que a própria definição de falsidade ou de meia verdade depende da admissão de uma verdade²⁶.

Por essa razão, a verdade a ser buscada no processo é relativa, mas não no sentido subjetivo, e sim, no sentido de relativa às evidências que são apresentadas durante a tramitação, bem como relativa à parte da verdade que foi narrada, visto ser possível que a realidade fática não seja trazida integralmente a debate. O objetivo não é descobrir a verdade do que realmente aconteceu, mas estabelecer se a pretensão apresentada restou suportada ou não pelas evidências apresentadas²⁷.

Diversas conclusões foram sendo realizadas ao longo da exposição. Aderiu-se à concepção racional da prova, segundo a qual a sua função é testar as hipóteses fáticas expostas no processo para corroborá-las, ao menos em parte, ou não. Essa afirmação não é incoerente com o reconhecimento do

25 POPPER, Karl. *Conjecturas e Refutações*. Lisboa. Biblioteca de filosofia contemporânea. 2018. p. 272: “Além disso, se testarmos a nossa conjectura e logarmos falsificá-la, veremos muito claramente que existia uma realidade – algo com a qual ela podia colidir”. Apesar de essa assertiva dizer respeito à ciência, revela-se aplicável ao processo como instrumento de investigação (no sentido de procedimento para averiguação da verdade – no sentido epistêmico, portanto), visto que as afirmações realizadas na denúncia, ou na defesa consistem em enunciados sobre hipóteses fáticas. No mesmo sentido, TUZET, Giovanni. *Abduction, IBE and standards of proof*. In: *The international journal of evidence and proof*. Vol. 23, 2019, pág. 116; Beltrán, Jordi Ferrer. *A valoração racional da prova*. págs. 180-198.

26 HAACK, Susan. *Nothing fancy: some simple truths about Truth in the law*. In: *Evidence Matter*, p. 296. De acordo com a autora, passa-se da premissa verdadeira de que certas coisas que se dizem verdadeiras apenas passam por verdadeiras, para a falsa conclusão de que, por essa razão, a verdade é uma ilusão.

27 HAACK, Susan. *Nothing fancy: some simple truths about Truth in the law*. In: *Evidence Matter*, p. 305. Como conclui Allen e Stein, as evidências não surgiriam da forma que surgiram se a narrativa por elas suportada não fosse verdadeira, de modo que elas são um indicativo da verdade, um horizonte do raciocínio judicial (ALLEN, Ron; STEIN, Alex. *Ob. cit.*, pág. 577).

caráter probabilístico do raciocínio probatório, no sentido de que não é possível ter uma certeza racional incontestável de que o resultado final reproduzirá exatamente o fato tal como ocorreu no passado, uma vez que esse raciocínio foi estabelecido diante da base de informações existentes em determinado momento, obtidas conforme as técnicas de obtenção de conhecimento da época²⁸.

Essa concepção exige do julgador que estabeleça um procedimento adequado de admissão e coleta da prova, cujo resultado deve ser rigorosamente exposto na valoração realizada por ocasião da fundamentação da decisão.

Diante da inadequação do raciocínio matemático para solucionar todas as dificuldades inerentes ao raciocínio probatório, adota-se, no presente trabalho,

28 TARUFFO, Michele. Notes about statistical evidence. Revista de PPGD UFRJ, janeiro-junho 2016, p. 162; Em outra oportunidade (Uma simples verdade. O Juiz e a construção dos fatos. Tradução: RAMOS Vitor de Paula. São Paulo. Marcial Pons, 2012. p. 105), o professor italiano esclarece que a relatividade decorre da relação entre o conhecimento da verdade e o contexto em que surge, o método utilizado e a quantidade e qualidade das informações fornecidas, de modo que pode haver uma maior ou menor aproximação da verdade, isso sim, é relativo. Haack, no mesmo sentido, argumenta ser necessário distinguir a verdade como fenômeno, e aspectos da verdade como fenômeno, estabelecendo que algumas pretensões narradas podem ser verdadeiras apenas em parte ou são verdadeiras apenas em um particular momento de um particular lugar (HAACK, Susan. Nothing fancy: some simple truths about Truth in the law. In: Evidence Matter, p. 297).

GASCÓN ABELLAN, Marina. Cuestiones probatorias (Spanish Edition). Universidad Externado. Edição do Kindle. No mesmo sentido, BELTRÁN, Jordi Ferrer. Provas sem convicção. págs. 150-173; ALLEN, Ronald J.; STEIN, Alex. Ob. cit., p. 571. De acordo com esses autores, a probabilidade matemática, ou frequentista, como dizem, é incompatível com o raciocínio natural das pessoas quando analisam evidências, que se concentra nos fatos individuais do caso, e não em um cálculo de chances de o evento acontecer como narrado dentre todos os eventos possíveis. Esse distanciamento do raciocínio probatório natural talvez derive, nas palavras de Taruffo, de sua escassa funcionalidade no contexto do processo, que se preocupa com o peso e com o significado dos elementos de prova disponíveis no caso concreto, fatores esses que dificilmente são traduzidos em números (TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos (Estructuras y Procesos. Derecho) (Spanish Edition) (p. 272). Trotta. Edição do Kindle). Entretanto, a probabilidade matemática que é excluída é o raciocínio matemático puro e simples, sem atenção para as evidências, como um cálculo acerca da associação de eventos, ou seja, qual a frequência probabilística de um evento ocorrer quando o outro também está presente, ou mesmo de sua utilização para avaliação da prova em si. Mas a probabilidade matemática se revela útil em diversas ocasiões. Por exemplo, se um determinado artefato é localizado no local do crime e há êxito na coleta de material genético que identifica um indivíduo, sendo a conclusão nesse sentido extremamente forte, de modo que seria quintilhões de vezes mais provável que o indivíduo seja o acusado ao invés de um terceiro, esse é um elemento a ser considerado por ocasião da valoração, cuja cadeia de inferências poderá conduzir à responsabilidade penal, desde que haja prova de que ele foi relevante para o cometimento do crime e não foi encontrado aleatoriamente no local. A probabilidade matemática, nessa ocasião, ingressa na premissa do raciocínio, e não na sua conclusão final, que dependerá de haver coerência do meio de prova produzido nessas condições com as demais provas do processo. Nesse sentido. COHEN. L. Jonathan. The role of evidential weight in criminal proof. In: Boston University Law Review, vol. 66, 1986, p. 645.

como instrumento de valoração da prova, a probabilidade lógica ou baconiana²⁹, que é ordinal e não numérica, na medida em que se pauta em critérios de inferência e na correção da construção da inferência para estabelecer uma ordem entre as evidências apresentadas.

Como é comum que no processo exista mais de uma hipótese fática em disputa, é possível que haja evidências apresentadas em favor de todas elas, gerando a necessidade de se estabelecer qual delas prevalece.

Os *standards* de prova exercem importante papel no raciocínio probatório porque são padrões, regras, que são estabelecidas para orientar o julgador a concluir que determinada pretensão exposta no processo foi comprovada de modo suficiente a autorizar uma decisão favorável à parte que apresentou a evidência assim considerada. O professor espanhol Jordi Ferrer Beltrán diz que o *standard* de prova é uma regra que estabelece um umbral de suficiência probatória. No Brasil, Janaína Matida e Alexandre de Moraes Rosa explicam o conceito de *standard* de prova como regras que estabelecem sarrafos que devem ser superados para que a parte alcance uma decisão favorável³⁰. Se nenhuma das partes conseguem superar esse umbral, ultrapassar esse sarrafo, a solução advirá da aplicação da regra do ônus da prova.

A ideia de *standard* de prova como umbral de suficiência probatória também é compatível com uma concepção de falibilidade do conhecimento humano, que é construído em graus, e os *standards* oferecem um grau adequado de justificação de uma pretensão³¹.

29 Susan Haack entende que a probabilidade deve ser entendida, em relação ao raciocínio probatório, como grau de crença justificado pela evidência (The epistemological critique of exclusionary rules. In: Evidence matter, p. 57). Haack entende que não há probabilidade indutiva porque não existe um sistema formal indutivo (The epistemological critique of exclusionary rules. In: Evidence matter, p. 59-60). No livro Filosofia das Lógicas Haack defende que somente pode ser considerado como um sistema de lógica formal aquele em que as conclusões possam ser derivadas dos axiomas do sistema conforme regras do próprio sistema. Ela defende que o que ela chama de argumentos informais, por essa razão, podem no máximo ter força indutiva, porque não se inserem em um sistema determinado (HAACK, Susan. Filosofia das Lógicas, p. 44). A autora adota, então, o conceito de força indutiva do argumento a partir da prova e do grau de justificação da prova, que fornece um argumento menos do que dominante porque construído em graus.

30 MATIDA, Janaína; ROSA, Alexandre de Moraes. Para entender standards probatórios a partir do salto com vara. In: [Para entender standards probatórios a partir do salto com vara \(conjur.com.br\)](http://conjur.com.br).

31 HAACK, Susan. Epistemology and the law of evidence. In: Evidence matter. p. 17.

Não faz sentido falar de *standard* de prova quando se defende uma concepção persuasiva da prova, pois, se o objetivo da prova é obter o convencimento do magistrado, a suficiência probatória será alcançada sempre que o magistrado se convencer que determinada pretensão está provada. O perigo dessa forma de compreender o problema reside na sua falta de comprometimento com a clareza do raciocínio, notadamente porque dentro dessa concepção a motivação consiste em uma mera explicação de quais provas levaram à formação do convencimento, ao invés de uma justificação, ou seja, da exposição das razões pelas quais o raciocínio empreendido pelo magistrado está correto.

