

STANDARD DE PROVA NO JULGAMENTO DAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

STANDARD OF PROOF IN JUDGEMENT OF THE ADMINISTRATIVE IMPROBITY ACTIONS

Sérgio Franco de Lima Filho¹

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade examinar a questão do standard de prova no julgamento das ações de improbidade administrativa. Entre os standards de prova em geral concebidos e aceitos, trazidos do direito estadunidense, ou seja, o standard da preponderância de prova, o standard da prova clara e convincente e o standard da prova acima de qualquer dúvida razoável, o trabalho objetiva investigar qual aquele que deve ser adotado, ou, então, quais aqueles que devem ser adotados, nos processos de improbidade, especialmente depois do advento da Lei 14.230/2021, a qual, realizando intensas modificações na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), situou o ato ímprobo, sua caracterização e suas consequências na seara do direito sancionador. O método utilizado para a abordagem do tema foi o hipotético-dedutivo e a metodologia, a da revisão bibliográfica e jurisprudencial, especialmente do Supremo Tribunal Federal. Assim, após o exame da doutrina e da jurisprudência sobre o tema, concluiu-se, no presente estudo, que, para aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade, o standard probatório exigido deve ser o da prova clara e convincente, aplicando-se, entretanto, para o julgamento da pretensão de ressarcimento ao erário, o standard probatório, menos exigente, da preponderância da prova.

Palavras-chave: Standards de prova. Ação de improbidade administrativa. Sanções por improbidade. Prova clara e convincente. Ressarcimento ao erário. Preponderância de prova.

ABSTRACT

The purpose of this article is to examine the question of standards of proof in the judgement of administrative improbity actions. Among the standards of proof generally conceived and accepted, brought from US law, that is, the standard of preponderance of evidence, the standard of clear and convincing evidence and the standard of proof beyond reasonable doubt, the work aims to investigate which one should be adopted, or which ones should be adopted, in improbity proceedings, especially after the advent of Law 14. 230/2021, which, by making intense changes to the Administrative Improbity Law (Law 8.429/92), has placed the act of improbity, its characterization and its consequences in the area of sanctioning law. The method used to approach the subject was the hypothetical-deductive method and the methodology was a review of the literature and case law, especially from the Federal Supreme Court. Thus, after examining the doctrine and case law on the subject, it was concluded in this study that, in order to apply

¹Mestre e doutorando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto. E-mail: sergio.franco.filho@hotmail.com

the sanctions provided for in the Improbability Law, the standard of proof required must be clear and convincing evidence, while the less demanding standard of proof of preponderance of evidence applies to the judgment of the claim for reimbursement of the exchequer.

Keywords: Standards of proof. Administrative impropriety action. Sanctions for impropriety. Clear and convincing evidence. Reimbursement to the exchequer. Preponderance of evidence.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade examinar a temática do standard de prova no julgamento da ação de improbidade administrativa, especialmente após o advento da Lei 14.230/2021. Essa recente Lei realizou diversas e severas modificações na Lei 8.429/92, que se destina a regular, inclusive no campo processual, a repressão aos ilícitos de improbidade cometidos no âmbito da administração pública.

Entre as várias modificações implementadas pela Lei 14.230/2021 na Lei 8.429/92, duas, especialmente, merecem destaque para os fins aos quais este trabalho se propõe: a exigência de dolo qualificado para a configuração do ato de improbidade administrativa e a inserção da improbidade no contexto do direito administrativo sancionador.

Essas modificações teriam alterado o standard de prova exigido para o julgamento da ação de improbidade administrativa?

Eis a pergunta que o presente trabalho buscará responder.

2 FATO, PROVA E STANDARD DE PROVA

O fenômeno jurídico, assim como diz Miguel Reale (1994, *passim*), tem natureza tridimensional, envolvendo fato, valor e norma, que são as três dimensões no âmbito das quais o direito opera.

Assim, onde quer que ocorra um fenômeno jurídico, sempre haverá, necessariamente, um fato subjacente, assim como um valor que confere determinada significação a esse fato, dirigindo a ação humana para atingir ou preservar um determinado fim ou objetivo, bem como uma regra, isto é, uma norma, que estabelece a relação a integrar o fato ao valor (Reale, 2001, p. 60-61).

O fato, portanto, é elemento fundamental do fenômeno jurídico. Serve, de um lado, como substrato para a criação de normas jurídicas que almejam a proteção de certos valores.

Mas também atende, de outro lado, à incidência normativa, uma vez que é sobre o fato que a norma, iluminada pelos valores que ela busca tutelar, incidirá. É o fato, portanto, que a norma jurídica busca, à luz dos valores, regular, ou seja, conformar.

Desse modo, certo é que no processo judicial, palco em que a discussão envolvendo a incidência normativa ocorre em situações conflituosas, o fato aparece como elemento fundamental, de singular relevância, a merecer a devida apuração, a fim de que a incidência normativa corretamente aconteça, para a adequada solução da controvérsia levada à apreciação jurisdicional.

Daí todo o regramento existente, no direito processual, sobre a prova, mecanismo destinado, no processo judicial, à apuração dos fatos sobre os quais o Poder Judiciário deve fazer a devida incidência da norma, a fim de solucionar o conflito de interesses que lhe foi submetido para solução.

