

PUCRS

ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO

CHRISTIAN PONZONI

STANDARDS DE PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Porto Alegre
2020

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO

CHRISTIAN PONZONI

STANDARDS DE PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Porto Alegre
2020

CHRISTIAN PONZONI

STANDARDS DE PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Dissertação jurídica apresentada como requisito parcial para conclusão do programa de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, em nível de mestrado.

Orientador: Prof. Dr. Marco Félix Jobim

Porto Alegre
2020

CHRISTIAN PONZONI

STANDARDS DE PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Dissertação jurídica apresentada como requisito parcial para conclusão do programa de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, em nível de mestrado.

Orientador: Prof. Dr. Marco Félix Jobim

Aprovado em _____ de _____ de 2020.

Dedico este trabalho aos meus pais, irmãs, sobrinhos, afilhados e familiares, por todos os momentos juntos e sonhos compartilhados.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Marco Félix Jobim pela orientação, amizade, incentivo e oportunidades de aprendizado.

Ao professor Luis Alberto Reichelt pelas preciosas lições ministradas no grupo de pesquisa.

Aos demais professores do mestrado pela solicitude e por compartilharem um pouco de seu vasto conhecimento.

Aos professores Vitor de Paula Ramos, Gustavo Badaró e Ravi Peixoto por responderem minhas mensagens com recomendações bibliográficas.

À Jaqueline Buttelli, diretora do Departamento de Biblioteca e de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por seus valiosos auxílios na obtenção de obras de difícil acesso.

Ao professor Giovanni Tuzet pela gentileza de responder minha solicitação, disponibilizando seus artigos.

Aos professores Artur Thompsen Carpes e Guilherme Athayde Porto por suas pertinentes críticas e sugestões na banca de qualificação.

Ao professor Eduardo Scarparo pela gentileza de compartilhar seu artigo inédito.

À Desembargadora Judith dos Santos Mottecy por todo o incentivo e exemplo de profissionalismo com o qual sempre abrilhantou a magistratura.

Aos colegas de trabalho Cezar Augusto Getelina, Ricardo de Albuquerque Lima e Mariana Tillwitz pelo suporte e Alexandre Prevedello pela leitura, troca de ideias e sugestões que tanto contribuíram para este estudo.

*“In our reasonings concerning matter of fact,
there are all imaginable degrees of
assurance, from the highest certainty to the
lowest species of moral evidence. A wise
man, therefore, proportions his belief to the
evidence.”*

— *David Hume, An Enquiry Concerning
Human Understanding, 1748.*

RESUMO

Os *standards* de prova (*standards of proof*) são os critérios para que se considere suficientemente comprovada a veracidade ou falsidade de uma assertiva sobre um fato, em um processo jurisdicional. A função do *standard* é a distribuição do risco de eventual decisão errônea entre as partes. São dois os tipos de erros: considerar provado o que é falso, ou não considerar provado o que é verdadeiro. Ao se elevar o nível de suficiência probatória exigido, tem-se menos o erro de considerar provado o que é falso, mas mais o erro de não considerar provado o que é verdadeiro. Essa escolha é uma decisão político-moral, em que se leva em conta a gravidade do erro, conforme a importância do bem afetado pela consequência jurídica e o grau de afetação. O julgador necessariamente tem de avaliar os elementos de prova que sustentam a narrativa formulada pelas partes para proferir uma decisão e a racionalidade dessa decisão depende de a consideração sobre esse suporte ser ou não suficiente para amparar as alegações. A finalidade da pesquisa consiste na investigação de quais são os critérios que orientam a suficiência da prova, como funcionam e quais podem ser utilizados no direito processual civil brasileiro. O método de abordagem do problema foi o dedutivo, partindo-se de teorias de base dos juristas, filósofos e epistemólogos, para o desenvolvimento do raciocínio explicativo do fenômeno investigado. Os métodos de procedimento foram o histórico e o comparativo. O método de interpretação foi o sistemático. Os tipos de pesquisa foram exploratório, descritivo, explicativo, teórico, qualitativo e bibliográfico. O grau de confirmação de um enunciado fático é um conceito que padece da vagueza de grau. Há dificuldade de se traçar uma linha dentro de uma escala de corroboração, porquanto o *standard* é um conceito gradual e não quantificável. O *standard* de prova também sofre da vagueza combinatória, não podendo estabelecer uma lista fechada de critérios de valoração que devem ser satisfeitos para que se atinja o *standard*. Ainda que o *standard* não possa superar os limites da vagueza combinatória e de grau em um sistema de livre valoração da prova, ele é um componente necessário para a tomada de decisão racional sobre os fatos. Não há como proferir uma decisão sem antes atribuir credibilidade e peso à prova, tampouco sem reconhecer que a prova é ou não suficiente. A suficiência da prova só pode ser verificada *in concreto* e após encerrada a valoração dos elementos de juízo. Os *standards* apenas podem indicar *a priori* que a suficiência deve ser mais alta ou mais baixa, mas não quanto. Nesse sentido, é muito mais orientador considerar somente dois critérios para o processo civil, em que um deles tolera uma diferença mínima de corroboração entre as hipóteses, a preponderância de provas, e o outro, uma diferença robusta, a prova clara e convincente, sem que o *standard* possa quantificar essa diferença previamente. A regra geral para o processo civil deve ser a aplicação do *standard* da preponderância de provas, assim como para a tutela provisória. Para hipóteses envolvendo litígios civis em que estejam implicados interesses não meramente patrimoniais, pode-se utilizar o *standard* da prova clara e convincente, a ser estabelecido preferencialmente pelo legislador, por se tratar de uma decisão político-moral. Enquanto isso não ocorre incumbe ao magistrado fixar o *standard* aplicável, dando ciência prévia às partes do processo.

Palavras-chave: Processo civil. Prova. Decisão judicial. Suficiência da prova. Modelos de constatação dos fatos. *Standards* de prova.

ABSTRACT

Standards of proof are the criteria for considering the veracity or falsity of an assertion about a fact sufficiently proven in a judicial procedure. The function of the standard is to distribute the risk of eventual erroneous decision between the parties. There are two types of errors: considering what is false proven, or not considering proven what is true. When raising the required level of probative sufficiency, there is less the error of considering true what is false, but more of the error of not considering true what is true. This choice is a political-moral decision, in which the seriousness of the error is taken into account, according to the importance of the right affected by the legal consequence and the degree of affectation. The judge necessarily has to evaluate the evidence supporting the narrative formulated by the parties in order to make a decision and the rationality of that decision depends on whether this is sufficient to support the allegations. The purpose of the research is to investigate the criteria that guide the sufficiency of the evidence, how they work and which can be used in Brazilian civil procedural law. The method of approaching the problem was the deductive one, starting from basic theories of jurists, philosophers and epistemologists, for the development of the explanatory reasoning of the investigated phenomenon. The procedure methods were historical and comparative. The method of interpretation was systematic. The types of research were exploratory, descriptive, explanatory, theoretical, qualitative and bibliographic. The degree of confirmation of a factual statement is a concept that suffers from degree vagueness. It is difficult to draw a line within a corroboration scale, since the standard is a gradual and not quantifiable concept. The standard of proof also suffers from combinatorial vagueness, and it is not possible to establish a closed list of assessment criteria that must be satisfied in order to reach the standard. Although the standard cannot overcome the limits of combinatorial vagueness and degree vagueness in a system of free evaluation of evidence, it is a necessary component for the rational decision-making about the facts. There is no way to make a decision without first giving credibility and weight to the evidence, nor without recognizing that the evidence is sufficient or not. The sufficiency of the evidence can only be verified in concrete and after the assessment of the evidence has ended. Standards can only indicate in advance that sufficiency should be higher or lower, but not how much. In this sense, it is much more guiding to consider only two criteria for civil proceedings, in which one tolerates a minimal difference of corroboration between the hypotheses, the preponderance of evidence, and the other, a robust difference, the clear and convincing evidence, without the standard being able to quantify this difference in advance. The general rule for civil proceedings should be the application of the standard of preponderance of evidence, as well as for precautionary measures, injunctive reliefs and self-evident claims. For hypotheses involving civil disputes in which interests that are not merely patrimonial are involved, the standard of clear and convincing evidence can be used, to be established preferably by the legislator, as it is a political-moral decision. In the meantime, it is up to the judge to set the applicable standard, giving prior knowledge to the plaintiff and the defendant in the procedure.

Keywords: Civil procedure. Evidence. Judgments. Sufficiency of the evidence. Standards of proof.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	PRESSUPOSTOS PARA A COMPREENSÃO DOS STANDARDS DE PROVA 14	
2.1	Do raciocínio probatório	14
2.2	Do raciocínio judicial decisório e justificativo	20
2.3	Da valoração da prova	24
2.3.1	Da valoração: conceito e método	25
2.3.2	Dos sistemas de valoração da prova	35
2.4	Da concepção de standard probatório	38
2.5	Da verdade como correspondência e do caráter epistêmico do processo..	41
2.6	Das teorias probabilísticas	47
2.7	Das considerações políticas e metodológicas	57
2.8	Síntese conclusiva do capítulo.....	65
3	OS STANDARDS NO SISTEMA COMMON LAW	67
3.1	Das limitações cognitivas.....	68
3.2	Onde estão os critérios de valoração e de suficiência da prova?	73
3.3	Beyond a reasonable doubt	78
3.3.1	Dos primórdios da common law.....	78
3.3.2	Do surgimento do primeiro standard.....	80
3.3.3	Da divergência quanto ao significado	82
3.3.4	Possíveis compreensões.....	84
3.4	Preponderance of evidence	88
3.4.1	Da origem do critério da preponderância.....	88
3.4.2	Das compreensões iniciais	90
3.4.3	Da compreensão de Taruffo	91
3.5	Clear and convincing evidence	96
3.6	Algumas contribuições contemporâneas	99
3.6.1	Da proposta de Ferrer Beltrán	99
3.6.2	Do ceticismo de González Lagier	104
3.7	Síntese conclusiva do capítulo.....	108
4	OS STANDARDS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	109
4.1	Do esforço dos teóricos	109
4.2	Da presença dos standards na jurisprudência	113
4.3	Da presença dos standards na legislação	123
4.4	Da aplicação dos standards no processo civil brasileiro	127
4.4.1	Das ações civis meramente patrimoniais	129
4.4.2	Das ações civis especiais.....	133
4.4.3	Do standard na tutela provisória	142
4.4.4	Do standard recursal	149
4.4.5	A quem incumbe a fixação do standard?.....	150
4.4.6	Do momento processual adequado para o juiz fixar um standard e da impugnação.....	152
4.4.7	Da redução do standard em razão da dificuldade probatória e do comportamento das partes.....	154
4.4.8	Da justificação do standard na motivação	157
4.5	Síntese conclusiva do capítulo.....	158
5	CONCLUSÃO	161
6	REFERÊNCIAS	169

1 INTRODUÇÃO

Ter a clareza de quando algo está suficientemente comprovado em um processo jurisdicional é essencial tanto para os magistrados, quanto para os jurisdicionados de um modo geral. O julgador necessariamente tem de avaliar os elementos de prova que sustentam a narrativa formulada pelas partes para proferir uma decisão. A racionalidade dessa decisão depende, pois, da consideração sobre esse suporte ser ou não suficiente para amparar as alegações. Da mesma forma, essa percepção indica às partes do processo se devem trazer mais elementos para corroborar as suas postulações. Contudo, a experiência demonstra que não há essa clareza. Quais são os critérios que orientam a suficiência da prova? Como funcionam e quais podem ser utilizados no direito processual civil brasileiro? Este estudo busca responder esses questionamentos. O debate deste tema remonta, no mínimo, ao século XVIII, no âmbito do sistema *common law*, continuando indefinido e presente na contemporaneidade, conforme se evidencia nos esforços recentes empreendidos por alguns juristas, epistemólogos e filósofos.

O referencial teórico primário deste trabalho é composto pelas obras de seis autores. O filósofo e epistemólogo americano Larry Laudan, no seu artigo “*Is reasonable doubt reasonable?*”, publicado em 2003, em que analisa detalhadamente o *standard* criminal “além da dúvida razoável” no âmbito da *common law*, bem como no artigo “*Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*”, de 2011. O jurista italiano Michele Taruffo no seu artigo “*Rethinking the standards of proof*”, de 2003, e na obra “*La semplice verità*”, de 2009, em que trata do tema no campo da *civil law*. O jurista brasileiro Danilo Knijnik, que trouxe a matéria para o direito nacional em seu artigo “*Os standards do convencimento judicial*”, de 2001, e no livro “*A prova nos juízos cível, penal e tributário*”, de 2007. O jurista espanhol Jordi Ferrer Beltrán, especialmente em dois de seus artigos: “*Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali*”, de 2018, escrito conjuntamente com Giovanni Tuzet, e “*Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba*”, de 2018, em que o autor propõe novas formulações de *standards* para uma aplicação racional no âmbito da *civil law*. O jurista e filósofo italiano Giovanni Tuzet, no seu artigo “*Assessment criteria or standards of proof*”, de 2018, em que faz uma análise funcional dos critérios de valoração e dos *standards* probatórios comparativamente em alguns países da *common law* e da *civil law*. E,

por fim, o jurista e filósofo espanhol Daniel González Lagier, em seu recente texto “¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba”, disponibilizado na rede mundial de computadores, em que apresenta as dificuldades para se formular *standards* de prova precisos no sistema de livre valoração da prova, em razão da vagueza da linguagem.

O método de abordagem do problema foi o dedutivo, partindo-se de teorias de base dos juristas, filósofos e epistemólogos, para o desenvolvimento do raciocínio explicativo do fenômeno investigado. Os métodos de procedimento foram o histórico e o comparativo com a direito anglo-americano e com algumas inserções pontuais em outros ordenamentos jurídicos, de modo que foram levados em consideração os contextos históricos do fenômeno hoje e no passado, bem como ele foi confrontado em perspectiva comparatística, visto que o tema foi originariamente mais debatido no âmbito da *common law*. O método de interpretação foi o sistemático, compreendendo-se o direito como um sistema ordenado e hierarquizado. Os tipos de pesquisa foram o exploratório, o descritivo, o explicativo (coleta, organização e análise dos dados e de suas consequências e relações), o teórico (lastreado em uma revisão bibliográfica nacional e estrangeira sobre a matéria, além da análise de julgados dos tribunais nacionais), o qualitativo (exame da natureza, do alcance e das interpretações possíveis para o fenômeno estudado) e o bibliográfico (desenvolvido a partir de livros e artigos científicos).

Na primeira seção deste trabalho estabelecem-se algumas premissas necessárias para a compreensão do problema metodológico dos *standards* probatórios. O conceito de *standard* de prova e sua função, bem como do termo “prova”, e o significado da expressão “está provado”. A noção de verdade e sua relação com o processo jurisdicional. As teorias probabilísticas de confirmação dos fatos e a distinção da valoração da prova em relação à estipulação do grau de confirmação que cada enunciado deve obter para ser considerado provado.

Na segunda seção descrevem-se os *standards* de prova consagrados no direito anglo-americano, âmbito em que mais intensamente foi debatido o tema investigado. Trata-se também das limitações cognitivas para expressar os graus de corroboração dos fatos, e busca-se esclarecer por que nos países de *civil law*

geralmente há critérios de valoração, em vez de *standards* de prova, enquanto nos de *common law* ocorre o oposto.

Na terceira e última seção analisam-se quais *standards* podem ser aplicados no direito processual civil brasileiro e como; a relação da suficiência com a valoração da prova e a justificação da decisão. Faz-se uma revisão bibliográfica dos teóricos nacionais e das decisões jurisprudenciais. Na legislação, avaliam-se eventuais previsões normativas. Além disso, verifica-se a quem incumbe estabelecê-los e qual o momento processual adequado.

Por fim, este estudo adere à linha de pesquisa “jurisdição, efetividade e instrumentalidade do processo” do programa de pós-graduação *stricto sensu* em direito, em nível de mestrado, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Os *standards* são, pois, fatores necessários para a decisão jurisdicional e a consequente realização do direito no caso concreto – *juris dicere*.

2 PRESSUPOSTOS PARA A COMPREENSÃO DOS STANDARDS DE PROVA

Para a adequada compreensão dos *standards* de prova, elencam-se sete tópicos concernentes, em maior ou menor medida, à teoria da prova, lógica, epistemologia e algum respaldo na psicologia cognitiva, que se consideram imprescindíveis. Destacaram-se esses, tendo em vista a primazia que costumam receber dos teóricos que investigam o tema, bem como por melhor direcionar ao enfrentamento da questão da suficiência da prova.

2.1 Do raciocínio probatório

A teoria geral da prova avançou nas últimas décadas e a filosofia do direito dedicou uma atenção especial à justificação da decisão judicial¹, porém não se verificou um correspondente aprofundamento a respeito do raciocínio sobre os fatos. Como primeiro passo para a compreensão da atividade de investigação dos fatos a partir das provas, é preciso lançar um vislumbre analítico para o raciocínio do investigador. Diferentes etapas podem ser distinguidas nele e, em cada uma delas, exsurtem inferências que podem ter natureza também diversa. Havendo clareza quanto ao papel desempenhado por essas inferências e seu fundamento cognoscitivo, melhores serão as condições para se aferir a correção da reconstrução dos fatos em um caso analisado judicialmente.

O raciocínio é um processo mental, intelectual, segundo o qual é possível chegar a uma conclusão a partir de determinadas premissas. Tem-se “raciocínio” e “inferência” como sinônimos para indicar, portanto, uma passagem justificada de um conjunto de declarações tomadas como ponto de partida a outras declarações conclusivas².

O raciocínio probatório, por sua vez, é aquele relacionado com testes de verificação de premissas ou conclusões, as quais representam provas úteis para

¹ O tema da justificação da decisão ganhou especial relevo a partir da publicação da obra *La motivazione della sentenza civile*, de Michele Taruffo, em 1975, da obra *The basis of legal justification*, de Aleksander Peczenik, em 1983, e da obra *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*, de Aulis Aarnio, em 1987. Sobre o assunto da justificação vide também: MOTTA, Otávio Luiz Verdi. **Justificação da decisão judicial**: a elaboração da motivação e a formação de precedente. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2015.

² TUZET, Giovanni. **Filosofia della prova giuridica**. Torino: Giappichelli Editore, 2016. p. 119.

reconstruir uma história parcialmente desconhecida. Pode-se dizer que, de uma perspectiva analítica, esse raciocínio se desenvolve em etapas distintas. Uma das formas de dividi-lo consiste em considerar como a primeira fase aquela em que o investigador parte das provas inicialmente disponíveis, as premissas, e formula hipóteses, as conclusões, que explicam os fatos já conhecidos. É a fase de formação das hipóteses. Na segunda, as premissas do raciocínio são as hipóteses, enquanto as conclusões são os testes de controle, em que as hipóteses podem ser verificadas ou falseadas completamente, corroboradas ou infirmadas em algum grau, com base em novas suposições e provas. É a fase de controle³.

Além disso, destaca-se que o raciocínio probatório é composto de uma complexa rede de inferências de natureza dedutiva e não dedutiva. Dedutivas são aquelas cuja conclusão não pode ser falsa, se as premissas forem verdadeiras, isto é, a conclusão segue de maneira necessária as premissas. Veja-se um exemplo: todo homem é mortal. Sócrates é homem. Logo, Sócrates é mortal. Não dedutivas são aquelas inferências cuja conclusão pode ser falsa, embora as premissas sejam verdadeiras, vale dizer, a conclusão as segue apenas de forma mais ou menos provável⁴.

Essas últimas se subdividem em indutivas, que generalizam as experiências, e abduativas, que formulam hipóteses explicativas⁵. Em outros termos, a indução é um processo de raciocínio que se desenvolve com base no conhecimento de dados singulares da experiência até atingir uma conclusão de ordem geral. Exemplifica-se: têm-se observado muitos cisnes e todos são brancos. Logo, provavelmente todos os cisnes são brancos. As abduções⁶ têm conclusões particulares, na medida em que

³ TUZET, Giovanni. *Filosofia della prova giuridica*. Torino: Giappichelli Editore, 2016. p. 120-121.

⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 83-84.

⁵ TUZET, Giovanni. *Filosofia della prova giuridica*. Torino: Giappichelli Editore, 2016. p. 125-137.

⁶ Charles Sanders Peirce trata a abdução como “inferência à melhor explicação” (IME), ou, na língua inglesa, “*inference to the best explanation*” (IBE). O tema foi desenvolvido, especialmente, a partir dos estudos de Gilbert Harman. Segundo esse autor, se nenhuma outra hipótese pode explicar tão bem um conjunto de dados ou fatos, como a hipótese A, esta é provavelmente verdadeira. O esquema geral dos argumentos abduativos pode ser assim representado: o fato surpreendente, C, é observado. Se A fosse verdade, C seria um fato natural. Logo, há razões para suspeitar que A seja verdade. HARMAN, Gilbert H. *Inference to the best explanation*. *The Philosophical Review*, v. 74, n. 1, 1965. p. 88-95. Scarparo subdivide a inferência à melhor explicação, para fins didáticos, em abdução (listagem de possíveis explicações), especificação (seleção de explicações potenciais para determinados fatos), investigação (testagens para eliminar e descobrir novas explicações) e avaliação (eleição da melhor explicação valorada conforme a *coerência*, *consiliência*, *simplicidade*, *profundidade*, *falseabilidade*). Coerência é a ausência de contradições, consiliência é a coincidência de induções obtidas por raciocínios distintos, profundidade é a capacidade de sustentar a tese quanto

dizem respeito a fatos concretos que devem ser explicados com fatos igualmente concretos. Segue-se um exemplo: estando em um país não africano, a pegada de um equino no solo é melhor explicada como pertencendo a um cavalo, do que a uma zebra.

As inferências de tipo não dedutivo não garantem com absoluta certeza a correção das respectivas conclusões, porém permitem generalizações, a partir da probabilidade, indispensáveis para a tomada de decisões na *praxis* quotidiana. O pão que alguém comeu ontem nutriu seu corpo, assim como nos dias anteriores, permitindo supor que o pão de hoje terá o mesmo benefício. O trem parou pontualmente na estação todos os dias anteriores, de modo que é razoável esperá-lo hoje no mesmo horário e local. Ao se observar um saco de feijões-brancos sobre uma mesa e, ao seu lado, um punhado de feijões-brancos, tem-se como melhor explicação para o fato que os feijões do punhado vieram do saco. São, portanto, inferências corriqueiras, também presentes na investigação dos fatos no âmbito judicial. As premissas de um argumento não dedutivo válido proporcionam apenas um suporte parcial para suas conclusões. Há sempre possibilidade de derrotar o argumento com base em novas informações. Desse modo há como controlar o risco de erro quando a segurança inferencial absoluta é inatingível.

a novos questionamentos, simples é a explicação mais parcimoniosa e a falseabilidade indica que uma explicação pode ser testada e, por isso, é melhor do que outra não sujeita a teste algum. SCARPARO, Eduardo. Inferência para melhor explicação (ime) e persuasão racional: ferramentas e critérios de adequada valoração probatória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 300, fev. / 2020. p. 2-9. Allen e Pardo entendem que as inferências em um julgamento são abduativas, pois fornecem conclusões não demonstrativas e em um processo inerentemente comparativo. Consideram a abdução e a inferência à melhor explicação substancialmente o mesmo. ALLEN, Ronald J. *Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico*. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 47-57. Tuzet, por sua vez, argui que a abdução geralmente não fornece, por si só, um grau suficiente de segurança, sendo um modo fraco de inferência. Conclusões abduativas servem para a geração de hipóteses explicativas, que precisam de posterior teste e avaliação. Para ele é inadequado equiparar abdução à inferência à melhor explicação, pois àquela seria apenas um dos componentes desta última. A abdução seria uma “primeira inferência”, o primeiro passo do raciocínio que fornece uma explicação dos fatos dados, reconstruindo o que aconteceu em um determinado contexto em particular. Estas são as operações básicas que devem ser realizadas inferencialmente, de acordo com um modelo IME de apuração de fatos: (1) inferir das provas uma hipótese explicativa plausível (raciocínio das provas para a hipótese); (2) testar a hipótese com novas provas (raciocínio da hipótese para as provas); (3) comparar a hipótese com explicações rivais; (4) avaliar a hipótese com os critérios relevantes. A IME pode ser considerada um relato parcial da apuração dos fatos, pois precisa ser complementada com considerações sobre os *standards* de prova. Passa-se da melhor explicação para a melhor decisão, isto é, uma “inferência para a melhor explicação” deve ser complementada com uma “inferência para a melhor decisão”. TUZET, Giovanni. *Abduction, IBE and standards of proof. The International Journal of Evidence & Proof*. v. 23, Issue 1-2, 2019. p. 115-119.

Cada etapa do raciocínio probatório se caracteriza pelo predomínio de determinado tipo de inferência. Na fase de formação das hipóteses, preponderam as abduções, inferências extraídas das provas disponíveis para explicar fatos particulares e concretos. Na fase de controle, em que são testadas as hipóteses, podem ocorrer deduções, por exemplo, na forma de *modus tollens*⁷, ou seja, verificação ou falsificação da hipótese. Entretanto, comumente só é possível aferir o maior ou menor grau de corroboração ou infirmação das hipóteses, de modo que as inferências serão novamente abduções⁸. As induções permanecem em segundo plano como premissas de abduções e deduções, ou seja, como máximas da experiência comum ou do conhecimento científico, com as quais se extraem conclusões sobre as provas, na primeira fase e, na segunda fase, sobre os testes de verificação das hipóteses. As induções são, pois, generalizações, mormente implícitas, fundadas na confiabilidade de experiências semelhantes utilizadas como premissas, não conclusões.

O conceito de máxima da experiência foi originalmente formulado por Friedrich Stein para as generalizações do senso comum⁹. Refere-se a uma pluralidade de fatos ou de comportamentos em um local e tempo, cujo conhecimento é derivado da experiência, e sugere a regularidade em sua ocorrência. No idioma inglês encontram-se as expressões *stock of knowledge* ou *background knowledge*, contudo tais termos são utilizados de forma mais genérica, não havendo necessária referência a uma “generalização”, que é característica do conceito de máxima da experiência¹⁰. As generalizações do senso comum são úteis para a tarefa de atribuir credibilidade aos elementos de prova direta, bem como à presunção extraída da prova indireta (v. *infra* cap. 2.3.1), ou, ainda, para a interpretação dos textos normativos e integração dos conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais v.g. “perigo iminente”, “boa-fé”.

⁷ Também denominado negação do consequente. Se P, então Q. Não Q. Logo, não P.

⁸ TUZET, Giovanni. **Filosofia della prova giuridica**. Torino: Giappichelli Editore, 2016. p. 125-137.

⁹ A expressão “senso comum” utilizada pelos autores neste estudo tem sentido de “aquilo que todos pensam”, diferentemente do significado atribuído pela tradição escolástico-aristotélica de “aquilo que unifica as percepções dos vários sentidos”, conforme se pode extrair das seguintes passagens da *Summa Theologiae* I: q. 78 art. 4, *ad.* 1 e art. 3, *ad.* 2. TOMÁS DE AQUINO. **Suma teológica**. v. 1. Tradução de Alexandre Corrêa (1890-1984), São Paulo: Ecclesiae, 2016. p. 520 e 522.

¹⁰ TARUFFO, Michele. *Considerazioni sulle massime d'esperienza*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, v. 63, n. 2, jun. 2009. p. 552.

A máxima da experiência pode configurar uma inferência de caráter dedutivo ou indutivo. Se da experiência deriva a máxima de que “todos os homens são mortais”, está-se diante de uma generalização válida que permanece até prova em contrário, isto é, tem caráter dedutivo. Mais frequente é a situação em que a máxima de experiência se baseia na tendência de algo ocorrer, o que é confirmado no plano científico com um alto grau de probabilidade, mas sem validade universal. Generalizações espúrias, por sua vez, são enunciados formulados em termos gerais, mas privados de qualquer confirmação científica ou empírica¹¹. Não se sabe qual é a base cognoscitiva sobre a qual a máxima se funda e quantos são os casos concretos que foram levados em consideração como fundamento indutivo. Nesse caso não se pode saber qual a margem de erro que caracteriza a sua aplicação¹². Desse modo, é preciso aferir a base cognoscitiva de uma generalização para considerá-la amparada, ou não, no *id quod plerumque accidit*, isto é, naquilo que normalmente acontece.

O fundamento cognoscitivo das máximas da experiência pode ser proveniente de ramos diversos do conhecimento e da experiência. Com base científica, tem-se que a fricção produz desgaste e calor, a lei da termodinâmica; que o calor dilata os corpos metálicos; e que o exame de sangue ou de DNA exclui com certeza a paternidade. Esse último gera também, com grande probabilidade, juízo afirmativo da paternidade. Tem-se que nada pode ser e não ser ao mesmo tempo; tudo que acontece tem uma causa; a soma dos ângulos internos de um triângulo é igual a cento e oitenta graus. Com base na técnica, sabe-se que a digitação é mais rápida do que a escrita à mão e que a mensagem eletrônica chega mais rapidamente ao destino do que a missiva remetida pelos correios. Com base no conhecimento das

¹¹ Schauer apresenta diversos exemplos, dentre os quais o de que as pessoas do signo de capricórnio são autoconfiantes. Não há elementos que sustentem a crença de que o atributo de ser um capricorniano seja preditivo de autoconfiança e, na ausência de qualquer elemento, é altamente provável que a relação entre ser um capricorniano e ser autoconfiante seja espúria. SCHAUER, Frederick. **Profiles, probabilities and stereotypes**. The Belknap Press of Harvard University Press, 2006. p. 7, 12-13.

¹² TARUFFO, Michele. *Considerazioni sulle massime d'esperienza*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, v. 63, n. 2, p. 551-569, jun. 2009. p. 558. Twining refere que o conhecimento de senso comum é incerto, contraditório, frequentemente desprovido de conteúdo cognoscitivo, cheio de erros e preconceitos. O *stock of knowledge*, segundo ele, trata-se de um aglomerado de crenças, formado por informações mais ou menos bem fundadas, histórias, mitos, provérbios, desejos, estereótipos, especulações e preconceitos. TWINING, William. **Rethinking Evidence: exploratory essays**. 2. ed. Cambridge University Press, 2006. p. 338. Também sobre as máximas da experiência: ROSITO, Francisco. **Direito probatório: as máximas da experiência em juízo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 103-128.

artes, reconhece-se que a abóbada com ogivas cruzadas é característica da arquitetura gótica¹³. A normalidade indica que ninguém exige recibo do pagamento da passagem de ônibus e que os muçulmanos não comem carne suína. Assim, além de se atentar ao grau de suporte da máxima da experiência é preciso considerá-la no contexto do conhecimento do qual ela brota.

Taruffo sugere algumas regras para orientar a sua melhor utilização. Inicialmente, não se pode atribuir à máxima da experiência um valor cognoscitivo superior àquele do fundamento que está a sua base. Se uma máxima é enunciada em termos gerais, basta um contraexemplo para refutá-la *v.g.* a existência de um único cisne negro na Austrália é suficiente para refutar a afirmação de que todos os cisnes são brancos. Uma máxima da experiência não pode ser empregada se contrapõe-se ao conhecimento científico disponível, como o fato de a Terra girar em torno do Sol. Não pode ser empregada se se contrapõe a outra máxima. Pode-se empregar uma confirmada pelo conhecimento científico ou fundada em frequência estatística verificada. Somente é possível empregar aquela que preexistia ao caso específico, não se podendo formulá-la *ad hoc*. Só as máximas que se referem diretamente ao caso específico devem ser utilizadas, não aquelas muito vagas e genéricas. Por fim, devem-se utilizar aquelas geralmente aceitas – e não refutadas ou questionadas – no contexto da cultura compartilhada em um determinado tempo e local em que a decisão é formulada¹⁴. Com efeito, não se trata de rol exaustivo, porém a observância de tais diretrizes possibilita maximizar a racionalidade de seu uso.

Outras observações mais aprofundadas escapam ao propósito deste estudo, todavia, as considerações vertidas a respeito do processo intelectual de passagem das premissas às conclusões permitem vislumbrar com mais precisão a investigação dos fatos pretéritos, por intermédio das provas. As formas canônicas das inferências e a função que desempenham são elementos intrínsecos do raciocínio probatório.

¹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras da experiência e conceitos juridicamente indeterminados. **Temas de direito processual, 2ª série**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 62.

¹⁴ TARUFFO, Michele. *Considerazioni sulle massime d'esperienza*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, v. 63, n. 2, jun. 2009. p. 567-569.

2.2 Do raciocínio judicial decisório e justificativo

O processo jurisdicional culmina com o ato decisório, o juízo do magistrado, quando, após uma interação dialética entre as partes e os elementos de prova e entre os fatos e as normas¹⁵, extrai as suas conclusões e apresenta boas razões para elas, a fim de possibilitar um controle racional e intersubjetivo da decisão, tudo em conformidade com adequados cânones de racionalidade. Há que se esclarecer, nesse contexto, a acepção da prova para este estudo, o papel que desempenha no desenrolar da atividade decisória e, essencialmente, o significado de “algo estar provado”.

O raciocínio judicial justificativo é uma atividade mental do magistrado, orientada pela racionalidade, de onde nasce a motivação de sua decisão. Da mesma forma, o raciocínio judicial decisório é uma atividade intelectual da qual se extraem os juízos, as decisões. Motivação e decisão são, pois, resultados do raciocínio que se corporificam na forma de um discurso, um conjunto ordenado de palavras¹⁶.

No raciocínio decisório, o magistrado realiza escolhas racionais¹⁷ entre as alternativas possíveis quanto a quatro elementos: a interpretação do texto tido como aplicável ao caso concreto (norma), a veracidade ou falsidade das alegações sobre os fatos juridicamente relevantes, a qualificação jurídica do fato apurado segundo a

¹⁵ A decisão judicial pode ser entendida como resultado final de uma complexa interação dialética. Duas são as principais dimensões dialéticas do processo e da decisão judicial: o contraditório – a dialética das relações entre as partes – e a dialética da relação entre fato e norma. Não é possível considerar que a decisão seja fruto exclusivo de um *iter* lógico modelado segundo a forma da dedução silogística. Todavia não se pode excluir que uma conexão substancialmente dedutiva, ou subsuntiva, representa o núcleo fundamental da aplicação da norma ao fato. Na dialética da relação entre fato e norma, a dedução, ou subsunção, é o resultado final de um procedimento complexo de confronto dialético entre o fato específico e a hipótese normativa referente a ele. A seleção dos aspectos juridicamente relevantes do caso concreto acontece por meio do controle de várias hipóteses de qualificação normativa. A determinação da qualificação jurídica do fato e a concretização factual do enunciado normativo são operações coligadas. O fato determina a interpretação da norma e a norma determina o juízo sobre os fatos. Tudo por meio de um procedimento dialético de corroboração e falseamento que implica confronto, verificação e controle da hipótese. A coerência (conexão de sentido) pode ser um critério diferencial para escolher entre versões dos fatos igualmente apoiadas nas provas, ou entre interpretações igualmente válidas de um texto normativo. TARUFFO, Michele. *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 32, n. 143, jan. 2007. p. 69, 70, 73, 74.

¹⁶ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975. p. 207-317.

¹⁷ Um modo de entender a racionalidade da decisão judicial implica a referência a sua estrutura lógica. Uma decisão que tenha uma estrutura lógica reconhecível, cuja validade seja controlável segundo um critério lógico de referência. Quanto à retórica, hoje a referência ao seu possível papel na decisão judicial é ambígua. Não se distingue a retórica como persuasão (que nada tem a ver com racionalidade) da retórica como uso de argumentos razoáveis (amparados no critério da coerência), sentido dado por Chaïm Perelman. TARUFFO, Michele. *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 32, n. 143, jan. 2007. p. 68, 71.

norma declarada aplicável e a prescrição das consequências jurídicas decorrentes. A decisão expõe os referidos efeitos jurídicos no dispositivo e as demais escolhas na sua fundamentação¹⁸.

Segundo Taruffo, três são os cânones, ou diretivas de racionalidade, que orientam a atividade decisória: a lógica, os argumentos quase lógicos e a lógica do discurso valorativo. A lógica estabelece premissas e critérios de validade das inferências. Os argumentos quase lógicos, como o método sistemático, ou o método tópico, vale dizer, o apoio em pontos de vista tidos por confiáveis *v.g.* teóricos do direito, jurisprudência etc., seguem, pois, o critério da coerência (conexão de sentido). A lógica do discurso valorativo decorre de um sistema de valores, entendendo-se valor como uma qualidade positiva *v.g.* justo, bom, útil, segundo um determinado parâmetro dado por esse sistema. A escolha do valor pelo magistrado pode ser coerente ou incoerente com o sistema de valores ao qual pertence¹⁹. Assim, tem-se por racional a atividade decisória que segue esses cânones.

O raciocínio judicial justificativo se subdivide em justificação interna e externa da decisão²⁰. A justificação interna esclarece a escolha de uma dentre possíveis alternativas quanto aos quatro elementos já referidos e, a externa, a correção do cânone utilizado²¹. A motivação expressa esses aspectos de modo a tornar aceitável a decisão, valendo-se de três tipos de argumentos de índole predominantemente retórica: tópico-jurídicos *v.g.* adequação e consenso aos precedentes, jurisprudência etc., teleológicos, isto é, se o cânone permite a obtenção de resultados, e valorativos, a conformidade com um sistema de valores²².

¹⁸ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975. p. 222-264.

¹⁹ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975. p. 262-264.

²⁰ TARUFFO, Michele. *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*. In: BESSONE, Mario; GUASTINI, Riccardo. *La regola del caso: materiali sul ragionamento giuridico*. Cedam: Milano, 1995. Alexy entende a justificação interna como aquela que “trata de ver se a decisão segue logicamente as premissas que se aduzem como fundamentação” e a justificação externa como a que tem por objeto “a correção dessas premissas”. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 213-268.

²¹ TARUFFO, Michele. *Considerazioni su prova e motivazione*. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 32, n. 151, set. 2007. p. 229.

²² Taruffo indica que não há necessária correspondência entre o procedimento decisório e a motivação. Uma decisão irracional, ou intuitivamente tomada, pode ser justificada *ex post* com argumentação racionalmente convincente. Uma decisão tomada mediante um raciocínio racional, todavia, pode ser justificada de modo racionalmente inadequado, ou não ser justificada absolutamente. TARUFFO, Michele. *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 32, n. 143, jan. 2007. p. 75-76. Sobre o problema do controle judicial da motivação no ordenamento italiano vide: TARUFFO, Michele. *Brevi note sulla*

As partes formulam no processo judicial uma narrativa, ou seja, uma descrição ordenada de acontecimentos que possam ter ocorrido no mundo material. São enunciados sobre a existência de fatos da realidade empírica, podendo ser verdadeiros ou falsos, apofânticos, portanto. É precisamente no raciocínio decisório, que o magistrado realiza escolhas quanto à veracidade ou falsidade dos enunciados sobre os fatos juridicamente relevantes, aqueles correspondentes ao suporte fático de uma regra, tomando por base elementos de juízo, as provas. Diferentemente, são não apofânticos os enunciados que exprimem juízos de valor *v.g.* bom, mau, correto, imoral, obsceno, honesto, valente, excessivo etc., isto é, não são qualificáveis como verdadeiros ou falsos. Estes últimos podem ser compartilhados ou rejeitados conforme o uso comum do termo, o critério da normalidade. Tanto os enunciados relativos aos aspectos jurídicos, como aqueles que exprimem juízo de valor, não são objeto de prova²³.

Além disso, cada fato é determinado por uma série de circunstâncias como tempo, local e outras características, de modo que é possível a coexistência de uma infinidade de descrições verídicas, bem como inverídicas, sobre ele, conforme as circunstâncias levadas em consideração. Assim, a finalidade da atividade probatória é justamente a aferição da veracidade de um enunciado sobre um fato²⁴.

Quando o magistrado constrói a sua própria narrativa na decisão e afirma “está provado que P”²⁵ (prova como resultado) ele está dizendo que “há elementos de juízo (meios de prova) suficientes nos autos do processo a favor de P”, independentemente de sua crença pessoal, que pode abranger elementos extraprocessuais. Caso ele assim considere, sem que haja essa suficiência, terá “tido P por provado”, sem que de fato estivesse comprovada a hipótese. De qualquer

motivazione della sentenza. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano, v. 72, n. 2, p. 621-631, jun. 2018. Cruz e Tucci traz estudo histórico e de direito comparado sobre o tema da motivação, abordando as suas funções de permitir aos litigantes compreenderem a decisão exarada e, assim, poder impugná-la, bem como de controle pela sociedade. TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil.** São Paulo: Saraiva, 1987.

²³ TARUFFO, Michele. *Note sparse su probabilità e logica della prova. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* Milano, v. 68, n. 4, dez. 2014. p. 1514.

²⁴ Também nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** v. 3. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 58; TUZET, Giovanni. *Prova, verità e valutazione. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.* Milano, v. 68, n. 4, dez. 2014. p. 1523.

²⁵ Toma-se “P” como um enunciado fático qualquer. Assim, os resultados probatórios possíveis são três: provado “P”, não provado “P” e provado “não P”. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del estado por prisión preventiva errónea.* In: PAPAYANNIS, Diego M.; FREDES, Esteban Pereira. **Filosofía del derecho privado.** Barcelona: Marcial Pons, 2018. p. 419.

sorte, para fins jurídicos importará o que o juiz houver entendido por verdadeiro, ainda que não corresponda à realidade externa²⁶. A proposição comprovada implica que foi considerada demonstrada com base nos elementos de juízo, ainda que seja eventualmente derrotável. Não significa nem que “P é verdadeiro”, o que seria uma relação conceitual entre prova e verdade, nem que a verdade foi estabelecida pelo julgador, “P foi estabelecido pelo juiz”, mas a relação entre prova e verdade é teleológica, sendo esta o objetivo daquela²⁷.

O termo prova, como se evidencia, é polissêmico no âmbito do Direito. As raízes etimológicas do vocábulo vêm do latim *probatio* – prova, ensaio, verificação, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação –, que deriva do verbo *probare* – provar, ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, demonstrar²⁸. No contexto jurídico, três são os significados mais usuais, quais sejam, a *atividade probatória*, como, por exemplo, quando se fala em iniciativa probatória; os *meios de prova*, como quando se trata da admissibilidade dos elementos de juízo; e o *resultado da atividade probatória*, obtido da valoração conjunta de todos elementos probatórios. A prova como atividade, como dito, tem a

²⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prova e verdade no direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017; TUZET, Giovanni. *Prova, verità e valutazione*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, v. 68, n. 4, dez. 2014. p. 1524-1525.

²⁷ Tuzet defende uma concepção bipartite para a relação entre prova e verdade: conceitual e teleológica. A tese da relação conceitual implica uma relação entre verdade e prova como resultado, enquanto conexão teleológica estabelece uma relação entre verdade e prova como atividade. A independência entre a relação conceitual e teleológica permite verificar o caso em que uma afirmação factual acaba por ser legalmente comprovada e que, no entanto, é falsa. E também a situação em que uma afirmação factual, embora verdadeira, não é comprovada. Tudo isso depende dos elementos de julgamento introduzidos no processo. A única coisa que se pode dizer é que, nesse caso, a prova como atividade não cumpriu com o seu objetivo. Em uma analogia com o âmbito da ciência médica, questiona: qual é o significado de "curado"? Algo como "tratado com remédios suficientes" ou "tratado com remédios suficientes e curado"? Para a segunda percepção, é contraditório dizer "Tício foi curado e morreu", enquanto não é para a primeira. A concepção bipartite permite, pois, manter a distinção conceitual entre "comprovado" e "considerado comprovado". Requer duas condições para estabelecer “está provado que P”: “a verdade de P” e a “presença de elementos suficientes a seu favor”. TUZET, Giovanni. *Prova, verità e valutazione*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, v. 68, n. 4, dez. 2014. p. 1522-1525. Ramos diferencia o modelo subjetivo, no qual “está provado” significa “o juiz está convencido”, do modelo objetivo, em que “está provado” significa “há elementos de corroboração suficientes”. RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento probatório no novo CPC. Em busca de interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas. In: DIDIER JR, Fredie et al. **Direito probatório**. 3. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 121-140.

²⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e no comercial**. v. 1. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 1.

função de determinar o valor de verdade dos enunciados que descrevem a ocorrência dos fatos²⁹.

Nesse passo duas questões distintas exsurtem: a determinação do grau de confirmação desses enunciados, que concerne à valoração dos meios de prova que lhes dão suporte, e a estipulação do grau de confirmação que cada enunciado deve obter para ser considerado provado, onde se insere a teoria dos *standards* probatórios. Elas serão exploradas mais detalhadamente nos capítulos seguintes.