O *standard* de prova tem a função de distribuir os riscos de erros do processo, e não de reduzi-los. Explicando melhor.

Na obra *Error, Truth and Criminal Law*, Larry Laudan explica que as regras de direito probatório podem ter duas funções: uma função de redução do erro e uma função de distribuição de erros.

O *standard* de prova teria uma função de distribuição do risco de erro³² porque se admite a falibilidade do conhecimento humano, bem como em virtude das peculiaridades do direito criminal e do próprio processo judicial. Consequentemente, admite-se que o conhecimento humano alcançado no processo é probabilístico, não permitindo ao alcance de uma certeza racional que pudesse ser compreendida por qualquer pessoa, uma vez que não está baseada em conhecimentos básicos, autoevidentes. Se o conhecimento é probabilístico, então é previsível que erros sejam cometidos, sejam falsos positivos (condenações errôneas), ou falsos negativos (absolvições errôneas). A construção de *standards* de prova é uma das formas de escolher que tipo de erro é preferível, o que pressupõe uma valoração adequada sobre os custos que envolvem cada erro, e sobre a probabilidade de sua ocorrência³³.

32 Larry Laudan fala em distribuição do erro, ao passo que Jordi Ferrer Beltrán fala em distribuição do risco de erro. O professor espanhol diverge de Laudan nesse aspecto, aduzindo que “a quantidade total de erros que, de fato, se produzem e sua distribuição, não dependerá somente do nível de exigência probatória fixada pelo *standard*, mas também da incidência de outras regras processuais, da qualidade e da distribuição de genuínos inocentes e culpados que chegarem ao processo, do peso dos conjuntos probatórios disponíveis e do efeito dinâmico em todos esses aspectos que esses produzirem nas práticas processuais” (Provas sem convicção. p. 235). No texto, adotar-se-á como função dos *standards* de prova a de distribuição do risco de erros.

33 Por essa razão não é correto atribuir aos *standards* de prova a função de evitar o erro. Para isso, outras providências devem ser tomadas, como, por exemplo, melhorar a qualidade da investigação, pois quanto menor o nú-

A fixação de uma razão matemática sobre a probabilidade de ocorrência de erros depende de informação empírica sobre a quantidade de pessoas que eram genuinamente culpadas e foram condenadas, e de pessoas que genuinamente eram inocentes e foram absolvidas. Essa informação empírica não está disponível, pois seria necessário averiguar retrospectivamente cada processo para chegar a essa conclusão, e, ainda assim, ela não seria completa, pois, a confissão não é comum no processo criminal e a investigação pode conter diversas falhas que impedem, pela análise unicamente do acervo probatório, estabelecer essa conclusão com segurança³⁴. Ademais, como visto anteriormente, há outras regras e institutos de direito processual que também tem a função de redução do erro, bem como há regras de função antiepistêmica, cuja aplicação impede que se observe o efeito exclusivo do *standard* de prova sobre os resultados finais do processo.

Diante desse contexto, só resta conjecturar que há uma relação direta entre o rigor exigido para considerar uma pretensão comprovada e o custo do erro que se deseja evitar. Quanto maior o rigor, menor a chance de determinado tipo de erro³⁵. Dentro da seara penal, um *standard* adequado deveria incorporar todo o benefício da dúvida que se deseja socialmente aceitável ao réu. Além dos *standards* de prova, outros fatores interfeririam na distribuição de erros: o ônus

mero de genuínos inocentes levados a julgamento, menor o número de condenações falsas. Nesse sentido, ALLEN, Ronald J. Modelling Criminal Law. In: Law and Philosophy, vol. 28, nº 4, Symposium on crime and culpability, jul. 2010, pág. 470-471; ALLEN, Ronald J. How to think about errors, costs, and their allocation. In: Florida Law Review, vol. 64, 2012, p. 890.

34 De KAY, Michael. The difference between Blackstone-like Error Ratios and Probabilistic Standards of Proof. Law and society inquiry, vol. 95, 1996, p.131-132.

35 Larry Laudan, por exemplo, discute em seu livro a possibilidade de estabelecer um *standard* de prova com base em alguma *ratio* considerada socialmente aceitável. Invoca o que chama de *ratio* Blackstone, de preferência que dez culpados sejam absolvidos a que um inocente seja condenado, o que elevaria essa *ratio* para um patamar superior a 90%. Discorda do critério para definir a *ratio*. Prefere partir do número de acertos, e não de erros, e diz preferir que dez absolvições verdadeiras ocorram, e apenas uma condenação falsa. Ele não exclui a condenação falsa porque o conhecimento é falível e o resultado probatório probabilístico, de modo que o risco de erro sempre está presente. Conclui, então, que a *ratio* por ele fixada, que chama de *m*, por ser socialmente aceitável, em um patamar superior a 90% de confirmação probatória, o que ocasionaria uma indiferença pelo resultado do julgamento. Allen (ALLEN, Ronald J. Modelling Criminal Law) igualmente entende que a *ratio* Blackstone seria inadequada porque sua aplicação resulta em um número de erros muito superior ao de acertos. Esse equívoco de entender que o *standard* de prova, isoladamente, produz a redução do número de erros, é também identificado por Michael L. DeKay (The difference between Blackstone-Like Error Ratios and Probabilistic Standards of proof – Law and society inquiry, 95, 1996, p. 97).

da prova e a qualidade da investigação e da coleta de informes relevantes para a decisão, de modo que se conduzisse ao julgamento pessoas genuinamente culpadas, pois quanto menor o número de pessoas genuinamente inocentes sendo levadas ao processo, menor a chance de falsos positivos (condenação de pessoas inocentes).

Uma vez concluída a fixação do *standard* de prova adequado, incorporado todo o benefício da dúvida que se entende conforme aos valores sociais, seria necessário construir um procedimento probatório dotado de diversas regras jurídicas que permitam enriquecer o acervo probatório, admitidos os limites próprios do ordenamento jurídico, ou seja, as regras antiepistêmicas que tem por objetivo proteger os direitos fundamentais do réu, ou evitar a produção de provas irrelevantes ou excessivamente custosas e de baixa confiabilidade, que teriam o efeito de estender no tempo demasiadamente o procedimento³⁶.

Larry Laudan diz que uma vez que todo o benefício da dúvida considerado socialmente adequado já foi incluído na construção do *standard* de prova, com a distribuição do risco de erro, na construção do procedimento probatório não haveria mais sentido em estabelecer limitações a determinadas espécies de provas da acusação com o propósito exclusivo de aumentar o benefício da dúvida. Se se entende que o *standard* de prova ainda não incorporou o valor considerado justo de benefício da dúvida, o ideal é aumentar o rigor probatório na seara criminal, ao

36 Quanto a esse aspecto Jordi Ferrer Beltrán lança mão do conceito de peso probatório. O peso probatório é um conceito que tem a ver com a completude do acervo probatório, ou seja, com a maior quantidade possível de evidências disponíveis e acessíveis, o que envolve um juízo de valor sobre o seu custo, ou seja, se ela é excessivamente custosa. O peso probatório não tem relação com a corroboração da pretensão de cada uma das partes, e sim com o acervo considerado integralmente. O valor probatório de cada evidência, e das evidências consideradas integralmente, sim, tem relação com a corroboração da pretensão pelas provas apresentadas. O peso probatório pressupõe que quanto mais rico o acervo probatório, maior a probabilidade de acerto, considerando que há mais informação disponível. É o que Susan Haack chama *comprehensiveness*, o grau de completude das evidências disponíveis que permitem justificar uma pretensão (HAACK, Susan. *Evidences Matter* p. 60). J. Cohen considera esse conceito tão importante que, na visão dele, tornaria ociosa qualquer concepção da utilização da probabilidade aritmética como forma de avaliação da prova, que ele denomina Pascaliana, pois qualquer delas só faz sentido se construída com apoio na completude das informações relevantes, o que, na visão do referido autor, tornaria essas concepções desnecessárias (COHEN, L. Jonathan. *Ob. cit.*, p. 639). Uma importante observação de Gustavo Badaró é que, às vezes, todas as provas disponíveis e acessíveis podem, ainda assim, conduzir a uma justificação fraca, não sendo possível haver condenação criminal (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. p. RB-3.20.

invés de inserir no procedimento probatório, cuja única preocupação deve ser a redução do risco de erro, preocupações distribucionistas.

Essa forma de compreensão do problema não é adequadamente aplicada ao Direito porque existem diversas preocupações concernentes à proteção da pessoa do acusado e diversos valores constitucionais que devem ser preservados. A fixação de um *standard* de prova não é epistêmica, é fruto de uma decisão política onde, reconhecida a possibilidade do erro em virtude da falibilidade do conhecimento humano, são sopesados o risco de erro, o direito a ser afetado por esse erro possível, a utilidade/desutilidade social desse erro, bem como o estímulo ou desestímulo que a incidência desse erro pode ter em atividades sociais consideradas prejudiciais ou importantes³⁷. Tratando-se de decisão política, o ideal é que seja fixada em lei, favorecendo a segurança jurídica e permitindo que todas as pessoas possam traçar estratégias mais adequadas quando enfrentarem um processo judicial.

No direito norte-americano a doutrina e a jurisprudência sedimentaram a existência de três espécies de *standards* de prova, considerados o momento do processo em que a decisão será tomada e o objeto do processo: *preponderance of evidence*, *clear and convincing evidence* e *beyond any reasonable doubt*. Dotados de um sistema processual onde o júri tem protagonismo, e preocupados com a não motivação dos vereditos, desenvolveram um longo marco teórico para guiar os Juízes a orientar os jurados sobre como devem proceder para considerar uma pretensão suficientemente provada.