Assim, a prova, no processo, serve à demonstração dos fatos sobre os quais deve incidir a hipótese normativa capaz de solver a situação litigiosa instalada entre as partes. É mecanismo, portanto, destinado à demonstração e verificação fática.

Mas quando um fato deve ser considerado provado no processo, de modo a atrair a correta incidência normativa apta a regulá-lo? Essa é pergunta seminal relativa ao juízo de fato e à prova no processo judicial.

A resposta à indagação que vem de ser formulada está intimamente ligada à questão da suficiência probatória. E estreitamente vinculados à temática da suficiência probatória estão os standards de prova, que integram o núcleo de abordagem do presente trabalho quando aplicados ao julgamento da ação de improbidade administrativa.

Mas antes, contudo, de abordar alguns pontos fundamentais relativos aos standards probatórios, verificando, especialmente, o que são, para o que servem e como se caracterizam e se especificam, como condição prévia e necessária de verificação de sua incidência no campo da improbidade administrativa, cumpre registrar que o pressuposto do enfrentamento do tema dos standards de prova é uma autêntica tomada de posição frente a dois possíveis modelos de apreciação da prova: o modelo subjetivo e o modelo objetivo (Ramos, 2021, p. 33-48).

Segundo o modelo subjetivo de apreciação probatória, a prova tem por finalidade formar a convicção do juiz acerca dos fatos debatidos no processo e sobre os quais há de ocorrer a incidência normativa para desate da controvérsia (Ramos, 2021, p. 36). Por esse modelo, um dado fato deverá ser considerado efetivamente provado somente se a prova sobre ele produzida

no processo foi capaz de formar no juiz uma crença subjetiva acerca da sua efetiva ocorrência (Ramos, 2021, p. 37). O juiz, nesse modelo, é o exclusivo destinatário da prova.

A prova terá tido sucesso, assim, se foi capaz de produzir, no juiz, um convencimento subjetivo. A circunstância desse convencimento, que se traduz em crença subjetiva do juiz acerca da ocorrência de fato relevante ao julgamento do processo, coincidir com o que efetivamente ocorreu no plano fático, contudo, é meramente contingencial (Ramos, 2021, p. 37). Pode ocorrer ou não, sem que existam critérios objetivos de aferição e constatação do acerto do convencimento (da crença) do juiz. De maneira que não existem, nesse modelo, parâmetros objetivos e, portanto, racionais, mas sim subjetivos e de crença pessoal, para a apreciação da prova e, a partir dela, a obtenção da conclusão acerca da comprovação ou não de um fato (Beltrán, 2005, p. 86)².

Se o juiz disser que o fato está provado, e assim o diz com base no seu livre convencimento e na livre apreciação da prova, a ocorrência fática deverá ser considerada como efetivamente demonstrada, ainda que não se harmonize com a realidade. Nessa hipótese, como afirma Jordi Ferrer Beltrán: *“a única motivação necessária da decisão adotada é que essa corresponda ao íntimo convencimento do juiz, que é a sua crença”* (2005, p. 86), e não ao que efetivamente aconteceu no plano fático e concreto.

O único “standard” a que está sujeito o juiz na avaliação da prova, nesse caso, é o seu convencimento subjetivo, isto é, a sua crença pessoal, ainda que motivada, faltando, a esse modelo de apreciação da prova, a necessária objetividade e racionalidade, o que dificulta, quando não impossibilita, possa ser controlada, por meio de revisão recursal, a apreciação da prova nesses termos levada a efeito, já que o critério de suficiência probatória será a própria consciência subjetiva e imperscrutável do juiz (Ramos, 2021, p. 41)³.

Em um modelo de apreciação da prova assim configurado, de cunho subjetivista, não há razão de ser para os standards de prova, isto é, para padrões objetivos de corroboração e suficiência probatória para que uma hipótese fática seja considerada devidamente provada.

É o que afirma Ravi Peixoto (2021, p. 58), argumentando que uma perspectiva

² Vitor de Paula Ramos, com base em Jordi Ferrer Beltrán, explica que as crenças “são ‘algo que nos sucede, isto é, sua ocorrência em nós é involuntária’; alguém pode até buscar informações para formar uma crença, mas a crença em si ocorrerá de maneira involuntária e jamais poderá ser justificada em si mesma. (...) considerando que o fato de alguém ter uma crença não é justificável em si mesmo, a coerência do raciocínio levará ‘necessariamente a ter que sustentar uma concepção irracional da prova como resultado’; isso porque, nesse caso, ‘a única motivação necessária da decisão adotada é que essa corresponda ao íntimo convencimento do juiz, que é a sua crença’” (2021, p. 38).

³ No mesmo sentido: Beltrán, 2021, p. 247.

subjetivista de modelo de apreciação probatória, voltada ao convencimento do juiz, tem dificuldade para adotar os standards de prova, que por essência devem ser objetivos, sob pena de não serem aptos a servir como um padrão de julgamento.