2.3 Da valoração da prova

Costuma-se dividir o procedimento probatório em etapas para melhor analisá-lo. Inicialmente, tem-se a fase de proposição, em que a parte postula a produção ou colheita do elemento de prova. Na admissibilidade, o magistrado verifica a licitude, se não contraria o direito objetivo, a pertinência, se tem relação com a alegação fática objeto de comprovação, e a relevância³⁰, a aptidão para fornecer informações úteis. Sobrevém a produção ou colheita das provas, com a participação das partes. Na fase de valoração, que ocorre durante todo o transcorrer do processo até o momento da decisão final sobre os fatos, o julgador atribui credibilidade e peso à

²⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prova e verdade no direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017; TARUFFO, Michele. *Evidence, truth and the rule of law*. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 39, n. 238, dez. 2014. p. 93; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**, v. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 335-336. Reichelt entende a prova como argumento, empregado no contexto do debate processual e ordenado segundo normas ético-jurídicas e lógico-argumentativas, que se diferencia dos demais argumentos pelo seu conteúdo (contraste entre alegações dos fatos e o que se passou no mundo extraprocessual) e sua finalidade (atuar como fator na persuasão racional do juiz, trazendo um retrato possível da realidade aos olhos dele). Parte, pois, da distinção entre três modelos fundamentais a respeito do conceito e função da prova: prova como *experimentum* - lógico-científica (aquisição gradual de informações), prova como *ratio* (teoria formal da disputa), prova como *argumentum*. REICHELTL, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2009. p. 111. A tradição jurídica anglo-americana utiliza o termo *evidence* no sentido de elemento de prova e *proof* para prova como resultado. Na filosofia, o termo evidência remete ao conhecimento sensorial direto do objeto pelo indivíduo, sem intermediários. Difere, pois, do conhecimento racional do objeto, obtido por meio dos elementos de prova. Esta compreensão pode ser encontrada na fenomenologia de Edmund Husserl, que é propriamente uma técnica de descrição de conhecimentos percebidos imediatamente nas coisas quando a nós se apresentam. HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**: introdução geral à fenomenologia pura. 7. ed. Aparecida: Ideias & Letras, 2006.

³⁰ É relevante toda prova relativa a uma proposição factual que, assumida pela hipótese como verdadeira, pode constituir um elemento de confirmação lógica da proposição descritiva do *factum probandum*. O esquema lógico do julgamento da relevância apresenta uma estrutura caracterizada por dois fatores de hipotética: dado que (a) a proposição P objeto da prova é verdadeira (hipótese I) e (b) a proposição Q constitui o *thema probandum* (hipótese II), se P é um elemento de confirmação lógica em relação a Q, o teste relativo a P é relevante. TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova: Cedam, 1970. p. 249.

prova³¹. Por fim, no momento do *decisum*, verifica-se o nível de corroboração da prova valorada e se ela atende ao patamar considerado suficiente, o *standard* de prova. Caso seja insuficiente, a parte onerada arcará com o prejuízo da insuficiência de prova, com a aplicação da regra de julgamento do *onus probandi*. Na motivação, o magistrado expõe qual papel teve a prova na formação do seu convencimento, isto é, como foi valorada e por que foi considerada suficiente ou não, a partir de cânones racionais.

2.3.1 Da valoração: conceito e método

Valorar³² consiste em determinar o valor probatório da prova (como resultado). Inicialmente, há a atribuição atomística de credibilidade aos elementos de prova, os quais podem se apresentar na forma de *relatos* (depoimento da parte, do perito ou inquirição de testemunha), *vestígios* (prova documental ou exibição de coisa) e *opiniões* pautadas em critérios técnicos ou científicos (perícia). Posteriormente, há uma avaliação holística do acervo probatório no seu conjunto, em que lhe é atribuído determinado peso³³: grau de confirmação lógica e epistêmica em relação à hipótese³⁴.

³¹ TARUFFO, Michele. *La valutazione delle prove*. In: TARUFFO, Michele. **La prova nel processo civile**. Milano: Giuffrè, 2012. p. 218-220.

³² Conforme Reale, “Valorar’ é apreciar algo sob prisma de valor, ao contrário de ‘avaliar’ que consiste em determinar o valor ou valia de alguma coisa”. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 85, nota 1.

³³ Ferrer Beltrán faz uma distinção entre a noção de peso probatório e valor probatório. O conceito de peso probatório tem sua origem em John Maynard Keynes, na obra *A Treatise on Probability*, de 1921, e foi adaptado ao contexto de probabilidade indutiva por Laurence Jonathan Cohen, na obra *The Dialogue of Reason* de 1986. O valor probatório é o grau de confirmação que um conjunto de elementos de juízo proporciona a uma hipótese. É a probabilidade de que essa hipótese seja verdadeira em termos comparativos com suas hipóteses rivais. O peso probatório mede o grau de completude do conjunto de elementos de juízo com os quais a decisão é tomada. É a probabilidade de acerto da decisão, com base na riqueza dos elementos de juízo levados em consideração para decidir. Considera se constam dos autos do processo as provas necessárias para a comprovação da hipótese, independentemente da credibilidade daqueles elementos. Nos termos de Keynes, o peso probatório é a soma dos elementos de juízo relevantes, favoráveis e desfavoráveis, que permitem atribuir valor probatório a cada uma das hipóteses conflitantes. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del estado por prisión preventiva errónea*. In: PAPAYANNIS, Diego M.; FREDES, Esteban Pereira. **Filosofía del derecho privado**. Barcelona: Marcial Pons, 2018. p. 417-418, nota 31. Também tratando da noção de peso probatório: NANCE, Dale A. **The burdens of proof: discriminatory power, weight of evidence, and tenacity of belief**. Cambridge University Press, 2016. p. 111.

³⁴ TARUFFO, Michele. **A prova**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 135; REICHEL, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2009. p. 112.

Na mesma linha, Nieva Fenoll define a valoração da prova como a atividade de percepção do juiz em relação aos resultados da atividade probatória que é realizada em um processo judicial. É uma atividade mental do juiz, na qual ele avalia criticamente os dados probatórios obtidos, e que não se realiza em uma fase absolutamente precisa do processo, mas durante todo o seu *iter*, desde quando tem o primeiro contato com esses elementos de juízo³⁵. Tem-se uma sucessão de estados epistêmicos.

A valoração é uma das etapas da tomada de decisão, em que o julgador deve avaliar o apoio que cada elemento de juízo aporta às hipóteses em conflito, de forma individual e em conjunto. Com isso se obtém um resultado que permite saber o grau de confirmação que dispõe cada hipótese. O resultado da valoração da prova é sempre contextual, isto é, refere-se a um determinado conjunto de elementos de juízo. Mudando-se o conjunto por subtração ou adição de dados, o resultado poderá ser outro. A operação consiste em julgar o apoio empírico que um grupo de elementos de juízo aporta a uma hipótese, estando sujeita aos critérios gerais da lógica e racionalidade³⁶.

Para uma melhor compreensão, pode-se fragmentar em três o objeto da valoração: a hipótese, os meios de prova e a inferência. A hipótese é aquilo que deve ser provado no curso do processo, o objeto da comprovação, o *factum probandum, in casu*, a veracidade ou falsidade de um enunciado sobre fatos do mundo material. Do ponto de vista lógico é a conclusão a que se pretende chegar por intermédio do raciocínio. Os meios de prova, *factum probans*, são quaisquer elementos (instrumentos ou atividades) utilizados com a finalidade de comprovar a veracidade da hipótese. Do ponto de vista lógico constituem as premissas que

³⁵ NIEVA FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 32-34. No mesmo sentido, Taruffo sublinha que a aquisição das provas e sua valoração proporciona uma sequência de estados epistêmicos, em que o aporte de novas informações vai gerando integrações e revisões sucessivas do conhecimento sobre realidade investigada. TARUFFO, Michele. *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, n. 49, 1995. p. 804. Igualmente precisas são as observações de Reichelt: “A atividade de valoração da prova constitui-se em um processo de sucessão de estados epistêmicos que compreende a combinação de diversos *inputs* que são trazidos aos autos (...). O resultado final alcançado a partir da conjugação das provas trazidas aos autos que fundamenta a conclusão exposta na sentença é alcançado a partir da formulação de hipóteses que vão sendo gradualmente delimitadas e definidas em uma dinâmica progressiva e autocorretiva (...)” REICHELT, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2009. p. 224.

³⁶ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana*. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica**. *Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 23-26.

respaldam a conclusão. A inferência é aquilo que relaciona os meios de prova com a hipótese. Sob o aspecto lógico é o raciocínio que vincula as premissas à conclusão³⁷, uma inferência probatória³⁸.

Cada elemento de prova aportado ao processo passa, primeiramente, por uma apreciação individual e analítica. De acordo com o cânone atomístico, cada dado deve ser considerado em si mesmo, determinando-se o seu valor probatório e qual a contribuição que traz para a apreciação geral da prova. Assim, considera-se cada teste *per se*, determinando sua confiabilidade e precisão para o fato investigado. Isso porque a narração vertida no processo se compõe de uma cadeia de eventos e ela só pode ser verdadeira se todos os eventos que a compõem o forem. Se um ou mais anéis dessa *corrente* são duvidosos, ou não provados, a história não pode ser considerada verdadeira como um todo. A força persuasiva de uma *corrente* é, pois, igual à força de seu elo mais frágil, fato que sugere a necessidade de uma apreciação analítica. Se for feita unicamente uma análise global da prova, o julgador pode incorrer na propensão de preencher eventuais lacunas, os espaços não demonstrados³⁹.

No que tange à atribuição de credibilidade, de início avalia-se a precisão das provas, a aptidão desses elementos em transmitir com acurácia informações a respeito do fato que se pretende provar⁴⁰. Nieva Fenoll elenca alguns aspectos que

³⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria da prova: *standards* de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 43, n. 282, ago. 2018. p. 114 e 122.

³⁸ González Lagier esclarece que as inferências probatórias entre os fatos conhecidos (elementos de juízo) e os fatos que se buscam comprovar (hipóteses) podem ser empíricas, normativas ou conceituais. As ligações empíricas partem de experiências passadas, correlacionando fatos de um tipo com a probabilidade de ocorrer, ou ter ocorrido, um fato de outro tipo. As ligações normativas são as presunções estabelecidas em regras de prova legal. Ligam um fato base (elemento de juízo) com a obrigação de dar por provada a hipótese. As ligações conceituais são definições pré-jurídicas. Para decidir é preciso definir conceitos dados por determinadas teorias *v.g.* ação, causalidade, intenção. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba*. Disponível em:

https://www.academia.edu/37549075/_Es_posible_formular_un_est%C3%A1ndar_de_prueba_preciso_y_objetivo_Algunas_dudas_desde_un_enfoque_argumentativo_de_la_prueba, acesso em 22 de novembro de 2019.

³⁹ TUZET, Giovanni. **Filosofia della prova giuridica**. Torino: Giappichelli Editore, 2016. p. 261; TARUFFO, Michele. *Evidence, truth and the rule of law*. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 39, n. 238, dez. 2014. p. 95; TARUFFO, Michele. *Tres observaciones sobre “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan*. In: **Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho**. Madrid, n. 28, 2005. p. 124-125.

⁴⁰ VENIT, James. *Human all too human: the gathering and assessment of evidence and the appropriate standard of proof*. In: EHLERMANN, Claus-Dieter; MARQUIS, Mel. **European Competition Law Annual 2009. The evaluation of evidence and its judicial review in competition cases**. Oxford e Portland: Hart, 2011. p. 248.

considera passíveis de controle pelo magistrado, notadamente em relação às provas pessoais *v.g.* inquirição de testemunhas. Quatro aspectos seriam comuns a todas provas pessoais: a *coerência* do relato, que significa a ausência de contradições, a sua *contextualização*, ou seja, o detalhamento de circunstâncias como espaço, tempo e outras características do evento narrado, as *corroborações periféricas*, que são confirmações extraídas a partir de outras declarações ou de provas documentais etc. (que advêm da etapa holística da valoração), e a existência de *detalhes oportunistas*, vale dizer, justificativas para que os fatos sejam interpretados em determinado sentido⁴¹ *v.g.* se haveria consequências negativas caso tivesse mentido ou se equivocado, se pensou refletidamente naquilo que disse, se havia qualquer incentivo ou vantagem para dizer o que disse, se as afirmações foram feitas sob juramento, se havia motivo para vingança etc. A análise desses aspectos pode auxiliar verdadeiramente o julgador a considerar críveis e fiáveis os elementos de juízo ofertados.

⁴¹ Além disso, quanto à técnica de obtenção de declarações, o autor expõe que a doutrina psicológica recomenda deixar o interrogado prestar sua declaração sem interrompê-lo, salvo para consultá-lo sobre alguma matização, esclarecer pontos obscuros ou contraditórios. Em casos de omissão, recomenda-se pedir-lhe que contextualize os fatos que está relatando com local, tempo, ou outras circunstâncias. Destaca também que é preciso avaliar em que circunstâncias emocionais e ambientais a informação foi percebida e a capacidade do indivíduo de recuperar as informações da memória no momento em que presta a declaração, já que essa tende a se deteriorar com o passar do tempo, produzindo solapamentos com outros dados. NIEVA FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 222-229, 230-235, 215-218. Existe um único protocolo de linguagem corporal validado cientificamente denominado *Six Channel Analysis System (SCAnS)*. Toma-se como ponto de partida a linha de base do interrogado, ou seja, as características físicas e o comportamento padrão da pessoa quando está falando a verdade. Seis são os canais considerados na análise: cinésica (linguagem corporal, gestos, expressões faciais); proxêmica (uso e organização do espaço físico); paralinguagem (modificação das características sonoras da voz); tacésica (linguagem do toque); aparência; diferenças culturais e universalidade. Observam-se os *point of interest* (três ou mais sinais de incongruência conjuntamente) em uma janela de até sete segundos após um determinado estímulo, lapso em que o cérebro tende a responder de maneira condicionada. Apenas as emoções, que se manifestam nas microexpressões faciais, têm caráter universal, não cultural. São as emoções primárias: alegria, tristeza, ira, medo, surpresa, nojo, desprezo. Cerca de dez mil expressões são aferíveis na face humana por intermédio do *Facial Action Coding System (FACS)*, porém nem todas decorrem das emoções, que possuem um tempo máximo de latência de um segundo e meio, no ápice de uma contração muscular gradual de três segundos (início, meio e fim). A perícia das microexpressões faciais pode auxiliar na valoração do comportamento das partes, espécie de prova atípica. A obra que documenta a validação científica do método referido é: EKMAN, Paul; FRIESEN, Wallace V. **Unmasking the face: a guide to recognizing emotions from facial clues**. Los Altos: Malor Books, 2003. Sobre a prova testemunhal vide: FERRARO, Felipe Waquil. **A prova testemunhal: uma distinção entre os sistemas do civil law e do common law**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

Quanto à prova pericial, alguns parâmetros foram assentados na jurisprudência americana. No caso *Frye*⁴², estabeleceu-se o critério da aceitação geral do método empregado pela comunidade científica (*general acceptance test*). Outros foram acrescidos no caso *Daubert*⁴³: a adequação do método ao caso em julgamento; se pode e foi testado; a taxa de erro e a sua confiabilidade; se os estudos produzidos pelos especialistas foram publicados em locais que adotam o critério de revisão por pares⁴⁴. Knijnik refere, ainda, que é preciso averiguar a correta aplicação do método, a regular condição dos equipamentos ou produtos utilizados, o respeito aos protocolos de segurança e a preservação da cadeia de custódia dos objetos periciados⁴⁵. Além disso, é importante a oitiva do perito para auxiliar o julgador na compreensão das conclusões vertidas no laudo, possibilitando uma melhor valoração. Suas declarações igualmente se submetem à aferição de coerência,

⁴² Em 1923, o *Circuit Court* do distrito de Columbia apreciou o caso *Frye v. United States*, decidindo sobre a admissibilidade, ou não, de uma *macchina della verità* como prova em um caso de homicídio. A máquina consistia em um teste sistólico de pressão sanguínea, precursor do teste do polígrafo. HAACK, Susan. **Evidence matters: Science, proof, and truth in the law**. Cambridge University Press, 2014. p. 104-115.

⁴³ Em 1993, a Suprema Corte dos Estados Unidos apreciou o caso *Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*, sobre o uso de um medicamento antináusea por mulheres nos primeiros meses de gravidez, que acarretara malformações em seus filhos. Haack refere que a Corte que julgou o caso estabeleceu um amálgama instável de abordagens muito diferentes, nenhuma das quais seria adequada à tarefa pretendida. O juiz Blackmun se remeteu ao professor de direito Michael Green, citando o filósofo da ciência Karl Popper, que sustentava a necessidade de se olhar para a metodologia do perito, para determinar se as provas apresentadas eram realmente “científicas”, adicionando uma observação de Carl Hempel, de que o testemunho do perito considerado científico seria “confiável”. Assumiu-se que existia alguma “metodologia” científica que, fielmente seguida, garantiria resultados “confiáveis”. Todavia, Popper descreve sua filosofia da ciência como “falsificacionista”, no sentido de que as afirmações científicas nunca podem ser mostradas como verdadeiras, ou mesmo prováveis. Daí seu critério de demarcação: para ser genuinamente científica, uma afirmação deve ser “testável”, “refutável”, isto é, suscetível à prova que poderia potencialmente mostrar que ela é falsa. Teorias que foram testadas, mas ainda não falseadas, são “corroboradas” em grau de correção que depende do número e gravidade dos testes passados. No entanto, o fato de que uma teoria foi corroborada, até certo ponto, não mostra que é verdadeira, ou mesmo provável. Popper também descreve sua filosofia da ciência como “dedutivista”, em contraste com o “indutivismo” de Hempel, linha com a qual discorda. Aquele nega explicitamente que uma teoria científica possa ser verificada ou confirmada, ou mostrada como “confiável”. Nos casos *Joiner* (1997) e *Kumho Tire* (1999) a Suprema Corte silenciosamente recuou da confusa filosofia da ciência de *Daubert*. HAACK, Susan. **Evidence matters: Science, proof, and truth in the law**. Cambridge University Press, 2014. p. 104-115.

⁴⁴ TUZET, Giovanni. **Filosofia della prova giuridica**. Torino: Giappichelli Editore, 2016. p. 263. Haack coloca em xeque a revisão por pares, referindo que ninguém acredita realmente que seja uma condição necessária ou suficiente de um bom trabalho. Pelo menos em filosofia, o sistema de revisão por pares, como atualmente funciona, fica mais sobrecarregado à medida que mais e mais pessoas precisam publicar trabalhos para obter estabilidade na docência. Nesse contexto, muitos se valem de sua posição para publicar os trabalhos dos amigos ou suprimir o trabalho dos rivais. HAACK, Susan. **Evidence matters: Science, proof, and truth in the law**. Cambridge University Press, 2014. p. 39.

⁴⁵ KNIJNIK, Danilo. **Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 195-199.

corroboração e contextualização⁴⁶. O juiz como *peritus peritorum* avalia a correção do método e a validade científica do trabalho desempenhado pelo perito.

No julgamento do caso *Kumho*⁴⁷, esses critérios foram estendidos também à prova técnica, ou seja, além da aferição de conhecimentos específicos das chamadas ciências naturais, como a matemática, física, química, passaram a balizar a análise de laudos produzidos por profissionais da psicologia, sociologia, antropologia, história etc⁴⁸. Entrementes, tais ciências humanas não podem ser valoradas de acordo com os critérios estabelecidos no caso *Daubert*, mesmo após terem sua aplicação estendida no caso *Kumho*, porquanto não formam um conjunto homogêneo. Cada qual tem seu próprio paradigma. Não se estabelece o valor histórico de um edifício pelo mesmo método com que se avalia a capacidade mental de uma pessoa, ou com o qual se investiga um fato histórico, a motivação de um delito, ou estatísticas econômicas⁴⁹.

Também é elemento de prova o indício. Esse é um fato conhecido que, por via de raciocínio, sugere um fato desconhecido (o fato probando) do qual é causa ou efeito. Pode surgir no testemunho, no documento, ou em qualquer coisa. É elemento de prova direto quanto ao fato secundário, porém indireto em relação ao fato principal que se busca comprovar. Com a comprovação do fato secundário extrai-se uma presunção sobre o principal, segundo as máximas da experiência.

Tanto a prova direta quanto a indireta envolvem raciocínios por inferência. Naquela, se uma testemunha diz ter visto algo acontecer, há uma inferência quando se passa do fato “testemunho” para o outro fato, “o objeto do testemunho”. Isso porque o declarante pode estar mentindo ou ter tido um erro de percepção etc. Assim, a diferença entre as provas diretas e indiretas não é ontológica, nem de tipo, mas de objeto e grau. As indiretas requerem inferências adicionais, pois é preciso

⁴⁶ NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 295-308.

⁴⁷ Em 1999, a Suprema Corte dos Estados Unidos apreciou o caso *Kumho Tire. Co. v. Carmichael*, no qual se verificava a existência de defeito de fábrica em um pneu de veículo automotor que estourara na estrada causando um acidente fatal. HAACK, Susan. *Evidence matters: Science, proof, and truth in the law*. Cambridge University Press, 2014. p. 104-115.

⁴⁸ TARUFFO, Michele. *Considerazioni su prova e motivazione*. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 32, n. 151, set. 2007. p. 236.

⁴⁹ TARUFFO, Michele. *La aplicación de estándares científicos a las ciencias sociales y forenses*. In: VÁZQUEZ, Carmen. *Estándares de prueba y prueba científica*. *Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 208-209.

conectar o fato secundário, o indício, com o fato principal, a hipótese⁵⁰. A prova indiciária (prova do indício) é meio útil para a comprovação de fatos de difícil verificação⁵¹, bem como para a prova de fatos futuros.

A valoração do indício obedece aos requisitos de *precisão*, *gravidade* e *concordância*. É preciso, quando há comprovação da veracidade da alegação sobre a existência da circunstância indiciante. Grave, quando se extrai um número restrito de consequências da circunstância indiciante, conforme as máximas da experiência. Quanto à concordância, a teoria da múltipla conformidade defende uma única fase de análise do conjunto de indícios para averiguar se concordam entre si, isto é, se são harmônicos⁵². Assim, a concordância é aferida na segunda etapa da valoração dos elementos de juízo.

No segundo momento da valoração, os elementos de juízo são apreciados em conjunto, de modo a verificar o peso do acervo probatório em favor de uma hipótese, ou seja, o grau de confirmação lógica e epistêmica. Segundo o cânone holístico, cada elemento de prova deve ser considerado juntamente com os demais, em uma avaliação geral dos fatos a serem provados. É a ideia de avaliação conjunta e contextual⁵³.

Para esta fase, cada autor sugere diversos e díspares critérios de valoração, sem que haja um rol exaustivo. González Lagier faz uma síntese dos doze mais comuns para esta tarefa de verificar se os elementos de juízo suportam a hipótese e

⁵⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria da prova: *standards* de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 43, n. 282, ago. 2018. p. 115; Knijnik ressalta, ainda, a diferença entre a presunção comum e presunção de segundo grau, *presumptum de presunto*, a mera suposição. Por exemplo, a testemunha afirma que viu Tício no local do crime portando uma faca. Nesse caso, a primeira inferência é tomar por verdade o que a testemunha diz e, a segunda, presumir que Tício cometeu o crime. KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 50-58.

⁵¹ Os indícios também são elementos importantes para a apuração de infrações no mercado de capitais. Nesse sentido, extrai-se o excerto do voto do Min. Luiz Fux: “Na investigação de *insider trading* (uso de informação privilegiada e secreta antes da divulgação ao mercado de fato relevante): a baixa liquidez das ações; a frequência com que são negociadas; ser o acusado um neófito em operações de bolsa; as ligações de parentesco e amizade existentes entre os acusados e aqueles que tinham contato com a informação privilegiada; todas estas e outras são indícios que, em conjunto, permitem conclusão segura a respeito da ilicitude da operação”. BRASIL. STF. AP 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, julgado em 17.12.2012, DJe 19.04.2013. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13.10.2019.

⁵² KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 50-57.

⁵³ TUZET, Giovanni. **Filosofia della prova giuridica**. Torino: Giappichelli Editore, 2016. p. 261.

em que grau⁵⁴, aos quais se acrescentam algumas complementações extraídas da literatura jurídica e epistemológica. (1) A quantidade dos elementos de juízo a favor de uma hipótese (convergência) e a contribuição de cada qual para corroborá-la (observa-se o grau de probabilidade para uma hipótese resultante da análise da última prova produzida e o grau de probabilidade próprio do panorama que a precede, *i.e.*, o grau de suporte, segurança independente e de inclusão⁵⁵); (2) diversidade das provas: que essas apontem circunstâncias distintas ou procedam de fontes várias, permitindo eliminar hipóteses alternativas, ou que tragam mais informações⁵⁶; (3) pertinência das provas: maior ou menor relação com a hipótese por meio de generalizações empíricas confiáveis; (4) fiabilidade e precisão das provas: quanto melhor fundadas em outros elementos de juízo e inferências prévias, ou em observações diretas, ou em conhecimentos sólidos, melhor confirmada estará a hipótese⁵⁷; (5) suficiência da fundamentação lógica: o grau de probabilidade para a

⁵⁴ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba*. Disponível em: https://www.academia.edu/37549075/Es_posible_formular_un_est%C3%A1ndar_de_prueba_preciso_o_y_objetivo_Algunas_dudas_desde_un_enfoque_argumentativo_de_la_prueba, acesso em 22 de novembro de 2019.

⁵⁵ Haack propõe uma aproximação tripartite da prova, considerando o *grau de suporte* (*warrant*), a *segurança independente* e o *grau de inclusão*, fazendo uma analogia da reconstrução fática no processo com o jogo de palavras cruzadas. Primeiramente, verifica-se o *grau de suporte* que as provas oferecem à conclusão. As provas podem ofertar algum grau de apoio (ser favoráveis) a uma certa conclusão, podem prejudicá-la (ser desfavoráveis), ou ser irrelevantes (neutras). Depois, a *segurança independente* de cada elemento de juízo, isto é, quão razoável ele é independentemente dos demais elementos. O *grau de inclusão* das provas é a amplitude que cada elemento de juízo proporciona à compreensão total da situação fática investigada, ou seja, quanto aumenta a integração explicativa do todo. No jogo de palavras cruzadas as casas centrais são especialmente significativas, porque sem o preenchimento dessas o encaixe de todas as demais fica prejudicado. HAACK, Susan. *El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*. In: VÁZQUEZ, Carmen. ***Estándares de prueba y prueba científica***. *Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 79.

⁵⁶ Um exemplo é o caso de verificar o porquê de uma moeda canadense não funcionar em uma máquina americana de venda automática. Para essa diligência, não basta testar uma mesma moeda em diversas máquinas, ou diversas moedas em uma mesma máquina, porque é possível que haja algo de errado com a moeda, ou com a máquina, não bastando, pois, que os testes sejam numerosos. SINNOTT-ARMSTRONG, Walter; FOGELIN, Robert. ***Understanding arguments: an introduction to informal logic***. 9. ed. Stanford: Cengage, 2015. p. 186. Venit trata da noção de completude, que implica verificar se foram consideradas todas as informações relevantes para confirmar ou infirmar a hipótese, em outros termos, indaga-se o que não foi considerado, além do que foi considerado e como. VENIT, James. *Human all too human: the gathering and assessment of evidence and the appropriate standard of proof*. In: EHLERMANN, Claus-Dieter; MARQUIS, Mel. ***European Competition Law Annual 2009. The evaluation of evidence and its judicial review in competition cases***. Oxford e Portland: Hart, 2011. p. 147.

⁵⁷ Gascón Abellán sublinha também a qualidade epistemológica das provas. GASCÓN ABELLÁN, Marina. ***Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba***. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 183. E também: GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba*. ***Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho***, Madrid, n. 28, 2005. p. 138.

indução generalizadora, isto é, o fundamento cognoscitivo e o grau de apoio ofertado pelas máximas da experiência, utilizadas no raciocínio indutivo; (6) grau de probabilidade causal: é mais sólida a hipótese quanto maior o grau de probabilidade entre a causa e o efeito – grau de probabilidade de que ocorrendo um fenômeno, outro o seguirá –, também conforme as máximas da experiência⁵⁸; (7) não refutação da hipótese: a hipótese não deve ter sido refutada diretamente (provando-se um fato incompatível) nem indiretamente (refutando-se as hipóteses que seriam necessariamente verdadeiras se se aceitasse como verdadeira a principal); (8) confirmação das hipóteses derivadas: se as hipóteses derivadas da principal (aquelas que seriam verdadeiras se a principal fosse) forem confirmadas, melhor confirmada estará a principal (por meio de um argumento de abdução); (9) coerência narrativa *lato sensu*: o discurso se submete à *coerência*, manutenção do eixo de sentido; bem como à *coesão*, manutenção do eixo lógico, aos *nexos de referência* com o mundo concreto, à *consistência*, ausência de contradição, à *congruência*, que impõe identificar se é *naturalístico-causal* ou *motivacional* a premissa conhecida, para examinar qual, dentre as proposições fáticas possíveis e não contraditórias, recorre a um menor número de premissas auxiliares⁵⁹; (10) capacidade explicativa:

⁵⁸ Gascón Abellán arrola, ainda, a aferição da maior ou menor extensão da cadeia de inferências que compõem o raciocínio. GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 183.

⁵⁹ A partir do critério da congruência, o mundo natural seria explicável segundo princípios ou leis do tipo naturalístico-causal e probabilístico. O mundo das vivências e ocorrências humanas seria explicado por leis de tipo racional, intencional e motivacional. O caso *Rex v. Smith* exemplifica a aplicação desse critério. O réu, Sr. Smith, foi acusado de matar sua esposa encontrada morta no chuveiro. O mesmo fato, morte no chuveiro, sucedera com as duas primeiras esposas do réu e ele estava em casa no momento do óbito. O Sr. Smith consultara um advogado para certificar-se de que herdaria os bens da vítima. Quatro aspectos poderiam dar-se por conhecidos: (1) a primeira senhora Smith morreu no chuveiro e Smith estava em casa naquele momento; (2) a segunda senhora Smith morreu no chuveiro e Smith estava em casa naquele momento; (3) a terceira senhora Smith morreu no chuveiro e Smith estava em casa naquele momento; (4) anteriormente à morte da primeira senhora Smith, o Sr. Smith verificou a possibilidade de herdar-lhe os bens. A partir desses fatos conhecidos enunciam-se duas hipóteses: (5) todas as senhoras Smith morreram no chuveiro por acidente; (6) o Sr. Smith assassinou, com premeditação, todas as senhoras Smith no chuveiro. A não contradição, por si, pouco oferece em termos de controle da decisão fática. Os enunciados 1-4 não contradizem nem o 5, nem o 6. Assim, a probabilidade de se verificarem, conjuntamente, as condições de tipo naturalístico-causal para que três pessoas, sempre relacionadas com uma terceira (Sr. Smith), venham a morrer no chuveiro é muito baixa. Assumir que houve três acidentes naturais é apelar a eventos altamente improváveis. Já a probabilidade de que um agente humano possa intencionalmente determinar a realização destas condições necessárias é alta e, mais alta ainda, se existir um motivo para fazê-lo. A narração mais congruente entre as mutuamente contraditórias será aquela que comportar a mais baixa improbabilidade mediante este teste. Portanto, é preciso selecionar um tipo de causalidade explicativa para a premissa conhecida, naturalístico-causal ou motivacional, e examinar qual, dentre as proposições fáticas possíveis e não contraditórias, recorre a um menor número de premissas auxiliares, escapando, assim, ao paradigma da normalidade.

quanto mais elementos de juízo a hipótese puder explicar, melhor confirmada; (11) simplicidade: diz com a aferição da quantidade de pressuposições necessárias para a sua confirmação; (12) eliminação das hipóteses alternativas: quanto menos hipóteses alternativas incompatíveis com a hipótese principal restarem hígdas, melhor confirmada estará a principal. Os critérios de números 1 a 4 são mais relacionados aos elementos de juízo, os de números 5 a 6, às inferências, e os de números 7 a 12, às hipóteses.

A hipótese pode satisfazer mais ou menos critérios e cada qual em maior ou menor grau, uma vez que são graduais. A conclusão pode ser suportada por menos elementos de juízo, porém mais confiáveis, ou amparados em sólidas máximas da experiência. Nenhum desses critérios é, pois, condição necessária, nem suficiente de certo grau de confirmação. Faltando um ou mais, podem ser compensados por outros quaisquer⁶⁰.

Partindo dessas ponderações, observa-se que o escopo de averiguar o grau de suporte que os elementos de juízo oferecem ao enunciado fático é uma tarefa diversa daquela desempenhada pelo *standard* probatório, que estabelece qual o grau de suporte que é necessário para se considerar comprovada a veracidade do enunciado. Essas considerações visam tão somente trazer a lume alguns aspectos considerados pelos julgadores na complexa tarefa de valoração da prova⁶¹ sem, todavia, pretensão de examinar todas as nuances teóricas que envolvem o tema. Outrossim, mister se faz um esclarecimento quanto à evolução dos sistemas de valoração no próximo tópico, a fim de que posteriormente seja melhor compreendido o contexto de análise do tema dos *standards* probatórios.

MACCORMICK, Neil. *La congruenza nella giustificazione giuridica*. In: BESSONE, Mario; GUASTINI, Riccardo. **La regola del caso; materiale sul ragionamento giuridico**. Milano: Cedam, 1995. p. 36.

⁶⁰ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba*. Disponível em: https://www.academia.edu/37549075/_Es_posible_formular_un_est%C3%A1ndar_de_prueba_preciso_y_objetivo_Algunas_dudas_desde_un_enfoque_argumentativo_de_la_prueba, acesso em 22 de novembro de 2019.

⁶¹ Conforme Tuzet, se a estipulação do *standard* é deixada ao arbítrio do julgador, todo o trabalho de valoração das provas se torna inútil. TUZET, Giovanni. *Prova, verità e valutazione*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, v. 68, n. 4, dez. 2014. p. 1531.

2.3.2 Dos sistemas de valoração da prova

Costumam-se distinguir diferentes sistemas de valoração da prova, considerando a maior ou menor liberdade do julgador nessa atividade, nas coordenadas de espaço e tempo. Em certas ocasiões o legislador é quem efetua previamente a valoração, sob finalidades diversas, como a necessidade de conferir maior segurança a determinado tipo de negócio jurídico. Impende analisar brevemente a atividade de valorar os elementos de juízo, agora pelo prisma do sistema jurídico no qual está inserta.

O primeiro sistema de valoração da prova era o que se denominou de *livre*, vale dizer, aquele em que o julgador aprecia discricionariamente os elementos de juízo atribuindo-lhes credibilidade e peso. Esse modelo teria surgido espontaneamente do regular uso da mente humana desde os seus primórdios⁶². Lançando um vislumbre ao § 9º do Código de Hamurabi⁶³, por exemplo, encontra-se a previsão de que os juízes *examinariam as palavras das testemunhas*, o que pode ser tomado como uma indicação de que o sistema utilizado pelos julgadores nas primeiras civilizações era naturalmente o da livre valoração da prova⁶⁴. Semelhante perspectiva pode ser encontrada no antigo excerto bíblico do livro Deuteronômio, capítulo 25, versículo 1⁶⁵, que proclama que os homens *serão julgados, absolvendo-se o inocente e condenando-se o culpado*.

No direito romano do *ordo judiciorum privatorum*, o *judex* era um cidadão julgando em nome do povo conforme a *si paret si non paret*, ou seja, se lhe parecia ou se não lhe parecia verídica a narrativa, com ampla discricionariedade na valoração da prova. Já na fase do direito Justinianeu, *cognitio extra ordinem*, o juiz-cidadão foi suplantado pelo juiz-funcionário, inserido na burocracia romana,

⁶² NIEVA FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 39.

⁶³ NIEVA FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 39.

⁶⁴ “Se alguém que perdeu algo encontra nas mãos de outro, se aquele em cuja mão a coisa perdida foi encontrada diz: ‘Um vendedor me vendeu e eu o comprei diante de testemunhas’; e se o proprietário do objeto perdido disser: ‘Trarei testemunhas que reconhecem minha coisa perdida’, o comprador levará o vendedor que o vendeu e as testemunhas da venda; e o dono da coisa perdida levará as testemunhas que conhecem seu objeto perdido. *Os juízes examinarão suas palavras*. E as testemunhas da venda, e as testemunhas que conhecem a coisa perdida, dirão diante do deus o que conhecem. Se o vendedor for um ladrão, ele será morto. O dono da coisa perdida recuperá-la-á. O comprador levará a prata que pagou da casa do vendedor” (tradução livre). NIEVA FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 39, nota 7.

⁶⁵ “Quando houver querela entre dois homens e vierem à justiça, eles serão julgados, absolvendo-se o inocente e condenando-se o culpado” (tradução livre). NIEVA FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 39.

momento em que teria passado a vigorar o modelo da prova legal, ou da prova tarifada⁶⁶, no qual alguns elementos de juízo recebiam um peso predeterminado pelo legislador. Muitas das provas possuíam um peso em proporções aritméticas v.g. prova plena, semiplena, um quarto ou um oitavo de prova, que, ao final, seriam objeto de um cálculo matemático⁶⁷. As regras concernentes às declarações pessoais consideravam o número de testemunhas, o *status*, a idade e o sexo do declarante. O depoimento de nobres, clérigos e proprietários de terras prevalecia sobre o dos plebeus, leigos e o dos não proprietários. O do homem mais velho preponderava sobre o do depoente mais jovem. As mulheres não poderiam depor ou seu depoimento gozava de menor peso que o dos homens. Estavam excluídas de depor as próprias partes, seus parentes e terceiros interessados⁶⁸.

Todavia, o modelo legal jamais abarcou a totalidade da atividade probatória. Nesse particular, Nieva Fenoll refere que os textos romanos, de um modo geral, possuíam natureza de mera orientação e recomendação para a livre valoração da prova, não obstante alguns autores tenham levado tais prescrições demasiadamente ao pé da letra, no sentido de vincular os julgadores. Ele exemplifica citando alguns preceitos do *Codex Justinianeu*, dentre os quais a regra do livro IV, título XIX, n. 5, que previa que os documentos privados não faziam prova por si sós, isto é, sem que outros elementos os corroborassem. Aqui, segundo ele, se pretendia dizer ao juiz que apreciasse o material probatório em seu conjunto e que não cresse somente em uma prova isolada. Também aponta o livro IV, título XIX, n. 20, do *Codex*, que dispunha: “em caso de provar o roubo dos documentos de compra de uma pessoa, presume-se que essa pessoa seja escrava”. Essa tampouco seria uma regra de prova legal, uma vez que a existência do roubo era demonstrada mediante a valoração livre⁶⁹.

Assim, há indícios de que no direito romano, mesmo no aludido período Justinianeu, vigia o sistema de livre apreciação, porém com algumas regras de prova legal que acabaram supervalorizadas pelos juristas da posteridade. Nieva Fenoll destaca, ainda, que foi o mau uso forense, no modo de interpretar as leis, que

⁶⁶ KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: Paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, 2001. v. 353, p. 22, 27 e 33.

⁶⁷ TARUFFO, Michele. **A prova**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 131-135.

⁶⁸ CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 317.

⁶⁹ NIEVA FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 52.

propiciou o engessamento dessas normas de valoração probatória, originariamente tidas como meras diretrizes⁷⁰. Fez-se com que o sistema se tornasse predominantemente tarifado, alijando o julgador do seu *munus* de apreciar pormenorizada e racionalmente os elementos de juízo.

Pode-se, pois, considerar o chamado modelo da prova legal como o período em que as provas tarifadas se fizeram mais presentes, sem que isso suprimisse completamente a livre valoração dos julgadores. Ademais, sequer seria concebível um sistema formado integralmente por presunções legais (que são superadas com base na valoração de outras provas), em que todos os elementos de prova concebíveis e imagináveis recebessem uma valoração prévia e perfeita em um catálogo, sem jamais entrar em conflito.

O engessamento gerado pelas provas tarifadas se fez presente nos sistemas de *civil law* da Europa continental até o final do século XVIII, quando se retomou o enfoque na livre apreciação da prova em praticamente todos os códigos processuais. Nieva Fenoll assevera que esse movimento resultou de um sentimento geral de descontentamento dos juristas daquele período quanto ao funcionamento dos tribunais, em boa medida devido à aplicação das regras de prova legal que produziam resultados dissociados da realidade empírica. Nesse contexto, destacaram-se a obra de Cesare Beccaria, *Dei Delitti e delle Pene*, publicada em 1764, na qual o autor propugnou pelo bom senso na valoração das provas, e a de William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, de 1765, em que este propunha, no livro III, capítulo XXIII, recuperar o caráter de advertência das regras de prova legal⁷¹. Posteriormente a noção de *intime conviction*⁷² foi introduzida nos artigos 312 e 342 do *Code d'Instruction Criminelle* francês de 1808, como a primeira referência moderna à livre apreciação da prova, tendo se disseminado para os demais ordenamentos jurídicos ao longo do continente.

O retorno da valoração discricionária se verificou em duas vertentes distintas: uma objetiva, com a limitação da discricionariedade a critérios racionais de

⁷⁰ NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 54, 62 e 69.

⁷¹ NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 70-72.

⁷² Tuzet observa que a íntima convicção francesa é frequentemente tomada como critério subjetivo de valoração das provas (*evidence assessment criteria*). Outros, entretanto, a consideram um *standard* subjetivo de prova. Exemplificando, Ferrer Beltrán a entende como um *standard* de prova “inteiramente subjetivo”, enquanto González Lagier diz que é um “sistema de valoração de provas”. TUZET, Giovanni. *Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification*. *Artificial Intelligence and Law* [0924-8463], 2018. p. 2.

valoração, comumente designada de *persuasão racional* ou *livre convencimento motivado*, e outra subjetiva, sem qualquer limitação à introspecção do magistrado⁷³. De qualquer sorte permaneceram regras esparsas de prova tarifada nos diversos ordenamentos jurídicos, como aquela em que o documento público faz prova independentemente de valoração, ou sobre declarações juradas, em que existe presunção de que aquele que se manifesta sob juramento não falta com a verdade, ante a possibilidade de se lhe infligir a pena do perjúrio, ou ainda, declarações confessórias, em que se presume que o confitente, por falar contra seus próprios interesses, o faz provavelmente em verdade⁷⁴.

O sistema de valoração legal conheceu tendências verdadeiramente descontínuas e nunca chegou a se impor por completo nos ordenamentos jurídicos. Além disso, o convencimento do juiz só é livre no sentido de que ele não é vinculado a pré-valorações legais de provas, o que não o desobriga de observar as regras de lógica e da racionalidade em geral.

2.4 Da concepção de *standard probatório*

No momento da valoração da prova, o julgador avalia as hipóteses em conflito, necessitando contar com um critério que lhe indique a partir de que nível de contraste pode considerar provada a hipótese. Da mesma forma o jurisdicionado precisa se orientar quanto à quantidade e qualidade dos elementos de juízo necessários para a demonstração de uma assertiva fática, notadamente aquele que é a parte onerada em um processo.

O *standard probatório* é o critério que estabelece qual o grau necessário para que um enunciado sobre fatos seja confirmado pelas provas disponíveis, como condição para que seja considerado provado e, assim, verdadeiro⁷⁵. A noção do

⁷³ TARUFFO, Michele. **A prova**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 131-135; TARUFFO, Michele. *Considerazioni su prova e motivazione*. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 32, n. 151, set. 2007. p. 231-232. Sobre a noção de persuasão racional: SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e no comercial**. v. 1. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 398-399. Sobre o “livre convencimento”, Taruffo refere que “livre” significa tão somente que o convencimento não está vinculado a normas de prova legal, mas não que possa ser arbitrário. TARUFFO, Michele. *Verità e probabilità nella prova dei fatti*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 32, n. 154, dez. 2007. p. 220.

⁷⁴ TARUFFO, Michele. **A prova**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 131-135.

⁷⁵ TARUFFO, Michele. *Evidence, truth and the rule of law*. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 39, n. 238, dez. 2014. p. 96-97. Reichelt observa que ao julgador impõe-se a tarefa de “aferir a maior ou menor proximidade entre o grau de probabilidade presente em sede de valoração da prova e o padrão expresso no módulo de prova [*standard*] a ser considerado pelo julgador na construção de

standard de prova é fundamental em qualquer teoria da prova, porém não existe uma definição geral de como ele deve ser determinado. As definições são contextuais, porquanto estabelecem em que grau uma declaração de fato deve ser confirmada pela prova para ser “tida por verdadeira” de acordo com um determinado cenário como, por exemplo, o âmbito do processo civil ou do processo penal⁷⁶.

Tuzet aponta os *standards* como regras de decisão que estabelecem o limite qualitativo ou quantitativo que deve ser alcançado para tomá-la a favor da parte onerada (com o ônus da prova). Essa parte corre o risco de haver uma quantidade de prova insuficiente em relação ao critério⁷⁷. Laudan também define *standard* probatório como uma regra de decisão que indica o nível mínimo de corroboração de uma hipótese para que essa possa ser considerada provada⁷⁸. Certamente é possível se falar em uma regra de decisão, isto é, uma regra de conduta (*ought-to-do-norms*) cujo modal deôntico é a obrigatoriedade, dirigida ao julgador, no sentido de impingir-lo a observar o limite de prova adequado e previamente estipulado para considerar os fatos comprovados. É a regra que determina o respeito ao *standard* de prova. Contudo, o limite em si é um critério, uma metanorma, assim como também são critérios a razoabilidade e a proporcionalidade, que servem para orientar como aplicar regras e princípios.

Se o *standard* for remetido a algum tipo de crença de um sujeito, isto é, aquela do julgador quanto à veracidade dos fatos, como costuma se verificar na jurisprudência norte-americana, então o resultado probatório dependerá da ocorrência desta crença⁷⁹. Nesse sentido, Ferrer Beltrán pontua que é perfeitamente

sua decisão”. REICHEL, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2009. p. 212. Hellström conceitua os *standards* de prova como os requisitos que devem ser satisfeitos para que os fatos sejam considerados provados, ou a quantidade de provas que um demandante – ou promotor, no caso criminal – deve apresentar em um julgamento para vencer. HELLSTRÖM, Per. *A uniform standard of proof in EU competition proceedings*. In: EHLERMANN, Claus-Dieter; MARQUIS, Mel (eds.). **European Competition Law Annual 2009: evaluation of evidence and its judicial review in competition cases**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2011. p. 1. Haack refere que os *standards* especificam o grau ou nível de prova que deve ser satisfeito nos diversos tipos de processos. São melhor compreendidos em termos de grau em que as provas apresentadas devem apoiar a conclusão. HAACK, Susan. *El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 66 e 69.