O *standard* da prova preponderante seria adequado para solucionar demandas onde os custos do erro fossem equivalentes, considerando a importância do que está em jogo. Seria utilizado para solucionar demandas cíveis de natureza eminentemente patrimonial, onde o objeto da perda é o mesmo: dinheiro. Considerando que não é racional decidir em favor de uma parte que não consegue comprovar sua pretensão mais do que a outra, a preponderância, se fosse explicada apenas para fins didáticos com recurso da matemática, seria alcançada sempre que uma parte conseguisse comprovar sua pretensão em 51% de um cálculo que

37 GARCIA, Edgar Ramón Aguilera. Derecho fundamental a la prueba y estándares de suficiencia probatoria. Revista Ius Comitalis, ano 2, vol. 3, janeiro-junho 2019, p. 185.

envolvesse 100% de probabilidade de correção³⁸. Explicitada em linguagem natural, seria possível dizer que a prova seria preponderante quando se pudesse concluir que é mais provável que aconteceu como diz o autor do que como diz o réu, por exemplo.

O *standard* da prova clara e convincente seria aplicado nas pretensões cíveis cuja disputa não envolve unicamente aspectos patrimoniais, mas que envolve, outrossim, dimensões extrapatrimoniais, existenciais ou valores essenciais à sociedade. Seria o caso da perda do poder familiar no âmbito do direito norte-americano, por exemplo, ou, no caso brasileiro, a condenação por improbidade administrativa na redação anterior às modificações empreendidas pela Lei 14.230/2021³⁹. Se fosse possível precisar em linguagem matemática, seria exigir que houvesse prova correspondente a 75% ou 80% de probabilidade de verificação do evento que corrobora a pretensão afirmada. Em linguagem natural, seria o mesmo que dizer que é altamente provável que tenha ocorrido como a parte afirmou.

No âmbito criminal, haveria o *standard* da prova além de toda dúvida razoável (BARD), considerando que o custo de um erro em uma condenação criminal errônea é extremamente maior do que o de uma absolvição falsa, pois, além de privar de liberdade uma pessoa genuinamente inocente, ocasiona danos graves ao projeto de vida dela e à sua reputação. Se fosse possível traduzir em linguagem matemática, seria uma prova que ultrapassa o umbral de 90% de probabilidade de correção da pretensão acusatória. Em linguagem natural, seria o mesmo que dizer que é quase certo que tenha ocorrido do modo como foi narrado pela acusação⁴⁰.

38 É importante deixar claro que o raciocínio matemático foi utilizado unicamente para fins de didática na explicação.

39 Essa era a doutrina de Danilo Knijnick (A prova nos Juízos cível, penal e tributário, p. 38). Esse entendimento, após as modificações promovidas pela Lei 14.230/2021, perdeu seu sentido, pois, além de o procedimento novo haver se tornado similar ao procedimento do CPP, a absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do CPP, onde prevê, por exemplo, a ausência de prova suficiente para condenação (art. 21, §4º, da Lei 8.429/92).

40 KNIJNICK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. p. 45.

Depreende-se dessa breve exposição que o direito norte-americano, apesar dos defeitos dos *standards* formulados, objeto de diversas críticas da doutrina às definições e modo de aplicação, está à frente do nosso direito positivo porque pelo menos apresenta alguns parâmetros, mesmo que defeituosos, que são parcialmente consolidados com décadas de estudos e de jurisprudência sobre o tema. A existência desses *standards*, de elementos mínimos de definição de cada um deles e de identificação dos casos em que serão aplicados, promovem um ambiente de segurança jurídica, onde as partes podem, a partir da verificação das provas apresentadas, tomar decisões sobre a continuidade no processo ou sobre a aceitação de acordos, orientando a sua conduta processual. No Brasil, não há norma legal estabelecendo *standards* de prova.

O art. 155, do CPP, limita-se a dizer que o juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. O parágrafo único do mesmo dispositivo dispõe que somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. O art. 156, do CPP, dispõe sobre ônus da prova e sobre poderes instrutórios do Juiz.

A redação do art. 155, do CPP, apesar de dizer que o objeto de livre apreciação do Juiz é a prova, o que exclui que ele possa decidir com base em elementos diversos (sua própria experiência, quando dissociada das provas, seu conhecimento privado, seus preconceitos, a lógica natural da vida), estabelece uma conclusão difícil de controlar: a prova tem por objetivo a formação da convicção do Juiz. Além de não haver a fixação de um *standard* de prova no âmbito criminal, determina como objetivo da prova a formação da convicção do magistrado, o que vai de encontro a uma concepção que requer *standards* de prova para possibilitar o controle do raciocínio judicial.

No mesmo sentido, o art. 412, caput, do CPP, estabelece que para prolatar a decisão de pronúncia o magistrado deverá estar convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

Novamente, o dispositivo legal apenas diz que a justificativa da pronúncia se baseia no convencimento judicial, e não na existência de provas que justifiquem esse convencimento.

A legislação, assim, preocupa-se com a avaliação da prova, deixando de fixar *standards*⁴¹.

Em 2021, o STF reconheceu repercussão geral no RE 1.323.708 PA, em tema relacionado à suficiência probatória no crime de redução à condição análoga a de escravo. O acórdão de reconhecimento da repercussão geral restou assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. ARTIGO 149 DO CÓDIGO PENAL. TIPICIDADE. STANDARD PROBATÓRIO. CONDIÇÕES DE TRABALHO DEGRADANTE. REALIDADES DO TRABALHO RURAL E DO TRABALHO URBANO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES. VALORES SOCIAIS DO TRABALHO. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

A matéria ainda não foi debatida no âmbito do STF. De qualquer sorte, considerando os estritos limites da discussão, a solução será dada para o crime de redução à condição análoga à de escravo. Não há, até aqui, elementos seguros, firmados na lei ou na prática jurisprudencial, acerca dos *standards* de prova, seja no âmbito cível, no âmbito criminal, no direito tributário ou no direito administrativo sancionador, o que motivou a reflexão sobre o presente tema.

No julgamento do Resp 2091647-DF, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 03/09/2023, a Sexta Turma do STJ controlou a legalidade de decisão de pronúncia no âmbito do procedimento do Tribunal do Júri estabelecendo parâmetros importantes⁴². Em primeiro lugar, acolheu o princípio

41 TARUFFO, Michele. Rethinking the standards of proof. In: The American Journal of Comparative Law, vol. 51. Págs. 668-669.

42 No STF há precedente mais remoto, ARE 1067392, relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 26/03/2019, a Segunda Turma decidiu que “diante de um estado de dúvida, em que há uma preponderância de provas no sentido

da progressividade no âmbito dos *standards* de prova, segundo o qual o nível de exigência de um *standard* de prova aumenta à medida que se progride no âmbito do procedimento. Dessa forma, uma decisão inicial de admissão de uma demanda requer um conjunto de provas menos robusto que a decisão final do processo. Com isso a decisão de pronúncia somente é admissível quando estiver comprovada a materialidade e houver indícios suficientes de autoria. Caso haja dúvida quanto à existência dos indícios suficientes de autoria, então não se aplica a máxima *in dubio pro societate*, que nem mesmo tem existência no direito positivo brasileiro. Nesse caso, deve-se aplicar o princípio *in dubio pro reo*, pois se trata de decisão que requer um conjunto probatório mais robusto, notadamente porque tem como consequência levar o réu a julgamento pelo Tribunal do Júri, ocasionando maior invasão em sua esfera jurídica. Tendo a função de distribuir os riscos de erro no processo, a progressão do procedimento requer conjunto probatório mais robusto e, caso não apresentado, o risco de erro nessa etapa já é atribuído à acusação.

Outro ponto importante do precedente é que estabeleceu *standards* para o procedimento do Tribunal do Júri, dentro dessa progressividade. Para o recebimento da denúncia, basta que a hipótese acusatória, considerados os elementos de prova apresentados com a denúncia, seja mais provável do que a hipótese absolutória, “mesmo que isso não signifique efetiva solidez do acervo probatório produzido e que ambas sejam pouco prováveis”. Esse, entretanto, não poderia ser o *standard* de prova admissível para levar o réu a Júri popular, porque ocasionaria o risco de sua condenação por mera preponderância de provas, o que seria “francamente incompatível com a presunção de inocência que ilumina o processo penal”. Para a decisão de pronúncia, seria necessário que o magistrado se baseasse em um *standard* intermediário entre a mera preponderância de provas e da prova além de toda dúvida razoável, que é designado como “prova ou mesmo um certo conjunto de prova que indique, com elevada probabilidade, a autoria, embora não se trate de certeza da autoria”, correspondente ao que no direito

de não participação dos acusados nas agressões e alguns elementos incriminatórios de menor força probatória, impõe-se a impronúncia dos imputados”, diante da “primazia da presunção de inocência”. No mesmo precedente, o relator estabeleceu que, “embora inexistam critérios de valoração rigidamente definidos na lei, o juízo sobre fatos deve ser orientado por critérios de lógica e racionalidade”.

norte-americano se designa por *clear and convincing evidence*. Nesse aspecto, o STJ admitiu que o Júri condene o réu com base no *standard* da prova clara e convincente, pois considerou esse risco, o que permite concluir, a partir da leitura do acórdão, que não há uma ligação intrínseca entre o princípio da presunção de inocência e a necessidade de um *standard* de prova mais rigoroso no âmbito penal, que seria o da prova além de toda dúvida razoável.