E conclui, nessa linha, destacando que o modelo probatório subjetivo não se mostra compatível com um standard probatório de caráter objetivo, “afinal, este de nada adiantaria, caso definido a partir da convicção interna do julgador. Em outros termos, não adianta a existência de um parâmetro objetivo se o atingimento desse padrão decisório depende de uma decisão subjetiva e de difícil controle” (Peixoto, 2021, p. 58).

Nessa mesma direção são as conclusões de Vitor de Paula Ramos, ao assentar que, se o desígnio da prova é o de, exclusivamente, convencer o juiz, figurando apenas neste o padrão de corroboração e avaliação da prova:

Sequer caberia a pergunta sobre qual seria objetivamente o nível de fiabilidade de determinada prova; seria sempre do juiz a prerrogativa de, caso a caso, convencer-se avaliando subjetivamente qual prova (...) serviu para convencê-lo e qual não serviu (2021, p. 34).

Assim, ao contrário do que se dá com o modelo probatório de caráter subjetivo, os standards de prova se compatibilizam, isso sim, com o modelo de apreciação da prova de cunho objetivo, em que não figuram na crença interna do juiz, mas fora dela, em critérios objetivos, fixados em lei ou estabelecidos em âmbito jurisprudencial, os padrões, ou seja, os standards de suficiência probatória, capazes de fornecer parâmetros objetivos para a tomada de conclusão acerca da prova de um determinado fato.

Para o modelo objetivo de apreciação probatória, afirmar que um fato está provado é o mesmo que dizer que há elementos de prova, segundo critérios e padrões objetivos, racionais, suficientes em favor da existência do fato sobre o qual a atividade probatória recai (Ramos, 2021, p. 41).

Esse modelo objetivo e racional de apreciação de prova é que há de prevalecer em um Estado que pretende ser Democrático de Direito. Como ressaltam Clarissa Diniz Guedes e Laís Almeida de Souza Lopes (2017), não se faz mais possível ter-se como racionalmente aceitável em um Estado Democrático de Direito que o juiz, valendo-se do livre convencimento motivado, valore as provas produzidas no processo e decida a demanda proposta simplesmente justificando as razões de fato que o levaram a decidir de determinada forma, sem qualquer clareza sobre os critérios por ele utilizados para levar a efeito esse juízo fático.

O processo, assim, deve contar “com formas objetivas de aceitação de hipóteses

fáticas” (Ramos, 2021, p. 45), para que a confirmação dessas hipóteses não dependa da mera crença subjetiva do juiz. O direito, desse modo, “deverá estabelecer de forma objetiva quando um conjunto de provas é suficiente” para permitir a conclusão no sentido da prova do fato, ou seja, de que o fato está provado, sem depender, esse juízo, do mero convencimento do julgador (Ramos, 2021, p. 45).

Nesse cenário é que vêm à tona, então, os standards ou padrões de prova, que são, justamente, esses critérios e parâmetros objetivos, constantes da lei ou concebidos em âmbito jurisprudencial, a indicar a suficiência de prova, autorizando que um fato, diante de um conjunto probatório que esteja ajustado aos critérios e parâmetros estabelecidos, possa ser tido como demonstrado, isto é, provado.

Os standards de prova, assim, podem ser conceituados, com base em Ravi Peixoto, “como o grau de suficiência probatória mínima exigida pelo direito, para que uma hipótese fática possa ser considerada provada” (2021, p. 61)⁴.

Esse grau de suficiência é dado por critérios e parâmetros objetivos de apreciação probatória, ditados por lei ou construídos em ambiente jurisprudencial, especialmente, nesse último caso, quando não há, em lei, a fixação do standard de prova exigido para que uma hipótese de fato possa ser tida como evidenciada.

Mas para que servem os standards probatórios? Por primeiro, para racionalizar a apreciação da prova, como já referido. Mas não só. Servem também para bem distribuir, entre as partes, os riscos de erro na apreciação probatória (Beltrán, 2021, p. 253; Peixoto, 2021, p. 129; e Castro, 2021, p. 127).

Assim, quanto mais acentuado, exigindo suficiência probatória alta, for o standard de prova reclamado para um juízo fático conducente a uma decisão, por exemplo, de condenação, mais se tolera, nesse campo, no que diz respeito à apreciação dos fatos, julgamentos de improcedência equivocados do que decisões de condenação erradas. Não atingido, pela apreciação da prova, o standard exigido, a decisão deve ser de improcedência, ou seja, de rejeição da condenação, ainda que os fatos, no mundo real, tenham se dado no sentido de justificar a condenação, não tendo sido, contudo, a prova produzida no processo, capaz de revelar, de maneira suficiente, esses fatos ocorridos.

Não é sem razão, portanto, que os standards probatórios mais acentuados são

⁴ Na mesma direção, em essência, são as definições de Cássio Benvenuti de Castro (2021, p. 96) e de Christian Ponzoni (2020, p. 48).

exigidos para casos em que o erro na apreciação do substrato fático envolvido no processo, determinando equívoco no julgamento da demanda, tem o condão de acarretar mais sérios e graves danos a uma parte do que à outra. É a situação do processo penal, em que o standard de prova exigido para a condenação é alto, impondo suficiência elevada de prova para justificar a condenação, uma vez que é tolerável que um culpado por um dado delito não seja punido, mas não é aceitável que um inocente seja apenado por um crime que não cometeu, dada toda a força e todo o ímpeto das consequências que o ordenamento jurídico prevê, como a restrição do direito fundamental de liberdade, para o destinatário da decisão condenatória criminal (Beltrán, 2021, p. 253-254).