⁷⁶ TARUFFO, Michele. *Evidence, truth and the rule of law*. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 39, n. 238, dez. 2014. p. 96.

⁷⁷ TUZET, Giovanni. *Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification*. **Artificial Intelligence and Law** [0924-8463], 2018. p. 6.

⁷⁸ LAUDAN, Larry. *Is reasonable doubt reasonable?* **Legal Theory**, n. 9, 2003. p. 318.

⁷⁹ LAUDAN, Larry. *Is reasonable doubt reasonable?* **Legal Theory**, n. 9, 2003. p. 318.

possível interpretar o *standard* de forma que não se apele a esse estado mental, atendo-se aos elementos de corroboração objetivamente verificáveis⁸⁰. Nota-se que a noção de crença pode abranger elementos extraprocessuais de conhecimento privado do julgador, ou decorrentes de provas obtidas por meio ilícito que, mesmo descartadas, não desaparecem da mente do magistrado, uma vez que com elas tenha tido contato.

Traçando um paralelo com a ciência, Haack orienta que não há regras que determinem quando uma afirmação científica está suficientemente suportada pelas provas, para ser aceita, ou suficientemente infirmada para ser rejeitada. Tampouco os cientistas alcançam um veredicto tomando votos. Em vez disso, o consenso surge como um subproduto, quando membros suficientes da comunidade científica relevante reconhecem as provas como suficientemente fortes para justificar uma afirmação ou teoria. Na *praxis*, a aceitação e o suporte às vezes se desfazem, na medida em que surgem novos conhecimentos. Nesse sentido, importam as teorias que melhor se sustentam, à medida que as novas provas chegam⁸¹.

Percebe-se, assim, que a chamada certeza científica, em geral, configura um “consenso provisório” amparado nas provas, salvo em algumas esferas, como na aritmética elementar ou na lógica pura, nas quais se podem verificar certezas absolutas. Isso não significa dizer que tudo no mundo possa ser considerado duvidoso. Há certezas não cabais, mas suficientes, o dito “provável” ou “razoável”. Caso contrário, se tudo fosse igualmente duvidoso, não haveria sequer como distinguir o certo do duvidoso e não se poderia perceber que a dúvida é duvidosa. Para se ter a sensação da dúvida é, pois, preciso ter certeza de alguma coisa. Algum grau de corroboração há de ser considerado suficiente.

Diante dessas considerações, entendem-se os *standards* probatórios, *standards of proof*, como os critérios para que se considere suficientemente comprovada a veracidade ou falsidade de uma assertiva sobre um fato, em um processo jurisdicional. O critério indica o grau de suporte requerido por um determinado tipo de processo, como, por exemplo, o processo civil que verse tão só sobre direitos patrimoniais, ou o processo criminal etc., bem como reflete a

⁸⁰ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prova e verdade no direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 88.

⁸¹ HAACK, Susan. **Evidence matters: science, proof, and truth in the law**. Cambridge University Press, 2014. p. 84-88.

importância social atribuída à decisão nesse tipo de processo, considerando a margem de tolerância a uma decisão equivocada (v. *infra* cap. 2.7).

Logo, este estudo analisa os *standards* por uma perspectiva objetivista, no sentido de considerá-los critérios para se verificar a suficiência da prova (como resultado) nos autos do processo a favor de um enunciado sobre os fatos, independentemente da crença pessoal do julgador, que pode abranger elementos extraprocessuais, conforme já referido anteriormente. Trata-se, portanto, do grau de corroboração probatória necessário.

2.5 Da verdade como correspondência e do caráter epistêmico do processo

Uma teoria dos *standards* probatórios trata da suficiência dos elementos de juízo. Quando, ou sob quais condições, os elementos disponíveis são suficientes para que resulte racional aceitar uma proposição como verdadeira no raciocínio decisório. Porém, para prosseguir na investigação da questão, mister se faz estabelecer a acepção de verdade adotada neste estudo, uma vez que traçar um limite para a suficiência da prova implica reconhecer um caráter gradual na apreensão da verdade, no processo jurisdicional.

Fala-se em verdade como coerência (narrativa ou lógica), consenso, plausibilidade ou persuasão de uma história, probabilidade (dentre vários conceitos de probabilidade), verdades absolutas, ou relativas, como verdades subjetivas, dentre outras variações. Essa é uma complexa discussão que remonta a Aristóteles⁸². Na metafísica de Aristóteles encontra-se a concepção de verdade como correspondência à realidade. Nas palavras do estagirita “Dizer que *o que é não é*, ou que *o que não é é*, é falso, mas dizer que *o que é é*, e *o que não é não é*, é verdadeiro. Consequentemente, também quem diz que uma coisa é ou não é dirá ou o que é verdadeiro ou o que é falso”⁸³.

A ligação entre prova (como atividade) e verdade é teleológica. A verdade é o objetivo último da atividade probatória, mas não tem qualquer papel na definição da

⁸² TARUFFO, Michele. *Evidence, truth and the rule of law*. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 39, n. 238, dez. 2014. p. 92.

⁸³ ARISTÓTELES. **Metafísica**. Trad. Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2012. Livro IV, 7, 1011b25, p. 125.

prova como resultado⁸⁴, porquanto essa última significa uma maior ou menor corroboração do enunciado fático⁸⁵, uma maior ou menor aproximação à verdade. Se se vincula conceitualmente a prova de uma proposição (prova como resultado) à sua veracidade, não se pode considerar o funcionamento de diferentes *standards* de prova. Se a verdade é condição necessária para que uma assertiva esteja provada, então a prova não admitirá gradação. A existência dos *standards* pressupõe, pois, o caráter gradual da corroboração de uma proposição⁸⁶.

Nessa linha de raciocínio, só faz sentido investigar o tema dos *standards* a partir de uma visão correspondentista da verdade, em contraposição às teses relativistas, difundidas na pós-modernidade⁸⁷. Para esses teóricos, a verdade de um enunciado vem entendida como “consenso” entre poucas ou muitas pessoas, ou universal entre o público, ou, ainda, como “coerência”, isto é, uma concepção narrativística (*story telling*)⁸⁸.

A verdade como coerência, por exemplo, permite equiparar o processo judicial a uma peça de teatro, uma vez que também essa pode ter uma narrativa plenamente coerente e, ainda assim, se tratar de uma obra de ficção, dependendo somente da sua adequação ao contexto em que está inserida. Uma vez adotada essa concepção, não haveria como distinguir uma reconstrução histórica de um romance

⁸⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prova e verdade no direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 59-60.

⁸⁵ Ferrer Beltrán refere que, atualmente, são lugares comuns da concepção racionalista da prova as seguintes assunções: (1) há uma relação teleológica entre prova e verdade; (2) o conceito de verdade para dar conta desta relação é a verdade como correspondência; (3) um enunciado sobre fatos pode ser verdadeiro ou falso, mas nossas limitações epistêmicas nos situam ante decisões que devem ser tomadas em contextos de incerteza; (4) o raciocínio probatório é probabilístico. Dizer que um enunciado fático está provado é afirmar que ele é provavelmente verdadeiro (em um nível que terá de ser determinado). FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del estado por prisión preventiva errónea*. In: PAPAYANNIS, Diego M.; FREDES, Esteban Pereira. **Filosofía del derecho privado**. Barcelona: Marcial Pons, 2018. p. 402.

⁸⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prova e verdade no direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 73-74.

⁸⁷ Habermas trata a verdade como fruto de um consenso nas relações intersubjetivas: “o entendimento mútuo não pode funcionar sem que os envolvidos se refiram a um único mundo objetivo e estabilizem, com isso, o espaço público intersubjetivamente partilhado, do qual pode se descolar tudo de meramente subjetivo. A suposição de um mundo objetivo, independente de nossas descrições, preenche uma existência funcional de nossos processos de cooperação e entendimento mútuo.” HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Brasil, 2004. p. 234.

⁸⁸ CLERMONT, Kevin M. **Standards of decision in law: psychological and logical bases for the standard of proof, here and abroad**. Carolina: Durham: Academic Press. 2013. p. 136.

ou de uma peça de teatro⁸⁹. Considerar a verdade de um enunciado como “coerência”, significa estabelecer que a realidade, o conhecimento e a verdade são produtos exclusivos da linguagem. Os elementos de prova não poderiam ser considerados recursos heurísticos que o julgador utiliza para estabelecer a verdade dos fatos em litígio, mas recursos persuasivos manejados para criar na mente do julgador uma crença na credibilidade da narrativa. O principal argumento para rejeitar esta visão, segundo Taruffo, é que narrativas coerentes também podem ser falsas⁹⁰. Basta concatenarem-se os fatos de forma não contraditória.

Houve uma tendência na filosofia alemã do século XX, partindo de Nietzsche, passando por Heidegger até Gadamer, no sentido de negar qualquer valor conceitual à verdade. Os filósofos pós-modernos tentaram desconstruir diversos conceitos, dentre os quais Richard Rorty, que asseverou ser perda de tempo discutir o tema da verdade⁹¹. Taruffo entende que esse pensamento pós-moderno está chegando ao fim, ao observar que a noção de verdade retornou em vários autores como Bernhard Williams, Michel Lynch, Franca D’Agostini, dentre outros⁹², tendo em vista o seu valor fundamental para a filosofia do conhecimento, para a ciência e também para o contexto social e político⁹³.

A nova tendência do “realismo crítico” (*new realism*) na ontologia se funda na crença da existência de um mundo real e fatos empíricos e em uma racionalidade epistemológica⁹⁴, que é a crença na possibilidade de se alcançar um conhecimento

⁸⁹ TARUFFO, Michele. *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Beri: Laterza, 2009. p. 95-98.

⁹⁰ TARUFFO, Michele. *A prova*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 26-27.

⁹¹ RORTY, Richard. *Truth and progress*. *Philosophical Papers*. v. 3. Cambridge, Mass., 1998. *passim*.

⁹² TARUFFO, Michele. *Evidence, truth and the rule of law*. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 39, n. 238, dez. 2014. p. 90-91.

⁹³ Taruffo refere que é possível pensar na verdade como um valor de caráter moral (que possibilita diferenciar a veracidade da falsidade), de caráter político (como pressuposto da democracia), de caráter epistemológico (como fundamento da epistemologia), de caráter jurídico (como condição de validade de um ato ou declaração). TARUFFO, Michele. *Verità e probabilità nella prova dei fatti*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 154, dez. 2007. p. 215.

⁹⁴ A palavra “epistemologia” é uma cunhagem relativamente recente, datada de meados do século XIX, mas a teoria filosófica do conhecimento remonta, pelo menos, aos esforços de Platão para distinguir o conhecimento genuíno (*episteme*) da mera crença ou opinião (*doxa*). No decorrer de sua história, a epistemologia empreendeu toda uma série de projetos: não apenas distinguindo conhecimento genuíno de mera crença ou opinião, mas também oferecendo explicações do conceito de conhecimento; propondo argumentos para estabelecer que o conhecimento é possível – ou que não é; articulando as diferenças entre saber que p, conhecer X e saber como Φ ; explorando as relações de conhecimento, certeza e probabilidade; perguntando como sabemos verdades matemáticas, verdades empíricas, verdades morais, verdades religiosas etc. Refletindo sobre

confiável e verdadeiro sobre os fatos. A descoberta de um conhecimento verdadeiro seria possível, pelo menos, por meios racionais, ainda que em muitos casos não seja fácil obtê-lo⁹⁵.

O princípio do Estado de direito (*rule of law*) impõe ao juiz que decida conforme a verdade dos fatos e que resolva cada disputa de acordo com o direito, aplicando as normas que regulam os fatos em questão. “Aplicando” deve ser entendido como “aplicando corretamente”, e essa expressão, por sua vez, significa que o texto normativo deve ser interpretado à luz dos fatos concretos e, além disso, que esses fatos sejam devidamente reconstruídos como verdadeiros. A correção da aplicação do direito em um caso específico depende diretamente da veracidade da reconstrução dos fatos em questão. A verdadeira determinação dos fatos, juntamente com a correta interpretação do texto legal e um julgamento justo (*fair trial*) são condições necessárias para a justiça da decisão⁹⁶.

Pela perspectiva adotada neste estudo, tem-se a verdade como *correspondência* à realidade. A verdade é cognoscível e a realidade é o critério que determina se um enunciado sobre fatos é ou não veraz. A verdade é absoluta, não admite gradações⁹⁷ e constitui a finalidade precípua do processo judicial (dimensão epistêmica do processo). O conhecimento da verdade é que é relativo. Porém, tanto

supostas fontes de conhecimento – intuição intelectual [“intuição” aqui usada no sentido de “percepção instintiva”, não no sentido de “conhecimento imediato” da fenomenologia], experiência sensorial, introspecção, memória, inferência, testemunho, revelação, experiência religiosa e suas inter-relações; articulando a estrutura das provas e os determinantes da sua qualidade; tentando entender o que torna as provas relevantes para uma reivindicação; caracterizando procedimentos de investigação e o que os torna melhores ou piores; distinguindo a investigação genuína da pseudoinvestigação; explorando as virtudes epistemológicas, tais como honestidade intelectual, paciência e meticulosidade, e vícios epistemológicos, tais como autoengano, pressa e descuido; olhando para os efeitos do ambiente em que a investigação ocorre sobre quão bem ou mal ela é conduzida; avaliando os efeitos do compartilhamento de informações; sugerindo como avaliar o valor do testemunho e investigando os aspectos sociais do conhecimento de forma mais geral; e assim por diante. HAACK, Susan. *Evidence matters: Science, proof, and truth in the law*. Cambridge University Press, 2014. p. 5-6.

⁹⁵ TARUFFO, Michele. *Evidence, truth and the rule of law*. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 39, n. 238, dez. 2014. p. 90-91.

⁹⁶ TARUFFO, Michele. *Evidence, truth and the rule of law*. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 39, n. 238, dez. 2014. p. 90. Para maior aprofundamento na concepção de decisão justa vide: TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 51, n. 2, 1997. p. 315-328.

⁹⁷ Ferrer Beltrán refere que a verdade é sempre absoluta: ou Pedro atravessou a rua com o sinal vermelho ou não o fez, ou Maria matou Felipe ou não fez. Não há verdades relativas, o que é relativo é o grau de corroboração e a prova de que esses eventos ocorreram; a relatividade é, portanto, epistemológica e não ontológica. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del estado por prisión preventiva errónea*. In: PAPAYANNIS, Diego M.; FREDES, Esteban Pereira. *Filosofía del derecho privado*. Barcelona: Marcial Pons, 2018. p. 402, nota 3.

a verdade como o conhecimento da verdade são objetivos, vale dizer, são verificáveis a partir de dados cognoscitivos resultantes das provas⁹⁸. Não são frutos de preferências subjetivas individuais. A certeza do julgador, por seu turno, é um *status* subjetivo: a intensidade do convencimento. Tal certeza admite gradações, todavia nada garante em relação à veracidade do enunciado, que é objetiva.

Partindo desse pressuposto, as regras sobre a admissão, produção e valoração das provas, em realidade, podem gerar um *deficit* na apuração da verdade⁹⁹. Por exemplo, uma regra que não admite a utilização de prova obtida por meio ilícito é uma garantia fundamental aos indivíduos, a fim de resguardá-los de eventuais abusos; contudo, ao obstar que determinado elemento de juízo ingresse no processo, a regra pode estar afastando o conhecimento do julgador sobre a realidade empírica¹⁰⁰. Todas as regras que ensejam um *deficit* na apuração da verdade são normas contraepistêmicas, ainda que algumas delas sejam plenamente justificáveis¹⁰¹.

Taruffo demonstra que os filósofos que historicamente trataram do tema da moral, como São Tomás de Aquino e Immanuel Kant, não poderiam conceber um

⁹⁸ TARUFFO, Michele. *Evidence, truth and the rule of law*. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 39, n. 238, dez. 2014. p. 92.

⁹⁹ O conhecimento epistêmico que pode ser obtido em um procedimento judicial epistemologicamente orientado não é ontologicamente diferente do tipo de conhecimento obtido na vida ordinária do dia a dia. No sistema de justiça ideal de Jeremy Bentham todas as provas relevantes deveriam ser admitidas, sem regras de exclusão (regras contraepistêmicas). TARUFFO, Michele. *Evidence, truth and the rule of law*. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 39, n. 238, dez. 2014. p. 91. Vide também: BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales t. II**. Trad. Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: Ejea, 1971. p. 87.

¹⁰⁰ Ferrer Beltrán refere que, no âmbito do estudo da prova, Jeremy Bentham é considerado um dos precursores da denominada tradição racionalista da prova (especialmente no mundo anglo-saxão). A teoria de Bentham é a mais ambiciosa e completa teoria da prova na história do pensamento jurídico. Ele foi o precursor da ideia de que a prova deve ser livre e que qualquer interferência do direito processual nela deveria ser limitada ou eliminada. A finalidade da prova no processo é a averiguação da verdade sobre o ocorrido. Bentham é extremamente crítico às regras de exclusão de provas no processo. BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana*. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 21-23.

¹⁰¹ Sentís Melendo propõe a abolição do direito probatório e a vigência das regras gerais da epistemologia. SENTÍS MELENDO, Santiago. **La prueba**. Buenos Aires: EJEJA. 1979. p. 336. Ferrer Beltrán entende que o direito deve regular alguns aspectos da prova judicial, ainda que assumindo os postulados básicos da tradição racionalista. Convém mitigar as exigências das teses abolicionistas: o direito não pode deixar de regular todos os aspectos da prova no processo para que governem somente critérios epistemológicos. A epistemologia não é suficiente para a tomada de decisões e nem pretende sê-la. Tampouco a busca da verdade é o objetivo único do processo. BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana*. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 23-24 e 34.

sistema moral que não fizesse distinção entre a verdade e a mentira a partir de um critério externo de verificação. Caso contrário se estariam legitimando a falsidade e a mentira. Este fato *per se* pode ser considerado outro sinal da existência da noção de verdade como correspondência¹⁰². Além disso, há um valor social nessa noção de verdade, seja quando ela oferta credibilidade à sinceridade e à precisão na difusão de informações, seja quando possibilita efetivamente o exercício dos direitos de liberdade, em razão da não manipulação de informações, isto é, da sua não dissociação à realidade empírica¹⁰³. A credibilidade da imprensa, por exemplo, depende de que as informações por ela divulgadas não se contraponham àquilo que é perceptível na realidade sensível pelas pessoas, suas interlocutoras.

Nieva Fenoll considera que até o século XIX ninguém havia duvidado realmente de que a finalidade do processo era a busca da verdade. Essa havia sido, sem dúvida, a tradição romana, e não parece ter se modificado com a posteridade¹⁰⁴. A discussão provém, no fundo, do debate travado pelos teóricos alemães do século XIX em torno dos conceitos de verdade formal e verdade material, fato que acabou superdimensionado, notadamente porque originariamente ninguém chegou a dizer que haveria dois tipos de verdades, senão que o resultado que se obtinha com as provas legais não costumava ser, evidentemente, a verdade¹⁰⁵.

A publicação de Wilhelm Endemann, em 1858, *Die freie Beweisführung im Zivilprozesse*, faz menção à expressão “verdade material”, ao referir que a iniciativa instrutória exclusiva das partes não permitia que se obtivesse com a atividade probatória a verdade material sobre as afirmações das partes, opondo-se o autor a

¹⁰² TARUFFO, Michele. *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Beri: Laterza, 2009. p. 115-116.

¹⁰³ A própria possibilidade de um sistema jurídico justo requer que haja indícios objetivos da verdade, ou seja, padrões objetivos de melhor ou pior prova. Um sistema jurídico pode ser melhor descrito como um conjunto de regras e mecanismos para resolver disputas e possibilitar que as pessoas vivam juntas em algum tipo de ordem. Não que a investigação seja irrelevante para o direito; mas a razão pela qual isso é relevante é que se busca não apenas resoluções, mas resoluções substantivamente justas. Para ilustrar esse ponto, o caso de Kerry Kotler é especialmente vívido: em 1992, depois de cumprir 11 anos de uma sentença de 25 anos por estupro, Kotler foi libertado da prisão quando o exame de seu DNA provou que ele não era o perpetrador; menos de três anos depois, ele foi acusado de outro estupro e novamente condenado – desta vez com provas vinculando o seu DNA. HAACK, Susan. *Evidence matters: science, proof, and truth in the law*. Cambridge University Press, 2014. p. 28 e 34.

¹⁰⁴ NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 66-67.

¹⁰⁵ TARUFFO, Michele. *Verità e probabilità nella prova dei fatti*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 154, dez. 2007. p. 213. Carnelutti asseverou que a verdade é como a água: ou é pura, ou não é verdade. CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile*. Roma: Athenaeum, 1915. p. 36.

uma teoria formal da prova, que denominou de verdade jurídica ou verdade formal, tendo em vista que era tudo o que se podia auferir nesse modo de instruir o processo. Questionava Endemann se não se poderia conceber os juízes como seres racionais, que poderiam valorar fielmente a prova, sustentando a sua motivação em razões lógicas. Não bastava, para ele, uma grande verossimilhança para se ter uma convicção como provada, mas sempre se deveria intentar obter a verdade. Nieva Fenoll avalia que Endemann reproduzia as mesmas queixas já externadas por Jeremy Bentham na obra *Traité de Législation Civile et Pénale*, de 1820¹⁰⁶.

Diante dessas considerações, seguindo a linha de Taruffo, adotam-se neste estudo as seguintes assunções a respeito da veracidade dos enunciados sobre os fatos: pressupõe-se, no nível das assunções filosóficas, a existência do mundo externo, onde ocorrem os fatos empíricos e os comportamentos das pessoas; pressupõe-se, no nível epistemológico, que a melhor forma de se referir ao conceito de verdade é vê-la como correspondência dos enunciados sobre fatos aos reais fatos descritos pelos enunciados¹⁰⁷.

Assim sendo, quando a proposição se refere a um fato real, é a realidade desse fato que determina se a proposição é verdadeira ou não. Uma “história” judicial pode ser tida por verdadeira se, e somente se, há boas razões para acreditar que corresponde à realidade dos fatos que narra. A verdade é como o ponto cardeal norte, de modo que, ainda que alguém não atinja o polo boreal do globo terrestre, a existência e o conhecimento dele são necessários para determinar a direção da jornada¹⁰⁸.

2.6 Das teorias probabilísticas

De acordo com o dicionário *Oxford English Dictionary*, o sentido usual de “provável” em inglês britânico é “dadas as provas existentes é possível esperar razoavelmente que algo suceda ou que seja o caso”. De modo similar, consta do *Merriam-Webster's Dictionary*, em inglês norte-americano, como “algo

¹⁰⁶ NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 80-81 e 146.

¹⁰⁷ TARUFFO, Michele. *Evidence, truth and the rule of law*. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 39, n. 238, dez. 2014. p. 93.

¹⁰⁸ TARUFFO, Michele. *Evidence, truth and the rule of law*. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 39, n. 238, dez. 2014. p. 93.

suficientemente respaldado pelas provas para estabelecer uma presunção, mas não para ter como provada a hipótese”¹⁰⁹.

Na linguagem corrente, o termo “provavelmente” é empregado quando não se quer comprometer categoricamente com algo. A palavra “provável” também faz parte da linguagem característica de estatísticos e atuários, por exemplo, quando se afirma que há cinquenta por cento de chances que a moeda lançada resulte com a efígie voltada para cima. Essa é a linguagem regulada pelo cálculo das probabilidades e interpretada em termos de frequências ou propensões relativas. Haack explica que na linguagem dos *standards* de prova a palavra deve ser tomada no seu sentido epistemológico usual: “quão razoável é uma afirmação à luz das provas”¹¹⁰.

Para que se possa afirmar que uma alegação sobre fatos está suficientemente comprovada é preciso que ela esteja corroborada pela prova de acordo com um patamar exigido pelo *standard* de prova. Pode-se aproximar mais ou menos da veracidade, isto é, de forma gradual (v. *supra* cap. 2.5), até sobrevir a decisão no modelo tudo ou nada (*all or nothing*)¹¹¹. Isso significa dizer que, antes de o julgador decidir, o grau de confirmação da assertiva só pode ser mensurado em termos probabilísticos. Três são as teorias probabilísticas que visam conferir racionalidade à

¹⁰⁹ HAACK, Susan. *El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica**. *Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 75; disponível também em: <http://www.oed.com> e <http://www.merriam-webster.com/dictionary/probable>. Acesso em: 13.10.2019.

¹¹⁰ HAACK, Susan. *El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica**. *Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 76.

¹¹¹ O paradoxo do *Gatecrasher*, assim denominado por Cohen, consiste em uma situação hipotética, na qual 1.000 pessoas participam de um rodeio, porém constam apenas 499 ingressos da bilheteria. Isso significa dizer que 501 dos espectadores são intrusos. Se os organizadores ajuizarem uma ação contra qualquer um dos 1.000 espectadores, haverá uma probabilidade de 51% de que essa pessoa (ou qualquer uma das outras 999) seja, de fato, uma intrusa. COHEN, Laurence Jonathan. **The probable and the provable**. Oxford: Clarendon Press, 1977. p. 74-81. Sobre esse paradoxo, Schauer refere que, se o preço de compra de um ingresso fosse de \$ 1,00, para um estatístico bastaria que os organizadores do rodeio recuperassem 51 centavos contra cada um dos 1.000 espectadores. Dessa forma, recuperariam apenas sua parte justa dos lucros e cada espectador seria responsável apenas na extensão da probabilidade de ter entrado sem comprar um ingresso. Porém, salvo raras exceções, as decisões judiciais são tomadas na forma do *tudo ou nada*, não com base na extensão da probabilidade decorrente da prova. SCHAUER, Frederick. **Profiles, probabilities and stereotypes**. The Belknap Press of Harvard University Press, 2006. p. 88-89.

atividade de valoração da prova: a probabilidade quantitativa objetiva, a probabilidade quantitativa subjetiva e a probabilidade qualitativa, ou lógica¹¹².

A probabilidade quantitativa pode ser definida como a medida de incerteza sobre a existência de um fenômeno sobre o qual não se pode afirmar nem a falsidade, nem a verdade. Existem duas versões principais: a objetiva, que diz respeito à frequência com que ocorrem determinados fatos no mundo material dentro de uma classe de fenômenos, e a subjetiva, que concerne à aferição do grau de crença racional na ocorrência ou não de certo evento a partir de algum elemento de julgamento¹¹³.

A probabilidade quantitativa objetiva tem sido utilizada no direito norte americano mediante a aplicação do teorema de Bayes, fórmula matemática desenvolvida por Thomas Bayes, em 1763, segundo a qual a probabilidade “P”, do produto de dois eventos “E” e “H”, é dada da seguinte forma: $P(H) \times P(E/H)$ ou, simetricamente, de $P(E) \times P(H/E)$ ¹¹⁴. Essa fórmula possibilita calcular a probabilidade de que dois acontecimentos se produzam conjuntamente. Entrementes, a probabilidade, por definição, é uma teoria matemática que regula fenômenos aleatórios, e a noção de aleatoriedade pressupõe a possibilidade de se conhecer todos os eventuais resultados. O juízo jurisdicional, por sua vez, não é um fenômeno aleatório e, ainda que se conhecessem todas as variáveis (provas), os elementos de juízo dependeriam da credibilidade que se lhes atribuíssem¹¹⁵.

Esse método veio à tona no caso paradigmático *People v. Collins* em que a vítima, uma senhora, havia declarado ter sido roubada por um casal composto de uma moça loira com “rabo de cavalo” e um homem negro de barba e bigode, tendo eles fugido em um veículo amarelo. Um perito demonstrou estatisticamente que havia uma probabilidade altíssima de os acusados serem culpados, por possuírem aquelas características. Considerando as referidas características e multiplicando-se

¹¹² FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 96-138; CLERMONT, Kevin M. *Death of paradox: the killer logic beneath the standards of proof*, *Notre Dame Law Review*, 2012. p. 1066.

¹¹³ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè. 1992. p. 158-166; TUZET, Giovanni. *Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification*. *Artificial Intelligence and Law* [0924-8463], 2018. p. 6.

¹¹⁴ NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 135-137.

¹¹⁵ NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 135-137; TARUFFO, Michele. *Note sparse su probabilità e logica della prova*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 68, n. 4, dez. 2014. p. 1510.

o valor de cada uma das possibilidades, obteve-se o resultado de uma possibilidade em doze milhões de que uma dupla tivesse tais características específicas. Os acusados foram condenados pelo júri e a Suprema Corte da Califórnia invalidou a decisão por entender que a utilização da estatística teria desviado o júri de sua verdadeira função de valorar a prova, analisando *in concreto* se havia possibilidade de existir naquela região outra dupla com os mesmos aspectos indicados¹¹⁶.

Com efeito, a probabilidade quantitativa não tem aptidão de demonstrar a ocorrência de um fato concreto (no caso, que os imputados efetuaram o roubo), mas a probabilidade abstrata de repetição de uma hipótese (um casal formado por uma moça loira com “rabo de cavalo” e um homem negro de barba e bigode que dirige um carro amarelo), em um determinado conjunto (os casais da região de Los Angeles que possuem carros). A discussão sobre o uso de regras probabilísticas no campo probatório também foi travada pelo jurista Finkelstein e pelo matemático Fairley, a favor da aplicação do teorema de Bayes, contra Lawrence H. Tribe, que se opunha, chamando a atenção para a perspectiva matemática da prova tarifada medieval¹¹⁷.

A atribuição de valores numéricos aos graus de confirmação que as provas fornecem aos enunciados fáticos não tem qualquer precisão. Se duas testemunhas afirmassem que um determinado fato ocorreu e uma outra arguisse o oposto, bastaria concluir que a probabilidade de veracidade do enunciado que descreve a ocorrência do fato seria cinquenta por cento maior. Nesse sentido, seriam desconsiderados dois fatores essenciais: a credibilidade pessoal das testemunhas e a confiabilidade da sua reconstrução e narração dos fatos (v. *supra* cap. 2.3.1). Nenhuma fórmula matemática poderia jamais estabelecer que as testemunhas oculares haviam observado e descrito corretamente as características distintivas que relacionavam os acusados aos atos criminosos¹¹⁸.

Os conceitos de qualidade das provas e de grau de suporte são complexos, sutis e multidimensionais, de modo que a teoria matemática das probabilidades não

¹¹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, vol. 4, n. 1, jan./abr. 2018. p. 60-64.

¹¹⁷ TRIBE, Lawrence. *Trial by mathematics: precision and ritual in the legal process*. **Harvard Law Review**, v. 84, n. 6, 1971. p. 1359; FINKELSTEIN, Michael; FAIRLEY, William. *A bayesian approach to identification evidence*. **Harvard Law Review**, vol. 83, n. 3, 1970. p. 289.

¹¹⁸ CALLEN, Craig R. *Cognitive science and the sufficiency of “sufficiency of the evidence” tests*, 65. **Tulsa Law Review** 1113. 1991. p. 1129.

pode constituir por si só uma teoria da corroboração probatória. O cálculo de probabilidades não pode ser usado para calcular os graus de suporte dos elementos de juízo em relação à hipótese como ferramenta única.

Haack demonstra como proceder a uma valoração mais criteriosa, tomando por base o caso *People v. Collins*. Imagina-se um caso em que há: i) os depoimentos das testemunhas oculares; e ii) o fato de os réus se enquadrarem na descrição dos criminosos dada pelas testemunhas oculares. Então, supõe-se que todas as provas disponíveis sejam: (P1) testemunhas oculares que identificam criminosos como uma mulher loira e um homem negro de bigode e barba que fugiram em um carro amarelo; (P2) os casais que se encaixam nessa descrição são muito raros (um em “n”) na população da área onde ocorreu o roubo; (P3) os Collins se encaixam nessa descrição. Essas provas dão algum grau de apoio à conclusão de que os Collins eram os criminosos. O fato de os Collins terem cometido o crime explicaria o que as testemunhas oculares viram e as provas estatísticas indicam que existem relativamente outras poucas explicações possíveis. No entanto, o grau de suporte que essas provas oferecem à conclusão é muito baixo. Além disso, há vários problemas relacionados à segurança independente das provas, por exemplo, a confiabilidade das testemunhas oculares. Quanto à inclusão das provas, percebe-se que há muitos elementos relevantes ausentes (v. *supra* cap. 2.3.1)¹¹⁹.

Agora considerando as seguintes provas adicionais: (P4) as testemunhas oculares têm boa visão e não têm motivos para mentir; (P5) há razões para acreditar que os criminosos eram pessoas da localidade; (P6) os Collins não têm álibi; (P7) o comportamento posterior dos Collins foi evasivo. A adição de P4-P7 melhora consideravelmente a integração explicativa das provas à conclusão. A conjunção de P1-P3 apoia, em grau bastante modesto, a conclusão de que os Collins cometeram o crime, mas a conjunção de P1-P7 a apoia em grau significativamente mais alto. Além disso, alguns problemas de segurança independente foram resolvidos. P1-P7 são consideravelmente mais inclusivas que P1-P3, e as provas adicionais não são

¹¹⁹ HAACK, Susan. *El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica**. *Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 83-93.

menos favoráveis para a conclusão. Então P1-P7 apoiam a conclusão em um grau consideravelmente mais alto do que P1-P3¹²⁰.

Todavia, se ao invés de P4-P7 as provas adicionais fossem as seguintes: (P4*) as testemunhas oculares têm problemas de visão, ou não tiveram boa visão do ato delituoso, ou têm algum motivo para acusar os Collins, ou os viram algemados na delegacia antes da identificação; (P5*) existem razões para acreditar que os autores não eram pessoas da localidade, mas que vieram de outro estado; (P6*) os Collins oferecem um álibi que foi confirmado; (P7*) os Collins apresentaram documentos (verificados como legítimos) demonstrando que compraram seu carro amarelo após o crime ter sido cometido. As provas P4*-P7* minam a conclusão de que os Collins eram os criminosos. A conjunção P1-P3 com P4*-P7* dá um maior grau de apoio à conclusão de que os Collins não eram os autores do crime do que à conclusão de que eram. A confirmação das provas sobre o álibi e os documentos sobre a compra do carro aumentam o grau de suporte dessa mesma conclusão, resolvendo alguns problemas de segurança independente das provas que levavam à hipótese de culpabilidade¹²¹.

As provas estatísticas de um caso devem ser tratadas como uma peça probatória dentre muitas outras para demonstrar a causalidade. Não se pode confundir o emprego da probabilidade quantitativa como modelo de valoração das provas com a estatística enquanto meio de prova, como na hipótese do exame do ácido desoxirribonucleico (DNA) nas investigações de paternidade. O seu uso legítimo concerne apenas a prova da frequência em si.

Haack traz outro exemplo em que o Sr. Raymond Easton havia sido preso por roubo sob fundamento de coincidência positiva de seu DNA com os registros em um banco de dados da polícia. Estatisticamente era muito baixa a probabilidade de o DNA de Easton, arquivado após uma detenção de violência doméstica, e o DNA encontrado na cena do crime coincidirem por acaso. No entanto, Easton, que sofria do mal de Parkinson, estava fraco demais para se vestir ou dar um passeio além de

¹²⁰ HAACK, Susan. *El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica**. *Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 83-93.

¹²¹ HAACK, Susan. *El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica**. *Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 83-93.

alguns metros. Portanto precisaria ter sido levado ao local do crime para poder praticá-lo¹²².

A prova probabilística parece apoiar a conclusão de que o Sr. Easton foi o autor do delito, o que explicaria o fato de seu DNA estar na cena do crime. No entanto, existem outras provas que prejudicam essa conclusão, dada a sua limitação física, bem como o fato de não haver qualquer elemento indicando como ele poderia ter chegado àquele local e cometido o roubo. Assim, a conjunção da prova estatística com as demais dá algum apoio à conclusão de que o Sr. Easton não cometeu o crime e prejudica a conclusão contrária. Assumindo uma segurança independente razoável (por exemplo, que um médico de prestígio confirmou que o Sr. Easton realmente sofria de Parkinson) e, assumindo que nenhuma prova significativa estaria faltando (por exemplo, que o Sr. Easton pagou um cúmplice para transportá-lo para a cena do crime etc.) a conclusão de que ele não cometeu o crime é bem suportada¹²³.

A autora comenta também o caso Nicola Sacco e Bartolomeo Vanzetti, dois imigrantes italianos anarquistas acusados do homicídio de dois funcionários de uma fábrica de sapatos em South Braintree, Massachusetts. Nesse caso ouviram-se cento e cinquenta e oito testemunhos, e os acusados prestaram informações inverídicas à polícia. Posteriormente Felix Frankfurter publicou um livro indicando muitas deficiências na valoração da prova. A começar pela inconclusiva prova balística realizada nas armas dos suspeitos. Além disso, não foram encontrados na posse de Sacco ou Vanzetti os 16.000 dólares roubados e tampouco qualquer dos dois homens se escondeu ou fugiu do país após o crime. Ambos permaneceram em seus antigos locais de residência, realizando o mesmo trabalho que já desempenhavam. Em contrapartida, o réu confitente Celestino Madeiros, logo após o crime, misteriosamente obteve 2.800 dólares, quantia que se esperaria que

¹²² HAACK, Susan. *El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica**. *Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 94.

¹²³ HAACK, Susan. *El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica**. *Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 94.

alguém recebesse como parte do saque. A própria confissão de Celestino não impediu que Sacco e Vanzetti sofressem a pena capital em 1927¹²⁴.

As mentiras que Sacco e Vanzetti disseram à polícia oferecem apenas um apoio fraco à conclusão de que eles estavam tentando esconder sua participação no crime de Braintree, pois a integração explicativa dessas provas com essa conclusão não é melhor do que a integração delas com a conclusão de que eles tentavam evitar serem punidos por suas convicções políticas contrárias ao governo, naquele período de instabilidade geopolítica. Além disso, provas adicionais sobre seu comportamento posterior (permanência na residência e trabalho e ausência do dinheiro roubado) deram um maior grau de apoio a essa última conclusão, enquanto prejudicaram a primeira¹²⁵.

Em verdade, dois problemas inviabilizam a aplicação do teorema de Bayes como regra geral da probabilidade na valoração da prova. Inicialmente, a frequência estatística nada diz do caso particular, como referido. Além disso, nem sempre se encontram disponíveis as frequências estatísticas que proporcionam a constituição das *prior probabilities* (premissas do teorema de Bayes), pois não existem estudos científicos estatísticos a respeito de todo e qualquer enunciado fático proposto em juízo.

A probabilidade quantitativa subjetiva mede o grau de crença em uma hipótese, valendo-se igualmente do teorema de Bayes e da “probabilidade inversa”. A probabilidade inversa é representada pela seguinte fórmula: $P(H/E) = P(E/H) \times P(H) / P(E/\neg H)$. Lê-se: a probabilidade condicional de que seja verdadeira a hipótese “H”, dado o elemento de julgamento “E” é igual à probabilidade de que se dê “E”, se for verdadeira “H”, multiplicado pela probabilidade de “H” (sem levar em conta “E”), dividido pela probabilidade de que se dê “E”, se não for verdadeira “H”¹²⁶.

A probabilidade subjetiva avalia o grau de crença racional possível em uma hipótese, dado o conhecimento de um certo elemento de julgamento, considerando

¹²⁴ HAACK, Susan. *El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica**. *Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 83-88.

¹²⁵ HAACK, Susan. *El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica**. *Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 83-88.

¹²⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, vol. 4, n. 1, jan./abr. 2018. p. 66 e nota 75.

a probabilidade inversa, em que não estaria presente esse elemento¹²⁷. Esse método verifica se a crença inicial, isto é, a probabilidade inicial, é diversa após ter havido uma mudança de crença¹²⁸. A principal crítica oposta a esse método é que ele se limita a determinar tão somente a eventual mudança de crença do sujeito¹²⁹, não assegurando a correção dos dados prévios empregados para a obtenção dos resultados.

Conforme o terceiro modelo, o grau de confirmação de um enunciado deriva de inferências lógicas que levam em conta a quantidade e qualidade das provas disponíveis, seu grau de confiabilidade e sua coerência. Faz-se uma análise racional fundada em argumentos e contra-argumentos, segundo a lógica das inferências entre as proposições. Pode-se falar, portanto, em probabilidade lógica ou qualitativa¹³⁰.

Esse método, mais consentâneo com a epistemologia, foi desenvolvido por Cohen, partindo de premissas gerais da noção de probabilidade: (1) a probabilidade é constituída de números que vão de 0 (impossibilidade) a 1 (certeza); (2) se há dois eventos que não podem acontecer no mesmo momento, a soma das probabilidades separadas de cada um deles será igual a 1; (3) se dois eventos podem ocorrer no mesmo momento, a probabilidade de seus acontecimentos contemporâneos é dada pela multiplicação da probabilidade dos eventos separados¹³¹.

Cohen denomina a probabilidade quantitativa (ou matemática) de “pascalina” e a qualitativa, que defende em sua obra, de probabilidade lógica ou “baconiana”, baseada no raciocínio indutivo (*inductive probability*), determinada por meio da aplicação do *method of eliminative reasoning*, em que toda e qualquer tentativa de generalização é posta em xeque e permanentemente testada pelas possibilidades

¹²⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 96-138.

¹²⁸ Para os bayesianos subjetivos, os graus de prova devem ser interpretados como probabilidades matemáticas e as probabilidades matemáticas, por sua vez, devem ser interpretadas como graus subjetivos de crença; HAACK, Susan. *Evidence matters: science, proof, and truth in the law*. Cambridge University Press, 2014. p. 17.

¹²⁹ ALLEN, Ronald. J. *Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico*. In: VÁZQUEZ, Carmen. *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 48.

¹³⁰ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè. 1992. p. 203-204, 247. Também adotam esse modelo: FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 97, nota 65; GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba*. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Madrid, n. 28, 2005. p. 133.

¹³¹ COHEN, Laurence Jonathan. *The probable and the provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977. p. 58-166.

indutivas em sentido contrário. O critério-chave é a completude probatória (*evidential completeness*), em que também se consideram os elementos de prova não apresentados em juízo¹³².

A probabilidade lógica não tem por fundamento a frequência da ocorrência de um evento, mas extrai inferências dos elementos de provas. A hipótese será aceita como verdadeira se for confirmada por uma prova com a qual tenha um nexo causal ou lógico e, por outro lado, será refutada pelas provas disponíveis se com ela estiverem em contradição¹³³. A probabilidade para Cohen coincide com o grau de solidez de uma inferência, consistente na passagem do fato “A” ao fato “B” que, por sua vez, depende da solidez da regra que fundamenta tal inferência. Para se determinar o grau de suporte indutivo da regra geral é necessário realizar uma série de induções eliminativas, por meio das quais se verifica a capacidade de resistência daquela regra geral à interferência de outros fatores que poderiam conduzir a resultados diversos¹³⁴.

Portanto, adota-se aqui a premissa de que a confirmação de um enunciado não pode ser mensurada em termos probabilísticos quantitativos, mas qualitativos, conforme apregoado pelas concepções racionalistas do raciocínio probatório. O modelo de decisão deve ser racional.

De tudo que foi exposto até aqui, resta claro que o tema da prova não se esgota na dimensão jurídica, projetando-se para outros campos como da lógica, epistemologia e psicologia¹³⁵; entretanto este estudo concentra-se no âmbito jurídico. Toma-se a decisão judicial a partir de uma perspectiva epistêmica, visto que sua validade depende de seu fundamento cognoscitivo e se determina de maneira objetiva, independentemente dos processos psicológicos do sujeito cognoscente que a formula. Possibilita-se, assim, um controle intersubjetivo de validade e confiabilidade da decisão, com critérios objetivos e racionalmente justificáveis.

¹³² A probabilidade para Cohen é um conceito relacionado a um juízo, que tem seu conteúdo preenchido em função do contexto. COHEN, Laurence Jonathan. *The probable and the provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977. p. 58-166.

¹³³ COHEN, Laurence Jonathan. *The probable and the provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977. p. 58-166.

¹³⁴ Cohen considera que há um aumento no grau de probabilidade indutiva na medida em que estiver presente um maior número de circunstâncias relevantes, favoráveis e independentes entre si (corroboração e convergência). COHEN, Laurence Jonathan. *The probable and the provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977. p. 58-166.

¹³⁵ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 2.

2.7 Das considerações políticas e metodológicas

Estabelecer um ou mais *standards* de prova em diferentes situações judiciais não é um problema filosófico ou epistêmico, mas político-moral, que deve ser resolvido pelo legislador ou pelas cortes, tendo em vista o grau de aproximação da verdade (v. *supra* cap. 2.5) que é considerado adequado no contexto de cada procedimento¹³⁶. A epistemologia pode apenas determinar o grau de probabilidade de que uma hipótese sobre os fatos seja verdadeira, mas nada diz sobre o ponto em que essa probabilidade é suficiente para que se aceite a hipótese como verdadeira¹³⁷. Definir o limiar a partir do qual o nível de corroboração de uma hipótese é suficiente significa tomar uma decisão sobre a distribuição do risco de erro¹³⁸. Da mesma forma, é questão epistemológica tentar diminuir as chances de uma decisão jurisdicional equivocada, maximizando a incorporação do maior número possível de provas relevantes ao acervo probatório, ou por outro meio idôneo, mas é questão política decidir quem arca com o risco desse eventual erro.

A tomada de decisões em situações de incerteza constitui um fato ordinário da vida, não estando adstrita ao direito. Considere-se uma primeira situação hipotética na qual Tício estava na estação de trem de Boston e desejava ir até Providence para visitar amigos. A preferência dele era tomar um trem direto, o que não era fundamental. Nesse contexto, ao perguntar a outro passageiro que esperava na estação se o próximo trem era direto ou não, a resposta foi negativa. Imaginando-se uma segunda situação hipotética em que tais pessoas se encontram na mesma situação e lugar, exceto pelo fato de Tício precisar se deslocar de maneira urgente a

¹³⁶ VÁZQUEZ, Carmen. *Modo de presentación*. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica**. *Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 14.