No mesmo sentido, no julgamento do AResp 2236994/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 21/11/2023, a Quinta Turma estabeleceu que a decisão de pronúncia tem a função de proteção do réu contra erros judiciais e, por conta disso, ela deve estar fortemente corroborada, com alto grau de probabilidade, por provas claras e convincentes, e que o conjunto probatório seja completo.

Depreende-se desses dois precedentes do STJ que a jurisprudência do Tribunal, nas duas Turmas com competência para julgar Direito Penal e Processual Penal, vem se sedimentando em adotar o princípio da progressividade, de modo que quanto mais inicial for uma decisão, e menos invasiva dos direitos do réu ou do investigado, menor é o *standard* de prova exigido. Essa exigência aumenta à medida que a decisão é prolatada após acréscimo do acervo probatório e em que se atinge com maior impacto a esfera jurídica do acusado. Uma conclusão necessária acerca da adoção desse princípio é que o processo penal não requer, necessariamente, um único *standard* de prova, pois é possível e até mesmo necessário adotar diversos *standards* a depender do tipo de decisão⁴³. Não há um dispositivo legal específico que assim estabeleça, mas se trata de uma orientação interpretativa possível a partir da leitura de diversos dispositivos do CPP.

No art. 387, VII, o CPP determina ao Juiz que absolva o réu quando não existir prova suficiente para a condenação. O art. 16, do CPP, estabelece que o Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia, o que significa que a denúncia não pode ser oferecida sem base probatória mínima, pois, na falta desse substrato mínimo, a ação penal deve ser objeto de arquivamento, na forma do art. 28, do CPP, ou, caso não haja

43 No RHC 158580/BA, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado pela Sexta Turma em 19/04/2022, o STJ indicou que a busca pessoal, requer um *standard* específico.

promoção de arquivamento pelo Ministério Público, deverá ser rejeitada pelo magistrado por falta de justa causa (art. 395, III, do CPP). Após o oferecimento da resposta escrita do art. 396-A, do CPP, o magistrado está autorizado a prolatar decisão de absolvição sumária quando houver prova manifesta de excludente de ilicitude ou de culpabilidade, ou quando o fato evidentemente não constituir crime ou estiver extinta a punibilidade. A absolvição sumária requer que a prova produzida pela defesa seja suficiente para rechaçar as provas produzidas pela acusação, pois a lei utiliza o termo “manifestamente”. Caso não haja essa prova manifesta, o procedimento deve seguir. Considerando que o Ministério Público deve narrar na denúncia o fato, com todas as suas circunstâncias, e que há a presunção de inocência protegida constitucionalmente (art. 5º, LVII), é incumbência do Ministério Público comprovar suas alegações, embora nada se diga a respeito do grau de suficiência probatória para considerar afastado o disposto no art. 387, VII⁴⁴.

Na decisão da Sexta Turma do STJ (Resp 2091647-DF), invocam-se *standards* de prova do direito norte-americano que receberam diversas críticas por conta de sua falta de clareza, sua quase inexistente objetividade e por recorrerem a critérios eminentemente subjetivos do julgador. Por mais que a linguagem natural seja um obstáculo para fixação de *standards* objetivos por conta da sua inevitável vagueza, é necessário que parâmetros com menor grau de indefinição possível sejam especificados. Como ensina Larry Laudan, equidade e devido processo não são assegurados, nem de modo provável, em um sistema onde diferentes juízes dimensionam de modo diverso os *standards* de prova⁴⁵.

Já a decisão da Quinta Turma acima mencionada (AResp 2236994/SP), foi mais precisa e mais feliz, pois invocou em seu auxílio os parâmetros fixados pelo autor Jordi Ferrer Beltrán em sua obra “**Provas sem convicção. Standards de prova e devido processo**”. O Professor de Girona constrói 7 standards de prova

44 JARDIM, Afrânio Silva. O ônus da prova na ação penal condenatória. In: Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça, Rio de Janeiro, nº 23, jan./jun. 1986. Págs. 36-37. Gustavo Badaró aduz que uma alegação excludente de ilicitude ou de culpabilidade, por exemplo, não importam em ampliação ou alteração do objeto do processo, pois esse consiste na pretensão penal exposta pelo Ministério Público, e sim em ampliação do objeto de cognição do Juiz, e, consequentemente, do objeto da prova (BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária e Prova Penal. p. RB 1.13.

45 LAUDAN, Larry. Truth, error and criminal law. Cambridge. Cambridge University Press. 2006. p. 31.

que poderiam ser aplicados nos mais diversos procedimentos existentes, tanto na seara cível, tributária, penal e direito administrativo sancionador⁴⁶. No caso, o relator entendeu aplicável, para a decisão de pronúncia, o standard 4 proposto por Jordi Ferrer Beltrán⁴⁷.

Depreende-se que a jurisprudência dos Tribunais Superiores, atualmente, trilha um caminho de estabelecer critérios visando controlar o raciocínio judicial, ao mesmo tempo em que se preocupa em prover o magistrado de instrumentos que facilitem a exposição da decisão sobre a suficiência probatória. A jurisprudência também admite a existência de *standards* de prova diversos dentro do mesmo procedimento penal. Em relação ao julgado da Quinta Turma do STJ, verifica-se também que há uma preocupação em definir o *standard* de prova, conforme palavras de Larry Laudan, em termos de características do caso apresentado para a condenação, e não em termos de estado mental do julgador⁴⁸.

Mas não há clareza sobre a possibilidade de haver *standards* de prova diversos a depender de diversas circunstâncias, como, por exemplo, a espécie de crime e a maior dificuldade de comprovação em virtude da natureza da conduta descrita e das diversas formas de disfarçá-la, fazendo-a parecer conforme a lei, ou mesmo pelas características da própria conduta, que não se aperfeiçoa, em regra, diante de terceiros que possam testemunhá-la.

Como proceder diante de casos iguais a esses? Larry Laudan entende que o *standard* de prova extremamente rigoroso, que no direito norteamericano corresponde à prova além de toda dúvida razoável, não deveria ser aplicado em todos os casos no processo criminal para fins de condenação. Ele defende que a gravidade da pena interfira na construção do *standard* de prova, de modo que crimes cuja pena seja mais severa, como a privativa de liberdade, requerem um *standard* mais exigente porque o risco de erro causa um dano

46 Em curso realizado no ano de 2023, intitulado “Curso de Extensión Universitaria em Estándares de Prueba y Debido Proceso”, o processor Jordi Beltrán acrescentou mais quatro standards que deverão ser melhor explorados em uma segunda edição da sua obra.

47 BELTRÁN, Jordi Ferrer. Provas sem convicção. p. 367: “a) que seja a hipótese mais provavelmente verdadeira, à luz dos elementos de juízo existentes nos autos do processo; b) que o peso probatório do conjunto de elementos de juízo relevantes incorporados ao processo seja completo (excluídas as provas redundantes)”

48 Laudan, Larry. Truth, error and criminal law. p. 52.

grave ao indivíduo. Entretanto, se a pena for leve, como uma prestação de serviços ou o pagamento de uma multa, o *standard* da prova clara e convincente seria suficiente e seria compatível com a presunção de inocência, pois não seria admissível uma condenação criminal com base em mera probabilidade preponderante. O custo para montar a prova desses processos de penas mais leves também influenciaria na construção do procedimento probatório e dos *standards* de prova⁴⁹.

Argumentando sobre as razões para determinar um *standard* de prova, Jordi Ferrer Beltrán elenca seis motivos que podem ser considerados pelo legislador⁵⁰: 1) a gravidade do erro em caso de condenação falsa; 2) o custo do erro das falsas absolvições; 3) as dificuldades probatórias do tipo do caso; 4) a incidência de outras regras que distribuem o risco de erro; 5) a distribuição de poder entre as partes; 6) a etapa do processo para a qual deve ser tomada a decisão.

O crime de corrupção passiva é punido com pena de reclusão dois a doze anos, e multa, o que significa que, a depender do caso, o acusado pode ter sua pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direitos, desde que observados os demais requisitos do art. 44, do CP, considerando que um dos requisitos é que a pena privativa de liberdade fixada não tenha sido superior a quatro anos. Por mais que essa substituição seja possível, a previsão abstrata é de pena privativa de liberdade, que é grave, sem contar que a condenação criminal insere o condenado no estado de reincidência, que obsta que ele tenha benefícios de institutos criminais despenalizadores ou desencarcerizadores por cinco anos, como, por exemplo, a suspensão condicional do processo⁵¹, a transação penal,⁵² o acordo de não persecução penal⁵³ e a suspensão condicional da pena⁵⁴.

49 Laudan, Larry. Truth, error and criminal law. págs. 55-56.

50 BELTRÁN, Jordi Ferrer. Provas sem convicção. págs. 262-298.

51 Aplicação, por analogia, do disposto no art. 76, §2º, II, da Lei 9.099/1995: RHC 80170/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017; HC 370047/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 01/12/2016; HC 366668/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 23/11/2016; RHC 55924/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 24/06/2015; HC 209541/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 30/04/2013.

52 Art. 76, §2º, II, da Lei 9.099/1995.

53 Art. 28-A, §1º, III, do CPP.

54 Art. 77, I, do CP.

O custo da falsa absolvição é grande, considerando que o bem jurídico protegido é a probidade administrativa e, conseqüentemente, o erário, de tal forma que moldar um procedimento que dificulte a condenação de genuínos culpados importa em descumprir o dever de proteção por parte do Estado a esses valores constitucionais.