Já para os casos em que não há uma preponderância na gravidade do erro em detrimento de uma das partes, o standard de prova pode ser menos intenso, exigindo suficiência probatória em menor grau. É o que ocorre, por exemplo, em um processo em que estejam sendo discutidos meros interesses patrimoniais e econômicos das partes litigantes.

É possível concluir, portanto, nesta altura, que não há só um standard de prova. Há vários standards probatórios, que podem resultar da lei ou de entendimento jurisprudencial, que variam a depender do contexto em que incidem (Peixoto, 2021, p. 62).

Tradicionalmente, por importação do direito americano, três têm sido os standards de prova mais aceitos e aplicados com a finalidade de racionalização da apreciação probatória. São eles os standards (i) da preponderância de prova, (ii) da prova clara e convincente e (iii) da prova além de qualquer dúvida razoável, assim elencados em ordem crescente de intensidade da prova a fim de caracterização de sua suficiência para justificar a decisão prolatada pelo Poder Judiciário (Peixoto, 2021, 158-175).

O standard da preponderância de prova é aquele que exige o menor grau de intensidade e suficiência probatória para que uma hipótese fática seja considerada devidamente provada. Ele tem aplicação nos litígios cíveis de cunho patrimonial, em que a repercussão da decisão dada pelo Poder Judiciário, resolvendo o conflito de interesses, fica circunscrita à esfera patrimonial de caráter econômico das partes litigantes (Ponzoni, 2020, p. 90).

Trata-se, nesse caso, de avaliar, o juiz, especialmente qual a prova preponderante entre aquelas que as partes fizeram trazer ao processo. Define-se, então, se prevalece a prova do autor ou se prevalece a prova do réu sobre os fatos. Determina-se qual o melhor conjunto de provas, incidente sobre dada hipótese fática, produzido no processo: se do autor ou do réu.

Como observa Michele Taruffo:

Esse standard estabelece que, quando sobre um fato existirem provas conflitantes, o julgador deverá sopesar as probabilidades relativas às diferentes versões dos fatos e fazer uma escolha em favor da afirmação que lhe parecer relativamente mais provável, com base nos meios de prova disponíveis. Tal standard é obviamente racional, uma vez que seria irracional permitir ao julgador escolher a versão dos fatos mais debilmente sustentada pelos meios de prova: é claro que a versão relativamente mais forte deve prevalecer sobre a relativamente mais fraca (2014, p. 135).

Não se cuida, nesse standard probatório, como bem alerta Ravi Peixoto (2021, p. 169) de um juízo quantitativo de preponderância, mas sim qualitativo de prevalência da prova colhida no processo em benefício de uma das partes. Não importa a quantidade de provas sobre um fato que as partes aportaram ao processo, mas a qualidade da prova produzia, de modo que seja possível afirmar que o conjunto probatório em favor de uma das partes é mais forte, objetivamente mais convincente, que aquele trazido pela parte contrária.

Christian Ponzoni (2020, p. 94), em ilustrativa passagem, bem explica o raciocínio que deve presidir a apreciação da prova sujeita ao standard probatório da preponderância, dizendo, assim, que, existindo prova forte acerca da ocorrência de uma dada hipótese fática alegada pelo autor, enquanto inexistente prova de sua inoccorrência, de fato divergente ou incompatível, ou mesmo existente prova fraca de sua inoccorrência, de fato diverso ou inconciliável que tenha sido trazida pelo réu, a preponderância deve recair sobre a veracidade da hipótese fática trazida pelo demandante⁵.

Nada obstante, o standard da preponderância de prova não exige apenas que uma hipótese fática, pelas provas produzidas no processo, seja mais provável que a hipótese alegada pela parte contrária. Exige, ainda, que a ocorrência da situação fática suscitada, também pelas provas produzidas no processo, seja mais provável que a sua não ocorrência, mesmo que a parte adversa não tenha sustentado, no processo, que o fato inexistiu (Taruffo, 2014, p. 136)⁶.

O standard da prova clara e convincente, de sua vez, é aquele que exige grau intermediário de intensidade e suficiência probatória para que uma hipótese fática possa ser tida como devidamente provada (Peixoto, 2021, p. 172). Ele tem incidência, sobretudo, nos litígios cíveis de índole não patrimonial, em que a repercussão da decisão proferida pelo Poder Judiciário, solucionando a situação conflituosa, atinge “interesses individuais importantes”

⁵ Se houver, contudo, inexistência ou prova fraca da ocorrência do fato alegado por uma das partes e inexistência ou prova fraca, pela parte contrária, da sua inoccorrência, de fato distinto ou então conflitante, estar-se-á, como pontua Christian Ponzoni (2020, p. 94), diante de uma situação de incerteza, que somente poderá ser solucionada pelas regras de distribuição de ônus da prova. Vê-se, desse modo, que os standards probatórios e os ônus da prova não se identificam ou se confundem. Nesse sentido: Trento, 2013.