¹³⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi; TUZET, Giovanni. *Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali*. **Diritto & questioni pubbliche**. v. XVIII. Palermo, 2018. p. 459-460.

¹³⁸ Laudan refere que cada sistema judicial penal está governado por três tipos de valores: (1) extraepistêmicos v.g. transparência, devido processo etc., (2) epistêmicos v.g. reduzir a probabilidade de uma decisão errônea e (3) quase-epistêmicos v.g. a distribuição do risco da decisão errônea de uma maneira particular. LAUDAN, Larry. *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*. **El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 96-97. Em outro ensaio, Laudan refere haver três maneiras de diminuir a taxa de erros judiciais, como melhorando a sagacidade inferencial dos jurados (por exemplo, dando a eles informações empíricas sobre taxas de erro de testemunhas oculares e peritos), admitindo grande parte das provas relevantes outrora excluídas (i.e. permissão de inferências sobre o silêncio do réu) e descobrindo novas técnicas forenses (por exemplo, teste de DNA) capazes de apresentar provas confiáveis e relevantes. LAUDAN, Larry. *Is it finally time to put "proof beyond a reasonable doubt" out to pasture?* **University of Texas Law, Public Law Research Paper n. 194**, 2011. p. 18.

Foxboro, uma parada intermediária a caminho de Providence, por razões pelas quais depende toda sua carreira profissional. Repetindo a pergunta ao mesmo passageiro, ele informou que o próximo trem parava em todas as estações. Conquanto a informação seja a mesma, bem como provenha de idêntica fonte, parece justificado crer que o trem parava em Foxboro na primeira situação e não na segunda, dada a importância do que estava em jogo, a exigir mais informações e mais confiáveis¹³⁹.

Inúmeras decisões se baseiam na minimização de custos, como quando se opta por uma rota específica em detrimento de outras disponíveis, por se entender que é o melhor caminho a percorrer¹⁴⁰. Alguém pode decidir assistir a um filme, em vez de ficar em casa, apenas se for provável que a ida irá lhe proporcionar maior prazer. Outras deliberações podem demandar um critério mais alto, considerando que o erro em uma direção pesará mais do que na outra. É o caso da decisão de contrair matrimônio com uma pessoa em particular¹⁴¹.

Também os outros campos do conhecimento necessitam de *standards* probatórios, como a farmacologia, história, epidemiologia ou astronomia. E a epistemologia tampouco serve nesses campos para definir o nível de exigência do *standard*. Trata-se igualmente de decisões tomadas pela comunidade científica, considerando os valores em jogo. O critério de suficiência de um teste farmacológico é muito mais alto do que o de uma investigação histórica. E isso não por razões epistemológicas, mas pelo custo do erro em relação aos bens envolvidos¹⁴².

Identificam-se dois tipos de considerações necessárias para formular um *standard* de prova e incorporá-lo no ordenamento jurídico, um de ordem metodológica e, outro, política. As escolhas políticas e de valor, embora sejam

¹³⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del estado por prisión preventiva errónea*. In: PAPAYANNIS, Diego M.; FREDES, Esteban Pereira. **Filosofía del derecho privado**. Barcelona: Marcial Pons, 2018. p. 408, nota 16.

¹⁴⁰ Segundo Stein, um modo de dar fundamento teórico à relatividade contextual do grau de exigência probatória para considerar justificada uma hipótese fática é o denominado contextualismo. De acordo com esta teoria, a justificação de uma crença em que baseamos uma decisão prática é contextual e depende da importância do que está em jogo nessa decisão. STEIN, Alex. **Foundations of evidence law**. Oxford University Press, 2005. p. 121-122.

¹⁴¹ CLERMONT, Kevin M. **Standards of decision in law: psychological and logical bases for the standard of proof, here and abroad**. Durham: Carolina Academic Press, 2013. p. 128.

¹⁴² BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana*. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 32.

necessárias para estabelecer um *standard*, não são suficientes, uma vez que a sua determinação também requer um aparato metodológico e uma compreensão adequada das habilidades cognitivas humanas¹⁴³.

Na primeira categoria, tem-se que a decisão sobre os fatos deve ser governada por um critério intersubjetivamente controlável. Descarta-se a utilização de critérios subjetivos do julgador, o seu estado mental ou psicológico¹⁴⁴. Além disso, mister se faz estabelecer um limite mais preciso possível a partir do qual uma hipótese fática possa ser considerada suficientemente corroborada. O raciocínio probatório é, via de regra, um raciocínio não dedutivo (v. *supra* cap. 2.1) que deve respeitar as leis da lógica ou da ciência. A estrutura do raciocínio probatório é dada pela probabilidade lógica, não matemática, de modo que o limite de suficiência probatória não pode ser estabelecido com números, nem fórmulas matemáticas, mas mediante critérios qualitativos (v. *supra* cap. 2.6)¹⁴⁵.

As considerações políticas, por sua vez, são as razões na base do nível de suficiência probatória dos *standards*. A função do *standard* é a distribuição do risco de eventual erro judicial entre as partes do processo. Ao se elevar o nível de suficiência probatória no processo penal, por exemplo, tem-se menos inocentes condenados (*false positives*), porém mais culpados absolvidos (*false negatives*). No processo civil, tem-se menos ou mais favorecimento judiciário, por erro, a quem não possui o direito subjetivo afirmado em juízo. São dois tipos de erro: a absolvição falsa e a condenação falsa, ou, no âmbito civil, a não satisfação do direito subjetivo material a quem dele faz *jus* (*false negatives*) e a sua indevida concessão (*false positives*). Ou, nas palavras de Gascón Abellán, aceitar como verdadeiro (ou

¹⁴³ FERRER BELTRÁN, Jordi; TUZET, Giovanni. *Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali*. **Diritto & questioni pubbliche**. v. XVIII. Palermo, 2018. p. 457-458; TUZET, Giovanni. *Prova, verità e valutazione*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, v. 68, n. 4, dez. 2014. p. 1536.

¹⁴⁴ Este estudo analisa os *standards* por uma perspectiva objetivista, não descurando o papel das heurísticas (atalhos mentais) e dos vieses comportamentais que podem conduzir a decisões irracionais. KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

¹⁴⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del estado por prisión preventiva errónea*. In: PAPAYANNIS, Diego M.; FREDES, Esteban Pereira. **Filosofía del Derecho Privado**. Barcelona: Marcial Pons, 2018. p. 405-406.

considerar provado) o que é falso, ou não aceitar como verdadeiro (ou considerar não provado) o que é verdadeiro¹⁴⁶.

Além do mais, a gravidade do erro tem a ver com a importância do bem afetado pela consequência jurídica e o grau de afetação. A saber, os sistemas penais, de um modo geral, passaram por uma transformação nas últimas décadas, contando agora com uma diversidade de penas mais ou menos rigorosas¹⁴⁷. Assim, as consequências de uma decisão judicial não necessariamente atingem o bem jurídico da máxima importância na mesma intensidade que outrora (v. *infra* cap. 3.3.2). A pena de vinte anos de reclusão não pode ser equiparada à prisão domiciliar, ou à prestação de serviços comunitários, ou, ainda, à pena pecuniária. Algumas dessas sanções são mais brandas que aquelas verificadas na esfera civil ou administrativa¹⁴⁸. Uma punição pecuniária penal é mais branda do que a perda do pátrio poder no processo civil. Por conseguinte, não parece correta a estipulação de um *standard* único para cada esfera do direito e, menos ainda, para distintas esferas¹⁴⁹. Tampouco se pode vincular a presunção de inocência a um único *standard* criminal. Há também que se trabalhar com *standards* diversos v.g. para a responsabilidade penal derivada de um fato típico e a responsabilidade civil que possa derivar do mesmo fato.

No caso *Stavropoulos v. Grécia*, apreciado em 2017, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos entendeu, erroneamente, que a absolvição do Sr. Stavropoulos no processo penal de fraude, por não haver demonstração suficiente da intenção de fraudar, implicava obrigação de tratá-lo como inocente em todos os âmbitos, inclusive no administrativo. Todavia, na seara administrativa estava comprovado que ele havia violado a legislação da habitação social, pela qual um imóvel só poderia ser conferido para aqueles que não possuíssem nenhuma outra moradia na região.

¹⁴⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba*. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Madrid, n. 28, 2005. p. 127.

¹⁴⁷ Com a reforma penal do direito anglo-americano do século XIX veio a noção de que as punições deveriam ser estipuladas de acordo com o tipo de crime. Na Inglaterra a pena de morte restou abolida e nos Estados Unidos reduzida a hipóteses remotas (de cada 10.000 homicidas condenados todos os anos a 260 é imputada a pena capital, porém três quartos acabam perdoados). Também se possibilitou o manejo de recursos, ferramentas anteriormente inexistentes. LAUDAN, Larry. *Is reasonable doubt reasonable?* **Legal Theory**, n. 9, 2003. p. 24-27.

¹⁴⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi; TUZET, Giovanni. *Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali*. **Diritto & questioni pubbliche**. v. XVIII. Palermo, 2018. p. 460-461.

¹⁴⁹ LAUDAN, Larry. *Is it finally time to put “proof beyond a reasonable doubt” out to pasture?* **University of Texas Law, Public Law Research Paper** n. 194, 2011. p. 19-20.

A corte desconsiderou por completo os distintos bens em jogo em sede penal e administrativa, assim como que os *standards* de prova aplicáveis não são necessariamente os mesmos. Caso contrário seria preciso utilizar o *standard* penal em todas as esferas indiscriminadamente¹⁵⁰. Para um mesmo acervo probatório, a aplicação de um *standard* de prova exigente pode concluir pela absolvição, quando um menos exigente concluiria pela condenação.

Há que se estabelecer, outrossim, a quem cumpre avaliar a importância do que está em jogo em cada decisão. Se for o juiz, ante as mesmas provas e bens idênticos, corre-se o risco da aplicação de distintos níveis de exigência probatória. Para evitar essa situação, a solução seria deixar essa avaliação a cargo dos legisladores, incorporando os *standards* de prova na norma processual. Entrementes, a imensa gama de situações factuais que podem formar a base dos litígios faz com que os tribunais inevitavelmente se confrontem com algumas situações imprevistas, em que um critério de prova diverso pode ser apropriado¹⁵¹. Essa última reflexão ganha relevo se há possibilidade de modificação do *standard* no curso do processo na medida em que se alteram as possíveis consequências jurídicas em relação ao bem por elas afetado.

Outra consideração de ordem política reside no fato de que é preciso equacionar o peso atribuído aos *false positives* e *false negatives*. O cerne do critério utilizado no direito criminal anglo-americano *beyond a reasonable doubt* (v. *infra* cap. 3.3), por exemplo, é rastreável à famosa máxima de Blackstone de que é melhor absolver dez pessoas culpadas a condenar uma inocente e daí, através dos tempos, até às escrituras bíblicas¹⁵². Maimônides entendia que era preferível absolver mil culpados a condenar um inocente, Benjamin Franklin insistia que era melhor absolver cem, Matthew Hale, cinco, Voltaire, dois, e, para os soviéticos, era

¹⁵⁰ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del estado por prisión preventiva errónea*. In: PAPAYANNIS, Diego M.; FREDES, Esteban Pereira. **Filosofía del Derecho Privado**. Barcelona: Marcial Pons, 2018. p. 426-427. No Brasil, o art. 935 do Código Civil consagra a independência relativa entre a jurisdição civil e penal. Somente não se pode questionar a existência do fato, ou sua autoria, quando a questão se encontrar decidida no juízo criminal. BRASIL. STJ, REsp 1.164.236-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 21.02.2013, DJe 28.02.2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 13.10.2019.

¹⁵¹ REDMAYNE, Mike. *Standards of proof in civil litigation*. **Modern Law Review**. v. 62, n. 167, 1999. p. 183.

¹⁵² CLERMONT, Kevin M. **Standards of decision in law: psychological and logical bases for the standard of proof, here and abroad**. Durham: Carolina Academic Press, 2013. p. 138.

preferível condenar dez inocentes, a absolver um culpado, de modo que jamais houve consenso quanto a essa proporção¹⁵³. O objetivo do *standard* criminal não é somente evitar uma condenação errônea (*false positives*), ao que bastaria a todos absolver¹⁵⁴. Há que se sopesar a necessidade do Estado de punir os sujeitos de direito que delinquem, protegendo os demais em seus direitos à vida, integridade física e psíquica, liberdade, propriedade etc., com sua capacidade dissuasória e reparatória¹⁵⁵. Se por um lado os *standards* elevados ajudam a evitar os altos custos sociais dos falsos positivos, como na condenação de inocentes, o critério de preponderância de provas (v. *infra* cap. 3.4) minimiza os custos sociais esperados em qualquer ambiente em que os falsos positivos não sejam mais caros do que os falsos negativos. É preciso, pois, considerar a gravidade dos *false negatives* também na tomada da decisão política.

Outro ponto a ser observado é que a sentença não é o único momento do processo em que são tomadas decisões sobre os fatos. É preciso considerar se há um grau de exigência probatória adequado para as distintas fases do processo. Pode-se estabelecer uma linha ascendente em que, para a tutela provisória satisfativa (antecipação da decisão final) ou cautelar (proteção do direito subjetivo material, para garantir a sua satisfação posterior), exige-se um nível de suficiência inferior ao da decisão final. A importância do bem afetado pode variar e o grau de afetação também, pelo que a gravidade do erro é igualmente diversa. Ferrer Beltrán entende que em nenhum caso se deveria exigir, aos efeitos da adoção de uma medida cautelar ou antecipada satisfativa, o mesmo grau de corroboração probatória que para a decisão final¹⁵⁶.

Há também a necessidade de se atentar à incidência conjunta das distintas regras de distribuição do risco probatório. Além da regra implícita que impõe ao julgador considerar provado o que está amparado em um nível suficiente de

¹⁵³ LAUDAN, Larry. *La elemental aritmética epistémica del derecho II: los inapropiados recursos de la teoría moral para abordar el derecho penal*. In: **Estándares de prueba y prueba científica**. Ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 120-133.

¹⁵⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi; TUZET, Giovanni. *Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali*. **Diritto & questioni pubbliche**. v. XVIII. Palermo, 2018. p. 460-461.

¹⁵⁵ ALLEN, Ronald J.; LAUDAN, Larry. *Deadly Dilemmas*, **Texas Tech Law Review**, 41, 2008. p. 86.

¹⁵⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del estado por prisión preventiva errónea*. In: PAPAYANNIS, Diego M.; FREDES, Esteban Pereira. **Filosofía del Derecho Privado**. Barcelona: Marcial Pons, 2018. p. 414-415.

corroboração, o *standard* de prova, outras regras igualmente incidem na distribuição do risco probatório nos sistemas jurídicos. Também o fazem a regra do ônus da prova e as presunções. Assim, é preciso considerar a incidência conjunta dessas distintas normas. Se para favorecer a parte vulnerável na relação de consumo se estabelece que o ônus da prova em processos por produtos defeituosos corresponde ao fabricante e simultaneamente se rebaixa muito o *standard* de prova, o resultado poderá ser exatamente o contrário do pretendido, pois o fabricante terá de apresentar menos suporte probatório para atingir o critério de suficiência¹⁵⁷.

Quanto às presunções, podem ser *stricto sensu* e aparentes (ambas admitindo prova em contrário e situando o ônus da prova em quem não é favorecido pela presunção). As *stricto sensu* têm forma condicional e, dado certo fato base, ordenam tomar como certo um fato presumido, se não houver prova em sentido contrário. Demonstrado o fato base, se presumirá o outro. O efeito probatório é duplo: primeiro modifica o *thema probandum* (o fato a provar) e, provado este, altera o ônus da prova da não ocorrência do fato presumido (a contraparte que faz prova em contrário para afastar a presunção *juris tantum*). As aparentes, por sua vez, não possuem um fato base a provar *v.g.* presunção de inocência ou de boa-fé em matéria civil. O efeito prático acaba sendo o mesmo da regra do ônus da prova¹⁵⁸.

Registre-se, ainda, que não é possível aplicar a regra do ônus da prova no caso de insuficiência de prova se não for determinado *quando* há insuficiência de prova. Da mesma forma, não há como uma presunção *juris tantum* ser operativa, como a presunção de inocência em um processo penal, se não estiver estabelecido em que condições a presunção pode ser considerada derrotada, ou seja, quando há prova suficiente em contrário¹⁵⁹.

O sistema probatório já está construído, sem que tenha sido estruturado em proporções aceitáveis de erros e acertos judiciais, conforme um *standard* de prova

¹⁵⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del estado por prisión preventiva errónea*. In: PAPAYANNIS, Diego M.; FREDES, Esteban Pereira. **Filosofía del Derecho Privado**. Barcelona: Marcial Pons, 2018. p. 406, nota 12, 407, 412, 414 e nota 27.

¹⁵⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del estado por prisión preventiva errónea*. In: PAPAYANNIS, Diego M.; FREDES, Esteban Pereira. **Filosofía del Derecho Privado**. Barcelona: Marcial Pons, 2018. p. 413.

¹⁵⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del estado por prisión preventiva errónea*. In: PAPAYANNIS, Diego M.; FREDES, Esteban Pereira. **Filosofía del Derecho Privado**. Barcelona: Marcial Pons, 2018. p. 418-419.

previamente eleito. Ele conta com várias regras de prova e procedimentos que não são neutros e que, de fato, tendem a tornar as decisões equivocadas *false positives* muito menos prováveis do que as *false negatives*¹⁶⁰. Observa-se que cada regra que exclui uma prova inculpatória ou impede inferências plausíveis, v.g. o silêncio do réu no depoimento, torna mais dificultosa a condenação do culpado, produzindo o mesmo efeito da elevação do *standard* de prova (faz uma falsa absolvição mais provável).

Embora pareça uma tarefa difícil, Laudan sugere que é possível produzir dados empíricos atestando a frequência com que o sistema permite *false positives* e *false negatives*, de modo a monitorá-lo constantemente e possibilitar ajustes para estimular as frequências de erro na direção desejada. Ele salienta, contudo, que, até muito recentemente, não foram feitos esforços sérios para descobrir com que frequência são errôneos os veredictos dos julgamentos. Na ciência, medicina e engenharia, tem sido um axioma central que o uso de qualquer instrumento ou tecnologia exige a aferição de erros e a sua frequência, que são rotineiramente investigados e amplamente conhecidos¹⁶¹.

Não há como deixar de ponderar que a aferição de erro em um julgamento implica, na prática, um julgamento do julgamento. Para o desempenho de tal tarefa seria preciso uma avaliação criteriosa de diversos juristas especialistas, incluindo magistrados, com finalidades meramente científicas, a fim de que se possa obter um parecer e considerar, por consenso (se isso for possível), que uma decisão fora prolatada de forma equivocada, vale dizer, sem o amparo suficiente na prova. Assim sendo, os elementos de juízo precisariam ser novamente valorados, não para efeitos jurídicos, mas científicos.

Nesses moldes, a teoria da prova e a epistemologia jurídica não podem dar resposta quanto ao *standard* adequado. A formulação do *standard* pressupõe a decisão política de distribuição do risco de erro entre as partes do procedimento. Para que o magistrado possa realizar adequadamente a justificação da decisão na motivação, é preciso que disponha do *standard* aplicável e que esse tenha sido formulado adequadamente, critério que pode ser utilizado em todos tipos de

¹⁶⁰ LAUDAN, Larry. *Is it finally time to put "proof beyond a reasonable doubt" out to pasture? University of Texas Law, Public Law Research Paper n. 194*, 2011. p. 10-12.

¹⁶¹ LAUDAN, Larry. *Is it finally time to put "proof beyond a reasonable doubt" out to pasture? University of Texas Law, Public Law Research Paper n. 194*, 2011. p. 12-15.

processo v.g. civil, penal, trabalhista, administrativo etc., sempre se tendo em vista a importância do bem afetado pela consequência jurídica.

2.8 Síntese conclusiva do capítulo

Neste capítulo inicial estabeleceu-se que os *standards* probatórios são os critérios para que se considere suficientemente comprovada a veracidade ou falsidade de uma assertiva sobre fatos, em um processo jurisdicional. Eles têm por função a distribuição do risco de uma eventual decisão errônea entre as partes, considerando provado o que é falso, ou não provado o que é verdadeiro. A sua fixação é uma decisão político-moral, de modo que, ao se elevar o nível de suficiência probatória exigido, tem-se menos o erro de considerar provado o que é falso, mas mais o erro de não considerar provado o que é verdadeiro.

Convém que no início do procedimento probatório esteja claro para as partes qual o *standard* de suficiência da prova aplicável, isto é, qual delas suporta maior risco de uma decisão equivocada, ou se o suportam em igualdade, assim como impende que tenham ciência sobre contra quem pesa o *onus probandi* e em relação a quais fatos, de modo que possam melhor atuar na defesa de seus interesses na fase de produção ou colheita dos elementos de prova.

Esses elementos vão sendo valorados pelo magistrado durante todo o transcorrer do processo, atribuindo-se lhes credibilidade e peso, até o momento da decisão final. Os teóricos indicam vários cânones de racionalidade para a valoração, porém não há um rol taxativo. O raciocínio probatório é composto de uma complexa rede de inferências em que preponderam as de tipo abduutivo.

A decisão, que é resultado do raciocínio judicial decisório, é proferida no modelo tudo ou nada, declarando provada ou não provada a veracidade da alegação sobre os fatos. Verifica-se o nível de corroboração da prova valorada e se atende ao patamar considerado suficiente. Caso seja insuficiente, a parte onerada arca com o prejuízo da insuficiência de prova. “Estar provado” significa que “há elementos de juízo suficientes” nos autos do processo a favor da alegação fática. Pode-se aproximar mais ou menos da verdade, isto é, de forma gradual. Antes de o julgador decidir, o grau de confirmação da assertiva só pode ser mensurado em termos probabilísticos qualitativos, não matemáticos. O magistrado, então, expõe o resultado do raciocínio judicial justificativo na motivação, explicando como a prova

foi valorada e por que foi considerada suficiente ou não, bem como a correção dos cânones de racionalidade utilizados.

3 OS STANDARDS NO SISTEMA COMMON LAW

A ciência jurídica é dotada de caráter universal, conforme expresso no brocardo latino *ex facto oritur jus*. Ao longo da história, alguns critérios de suficiência probatória acabaram consagrados no sistema *common law*. Dentro dessa família jurídica, tem-se como sistemas-tronco a Inglaterra e os Estados Unidos. Neste capítulo faz-se uma incursão no direito estrangeiro com a finalidade de proporcionar uma ferramenta hermenêutica para melhor compreender o instituto jurídico dos *standards* de prova em nosso próprio ordenamento jurídico.

Nos Estados Unidos têm-se a prova além da dúvida razoável, ou *proof beyond a reasonable doubt* (*BARD*) no âmbito criminal, a preponderância de provas, ou *preponderance of evidence* (*PoE*), e a prova clara e convincente, ou *clear and convincing evidence* (*CCE*), na esfera civil. Além desses, existem outros menos conhecidos, como se depreende dos casos de pena de morte no estado do Texas, em que o jurado precisa verificar a “probabilidade além da dúvida razoável” de que o acusado “será perigoso no futuro”¹⁶². Knijnik identifica na jurisprudência americana um *standard* criminal ainda mais rigoroso do que “além da dúvida razoável”, qual seja, a “razoável excludente de qualquer hipótese de inocência” para situações em que a prova é eminentemente indiciária no âmbito do processo penal¹⁶³.

Já a Inglaterra reconhece somente dois: *balance of probabilities* para casos civis, equivalente à preponderância de provas dos Estados Unidos, e *beyond a*

¹⁶² HAACK, Susan. *El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica**. *Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 69.

¹⁶³ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 43. Ávila considera o fato de a cadeia de inferências necessárias para demonstrar a ocorrência da hipótese ser maior ou menor como um dos fatores explicativos para o estabelecimento de um *standard*. ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria da prova: *standards* de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 43, n. 282, ago. 2018. p. 120. Todavia, pondera-se que, se o *standard* for estabelecido aprioristicamente pelo legislador com base na importância do bem afetado pela consequência jurídica, a cadeia de inferências necessárias somente se verificará *in concreto* posteriormente. Há que se esclarecer se incumbe ao parlamento a fixação destes critérios, bem como se ao julgador é dado lançar mão de um critério mais rigoroso quando o grau de inferência entre os meios de prova e a hipótese for sensivelmente maior. Se há uma cadeia de inferências maior, entende-se, ainda, que não é necessário modificar o critério, mas simplesmente aferir se, a partir dessa cadeia, foi possível atingir o patamar por ele exigido, já que nesse caso será naturalmente mais dificultoso.

reasonable doubt para os casos criminais¹⁶⁴. Contudo, após utilizar o *standard beyond a reasonable doubt* por aproximados duzentos anos, sem uniformidade de definição, o abandonou. Agora, no âmbito criminal, em que ainda vigora o sistema do tribunal do júri, os magistrados instruem os jurados no sentido de que a condenação requer a *certeza* da culpa do acusado, isto é, que “devem estar seguros” para decidir¹⁶⁵.

Dessarte analisam-se a origem, o significado e a aplicabilidade dos três principais *standards* do direito anglo-americano, como forma de melhor compreender o problema da suficiência de prova onde tal tema foi mais profundamente debatido. O critério “razoável excludente de qualquer hipótese de inocência” não será abordado, tendo em vista que não se concorda com a utilização de fundamentos heterogêneos para os diferentes *standards*, misturando a importância do bem afetado pela consequência jurídica e o grau de afetação (fundamento dos três *standards* tradicionais) com a natureza das provas produzidas (fundamento deste último)¹⁶⁶. Ao final, exploram-se as contribuições contemporâneas de Ferrer Beltrán e González Lagier.

3.1 Das limitações cognitivas

O sistema jurídico *common law*, na contemporaneidade, parece restringir o elenco de *standards* a não mais do que três critérios selecionados dentre a infinita gama de graus de probabilidade possíveis: preponderância de provas, prova clara e convincente e além da dúvida razoável (v. *infra* cap. 3.3, 3.4 e 3.5). Em que pese a este estudo focar-se em uma perspectiva epistêmica da decisão jurisdicional, analisando-se os graus de corroboração proporcionados pelos elementos de prova de maneira objetiva, neste tópico se expõem algumas considerações da psicologia cognitiva no intento de compreender as razões pelas quais os países da tradição *common law* limitaram seus *standards* probatórios a essas três categorias.

¹⁶⁴ CLERMONT, Kevin M. *Standards of decision in law: psychological and logical bases for the standard of proof, here and abroad*. Durham: Carolina Academic Press, 2013. p. 226.

¹⁶⁵ LAUDAN, Larry. *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 100.

¹⁶⁶ No mesmo sentido: GAGNO, Luciano Picoli. O rigor excessivo no juízo probatório cível e sua incompatibilidade com o direito fundamental de acesso à justiça e a teoria dos modelos de constatação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n. 226, dez. 2013. p. 92.

Segundo Clermont¹⁶⁷, a literatura da psicologia cognitiva sugere que os três critérios utilizados no direito norte-americano concordam com a maneira como os seres humanos naturalmente processam as informações dentre a infinita série de probabilidades, que se estende da menor probabilidade de veracidade do enunciado à verdade absoluta. Os *standards* expressam o que provavelmente aconteceu (*probably has happened*), ou o que tem alta probabilidade de ter acontecido (*highly probably has happened*), ou o que quase certamente aconteceu (*almost certainly has happened*). Seria a tendência natural e observável de as partes pensarem em termos de *baixa*, *média* e *alta* probabilidade. Se a tarefa for classificar quão mau é um mau ato, a escala será composta das alternativas ruim, pior e “o pior” (*bad, worse, and worst*). Já objetos pretos são classificáveis como pretos, mais pretos e “os mais pretos” (*black, blacker, and blackest*), isso porque as três categorias estão em conformidade com a estrutura de adjetivo, comparativo e superlativo do idioma inglês¹⁶⁸. Malgrado um *continuum* seja concebível, seria de difícil aplicação prática. As limitações cognitivas possibilitam aos seres humanos avaliar apenas por aproximação a probabilidade em qualquer tipo de escala.

Não existem apenas três critérios probatórios disponíveis, mas mais três, que invocam categorias espelhadas, além do patamar de equilíbrio (*equipoise*). O conjunto de critérios reflete, pois, sete categorias de probabilidade não numéricas e aproximadas: menor possibilidade (*scintilla of evidence*: centelha, quantidade ínfima de provas), possibilidade razoável (*reasonable possibility*), possibilidade substancial (*substantial possibility*), equilíbrio (*equipoise*), probabilidade (*probability* ou *preponderance*), alta probabilidade (*high probability* ou *clear and convincing*), e quase certeza (*near certainty* ou *beyond a reasonable doubt*)¹⁶⁹. Uma maneira de visualizar toda a escala de probabilidade é enxergá-la como um conjunto de

¹⁶⁷ CLERMONT, Kevin M. *Standards of decision in law: psychological and logical bases for the standard of proof, here and abroad*. Durham: Carolina Academic Press, 2013. p. 6, 15, 41, 167.

¹⁶⁸ Reichelt afirma que “a graduação dos resultados obtidos em sede de valoração da prova expressa-se melhor, do ponto de vista da probabilidade lógica, a partir da atribuição de qualificativos veiculados sob a forma de *advérbios*, *locuções adverbiais* ou *adjetivações* que expressam o comparativo de intensidade ou de parte em um sistema de referência”. REICHELTL, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2009. p. 212.

¹⁶⁹ CLERMONT, Kevin M. *Standards of decision in law: psychological and logical bases for the standard of proof, here and abroad*. Durham: Carolina Academic Press, 2013. p. 35-36.

categorias ou intervalos de probabilidade, sem que haja uma linha divisória precisa entre elas¹⁷⁰.

A concepção de *equipoise* compreende mais uma zona ampla e confusa do que uma probabilidade pontual sugeriria. Uma variedade de estados pode parecer ao julgador uniformemente equilibrada. Se as provas redundarem na zona equilibrada, o portador do *onus probandi* perde¹⁷¹.

Há equivalência entre essas categorias de probabilidade¹⁷². Dizer que é quase certa a veracidade da assertiva fática (*near certainty* ou *beyond a reasonable doubt*) equivale a dizer que há menor possibilidade de que seja falsa (*slightest possibility*); dizer que há alta probabilidade na veracidade da assertiva fática (*high probability* ou *clear and convincing*) equivale a dizer que há possibilidade razoável de que seja falsa (*reasonable possibility*); dizer que há probabilidade na veracidade (*probability* ou *preponderance*) implica possibilidade substancial de que seja falsa (*substantial possibility*). O mesmo ocorre quando se percorre o sentido inverso desta escala v.g. dizer que há possibilidade substancial na veracidade equivale à preponderância ou probabilidade na falsidade (*probability* ou *preponderance*) e assim por diante.

O *standard* especifica um limite que diz que a corroboração probatória necessária deve ser igual ou superior a um determinado nível. O legislador precisa apenas especificar uma das gradações como o limite e o julgador precisa compreendê-la. Esses limites para os julgadores podem ser uma das sete gradações usuais de probabilidade, consistindo em dois conjuntos espelhados de

¹⁷⁰ Walton reconhece quatro *standards*: *scintilla of evidence* (centelha / quantidade ínfima de provas): quando há pelo menos um argumento aplicável. Preponderância de provas: quando o *standard scintilla of evidence* é satisfeito e o peso máximo atribuído a um pró-argumento aplicável é maior que o peso máximo de um contra-argumento aplicável. Prova clara e convincente: quando o *standard* da preponderância de provas é satisfeito e o peso máximo dos argumentos favoráveis aplicáveis excede algum limite α e a diferença entre o peso máximo dos argumentos favoráveis aplicáveis e o peso máximo dos contra argumentos aplicáveis excede algum limite β . Acima da dúvida razoável: o *standard* da prova clara e convincente é satisfeito e o peso máximo dos argumentos contrários aplicáveis é menor que algum limite γ . Observe que, nessa maneira de definir os *standards* de prova, os limiares alfa (α), beta (β) e gama (γ) são deixados em aberto e não recebem valores numéricos fixos. WALTON, Douglas. ***Burden of proof, presumption and argumentation***. Cambridge University Press, 2014. p. 60.

¹⁷¹ CLERMONT, Kevin M. ***Standards of decision in law: psychological and logical bases for the standard of proof, here and abroad***. Durham: Carolina Academic Press, 2013. p. 18-19, 210.

¹⁷² CLERMONT, Kevin M. *Death of paradox: the killer logic beneath the standards of proof*, 88 ***Notre Dame Law Review***, 2012. p. 1134-1138.

três em torno da zona de equilíbrio. Contudo, falta o critério que diga o quanto mais provável é um nível em relação a outro¹⁷³.

As pessoas possuem uma capacidade finita e bastante pequena para fazer julgamentos unidimensionais. Via de regra, essa capacidade limitada significa cerca de sete ou menos categorias distinguíveis. Por certo que as pessoas podem distinguir muitas centenas de rostos, no entanto, as faces diferem em muitos atributos variáveis independentes, o que permite fazer distinções multidimensionais e, portanto, mais refinadas. À medida que se adicionam mais variáveis à análise, aumenta-se a capacidade total de apreensão cognitiva, mas se diminui a precisão sobre qualquer variável em particular. Em outras palavras, podem-se fazer julgamentos relativamente grosseiros de várias coisas simultaneamente. Por isso os psicólogos usam escalas de classificação de sete pontos há muito tempo¹⁷⁴.

O sistema sensorial humano reúne e seleciona informações dentre milhares de estímulos ambientais. A memória de longo prazo (*long-term memory*) armazena grande quantidade de conhecimentos, e entre eles reside a memória de curto prazo (*short-term memory*), o local de raciocínio. Na memória de curto prazo, trabalha-se com as informações que chegam, transferindo-as para o armazenamento permanente ou as usando para produzir respostas. Uma operação importante é a repetição (*rehearsal*), que possibilita às informações serem mantidas na *short-term memory* ou transferidas para a *long-term memory*, sem serem esquecidas por deterioração temporal ou por interferência de outras informações¹⁷⁵. Diante desses dados, no campo dos *standards*, um conjunto de sete categorias de probabilidade

¹⁷³ No mesmo sentido são as observações de Laudan quanto às teorias morais deontológicas. O autor refere que essas teorias não servem para justificar ou formular *standards* de prova e o mesmo problema se verifica quando necessitam justificar ou deduzir uma escala de penas ou, ao menos, uma especificação não arbitrária de merecimentos de penas. Em geral, as teorias deontológicas têm ferramentas conceituais para estabelecer que a pena justa para alguém que tenha sido condenado por um delito é aquela que reflete com precisão o mal pelo qual acaba de ser condenado. Porém, uma coisa é dizer que o acusado deve receber o que lhe é merecido, e outra, muito diversa, é determinar qual é o merecido. Comparando-se os direitos violados das vítimas, pode-se constatar que alguns desses direitos são mais fundamentais que outros e, assim, escalonar as penas proporcionalmente de acordo com a gravidade do delito. Todavia, falta o critério que diga o quanto pior é um dano em relação a outro. LAUDAN, Larry. *La elemental aritmética epistémica del derecho II: los inapropiados recursos de la teoría moral para abordar el derecho penal*. In: **Estándares de prueba y prueba científica**. *Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 120-133.

¹⁷⁴ CLERMONT, Kevin M. *Standards of proof revisited*. In: **33 Vt. Law Review**. 469, 2008-2009, p. 469 e 487.

¹⁷⁵ CLERMONT, Kevin M. **Standards of decision in law: psychological and logical bases for the standard of proof, here and abroad**. Durham: Carolina Academic Press, 2013. p. 66-67.

corresponde ao número médio identificado para qualquer estímulo sensorial presente na memória de curto prazo.

Pode-se, ainda, organizar ou “recodificar” as informações em unidades maiores, como blocos, cada uma das quais ocupando um desses sete espaços disponíveis na *short-term memory*. Por exemplo, pode-se reter sete palavras não conectadas, embora cada uma contenha vários morfemas, fonemas e letras; ou agrupar palavras em partes maiores por meio de estrutura semântica e sintática, aumentando efetivamente o tempo de memória (*memory span*)¹⁷⁶.

Considerando a tarefa de avaliar probabilidades, como no momento de aferir se a veracidade do enunciado fático é mais provável do que sua falsidade, ou se uma hipótese é mais provável que outras alternativas, o julgador atua sem a utilização de ferramentas precisas. Existem regras práticas, denominadas heurísticas de julgamento, que permitem enquadrar situações em uma categoria pela sua similaridade. Uma dessas abordagens de uso comum é a “heurística disponível” (*available heuristic*), que consiste em lembrar ou imaginar exemplos a fim de estimar a probabilidade de um evento. Outra é a “heurística de ancoragem” (*anchoring heuristic*), em que se ajusta a probabilidade para cima ou para baixo a partir de um dado ponto de partida. A “heurística da representatividade” (*representativeness heuristic*) serve para a categorização de algo, em que se considera o grau em que as características destacadas se assemelham às características de uma categoria específica. Essas heurísticas podem ser úteis; no entanto, tais abordagens negligenciam informações relevantes e podem resultar de vieses comportamentais. O uso das heurísticas sinaliza que os seres humanos não usam sempre técnicas perfeitamente “racionais”, mas geralmente de modo automático e não sistemático em seus processos cognitivos¹⁷⁷.

Diante dessas observações, entende-se que as pessoas têm uma capacidade intuitiva básica para o raciocínio quantitativo não simbólico, como avaliar e comparar magnitudes, ou executar operações matemáticas aproximadas. O conhecimento das limitações permite conceber técnicas para o melhor desempenho das atividades do legislador, que estipula um *standard* probatório, e do julgador, que irá aplicá-lo e

¹⁷⁶ CLERMONT, Kevin M. *Standards of decision in law: psychological and logical bases for the standard of proof, here and abroad*. Durham: Carolina Academic Press, 2013. p. 66-67.

¹⁷⁷ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

justificará, com base nele, o grau de corroboração dos fatos em sua motivação da decisão. Especificar um *standard* probatório implica necessariamente traçar uma linha divisória no espectro da probabilidade. A vagueza do vocabulário reforça o argumento a favor de se empregar apenas um conjunto limitado de critérios habituais.

3.2 Onde estão os critérios de valoração e de suficiência da prova?

Há uma distinção conceitual entre os critérios de valoração da prova, *evidence assessment criteria* (v. *supra* cap. 2.3), e os critérios de suficiência da prova, os *standards of proof*. As provas devem ser valoradas com base em algum critério para, posteriormente, satisfazerem, ou não, um determinado *standard* de suficiência de prova. As duas operações são conceitualmente diferentes e são componentes necessários para a tomada de decisões sobre fatos.

Alguns sistemas possuem regras tratando dos *standards* de prova, enquanto outros têm regras sobre os critérios de valoração. Também existem regras difíceis de categorizar de uma maneira ou de outra. No âmbito da *common law* dá-se mais atenção aos *standards*¹⁷⁸. Os critérios de valoração das provas não constam das *statutory rules*, nem de outros materiais legislativos, mas, segundo Tuzet, podem ser encontrados em obras acadêmicas v.g. “*In the scholarly disputes about evidentiary value, or probative force, or the weight of (combined) evidence*”¹⁷⁹.

Os países de *civil law*, por sua vez, geralmente têm em seus respectivos códigos algumas regras básicas sobre provas, estabelecendo critérios de valoração,

¹⁷⁸ Taruffo observa que em muitos países de tradição *civil law*, como aqueles da Europa continental e América Latina, os litígios são resolvidos majoritariamente no âmbito judiciário e seguem o modelo da livre apreciação das provas sem, contudo, qualquer referência pelos julgadores ao nível necessário de suficiência probatória. Nos Estados Unidos, país integrante da família *common law*, por sua vez, há uma maior utilização de meios alternativos de resolução de conflitos, bem como há a possibilidade de solução do litígio na fase preparatória e extrajudicial denominada *pre-trial*. TARUFFO, Michele. *Rethinking the standards of proof. The American journal of comparative law*. Vol. 51, Issue 3, Summer, 2003. p. 672-674; TARUFFO, Michele. *La ricerca della verità nell “adversary system” angloamericano. Rivista di Diritto Processuale*. Padova, v. 32, n. 4, out. 1977, p. 606.

¹⁷⁹ TUZET, Giovanni. *Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification. Artificial Intelligence and Law* [0924-8463], 2018. p. 5.

em vez de *standards* de prova¹⁸⁰. Tuzet considera que atualmente esses critérios são bastante flexíveis, deixando espaço para a discricionariedade judicial¹⁸¹.

Na Itália, o atual código de processo civil estabelece em seu artigo 116¹⁸² que os julgadores devem valorar as provas de acordo com sua avaliação prudente (*prudente apprezzamento*), a menos que haja uma regra de “prova legal”. Quanto ao *standard*, não há regra explícita nem no código, nem nas leis¹⁸³. A situação é diferente no código de processo penal italiano, o qual passou a prever desde 2006 o *standard* “além da dúvida razoável”, no artigo 533¹⁸⁴ (*al di là di ogni ragionevole dubbio*). Os julgadores condenarão apenas se o critério além da dúvida razoável for satisfeito. Todavia, embora haja um *standard* explícito de prova, no âmbito penal não há um critério explícito de valoração, ocorrendo o oposto do que se verifica no processo civil. A valoração é, pois, livre¹⁸⁵.

Na França, o código de processo civil prevê a *livre valoração* (art. 9-10, 198, 213¹⁸⁶), com a possibilidade de regras de “prova legal” como exceção. Nenhum *standard* explícito é dado, situação semelhante à italiana. Para os julgamentos criminais há, contudo, a noção altamente controversa de *íntima convicção*. O artigo 427 do código de processo penal¹⁸⁷ dispõe que os juízes devem decidir com base

¹⁸⁰ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana*. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica**. Ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 33-35.

¹⁸¹ TUZET, Giovanni. *Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification*. **Artificial Intelligence and Law** [0924-8463], 2018. p. 8.

¹⁸² ITÁLIA. *Codice di Procedura Civile, Libro I, Titolo V, art. 116. Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti*. Disponível em: www.altalex.com. Acesso em: 18.10.2019.

¹⁸³ TUZET, Giovanni. *Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification*. **Artificial Intelligence and Law** [0924-8463], 2018. p. 8 e nota 18.

¹⁸⁴ ITÁLIA. *Codice di Procedura Penale, Libro VII, Titolo III, art. 533. Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio*. Disponível em: www.altalex.com. Acesso em: 18.10.2019.

¹⁸⁵ TARUFFO, Michele. *Rethinking the standards of proof*. **The American journal of comparative law**. Vol. 51, Issue 3, Summer, 2003. p. 669.

¹⁸⁶ FRANÇA. *Code de Procédure Civile, Livre Ier, Titre Ier, Chapitre Ier, Section IV, art. 9. Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention; art. 10. Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles; Titre VII, Sous-titre II, Chapitre III, art. 198. Le juge peut tirer toute conséquence de droit des déclarations des parties, de l'absence ou du refus de répondre de l'une d'elles et en faire état comme équivalent à un commencement de preuve par écrit; Chapitre IV, Section II, Sous-section I, art. 213. Le juge peut entendre ou interroger les témoins sur tous les faits dont la preuve est admise par la loi, alors même que ces faits ne seraient pas indiqués dans la décision prescrivant l'enquête*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/>. Acesso em: 18.10.2019.

¹⁸⁷ FRANÇA. *Code de Procédure Pénale, Livre II, Titre II, Chapitre Ier, Section 4, Paragraphe 3, art. 427. Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode*

nas provas de acordo com sua íntima convicção. Tuzet destaca que vários estudiosos criticaram esse dispositivo, entendendo que ele pode configurar um apelo ao estado psicológico do julgador. Além disso, a íntima convicção acaba abrangendo tanto os critérios de valoração quanto o *standard*¹⁸⁸.

Na Espanha, de acordo com o código de processo civil (v.g. art. 348 e art. 376¹⁸⁹), as provas devem ser valoradas segundo as *reglas de la sana crítica*. A situação é semelhante à de outros países de *civil law*, na medida em que “prova legal” é a exceção, não a regra. Não há *standard* previsto. O código de processo penal estabelece que os juízes decidam valorando as provas conforme sua “consciência” (art. 741.1¹⁹⁰). Tampouco há um *standard* para o âmbito criminal¹⁹¹.

O Chile utiliza o critério de valoração das *reglas de la sana crítica* no âmbito civil e penal e, além disso, prevê o *standard* “além da dúvida razoável” em casos criminais (art. 369-bis do código criminal e art. 340 do código de processo penal¹⁹²). Não há previsão de *standard* para os julgamentos civis¹⁹³.

Assim sendo, Tuzet observa que os países da *civil law* contemporâneos são menos parecidos com relação a questões criminais, uma vez que alguns deles, como Chile e Itália, adotaram explicitamente o *standard* de prova “além da dúvida razoável”, enquanto outros se apegam à ideia de uma valoração “livre” das provas. É

de preuve et le juge décide d'après son intime conviction. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/>. Acesso em: 18.10.2019.

¹⁸⁸ TUZET, Giovanni. *Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification*. **Artificial Intelligence and Law** [0924-8463], 2018. p. 9.

¹⁸⁹ ESPANHA. *Ley de Enjuiciamiento Civil, Libro II, Título I, Capítulo VI, Sección 5.ª, art. 348. El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica; Sección 7.ª, art. 376 Los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica (...)*. Disponível em: <https://www.boe.es/>. Acesso em: 18.10.2019.