As dificuldades probatórias são evidentes nesse tipo de crime porque o agente público corrupto não passa recibo, nem descreve a causa da atribuição patrimonial de forma verdadeira (prática de ilegalidade ou omissão ilegal). Pelo contrário, com o passar dos anos são aperfeiçoados métodos de dissimulação da vantagem indevida com o objetivo de dificultar a fiscalização e, quiçá, em caso de processo judicial, beneficiar-se da dúvida decorrente de um *standard* de prova muito exigente.

Duas estratégias poderiam ser formuladas: modificar o tipo penal do crime de corrupção passiva, de modo a considerar crime o agente público ter um patrimônio incompatível com sua remuneração e sem justificativa plausível, ou reduzir o *standard* de prova.

A primeira estratégia parece estar fora do propósito do Congresso Nacional atual. Os movimentos foram em sentido contrário, tanto que a Lei 14.230/2021, excluiu a figura do ato de improbidade administrativa qualificado pelo dano ao erário, por culpa, bem como equiparou toda a estrutura da lei de improbidade à do direito penal.

A segunda estratégia parece mais passível de ser alcançada, porém, também demandaria a atuação do Poder Legislativo. Considerando que a jurisprudência do STJ já fez apontamentos sobre a diversidade de *standards* de prova dentro do mesmo procedimento criminal, não parece descartável que essa intervenção seja realizada pelo Poder Judiciário, entretanto, por uma questão de segurança jurídica, o mais correto é que ela ocorresse mediante os instrumentos criados pelo novo CPC para estipulação de teses vinculantes para os demais órgãos do Poder Judiciário subordinados ao Tribunal que editá-las.

Um questionamento comum que pode surgir é que o devido processo legal no processo criminal exige um *standard* de prova rigoroso e exigente, pois a presunção de inocência estabelece uma preferência política sobre um maior risco de erro de absolvições falsas.

Assim como Larry Laudan, mencionado acima, Jordi Ferrer Beltrán defende em sua obra que o devido processo legal exige, apenas, que uma condenação somente será admissível quando superado o *standard* de prova estabelecido para esse fim, ou seja, o que o devido processo legal exige é um *standard* de prova, e a presunção de inocência nada fala sobre o *standard* de prova necessário⁵⁵, podendo ser qualquer um mais exigente do que o firmado normalmente para a seara cível patrimonial, notadamente porque o risco de erro não é indiferente na sentença criminal, ao contrário do que ocorre na sentença cível⁵⁶.

Essa afirmação não parece estar em contradição com o que acontece no ordenamento jurídico. O princípio *in dubio pro reo*, comumente utilizado no processo penal, diversas vezes é transplantado para seara diversa, como, por exemplo, o direito administrativo sancionador⁵⁷. Nem por isso se defende que nesse âmbito, por exemplo, para a aplicação de pena de demissão a um servidor público, o *standard* de prova deva ser o mesmo que vigora no âmbito do processo criminal. Consequentemente, não há inconstitucionalidade em qualquer proposta legislativa que construa *standards* de prova menos rigorosos no âmbito criminal, desde que mais exigentes do que o da preponderância da prova⁵⁸.

55 Em sentido diverso, BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária e Prova Penal. p. RB-3.16.

56 BELTRÁN, Jordi Ferrer. Provas sem convicção págs. 256-260. Essa mesma preocupação perpassa Allen, Ronald. Modelling Criminal Law. págs. 471-472. AGUILERA GARCIA entende que o direito fundamental à prova exige que o *standard* de prova seja formulado com base na metodologia da corroboração da hipótese pelas evidências apresentadas, e não com base em estados mentais do julgador, e que o nível de exigência seja estabelecido de forma mais racional possível, considerando a diversa gama de consequências positivas ou negativas, de custos e benefícios de cada tipo de erro.

57 Por exemplo, a Quinta Turma do STJ, ao julgar o RMS 24584/SP, em 09/02/2010, entendeu aplicável o princípio *in dubio pro reo* em processo administrativo que resultava em sanção disciplinar. O Pleno do STF igualmente já aplicou esse princípio no processo administrativo disciplinar no MS 23262: EMENTA Constitucional e Administrativo. Poder disciplinar. Prescrição. Anotação de fatos desabonadores nos assentamentos funcionais. Declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 170 da Lei nº 8.112/90. Violação do princípio da presunção de inocência. (...). 2. O princípio da presunção de inocência consiste em pressuposto negativo, o qual refuta a incidência dos efeitos próprios de ato sancionador, administrativo ou judicial, antes do perfazimento ou da conclusão do processo respectivo, com vistas à apuração profunda dos fatos levantados e à realização de juízo certo sobre a ocorrência e a autoria do ilícito imputado ao acusado. (...) (MS 23262, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 23-04-2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014). No âmbito doutrinário, OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Infrações e Sanções Administrativas. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2ª ed. 2005. págs. 25-26.

58 Uma proposta em sentido contrário, MOTTA, Tiago de Lucena. Valoração da prova na persecução penal da corrupção: um argumento contra a variabilidade de *standards* probatórios. In: Direito Brasileiro Anticorrupção. Org: MALTA, Carlina Souza. ENFAM. Volume 3, págs. 362-368.

3. FORMULAÇÃO DE STANDARDS DE PROVA PARA O CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA

Considerando a possibilidade de se construírem diversos *standards* de prova a partir de preocupações valorativas e políticas diversas, bem como considerando que o princípio da presunção de inocência no processo criminal não tem relação necessária com a adoção de um único *standard* de prova, que seja o mais rigoroso, e que o devido processo legal exige tão-somente a construção de *standards* claros e, no máximo possível, objetivos, a proposta aqui desenvolvida não importará os *standards* construídos no direito norte-americano (prova além de dúvida razoável e prova clara e convincente).

Serão analisadas outras propostas formuladas em âmbito doutrinário para verificar sua melhor adequação ao crime de corrupção passiva, considerados os valores envolvidos e mencionados no tópico acima.

Larry Laudan, em sua obra *Error and truth in criminal law*, analisa algumas propostas de *standards* com as quais, posto afirme não concordar que seriam as melhores, pelo menos teriam a virtude de estabelecer que o julgador deve decidir com base na prova do processo.

Uma primeira proposta analisada é a seguinte⁵⁹:

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.

De acordo com esse *standard*, é necessário estabelecer uma comparação entre as provas produzidas, e entre as provas produzidas e as diversas hipóteses rivais no processo.

Caso haja apenas provas da acusação, então elas deverão ser dotadas de credibilidade tal que torne difícil explicar qualquer hipótese contrária, ou seja,

59 LAUDAN, Larry. *Error and truth in criminal law*. p. 82.

que o crime não aconteceu. Se houver apresentação de provas pela defesa, então a prova da acusação tem que ter alguma característica que permita superá-la e justifique a condenação.

Depois, o autor norte-americano passa a analisar uma instrução formulada para os jurados nas Cortes do Estado da Califórnia a respeito da apreciação da prova circunstancial, e que vigorou nas Cortes Federais até o ano de 1954⁶⁰:

However, a finding of guilt as to any crime may not be based on circumstantial evidence unless the proved circumstances are not only (1) consistent with the theory that the defendant is guilty of the crime, but (2) cannot be reconciled with any other rational conclusion. . . . Also, if the circumstantial evidence permits two reasonable interpretations, one of which points to the defendant's guilt and the other to innocence, you must adopt that interpretation that points to the defendant's innocence, and reject that interpretation that points to guilt.

A prova circunstancial ou indiciária deveria ter duas características: a) deve ser consistente com a hipótese acusatória; b) não pode ser reconciliada com qualquer outra conclusão racional. Isso significa que se a prova circunstancial der ensejo a duas interpretações possíveis da hipótese fática, uma delas compatível com a apontada pela defesa, então o réu deve ser absolvido. Fica pendente de explicação os casos em que, embora seja possível haver alguma outra interpretação possível incompatível com a hipótese acusatória, seja de frágil justificação, considerando o contexto global das provas. Esse questionamento é importante porque no processo, em regra, acusação e defesa formulam hipóteses rivais e apresentam provas divergentes, o que significa que há possibilidade de haver interpretações divergentes.

Esse *standard* analisado por Laudan é complementado por outro analisado pelo mesmo autor⁶¹:

60 LAUDAN, Larry. Error and truth in criminal law. p. 82.

61 LAUDAN, Larry. Error and truth in criminal law. p. 83.

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.

O fundamento dessa relação de complementação reside na necessidade de que o fato estabelecido e comprovado pela acusação ter a necessidade de excluir toda razoável hipótese que se possa pensar e que tornaria o réu inocente, então ele deve ser condenado. Caso contrário, deve ser absolvido. Esse *standard* complementa o anterior também porque admite interpretações divergentes e estabelece que um juízo condenatório somente está justificado se a outra interpretação possível não for razoável.

Há, assim, um ponto de partida para formular o *standard* de prova: credibilidade da prova produzida, relação de coerência entre a prova produzida e a hipótese acusatória, que não seja possível, a partir da prova produzida, formular uma interpretação divergente, razoável e compatível com a inocência do réu.