⁶ Nesse mesmo rumo segue Ravi Peixoto (2021, 170).

(Taruffo, 2014, p. 136), como o cancelamento de naturalização, deportação, internação compulsória (Peixoto, 2021, p. 175), direitos da personalidade, destituição do poder familiar e outras hipóteses do direito de família (Ponzoni, 2020, p. 97).

Esse standard probatório, da prova clara e convincente, impõe seja mais alta a confirmação, ou seja, a corroboração da hipótese fática alegada no processo, pelas provas neste produzidas. Não basta, assim, a preponderância de provas. É preciso mais. É preciso que exista prova com elevado poder de demonstração da situação de fato suscitada para que esta, ou seja, a situação fática, possa ser tida por evidenciada.

A prova colhida no processo acerca de um fato deve ser especialmente forte. Não basta ser forte. É preciso ser especialmente forte, indicando alta probabilidade de que o fato tenha efetivamente ocorrido. Ao contrário do que se dá com o standard da preponderância de prova, em que a probabilidade da ocorrência de um fato deve apenas se sobrepor, pelas provas produzidas no processo, à probabilidade de sua não ocorrência, o standard da prova clara e convincente impõe mais, ou seja, impõe alta probabilidade, pelas provas colhidas, de que o fato tenha ocorrido, isto é, seja verdadeiro. A ocorrência do fato deve ser muito mais provável que a sua não ocorrência (Ponzoni, 2020, p. 98).

Por fim, tem-se o standard da prova além de toda dúvida razoável. É o standard de prova mais intenso em grau de confirmação da hipótese fática discutida no processo. É exigido no processo penal⁷, tendo em vista a aplicação de pena privativa de liberdade.

Dita, esse standard probatório, que o fato não deve ser tido por provado se houver qualquer dúvida razoável quanto à sua ocorrência. Havendo, assim, mínima dúvida razoável com relação à veracidade do fato, ele não deve ser tido por provado. Por essa razão é que vigora, no campo penal, a máxima do *in dubio pro reo*.

Trata-se, aqui, de um altíssimo grau de corroboração, pelas provas do processo, da hipótese fática suscitada (Peixoto, 2021, p. 166). É um standard probatório que exige, portanto, grau de confirmação fática maior que aquele exigido para o standard da prova clara e convincente.

Esses, pois, são os standards probatórios clássicos, tradicionais, trazidos do direito americano, sendo os mais aceitos e tratados em âmbito doutrinário e jurisprudencial⁸.

⁷ Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Penal 676 (Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 676/MT*, Relatora: Ministra Rosa Weber, j. 17 out. 2017).

⁸ Há quem defenda, contudo, que não são suficientemente precisos e que merecem, por esse motivo, adequações e adaptações. É o caso, por exemplo, de Ravi Peixoto (2021, p. 215-236).

Servem, como visto, para racionalizar a apreciação probatória. Trazem critérios e parâmetros para que o juiz possa identificar e concluir, num determinado processo, se uma hipótese fática está ou não devidamente provada. Desse modo, considerações sobre o standard de prova incidente na espécie e o seu atingimento ou não devem necessariamente fazer parte da fundamentação da decisão judicial que, em seu bojo, contenha análise e apreciação probatória, impondo-se ao juiz justificar, assim, na sua decisão, qual o standard aplicável na espécie e se foi ele, pelas provas colhidas no processo, atendido ou não, tornando, dessa maneira, sua decisão racional, objetiva e controlável relativamente ao exame da prova.

Pois bem. Definido o que é o standard de prova e examinadas as suas espécies mais comuns e tradicionais, premissas indispensáveis do presente estudo, cumpre examinar, adiante, a questão central proposta pelo trabalho, qual seja: o advento da Lei 14.230/2021, ao situar a improbidade administrativa no campo do direito sancionador, implicou alteração no standard de prova exigido para a configuração do ato ímprobo e a aplicação das suas consequências?

3 STANDARDS DE PROVA EXIGIDOS PARA A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ANTES DA LEI 14.230/2021

Qual é o standard de prova, entre os standards probatórios clássicos que vêm de ser referidos, exigido para a ação de improbidade administrativa?

Pouco, em verdade, já se abordou sobre o tema, quer em doutrina, quer no âmbito jurisprudencial. Reduzido, de fato, é o número de trabalhos doutrinários que tratam do assunto. Mais raros ainda, de seu turno, são os julgados que enfrentaram essa temática.

E se os estudos e as decisões judiciais sobre a matéria já eram poucos mesmo antes da Lei 14.230/2021, agora, depois do seu advento, bastante recente, tornaram-se eles raríssimos.

Anteriormente ao advento da Lei 14.230/2021, prevalecia, em âmbito doutrinário, o posicionamento de que o standard de prova exigido para a ação de improbidade administrativa era o da prova clara e convincente.