¹⁹⁰ ESPANHA. *Ley de Enjuiciamiento Criminal, Libro III, Título III, Capítulo IV, art. 741.1. El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley*. Disponível em: <https://www.boe.es/>. Acesso em: 18.10.2019.

¹⁹¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del estado por prisión preventiva errónea*. In: PAPAYANNIS, Diego M.; FREDES, Esteban Pereira. **Filosofía del Derecho Privado**. Barcelona: Marcial Pons, 2018. p. 406.

¹⁹² CHILE. *Código Penal, Libro Segundo, Título Séptimo, § VI, art. 369 bis. En los procesos por los delitos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el juez apreciará la prueba conforme con las reglas de la sana crítica; Código Procesal Penal, Libro Segundo, Título III, art. 340. Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley*. Disponível em: <https://www.leychile.cl/>. Acesso em: 18.10.2019.

¹⁹³ TUZET, Giovanni. *Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification*. **Artificial Intelligence and Law** [0924-8463], 2018. p. 10.

de registrar que quanto mais discricionariedade os julgadores tiverem, tanto maior será o papel da argumentação jurídica sobre as provas e os fatos controvertidos¹⁹⁴.

Sendo os critérios de valoração e os *standards* de prova componentes necessários para a investigação judicial dos fatos, interessa neste capítulo observar como os sistemas podem funcionar sem um desses elementos. O mundo da *common law* mostra uma preocupação proeminente pelos *standards* de prova e, segundo Tuzet, isso encontra uma explicação nas características do tribunal do júri. O fato de os julgadores serem leigos, que precisam de instruções dos juízes para proceder ao julgamento, mas que não necessitam justificar a sua decisão, faz com que o enfoque recaia na indicação de um *standard* de suficiência da prova. Por outro lado, o mundo da *civil law* mostra uma preocupação voltada para a valoração da prova, fato explicado pelas dificuldades enfrentadas com o complexo sistema de “prova legal” e sua posterior substituição pela valoração livre. São preocupações oriundas de tradições diversas. Também se percebe no âmbito da *civil law* que os juristas geralmente se referem aos *standards* como critérios de valoração porque com estes estão mais familiarizados. No âmbito da *common law*, comumente tomam os critérios de valoração por *standards*, porque, da mesma forma, com estes estão mais habituados¹⁹⁵.

Não obstante a diferença conceitual e de função, há uma conexão funcional entre os critérios de valoração e os *standards*. Alguns *standards* incorporam critérios de valoração e vice-versa. É possível considerar que o *standard* além da dúvida razoável incorpore a ideia de uma valoração razoável das provas. Da mesma forma para a íntima convicção; se entendida como critério de valoração, ela incorpora o limiar necessário da condenação a ser observado pelo julgador¹⁹⁶.

Na maioria dos sistemas não há previsão explícita de ambos os critérios, de valoração e de suficiência, como se observa no código de processo penal chileno, ao exigir uma valoração de acordo com as *reglas de la sana crítica* e uma decisão de acordo com o *standard* além da dúvida razoável. Quando somente um deles é expresso, Tuzet vislumbra duas possibilidades interpretativas: (1) que o outro

¹⁹⁴ TUZET, Giovanni. *Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification*. **Artificial Intelligence and Law** [0924-8463], 2018. p. 11.

¹⁹⁵ CLERMONT, Kevin M. *A comparative view of standards of proof*. In: **50 Am. J. Comp. Law Review**. 243 2002. p. 251.

¹⁹⁶ TUZET, Giovanni. *Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification*. **Artificial Intelligence and Law** [0924-8463], 2018. p. 14.

componente está de alguma forma incorporado no explícito; (2) que o outro componente é indeterminado¹⁹⁷.

De acordo com o primeiro cenário, pode haver *standards* de prova explícitos e critérios de valoração implícitos, ou vice-versa, critérios de valoração explícitos e *standards* implícitos. O sistema de processo penal italiano estaria nessa categoria, pois é caracterizado por um *standard* explícito (além da dúvida razoável) e um critério implícito de valoração (o livre). Da mesma forma, os sistemas penais da *common law* que adotam o *standard* além da dúvida razoável parecem transmitir ao mesmo tempo a exigência de uma valoração razoável das provas a partir das instruções judiciais aos júris¹⁹⁸.

No segundo cenário, em que um dos componentes está explicitado e o outro é indeterminado, a lacuna deve ser preenchida pela prática jurídica. O sistema de processo civil italiano se enquadraria nessa categoria, uma vez que é caracterizado por um critério explícito de valoração e pela falta de um *standard* de prova (não existe acordo geral sobre esse componente)¹⁹⁹.

Há que se destacar que, mesmo antes de cogitar do vocabulário anglo-americano e do aparato conceitual dos *standards* de prova, os juristas da *civil law* já tinham em mente alguma ideia sobre o limiar necessário de provas que justifica uma certa decisão judicial²⁰⁰. Trata-se de um pressuposto para que se possa aceitar uma determinada versão dos fatos controvertidos.

Logo, a conexão funcional explica como os sistemas funcionam sem um dos componentes analiticamente necessários para a tomada de decisão sobre os fatos. Ou, melhor, sem que um desses componentes seja explicitado no direito positivo. Os sistemas funcionam porque existe alguma incorporação do elemento ausente no explícito ou porque a prática jurídica preenche a lacuna quando um desses componentes é indeterminado.

¹⁹⁷ TUZET, Giovanni. *Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification*. **Artificial Intelligence and Law** [0924-8463], 2018. p. 15.

¹⁹⁸ TUZET, Giovanni. *Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification*. **Artificial Intelligence and Law** [0924-8463], 2018. p. 15.

¹⁹⁹ TUZET, Giovanni. *Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification*. **Artificial Intelligence and Law** [0924-8463], 2018. p. 15.

²⁰⁰ TUZET, Giovanni. *Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification*. **Artificial Intelligence and Law** [0924-8463], 2018. p. 16.

3.3 Beyond a reasonable doubt

O primeiro *standard* de que se tem notícias é aquele próprio do direito criminal, inicialmente entalhado na imposição “absolva se houver qualquer dúvida” (*acquit if you have any doubt about guilt*), que veio substituído por “além da dúvida razoável”. Assim, para melhor compreensão, segue-se a ordem cronológica na exposição dos *standards*.

3.3.1 Dos primórdios da common law

No século XI, mais especificamente no ano de 1066, sobreveio a conquista normanda da Inglaterra pelo exército normando, bretão e francês liderado pelo duque Guilherme II da Normandia, conhecido como Guilherme, o conquistador. Esse fato histórico marcou o término de uma sociedade tribal e o início de uma sociedade feudal organizada a partir de um poder central com leis comuns a todo o reino, tomando por base a experiência administrativa da Normandia. Assim surgiu a expressão *common law* para se referir ao direito comum a toda Inglaterra, em oposição ao direito regido pelos costumes locais²⁰¹.

A conquista normanda trouxe mudanças significativas na administração da justiça, como a presença de juízes profissionais e a *inquisitio* como principal método de apuração dos fatos. A *inquisitio* consistia na inquirição de sujeitos pertencentes à comunidade onde havia se verificado os fatos²⁰². Na segunda metade do século XII, Henrique II produziu reformas importantes, instituindo juízes itinerantes e normas específicas sobre o método de inquirição, o que deu origem ao sistema do júri, antes mesmo do advento da *Magna Charta* de 1215. Os jurados representavam a comunidade local e, caso não tivessem conhecimento dos fatos *sub judice*, poderiam colher informações. Os jurados eram, pois, testemunhas dos fatos, não juízes²⁰³.

²⁰¹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 351-359.

²⁰² TARUFFO, Michele. **La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti**. Berli: Laterza, 2009. p. 36.

²⁰³ Na Inglaterra, mesmo após os julgamentos por júri, por muito tempo, nenhuma testemunha foi chamada. Em vez disso, os jurados podiam circular pela cidade investigando o caso por si mesmos, ou podiam ser escolhidos especialmente por sua especialização – um júri de viticultores em um caso em que um réu foi acusado de vender vinho ruim, por exemplo, ou um júri de açougueiros quando a acusação era que o réu estava vendendo carne pútrida. HAACK, Susan. **Evidence matters: Science, proof, and truth in the law**. Cambridge University Press, 2014. p. 80.

Entre os séculos XIII e XIV o *jury trial* sofreu uma profunda e lenta transformação, na qual os jurados deixaram de ser testemunhas dos fatos para se tornarem juízes dos fatos (*trier of fact*), encarregados de valorar as provas fornecidas pelas partes. Após a promulgação da *Magna Charta*, o júri inglês assumiu um papel ritualístico e político de proteção do cidadão em face do soberano. Da mesma forma, nas colônias norte-americanas o júri tornou-se o símbolo de proteção das liberdades dos colonos contra o poder inglês, refletindo a ideia de que a justiça era administrada diretamente pelas mãos do povo. O veredicto desde aquele período passou a ter caráter imperscrutável e inspirava-se muito mais em razões humanitárias do que na valoração racional das provas, sobretudo ante o rigor das sanções daquela época. Ainda hoje o veredicto pode ser encarado como correspondente à narrativa apresentada que os jurados julgam normal e verossímil, de modo que o júri perdeu o seu caráter epistêmico originário e, posteriormente, acabou suprimido dos litígios civis no direito inglês²⁰⁴.

Os primeiros movimentos na direção de expressar os *standards* de prova na *common law* simplesmente remetiam ao entendimento dos jurados. Posteriormente, o direito comum modificou-se para um critério exposto de convicção interior. Os julgamentos do século XVII e início do século XVIII são abundantes em referências à “consciência”. No final do século XVIII, os juízes começaram a instruir júris nos termos de *graus de certeza*, em referência à obra “Um ensaio sobre a compreensão humana” de John Locke²⁰⁵.

Vê-se que a formação inicial do sistema do júri está estreitamente vinculada à atividade dos juízes itinerantes e ao método da *inquisitio*, que possibilitava aos jurados participar como testemunhas do julgamento e colaborar ativamente na investigação dos fatos, aportando elementos para melhor apurar a sua veracidade. A modificação da função dos jurados retirou a valoração racional das provas do cerne do instituto do júri, dando primazia à necessidade de garantir direitos de liberdade, seja em face do poderio inglês, seja contra penalidades severas. Essa mudança de perspectiva se refletiu no trato dos *standards* de prova.

²⁰⁴ TARUFFO, Michele. ***La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti***. Beri: Laterza, 2009. p. 213-219.

²⁰⁵ CLERMONT, Kevin M. ***Standards of decision in law: psychological and logical bases for the standard of proof, here and abroad***. Durham: Carolina Academic Press, 2013. p. 242-243.

3.3.2 Do surgimento do primeiro standard

A origem precisa do *standard* “além da dúvida razoável” (*beyond a reasonable doubt*) é incerta. Sabe-se que foi introduzido no direito inglês no século XVIII, no âmbito dos julgamentos criminais, época em que todos os delitos implicavam a pena capital e o tinham como o único critério para considerar que um determinado fato estava ou não comprovado²⁰⁶. Uma teoria delineada pelo magistrado John Wilder May aponta a primeira aparição no *Irish Treason Trials* de 1798, quando o defensor argumentou que, como regra geral, o júri deveria absolver o réu se seus membros tivessem uma dúvida razoável sobre a veracidade do testemunho. Outra tese aponta o *Boston Massacre Trials* de 1770²⁰⁷, em que Robert Treat Paine utilizou a expressão ao defender a condenação dos soldados britânicos por dispararem contra uma multidão de civis que protestavam²⁰⁸.

As razões para a utilização de um *standard* rigoroso eram o alto preço associado à condenação, bem como a irreversibilidade dos julgados, tendo em vista que naquele momento não se permitia a interposição de recursos. Esse critério veio a substituir outro ainda mais rígido, qual seja, “absolva se houver qualquer dúvida sobre a culpa” (*acquit if you have any doubt about guilt*)²⁰⁹.

Inicialmente *beyond a reasonable doubt* era associado à “certeza moral” (*moral certainty*), não no sentido literal dessa expressão, mas significando que os jurados deveriam possuir uma convicção para condenar o acusado diversa daquela certeza demonstrativa própria da matemática. Em um julgado paradigmático de 1850, o *Chief Justice* Shaw, da Suprema Corte de Massachusetts, sintetizou os conceitos *beyond a reasonable doubt* e *moral certainty*, assentando que a dúvida razoável não

²⁰⁶ LAUDAN, Larry. *Is reasonable doubt reasonable?* **Legal Theory**, n. 9, 2003. p. 24.

²⁰⁷ MULRINE, Thomas V. *Reasonable doubt: how in the world is it defined?* **American University International Law Review** 12, n. 1, 1997. p. 200-201.

²⁰⁸ Haack refere que o *standard* mais exigente e atualmente mais conhecido “além da dúvida razoável” foi integrado à lei anglo-americana por pelo menos setecentos anos e, possivelmente, mais de mil anos. No entanto, a distinção precisa remonta ao início de 1700. O juiz Brennan, em 1970, no julgamento do caso *In Re Winship*, apontou que o *standard* data pelo menos dos primeiros anos dos Estados Unidos como nação e, citando a obra *Handbook of the law of evidence* de Charles Tilford McCormick, argumentou que a demanda por um maior grau de persuasão em casos criminais foi expressa repetidamente desde os tempos antigos, embora sua cristalização na fórmula pareça ter ocorrido somente após 1878. *In Re Winship*, 379 US 3858, 362, 90 S. Ct. 1068, 1071, citando McCormick, 1954: 681-682. HAACK, Susan. *El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 69, nota 19.

²⁰⁹ LAUDAN, Larry. *Is reasonable doubt reasonable?* **Legal Theory**, n. 9, 2003. p. 12 e 25.

se tratava de uma dúvida meramente abstrata, imaginária: “*a certainty that convinces and directs the understanding, and satisfies the reason and judgment, of those who are bound to act conscientiously upon it. This we take to be proof beyond reasonable doubt*”²¹⁰. Essa foi a compreensão que orientou os tribunais nos Estados Unidos até 1950, quando então o *Justice Blackmun* desencorajou o uso da expressão *moral certainty* para definir o referido *standard*, por entender que os jurados se sentiriam autorizados a decidir com base no comportamento moral do acusado, notadamente em casos de maior comoção social²¹¹.

Em 1970, a Suprema Corte norte-americana, ao apreciar o caso *In Re Wingate*, entendeu que a constituição daquele país exigia que em todos os júris criminais os jurados fossem instruídos de que uma condenação deveria atender ao critério *beyond a reasonable doubt*. Como consequência, a eventual falha do magistrado em instruir os jurados nesse sentido passou a ensejar a reversão de condenações. Porém, essa expressão não é entendida de forma unívoca pelos magistrados, bem como pelos jurados, que possuem apenas uma noção obscura e vaga sobre ela²¹². Não há uma visão compartilhada pelos juízes para instruir os jurados, de modo que eventualmente casos idênticos podem ser orientados por critérios absolutamente díspares, ainda que sob a mesma nomenclatura²¹³.

A necessidade de um critério de suficiência da prova rigoroso naquela época era, pois, correlato às penalidades severas e à irreversibilidade dos julgamentos. A expressão “certeza moral” denotava que os jurados deveriam possuir uma convicção forte para condenar o acusado, que não precisava ser traduzida em termos absolutamente precisos ou matemáticos, o que *Shaw* referia como a certeza que satisfaz a razão.

²¹⁰ “Uma certeza que convence e dirige o entendimento e satisfaz a razão e o julgamento daqueles que são obrigados a agir conscientemente sobre ele. Tomamos isso como prova além de qualquer dúvida razoável” (LAUDAN, Larry. *Is reasonable doubt reasonable?* **Legal Theory**, n. 9, 2003. p. 3-5, tradução livre).

²¹¹ DIAMOND, Henry A. *Reasonable doubt: to define, or not to define.* **Columbia Law Review**. v. 90, n. 1716. 1990. p. 1724.

²¹² DRIPPS, Donald A. *The Constitutional Status of the Reasonable Doubt Rule*, n. 75, **California Law Review**, 1665 (1987). *passim*.

²¹³ Vázquez refere que a tradição probatória norte-americana se refletiu na elaboração de regulações concretas como as *Federal Rules of Evidence* dos Estados Unidos (FRE) e no aparecimento de escolas de pensamento como a *Rationalist Tradition of Evidence* e a *New Evidence Scholarship*. VÁZQUEZ, Carmen. *Modo de presentación*. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica**. *Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 12, nota 3.

3.3.3 Da divergência quanto ao significado

A noção de *beyond a reasonable doubt* tornou-se confusa. Laudan elenca as cinco principais formas de compreensão desta expressão ventiladas nas cortes dos Estados Unidos ao longo do tempo: (1) *security of belief appropriate to important decisions in one's life*, (2) *the sort of doubt that would make a prudent person hesitate to act*, (3) *an abiding conviction of guilt*, (4) *a doubt for which a reason could be given*, (5) *high probability*²¹⁴.

A primeira é uma forma utilizada desde o século XIX para explicar o que seria “além da dúvida razoável”, podendo ser encontrada no modelo de instruções do júri do *Fifth U.S. Circuit Court*²¹⁵. Compara-se uma crença além da dúvida razoável à crença que os cidadãos ordinários têm quando tomam decisões importantes em suas vidas particulares. Entretanto, as decisões do dia a dia são comumente tomadas em condições de incerteza, podendo eventualmente ser desfeitas com maior ou menor facilidade.

A segunda concepção, endossada inclusive pela Suprema Corte, considera que o único tipo de dúvida que pode impedir o jurado de condenar o acusado é aquele baseado na razão e no senso comum, que faria uma pessoa racional hesitar em decidir. Pode-se encontrar esse entendimento no modelo de instruções do júri do *Second U.S. Circuit Court*. Todavia, diante de decisões importantes, as pessoas frequentemente hesitam mesmo quando possuem convicção. Além disso, outras diversas razões podem levar à hesitação, dependendo dos interesses envolvidos na situação. As decisões diárias envolvem a assunção de riscos, sem similaridade com a situação do julgamento criminal com o qual se pretendeu uma analogia, conforme consignou o *Justice Ginsburg* no julgamento do caso *Victor v. Nebraska*²¹⁶.

A terceira forma de instruir os jurados sobre o significado de *beyond a reasonable doubt* pode ser encontrada no modelo de instruções do júri da Califórnia, no sentido de uma convicção permanente (*abiding*) da culpa do acusado, não uma

²¹⁴ LAUDAN, Larry. *Is reasonable doubt reasonable?* **Legal Theory**, n. 9, 2003. p. 6-15.

²¹⁵ A Justiça federal dos Estados Unidos conta com as *District Courts* de primeira instância nos 94 distritos do país, havendo pelo menos uma em cada um dos 50 estados-membros da federação. Em segunda instância, as *Courts of Appeals* são divididas em treze circuitos judiciais federais (*Federal Judicial Circuits* e *US Court of Appeals*). Dois destes treze tribunais são diferenciados: *US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit* e *US Court of Appeals for the Federal Circuit*.

²¹⁶ MULRINE, Thomas V. *Reasonable doubt: how in the world is it defined?* **American University International Law Review** 12, n. 1, 1997. p. 206.

mera dúvida imaginária. Contudo, o termo “permanente” não soa apropriado para traduzir uma convicção recém-formada, que eventualmente poderá ser transitória ou não, dependendo de outras reconsiderações. Os teóricos interpretam essa palavra como “firmeza na crença”, o que tampouco tem relação com o fato de a crença ser racional e fundada em elementos de prova. Laudan esclarece que o *standard* em análise foi estabelecido, dentre outras razões, para proteger o acusado de um julgamento apressado²¹⁷, expressando a sua presunção de inocência²¹⁸. Assim, essas formas de instruir os jurados não asseguram que eles decidirão com base nas provas do caso concreto.

A quarta compreensão aponta a dúvida razoável como aquela para a qual uma razão possa ser dada. Esse entendimento foi considerado inadequado em diversos casos como *Burnett v. Nebraska*, *Carr v. Nebraska*, *Young v. Oklahoma*, *Morgan v. Ohio*, *Pennsylvania v. Baker* e, inclusive, pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Argumenta-se que os jurados podem possuir dúvidas razoáveis em suas mentes sem, contudo, ter condições de expressar as suas razões para tanto. Particularmente no caso *Iowa v. Cohen* afirmou-se que se estaria colocando um ônus para absolvição sobre os jurados, se eles tivessem de fornecer razões para suas dúvidas, ou se acreditassem ter de, eventualmente, fornecê-las. Em contrapartida, a Suprema Corte de *Wisconsin* endossou esta posição de que uma dúvida razoável é uma dúvida para a qual uma razão possa ser dada baseada nas provas do caso. Uma dúvida não pode ser tida por razoável se para ela não existir uma razão e, existindo, ela pode ser expressa²¹⁹.

A derradeira forma define o critério como “alta probabilidade” o que, por via de consequência, implica uma probabilidade mais elevada que aquela verificada nos casos cíveis sob o critério *preponderance of evidence*. Todavia, a ideia de dúvida

²¹⁷ LAUDAN, Larry. *Is reasonable doubt reasonable?* *Legal Theory*, n. 9, 2003. p. 9.

²¹⁸ A presunção de inocência como regra de julgamento apenas estabelece que, em caso de dúvida, a inocência do acusado é presumida, mas não implica nenhum *standard* de prova específico. O direito à presunção de inocência é compatível com diferentes *standards* de prova, que expressam diferentes níveis de exigência probatória. Para derrotar a presunção de inocência, a hipótese de culpa deve ser comprovada, mas quão alta é a exigência para considerar a hipótese comprovada depende de razões políticas e não da presunção de inocência propriamente dita. BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana*. In: VÁZQUEZ, Carmen. *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 35, nota 18.

²¹⁹ MULRINE, Thomas V. *Reasonable doubt: how in the world is it defined?* *American University International Law Review* 12, n. 1, 1997. p. 225.

razoável não é suscetível de quantificação. É, pois, inerentemente qualitativa. É bastante incerto qual o nível de probabilidade associado a este critério. Esta concepção implica, ainda, a admissão da falibilidade da justiça. No julgamento do caso paradigmático *In Re Wingate*, o *Justice Brennan* ponderou que o Judiciário perderia muito de sua força moral se admitisse a falibilidade humana presente nos julgamentos. Os juízes, aparentemente, não queriam que os jurados deliberassem de forma epistêmica, como eles mesmos fazem²²⁰.

As diversas nuances da linguagem permitem que todas essas compreensões sejam criticadas por um ou outro aspecto de sua significação. A palavra crença pode denotar uma ideia de subjetivismo, mas não necessariamente será irracional. Uma crença firme, assim como a noção de alta probabilidade, podem ser tomadas em sentido qualitativo ou não. A convicção para tomar decisões importantes, assim como uma dúvida que cause hesitação, dependem do valor cognoscitivo de máximas da experiência subjacentes.

3.3.4 Possíveis compreensões

Não há consenso nos Estados Unidos, tanto no âmbito dos estados, quanto na esfera federal com seus 11 *US Circuit Courts*, se os jurados devem ou não receber qualquer instrução sobre o significado de *beyond a reasonable doubt*. Há cortes que exigem que a instrução sobre o significado dele seja dada, outras que proíbem e outras que não exigem, nem proíbem. A própria Suprema Corte, por meio do *Justice O Connor*, referiu, em 1994, que a constituição não impõe esse dever²²¹.

Aparentemente a não instrução, ou uma instrução vaga não ensejam eventual reversão do julgamento, e por isso tem sido adotada como estratégia processual. O sétimo circuito federal chegou a defender que o critério é autoevidente, de modo que qualquer tentativa de o esclarecer acabaria por gerar confusões. Todavia, esse argumento não se sustenta, pois, como já referido, os próprios magistrados, versados na dogmática jurídica, possuem concepções completamente divergentes sobre o assunto. O nono circuito federal já consignou que não há prova

²²⁰ LAUDAN, Larry. *Is reasonable doubt reasonable?* **Legal Theory**, n. 9, 2003. p. 9.

²²¹ DIAMOND, Henry A. *Reasonable doubt: to define, or not to define.* **Columbia Law Review**. v. 90, n. 1716, 1990. p. 1717-1721.

demonstrável ou confiável de que haja uma definição razoavelmente apropriada e que seja de uso comum ou bem entendida pelos cidadãos em geral²²².

Não há, portanto, um sentido unívoco para *beyond a reasonable doubt* para as cortes criminais americanas. O objetivo da instrução é alertar os jurados para que não exagerem em dúvidas teóricas, quando da tomada de decisão, bem como que o *standard* criminal é mais alto do que o cível e do que aquele das decisões do dia a dia, e que a perda da liberdade deve ser encarada como uma medida drástica. Rejeitam-se as dúvidas que carecem de razões epistêmicas específicas, sendo meramente metafísicas ou essencialmente filosóficas e expressas em termos probabilísticos, como a ideia de que não podemos ter cem por cento de certeza de nada²²³.

Há que se destacar que não importa o estado mental de convicção do julgador, mas como chegou a ele, assim como um cientista que, antes de aceitar a teoria, aprende como avaliar provas e sua influência na teoria²²⁴. No âmbito do direito civil, quando sobrevém uma ação por inadimplemento do contrato, não se espera que o pleito seja julgado conforme um particular estado mental, mas que as provas sejam avaliadas quanto ao suporte que conferem à versão fática propugnada.

Por cerca de duzentos anos, no direito anglo-americano, a noção de *beyond a reasonable doubt* foi identificada com *moral certainty*. Esta concepção nunca foi tratada exclusivamente na perspectiva subjetiva do estado mental dos julgadores, mas sempre relacionada às provas. Somente seria próprio alcançar a *moral certainty* quando houvesse diversas linhas de provas independentes que apontassem na mesma direção. Os jurados eram informados de uma forma geral sobre características lógicas e epistêmicas que um caso deveria apresentar antes de se considerar culpado o réu, além da dúvida razoável. O *standard* perdeu com o tempo esse conteúdo substantivo, tornando-se um mero mantra²²⁵.

²²² DIAMOND, Henry A. *Reasonable doubt: to define, or not to define*. **Columbia Law Review**. v. 90, n. 1716, 1990. p. 1722; LAUDAN, Larry. *Is reasonable doubt reasonable?* **Legal Theory**, n. 9, 2003. p.17.

²²³ TUZET, Giovanni. *Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification*. **Artificial Intelligence and Law** [0924-8463], 2018. p. 6.

²²⁴ LAUDAN, Larry. *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*. **El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 105-106.

²²⁵ LAUDAN, Larry. *Is reasonable doubt reasonable?* **Legal Theory**, n. 9, 2003. p. 23-24.

Em 1995, a *Court of Appeals* da província canadense da Colúmbia Britânica apreciou o caso *Regina v. Brydon*. Cinco membros dessa corte analisaram vultosa quantidade de artigos e decisões envolvendo o *standard beyond a reasonable doubt* e desenvolveram um modelo de instrução ao júri focado na racionalidade. A instrução diz, em suma, que uma dúvida razoável é aquela baseada na razão, processo lógico mental, diversa de uma dúvida fantasiosa ou especulativa, ou fundada em simpatia ou preconceito. Para esta dúvida é preciso haver uma razão lógica, relacionada às provas do processo. Inclui-se qualquer conflito entre os elementos de juízo, após considerar as provas como um todo (prova como resultado), bem como a ausência de uma prova tida por essencial. Além disso, a dúvida não pode tomar por premissa a ideia de que nada é certo, ou impossível, ou que qualquer coisa é possível. Isso porque a apreensão da verdade na sua inteireza é uma tarefa impossível, buscando-se aqui um alto grau de corroboração ao conhecimento da verdade²²⁶.

Outras contribuições têm auxiliado na melhor compreensão do *standard* além da dúvida razoável. Laudan analisa uma formulação objetivista na qual uma condenação estará justificada se, e somente se: (a) a hipótese de culpabilidade puder explicar a maioria dos fatos mais importantes do caso e (b) a hipótese de inocência não puder explicar nenhuma prova importante que seja inexplicável pela hipótese da culpabilidade²²⁷. O direito alemão, após a Segunda Guerra Mundial,

²²⁶ “A reasonable doubt is exactly what it says – a doubt based on reason – on the logical process of the mind. It is not a fanciful or speculative doubt, nor is it a doubt based upon sympathy or prejudice. It is the sort of doubt which, if you asked yourself “why do I doubt?” you can assign a logical reason by way of an answer. A logical reason in this context means a reason connected either to the evidence itself, including any conflict you may find exists after considering the evidence as a whole, or to an absence of evidence which in the circumstances of this case you believe is essential to conviction. If you have a nagging question in the back of your mind about the guilt of the defendant, you must examine and resolve that question to your own satisfaction one way or the other. In the end you must be convinced of the guilt of the defendant beyond a reasonable doubt. You must not base your doubt on the proposition that nothing is certain or impossible or that anything is possible. You are not entitled to set up a standard of absolute certainty and to say that the evidence does not measure up to the standard. In many things it is impossible to prove absolute certainty. If, after a careful consideration of all the evidence in this case, there remains in your mind a reasonable doubt as to the guilt of the accused, the Crown has failed to meet the standard of proof which the law requires, the presumption of innocence prevails and you must – not may – acquit. On the other hand, if a careful consideration of all the evidence leaves you with no reasonable doubt as to the guilt of the accused, the presumption of innocence has been displaced and it is your duty to convict.” MULRINE, Thomas V. *Reasonable doubt: how in the world is it defined?* **American University International Law Review** 12, n. 1, 1997. p. 217, 224-225.

²²⁷ LAUDAN, Larry. *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 107-

passou a diferenciar as dúvidas abstratas das concretas. Por abstratas têm-se as dúvidas que são em si possíveis e, concretas, aquelas que têm fundamento em fatos reais, em elementos de prova. A possibilidade meramente abstrata ou teórica de que um acusado não seja o autor do delito não é suficiente para impedir a sua condenação²²⁸. O *standard* penal, então, corresponderia a um alto grau de probabilidade não infirmado por nenhuma dúvida concreta²²⁹.

Na maioria das áreas da vida em que há uma investigação sobre a verdade, o tipo de advertência usual, para assegurar que esta busca seja racional, envolve especificações de tipos de provas ou testes necessários para justificar o raciocínio bem fundado. Como a explicação de quando uma hipótese é bem ou mal suportada pelas provas, ou quando é adequado inferir uma determinada conclusão a partir de certas premissas. Isso não significa tarifar os elementos de prova, mas tão somente expor modelos ou paradigmas de argumentações sólidas de forma exemplificativa. Se fatos não improváveis são atestados por várias testemunhas dotadas de credibilidade, com alegações consistentes e não contraditórias, duvidar deles não seria razoável²³⁰.

A investigação envolve, em primeiro lugar, ser atingido por uma questão. Se a resposta não é facilmente encontrada, faz-se uma conjectura sobre o que, se for verdade, responderia à questão. Descobrendo as consequências da conjectura, confere-se até que ponto elas resistem a qualquer prova que já se tenha e a qualquer outra que se possa obter. Depois julga-se manter a conjectura inicial, modificá-la, abandoná-la, começar de novo a investigação, ou suspender o julgamento até que mais provas apareçam. A investigação é mais bem conduzida quanto mais perspicazes e informadas as conjecturas, rigoroso o raciocínio, minuciosa a busca de provas e honesta a pesagem das provas. Os conceitos de investigação e de prova estão intimamente interligados. A prova com relação a

112; LAUDAN, Larry. *La elemental aritmética epistémica del derecho II: los inapropiados recursos de la teoría moral para abordar el derecho penal*. In: **Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

²²⁸ TARUFFO, Michele. *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**. Nueva serie. Año XXVIII, n. 114, septiembre-diciembre de 2005. p. 1311.

²²⁹ Outra compreensão, que segue na mesma direção, diz que, do confronto entre as hipóteses alternativas, deve-se averiguar se há dúvidas internas, isto é, contradições ou incapacidade explicativa, ou externas, vale dizer, existência de uma hipótese alternativa dotada de racionalidade, amparada nos elementos de juízo. POLI, Roberto. *Gli standard di prova in Italia*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 43, n. 280, jun. 2018. p. 421, 454-455.

²³⁰ LAUDAN, Larry. *Is reasonable doubt reasonable?* **Legal Theory**, n. 9, 2003. p.19.

afirmações factuais e empíricas é uma malha complexa na qual provas experienciais (as provas dos sentidos) e as razões (as crenças de fundo) trabalham juntas, como as pistas e ramificações entrecruzadas em um jogo de palavras cruzadas²³¹.

O que distingue uma dúvida razoável de uma não razoável é que a primeira corresponde ao suporte nos elementos probatórios. Decidir se a tese da acusação, ou da defesa, é a mais forte com base no suporte das provas é uma questão objetiva. Observa-se que é perfeitamente possível interpretar esse *standard* de prova sem que se apele ao estado mental “crença” como, por vezes, denuncia a jurisprudência norte-americana. Este é precisamente o prisma pelo qual se analisam os critérios de suficiência probatória neste estudo.

3.4 Preponderance of evidence

O critério da preponderância de provas, ou preponderância de probabilidade, é denominado *preponderance of evidence* ou *preponderance of probability*, na jurisprudência norte-americana, e *balance of probabilities*, na inglesa. É o *standard* usual em litígios civis meramente patrimoniais. Ocupa a extremidade inferior da escala usual de probabilidades que se estende acima do equilíbrio (*equipoise*). Este critério atua para minimizar o custo esperado do erro quando uma decisão jurisdicional equivocada contra o autor é considerada igualmente prejudicial quanto ao réu (v. *supra* cap. 2.7)²³².

A Suprema Corte dos Estados Unidos estabeleceu que a preponderância de provas há de ser aplicada a todos os tipos de ações civis entre litigantes privados e a todas as questões nelas contidas²³³. Para matérias que transcendem interesses econômicos, a jurisprudência norte-americana indica um critério mais rígido, que será analisado no capítulo 3.5.

3.4.1 Da origem do critério da preponderância

A evolução dos *standards* civis é um tanto ou quanto obscura. Sabe-se que emergiram lentamente das instruções do júri, após a sedimentação do critério

²³¹ HAACK, Susan. *Evidence matters: Science, proof, and truth in the law*. Cambridge University Press, 2014. p. 29-30.

²³² CLERMONT, Kevin M. *Standards of decision in law: psychological and logical bases for the standard of proof, here and abroad*. Durham: Carolina Academic Press, 2013. p. 13-14.

²³³ FLEMING JR., James; HAZARD JR., Geoffrey C.; LEUBSDORF, John. *Civil procedure*. 5. ed. New York: Foundation Press, 2001. p. 416.

criminal, passando por um longo processo de aprimoramento²³⁴. Pode-se encontrar um veredicto do júri inglês fundado na noção de “mais provável” ou “probabilidade” em 1571, no caso *Newis v. Lark Plowd*, sem que ainda fosse considerado um *standard* no formato atual. Em 1858, no julgamento do caso *Cooper v. Slade*, a Câmara dos Lordes declarou que em casos civis a preponderância de probabilidade podia constituir base suficiente para um veredicto²³⁵.

Algumas fontes sugerem que os tribunais não diferenciavam o critério de suficiência de prova entre casos civis e criminais até meados do século XIX, como se observa da decisão do Lord Goddard no caso *R. v. Hepworth and Fearnley*, em 1955²³⁶. A acepção moderna só se estabeleceu em uma data bastante tardia. O magistrado inglês Lord Denning consagrou a descrição mais frequentemente citada do *standard* probatório civil no caso *Miller v. Minister of Pensions* de 1947: *If the evidence is such that the tribunal can say “we think it more probable than not” the burden is discharged, but if the probabilities are equal it is not*²³⁷.

Percebe-se que a instituição moderna do júri teve papel decisivo nos países que o utilizam também no âmbito civil. A necessidade de fornecer instruções

²³⁴ Dois casos julgados na década de 1940, pela Suprema Corte de Massachusetts, ensejaram especial debate sobre esse critério probatório²³⁴, notadamente porque a corte lhes deu tratamento diverso, a despeito de a prova ser semelhante. O primeiro é o caso *Sargent v. Massachusetts Accident Co.* em que o jovem Upham Sargent nunca voltou de uma tentativa de conduzir um caiaque pelo rio Nottaway, a noroeste de Quebec. Seu remo e uma parte de seu caiaque foram encontrados, mas nenhuma outra prova foi descoberta. Uma ação foi ajuizada para seu filho, beneficiário da apólice de seguro, que previa o pagamento do prêmio em situação de acidente. A justiça da origem julgou improcedente a demanda, todavia a Corte de Massachusetts modificou a decisão, entendendo que havia uma chance maior de que o segurado tivesse encontrado sua morte por acidente, o que fora indicado por uma preponderância de provas. O segundo é o caso *Smith v. Rapid Transit Inc.* (posteriormente popularizado como o caso do ônibus azul) em que Betty Smith, dirigindo seu automóvel, foi forçada para fora da estrada por um ônibus, vindo a chocar-se com outro veículo estacionado. No processo, ela apenas aportou provas de que a empresa acusada era a única operadora de ônibus autorizada pelo departamento de serviços públicos a operar naquela rua, os ônibus azuis, embora ônibus privados ou fretados não fossem impedidos de usá-la. Nesse caso, o tribunal reformou a decisão em favor da companhia de transportes ré, referindo que não era suficiente para a preponderância de provas a mera probabilidade estatística, mas um mínimo de provas particularizadas ou individualizadas seria sempre necessário. BROOK, James. *Inevitable errors: the preponderance of the evidence standard in civil litigation*. *Tulsa Law Journal*. v. 18, 2013. p.87-89.

²³⁵ REDMAYNE, Mike. *Standards of proof in civil litigation*. *Modern Law Review*, v. 62, n. 167, 1999. p. 168.

²³⁶ PARDO, Michael S. *Estándares de prueba y teoría de la prueba*. In: VÁZQUEZ, Carmen. *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 110.

²³⁷ “Se a prova é de tal ordem que o tribunal possa dizer ‘pensamos que é mais provável do que não’ (tradução livre)”. REDMAYNE, Mike. *Standards of proof in civil litigation*. *Modern Law Review*, v. 62, n. 167, 1999. p. 168.

verbalizadas aos jurados impôs a adoção de um critério de suficiência próprio a esta espécie de litígios.

3.4.2 Das compreensões iniciais

Os teóricos, de um modo geral, costumam traduzir o critério da preponderância como “mais provável do que não”, vale dizer, que é mais provável a assertiva fática ser verdadeira do que falsa, seguindo a orientação clássica de Lord Denning. Porém, um debate considerável ainda gira em torno de seu significado preciso.

As expressões “preponderância de provas” e “mais provável do que não” têm sido tradicionalmente usadas de forma intercambiável, como sinônimas. A primeira delas parece estabelecer que, para sua satisfação, basta haver mais provas em favor de uma parte do que de outra, ainda que ambas ofereçam um conjunto fraco ou insuficiente de elementos²³⁸. O termo “preponderância” também é considerado enganoso por implicar referência à quantidade das provas²³⁹, quando em verdade se refere à força convincente da prova²⁴⁰, ou, mais tecnicamente, à sua credibilidade e peso (v. *supra* cap. 2.3.1).

Callen assevera que o *standard* da preponderância requer duas coisas: que as provas persuadam o julgador de que o enunciado é mais provável em favor daquele que possui o ônus de comprová-lo do que ao seu oponente, e que as provas sejam tão completas que a possível utilidade de outras adicionais não supere o custo do esforço de coletá-las ou de formular novas explicações sobre as já colhidas²⁴¹. Mueller e Kirkpatrick referem que conta não o volume de provas, mas a qualidade, e que o critério fica satisfeito pela mais fina margem concebível, que os pontos a serem provados são daquela forma²⁴².

Observe-se uma situação hipotética em que o requerente tem de provar três elementos: a existência da declaração difamatória (a), a comunicação ou publicação a terceiros (b) e o dano resultante (c). Nesse caso, o réu se defende negando ter

²³⁸ VÁZQUEZ, Carmen. *Modo de presentación*. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica**. *Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 15, nota 9.

²³⁹ GIANELLI, Paul C. **Understanding evidence**. 4. ed. LexisNexis, 2013. p. 47.

²⁴⁰ FLEMING JR., James. *Burdens of proof*. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*. 47 **Va. Law Review**. 51 (1961). p. 53.

²⁴¹ CALLEN, Craig R. *Cognitive science and the sufficiency of “sufficiency of the evidence” tests*, 65. **Tulsa Law Review** 1113, 1991. p. 1117.

²⁴² MUELLER, Christopher B.; KIRKPATRICK, Laird C. **Evidence**. 5. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012. p. 111-112.

feito a declaração e argui, como defesa eventual (d), que a declaração constitui fato verdadeiro (exceção da verdade). A última defesa é um contradireito²⁴³, e o réu normalmente carrega o *onus probandi* quanto a esta afirmação. Assim, cada parte tem uma responsabilidade pela prova, todavia o autor sucumbe tanto no caso de não comprovar todos os elementos (a), (b) e (c), quanto no caso de o réu comprovar que a afirmação tida por difamatória era verdadeira (d). O requerente deve, de início, satisfazer o requisito essencial de produção de provas para todos os três elementos por uma preponderância de provas²⁴⁴, considerada a valoração de todo o acervo probatório, o que pode ser infirmado pelos elementos que suportem a tese (d). Por meio deste *standard* o magistrado verifica qual hipótese fática tem maior suporte em relação a todas as demais.

Com efeito, a preponderância de provas ou preponderância de probabilidade não se refere à probabilidade como frequência estatística ou à probabilidade quantitativa, mas ao grau de confirmação lógica que um enunciado obtém a partir dos elementos de juízo. Trata-se do patamar mínimo de corroboração para considerar uma alegação sobre fatos suficientemente comprovada no processo civil.

3.4.3 Da compreensão de Taruffo

A despeito de este critério ser um tanto ou quanto vago na jurisprudência norte-americana e inglesa, Taruffo o interpreta como o “critério da lógica preponderante”, formado da combinação de dois outros critérios: “mais provável do que não” (*più probabile che no*) e “preponderância relativa” (*prevalenza relativa*). O primeiro se refere à eventualidade de um enunciado sobre fatos ser verdadeiro ou falso. Ele impõe a escolha entre a alternativa positiva e a negativa do enunciado (hipóteses contrárias *v.g.* um afirma e outro nega o fato constitutivo), com base nas provas disponíveis. Já a preponderância relativa refere-se à existência de diversas hipóteses explicativas para os fatos investigados (hipóteses sobre fatos incompatíveis *v.g.* o réu afirma um fato incompatível, como um álibi; ou hipóteses

²⁴³ Os contradireitos são direitos subjetivos materiais do réu contrapostos aos do autor, passíveis de serem deduzidos em sede de defesa *v.g.* compensação, exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), exceção do contrato mal cumprido (*exceptio non rite adimpleti contractus*), direito de retenção, exceção de usucapião etc. BRUNS, Rudolf. **Zivilprozessrecht**. Berlin: Franz Vahlen, 1968, p. 212-214.

²⁴⁴ LILLY, Graham C. **An introduction to the law of evidence**. 2 ed. Saint Paul, Minnesota: West Publishing Co, 1987. p. 49-51.

sobre fatos juridicamente vinculados v.g. o réu afirma fatos modificativos, impeditivos, ou extintivos do direito do autor)²⁴⁵. São diversos enunciados narrando o mesmo fato de formas diferentes, ou fatos diversos, cada qual com um grau próprio de corroboração nas provas. Assim tomam-se em consideração somente as hipóteses mais prováveis, que receberam alguma confirmação no processo. O magistrado escolhe aquela que recebeu o grau relativamente maior de suporte²⁴⁶.

Adentrando no primeiro aspecto do critério da lógica preponderante, em que há somente uma hipótese sobre o fato, Taruffo elenca seis possibilidades lógicas quanto ao grau de confirmação do enunciado com base nas provas: (a) ausência de confirmação da sua veracidade, (b) confirmação fraca da sua veracidade, (c) confirmação forte da sua veracidade, (d) ausência de confirmação da sua falsidade, (e) confirmação fraca de sua falsidade e (f) confirmação forte de sua falsidade. A prova de uma alegação sobre um fato revela-se substancialmente mais contundente quando não encontra outra que a infirme²⁴⁷. Não há como mensurar precisamente se a confirmação de uma hipótese é fraca ou forte, mas somente de forma aproximada no momento da valoração dos elementos de juízo. Quanto mais criteriosa for a apreciação do *factum probans* (v. *supra* cap. 2.3.1), mais discerníveis serão essas possibilidades lógicas.

Assim sendo, havendo confirmação probatória forte da veracidade do enunciado (c) e, em contrapartida, ausência de confirmação de sua falsidade (d) ou confirmação fraca de sua falsidade (e), a *preponderance of evidence* recai na veracidade do enunciado. Da mesma forma, havendo confirmação probatória forte da falsidade do enunciado (f) e, juntamente, confirmação fraca da sua veracidade (b) ou ausência de confirmação da sua veracidade (a), a *preponderance of evidence* recai na falsidade do enunciado.

Se, todavia, houver hipóteses contrapostas, com confirmação probatória forte tanto da veracidade (c) quanto da falsidade (f) do enunciado, mister se faz a confrontação dos graus de confirmação. Alguns critérios delineados no capítulo

²⁴⁵ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 221-232.

²⁴⁶ TARUFFO, Michele. *Verità e probabilità nella prova dei fatti*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 154, dez. 2007. p. 221.

²⁴⁷ TARUFFO, Michele. *Verità e probabilità nella prova dei fatti*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 154, dez. 2007. p. 221.