Outra proposta de *standards* de prova pode ser encontrada na obra de Jordi Ferrer Beltrán, intitulada “**Provas sem Convicção: Standards de prova e devido processo**”. O autor espanhol propõe três *standards* diversos para o processo criminal de conhecimento que finda com sentença condenatória ou absolutória, pois defende que não há uma ligação necessária entre o princípio da presunção de inocência e a existência de um único *standard* de prova para o processo penal que fosse o mais rigoroso de todos, de modo que o legislador poderia fazer um desenho institucional diverso, a depender dos fatores a serem levados em consideração por ocasião da construção dos *standards* para determinados tipos de crime. Os *standards* propostos são os seguintes⁶²:

STANDARD 1:

- a) A hipótese deve ser capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente, e as predições de novos dados que a hipótese permita formular deve ter resultado confirmadas e aportadas como prova ao processo;

62 BELTRÁN, Jordi Ferrer. Provas sem convicção. págs. 366-367

- b) Deve-se ter refutado todas as demais hipóteses alternativas plausíveis explicativas dos mesmos dados que sejam compatíveis com a inocência do acusado/demandado ou mais benéficas para ele, excluindo as meras hipóteses *ad hoc*;

STANDARD 2:

- a) A hipótese deve ser capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente, e as predições de novos dados que a hipótese permita formular deve ter resultado confirmadas e aportadas como prova ao processo;
- b) Deve-se ter refutado a hipótese alternativa formulada pela defesa da parte contrária, se for plausível, explicativa dos mesmos dados e compatível com a inocência do acusado/demandado ou mais benéficas para ele;

STANDARD 3:

- a) A hipótese deve ser capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente, e as predições de novos dados que a hipótese permita formular deve ter resultado confirmadas e aportadas como prova ao processo;
- b) Deve-se ter refutado a hipótese alternativa formulada pela defesa da parte contrária, se for plausível, explicativa dos mesmos dados e compatível com a inocência do acusado/demandado ou mais benéficas para ele, desde que tenha sido aportado alguma prova que lhe confira algum grau de confirmação;

Esses três *standards* propostos devem ser analisados no contexto da teoria criada pelo referido doutrinador. Jordi Ferrer rejeita os *standards* de prova que apelam para a convicção do julgador, ou que são descritos de tal maneira que é difícil de precisar suas hipóteses de aplicação.

Ademais, considera que os *standards* de prova têm uma função de distribuição do risco de erro, devendo o legislador, em uma decisão política, escolher qual o erro se está mais disposto a correr, se uma condenação falsa ou uma

absolvição falsa. Isso não exclui a importância da epistemologia na construção dos *standards*, diante da relevância de se fornecer instrumental eficiente para a construção de conhecimento seguro e justificado acerca do juízo de fato.

Por essa razão ele adota o conceito de peso probatório, já referido mais acima, que significa o grau de completude do acervo probatório, considerando o estado do conhecimento presente. Quanto mais completo o acervo probatório, maior a probabilidade de acerto, notadamente porque haverá uma maior quantidade de informações no processo.

Desse modo, não é correto entender que sua proposta de construir *standards* de prova menos rigorosos para alguns delitos despreze o risco de erro da condenação de um inocente. O conceito de peso probatório tem esse efeito, de aproximar o julgador do acerto, e esse conceito está presente no tópico a) dos três *standards* mencionados acima⁶³.

Na valoração da prova o julgador tem que considerar não a sua convicção, mas a relação entre a prova e a hipótese, visando estabelecer uma análise de justificação suficiente.

Por essa razão, segundo o professor de Girona, nos três *standards* a hipótese deve ser capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente, e as predições de novos dados que a hipótese permita formular deve ter resultado confirmadas e aportadas como prova no processo. Ele pressupõe um acervo probatório robusto porque o conceito de peso probatório é muito importante para ele. Isso significa que o *standard* de prova estará preenchido se houver peso probatório significativo, o que aumenta as chances de acerto da decisão.

Nesse sentido, não parece acertada a crítica ao professor de Ferrer Beltán ao dizer que a proposta de criar diversos *standards* de prova, a depender da espécie de crime, desconsidera a gravidade do erro que é a condenação criminal⁶⁴.

63 O professor Jordi Ferrer fala que as diversas hipóteses têm que ser objeto de corroboração sucessiva e, caso isso não exista, haveriam lacunas probatórias que impediriam satisfazer o *standard* (Provas sem convicção, pág. 375). As lacunas probatórias decorrem de “provas que deveriam ter sido aportadas ao processo, mas não foram” (Ob. cit., pág. 375). Por essa razão, é possível que toda a evidência disponível não seja suficiente a satisfazer o *standard* de prova criminal, porque algumas questões cruciais, como diz J. Cohen, podem permanecer indetermináveis (COHEN, J. Ob. cit. p. 642).

64 MOTTA, Thiago de Lucena. Ob. cit. pág. 363. Sem fazer crítica expressa ao professor Jordi Ferrer, mas criticando uma proposta de diversificar os *standards* de prova no processo criminal, concluindo que esse tipo de

Pelo contrário, requerer um grande peso probatório tem maior comprometimento com o acerto, revelando a consciência de que o procedimento probatório deve ser construído da melhor maneira possível para diminuir os erros, com a consciência de que a função dos *standards* de prova não é evitar o erro, e sim distribuir os riscos de sua ocorrência⁶⁵. De qualquer sorte, os erros judiciais são prejudiciais, e um sistema que resulte em número significativo de falsos negativos (absoluções errôneas) também ocasionaria problemas.

Ao falar de predição, o professor Jordi Ferrer não diz que o julgador faz uma previsão sobre o futuro. Ele utiliza predição no sentido de conhecer informações que até então não eram explicadas ou mesmo reveladas. Para que isso seja possível, é necessário que a hipótese acusatória seja devidamente explicada de modo coerente pelas provas do processo, e integradas de modo racional mediante uma complexa operação de inferências, notadamente porque o raciocínio probatório é probabilístico, e a probabilidade não é a matemática, e sim a que ele chama de lógica ou baconiana.

Gustavo Henrique Badaró não concorda com essa proposta de predição porque diz que no processo judicial a defesa está apresentando provas voltadas a falsear, ou pelo menos causar dúvida, sobre a hipótese acusatória, diversamente do que ocorre com o cientista, de modo que não haveria fato desconhecido. Entretanto, não são raros os casos em que a defesa não formula teses defensivas. Considerando o princípio da comunhão da prova e o princípio da presunção de inocência, o magistrado, à luz do acervo probatório, pode identificar lacunas probatórias que obstam a confirmação do fato alegado ao menos em parte, impedindo uma integração explicativa.

O referido doutrinador também critica o segundo tópico do *standard* 1, ao afirmar que o Juiz deve considerar as provas existentes efetivamente e não deve

entendimento é um resquício do sistema inquisitório, JÚNIOR, Aury Lopes. Ob. cit. pág. 565. Também discorda dessa compreensão, ROSA, Alexandre de Morais da. Guia do Processo Penal conforme a teoria dos jogos. Florianópolis, Editora EMais, 6ª ed., 2020, p. 659.

65 “Por isso, uma vez que tenhamos feito tudo o que era possível para diminuir o número total de erros, é necessário tomar a decisão sobre como distribuir entre as partes o risco do erro restante” (BELTRÁN, Jordi Ferrer. Provas sem convicção, pág. 361).

fazer lucubrações fantásticas ou formular hipóteses cerebrinas⁶⁶. Na realidade, quando o magistrado raciocina, ele pode pensar que a prova apresentada indica que o fato pode ter acontecido como consta na denúncia, mas pode ter acontecido de outra maneira, levando em consideração a integração explicativa das diversas evidências e o contexto em que inserido o acusado. Importante destacar que o próprio professor Badaró, mais além em sua obra, diz que “numa epistemologia falsificacionista, o julgar deve assumir uma posição de incredulidade constante diante da hipótese acusatória, submetendo-a a sistemáticas tentativas de refutação”⁶⁷, trecho que pode ser interpretado como uma autorização ao magistrado a fazer raciocínios sobre hipóteses mais benéficas ao réu, à luz da prova apresentada pela acusação, pela sua integração explicativa e considerando critérios de generalização que não sejam espúrios. Como o próprio Gustavo Badaró diz, é necessário que a hipótese absoluta ou a prova da defesa seja apta a fornecer uma explicação dos fatos ocorridos, ou seja, uma integração explicativa à luz das evidências apresentadas no processo e consideradas integralmente.

Seguindo na sua exposição, Badaró aduz que uma justificação suficiente com base nas evidências não é idônea para justificar uma condenação criminal, mas pode justificar o recebimento da denúncia. E, logo a seguir, aduz que, numa escala gradual, se o nível de justificação sofrer aumento de intensidade e tornar-se forte, haverá elevadíssima probabilidade da tese acusatória, apta a justificar a condenação criminal. Aparentemente, ele está admitindo que é possível no processo haver progressividade no conhecimento, não havendo muita distância para o que o professor Jordi Ferrer chama predição.

Essas operações, entretanto, não são suficientes para alcançar o *standard* de prova, que se consubstancia em um umbral de suficiência probatória. Não basta que as provas produzidas expliquem de modo coerente em uma atividade de integração explicativa a hipótese acusatória. Elas não podem também ser compatíveis com hipóteses idôneas a impedir a condenação.

E é nesse ponto que reside a distinção entre os três *standards* construídos: no primeiro, é necessário que o julgador considere toda e qualquer hipótese que seja

66 BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária e Prova Penal. p. RB-3.19.

67 BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária e Prova Penal. p. RB-3-20.

compatível com a absolvição do réu, mesmo que não tenha sido por ele formulada na defesa, ou ainda tenha sido formulada, mas que não haja prova a respeito, ou seja, o julgador deverá conjecturar qualquer hipótese rival com as quais a prova acusatória também seja compatível; no segundo, é necessário que o réu formule alguma hipótese absolutória, não estando o magistrado obrigado a apreciar o resultado da produção probatória com qualquer hipótese absolutória, se o acusado mesmo não o propuser; e por fim, na terceira, a prova deve ser incompatível com a hipótese formulada pelo acusado e para a qual apresentou provas⁶⁸.