Como a ação de improbidade tem, como um de seus propósitos, a imposição de sanções ao agente ímprobo, sem caracterizar, contudo, essas sanções, penas de cunho criminal, o standard probatório exigido para o julgamento de procedência da demanda proposta e, com isso, a aplicação de tais penas ao réu condenado deveria ser o da prova clara e convincente.

Não assumindo, a improbidade, caráter criminal, assim como o processo destinado

a apurá-la, a ela não seria devida a aplicação do standard probatório mais alto da prova além de qualquer dúvida razoável, incidente na seara do direito penal.

De outro lado, figurando como possível consequência da caracterização da improbidade a imposição ao agente ímprobo de sanções ainda que de natureza não criminal, não se apresentaria como correta a aplicação, no caso, do standard da preponderância de prova, aquele de mais baixo grau de corroboração fática entre os standards probatórios tradicionais.

Eis as razões de incidência, segundo o entendimento doutrinário prevalente antes da Lei 14.230/2021, do standard probatório da prova clara e convincente para as ações de improbidade administrativa.

Nesse sentido, Ravi Peixoto (2021, p. 277) afirma que, por estarem inseridas entre as esferas penal e cível, as sanções da Lei de Improbidade, para a sua aplicação, reclamam o standard da prova clara e convincente. E complementa, assentando que os ilícitos não penais devem se submeter, assim, ao standard de alta probabilidade da prova, e não ao standard da altíssima probabilidade da prova, uma vez que, em relação a eles, há uma desigualação no que se refere aos riscos de erro da decisão judicial, já que, embora exista o interesse da sociedade na punição do sujeito que pratica ato de improbidade, os riscos experimentados por um falso positivo são maiores devido à severidade das sanções incidentes (Peixoto, 2021, p. 277-278). Por esse motivo deve ser aplicado, à improbidade, o standard probatório intermediário, isto é, o da prova clara e convincente.

Essa é a posição sustentada, segundo diz, ainda, Ravi Peixoto (2021, p. 277), por Artur Carpes, Clayton Maranhão, Humberto Ávila e Antônio do Passo Cabral. É o posicionamento, também, de Cassio Benvenutti de Castro (2021, p. 242).

Embora prevaleça o entendimento de que o standard de prova a ser obedecido nos processos envolvendo improbidade administrativa deva ser o da prova clara e convincente, há quem defenda, em que pese em corrente minoritária, que o standard probatório, nessa seara, dada a possibilidade de aplicação de sanções ao agente acusado de ser ímprobo, deve ser o da prova além de qualquer dúvida razoável, o standard mais intenso, como fazem, por exemplo, Sarah Merçon Vargas e Paulo Henrique dos Santos Lucon (Peixoto, p. 276). E ainda há, também, quem defenda, igualmente em orientação minoritária, que o standard probatório nas ações de improbidade administrativa deve ser o da preponderância de provas, o standard menos elevado em grau de corroboração fática, como faz Christian Ponzoni (2020).

No âmbito jurisprudencial também predomina o entendimento no sentido da

necessidade de observância do standard probatório intermediário da prova clara e convincente para as ações de improbidade administrativa. De serem citadas, nesse sentido, a título de exemplo, a decisão tomada no julgamento dos Embargos Infringentes 2003.71.00.021539-3 pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Castro, 2021, p. 242) e a decisão tomada no julgamento da Apelação Cível 113.710-8 pelo Tribunal de Justiça do Paraná (Pinto, 321-322).

Nada obstante o standard de prova para as ações de improbidade administrativa seja, em geral, o da prova clara e convincente, tem predominado o entendimento de que o standard probatório a ser seguido, mesmo em demandas envolvendo improbidade, há de ser o da preponderância de provas em relação ao ressarcimento ao erário, este de caráter meramente indenizatório, e não sancionatório, com repercussão apenas patrimonial, a exigir tão só, desse modo, a satisfação do standard probatório menos acentuado.

É o que defendem Ravi Peixoto e Artur Carpes (Peixoto, p. 278).

Esse, pois, o panorama dos standards de prova aplicados às ações de improbidade administrativa até o advento da Lei 14.230/2021, que trouxe diversas e severas modificações para a Lei de Improbidade Administrativa. A indagação que surge, então, nesse contexto, é a seguinte: as modificações que a Lei 14.230/2021 operou na Lei 8.429/92 tiveram o condão de modificar esse cenário dos standards de prova no âmbito dos processos envolvendo a improbidade administrativa? A resposta a essa indagação busca-se obter no próximo e último tópico do presente trabalho.

4 STANDARDS DE PROVA EXIGIDOS PARA A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DEPOIS DA LEI 14.230/2021

Como já foi destacado, várias, intensas e profundas alterações foram feitas na Lei de Improbidade Administrativa pela Lei 14.230/2021.

Todavia, entre essas múltiplas modificações, duas merecem destaque por estarem mais proximamente relacionadas ao cerne do presente trabalho, quais sejam: a exigência de dolo especificamente voltado a atingir o resultado ilícito tipificado na Lei 8.429/92 para a finalidade de caracterização da improbidade e aplicação de suas consequências, afastada a culpa *stricto sensu* para esse propósito (art. 1º, § 1º e 2º, da Lei de Improbidade Administrativa); e a expressa inserção da improbidade no campo do direito administrativo sancionatório (art. 1º, § 4º, da Lei 8.429/92).