2.3.1. podem auxiliar nesse cotejo, *i.e.*, a confirmação das hipóteses derivadas, congruência narrativa, coerência narrativa, capacidade explicativa, simplicidade.

Havendo ausência de confirmação da veracidade do enunciado (a), ou confirmação fraca da sua veracidade (b), ao mesmo tempo em que há ausência (d) ou confirmação fraca da sua falsidade (e), estar-se-á diante de uma situação de incerteza, somente podendo ser solucionada mediante a regra de julgamento do *onus probandi*²⁴⁸. Entende-se o ônus da prova como o *dever* do magistrado de aplicar a regra de julgamento, em caso de *non liquet*²⁴⁹, segundo a qual o autor arca com o risco da insuficiência na corroboração dos fatos constitutivos do direito subjetivo por ele alegado em juízo, e o réu arca com o risco da insuficiência na corroboração dos fatos impeditivos, modificativos, extintivos do direito subjetivo afirmado pelo autor, ou dos fatos constitutivos de seu contradireito, com a possibilidade de alteração prévia desse critério pelo julgador²⁵⁰.

A modificação do ônus é possível desde que haja dificuldade de provar um fato específico para uma parte e, ao mesmo tempo, facilidade para a outra. Por exemplo, se o autor alega inadimplemento contratual e comprova a existência do pacto, imputa-se ao réu demonstrar o adimplemento da prestação questionada. A distribuição inicial decorre da máxima da experiência *onus probandi incumbit ei qui dicit non ei qui negat*, vale dizer, quem alega é que deve comprovar o que diz, porque normalmente tem mais facilidade para tanto. Uma segunda função do *onus probandi* é a alocação prévia do risco de insuficiência probatória. Ele informa e orienta previamente qual parte deve comprovar o quê no processo, sob pena de ser eventualmente prejudicada pela regra de julgamento em caso de ausência de provas suficientes²⁵¹.

²⁴⁸ TARUFFO, Michele. *Verità e probabilità nella prova dei fatti*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 32, n. 154, dez. 2007. p. 221.

²⁴⁹ RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 117-120.

²⁵⁰ TUZET, Giovanni. *Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification*. **Artificial Intelligence and Law** [0924-8463], 2018. p. 3, nota 5.

²⁵¹ Nas hipóteses de fraude contra credores e fraude à execução, aquele que busca desconstituir o ato jurídico deve provar a anterioridade do crédito e o *consilium fraudis* (conluio entre o transmitente e o adquirente), atribuindo-se àquele que se imputa a fraude a prova da não ocorrência do *eventus damni* (insolvência), já que para esse é mais fácil inventariar o próprio patrimônio. Em ação de indenização por danos morais decorrentes da inscrição indevida em cadastros restritivos de crédito, o autor prova o pagamento da prestação questionada, a inscrição de seu nome em momento posterior ao adimplemento e o nexos causal, isto é, que tal ato fora perpetrado pela parte ré. A jurisprudência considera presumido o dano, *in re ipsa*, o qual não precisa ser demonstrado pelo autor, já que atinge

A situação se complica à medida que houver mais hipóteses *sub judice*, que podem ser verdadeiras ou falsas e servem para fundamentar a decisão, como aquelas sobre fatos incompatíveis ou fatos juridicamente vinculados, quando então se observa o segundo aspecto do critério da lógica preponderante, a preponderância relativa. Busca-se, pois, a hipótese que recebe mais suporte em contraste com as alternativas. Igualmente podem-se utilizar os critérios da confirmação das hipóteses derivadas, congruência narrativa, coerência narrativa, capacidade explicativa, simplicidade etc.

O fato constitutivo é aquele gerador do direito afirmado em juízo *v.g.* a existência do contrato de locação e seu inadimplemento são fatos constitutivos do direito de restituição da coisa locada, o testamento e o falecimento do testador são fatos constitutivos do direito à sucessão, o ato ilícito, o dano dele decorrente e o nexo causal são constitutivos do direito à indenização. O réu pode negar tais fatos *v.g.* inexistência do contrato, do falecimento, do testamento, da ilicitude, do nexo causal ou do dano, e apresentar contraprovas, sem que sobre ele pese a eventual aplicação da regra do ônus da prova. Pode também apresentar defesas meritórias indiretas, alegando fato extintivo do direito, aquele que retira a eficácia do fato constitutivo, *v.g.* pagamento, compensação, decadência, prescrição; fato impeditivo, cuja existência obsta que o fato constitutivo produza efeitos, *v.g.* incapacidade, erro, dolo, coação, lesão, estado de perigo, desequilíbrio contratual; ou fato modificativo, que considera a existência do fato constitutivo, mas o altera, *v.g.* moratória concedida ao devedor²⁵². A presença de versões impeditivas, modificativas ou extintivas tem efeito neutralizador sobre a narrativa dos fatos constitutivos. Impõe-se, nesse caso, o contraste do grau de probabilidade da prova das alegações sobre fatos constitutivos do direito do autor em face do grau de probabilidade presente na

seu nome, um direito de personalidade. Ao réu incumbe a prova de que não houve dano, *v.g.* demonstrando que haviam outras inscrições em nome do autor no rol dos inadimplentes. CARPES, Artur. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 41-71. Outro exemplo é a ação de usucapião. Há dificuldade de se comprovar a posse ininterrupta do bem usucapiendo, de modo que demonstrando-se o exercício da posse em diferentes momentos do lapso temporal necessário para a implementação do direito de propriedade, *v.g.* pagamento de IPVA e manutenção periódica do veículo etc., imputa-se ao réu o ônus de comprovar a interrupção da posse.

²⁵² DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 111-116.

prova das alegações sobre fatos impeditivos, modificativos ou extintivos desse direito.

O fato constitutivo do direito pode ser um fato negativo, um não fato, *v.g.* não ter cometido a infração de trânsito. Contra o autor igualmente pesa o *onus probandi*, caso não o demonstre. Observa-se que a todo fato negativo corresponde um fato positivo correlato e vice-versa. Pode-se, portanto, comprovar indiretamente a não ocorrência da infração de trânsito com a prova de que a parte estava em outro local naquele horário específico. Também em defesa o réu pode negar o fato constitutivo do direito do autor e alegar um fato positivo que demonstre a não ocorrência do primeiro²⁵³. Conforme a dificuldade da parte para comprovar a alegação e a simultânea facilidade da contraparte, o juiz pode alterar o ônus. Ressalva-se a alegação de uma negativa absoluta, aquela proposição indefinida no tempo ou espaço, *v.g.* Tício jamais andou de bicicleta, porquanto constitui *probatio diabolica* para ambas as partes, imaginando-se que Tício não tenha um registro fotográfico andando de bicicleta. O fato probando precisa, portanto, ser determinado no tempo e espaço.

A lógica preponderante se aplica também a enunciados relativos ao nexo causal. As afirmações referidas ao fato identificado como causa e ao fato indicado como consequência, bem como a regra de cobertura que vincula os dois fatos (uma máxima da experiência que permite inferir indutivamente a ligação entre os fatos) precisam ser devidamente corroboradas. Algumas teorias esclarecem a noção de *causa*. A teoria da *conditio sine qua non*, ou da equivalência das condições, considera causa todo fato antecedente sem o qual o resultado não seria verificado. A Teoria da causalidade adequada diz que um fato só deve ser considerado causa adequada de fatos que constituem consequência normal, típica, provável dele, à luz do critério da normalidade (a partir de máximas da experiência). Já a teoria do dano direto e imediato, uma variação da última, verifica se um evento é efeito necessário de outro. Considera a proximidade lógica para estabelecer qual evento foi o mais determinante para provocar o resultado²⁵⁴. De qualquer sorte, após a valoração de

²⁵³ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil v. 2:** teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 111-116.

²⁵⁴ CARPES, Artur. **A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil.** MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 39-47.

todo o acervo probatório, as inferências de uma cadeia causal terão uma força conjunta que não poderá ser superior à força do seu elo mais fraco²⁵⁵.

Então, o critério da “lógica preponderante” de Taruffo abrange tanto a formulação clássica de Lord Denning, “mais provável do que não”, quanto a “preponderância relativa”. A primeira é bastante para a avaliação de hipóteses contrárias, em que a investigação recai sobre a disputa entre a veracidade e a falsidade de uma alegação fática. A segunda serve à dissensão entre hipóteses sobre fatos incompatíveis ou juridicamente vinculados, essas últimas podendo se constituir de fatos modificativos, impeditivos ou extintivos. Havendo várias hipóteses impende a consideração minuciosa aos critérios de valoração próprios a esta confrontação dialética de onde se poderá concluir pela preponderância relativa de uma ou outra hipótese.

3.5 Clear and convincing evidence

A jurisprudência norte-americana aceita como um critério intermediário a prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*), para hipóteses envolvendo litígios civis em que estejam implicados interesses não meramente patrimoniais, tais como direitos de personalidade, destituição do pátrio poder e outras hipóteses do direito de família, bem como em ações civis com caráter sancionador, como improbidade administrativa. Nesses casos busca-se um grau particularmente alto de confirmação nos elementos de juízo. Aquele que deduz a pretensão acaba suportando um risco maior na eventualidade de um erro judicial²⁵⁶.

No caso *Santosky v. Kramer*, que tratava de perda do pátrio poder, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que o direito subjetivo em jogo impunha o critério mais elevado. Igualmente no caso *Addington v. Texas* a corte definiu que a internação compulsória de uma pessoa em instituição psiquiátrica, em um processo civil, exigia a comprovação do perigo por provas claras e convincentes²⁵⁷.

Em verdade, este é um conjunto de critérios intermediários agrupados sob a bandeira da prova clara e convincente e comumente traduzido como “muito mais provável do que não” (*much more likely than not*) ou “muito provável” (*highly*

²⁵⁵ TARUFFO, Michele. **A prova**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 297-298.

²⁵⁶ MUELLER, Christopher B.; KIRKPATRICK, Laird C. **Evidence**. 5. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012. p.112.

²⁵⁷ GIANELLI, Paul C. **Understanding evidence**. 4. ed. LexisNexis, 2013. p. 48.

probable)²⁵⁸. É a possível fusão, ao longo do tempo, de vários critérios em um único²⁵⁹. O *standard* aparece em 1839, no caso *Perry v. Pearson*, como *full, clear and unequivocal*; em 1847, no caso *Bailey v. Bailey*, como *clear, certain and satisfactory*; em 1855, no caso *Davidson v. Greer*, como *clear and convincing*; em 1898, no caso *Rogers v. Smith*, como *clear, exact and satisfactory*; em 1925, no caso *Jones v. Jones*, como *clear, convincing and satisfactory*; em 1938, no caso *Whitaker v. Moore*, como *clear, cogent and convincing*²⁶⁰. Em todos esses casos havia questões especiais, estando em jogo situações mais importantes do que pecúnia ou propriedade.

O denominador comum a estas concepções é que se referem a um nível de suficiência probatória maior que a “preponderância de provas” e menor que “além da dúvida razoável”²⁶¹. Tuzet pontua que para ter um veredicto a seu favor, a parte onerada deve fazer um maior esforço probatório, apresentando provas mais fortes, ou com maior valor probatório, do que o suficiente em casos normais²⁶².

A palavra “clara” implica uma mensuração objetiva do peso da prova. Pode denotar a preferência por provas que estão dentro da experiência cotidiana do júri contra aquelas que, embora convincentes, não são familiares ou são de difícil compreensão. A determinação de que seja “convincente” remete a um nível de persuasão. A palavra “satisfatória”, no uso corrente, sugere um baixo nível de exigência, que poderia se remeter à “preponderância de provas”. Tampouco há maior limpidez nestas palavras tomadas em conjunto²⁶³.

O critério “além da dúvida razoável”, pelo menos literalmente, descreve um estado mental do julgador, enquanto a “prova clara e convincente” descreve um estado das provas. Esse sinaliza quanto de corroboração probatória é necessário para suportar um pleito judicial. O primeiro, quanto de corroboração contrária é

²⁵⁸ GIANELLI, Paul C. *Understanding evidence*. 4. ed. LexisNexis, 2013. p. 47.

²⁵⁹ CLERMONT, Kevin M. *Standards of decision in law: psychological and logical bases for the standard of proof, here and abroad*. Durham: Carolina Academic Press, 2013. p. 14 e 23.

²⁶⁰ *Perry v. Pearson*, 20 Tenn. (1 Humph) 431 (1839); *Bailey v. Bailey*, 27 Tenn. (8 Humph) 230 (1847); *Davidson v. Greer*, 35 Tenn. (3 Sneed) 384 (1855); *Rogers v. Smith*, 48 S.W. 700 (Tenn. Ch. App. 1898); *Jones v. Jones*, 150 Tenn. 554, 266 S.W. 110 (1925); *Whitaker v. Moore*, 14 Tenn. App. 204 (1938).

²⁶¹ REARDON, George. *Evidence: proof beyond a reasonable doubt in civil cases*. 27 *University of Florida Law Review*. 260, 1974. p. 261.

²⁶² TUZET, Giovanni. *Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification*. *Artificial Intelligence and Law* [0924-8463], 2018. p. 5.

²⁶³ REARDON, George. *Evidence: proof beyond a reasonable doubt in civil cases*. 27 *University of Florida Law Review*. 260, 1974. p. 264-265.

necessário para vencer o critério. Certamente a linguagem empregada é vaga. Haack salienta que a terminologia na qual os *standards* são expressos, ou explicados aos jurados, é parcialmente psicológica, como quando se fala em “convicção”, porque tal termo soa subjetivo, sugerindo que a tarefa do advogado é simplesmente induzir um certo estado mental no julgador. No entanto, também é parcialmente epistemológica, como quando se utiliza a palavra “razoável” em “além da dúvida razoável”, ou “clara” em “clara e convincente”, soando como questões objetivas, pois aparentemente se referem à qualidade das provas apresentadas, aspecto que é o principal²⁶⁴.

A Suprema Corte do estado do Arizona reverteu um julgado que considerava que, para ser clara e convincente, a prova deveria ser certa e clara ao entendimento, inequívoca e convincente, significando que era tão razoável e persuasiva a ponto de fazer com que nela se acreditasse²⁶⁵. A corte entendeu que a acusação estabeleceu um critério muito alto nesses termos. A melhor instrução ao júri deveria dizer, todavia, que provas claras e convincentes eram aquelas que tornavam a existência da questão proposta “altamente provável”²⁶⁶.

Segundo a lei havaiana, a prova “clara e convincente” é definida como um *standard* probatório intermediário, maior que a preponderância de provas, mas menor que a prova além da dúvida razoável. Este critério exige que o grau de prova produza na mente do julgador uma crença ou convicção firme quanto às alegações suscitadas e que a existência de um fato seja altamente provável²⁶⁷. Esse critério foi aplicado a uma ampla variedade de casos civis, nos quais, por razões políticas, os tribunais exigiram um grau de corroboração maior que o normalmente requerido, antes de fazer constatações factuais²⁶⁸.

²⁶⁴ HAACK, Susan. *El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica**. *Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 70-71.

²⁶⁵ *State v. King*, 763 P.2d 239, 241-44 (Ariz. 1988).

²⁶⁶ CLERMONT, Kevin M. **Standards of decision in law: psychological and logical bases for the standard of proof, here and abroad**. Durham: Carolina Academic Press, 2013. p. 24.

²⁶⁷ CLERMONT, Kevin M. **Standards of decision in law: psychological and logical bases for the standard of proof, here and abroad**. Durham: Carolina Academic Press, 2013. p. 24-25.

²⁶⁸ *Tauese v. State, Dep't of Labor & Indus. Relations*, 147 P.3d 785, 819-20 (Haw. 2006); *Masaki v. Gen. Motors Corp.*, 780 P.2d 566, 574-75 (Haw. 1989).

Observa-se que, em termos práticos, pode não haver espaço conceitual para um *standard* intermediário de prova nas mentes dos jurados e do magistrado²⁶⁹. Por mais impreciso que seja, pode ser o bastante para denotar um estado de espírito que requeira mais do que o critério da preponderância²⁷⁰. Contudo, não há estudos empíricos suficientes e diretamente relevantes analisando o que os jurados leigos entendem a respeito das diferenças entre os três *standards* da *common law* ou sobre as nuances das instruções de um juiz. Provavelmente, pode-se presumir que a diferença entre *preponderance of evidence* e *proof beyond a reasonable doubt* é melhor compreendida do que qualquer uma delas em relação ao *standard* intermediário²⁷¹.

3.6 Algumas contribuições contemporâneas

A inadequação empírica das concepções tradicionais dos *standards* de prova tem ensejado debates quanto à necessidade de explorar teorias alternativas. Ferrer Beltrán apresentou alguns modelos de *standard* a partir de premissas que entende assegurar-lhes maior racionalidade. González Lagier, ao seu turno, opôs algumas objeções relacionadas à vagueza da linguagem.

3.6.1 Da proposta de Ferrer Beltrán

Ferrer Beltrán, sem definir um *standard* para o processo civil, propõe um critério penal trabalhando com as concepções de *coerência*, *plausibilidade* e *capacidade explicativa*. Parte-se das seguintes premissas, para que o *standard* possa funcionar como um critério racional: vincula-se a prova à sua capacidade justificativa, não às crenças do julgador (íntima convicção, certeza moral etc.); estabelece-se uma formulação suficientemente precisa para possibilitar o controle intersubjetivo de sua aplicação; incorpora-se a preferência por falsos negativos a falsos positivos, dados os valores em jogo no julgamento criminal. A metodologia

²⁶⁹ REARDON, George. *Evidence: proof beyond a reasonable doubt in civil cases*. 27 *University of Florida Law Review*, 260, 1974. p. 265.

²⁷⁰ FLEMING JR., James; HAZARD JR., Geoffrey C.; LEUBSDORF, John. *Civil procedure*. 5. ed. New York: Foundation Press, 2001. p. 417.

²⁷¹ GIANELLI, Paul C. *Understanding evidence*. 4. ed. LexisNexis, 2013. p. 47 e nota 12.

utilizada é a da corroboração das hipóteses, que é uma questão de grau. Essas podem ser mais ou menos corroboradas²⁷².

Segundo o autor, para considerar provada a hipótese de culpabilidade, devem dar-se conjuntamente as condições: (1) a hipótese deve ser *capaz de explicar* os dados disponíveis, integrando-os de forma *coerente*, e as previsões de novos dados que a hipótese permite formular devem ter sido confirmadas por provas no processo²⁷³; (2) todas as outras hipóteses *plausíveis*²⁷⁴ que explicam os mesmos dados, compatíveis com a inocência do acusado, devem ter sido refutadas²⁷⁵, excluindo-se meras hipóteses *ad hoc*. Assim, é preciso dispor de elementos de prova que sirvam para refutar todas essas demais hipóteses.

A primeira condição requer não apenas que a hipótese da culpa explique todos os dados disponíveis e os integre de maneira coerente, mas que também preveja e explique novos dados que podem ser formulados a partir da hipótese. Contudo, Tuzet refere que as previsões que podem ser formuladas a partir de uma hipótese

²⁷² FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del estado por prisión preventiva errónea*. In: PAPAYANNIS, Diego M.; FREDES, Esteban Pereira. **Filosofía del Derecho Privado**. Barcelona: Marcial Pons, 2018. p. 417.

²⁷³ Para Ferrer Beltrán, a estrutura do raciocínio compreende a hipótese, os supostos adicionais, as condições iniciais e as predições. Por exemplo, para a hipótese na qual Tício teria desferido um tiro em Caio, é um suposto adicional o fato que quem usa arma de fogo fica com rastros de pólvora nas mãos (máxima da experiência) e, nesse exemplo, tem-se como uma condição inicial que quem atirou não usou luvas (elemento de prova). Pode-se, assim, fazer uma predição de que se Tício atirou terá, após o disparo, rastros de pólvora nas mãos (inferência). Se houver segurança sobre os supostos adicionais e sobre as condições iniciais, e se confirmada a predição, ter-se-á um elemento de juízo a favor da hipótese. Somente se os supostos adicionais (conhecimentos usados para a predição) se fundarem em leis científicas de caráter universal ou quase universal é que as inferências probatórias terão o condão de produzir altos graus de confirmação. Se em um processo há mais de uma prova e, portanto, mais de uma inferência sobre o mesmo enunciado, é necessário verificar o grau de confirmação dado a ele por cada uma das provas, para posteriormente verificar se as inferências convergem. O cumprimento das predições outorga corroboração à hipótese, mas não é suficiente para confirmá-la. FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 52.

²⁷⁴ A plausibilidade a que se faz referência é entendida como compatibilidade com o conhecimento que temos do mundo. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del estado por prisión preventiva errónea*. In: PAPAYANNIS, Diego M.; FREDES, Esteban Pereira. **Filosofía del Derecho Privado**. Barcelona: Marcial Pons, 2018. p. 417, nota 30. A plausibilidade da narração de um fato parece muito similar ao que se poderia definir como verossimilhança. Seria plausível aquilo que é verossímil e é verossímil não aquilo que é verdadeiro, mas aquilo que parece corresponder-se com a “normalidade” de comportamentos ou de eventos do tipo que é objeto de valoração. Há muitas coisas verossímeis que são falsas e muitas coisas que não correspondem à normalidade, ao *id quod plerumque accidit*, mas que não ocorreram de fato. TARUFFO, Michele. *Tres observaciones sobre “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”*, de Larry Laudan. In: **Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho**. Madrid, n. 28, 2005. p. 123-124.

²⁷⁵ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana*. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 36, nota 20.

são infinitas. Assim, é necessário considerar uma relevância contextual, que de alguma forma especifique as previsões que devem ser confirmadas. Há, pois, dificuldade em se delimitar as previsões relevantes²⁷⁶.

A segunda condição do *standard* se concentra no aspecto da refutação: todas as hipóteses compatíveis com a inocência do acusado que são plausíveis, explicativas dos dados disponíveis, e não *ad hoc*, devem ser falseadas. O problema do seu número potencialmente infinito é controlado pelas qualificações que as hipóteses devem ter: plausibilidade, capacidade explicativa e não ser *ad hoc*. Se a hipótese defensiva não possui razões independentes que a apoiem, como a alegação genérica de uma conspiração, que é uma hipótese *ad hoc*, não necessita ser refutada²⁷⁷.

Sobre a capacidade explicativa, normalmente uma hipótese explica melhor alguns dados e, outra, explica melhor alguns outros, de modo que há certa ambiguidade nessa qualificação. O fato de as hipóteses concorrentes nunca serem completamente equivalentes faz pensar que é correta a ideia de que a decisão deve se basear na melhor hipótese e que, portanto, o raciocínio probatório como um todo é uma inferência à melhor explicação²⁷⁸. Uma das críticas recorrentes à “inferência à melhor explicação” é que o termo “melhor” é uma qualificação muito vaga²⁷⁹. Contudo, ainda que vaga, é possível especificá-la contextualmente. É possível

²⁷⁶ TUZET, Giovanni. *Prova, verità e valutazione*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, v. 68, n. 4, dez. 2014. p. 1533-1534.

²⁷⁷ Hipóteses *ad hoc* compensam anomalias não previstas pelas teorias em sua forma original, ainda não modificada. São estranhas à formulação original e adicionadas *a posteriori* para salvar a teoria de ser falseada. Um exemplo, no contexto jurídico, é a alegação de que há uma conspiração em curso, sem que apresentem elementos que suportem essa tese.

²⁷⁸ LAUDAN, Larry. *Strange bedfellows: inference to the best explanation and the criminal standard of proof*. *International Journal of Evidence & Proof*, v. 11, Issue 4, 2007. p. 296.

²⁷⁹ Gil Harman enfatizou que a qualificação de “melhor” para uma hipótese explicativa depende de sua simplicidade, plausibilidade e ausência de elementos *ad hoc* nela. Paul Thagard sugeriu que uma hipótese se qualifica como a melhor explicação somente se: (a) é capaz de explicar diferentes tipos de fatos; (b) possui simplicidade (entendida como um reflexo do número e da natureza das suposições que a hipótese requer para explicar os fatos); (c) exhibe analogias apropriadas com hipóteses conhecidas e bem-sucedidas; e (d) é coerente com o *stock of knowledge*. A visão de John Josephson sobre a natureza das virtudes explicativas enfatiza a consistência interna da hipótese, seu poder preditivo, quão decisivamente ela supera suas rivais e o rigor da busca por hipóteses rivais. Bill Lycan inclui simplicidade, poder explicativo, alto grau de testabilidade e coerência com o *stock of knowledge* entre os recursos que contribuem para a virtude explicativa. Embora se possa encontrar aqui alguns tópicos comuns, falta um consenso sobre o que faz exatamente uma explicação melhor do que outra. HARMAN, Gilbert H. *Inference to the best explanation*. *The Philosophical Review*, v. 74, n. 1, 1965. p. 88-95.

diferenciar uma hipótese juridicamente melhor de uma hipótese cientificamente melhor; especificar o que o termo significa em relação ao contexto civil e penal etc.

Todas essas noções de coerência, plausibilidade e capacidade explicativa podem ser especificadas de maneiras diferentes, e alguma medida de indeterminação permanecerá em todos os *standards* e em todas as especificações que possam ser imaginadas. O ideal de precisão absoluta é um mito²⁸⁰.

Em artigo posterior Ferrer Beltrán adiciona mais cinco exemplos de *standards* de prova, aduzindo que essas formulações têm a virtude de operacionalizarem as outras regras de distribuição do risco probatório, como o ônus da prova e as presunções, e não padecem de subjetivismos, problemas corriqueiros nas formulações tradicionais²⁸¹. No total, as seis formulações seguem uma ordem decrescente de exigência quanto à suficiência probatória, sendo a mais rigorosa aquela referida inicialmente.

No segundo *standard* mais exigente, para considerar provada uma hipótese sobre os fatos, devem dar-se conjuntamente as seguintes condições: (a) a hipótese deve ser *capaz de explicar* os dados disponíveis, integrando-os de forma *coerente*, e as previsões de novos dados que a hipótese permite formular devem ter sido confirmadas e fornecidas como provas para o processo; (b) e deve ter sido refutada a hipótese alternativa formulada pela defesa, se é *plausível*, explicativa dos mesmos dados e compatível com a inocência do acusado, salvo se se trata de uma mera hipótese *ad hoc*. Aqui não há necessidade de refutar todas as demais hipóteses concebíveis, mas somente as deduzidas pela defesa.

O terceiro modelo traz as seguintes condições: (a) que a hipótese seja a *melhor explicação* disponível dos fatos cuja ocorrência deve provar à luz dos elementos de juízo existentes no processo judicial; (b) e que o *peso probatório* do conjunto de elementos de juízo relevantes incorporados ao processo seja tendencialmente completo²⁸². A exigência do peso resolveria o problema de,

²⁸⁰ TUZET, Giovanni. *Prova, verità e valutazione*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, v. 68, n. 4, dez. 2014. p. 1535.

²⁸¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del estado por prisión preventiva errónea*. In: PAPAYANNIS, Diego M.; FREDES, Esteban Pereira. **Filosofía del Derecho Privado**. Barcelona: Marcial Pons, 2018. p. 418-419.

²⁸² As dimensões que se destinam a capturar as duas cláusulas do *standard* proposto são análogas à distinção que Susan Haack levanta entre o grau de suporte oferecido pelas provas a uma hipótese e o grau de inclusão (abrangência / *comprehensiveness*) das provas, que responde à pergunta sobre

eventualmente, a melhor explicação ser uma má explicação, de modo que o *standard* não seria satisfeito em razão do baixo peso.

O quarto exige: (a) que a hipótese ofereça *uma melhor explicação* dos fatos cuja ocorrência deve provar, do que a hipótese da parte contrária à luz dos elementos de juízo existentes no processo judicial; (b) e que o *peso* probatório do conjunto de elementos de juízo relevantes incorporados ao processo seja completo. A melhor explicação agora vem em termos comparativos com aquela ofertada pela contraparte, não mais em termos absolutos, “a melhor explicação”.

O quinto requer somente que a hipótese seja *a melhor explicação* disponível dos fatos cuja ocorrência deve provar à luz dos elementos de juízo existentes no processo judicial. Não mais há a exigência do peso probatório.

O derradeiro pressupõe que a hipótese ofereça *uma melhor explicação* dos fatos cuja ocorrência deve provar, do que a hipótese da parte contrária à luz dos elementos de juízo existentes no processo judicial. Nessa configuração tampouco há a exigência do peso probatório.

Com efeito, jamais será possível dirimir totalmente a vagueza dos *standards* ou dos termos *coerência*, *plausibilidade*, *capacidade explicativa* e *peso*, dada a textura aberta própria da linguagem²⁸³. Os *standards* propostos por Ferrer Beltrán, ainda assim, contribuem para melhor direcionar a racionalidade na tomada de decisão por enfatizar a vinculação das provas à sua capacidade justificativa. Observa-se, ainda, que os modelos propostos tratam de abarcar em sua formulação mais ou menos critérios de “valoração da prova”, como coerência, capacidade explicativa, eliminação de hipóteses alternativas (v. *supra* cap. 2.3.1), para formar um critério de “suficiência da prova”.

quantas provas relevantes se tem à disposição. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del estado por prisión preventiva errónea*. In: PAPAYANNIS, Diego M.; FREDES, Esteban Pereira. **Filosofía del Derecho Privado**. Barcelona: Marcial Pons, 2018. p. 417-418, nota 31.

²⁸³ Em todos os campos da experiência há o limite inerente à linguagem. Segundo Hart, a textura aberta do direito seria intrínseca às dificuldades que decorrem da linguagem e da impossibilidade de previsão de todas as particularidades fáticas que podem surgir quando da aplicação da legislação ou do precedente. O intérprete é auxiliado pelos critérios de interpretação, mas esses cânones não podem eliminar as incertezas, embora possam diminuí-las, porque eles próprios são normas gerais sobre o uso da linguagem e também exigem interpretação. Tampouco esses podem fornecer a sua própria interpretação. HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 161-176. Uma explicação detalhada sobre o significado da textura aberta do direito para Hart também pode ser encontrada na obra: PREVEDELLO, Alexandre. **Teoria da derrotabilidade**: as exceções não previstas nas regras jurídicas. Porto: Editorial Juruá, 2019. p. 25-42.

3.6.2 Do ceticismo de González Lagier

Estabelecer os significados de diferentes *standards* probatórios é um problema considerado assaz complexo. Muitos juristas reputam não haver solução satisfatória, mesmo na vasta literatura existente sobre o tema nos sistemas de *common law*²⁸⁴. A própria linguagem na qual esses critérios de suficiência são exprimidos torna dificultosa a sua compreensão com exatidão.

Na linguagem, a vagueza pode estar relacionada à classificação de um conceito, como o de um *standard*. Essa vagueza pode ser dividida em duas espécies. A qualitativa, ou combinatória, é aquela em que as condições necessárias e suficientes para a aplicação do conceito não são bem determinadas *v.g.* não se sabe se o conceito de “livro” inclui livros eletrônicos, ou se o de “veículo automotor” abrange transportes elétricos etc. Pode-se imaginar uma zona composta pelas situações ou coisas sobre as quais não há dúvidas que estão inclusas no conceito, outra zona formada por aquelas que claramente não estão inclusas e uma terceira zona de incerteza, em que existem dúvidas quanto ao fato de estarem ou não contidas no conceito. A vagueza quantitativa, ou de grau, é aquela que ocorre quando a definição do conceito é gradual, ensejando dificuldade de se traçar uma linha dentro de uma escala *v.g.* “alto”, “quente”, “grau de confirmação”, ou “o espectro contínuo entre vermelho e laranja que produz casos limítrofes para a aplicação dos nossos conceitos de cores”. Quando se fala em “dúvida razoável”, falta especificar o que se entende por “razoável”, devendo-se evitar recorrer a outra propriedade gradual²⁸⁵.

O grau de confirmação de um enunciado fático padece da vagueza de grau, porquanto é um conceito gradual e não quantificável. Sem resolvê-lo, o *standard* não pode servir como critério indicativo do “limiar” ou suficiência da prova. Para haver um limite, é preciso um critério “tudo ou nada”, que se cumpre ou não se cumpre. A probabilidade matemática permitiria estabelecer *a priori* um patamar preciso para o *standard*, cuja aferição teria de seguir uma valoração tarifada dos elementos de

²⁸⁴ TARUFFO, Michele. *Evidence, truth and the rule of law*. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 39, n. 238, dez. 2014. p. 96.

²⁸⁵ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba*. Disponível em: https://www.academia.edu/37549075/_Es_posible_formular_un_est%C3%A1ndar_de_prueba_preciso_y_objetivo_Algunas_dudas_desde_un_enfoque_argumentativo_de_la_prueba, acesso em 22 de novembro de 2019.

juízo, demonstrando se fora ou não ultrapassado o limite estipulado. Todavia, como já visto (v. *supra* cap. 2.6), esse método esbarra em problemas jamais superados, como a atribuição de credibilidade aos elementos de prova e a necessidade de existência prévia de dados estatísticos que permitam a alocação da probabilidade inicial.

Há entre os teóricos a ideia de se valer do critério da eliminação das hipóteses alternativas, utilizado na valoração, a fim de solucionar o problema da vagueza de grau (inferência à melhor explicação). Contudo, a questão da refutação de uma hipótese também é uma questão gradual, isto é, eliminar uma hipótese significa menor grau de sua corroboração, ou maior grau de sua infirmação, requerendo novamente um *standard* de prova para essa tarefa que aponte o nível suficiente²⁸⁶. O mesmo problema se observa nos modelos de *standards* propostos por Ferrer Beltrán, ao incorporarem critérios de valoração em sua fórmula.

O *standard* de prova também sofre da vagueza combinatória. Para superá-la, seria preciso estabelecer uma lista fechada de critérios de valoração a serem satisfeitos. Dentre os doze critérios arrolados por González Lagier (v. *supra* cap. 2.3.1), poder-se-ia exigir que o raciocínio probatório atendesse a um número mínimo deles, três, por exemplo, ou mais, dependendo se se desejasse um *standard* mais, ou menos, exigente. Entretanto, seria um equívoco considerar que a conclusão de uma inferência que satisfaz um número maior desses critérios é sempre mais justificada do que aquela que satisfaz um número menor. Cada um desses critérios pode ser satisfeito em maior ou menor grau²⁸⁷. Sequer há um rol taxativo concebível de critérios de valoração. Seria preciso, ainda, dispor de mais critérios para determinar o grau necessário para considerar satisfeitos os critérios arrolados.

Outra possibilidade seria selecionar alguns dos critérios de valoração como especialmente relevantes e fazer com que a aceitação da hipótese dependesse de

²⁸⁶ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba*. Disponível em: https://www.academia.edu/37549075/_Es_posible_formular_un_est%C3%A1ndar_de_prueba_preciso_y_objetivo_Algunas_dudas_desde_un_enfoque_argumentativo_de_la_prueba, acesso em 22 de novembro de 2019.

²⁸⁷ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba*. Disponível em: https://www.academia.edu/37549075/_Es_posible_formular_un_est%C3%A1ndar_de_prueba_preciso_y_objetivo_Algunas_dudas_desde_un_enfoque_argumentativo_de_la_prueba, acesso em 22 de novembro de 2019.

sua conformidade. Seria necessário, por exemplo, satisfazer as regras 7, 10 e 12 (não refutação da hipótese, capacidade explicativa e eliminação das hipóteses alternativas). Entretanto, haveria dificuldade em se determinar quais critérios seriam os mais relevantes e por quê. Isso implicaria considerar que são tão essenciais que não poderiam ser compensados pelos demais (coerência e congruência narrativas, confirmação das hipóteses derivadas etc.). Além disso, novamente seria necessário estabelecer um *standard* para definir se os critérios (que podem ser satisfeitos em maior ou menor grau) foram suficientemente atendidos. Ademais, requerer o atendimento de apenas três critérios de racionalidade epistemológica implicaria a completa irrelevância do restante²⁸⁸.

Para González Lagier, a estratégia de Ferrer Beltrán consiste em formular o *standard* de prova com base em certos critérios de valoração da prova. Veja-se: (1) a hipótese deve ser *capaz de explicar* os dados disponíveis, integrando-os de forma *coerente*, e as previsões de novos dados que a hipótese permite formular devem ter sido confirmadas e fornecidas como provas para o processo; (2) todas as outras hipóteses *plausíveis* que explicam os mesmos dados, compatíveis com a inocência do acusado, devem ter sido refutadas, excluindo-se meras hipóteses *ad hoc*. Esses requisitos equivalem aos critérios n. 10, a capacidade explicativa, n. 8, a confirmação das hipóteses derivadas, e n. 12, a eliminação das hipóteses alternativas.

Por outro lado, se se construísse um *standard* com todos os doze critérios de valoração, sequer seria possível distinguir o critério de suficiência do critério de valoração. Além disso, os critérios de valoração indicados pelos juristas são meramente exemplificativos, não havendo possibilidade de fechá-los em um rol *numerus clausus*. As próprias características dos elementos de prova podem ensejar novos critérios de se lhes atribuir credibilidade e grau de confirmação lógica e epistêmica.

A determinação do grau de confirmação de uma hipótese exige uma avaliação holística, de modo que nenhum subconjunto dos critérios de valoração é condição

²⁸⁸ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba*. Disponível em: https://www.academia.edu/37549075/_Es_posible_formular_un_est%C3%A1ndar_de_prueba_preciso_y_objetivo_Algunas_dudas_desde_un_enfoque_argumentativo_de_la_prueba, acesso em 22 de novembro de 2019.

abstrata suficiente, nem necessária, para alcançar um certo grau de confirmação da hipótese. Portanto, nada assegura que este *standard* exija um grau de confirmação mais alto ou mais baixo do que seria exigido por um *standard* com base em outros critérios de valoração²⁸⁹.

Embora seja possível eliminar referências diretamente subjetivas dos *standards* que pretendem indicar o grau de prova exigido, não é possível formulá-los de uma maneira precisa que permita superar sua vagueza combinatória e a vagueza gradual. O caminho para o *standard* de prova preciso parece bloqueado ante a sua incompatibilidade com o sistema de livre valoração da prova. No entanto, os *standards* não são completamente inúteis. Eles são minimamente informativos, ao deixar claro que o critério de confirmação “além da dúvida razoável” é mais exigente do que o da “preponderância de provas” ou da “prova clara e convincente”²⁹⁰. Pelo menos os *standards* devem fornecer informações sobre se a autoridade legal deseja estabelecer um nível de suficiência mais alto ou mais baixo, mesmo que não especifique qual, e, portanto, se houver prova suficiente, ela dependerá da estimativa do juiz.

Conclui-se, assim, que a suficiência da prova só pode ser verificada *in concreto* e após encerrada a valoração dos elementos de juízo. Os *standards* apenas podem indicar *a priori* que a suficiência deve ser mais alta ou mais baixa, mas não *quanto*. Indicam quando ambas as partes suportam igualmente o risco de uma decisão equivocada, em que a hipótese mais corroborada prevalece, ainda que por uma diferença mínima, ou quando uma parte suporta um risco maior, de modo que é preciso uma diferença grande na corroboração das hipóteses, sem que o *standard* possa quantificar essa diferença. Não fixa, pois, qualquer limite preciso.

Uma vez que se proceda à valoração e à justificação da decisão, da melhor forma possível, poder-se-á avaliar se a decisão é mais ou menos racional, de modo

²⁸⁹ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba*. Disponível em: https://www.academia.edu/37549075/_Es_posible_formular_un_est%C3%A1ndar_de_prueba_preciso_o_y_objetivo_Algunas_dudas_desde_un_enfoque_argumentativo_de_la_prueba, acesso em 22 de novembro de 2019.

²⁹⁰ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba*. Disponível em: https://www.academia.edu/37549075/_Es_posible_formular_un_est%C3%A1ndar_de_prueba_preciso_o_y_objetivo_Algunas_dudas_desde_un_enfoque_argumentativo_de_la_prueba, acesso em 22 de novembro de 2019.

a se reconhecer a suficiência da prova. Decisões bem motivadas, assim como as mal motivadas, podem gerar algum grau de consenso na comunidade jurídica para finalidades científicas, não jurídicas. O mesmo ocorre com as demais ciências, em que a noção de prova científica é propriamente um consenso provisório da comunidade científica a partir de elementos epistemológicos.

3.7 Síntese conclusiva do capítulo

Neste capítulo verificou-se, a partir da psicologia cognitiva, que os seres humanos têm limitações cognitivas para expressar os graus de corroboração dos fatos, porém são dotados de uma capacidade básica para avaliar e comparar magnitudes de forma aproximada. Além disso, observou-se que, no âmbito da *common law*, dá-se mais atenção aos *standards* de prova, em razão de sua histórica vinculação à instituição do júri, sem maiores considerações quanto ao critério de valoração da prova. A tendência oposta aparece nos países de *civil law*, que geralmente têm critérios de valoração, em vez de *standards* de prova, devido ao processo de superação do modelo de prova tarifada. Destacou-se que ambas as operações são conceitualmente diferentes e são componentes necessários para a tomada de decisões sobre fatos. Quando somente um desses elementos é explícito, ele acaba incorporando o outro, ou a prática jurídica trata de preencher a lacuna.

Nos sistemas-tronco da *common law*, três critérios de suficiência acabaram consagrados com o passar do tempo: prova além da dúvida razoável no âmbito criminal, preponderância de provas e prova clara e convincente na esfera civil. No último capítulo passa-se à análise dos *standards* no direito processual civil brasileiro.

4 OS STANDARDS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Nos capítulos que precederam, apresentaram-se premissas essenciais para a compreensão dos *standards* probatórios, descrevendo-se a sua aplicação no direito anglo-americano com algumas inserções pontuais em outros ordenamentos. Cumpre agora enfrentar a questão no contexto jurídico brasileiro. De início observa-se a presença do tema no âmbito acadêmico e na jurisprudência, para depois analisar a aplicabilidade dos *standards* no processo civil brasileiro.

4.1 Do esforço dos teóricos

O tema dos *standards* de prova ainda é incipiente entre os teóricos brasileiros. Tuzet, ao tratar genericamente dos sistemas de *civil law*, apresenta uma das possíveis explicações para essa ausência, qual seja, a preocupação em suplantar as dificuldades enfrentadas com o complexo modelo de prova legal e sua posterior substituição pela valoração livre (v. *supra* cap. 3.2). Todavia, essa insuficiência não diminui importância da matéria, na medida em que nela estão estribadas tanto a valoração da prova quanto a decisão jurisdicional sobre os fatos. Em última análise, todo o *due process of law* pode ser posto em xeque se for desconsiderada a questão da suficiência da prova. Se o julgador puder considerar suficientemente comprovados os fatos conforme lhe aprouver, de nada adiantará assegurar o contraditório, a ampla defesa, juiz natural, isonomia etc.

Segundo Carpes, a ênfase atribuída ao direito probatório pelos professores Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Danilo Knijnik, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, ensejou a produção de alguns estudos nos quais o tema dos *standards* de prova é abordado²⁹¹. Ele considera como frutos desse movimento as seguintes publicações: (1) “Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle”²⁹², (2) “A prova nos juízos cível, penal e tributário”²⁹³,

²⁹¹ CARPES, Artur. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 57, nota 105.

²⁹² KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: Paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**: Rio de Janeiro, 2001.

²⁹³ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

(3) “Standards probatórios”²⁹⁴, (4) “A verossimilhança no processo civil”²⁹⁵, (5) “Direito fundamental ao processo justo: notas sobre os modelos de constatação nas decisões liminares”²⁹⁶, (6) “O direito fundamental ao processo justo: notas sobre o modelo de constatação nas ações de improbidade administrativa”²⁹⁷, (7) “Curso de processo civil: processo de conhecimento”²⁹⁸, (8) “Livre convencimento e *standards* de prova”²⁹⁹, (9) “Direito fundamental à prova”³⁰⁰, (10) “As duas faces do erro da decisão sobre os fatos no processo penal, ou quantos culpados absolvidos valem um inocente condenado”³⁰¹, (11) “Novo código de processo civil comentado”³⁰², (12) “Prova e convicção”³⁰³.

Além das obras referidas, acrescentam-se as seguintes: (13) “Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico”³⁰⁴, (14) “A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil”³⁰⁵, (15) “Teoria da prova: *standards* de prova e os critérios de solidez da inferência probatória”³⁰⁶, (16) “Direito humano à prova e os *standards*

²⁹⁴ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Standards probatórios*. In: KNIJNIK, Danilo (Org.) **Prova judiciária**: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 153-170.

²⁹⁵ FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 114-128.

²⁹⁶ CARPES, Artur. Direito fundamental ao processo justo: notas sobre os modelos de constatação nas decisões liminares. In: ARMELIN, Donaldo (Org.). **Tutela cautelar e tutelas de urgência**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 176-189.

²⁹⁷ CARPES, Artur. O direito fundamental ao processo justo: notas sobre o modelo de constatação nas ações de improbidade administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. **Improbidade administrativa**: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2013. p. 44-60.

²⁹⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil, v. 2**: processo de conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p. 80-81.

²⁹⁹ COSTA, Guilherme Recena. Livre convencimento e *standards* de prova. In: **40 anos da teoria geral do processo no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 356-380.

³⁰⁰ RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. **Revista de Processo**, v. 224, 2013. p. 41.

³⁰¹ RAMOS, Vitor de Paula. As duas faces do erro da decisão sobre os fatos no processo penal, ou quantos culpados absolvidos valem um inocente condenado. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; KIRCHER, Luís Felipe Schneider (Coords). **Altos estudos sobre a prova no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2020.

³⁰² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 480.

³⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 102-104.

³⁰⁴ CARPES, Artur. **Ônus da prova no novo CPC**: do estático ao dinâmico. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 57-71.

³⁰⁵ CARPES, Artur. **A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil**. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 132-145.