Esse escalonamento em graus permite concluir que, de acordo com o *standard* adotado, o réu pode não ter qualquer tipo de ônus (nem de construir uma hipótese absolutória, nem de provar), pode ter apenas um ônus de construir uma hipótese absolutória, para fins de verificação da compatibilidade da prova apresentada também com essa hipótese, ou pode ter o ônus de construir a hipótese absolutória e de apresentar provas que a corrobore.

O umbral de suficiência probatória, assim, será alcançado, no *standard* 1, se a integração explicativa alcançada com toda a prova disponível for capaz de rechaçar toda e qualquer hipótese que fosse compatível com a absolvição, no *standard* 2, se a integração explicativa alcançada com toda a prova disponível for capaz de rechaçar a hipótese absolutória formulada pelo réu, e no *standard* 3, se a integração explicativa alcançada com toda a prova disponível for capaz de rechaçar a hipótese formulada e provada pelo réu. Essa prova do réu, para ser considerada suficiente, não precisa alcançar o umbral mais exigente, bastando que haja probabilidade de ocorrência da hipótese absolutória formulada.

No *standard* 1 o autor diz que estão excluídas como hipóteses capazes de evitar o alcance do umbral de suficiência probatória aquelas que ele considera *ad hoc*, que seriam as hipóteses de impossível contrastação, que não podem ser submetidas a testes mediante prova. Seria o caso de o réu apontar como álibi o fato de haver sido abduzido no exato instante em que o crime ocorreu, ou quando

68 Importante consignar que no texto não há diferença entre o *standard* 2 e o *standard* 3, entretanto, na p. 391 do livro mencionado (Provas sem convicção), o autor diz o seguinte: “Definitivamente, para considerar confirmada a hipótese da culpabilidade não será necessário refutar a hipótese da inocência alegada pela defesa se essa não contar com provas específicas a seu favor, o que restaria contido na formulação do *standard* 3) apresentado no item anterior”.

o acusado o tempo inteiro se diz perseguido. A cada prova que se apresenta ele diz que foi perseguido, que está sendo vítima de um grande conluio entre Polícia, Ministério Público e Judiciário, circunstâncias essas que não são passíveis de comprovação.

O crime de corrupção passiva, viu-se no tópico 1, pelas próprias características da conduta que o permeia, é de difícil elucidação, além de a absolvição errônea ter um alto custo social e jurídico. O agente público envolvido nesse tipo penal tentará disfarçar a vantagem indevida, ou dissimular a solicitação ou recebimento da vantagem, seja por interposta pessoa ou por documentos falsos, o que dificulta de veras a caracterização do crime.

Importante fazer uma observação de que, embora os criminosos em geral tenham a preocupação de evitar deixar rastros dos crimes que cometem, na corrupção passiva existe algo diverso: o acusado tentar ludibriar, seja por meio de simulação ou dissimulação, para dar ares de legalidade. Em um homicídio o réu pode deixar registros de material genético, um furto ou roubo pode ser objeto de filmagem por câmeras de prédios vizinhos, sendo certo que em ambos os crimes o autor do delito tenta evitar ser descoberto, entretanto, na corrupção passiva o autor do delito tenta não apenas praticá-la longe dos olhos alheios, não apenas apagar rastros, mas transfigurá-la, dando a ela muitas vezes formas sofisticadas de modo a transparecer legalidade, ou de ocultar o verdadeiro beneficiário da vantagem indevida, o que ocasiona dificuldade probatória bem mais elevada⁶⁹.

Por conta disso, os *standards* 2 ou 3, tal como propostos por Jordi Ferrer Beltrán, seriam os mais adequados, recaindo sobre o acusado o ônus de formular uma hipótese absolutória no sentido de justificar a conduta, o recebimento, a solicitação, a inexistência de conduta ilegal ou a inexistência de vantagem indevida, ou de, além desse ônus, o de apresentar provas a respeito⁷⁰. Caberá

69 Entendendo de forma diversa, MOTTA, Thiago de Lucena. Ob cit. pág. 364.

70 Essa proposta enfrenta maiores resistências na dogmática brasileira, visto que se entende que o réu não tem qualquer ônus justamente por conta do princípio da presunção de inocência. Nesse sentido, JÚNIOR, Aury Lopes. Ob. cit. pág. 562-565. Ainda na doutrina, Alexandre de Moraes da Rosa (Ob. cit., p. 660-662), aduz que se a defesa inaugurar uma nova narrativa no processo, como afirmar um álibi, passa a ter o ônus da prova dessa nova afirmação. Entretanto, acrescenta, o fato de não comprovar o álibi não significa necessariamente condenação, porque a acusação deve provar os fatos tal como afirmados na denúncia. Gustavo Badaró tem entendimento semelhante ao de Aury Lopes Júnior, no sentido de que todo o ônus probatório recai sobre a acusação, mas admite que existe uma cor-

ao réu, assim, justificar ou, além disso, comprovar que não houve cobrança de vantagem indevida, que ele não tem nenhuma relação com a pessoa que ao final foi a destinatária dos valores, que houve mero ressarcimento em conformidade com as regras legais, etc. Caso seja adotado o *standard* 1, o benefício da dúvida que acarreta falsas absolvições será socialmente prejudicial, na medida em que nenhuma justificação sequer seria necessária quando houvesse evidências de malversação de dinheiro público. A prova apresentada pela defesa, entretanto, deve ser dotada de racionalidade ou plausibilidade prática, de modo a ser possível a hipótese defensiva, o que significa que não há exigência de que a prova da defesa alcance um *standard* elevado de prova⁷¹.

Essa interpretação de estabelecer um *standard* de prova penal menos rigoroso para o crime de corrupção passiva que o estabelecido para outras espécies de delito tem por fundamento, também, disposições do nosso ordenamento jurídico que obrigam o agente público a ter transparência em sua vida patrimonial.

Assim, a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o art. 39, §4º, da Constituição, somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, a estabelecer que não pode haver pagamento fora do que está previsto na lei (art. 37, X, da Constituição). A Constituição tratou expressamente dos atos de improbidade administrativa no art. 37, §§4º e 5º.

No art. 13, da Lei 8.429/1992, é estabelecida como condição para a posse do servidor público a apresentação de declaração do imposto de renda e de

rente intermediária, no sentido de que o acusado, uma vez alegada excludente de ilicitude, teria um ônus da prova diminuído, bastando que sua tese tenha um certo grau de probabilidade. Na visão do eminente processualista, não haveria violação do princípio da presunção de inocência nessa concepção (BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. São Paulo, Revista dos Tribunais, Ed. 2023, página RB 10-24.

No STJ, entretanto, há precedentes que estabelecem que se o réu faz alguma alegação no processo, ele passa a ter o ônus de prová-la. Por exemplo, no AgRg no REsp n. 1.952.117/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 13/11/2023, DJe de 17/11/2023, e no AgRg no HC n. 700.369/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 4/10/2022, DJe de 10/10/2022).

71 BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária e Prova Penal. p. RB-3.20. Nas palavras do eminente professor, não basta que a hipótese defensiva seja puramente conjectural, ainda que plausível, ou uma eventualidade remota, abstratamente formulável, mas cuja efetiva realização não tenha obtido qualquer confirmação na prova produzida. Mas se houver um nível fraco de justificação, considerando o contexto probatório integral, já não haverá condições de prolatar sentença condenatória.

proventos de qualquer natureza encaminhada à Secretaria da Receita Federal do Brasil, havendo obrigação de atualização anual dessa informação, com a cominação de pena de demissão ao servidor que se opuser à apresentação da declaração de bens e patrimônio. Essa é uma exigência que tem por objetivo permitir à Administração Pública acompanhar a evolução patrimonial do agente público, fazendo uma análise de compatibilidade com a remuneração que somente pode advir da própria Administração Pública dentro dos parâmetros fixados pela legislação.

Ora, diante de apresentação de indícios de recebimento de vantagem indevida por agente público, há a probabilidade de ter havido alguma falha ou omissão dolosa na declaração de imposto de renda apresentada anualmente à Administração Pública. Essa interpretação, portanto, não contraria a lógica do ordenamento jurídico enquanto regra de proteção da probidade administrativa. Da mesma forma, existe um código de conduta do agente público que impõe sobriedade e cuidado nas relações com agentes privados sujeitos a fiscalização ou beneficiários de atos administrativos.

Alguns exemplos extraídos da jurisprudência se revelam importantes para elucidação do funcionamento desse *standard*.

No REsp n. 2.038.394/SC⁷², o STJ apreciou caso em que um Juiz de Direito teria designado o seu sogro como perito para realizar diversas perícias de engenharia por longos anos, tendo o dinheiro sido destinado para uma empresa que estava no nome das filhas do perito, dentre elas, a esposa do magistrado.

Concluiu o STJ, na esteira do Tribunal *a quo*, que não havia prova produzida pela acusação de que a esposa do magistrado, filha do perito, tivesse efetivamente recebido vantagem indevida. Isso porque a empresa destinatária dos pagamentos das perícias estavam no nome das três filhas do perito e havia sido constituída antes de ele iniciar a realização das perícias. Por essa razão não ficou caracterizado o recebimento de vantagem indevida pelo magistrado. Em relação ao sogro, o recebimento dos honorários periciais não foi considerado “vantagem

72 REsp n. 2.038.394/SC, relator Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 21/11/2023, DJe de 28/11/2023.

indevida” porque houve a escorreita prestação do serviço e não havia prova de que ele teria beneficiado alguma das partes ou sido inepto.