Anteriormente à Lei 14.230/2021, não só o dolo integrava o elemento subjetivo exigido para a caracterização do ato de improbidade administrativa, irrompendo, assim, as consequências dessa caracterização. Também a título de culpa, em sentido estrito, a depender do caso, a improbidade poderia ser apenada.

O prejuízo ao erário como ato configurador da improbidade (art. 10 da Lei 8.429/92) admitia, antes do advento da Lei 12.430/2021, sancionamento a título de mera culpa. Já o enriquecimento ilícito (art. 9º da Lei 8.429/92) e a violação dos princípios da administração pública (art. 11 da Lei 8.429/92), como atos também caracterizadores da improbidade, apenas podiam ser punidos a título doloso. O art. 10 da Lei de Improbidade fazia expressa referência à culpa *stricto sensu* em seu *caput* como elemento subjetivo suficiente para a punição do prejuízo ao erário, enquanto os arts. 9º e 11 nenhuma referência faziam ao elemento subjetivo culposo.

Após a Lei 12.430/2021, contudo, a improbidade, em qualquer de suas formas, passou a admitir punição apenas a título doloso, com a exigência, ainda, de dolo, consistente em vontade livre e consciente, especificamente voltado ao atingimento do resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92.

De outro lado, o § 4º da Lei de Improbidade passou a prever expressamente a inserção da improbidade administrativa no campo do direito administrativo sancionador, atraindo, então, por corolário, a incidência dos princípios aplicáveis nessa seara do direito punitivo não penal, entre eles, segundo alguns, o da presunção de inocência (Pinto, 2022, p. 232)

Em razão dessas alterações na Lei 8.429/92, estariam, agora, as ações de improbidade, sujeitas a um standard de prova mais elevado, ou seja, aquele da prova além de qualquer dúvida razoável, em vez do standard intermediário da prova clara e convincente?

Marcos Vinícius Pinto (2022, p. 323), tratando dessa temática já ao tempo da Lei 12.430/2021, defende que o standard probatório exigido no âmbito das ações de improbidade administrativa deve ser o da prova além de qualquer dúvida razoável, o standard de prova, como visto, mais robusto, aplicado, em regra, como também mencionado, na seara do processo penal.

Nada obstante, a resposta à questão formulada deve ser negativa.

Como definiu o próprio Supremo Tribunal Federal, julgando, em 18/02/2022, pela Relatoria do Ministro Alexandre Moraes, o Recurso Extraordinário com Agravo n. 843.898 oriundo do Paraná, e dando continuidade ao entendimento até então vigente na Corte, o ato de improbidade administrativa, mesmo diante do quanto estabelece o art. 17-D da Lei de

Improbidade, na redação que lhe foi dada pela Lei 14.230/2021⁹, configura um ilícito de natureza civil, não tendo, a referida Lei 14.230/2021, excluído ou até mesmo alterado essa natureza da improbidade e suas sanções, uma vez que esse caráter civil que a marca é extraído diretamente da própria Constituição Federal, sendo possível retirá-lo do disposto no § 4º do seu art. 37, ao dispor que os atos de improbidade administrativa implicarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

As penas por improbidade administrativa, assim, não têm cunho criminal. O § 4º do art. 37 da Constituição, que vem de ser mencionado, é claro ao assentar que as sanções que nele estão estabelecidas para o ato de improbidade, ou seja, a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública, incidem sem prejuízo da sanção penal também cabível.

E mesmo que a Lei de Improbidade tenha trazido sanções adicionais, embora menos graves que aquelas que a Constituição fixa, para aquele que comete o ato ímprobo, como a multa civil, a perda de bens e valores obtidos ilicitamente e a proibição de contratar com o poder público, tais apenas, especialmente porquanto de menor gravidade, detém a mesma natureza, ou seja, a natureza civil.

Desse modo, não possuindo, as sanções por improbidade administrativa, cunho criminal, sendo impassíveis de restringir o direito fundamental de liberdade daquele que comete o ato ímprobo, razões não há para que seja exigido, nas ações de improbidade, o standard probatório mais acentuado da prova além de qualquer dúvida razoável.

O fato de ter sido expressamente inserida, a improbidade, no âmbito do direito administrativo sancionador não implica que o standard de prova apto a reconhecê-la deva ser o da prova além de toda dúvida razoável. Esse é o standard mais intenso, destinado aos casos penais, em que as consequências para o réu são realmente graves, especialmente pela restrição da liberdade que é capaz de ser-lhe impingida.

Humberto Ávila (2018) é expresso ao defender que o standard de prova aplicável no âmbito do direito administrativo sancionador deve ser o da prova clara e convincente, exigindo, assim, probabilidade alta, acentuada, de que a hipótese fática alegada seja verdadeira.

Mas mesmo na esfera penal, como ressaltam Ravi Peixoto (2021, p. 277) e Cassio

⁹ Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Benvenuti de Castro (2021, p. 241), nem sempre o standard da prova além de qualquer dúvida razoável é exigido. Para os casos em que, mesmo na esfera criminal, não esteja em perspectiva a imposição de pena de prisão ao acusado, ameaçando o seu direito fundamental de liberdade, o standard probatório não deve ser o da prova além de toda dúvida razoável, mas sim o da prova clara e convincente.