³⁰⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria da prova: *standards* de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 43, n. 282, 2018, p. 113-139.

probatórios nos processos penais”³⁰⁷, (17) “A prova no direito processual civil”³⁰⁸, (18) “A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato”³⁰⁹, (19) “Teoria geral da prova: do conceito de prova aos modelos de constatação da verdade”³¹⁰, (20) “Inferência para melhor explicação (ime) e persuasão racional: ferramentas e critérios de adequada valoração probatória”³¹¹.

No plano nacional, outros estudos têm despontado como: (1) “Os *standards* e o ônus da prova: suas relações e causas de variação”³¹², (2) “*Standards* de prova e ônus da prova: efetividade da tutela jurisdicional em matéria probatória”³¹³, (3) “Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do *standard* de prova ‘para além de toda a dúvida razoável’ no processo penal brasileiro”³¹⁴, (4) “Editorial dossiê ‘Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos’”³¹⁵, (5) “*Standards* de prova no processo civil brasileiro”³¹⁶, (6) “Meios para superação da prova diabólica: da distribuição dinâmica do ônus da prova ao *standards* probatórios”³¹⁷, (7) “O necessário desenvolvimento de *standards* probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro”³¹⁸, (8) “*Standards* de prova no direito”³¹⁹, (9) “O rigor

³⁰⁷ FORSTER, João Paulo Kulczynski; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; COSTANZA, Grazielle Silva. Direito humano à prova e os *standards* probatórios nos processos penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 160, p. 147-176, out. 2019.

³⁰⁸ REICHEL, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2009. p. 212-218.

³⁰⁹ ROSITO, Francisco. A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. **Revista de Processo**, v. 157, p. 51-71. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, mar. 2008.

³¹⁰ RUBIN, Fernando. Teoria geral da prova: do conceito de prova aos modelos de constatação da verdade. **Revista Dialética de Direito Processual: RDDP**, São Paulo, n.118, p. 20-39, jan. 2013.

³¹¹ SCARPARO, Eduardo. Inferência para melhor explicação (ime) e persuasão racional: ferramentas e critérios de adequada valoração probatória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 300, p. 49-72, fev. 2020.

³¹² TRENTO, Simone. Os *standards* e o ônus da prova: suas relações e causas de variação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 226, p. 163-182, dez. 2013.

³¹³ TRENTO, Simone. **Standards de prova e ônus da prova: efetividade da tutela jurisdicional em matéria probatória**. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2015.

³¹⁴ MATIDA, Janaina Roland; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do *standard* de prova ‘para além de toda a dúvida razoável’ no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 221-248, jun. 2019.

³¹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018.

³¹⁶ MARANHÃO, Clayton. *Standards* de prova no processo civil brasileiro. **Revista Judiciária do Paraná**, Curitiba, v. 14, n. 17, p. 221-258, maio 2019.

³¹⁷ ALI, Anwar Mohamad. Meios para superação da prova diabólica: da distribuição dinâmica do ônus da prova aos *standards* probatórios. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 424, p. 459-478, jul./dez. 2016.

³¹⁸ LUCCHESI, Guilherme Brenner. O necessário desenvolvimento de *standards* probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 165-188, jun. 2019.

excessivo no juízo probatório cível e sua incompatibilidade com o direito fundamental de acesso à justiça e a teoria dos modelos de constatação”³²⁰.

A maioria dessas publicações nacionais data da última década, ou, no máximo, de duas décadas atrás, e muitas delas são obras nas quais os *standards* de prova não constituem o objeto principal investigado. Comparativamente, no âmbito da *common law*, o debate deste tema é amplo e remonta, no mínimo, ao século XVIII, permanecendo presente nas publicações contemporâneas, conforme apontado no capítulo terceiro.

Destaca-se, a título exemplificativo, a posição de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, em seus comentários exegéticos ao Código de Processo Civil de 2015, de que em nosso processo civil o juiz deve julgar utilizando um modelo de “preponderância de prova”, nos litígios envolvendo direitos patrimoniais, e o modelo de “prova clara e convincente” quando se tratar de questões não patrimoniais com reflexos penais (alegações de fraudes etc.), referentes ao estado das pessoas (interdição etc.), aos seus direitos de personalidade e a respeito de seus direitos políticos (improbidade administrativa etc.). Segundo os autores, “a necessidade de um modelo de prova decorre da imprescindibilidade de prevenir-se eventual arbítrio na apreciação da prova das alegações de fato produzida pelas partes, de prestigiar-se o contraditório e a motivação das decisões judiciais”³²¹. No mesmo sentido, Rosito reconhece a aplicabilidade desses mesmos *standards* no processo civil brasileiro³²².

Não há qualquer pretensão de arrolar aqui todas as obras que fazem menção aos *standards*, mas tão somente dar relevo a alguns trabalhos que contribuem para o aprofundamento do tema. Essa revisão bibliográfica possibilita extrair algumas conclusões. A primeira é que há campo fértil para futuros estudos, notadamente diante das dificuldades intrínsecas à aplicabilidade dos *standards* e da sua essencialidade para a decisão jurisdicional sobre os fatos. A segunda é que o assunto vem gradualmente se fazendo mais presente e despertando maior

³¹⁹ NICOLITT, André Luiz; BARILLI, Raphael. *Standards* de prova no direito: debate sobre a súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 302, p. 6-9, jan. 2018.

³²⁰ GAGNO, Luciano Picoli. O rigor excessivo no juízo probatório cível e sua incompatibilidade com o direito fundamental de acesso à justiça e a teoria dos modelos de constatação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 226, p. 83-114, dez. 2013.

³²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 502-503.

³²² ROSITO, Francisco. A prova e os modelos de constatação na forma do juízo de fato. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 33, n. 157, mar. 2008. p. 69.

interesse. A terceira é que há um consenso entre esses estudiosos quanto à sua aplicabilidade ao direito brasileiro.

4.2 Da presença dos standards na jurisprudência

Há uma tendência de os países do sistema *civil law* não abordarem os *standards* de prova de forma explícita, ainda que a consideração sobre a suficiência da prova seja indissociável da decisão sobre os fatos com base nos elementos de juízo. Trata-se de um pressuposto para que se possa aceitar uma determinada versão dos fatos controvertidos. Entretanto, identifica-se na jurisprudência brasileira que o tema tem sido invocado expressamente pelas mais diversas cortes a partir da década de noventa.

Encontra-se uma primeira menção do Supremo Tribunal Federal a *standard* de prova no *habeas corpus* 73.338/RJ, julgado em 1996³²³. O *Parquet* havia oferecido denúncia por crime de corrupção de menores e do voto do relator constou que ao Ministério Público cumpria “demonstrar, de modo consistente, e *além de qualquer dúvida razoável*, a ocorrência do fato constitutivo do pedido”. Também restou consignado que qualquer juízo condenatório deveria se assentar em elementos de certeza, que dissipassem ambiguidades, esclarecessem situações equívocas e, ao desfazerem dados obscuros, afastassem dúvidas razoáveis, que poderiam conduzir ao *non liquet*. Trata-se da primeira incorporação da expressão consagrada na *common law* pela corte de vértice. Passados alguns anos, julgou-se o *habeas corpus* 80.084/PE³²⁴, em que se estabeleceu a exigência da “comprovação inequívoca” da culpabilidade do acusado, para a condenação penal³²⁵.

Nos *habeas corpus* 84.580/SP³²⁶ e 88.875/AM³²⁷, apreciados em 2009 e 2010, respectivamente, ambas as locuções aparecem conjuntamente, exprimindo que incumbia ao Ministério Público comprovar “de forma inequívoca, para além de

³²³ BRASIL. STF. HC 73.338/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, julgado em 13.08.1996, DJ 19.12.1996. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13.10.2019.

³²⁴ BRASIL. STF. HC 80.084/PE, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 09.05.2000, DJe 10.12.2012. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13.10.2019.

³²⁵ Ambas as expressões “comprovação inequívoca” e “comprovação para além de qualquer dúvida razoável” são assemelhadas, no sentido de padecerem de vagueza combinatória e de grau, dificuldades emanadas da textura aberta da linguagem.

³²⁶ BRASIL. STF. HC 84.580/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 25.08.2009, DJe 10.12.2009. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13.10.2019.

³²⁷ BRASIL. STF. HC 88.875/AM, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 07.12.2010, DJe 10.12.2010. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13.10.2019.

qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado”. Em processos posteriores, como os apontados abaixo, o critério é referido como já consolidado na jurisprudência do pretório.

O *standard* criminal passou a constar das decisões da Suprema Corte com maior frequência a partir do julgamento da ação penal 470/MG³²⁸, em 2012, conhecida como o caso “mensalão”, na qual seis dos onze ministros fizeram referência ao *standard* criminal em seus votos. Da própria ementa extrai-se que “compõe o acervo de provas e indícios que, somados, revelaram, *além de qualquer dúvida razoável*, a procedência da acusação quanto aos crimes de corrupção ativa e passiva”. Destaca-se também o excerto do voto do ministro Fux³²⁹, no qual ele assevera que um conjunto probatório seguro, emanado do debate processual, é “suficiente para extirpar qualquer ‘dúvida razoável’ que as alegações de defesa tentavam impingir na convicção do julgador”³³⁰.

O julgamento dessa ação penal de competência originária foi o mais longo da história do Supremo Tribunal Federal, dada a complexidade na apuração dos delitos e a multiplicidade de réus. Em uma passagem do acórdão diz-se que o convencimento proveniente da prova, para além da dúvida razoável, se mostra “racionalmente seguro e ostenta a certeza necessária à condenação” (p. 52709). Noutra, que a condenação de um réu pela prática de um delito exige a “certeza processual do ocorrido”, cabendo ao Ministério Público a prova das acusações, para além de dúvida razoável. Além disso, que não seria admitida a “condenação por presunção ou suspeita” (p. 53707)³³¹.

³²⁸ BRASIL. STF. AP 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, julgado em 17.12.2012, DJe 19.04.2013. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13.10.2019.

³²⁹ “Ora, se a prova deve ser compreendida em sua função persuasiva, é na argumentação do processo que se deve buscar o convencimento necessário aos magistrados para o teste probatório às alegações das partes. E um conjunto probatório seguro, cuja elaboração, decorrente do debate processual, seja apta a reconstruir os fatos da vida e apontar para a ocorrência dos fatos alegados pelo Ministério Público, é o suficiente para extirpar qualquer ‘dúvida razoável’ que as alegações de defesa tentavam impingir na convicção do julgador.” BRASIL. STF. AP 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, julgado em 17.12.2012, DJe 19.04.2013. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13.10.2019. Voto do Min. Luiz Fux, p. 53120.

³³⁰ Observa-se que a noção de um conjunto probatório seguro se coaduna com a perspectiva objetivista de suficiência da prova defendida neste estudo. São os elementos de juízo que dão suporte cognoscitivo para a reconstrução dos fatos em grau de maior ou menor exatidão.

³³¹ Contudo, a exclusão da “presunção” não parece apropriada, salvo em sentido retórico. A prova indiciária é meio útil para a comprovação de fatos de difícil verificação, como as infrações no mercado de capitais. Extrai-se a presunção da prova indireta, ou seja, o indício sugere o fato probando, por via de raciocínio. Certamente a valoração do indício deve obedecer aos requisitos de precisão, gravidade e concordância, mas o fato de as provas indiretas requererem inferências adicionais não as tornam

A própria noção de dúvida razoável considerada pela corte parece consentânea com a ideia de dúvida concreta, vale dizer, com aquela fundada em fatos reais, em elementos de prova (v. *supra* cap. 3.3.4). Em certa passagem diz-se que restou comprovado acima de qualquer dúvida razoável, por prova documental e oral que o imputado “figurou como responsável pelos saques em espécie nas contas em diversas ocasiões, com a subsequente entrega aos agentes públicos e aos intermediários” (p. 52870). Preponderou a capacidade explicativa da hipótese condenatória, arrimada em um conjunto harmônico de provas, bem como na eliminação das hipóteses alternativas. Em outras situações, contudo, considerou-se haver dúvida razoável depois de exaurida a análise do acervo probatório. Vejam-se os seguintes excertos:

Estando ele em posição subordinada, inviável concluir, com a certeza necessária a uma condenação criminal, que informado o seu agir por dolo direto ou eventual, especificamente quanto à ciência da procedência criminosa dos valores recebidos e repassados aos parlamentares. Então, presente dúvida razoável, há de ser absolvido (p. 52889).

(...) cotejando todos esses depoimentos, entendo haver uma dúvida razoável quanto à prática do crime de lavagem de dinheiro imputado ao réu. (...) à vista do material probatório, não se sabe ao certo se os R\$ 20.000,00 repassados a (...) foram solicitados, bem como dolosamente lavados pelo réu (...), em concurso com os membros dos núcleos publicitário e financeiro. A isso se soma o fato de ser atribuído a (...) apenas um único repasse, o que reforça a dúvida quanto à sua participação no delito (p. 56865).

Com efeito, trata-se de dúvida baseada na razão, diversa daquela fantasiosa ou especulativa. Para essa dúvida, portanto, é preciso haver uma razão lógica, relacionada às provas do processo. Do primeiro excerto, denota-se que não houve comprovação suficiente de que o primeiro imputado tinha ciência da procedência criminosa dos valores. No segundo, evidenciam-se problemas de segurança independente dos elementos de juízo e baixo grau de inclusão, proporcionando pouca amplitude à compreensão total da situação fática investigada.

descartáveis ou incapazes de, em conjunto, formarem um acervo probatório robusto. É o que se depreende de outros excertos do acórdão. Em dado momento, reconheceu-se que considerar e valorar indícios não representa qualquer violação à presunção de inocência, pois “as provas indiretas devem ser robustas, convincentes, aptas a afastar qualquer dúvida razoável quanto à materialidade e à autoria de um delito” (p. 52711). O conjunto probatório formado por provas diretas ou indiretas deve ser “robusto o suficiente para alcançar o *standard* de prova próprio do processo penal”, acima de qualquer dúvida razoável (p. 52710).

Outra passagem significativa esclarece que o critério de que a condenação tenha que provir de uma convicção formada para além da dúvida razoável “não impõe que qualquer mínima ou remota possibilidade aventada pelo acusado já impeça que se chegue a um juízo condenatório”. É possível que as dúvidas que surjam das alegações e provas favoráveis à versão dos acusados não sejam críveis diante das demais provas, de modo que pode haver condenação. “A presunção de não culpabilidade não transforma o critério da ‘dúvida razoável’ em ‘certeza absoluta’” (p. 53118).

Em julgamentos posteriores a citação do *standard* tornou-se corriqueira. Na ação penal 858/DF³³², apreciada em 2014, constou do voto do relator que “(...) a situação de dúvida razoável só pode beneficiar o réu, jamais prejudicá-lo, pois esse é um princípio básico que deve sempre prevalecer nos modelos constitucionais que consagram o Estado democrático de Direito”. Também na ação penal 595/SC³³³, julgada em 2015, foi consignado que “a dúvida razoável quanto à ocorrência de erro de ilicitude, reforçada pelas circunstâncias fáticas e pela situação pessoal do autor, demonstrada nos autos, confere verossimilhança à tese defensiva e não afastada por outros elementos de prova (...)”.

Nas ações penais 521/MT³³⁴, 580/SP³³⁵ e 676/MT³³⁶, julgadas entre 2014 e 2017, o *standard* restou assentado na ementa de julgamento:

A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a melhor formulação é o “standard” anglo-saxônico – a responsabilidade criminal há de ser provada acima de qualquer dúvida razoável –, consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

Observa-se que o Estatuto de Roma foi ratificado e incorporado ao direito brasileiro. Sendo um tratado internacional sobre direitos humanos, ratificado anteriormente à previsão de *quorum* qualificado do § 3º, do art. 5º, da Constituição

³³² BRASIL. STF. AP 858/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgado em 26.08.2014, DJe 04.09.2014. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13.10.2019.

³³³ BRASIL. STF. AP 595 / SC, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 25.11.2014, DJe 09.02.2015. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13.10.2019.

³³⁴ BRASIL. STF. AP 521/MT, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 02.12.2014, DJe 22.03.2016. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13.10.2019.

³³⁵ BRASIL. STF. AP 580/SP, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 13.12.2016, DJe 23.06.2017. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13.10.2019.

³³⁶ BRASIL. STF. AP 676/MT, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 17.10.2017, DJe 05.02.2018. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13.10.2019.

(três quintos de votos, em dois turnos de votação, em cada casa legislativa), o Estatuto foi integrado ao direito nacional com hierarquia de norma supralegal, mas infraconstitucional, nos termos do recurso extraordinário 466.343-1/SP³³⁷. Assim sendo, percebe-se que o *standard* criminal, desde 2002, está positivado no direito brasileiro.

Destaca-se, ainda, a ação penal 694/MT³³⁸, julgada em 2017, que tratou de concurso material, corrupção passiva e lavagem de capitais, na qual diz-se que: “(...) as provas documentais, testemunhais e perícias produzidas, além corroborarem as declarações dos colaboradores, comprovaram a autoria e o dolo para além de dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*)”. No mesmo ano, foi analisada a ação direta de inconstitucionalidade 4.066/DF³³⁹. Constou do acórdão que “o consenso médico atual identifica, para além de qualquer dúvida razoável, a contração de diversas doenças graves como efeito direto da exposição ao amianto”. E ainda: “no estágio atual, o conhecimento científico acumulado permite afirmar, para além da dúvida razoável, a nocividade do amianto crisotila à saúde humana e ao meio ambiente”. Para obter subsídios que referendassem tal posicionamento, a corte promoveu audiência pública e convocou *amici curiae* para prestarem informações.

Na ação penal 883/DF³⁴⁰, julgada em 2018, considerou-se que a narrativa dos fatos estava amparada somente em elementos de prova produzidos no inquérito, os quais não eram conclusivos. Tampouco foram confirmados, na fase judicial, por meio de testemunhas ou perícia. Diz-se que não existiam “provas produzidas pelo Ministério Público na instrução processual ou de confirmação em juízo de elemento seguro obtido na fase inquisitorial e apto a afastar dúvida razoável”.

Em 2019, julgou-se a ação penal 968/SP³⁴¹, que versava sobre prestação de contas eleitorais. Considerou-se que “a materialidade delitiva está demonstrada, acima de dúvida razoável”, diante das notas fiscais enviadas pela sociedade

³³⁷ BRASIL. STF. RE 466.343-1/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, julgado em 03.12.2008, DJe 04.06.2009. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 16.11.2019.

³³⁸ BRASIL. STF. AP 694/MT, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 02.05.2017, DJe 30.08.2017. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13.10.2019.

³³⁹ BRASIL. STF. ADI 4.066/DF, Rel. Min. Rosa Weber, Pleno, julgado em 24.08.2017, DJe 06.03.2018. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13.10.2019.

³⁴⁰ BRASIL. STF. AP 883/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 1ª Turma, julgado em 20.03.2018, DJe 11.05.2018. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13.10.2019.

³⁴¹ BRASIL. STF. AP 968/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 22.05.2018, DJe 01.08.2019. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13.10.2019.

empresária à Justiça Eleitoral contendo anotações que a relacionam expressamente à campanha eleitoral de um candidato. Diz-se, ainda, que “a ausência de assinatura no documento de prestação de contas, isoladamente, não constitui elemento suficiente para afastar a participação no evento delituoso”. A falta de assinatura *per se* não foi considerada uma dúvida razoável em razão de não infirmar minimamente a robusta prova inculpatória.

Também em 2019, foi apreciada a ação penal 962/DF³⁴² envolvendo irregularidades em processo de licitação para compra de livros. Constatou-se que não havia prova segura, acima de dúvida razoável, de que os preços pagos pela Secretaria de Educação, nos processos licitatórios, superavam os praticados à época dos fatos. A dúvida razoável foi esclarecida segundo diversos fundamentos, um deles sendo que “a Polícia Federal e a CGU não levaram em consideração os preços dos livros à época das compras narradas na denúncia, mas sim os praticados alguns anos, em sites de livrarias na internet”. Por fim, tem-se a ação originária 2.093/RN³⁴³, também julgada em 2019, em que a relatora consignou: “subsistem elementos de prova material e testemunhal suficientes, autônomos e independentes, para além de dúvida razoável, a sustentar a condenação do recorrente”. À segurança independente dos elementos de juízo atribuiu-se especial relevo na valoração da prova.

Observa-se que desde 1996 o Supremo Tribunal Federal tem se referido expressamente ao *standard* criminal de forma cada vez mais recorrente. A compreensão da dúvida razoável parece emanar sempre do conflito entre os elementos de juízo, após consideradas as provas como um todo (prova como resultado), bem como a ausência de um ou outro elemento de prova tido por essencial para a elucidação dos fatos. Por outro lado, não há referência aos *standards* cíveis em seus julgados.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, julgou o recurso especial 184.156/SP, em 1998, um *leading case* sobre a questão da suficiência da prova e a

³⁴² BRASIL. STF. AP 962/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, julgado em 04.06.2019, DJe 22.10.2019. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13.10.2019.

³⁴³ BRASIL. STF. AO 2.093/RN, Rel. Min. Carmen Lúcia, 2ª Turma, julgado em 03.09.2019, DJe 09.10.2019. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13.10.2019.

respeito da distinção entre dúvidas concretas e abstratas³⁴⁴. A corte reestabeleceu a decisão condenatória de primeira instância, entendendo que o tribunal estadual havia utilizado uma dúvida abstrata para a absolvição, qual seja, a incapacidade das testemunhas para avaliar precisamente a velocidade do veículo causador do acidente, com base em especulações teóricas acerca da imprecisão na captação dos fatos. Em vista disso, o juízo *a quo* teria desprezado integralmente a prova testemunhal, na qual três pessoas afirmavam que o veículo causador do acidente estava em alta velocidade.

No julgamento da ação penal 719/DF³⁴⁵, em 2014, a Corte Especial desse tribunal consignou que o estado jurídico de inocência, corolário da dignidade da pessoa humana, exigia para a condenação “a certeza além da dúvida razoável, não sendo admissível sequer a alta probabilidade”. Do voto do relator constou que, da análise do material probatório, não havia elementos idôneos a demonstrar, acima de uma dúvida razoável, a ocorrência do crime, ao revés, os dados demonstravam que a exploração mineral era feita pela sociedade empresária dentro das áreas licenciadas. Vejam-se os seguintes excertos, no qual a valoração da prova é justificada:

Caso em que a defesa afirma que a empresa possuía o direito de explorar as riquezas minerais e onde as únicas provas produzidas em juízo foram as testemunhas de defesa, que foram unânimes ao afirmar que a empresa sempre trabalhou com documentação regular e fazia lavra em um único local.

As provas que sustentam a acusação, além de terem sido integralmente colhidas na fase pré-processual, apresentam dados insuficientes e por vezes até colidentes, não permitindo aferir se os locais descritos na denúncia coincidem com aqueles descritos no relatório de viagem elaborado por servidores do Incra e com o laudos elaborados pela polícia federal, ou mesmo se os fatos ocorreram na mesma data.

Foi atribuída menor credibilidade às provas do inquérito que apresentavam informações insuficientes e colidentes. A baixa capacidade explicativa desses dados deixou um flanco para uma dúvida razoável, preponderando o peso da prova testemunhal.

³⁴⁴ BRASIL. STJ. REsp 184.156/SP, Rel. Min. Félix Fischer, 5ª Turma, julgado em 01.10.1998, DJ 09.11.1998. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 13.10.2019.

³⁴⁵ BRASIL. STJ. APn 719/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 05.11.2014, DJe 18.11.2014. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 13.10.2019.

O julgamento do recurso especial 1.632.750-SP³⁴⁶, pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2017, é também paradigmático ao tratar dos *standards* da “prova clara e convincente” e da “preponderância de provas”. Trata-se do *leading case* sobre os *standards* de prova cíveis. O processo envolvia investigação de paternidade *post mortem* e alegação de fraude na realização do exame de DNA ocorrido no idêntico processo anterior já transitado em julgado. Foi consignado que “a existência de dúvida razoável sobre possível fraude em teste de DNA anteriormente realizado é suficiente para reabrir a discussão acerca da filiação biológica”, notadamente porque o processo fora extinto antes da instrução, em que sequer fora ouvida em juízo a pessoa que afirmava saber e ter participado da suposta fraude. Não se poderia exigir do recorrente, desde logo, uma “prova clara e convincente”, até mesmo diante da “nítida dificuldade de comprovar uma fraude ocorrida há quase vinte e cinco anos no âmbito de uma empresa privada que monopolizava os exames de DNA no Brasil”, sem que se oportunizasse a instrução para o autor se desvencilhar do *onus probandi*. Assim, diz-se que o *standard* probatório aplicável, naquele momento, seria o da “preponderância da prova”.

De outro lado, constou que se deveria levar em consideração a postura nitidamente anticooperativa adotada pela contraparte na valoração das provas colhidas até aquele momento processual e na definição do *standard* probatório mais adequado, “prova clara e convincente” ou “preponderância da prova”, para fins de afastar a coisa julgada e reabrir a discussão acerca da identidade genética. Isso porque a versão de quem coopera e adota postura ativa na atividade instrutória, “municando o juízo com tudo que estiver ao seu alcance para o descobrimento da verdade, tende normalmente a ser mais verossímil” do que a versão de quem adota “postura inerte e renitente”.

Descendo um degrau na hierarquia judiciária, observa-se que o Tribunal Regional Federal da quarta região apreciou a apelação cível 5000434-03.2011.4.04.7005³⁴⁷, em 2013, assentando que “as restrições impostas pela hipoteca não subsistem em relação aos terceiros de boa-fé, que pagaram

³⁴⁶ BRASIL. STJ. REsp 1.632.750-SP, Rel. vencido Min. Moura Ribeiro, Redatora Min. Nancy Andrichi, 3ª Turma, julgado em 24.10.2017, DJe 13.11.2017. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 13.10.2019.

³⁴⁷ BRASIL. TRF4. AC 5000434-03.2011.4.04.7005, Rel. Desª. Vivian Josete Pantaleão Caminha, 4ª Turma, julgado em 17.09.2013. Disponível em: www.trf4.jus.br. Acesso em: 13.10.2019.

integralmente o preço das unidades autônomas comercializadas”. A justificação da valoração foi expressa nos seguintes termos: “o conjunto probatório produzido nos autos, conjugado com a argumentação e relatos constantes na inicial da ação (...) são suficientes para o convencimento da veracidade da aquisição do imóvel”. Ainda, constou da ementa do julgado: “aplicação das ‘máximas da experiência’, art. 335 do CPC, e do ‘standard’ da preponderância de provas”.

Na apelação criminal 0001621-17.2009.4.04.7001³⁴⁸, de 2013, que tratou de importação de medicamentos sem autorização, foi consignado que “a acusação não logrou provar, para além da dúvida razoável, que ele teria importado o Pramil intencionalmente”. Portanto, faltando corroboração para o dolo ao transportar os medicamentos, diz-se que “havendo dúvida razoável na hipótese dos autos, deve-se decidir pelo modo mais favorável ao acusado”.

Nos embargos infringentes 2003.71.00.021539-3³⁴⁹, julgados em 2014, opostos em ação de improbidade, fez-se diferenciação entre os *standards* aplicáveis segundo a natureza das diversas sanções cominadas. Para a aplicação de pena de natureza indenizatória ou ressarcitória, ainda que veiculada em ação de improbidade, dever-se-ia “exigir uma prova superior à mera preponderância, mas inferior à prova além da dúvida razoável (a chamada prova clara e convincente)”. Quando a matéria envolvesse a aplicação das demais sanções da lei, entendeu-se que o juiz teria de se valer do “modelo de constatação inerente ao processo penal, ou seja, a prova além da dúvida razoável”.

Na apelação criminal 5012226-50.2017.4.04.7002³⁵⁰, interposta em ação na qual se imputava associação criminosa, entendeu-se que não estavam demonstradas a autoria e materialidade: “pela análise dos elementos colhidos nos autos não restou evidenciado, para além da dúvida razoável, a existência de vínculo habitual e permanente para a prática de delitos, no período compreendido”.

³⁴⁸ BRASIL. TRF4. ACR 0001621-17.2009.4.04.7001, Rel. Des. Victor Luiz dos Santos Laus, 8ª Turma, julgado em 06.02.2013. Disponível em: www.trf4.jus.br. Acesso em: 13.10.2019.

³⁴⁹ BRASIL. TRF4. EINF 2003.71.00.021539-3, Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, 2ª Seção, julgado em 10.04.2014, DJe 22.04.2014. Disponível em: www.trf4.jus.br. Acesso em: 13.10.2019.

³⁵⁰ BRASIL. TRF4. ACR 5012226-50.2017.4.04.7002, Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, 8ª Turma, julgado em 30.10.2019. Disponível em: www.trf4.jus.br. Acesso em: 13.10.2019.

Outro julgamento de grande repercussão foi a apelação criminal 5046512-94.2016.4.04.7000³⁵¹, interposta em ação envolvendo crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos ou valores (Lei 9.613/98), no âmbito da operação “Lava Jato”, e julgada em 2018. Fez-se referência ao acórdão do Supremo Tribunal Federal no sentido de que “como regra de prova, a melhor formulação é o ‘standard’ anglo-saxônico – a responsabilidade criminal há de ser provada acima de qualquer dúvida razoável” e ao art. 66, item 3, do Estatuto de Roma.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também é possível encontrar referências aos *standards* de prova. Na apelação cível 70038393989³⁵², interposta em ação de responsabilidade civil subjetiva, decorrente de acidente de trânsito, foi estabelecido que “o modelo probatório de constatação fática deve ser o da preponderância de provas”. Nesse contexto, extrai-se do acórdão que a prova oral foi incapaz de confirmar que o demandado, e não o demandante, desrespeitara a sinalização contida no semáforo. Não foi suficientemente esclarecida a causa do evento lesivo, o que impediu a implementação da responsabilidade civil.

Certamente a presença dos *standards* pode ser encontrada em muitas outras decisões, nas mais diversas cortes do país. O que se pode constatar de imediato é que algumas decisões paradigmáticas catalisaram esse processo de difusão, como a adoção do critério “além da dúvida razoável” pela Corte Suprema em 1996, e suas posteriores citações na ação penal 470/MG, bem como a incorporação do *standard* criminal na ação penal 719/DF e dos *standards* cíveis no recurso especial de 1.632.750-SP pelo Superior Tribunal de Justiça. Em suma, o Supremo Tribunal Federal pacificou a aplicação do *standard* além da dúvida razoável para o direito penal e o Superior Tribunal de Justiça, assim como outros tribunais, já aplicaram os *standards* da prova clara e convincente e da preponderância de provas. Manteve-se, assim, na jurisprudência, os *standards* com suas nomenclaturas já consagradas no sistema *common law*, em um verdadeiro processo de circulação de soluções jurídicas, *legal transplants*. Por fim, é pertinente a advertência de Taruffo quanto à necessidade de uma cuidadosa e profunda reflexão acerca da teoria da prova judicial para proceder à transposição das fórmulas elaboradas no seio na *common*

³⁵¹ BRASIL. TRF4. ACR 5046512-94.2016.4.04.7000, Rel. Des. João Pedro Gebran Neto, 8ª Turma, julgado em 24.01.2018. Disponível em: www.trf4.jus.br. Acesso em: 13.10.2019.

³⁵² BRASIL. TJRS. Apelação Cível 70038393989, Rel. Desª. Judith dos Santos Mottecy, 12ª Câmara Cível, julgado em 16.12.2010. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 13.10.2019.

law aos sistemas de *civil law*³⁵³ e, assim, melhor atender às peculiaridades de cada ordenamento jurídico.

4.3 Da presença dos standards na legislação

O direito à prova é uma das concretizações do direito de ação (art. 5º, inciso XXXV, da CF) e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da CF)³⁵⁴, os quais asseguram às partes de um processo jurisdicional a possibilidade de apresentar alegações e provas. Além disso, está expressamente previsto no artigo 369 do Código de Processo civil, que dispõe *in verbis*: “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos”. Cambi refere que o direito fundamental à prova tem caráter instrumental e sua finalidade é “o alcance da uma tutela jurisdicional justa”. Deve-se assegurar “que as partes tenham amplas oportunidades para demonstrar os fatos que alegam”³⁵⁵.

O direito fundamental à prova tem conteúdo complexo e abrange a oportunidade de requerer provas, um juízo de admissibilidade racionalmente justificado e segundo critérios previamente estabelecidos (licitude, pertinência e relevância), o direito de produzir provas, o direito de participar da sua produção, o direito de se manifestar sobre a prova produzida, o direito ao exame da prova produzida pelo órgão julgador³⁵⁶, o direito de não lhe ser oposta prova obtida por meio ilícito *v.g.* tortura, coação moral, interceptação telefônica clandestina, obtenção de documento mediante furto ou invasão de domicílio etc., a adequada distribuição do ônus da prova (conforme a maior facilidade na produção da prova) e que ao

³⁵³ TARUFFO, Michele. *Tres observaciones sobre “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan*. In: **Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho**. Madrid, n. 28, 2005. p. 122.

³⁵⁴ POLI, Roberto. *Glí standard di prova in Italia*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 43, n. 280, jun. 2018. p. 422.

³⁵⁵ CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 170. Também nesse sentido: FORSTER, João Paulo Kulczynski; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; COSTANZA, Grazielle Silva. Direito humano à prova e os *standards* probatórios nos processos penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 160, out. 2019. p. 149-151.

³⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. Cap. 4. p. 615-681; também entendendo o direito à prova como um direito fundamental: PORTO, Guilherme Athayde. Notas às disposições gerais sobre prova no NCP. In: DIDIER JR, Fredie et al. **Direito probatório**. 3. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 143-148.

onerado lhe seja dada ciência prévia, a adequada valoração da prova segundo critérios racionais. Outrossim, deve-se assegurar a produção imediata da prova em situação de urgência³⁵⁷, bem como o direito autônomo à prova, assentado na possibilidade de a pessoa requerer o esclarecimento sobre fatos que lhe digam respeito independentemente da existência de um litígio potencial ou iminente³⁵⁸.

Pode-se dizer, ainda, que o *standard* de prova também faz parte do conteúdo complexo do direito fundamental à prova³⁵⁹. Assim, há o direito de se ter prévia ciência do *standard* aplicável e de que o magistrado se oriente por ele no momento de considerar suficientemente corroborada ou não uma hipótese, bem como que justifique racionalmente sua conclusão na motivação. Isso porque de nada adiantaria assegurar todos os demais aspectos do direito à prova se no momento de prolatar o *decisum* o julgador pudesse considerar a sua suficiência de modo totalmente arbitrário. Nesse sentido, pode-se dizer que a observância aos *standards* de prova é norma amparada constitucionalmente, uma vez que faz parte do conteúdo do direito fundamental à prova.

No âmbito cível, somente a jurisprudência aventou expressamente a utilização dos *standards*. O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, ratificado e promulgado em 2002, em conformidade com o § 2º, do art. 5º, da Constituição, dispõe em seu art. 66, item 3, que “Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável”. Assim sendo, desde essa incorporação tem-se o *standard* criminal positivado no direito brasileiro como uma norma supralegal.

O Código de Processo Civil prevê tão somente um critério de valoração da prova (*evidence assessment criteria*), nada referindo a respeito do *standard* de prova, à semelhança dos demais países do sistema *civil law*³⁶⁰. Em seu art. 371,

³⁵⁷ RAMOS, Vitor de Paula. **Direito fundamental à prova**. Revista de Processo, v. 224, 2013, p. 58-59.

³⁵⁸ BRASIL. STJ. REsp 1.632.750-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 24.10.2017, DJe 13.11.2017. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 13.10.2019. Sobre o direito autônomo à produção da prova vide: JOBIM, Marco Félix; CALDAS, Adriano. A produção antecipada de prova e o novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie et al. **Direito probatório**. 3. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 680-683.

³⁵⁹ Também nessa linha: RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. **Revista de Processo**, v. 224, 2013, p. 53.

³⁶⁰ TARUFFO, Michele. *Rethinking the standards of proof*. **The American journal of comparative law**. Vol. 51, Issue 3, Summer, 2003. p. 672-674.

está insculpido o critério da *persuasão racional* ou *livre convencimento motivado*³⁶¹, assim comumente designado pelos teóricos³⁶². Consta que “o juiz apreciará a prova constante dos autos (...) e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”. Retirou-se a palavra “livremente” que constava do seu correspondente art. 131, do Código de 1973, no qual lia-se: “o juiz apreciará livremente a prova (...), mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. Essa modificação legislativa foi promovida no sentido de limitar a discricionariedade do julgador a critérios racionais de valoração e evitar um critério subjetivo de valoração das provas, ou um apelo ao estado psicológico do magistrado, analogamente ao ocorrido com a “íntima convicção” francesa³⁶³. De qualquer sorte, o termo “livre”, como já referendava Taruffo, deve significar tão somente que o convencimento não está vinculado a normas de prova legal, mas não que possa ser arbitrário³⁶⁴.

Sendo a valoração livre, todos os doze critérios mencionados no capítulo 2.3.1 podem ser utilizados para a tarefa de verificar se os elementos de juízo suportam a hipótese e em que grau, bem como outros tantos que forem concebíveis. Não há como estabelecer um rol taxativo, já que as próprias características de um determinado elemento de juízo podem demandar consideração a um critério específico e diverso. A valoração permite outorgar a cada uma das hipóteses em conflito um determinado grau de confirmação com base no acervo probatório e deve ser justificada na motivação da decisão a fim de possibilitar um controle racional e intersubjetivo.

Curiosamente, no art. 311, inciso IV, do Código de Processo Civil, tem-se como uma das hipóteses de cabimento da tutela provisória de evidência, para o rito

³⁶¹ “O art. 371 do CPC / 2015 consagra o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o magistrado fica habilitado a valorar, livremente, as provas trazidas à demanda.” STJ. AgRg no REsp 1.293.742/PA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, julgado em 20.10.2016, DJe 09.11.2016. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 13.10.2019.

³⁶² Sobre a noção de persuasão racional: SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e no comercial**. v. 1. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 398-399; sobre o livre convencimento: TARUFFO, Michele. *Verità e probabilità nella prova dei fatti*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 32, n. 154, p. 207-222, dez. 2007; FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 287-293; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie; et al. **Direito probatório**. 3. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 231-234.

³⁶³ TUZET, Giovanni. *Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification*. **Artificial Intelligence and Law** [0924-8463], p. 2018. p. 2.

³⁶⁴ TARUFFO, Michele. *Verità e probabilità nella prova dei fatti*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 32, n. 154, dez. 2007. p. 220.

comum, a situação em que houver “prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”. Trata-se de tutela de evidência³⁶⁵ fundada em prova documentada e na ausência de contraprova suficiente³⁶⁶.

A redação desse dispositivo claramente estabelece um *standard* de prova para esse caso de tutela provisória. É preciso que os fatos alegados sejam notórios, incontroversos, confessados em outro processo, decorrentes da coisa julgada positiva etc., ou constem de documentos e sejam suficientes. O termo “suficiente” padece igualmente da vagueza de grau e não pode indicar um limite preciso, de modo a servir como um critério “tudo ou nada”, que se cumpre ou não se cumpre. Aliado a isso tem-se que a prova documentada oposta pelo réu não deve gerar dúvida razoável, à semelhança do que ocorre no *standard* criminal. Assim, ainda que não se possa estabelecer de antemão o quão suficiente deve ser a prova, ela não pode ser infirmada de forma considerável por qualquer daquelas apresentadas pela contraparte. Há que se distinguir uma grande diferença de corroboração entre as hipóteses para que se fale em suficiência da prova.

O *standard* parece funcionar da mesma forma que aquele típico do direito penal, com a diferença de que nesse caso se está deferindo uma tutela provisória,

³⁶⁵ No processo brasileiro, considera-se “evidência” como um fato jurídico processual, em que as afirmações de fato são consideradas evidenciadas por provas, de imediato, tal como o fato líquido e certo (documentado), que autoriza o mandado de segurança e o direito de crédito representado em título executivo, ou quando os fatos são notórios, incontroversos ou confessados em outro processo. Também é evidente o direito decorrente da coisa julgada positiva (questão prejudicial) v.g. a paternidade reconhecida como questão principal em um primeiro processo é evidente em um segundo em que se postulam alimentos. Ainda, o direito calcado em questão estritamente jurídica, ou comprovado por meio de prova emprestada obtida sob contraditório, ou demonstrado por provas produzidas antecipadamente, ou fatos sobre os quais incide presunção *jure et jure* de existência, ou direitos decorrentes da ocorrência da decadência ou prescrição. FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 313.

³⁶⁶ São elementos de prova que geralmente recebem alto grau de credibilidade e peso na valoração, o que não significa que não possam ser infirmados. Um documento pode estar eivado de falsidade material ou ideológica, ou pode conter vício de consentimento; uma confissão pode ter sido efetivada sob coação; pode-se arguir o *distinguishing* em relação à questão estritamente jurídica, ou que o texto legal fora mal interpretado etc. Para que seja deferida a tutela provisória de evidência nessa situação, comumente o autor apresenta provas documentadas, e essas não são suficientemente infirmadas pelo réu mediante contraprova (prova da falsidade da alegação), também exclusivamente documentada. Ocorre que se o réu não dispuser de outro meio de prova, o magistrado pode proceder ao julgamento antecipado do mérito (art. 335, inciso I, CPC), salvo se o autor postular a tutela provisória a fim de retirar o efeito suspensivo *ope legis* da apelação. Outra hipótese é aquela em que o réu opõe defesa indireta sem nada provar documentalmente, requerendo produção de prova oral ou pericial, quando também é possível ao julgador reconhecer a situação provisória de evidência. A evidência em sentido processual depende do cotejo entre as posições jurídicas do autor e do réu no processo com base, via de regra, nos elementos de juízo documentados.

momento em que a instrução probatória não foi necessariamente esgotada, podendo as partes produzir outras provas testemunhais, periciais etc. posteriormente. Diferentemente seria a exigência de que a prova documentada do autor fosse preponderante em relação a do réu. Nesse caso, mesmo que infirmada por alguns elementos, poder-se-ia lançar mão da tutela provisória.

Em suma, consideram-se os *standards* de prova como conteúdo implícito do direito à prova, norma de *status* constitucional. O Estatuto de Roma prevê o critério além da dúvida razoável para o direito criminal e, no âmbito civil, tem-se semelhante prescrição em uma das hipóteses de tutela provisória da evidência, disposta no Código de Processo Civil. Apesar da crescente presença do tema na jurisprudência, as referências legislativas ainda são escassas.

4.4 Da aplicação dos standards no processo civil brasileiro

A aplicabilidade dos *standards* de prova no direito brasileiro encontra amparo na academia, na jurisprudência e até mesmo na legislação. Os *standards* apenas podem indicar *a priori* que a suficiência da prova deve ser mais alta ou mais baixa, mas não *quanto* (v. *supra* cap. 3.6.2). O *standard* civil da preponderância de provas indica que a suficiência é mínima, de modo que ambas as partes suportam igualmente o risco de uma decisão equivocada. Aceitar como verdadeiro o que é falso, ou não aceitar como verdadeiro o que é verdadeiro têm o mesmo peso moral. Lembrando que a gravidade do erro tem a ver com a importância do bem afetado pela consequência jurídica e o grau de afetação (v. *supra* cap. 2.7). A hipótese mais corroborada prevalece, ainda que por uma diferença mínima. O *standard* civil da prova clara e convincente, assim como o penal da prova além da dúvida razoável, apontam que a suficiência é alta, de modo que uma das partes suporta maior risco de uma decisão errônea. Aceitar como verdadeiro o que é falso é considerado moralmente pior do que não aceitar como verdadeiro o que é verdadeiro, também em vista do bem jurídico que pode ser atingido. É preciso, nesse caso, uma diferença grande na corroboração das hipóteses, sem que o *standard* possa quantificar essa diferença.

Ainda que o *standard* não possa superar os limites da vagueza combinatória e de grau em um sistema de livre valoração da prova, ele é um componente necessário para a tomada de decisão racional sobre fatos. Não há como preferir

uma decisão sem antes atribuir credibilidade e peso às provas, tampouco sem reconhecer que a prova é ou não suficiente. No Brasil tem-se um critério de valoração explícito, mas um critério de suficiência implícito³⁶⁷. O art. 371 do Código de Processo Civil possibilita a utilização de todos os critérios de valoração que forem necessários ao adequado desempenho desta tarefa. A respeito da suficiência da prova, a despeito de a jurisprudência reconhecer amplamente os *standards*, não há um critério estabelecido legislativamente para ser aplicado na generalidade dos casos. Assim sendo, ou se considera que ele esteja incorporado no critério de valoração do art. 371, sendo também de livre escolha do magistrado, ou ele é indeterminado, sendo preenchida a lacuna pela prática jurídica (v. *supra* cap. 3.2).

Todo o feixe de garantias do *due process of law* fica comprometido se a valoração da prova e a consideração de sua suficiência forem tomadas de forma arbitrária. Além disso, sem *standard* não é possível aplicar a regra do ônus da prova, porque não é possível saber quando a prova é insuficiente. Tampouco é possível superar as presunções *juris tantum*, já que não se saberia quando a prova é suficiente para derrotá-las.

Inicialmente o *standard* orienta o jurisdicionado que em determinadas situações as alegações precisam ser altamente corroboradas, já, em outras, basta que preponderem minimamente entre as hipóteses contrárias, sendo mais provável a veracidade da alegação fática do que a falsidade, ou mais provável uma hipótese dentre várias, que podem tratar de fatos incompatíveis ou fatos juridicamente vinculados (fato modificativo, impeditivo ou extintivo), a “preponderância relativa” (v. *supra* cap. 3.4.3). O critério de suficiência também orienta o magistrado no momento da tomada de decisão, após ter encerrado a valoração do acervo probatório, e é igualmente uma regra de julgamento para ele. É importante que as partes do processo saibam qual *standard* de suficiência da prova é aplicável no início do procedimento probatório, assim como ocorre com a regra do *onus probandi*, para que possam melhor defender seus interesses na fase de produção ou colheita dos elementos de prova.