A defesa comprovou que o trabalho do perito foi prestado e que a empresa já existia anos antes da designação. Com isso, a acusação não conseguiu apresentar provas suficientes para refutar a alegação de que a vantagem não era indevida de que a vantagem não era indevida. A caracterização da vantagem indevida, por óbvio, depende também de uma valoração jurídica acerca da melhor caracterização a ser dada ao fato. O Ministério Público sustentava com base nas provas, que havia corrupção passiva, ao passo que o STJ entendeu que se houve contraprestação efetiva pelo perito e se não havia prova de que a esposa do magistrado ou esse se locupletaram, então não há configuração da corrupção passiva.

Para o STJ, caso o agente público cobre por algum serviço prestado que seja custeado parcialmente pelo Estado com utilização de equipamentos particulares, em uma espécie de ressarcimento, não há vantagem indevida. No AgRg no HC n. 541.447/SP⁷³, o STJ se deparou com acusação de corrupção passiva a um médico que realizou um procedimento cirúrgico coberto pelo SUS e cobrou valores a título de ressarcimento pela utilização de equipamento que importava em técnica cirúrgica não coberta pelo sistema público de saúde. O STJ compreendeu que se trata de reembolso, de ressarcimento de despesas, pois o SUS cobre o procedimento cirúrgico “aberto”, e não com uso do equipamento de videolaparoscopia. O Tribunal assentou que houve assentimento do paciente a esse tipo de cirurgia e aos custos. Assim, por se tratar de reembolso ou ressarcimento de custos devidos, não haveria vantagem indevida que caracterizasse a corrupção passiva, e sim mera irregularidade administrativa.

Assim, a formulação de um *standard* de prova adequado ao ordenamento jurídico brasileiro poderia ser a seguinte:

- 1- A hipótese acusatória de promessa, solicitação ou aceitação de vantagem indevida em razão da função exercida pelo agente público deve ser capaz de explicar os dados disponíveis concernentes a transferências patrimoniais espúrias, integrando-os de forma coerente

73 AgRg no HC n. 541.447/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 14/9/2021, DJe de 20/9/2021

te, consubstanciando a demonstração de desvio da finalidade do cargo ou função públicos e remuneração fora dos parâmetros legais;

2- Deve-se ter refutado a hipótese alternativa formulada pela defesa da parte contrária, se for plausível, explicativa dos mesmos dados e compatível com a inocência do acusado/demandado ou mais benéficas para ele;

Ou

1- A hipótese acusatória de promessa, solicitação ou aceitação de vantagem indevida em razão da função exercida pelo agente público deve ser capaz de explicar os dados disponíveis concernentes a transferências patrimoniais espúrias, integrando-os de forma coerente, consubstanciando a demonstração de desvio da finalidade do cargo ou função públicos e remuneração fora dos parâmetros legais;

2- Deve-se ter refutado a hipótese alternativa formulada pela defesa da parte contrária, e para a qual foi apresentada alguma prova que lhe visando conferir algum grau de confirmação, se for plausível, explicativa dos mesmos dados e compatível com a inocência do acusado/demandado ou mais benéficas para ele;

Apesar de dotado de um certo grau de abstração, os *standards* propostos estabelecem parâmetros para justificar o grau de suficiência probatória para esse tipo de delito. O ideal, como dito acima, seria que houvesse disposição legal específica, a qual poderia, inclusive, ser inserida na lei de improbidade administrativa, criando um microssistema de *standard* probatório para os crimes contra a administração pública praticados por agente público.

A análise da suficiência probatória atribuirá ao magistrado o ônus argumentativo de demonstrar o raciocínio inferencial por ele desenvolvido, visando evitar que o *standard* seja mero recurso linguístico, como pode ocorrer com o da prova além de toda dúvida razoável, em que o magistrado pode simplesmente dizer que não tem dúvida acerca da responsabilidade penal do acusado. Mas esse é um tema que ultrapassa os limites desse trabalho.

CONCLUSÃO

Os *standards* de prova são padrões, regras construídas para fixar um grau de suficiência probatória que justifique a intervenção estatal por meio de decisões judiciais. Podem ser formulados de modo mais ou menos exigente, a depender do tipo de decisão a ser tomada, do grau de afetação da esfera jurídica, do momento do procedimento em que a decisão é prolatada e do custo do erro cometido.

Sua função é não reduzir os erros, e sim distribuir os riscos de erro, o que faz com que sua formulação seja uma tarefa eminentemente política, auxiliada por instrumentos da epistemologia.

Construir um *standard* de prova diverso para o crime de corrupção passiva, que não seja o mais rigoroso existente, é compatível com a Constituição Federal e com as diversas normas que regulam a probidade da administração pública.

O princípio da presunção de inocência não requer, necessariamente a adoção de um *standard* de prova o mais rigoroso possível no âmbito penal, e sim a existência de um *standard* claro, formulado em linguagem o mais precisa e objetiva possível, e com determinação clara das hipóteses de sua aplicabilidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Madrid. Centro de estudios constitucionales. 1997.

_____. **Modelling Criminal Law**. In: Law and Philosophy, vol. 28, nº 4, Symposium on crime and culpability, jul. 2010.

ALLEN, Ronald J. How to think about erros, costs, and their allcation. In: **Florida Law Review**, vol. 64, 2012.

ALLEN, Ronald J.; STEIN, Alex. Evidence, probability, and the burden of proof. **Arizona Law Review**, vol. 55.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária e Prova Penal. São Paulo. **Revista dos Tribunais**. Ed. 2023.

_____. Processo Penal. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, Ed. 2023

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Valoração Racional da Prova**. São Paulo. Jus Podium. 2022.

_____. **Provas sem Convicção**, São Paulo, Jus Podium, 2022.

CAPOGRASSI, Giuseppe. Giudizio, processo, scienza verità. **Rivista de Diritto Processuale**, nº I, 1950.

CARRATTA, Antonio. Funizione dimostrativa della prova (verità del fato nel processo e sistema probatório. **Rivista de Diritto Processuale**, gennaio/marzo 2001.

COHEN. L. Jonathan. The role of evidential weight in criminal proof. In: **Boston University Law Review**, vol. 66, 1986

De KAY, Michael. The difference between Blackstone-like Error Ratios and Probabilistic Standards of Proof. **Law and society inquiry**, vol. 95, 1996.

GARCIA, Edgar Ramón Aguilera. Derecho fundamental a la prueba y estándares de suficiencia probatoria. **Revista Ius Comitalis**, ano 2, vol. 3.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Cuestiones probatorias** (Spanish Edition) . Universidad Externado. Edição do Kindle.

GIULIANI, Alessandro. **Prova**. Enciclopedia del Diritto. Giuffrè editore. Tomo XXXVII

HAACK, Susan. **Epistemology and law of evidence**. In: Evidences Matter. Nova York. Cambridge University. 2014.

_____. **Defendendo A Ciência — Dentro Do Razoável**: Entre o Cientificismo e o Cinismo (Stentor Books: Filosofia) (Portuguese Edition) Stentor Books. Edição do Kindle.

_____. **Filosofia das Lógicas**. São Paulo. Unesp. 2002. Tradução MORTARI, César Augusto, e DUTRA, Luís Henrique de Araújo.

_____. **Evidencia y Investigación**. Madrid. Tecnos. 1997.

JARDIM, Afrânio Silva. O ônus da prova na ação penal condenatória. In: **Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça**, Rio de Janeiro, nº 23, jan./jun. 1986

JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. São Paulo, Saraiva, 11ª ed., 2ª tiragem.

JÚNIOR, José Paulo Baltazar. **Crimes Federais**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

LAUDAN, Larry. Por què um estándar de prueba subjetivo y ambíguo no es um estándar?. **Revista Doxa**, 2005, volume 28.

_____. **Truth, error and criminal law**. Cambridge. Cambridge University Press. 2006.

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; GRECO, Luís. **A amplitude do tipo penal da corrupção passiva**. Comentários ao Resp 1.745.410/SP julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. In: Informativo Jota, publicado em 26/12/2018. https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-amplitude-do-tipo-penal-da-corrupcao-passiva-26122018#_ftnref12:~:text=Essa%20relativa%20amplitude,compra%E2%80%9D%20o%20servidor

MARINONI, Luis Guilherme. PROVA E CONVICÇÃO. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 3ª ed., 2015.

MATIDA, Janaína; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 73, jul./set. 2019.

_____; ROSA, Alexandre de Moraes. **Para entender standards probatórios a partir do salto com vara**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>.

MOTTA, Tiago de Lucena. Valoração da prova na persecução penal da corrupção: um argumento contra a variabilidade de standardts probatórios. In: **Direito Brasileiro Anticorrupção**. Org: MALTA, Carlina Souza. ENFAM. Volume 3

NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e anticorrupção**. Rio de Janeiro. Forense. 2015.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e Sanções Administrativas**. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. 2ª ed. 2005.

POPPER, Karl. **Conjecturas e Refutações**. Lisboa. Biblioteca de filosofia contemporânea. 2018.

ROSA, Alexandre de Moraes da. **Guia do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis, Editora EMais, 6ª ed., 2020.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos** (Estructuras y Procesos. Derecho) (Spanish Edition). Trotta. Edição do Kindle.

_____. Notes about statistical evidence. **Revista de PPGD UFRJ**, janeiro-junho 2016.

_____. **Uma simples verdade**. O Juiz e a construção dos fatos. Tradução: RAMOS Vitor de Paula. São Paulo. Marcial Pons, 2012.

_____. Rethinking the standards of proof. In: **The American Journal of Comparative Law**, vol. 51

TUZET, Giovanni. Abduction, IBE and standards of proof. In: **The international journal of evidence and proof**. Vol. 23, 2019.