De maneira que não se revela adequado trazer para o campo da improbidade administrativa o standard probatório mais alto, exigido apenas para os casos criminais em que se coloca sob ameaça o direito fundamental de ir e vir do acusado. As sanções por improbidade administrativa, como destacado, não são penais. São sanções civis. Não ameaçam, nem em tese, o direito de liberdade do acusado de cometer o ato ímprobo.

Contudo, se as sanções pela prática de ato de improbidade, por um lado, não constituem penas criminais, por outro ainda continuam a configurar sanções, mesmo que não penais, impondo, por essa razão, que o standard probatório exigido para o reconhecimento da sua causa geradora, isto é, a improbidade administrativa, seja o da prova clara e convincente, intermediário, e não o da preponderância de provas, que é o standard probatório de menor grau de exigência de corroboração fática.

O § 6º do art. 17 da Lei 8.429/92 impõe que a petição inicial da ação de improbidade administrativa aponte, salvo impossibilidade fundamentada, elementos probatórios mínimos que demonstrem a ocorrência do ato ímprobo, assim como esteja instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado.

Demais disso, o art. 17-C da Lei de Improbidade, na redação que lhe foi dada pela Lei 14.230/2021, prescreve que a sentença proferida nos processos envolvendo improbidade administrativa deve indicar de modo preciso os fundamentos que demonstram os elementos caracterizadores do ato ímprobo cometido e suas consequências.

De sorte que dúvida não parece existir, na visão do presente trabalho, no sentido de que o standard probatório exigido para as ações de improbidade administrativa deve ser um standard mais elevado que o da preponderância de provas e menos robusto que o da prova além de qualquer dúvida razoável, este exigido apenas para os casos criminais que ameaçam o direito de locomoção do acusado, devendo ser, assim, o da prova clara e convincente o standard probatório adequado para o reconhecimento da improbidade.

Os elementos caracterizadores da improbidade administrativa no plano fático, desse modo, devem ser demonstrados por prova clara e convincente, isto é, por prova com elevado

grau de corroboração dos fatos. Portanto, a prática do ato ímprobo com todos os seus elementos, a autoria desse ato por parte do acusado de o ter praticado e o elementos subjetivo doloso devem restar demonstrados no processo por prova clara e convincente, fundando a procedência da demanda intentada, sendo carregadas ao agente responsável as consequências sancionatórias derivadas do cometimento do ilícito.

Ressalva deve ser feita, apenas, com relação ao dever de ressarcimento ao erário, que também é efeito decorrente da prática da improbidade administrativa. Como esse efeito tem repercussão apenas patrimonial em detrimento daquele que pratica o ato ímprobo, o standard probatório a ele vinculado deve ser o da mera preponderância de provas.

CONCLUSÃO

Assim, é possível concluir, diante de tudo que vem de ser posto, que o standard de prova exigido para as ações de improbidade administrativa deve ser, em geral, mesmo depois do advento da Lei 14.230/2021, o da prova clara e convincente, standard esse, como visto, de caráter intermediário, e não o da prova além de qualquer dúvida razoável, incidindo, contudo, o standard da preponderância de provas com relação ao ressarcimento ao erário, que também é efeito do reconhecimento da improbidade, embora seja consequência com repercussão meramente patrimonial.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 282, ago. 2018. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000018b35040aa705062a81&docguid=Ie96ed40081ad11e8b627010000000000&hitguid=Ie96ed40081ad11e8b627010000000000&spos=3&epos=3&td=3&context=31&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 2 out. 2023.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Valoração racional da prova*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.
CASTRO, Cássio Benvenutti de. *Standards de prova na perspectiva da tutela dos direitos*. 1. ed. Londrina: Thoth, 2021.

GUEDES, Clarissa Diniz; LOPES, Laís Almeida de Souza. Standards probatórios no contexto da responsabilidade Civil do médico. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 2, mai./ago. 2017. Disponível em: <https://www.e->

publicacoes.uerj.br/redp/article/view/30024/20993. Acesso em: 2 out. 2023.

LOPES, Laís Almeida de Souza; GUEDES, Clarissa Diniz. Standards probatórios no contexto da responsabilidade Civil do médico. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 2, mai./ago. 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/30024/20993>. Acesso em: 2 out. 2023.

PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

PINTO, Marcos Vinícius. *Ação de improbidade administrativa: presunção de inocência e ne bis in idem*. 1. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

PONZONI, Christian. *Standards de prova no processo civil*. 1. ed. Londrina: Thoth, 2020.

RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal: Do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TARUFFO, Michele. *A prova*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TRENTO, Simone. Os standards e o ônus da prova: suas relações e causas de variação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 226, dez. 2013. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000018b35025c8c4138fe98&docguid=I528a7bc04cf611e3a402010000000000&hitguid=I528a7bc04cf611e3a402010000000000&spos=3&epos=3&td=5&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 2 out. 2023.

Submetido em 15.10.2023

Aceito em 18.10.2023