³⁶⁷ Reichelt considera que é usual na praxe forense contemporânea o uso de *standards* de prova como critérios implícitos, não mencionados textualmente, mas aplicados na construção de soluções que retratam o resultado alcançado a partir da contraposição de diversos graus de probabilidade. REICHELTL, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2009. p. 212.

4.4.1 Das ações civis meramente patrimoniais

A partir das considerações vertidas nos tópicos precedentes, bem como diante da trajetória do instituto jurídico no sistema *common law*, tem-se que a regra geral para o processo civil é a aplicação do *standard* da preponderância de provas³⁶⁸. Como regra, ambas as partes devem suportar igualmente o risco de uma decisão equivocada, em conformidade com o princípio da igualdade. Mais precisamente, pode-se falar no critério da lógica preponderante, que abrange a noção de “mais provável do que não” e da “preponderância relativa”.

Em ações civis envolvendo direitos de caráter patrimonial, considera-se que um erro na decisão final do processo em favor de uma ou outra parte tem o mesmo peso moral, isto é, podendo ser um falso positivo ou falso negativo. Declarar provado o que é falso é igualmente grave quanto declarar não provado o que é verdadeiro. A hipótese mais corroborada prevalece, mesmo que seja por uma diferença mínima, porque o sistema jurídico impõe a tomada de uma decisão no modelo “tudo ou nada”, ou se considera comprovado o fato ou não. Adota-se a hipótese mais aceitável, seja em relação à sua versão negativa (mais provável do que não), vale dizer, quando a veracidade da alegação é mais provável que a sua falsidade, seja entre hipóteses diversas, sobre fatos incompatíveis ou fatos juridicamente vinculados (impeditivos, modificativos, extintivos). Não há possibilidade de se fixar um *standard* mais baixo do que esse, porquanto isso implicaria considerar provado o que é mais provavelmente falso do que verdadeiro, ou optar pela hipótese menos corroborada em relação às demais. Se isso fosse possível, a instrução probatória perderia o sentido, bastando que se escolhesse qualquer uma dentre as alegações formuladas no processo.

Em se tratando de hipóteses contrárias, havendo corroboração probatória forte da veracidade do enunciado e ausência de corroboração de sua falsidade ou corroboração fraca de sua falsidade, a hipótese da veracidade do enunciado será preponderante. Da mesma forma, havendo corroboração probatória forte da falsidade do enunciado e, juntamente, corroboração fraca da sua veracidade ou ausência de corroboração da sua veracidade, a falsidade do enunciado será

³⁶⁸ Também nesse sentido: MARANHÃO, Clayton. *Standards* de prova no processo civil brasileiro. *Revista Judiciária do Paraná*, Curitiba, v. 14, n. 17, maio 2019. p. 237.

preponderante. Não há como mensurar de forma precisa se a corroboração de uma hipótese é fraca ou forte, mas somente de forma aproximada no momento da valoração da prova. Quanto mais criteriosa for a valoração, mais discernível será essa distinção entre as hipóteses.

Se houver hipóteses contrárias com corroboração probatória forte tanto da veracidade quanto da falsidade do enunciado, esses graus de confirmação são confrontados igualmente na etapa de valoração da prova, com o auxílio de critérios como a confirmação das hipóteses derivadas, congruência narrativa, coerência narrativa, capacidade explicativa, simplicidade etc. Tampouco há como apontar um elenco específico de critérios a serem utilizados na valoração.

Havendo ausência de corroboração da veracidade do enunciado, ou corroboração fraca da sua veracidade, ao mesmo tempo em que há ausência ou confirmação fraca da sua falsidade, estar-se-á diante de uma situação de incerteza, somente podendo ser solucionada mediante a regra de julgamento do *onus probandi*. Sucumbe aquele em face do qual fora previamente alocado o risco de prejuízo pela eventual insuficiência probatória.

Em uma demanda indenizatória por danos materiais decorrentes de acidente de trânsito, envolvendo dois veículos em uma via pública não sinalizada, cuja prova se resume ao depoimento das partes envolvidas defendendo versões contrárias a respeito do mesmo fato (a desatenção de um ou de outro), não há como alterar a regra do ônus da prova, visto que não há maior facilidade de produzir provas por parte de qualquer um dos envolvidos³⁶⁹. Assim, o pleito do proponente não poderá ser considerado suficiente, incidindo contra ele a regra do *onus probandi*.

A situação de absoluta inesclarecibilidade, própria do *non liquet*, comumente aparece quando nenhuma das partes produz qualquer elemento de prova, restando a palavra de uma contra a da outra, e o magistrado tampouco consegue obter mais elementos mediante os seus poderes instrutórios. Isso pode ocorrer também em uma ação declaratória de união estável, por exemplo. Ramos refere que a regra de

³⁶⁹ Trata-se de exemplo suscitado por Maranhão: MARANHÃO, Clayton. *Standards de prova no processo civil brasileiro*. **Revista Judiciária do Paraná**, Curitiba, v. 14, n. 17, maio 2019. p. 237.

juízo do ônus da prova é residual e deve ser evitada ao máximo, visto que para a maioria dos casos é possível a apuração dos fatos por meios racionais³⁷⁰.

A regra de julgamento do ônus da prova pressupõe a insuficiência da prova. Assim, para aplicá-la é preciso estabelecer quando a prova é suficiente ou insuficiente. Porém, até que ponto há uma situação de absoluta incerteza é uma questão que igualmente emerge da valoração da prova, sem que se possa quantificá-la de forma cristalina e apriorística. Mesmo que tenham sido aportados elementos de prova unicamente em favor da veracidade da tese alegada pela parte autora da ação, esses dados podem carecer de credibilidade e até mesmo militar em desfavor daquele que trouxe tais informações.

Se dos elementos de juízo valorados se depreende que é mais corroborada a hipótese de um fato incompatível com aquele alegado pela parte autora da ação, ou um fato juridicamente vinculado que o corrói, preponderará a hipótese deduzida pela parte ré (preponderância relativa), sem que se cogite do ônus da prova. A presença de versões impeditivas, modificativas ou extintivas tem efeito neutralizador sobre a narrativa dos fatos constitutivos. Impõe-se, nesse caso, o contraste do grau de probabilidade da prova das alegações sobre fatos constitutivos do direito da parte autora em face do grau de probabilidade presente na prova das alegações sobre fatos impeditivos, modificativos ou extintivos desse direito. Busca-se a hipótese que recebe mais suporte em contraste com as alternativas. Essa comparação também depende dos critérios de valoração, como a confirmação das hipóteses derivadas, congruência narrativa, coerência narrativa, capacidade explicativa, simplicidade etc.

Percebe-se que não há como desvincular a suficiência da prova da sua valoração *in concreto*. Pardo, ao analisar a teoria probatória, identifica a valoração da prova como o requisito de nível micro e a suficiência da prova como o requisito macro, os quais se relacionam mediante o requisito de integração. No nível macro, as explicações se focam em averiguar se as provas como um todo são suficientes para satisfazer determinados *standards* de prova. Se um fato foi ou não “comprovado” para fins jurídicos. O requisito de integração trata da coerência entre os níveis micro e macro da teoria explicativa, vale dizer, se não há contradição entre

³⁷⁰ RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil**: do ônus ao dever de provar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 116.

a prova valorada e a exigência do *standard* de uma grande ou pequena diferença de corroboração entre as hipóteses³⁷¹.

A melhor explicação das provas, em sentido epistêmico, deve ser selecionada para verificar se atende ao *standard* de prova aplicável. Deve-se passar da melhor explicação para a melhor decisão, ou, nas palavras de Tuzet, uma “inferência para a melhor explicação” deve ser complementada com uma “inferência para a melhor decisão”, justificando-se o significado contextual de “melhor”³⁷². O *standard* da preponderância impõe que a hipótese explicativa seja melhor que outras alternativas, mais corroborada, desde que supere um estado de completa incerteza sobre os fatos quando se aplica a regra do *onus probandi*.

Se o réu não contesta uma ação que verse sobre direitos indisponíveis, na qual não falte dos autos elemento de prova considerado indispensável por norma, v.g. certidão de casamento para a ação de divórcio, e as alegações da parte autora forem coerentes e conformes com as provas já aportadas, incide a presunção de veracidade dos fatos alegados pela parte autora (art. 344, CPC). O revel ainda assim pode requerer a produção de provas (art. 349, CPC). Caso não o faça, possibilita-se o julgamento antecipado do mérito (art. 355, inciso II, CPC). Trata-se de uma presunção legal, uma regra de julgamento que altera o ônus da prova quanto ao fato presumido. É uma presunção *juris tantum*, que admite prova em contrário.

Para uma regra de presunção *juris tantum* ser aplicável é necessário saber em que condições a presunção pode ser considerada derrotada, ou seja, quando há prova suficiente em contrário. Ao réu incumbirá a prova da não ocorrência do fato presumido que, no momento da valoração deverá ser preponderante em relação às demais hipóteses extraídas do acervo probatório no seu conjunto, incluindo a valoração do comportamento desinteressado da parte que deu ensejo a alteração do *onus probandi*. Havendo infirmação do fato presumido, permitindo superar uma situação de absoluta incerteza, não deverá incidir a regra de julgamento do ônus da prova quanto ao fato presumido alocado no revel.

³⁷¹ PARDO, Michael S. *Estándares de prueba y teoría de la prueba*. In: VÁZQUEZ, Carmen. ***Estándares de prueba y prueba científica***. Ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 101-102.

³⁷² TUZET, Giovanni. *Abduction, IBE and standards of proof*. ***The International Journal of Evidence & Proof***. v. 23, Issue 1-2, 2019. p. 119.

A regra de presunção legal não atinge o poder instrutório do juiz³⁷³, que pode determinar a produção de provas *ex officio*, se vislumbrar que existem elementos que possam esclarecer a situação. Não havendo outros elementos, a hipótese da parte autora será considerada preponderante no momento do julgamento. Também há previsão de presunção legal contra a parte que deixa de prestar depoimento pessoal sem justo motivo. A despeito da existência dessas regras de presunção legal, o comportamento da parte que não impugna as alegações formuladas é um indício que, de qualquer forma, seria valorado em seu desfavor pelo julgador. Essa presunção *hominis* é, por sua vez, a conclusão do raciocínio do julgador, tomando uma máxima da experiência como premissa maior e um indício como premissa menor.

Também o magistrado pode julgar antecipadamente o *meritum causae* quando a prova pertinente for exclusivamente documental e ele considerar justificadamente que não há necessidade de produção de outras provas (art. 355, inciso I, CPC). Com base nesses elementos o magistrado verifica se a veracidade da alegação prepondera em relação à sua falsidade, ou se uma hipótese explicativa dos fatos prepondera entre várias. A diferença nos graus de corroboração pode ser mínima, bastando que a hipótese supere o estado de absoluta incerteza.

Não há, pois, como desvincular a mensuração aproximada dos graus de corroboração das hipóteses, em comparação umas com as outras, e a superação do estágio de incerteza sobre os fatos, da valoração concreta e criteriosa da prova. Tudo que o *standard* da preponderância de provas pode indicar é que é preciso transpor a absoluta incerteza e que deve prevalecer a hipótese mais corroborada pelos elementos de juízo, ainda que por uma pequena fímbria.

4.4.2 Das ações civis especiais

Para hipóteses envolvendo litígios civis em que estejam implicados interesses não meramente patrimoniais, pode-se utilizar um *standard* de prova mais rigoroso. Nesses casos busca-se um grau particularmente alto de confirmação nos elementos

³⁷³ Também pode o juiz se valer de técnicas coercitivas e sub-rogatórias durante a instrução, em conformidade com o princípio da máxima eficiência. FERREIRA, William Santos. Transições paradigmáticas, máxima eficiência e técnicas executivas típicas e atípicas no direito probatório. In: DIDIER JR, Fredie et al. **Direito probatório**. 3. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 573-591.

de juízo. Aquele que deduz a pretensão acaba suportando um risco maior na eventualidade de um erro judicial. Aceitar como verdadeiro o que é falso é considerado moralmente pior do que não aceitar como verdadeiro o que é verdadeiro. Tendo-se sempre em vista a consequência da ação, isto é, qual o bem jurídico que pode ser atingido e como.

Não há como estabelecer uma diferenciação relevante entre o *standard* civil da prova clara e convincente e o penal da prova além da dúvida razoável, tendo em vista o problema da vagueza combinatória e de grau de que padecem os *standards* (v. *supra* cap. 3.6.2). Ambos indicam que a suficiência da prova deve ser alta, sem poder precisar quão alta. Isso significa dizer que a diferença de corroboração entre as hipóteses deve ser grande e, da mesma forma, sem que se possa previamente quantificar a grandeza da diferença entre as hipóteses em disputa. Diversamente é o que se verifica na preponderância de provas, em que essa diferença de corroboração das hipóteses pode ser mínima. Assim, nas ações civis especiais incumbe ao autor, via de regra, a produção de prova robusta que demonstre ser altamente provável a sua narrativa fática em relação às demais, sob pena de improcedência de seu pedido.

Considerando as limitações da capacidade cognitiva humana, tem-se que é possível avaliar e comparar magnitudes de forma aproximada. Em termos práticos, não parece haver espaço conceitual para um *standard* intermediário de prova na mente do julgador. Pode-se presumir que é melhor compreendida a diferença entre um *standard* baixo e um elevado do que entre qualquer um deles e um intermediário. Para o baixo, a preponderância de provas, basta uma diferença mínima de corroboração entre as hipóteses para que se considere provada a alegação, ainda que confrontada somente com a negativa da hipótese, vale dizer, que ela seja “mais provável que não”. Para o *standard* alto, é preciso que haja uma diferença grande de corroboração entre as hipóteses em conflito, sem que se possa mensurar precisamente o quão grande. Essa diferença só poderá aparecer de forma precisa após a valoração da prova e sua justificação na motivação da decisão. Pardo segue semelhante linha de raciocínio em sua obra, quando refere que sob *standards* de prova baixos, a qualidade de uma explicação necessária para atendê-los alcança uma vantagem simplesmente por ser melhor do que suas alternativas; já para o

standard da “prova clara e convincente”, a explicação deve ser substancialmente melhor do que suas alternativas³⁷⁴.

Além disso, a zona intermediária, vale dizer, aquela em que a diferença de corroboração entre as hipóteses é mais ou menos acentuada, facilmente se imiscui em uma ou outra zona limítrofe, aquelas em que claramente a diferença de corroboração é mínima, ou claramente é alta. Se o *standard* estabelecido é o mais alto, aparentemente a tendência das situações concretas que se enquadram na zona intermediária é serem absorvidas para uma ou outra margem.

Gagno também questiona a utilidade de escalonar três *standards* de prova. À medida que mais tênue vai ficando a diferença entre um e outro modelo, mais dificuldades práticas são acrescentadas ao seu processo de aplicação, a ponto de esbarrar na completa inaplicabilidade³⁷⁵. Uma vez que não há como mensurar precisamente o grau de diferença de corroboração probatória que cada hipótese recebe em um sistema de livre valoração da prova, parece muito mais orientador considerar somente dois critérios, em que um deles tolera uma diferença mínima de corroboração e o outro, somente uma diferença robusta.

De qualquer sorte, o enfoque deste estudo se limita ao âmbito do direito processual civil. Nessa perspectiva consideram-se dois *standards* aplicáveis como critérios de suficiência da prova, a preponderância de provas, no qual uma hipótese pode prevalecer por uma diferença mínima de corroboração, e a prova clara e convincente, em que uma hipótese precisa de uma diferença robusta de corroboração em detrimento das demais. Convém manter a terminologia clássica desses critérios, uma vez que já gozam de reconhecimento entre os teóricos e magistrados do direito brasileiro.

A Lei 8.429 de 1992 prevê a ação de improbidade administrativa contra agente público ou terceiro que causar dano ao patrimônio público ou violar os princípios regentes da administração. Essa demanda pode ensejar seis tipos de consequências jurídicas, elencadas no seu art. 12, inclusive cumuladas: indenização pelo dano causado, perda de bens e valores decorrentes do enriquecimento sem

³⁷⁴ PARDO, Michael S. *Estándares de prueba y teoría de la prueba*. In: VÁZQUEZ, Carmen. ***Estándares de prueba y prueba científica***. Ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 115.

³⁷⁵ GAGNO, Luciano Picoli. O rigor excessivo no juízo probatório cível e sua incompatibilidade com o direito fundamental de acesso à justiça e a teoria dos modelos de constatação. **Revista de Processo**, São Paulo, v.38, n.226, dez. 2013. p. 93.

causa jurídica, multa punitiva, perda da função pública, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais e suspensão dos direitos políticos. Na fixação das penas o juiz leva em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Essa ação visa a proteger bens de interesse da coletividade e não impõe penas restritivas de liberdade a exigir um *standard* elevado. Cinco dessas categorias de penas são exclusivamente patrimoniais, de modo que sendo elas imputáveis, o *standard* haverá de ser o da preponderância de provas³⁷⁶. A proibição de contratar com o poder público e de beneficiar-se de incentivos fiscais nada mais é do que uma proteção ao Erário, do qual dependem os direitos mais fundamentais da sociedade. A natureza do bem atingido pela ação é diversa para as hipóteses de perda dos direitos políticos em que se poderia cogitar do *standard* da prova clara e convincente, o qual demanda uma diferença grande de corroboração entre as hipóteses em disputa. Ainda assim, pondera-se se aquele que tem contra si uma preponderância de prova de improbidade administrativa deve livremente participar da atividade política que dita os rumos da nação, ou tal nível de corroboração basta para suspender seus direitos políticos temporariamente.

Essa é uma decisão político-moral a ser tomada, preferencialmente pelo parlamento, a fim de evitar tratamentos diversos para casos semelhantes nas cortes do país. Há que se decidir se aceitar como verdadeiro o que é falso é considerado moralmente pior do que não aceitar como verdadeiro o que é verdadeiro. Se a parte autora, incumbida de demonstrar o fato constitutivo do direito alegado, deve suportar maior risco de uma decisão errônea; ato esse que repercute na sociedade como um todo por envolver o patrimônio público. Essa é a razão de fundo para a escolha entre um *standard* mais rigoroso ou menos. Caso se considere que a perda temporária dos direitos políticos é tão gravosa, à semelhança de penas restritivas de liberdade, merecendo uma alta corroboração de prova em face das demais hipóteses

³⁷⁶ Carpes entende que para condenar ao ressarcimento dos danos causados ao erário, o *standard* adequado é o da mera preponderância de provas, sendo, no entanto, necessária a “prova clara e convincente” para condenar à perda da função pública, à suspensão dos direitos políticos e do direito de contratar com o poder público. CARPES, Artur. O direito fundamental ao processo justo: notas sobre o modelo de constatação nas ações de improbidade administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. **Improbidade administrativa**: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2013, p. 58.

concorrentes, a mesma *ratio* há de ser aplicada para outras tantas penalidades da legislação eleitoral, pelo dever de coerência do sistema jurídico.

Além disso, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória, diferentemente da regra geral do processo civil que permite a execução provisória da sentença. Trata-se de um rito diferenciado e mais benéfico para o réu, que poderá valer-se também da via recursal para complementar a instrução do processo, justificando menos ainda a exigência do *standard* elevado³⁷⁷. Se para a perda da função pública igualmente se cogitar do *standard* elevado, também assim se deverá proceder nos processos administrativos disciplinares em que essa sanção possa ser aplicada. Contudo, dada a natureza patrimonial da consequência jurídica e a impossibilidade de um escalonamento de *standards* probatórios para cada tipo de sanção, entende-se que também este caso deve seguir a preponderância da prova. A hipótese mais corroborada prevalece, ainda que por uma diferença mínima.

A utilização de mais de um *standard* na ação de improbidade possui outro óbice decorrente do fato de todos os quatro incisos do art. 12 permitirem a cominação das penalidades de multa punitiva, perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, que, nos termos do *caput* “podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato”. Assim, a gravidade do ato de improbidade depende da consideração do julgador, que precisa informar às partes quais as consequências que podem ser aplicadas no caso concreto em conformidade com determinada gravidade de um ato específico, bem como esclarecer previamente qual o *standard* de suficiência probatória em observância a esses fatores.

Há também certa dificuldade em estabelecer qual o *standard* necessário para desconstituir a decisão transitada em julgado na ação rescisória (arts. 966 a 975 do CPC). Uma forma de defini-lo é considerando o bem jurídico tutelado pela decisão rescindenda, para que se possa decidir se o *standard* de suficiência probatória será

³⁷⁷ A jurisprudência sinaliza pela utilização de um *standard* alto na ação de improbidade, sem maiores aprofundamentos. Exemplifica-se: “a ação civil pública por improbidade se assemelha à ação penal e somente deve ser julgada procedente à vista de prova conclusiva quanto à autoria do ilícito. No caso concreto, o exame da prova revela um quadro frágil do alcance imputado ao réu, que não enseja sua condenação às graves sanções do art. 12 da Lei 8.429/92.” BRASIL. TJRS. Apelação Cível 70008907032, Rel. Des. Araken de Assis, 4ª Câmara Cível, julgado em 30.06.2004. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 13.10.2019.

o da preponderância de provas ou o da prova clara e convincente. As hipóteses de cabimento desta ação já são restritivas, em conformidade com o princípio da segurança jurídica³⁷⁸ (previsibilidade e estabilidade do direito), concretizado na regra da coisa julgada. A necessidade de conferir maior força à coisa julgada deve ser tratada com a maior restrição às hipóteses de cabimento da ação, não mediante alteração do *standard* de suficiência probatória.

Se a decisão rescindenda for prolatada considerando a hipótese do autor amparada por prova clara e convincente, isto é, com grande distanciamento de corroboração das hipóteses concorrentes, e o pedido rescisório for julgado procedente por preponderância de provas, em que a corroboração da hipótese de corrupção do juiz, por exemplo, supere minimamente as suas concorrentes, sendo também infirmada em grande medida, ter-se-á uma incongruência de suficiências probatórias. O fato grave na segunda demanda, que é em certa medida duvidoso, não teria a credibilidade e peso suficientes para desconstituir a primeira decisão em que a corroboração probatória fora maior.

Contudo, se a decisão rescindenda for prolatada com arrimo na preponderância de provas, não haveria por que a desconstituir com igual nível de corroboração probatória, visto que nesse caso se estaria diante de um equilíbrio entre duas demandas conflitantes com semelhante nível de suporte nas provas. Em razão dessa dificuldade, seria necessário comparar os graus de corroboração entre as demandas, exigindo um novo esforço valorativo do julgador.

Dessa forma, não a segurança jurídica, mas as dificuldades práticas que parecem apontar para que o *standard* da prova clara e convincente seja utilizado para a rescisão das decisões jurisdicionais. Demonstra-se com grande diferença de corroboração a hipótese de impedimento, incompetência absoluta, prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; dolo ou coação da parte vencedora; simulação ou

³⁷⁸ O aspecto material da segurança jurídica de acordo com a CF/88 denota um estado de (1) cognoscibilidade (capacidade, material e intelectual, de compreensão das alternativas interpretativas do texto normativo e dos critérios indispensáveis à sua concretização), (2) confiabilidade (os direitos de propriedade e liberdade pressupõem um mínimo de permanência das regras válidas) e (3) calculabilidade do direito (em duas dimensões: i – conteúdo normativo – capacidade de prever o espectro das consequências jurídicas atribuíveis abstratamente a fatos ou a atos, próprios ou alheios, e o espectro de tempo dentro do qual a consequência será definida, por meio de um processo de reconstrução argumentativa dos significados mínimos dos dispositivos; ii – modificabilidade das normas – capacidade de prever o espectro das consequências jurídicas que normas futuras poderão atribuir aos fatos regulados por normas passadas). ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 267-297.

colusão entre as partes a fim de fraudar a lei; ofensa à coisa julgada; violação manifesta de norma jurídica; que a decisão fundou-se em prova falsa ou erro de fato; prova nova e suficiente para um pronunciamento favorável³⁷⁹.

A consequência jurídica é a reabertura da discussão travada na ação rescindenda, que, todavia, pode ter tratado de temas em relação aos quais já se havia exigido um *standard* de prova mais elevado. Nesse caso, reaparece o problema da comparação entre os graus de corroboração das hipóteses vencedoras em cada demanda, necessitando-se de um novo esforço valorativo do julgador. A única diferença é que o *standard* da prova clara e convincente possui aplicabilidade mais restrita, conforme o entendimento defendido neste estudo. Assim sendo, tais dificuldades práticas devem ser consideradas na decisão político-moral que fixar o *standard* para a ação rescisória.

Além da ação rescisória, consideram-se três ações cíveis como os principais exemplos em relação aos quais se entende adequada a aplicação do critério da prova clara e convincente, quais sejam, destituição de pátrio poder, interdição e investigação de paternidade³⁸⁰. Outras eventualmente podem ser identificadas em razão de semelhante gravidade das suas consequências.

A ação de interdição, ou ação de curatela de interditos, tem por fundamento a incapacidade do interditando para tutelar adequadamente seus próprios interesses da vida civil, em decorrência de uma das causas de incapacidade insculpidas no art. 1.767 do Código Civil, como em face daqueles que não podem exprimir sua vontade, pródigos, ébrios habituais e viciados em tóxicos. O rito está disciplinado nos arts. 747 a 758 do Código de Processo Civil, podendo a demanda ser promovida pelo cônjuge, tutor, parentes, representante de entidade que abriga o interditando, ou pelo *Parquet*. A decisão declara a incapacidade de uma pessoa para comandar seus atos na vida civil e lhe nomeia um curador. Assim, é evidente a gravidade de uma decisão errônea nesse sentido e os percalços que pode acarretar até que seja revertida. Não raros são os casos de inimizades entre familiares que podem se valer

³⁷⁹ Gagno entende que é necessário atingir o *standard* da prova clara e convincente para derrubar a presunção de legitimidade da decisão impugnada: GAGNO, Luciano Picoli. O rigor excessivo no juízo probatório cível e sua incompatibilidade com o direito fundamental de acesso à justiça e a teoria dos modelos de constatação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 226, dez. 2013. p. 112.

³⁸⁰ Também reconhecendo a prova clara e convincente como o critério adequado para interdição, investigação de paternidade e destituição do poder familiar: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**, v. 2: processo de conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p. 80-81.

dessa medida por interesses escusos. Também alguém pode pretender manejá-la contra um familiar em idade avançada a fim de obstar a prática de negócios que possam diminuir seu futuro quinhão na herança³⁸¹. Há que se assegurar a verdadeira finalidade dessa ação de proteger a pessoa do incapaz, bem como a administração de seu patrimônio, sob pena de se ferir o direito de liberdade.

A destituição do pátrio poder igualmente é uma medida extremamente drástica, que rompe toda relação jurídica entre pais e filhos, com graves consequências para a família. Está disciplinada no art. 1.638 do Código Civil e nos artigos 22 e 24 da Lei 8.069, de 1990. O pátrio poder, ou poder familiar, compreende um feixe de direitos e deveres (sustento, guarda e educação) dos pais sempre no melhor interesse e na proteção integral de seus filhos menores de idade. A destituição é uma sanção imposta aos pais, ou a um só deles, em casos gravíssimos como castigo imoderado, abandono, entrega irregular do filho à adoção, descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda ou educação etc. Há, ainda, um conceito jurídico indeterminado possibilitando sua aplicação, qual seja, a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes. Também é cabível quando há prática de crime grave contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar. Não há consenso quanto à possibilidade de ser reintegrado na *patria potestate*, uma vez destituído³⁸². Assim, a medida é a mais grave sanção imposta aos pais e só deve ser implementada no interesse do menor³⁸³, o que justifica o *standard* elevado de suficiência da prova.

A ação de investigação de paternidade, por sua vez, está disciplinada na Lei 8.560, de 1992, e nos arts. 1.596 a 1.606 do Código Civil. Por meio dela reconhece-se a filiação, a relação entre pais e filhos. O direito a este vínculo de filiação é indisponível. O filho reconhecido passa a ter todos os direitos inerentes à filiação, inclusive o direito à herança, ao nome familiar e ao pagamento de pensão

³⁸¹ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Aspectos da ação de interdição. **Revista Dialética de Direito Processual: RDDP**, São Paulo, n. 62, maio 2008. p. 18.

³⁸² FONSECA, Antônio Cezar Lima da. A ação de destituição do pátrio poder. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 2000. n. 146. p. 262-266.

³⁸³ “Adoção. Destituição do poder familiar. Guarda. 1. Inexistindo prova cabal de qualquer das causas elencadas no art. 1.638 do CCB, descabe destituir os genitores do poder familiar. 2. A entrega do filho para que a madrinha, que é pessoa da família, cuidasse temporariamente do infante não constitui situação de abandono. 3. Estando a criança afeiçoada ao casal guardião e perfeitamente inserida no seu ambiente familiar, deve ser mantida a guarda, não obstante deva ser reconhecido aos genitores o direito de visitas. Recurso provido em parte”. BRASIL. TJRS. Apelação Cível 70013811450, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 7ª Câmara Cível, julgado em 19.04.2006. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 13.10.2019.

alimentícia etc. O exame de DNA possibilita uma prova robusta da paternidade biológica, que geralmente atende *per se* ao *standard* da prova clara e convincente, sem descurar o que fora dito em termos gerais a respeito da valoração da prova pericial (v. *supra* cap. 2.3.1); o material genético colhido pode ser trocado, o laboratório ser inidôneo e adulterar o resultado mediante paga ou promessa de recompensa, dentre outras possibilidades³⁸⁴.

O DNA é uma molécula que pode ser extraída das células do sangue, saliva, bulbos capilares, mucosa bucal etc. A metodologia mais rápida e precisa é o PCR (*polymerase chain reaction*), assegurando 99,99% de probabilidade de acerto na perícia³⁸⁵. Em vista disso sedimentou-se no enunciado 301 da súmula do Superior Tribunal de Justiça que a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade³⁸⁶. Essa regra também restou inserida no parágrafo único, do art. 2º-A da Lei 8.560, de 1992. Havendo elementos de prova contra o fato presumido, eles serão valorados juntamente com os demais elementos de juízo, como o comportamento da parte renitente. Em relação a esse último, assim como em face de qualquer indício, o magistrado extrai presunção *hominis*. Se não for superado o estágio de completa incerteza, aplicar-se-á a regra de julgamento do *onus probandi* quanto ao fato presumido, a paternidade do réu.

Observa-se que mesmo em ações civis não meramente patrimoniais, o *standard* aplicável há de ser o da preponderância de provas. O critério da prova clara e convincente, em que se exige uma grande diferença de corroboração entre as hipóteses fáticas, deve ser reservado para as ações com as consequências mais gravosas em face de direitos da máxima importância. Pensa-se que, nesse contexto, o tratamento da questão pelo legislativo confere maior segurança jurídica.

³⁸⁴ Nesse sentido: “o grau de confiabilidade do DNA não exclui a possibilidade de erro, não pela técnica em si mesma, mas, sim, pela própria realização, em função da falibilidade humana”. BRASIL. STJ. REsp 317809/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, julgado em 02.05.2002, DJ 05.08.2002. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 13.10.2019.

³⁸⁵ SEREJO, Lourival. Ação de investigação de paternidade e a precipitação dos julgamentos antecipados. **Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão**, São Luís, v. 6, n. 1, jan. / jun. 2012. p. 17-20.

³⁸⁶ Entendendo que esse caso não trata de uma presunção legal: FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 81. Para maior aprofundamento sobre o tema vide também: OSNA, Gustavo. A obrigatoriedade de exame de DNA, o conhecimento de paternidade e as garantias fundamentais do processo. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 3, n. 20, p. 57-73, abr./jun. 2019.

4.4.3 Do standard na tutela provisória

A tutela provisória no ordenamento jurídico brasileiro é uma técnica processual que redimensiona o ônus do tempo do processo, seja protegendo um direito em risco (no caso das medidas cautelares), para que possa ser satisfeito posteriormente, ou antecipando provisoriamente a tutela jurisdicional definitiva (no caso da tutela satisfativa), satisfazendo desde logo o direito subjetivo material. Garante-se, assim, a efetividade, ou realizabilidade, da tutela jurisdicional e, conseqüentemente, o devido processo.

Podem-se elencar quatro características principais da tutela provisória, segundo a disciplina do Código de Processo Civil de 2015, que unificou o tratamento das ações cautelares e da técnica de antecipação da tutela satisfativa. São elas: a sumariedade da cognição do julgador³⁸⁷, a precariedade da decisão, a inaptidão para a coisa julgada, e a necessidade de requerimento da parte. Watanabe diz que, no plano horizontal, a cognição do magistrado pode ser plena ou limitada quanto à eventual limitação de alegações que podem ser debatidas no processo; no plano vertical, sumária ou exauriente quanto à profundidade da cognição em relação às provas³⁸⁸. Na aferição do pedido de tutela provisória, há uma análise superficial sobre o objeto probatório, tratando-se de cognição sumária, salvo quando tal pedido é analisado após encerrada a instrução probatória. A medida também é precária, e por isso pode ser revogada, ou seja, é concedida *rebus sic stantibus*, enquanto os requisitos para a sua concessão permanecerem. Além disso, uma medida provisória concedida no curso do processo precisa ser confirmada na sentença para que continue hígida. Via de regra, a decisão que trata da tutela provisória não fica acobertada pela imutabilidade e indiscutibilidade da coisa julgada, salvo se for proferida em um capítulo da sentença. Por fim, geralmente é preciso requerimento da parte interessada para que a tutela provisória seja deferida, notadamente porque o *Codex* Processual atribui responsabilidade objetiva contra aquele beneficiado pela

³⁸⁷ *Cognitio* e *cognoscere* indicam fundamentalmente, “em harmonia com seu significado ordinário, a percepção e o accertamento dos fatos e sua relevância jurídica, como premissa de um provimento que alguém é solicitado a emitir. (...) A cognição é prevalentemente um ato de inteligência consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes”. WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. atual. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999. p. 53, 58-59.

³⁸⁸ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. atual. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999. p. 113, 125.

medida caso essa provoque danos à contraparte. Existem, todavia, exceções, como os alimentos provisórios na ação de alimentos (art. 4º da Lei 5.478 de 1968).

Dois são os requisitos imprescindíveis para o deferimento da tutela provisória de urgência, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, que o Código denomina “probabilidade do direito” e “perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo”. O primeiro é a plausibilidade amparada em elementos cognoscitivos disponíveis, os elementos de prova. A probabilidade difere da “verossimilhança”, a plausibilidade apoiada no que “normalmente acontece”, no *id quod plerumque accidit*, que não equivale a qualquer grau (baixo ou alto) de confirmação probatória³⁸⁹. O segundo requisito é o perigo de que o direito não possa ser satisfeito, se for necessário postergar a sua realização no mundo material, ou se o direito não for protegido neste momento para depois ser satisfeito. Há, portanto, urgência.

Havendo risco de irreversibilidade da tutela provisória satisfativa, o magistrado pode exigir caução real ou fidejussória da parte beneficiada pela medida, a fim de mitigar eventual prejuízo. Por vezes pode haver tanto o risco de irreversibilidade da concessão da tutela satisfativa, como o risco de irreversibilidade da não concessão da medida, quando então será preciso ponderar os direitos subjetivos em jogo, de modo que um deles arcará com maior risco de ser alterado na decisão definitiva e somente poder ser reparado de forma indenizatória pelo equivalente pecuniário. Por exemplo, a necessidade de uma intervenção cirúrgica imediata.

O *Codex* e a legislação esparsa também possibilitam a tutela provisória sem o requisito da urgência, o *periculum in mora*, bastando o requisito da probabilidade do direito. É a tutela provisória de “evidência”. O significado desse termo dado pelos teóricos foi referido no capítulo 4.3. O art. 311, inciso II, do CPC, trata da tutela

³⁸⁹ Tais categorias eram equiparadas na visão de Piero Calamandrei (como graus de confirmação), conforme se verifica da obra: CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*. In: **Opere Giuridiche**. Napoli, 1972, v. 5. p. 615-640. A verossimilhança de uma hipótese factual não equivale a sua probabilidade, dado que uma descrição verossímil pode ser completamente falsa. Pode ser verdadeira uma hipótese inicialmente tida como inverossímil. TARUFFO, Michele. *Note sparse su probabilità e logica della prova*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, v. 68, n. 4, dez. 2014. p. 1512. Verossimilhança indica a conformidade da afirmação àquilo que normalmente acontece (*id quod plerumque accidit*). Indica a possibilidade de que algo tenha ocorrido ou não em face de sua precedente ocorrência em geral. Verossimilhança conta com o parâmetro da normalidade, com aquilo que normalmente ocorre em casos semelhantes. Probabilidade concerne a uma alegação concreta e indica a existência de válidas razões para tomá-la como correspondente à realidade. Concerne à correspondência da proposição com a realidade do caso. Taruffo acredita que Calamandrei equivocadamente traduziu a palavra *Wahrscheinlichkeit* do alemão para o italiano, como *verosimiglianza*, sendo que um dos principais significados da palavra alemã é o de probabilidade. TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè. 1992. p. 158-166.

provisória documentada e fundada em decisões vinculantes das cortes de superposição; o art. 311, inciso III, do CPC, trata da tutela provisória documentada fundada em contrato de depósito, em que se exige somente a comprovação do contrato de depósito e da mora *ex re*, com o advento do termo certo, ou da mora *ex persona*, com a interpelação, se o réu ainda não tiver sido citado, pois a citação o constitui em mora, para que o magistrado determine provisoriamente a restituição da coisa objeto desse pacto.

Na análise do pedido de tutela provisória, como dito anteriormente, a cognição do julgador é sumária, vale dizer, há uma análise perfunctória sobre o material probatório, uma vez que não fora esgotada a atividade instrutória do processo. Para essa decisão, o *standard* de prova há de ser o da preponderância de provas³⁹⁰, independentemente de o pedido final requerer eventualmente o *standard* da prova clara e convincente. Isso porque é a única forma de conciliar a necessidade de redimensionar o ônus do tempo do processo, colocando em posição de vantagem a parte que demonstra desde já ter mais chances de vitória no processo, com o não esgotamento da instrução processual. Assim, para viabilizar esse tipo de tutela jurisdicional, não parece adequado exigir uma grande diferença de corroboração entre as hipóteses em disputa. Além disso, essa medida pode ser deferida *inaudita altera parte*, quando somente a hipótese da parte autora consta dos autos, podendo-se contrapô-la à sua versão negativa, bem como analisar sua coerência e congruência narrativa e o suporte, grau de inclusão, segurança independente etc. dos elementos de prova apresentados. Outrossim, analisam-se outras hipóteses que seriam capazes de explicar os mesmos dados.

Um *standard* menos rigoroso tampouco seria concebível, visto que a preponderância de provas é o menos exigente. Não há como lançar mão de um *standard* no qual prepondera a versão menos provável. O que muda nessa situação é que comumente menos elementos de prova constam dos autos. Além disso, a hipótese a ser comprovada também é diferente. No caso das cautelares, há que se demonstrar o perigo que ronda o direito subjetivo material, o qual pode impedir a sua satisfação. Por exemplo, que o devedor está dilapidando o próprio patrimônio, antes do termo para o pagamento da dívida, fazendo surgir para o credor um direito

³⁹⁰ Knijnik também entende que é o critério utilizado nos juízos de cognição sumária. KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 43, 46.

subjetivo de proteger o seu direito de crédito que está em perigo. No caso de antecipar a tutela satisfativa, há que se demonstrar epistemicamente o *meritum causae* e também o perigo de postergar a satisfação do direito. O *periculum in mora* é, pois, um elemento que necessariamente precisa ser comprovado por elementos de prova, e esse elemento a mais também contribui para justificar o *standard* da preponderância de provas, mesmo que para a decisão final se exija o critério mais alto.

Destaca-se que é impróprio estabelecer distinções de *standards* de prova à emanção de um provimento cautelar, v.g. arresto, sequestro, arrolamento de bens, ou de um provimento satisfativo antecipado em razão da natureza jurídica dessas medidas. A *ratio* para a diferenciação entre os critérios de suficiência deve sempre recair sobre a natureza do bem a ser afetado pela consequência jurídica e o grau de afetação.

A prova deve ser preponderante em favor de uma narrativa naquele momento processual, com base nos elementos de juízo já disponibilizados para o processo. Também o magistrado pode determinar uma audiência prévia de justificação (art. 300, § 2º, CPC) para o autor depor e produzir prova oral, com ou sem a participação do réu.

Se o legislador optar, em uma decisão político-moral, por fixar o *standard* da prova clara e convincente para a tutela provisória, tendo em vista a gravidade da consequência jurídica que essa medida possa gerar no bem jurídico, neste caso, deverá considerar também a possibilidade de produção de provas contundentes antes de encerrada a instrução processual. Os exemplos de provas ensejadoras do fato jurídico processual de “evidência” geralmente proporcionam um grau de corroboração para uma hipótese que a distancia consideravelmente das demais que possam ser formuladas, o que satisfaria, inclusive, o *standard* da prova clara e convincente. Parece ser essa a opção do legislador no art. 311, inciso IV, do Código de Processo Civil, conforme já apontado no capítulo 4.3. De qualquer forma, o grau de corroboração não pode ser aferido abstratamente, e um *standard* elevado pode obstaculizar a técnica da tutela provisória.

A tutela provisória de evidência prevista no art. 311, inciso IV, do CPC, exige a suficiente prova documentada dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Assim, considerando que a

linguagem possui elementos de significação mínima³⁹¹ e que por uma opção legislativa foi feita expressa referência à “dúvida razoável”, expressão consagrada no âmbito jurídico, tem-se que essa modalidade de tutela provisória requer o *standard* elevado no direito civil, a prova clara e convincente, equivalente ao *standard* penal da prova além da dúvida razoável. Para essa situação é preciso uma grande diferença de corroboração entre as hipóteses para que se fale em suficiência da prova.

Em diversos procedimentos especiais³⁹² a própria norma jurídica indica qual o tipo de prova é necessário para viabilizar o deferimento de uma tutela provisória. Nesses casos, ainda que se produza a prova especificada, ela será valorada pelo julgador, a fim de verificar seu grau de credibilidade e peso naquele momento processual, podendo-se concluir que a hipótese da parte requerente é preponderante ou não também naquele momento processual em que a cognição do magistrado é sumária.

Na ação monitória, o Código Processual prevê que, sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá *inaudita altera parte* a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer (art. 701 e art. 9º, III do CPC). Trata-se de uma hipótese de tutela provisória da evidência, em que não é preciso demonstrar a urgência, o *periculum in mora*. Basta uma prova documentada idônea da obrigação civil entre as partes, da qual decorre o dever de uma prestação da contraparte. Somente o autor poderá formular uma hipótese fática, e o julgador avaliará se ela prepondera em relação à sua eventual falsidade a partir dos elementos apresentados unicamente pelo autor. O eventual adimplemento da prestação é mais facilmente demonstrado pelo réu, daí porque normalmente é

³⁹¹ MacCormick, ao tratar dos argumentos teleológico-avaliativos, destaca a necessidade de se olhar para a legislação como uma atividade racional e teleológica guiada por programas políticos, na qual é possível se perquirir os valores e objetivos que deveriam ser considerados como *telos* imputado à legislação (*intenção objetiva* do parlamento balizada pela coerência), descoberta como um fato histórico a partir de elementos externos aos materiais postos à interpretação e às suposições comuns da comunidade de intérpretes, juntamente com a *intenção subjetiva* das pessoas envolvidas na produção da norma que auxilia no processo de atribuição de uma intenção objetiva v.g. materiais pré-legislativos, debates parlamentares, relatórios de comissões legislativas. MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 245-248.

³⁹² Adota-se neste estudo a concepção de procedimentos especiais como todo aquele que não seja o procedimento comum previsto no Código de Processo Civil. Nesse sentido também: DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 23.

sobre ele que recai o ônus de comprovar tal fato. Sobrevindo embargos monitórios apresentados pelo réu suspende-se a eficácia do mandado. Assim, a consequência da medida será obstada desde que a parte ré não fique inerte e, por isso, é mínima. Havendo dúvida quanto à idoneidade da prova, segue-se pelo rito comum com a citação do réu. Para essa tutela provisória, a norma jurídica especifica uma determinada prova que se, após a valoração, não for infirmada, deve ser considerada preponderante e suficiente para esse momento processual.

Nas ações possessórias de força nova, isto é, naquelas propostas dentro do prazo material de ano e dia da turbação ou do esbulho, apresentando comprovação da posse e da turbação ou esbulho o magistrado expedirá *inaudita altera parte* o mandado de reintegração ou manutenção na posse, exceto contra a fazenda pública, que deverá ser ouvida previamente (arts. 558 e 562 do CPC). Trata-se da técnica da tutela provisória de evidência, em que não é preciso demonstrar a urgência, mas tão somente apresentar prova idônea da posse e da turbação ou esbulho ocorrida dentro de ano e dia que será valorada pelo julgador. Nas possessórias de força velha, isto é, ultrapassado o prazo material, é possível postular a tutela provisória de reintegração ou manutenção na posse se comprovada a urgência.

Na ação de mandado de segurança, apresentando-se prova documentada do fato líquido e certo, ou “evidente”, do qual emana direito não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, e da prática de ato ilegal (*contra legem*) ou com abuso de poder (desvio de finalidade), atual ou iminente (indícios), por parte de autoridade, bem como comprovando-se a necessidade da suspensão do ato sob pena da medida resultar ineficaz, o juiz determina *inaudita altera parte* a suspensão do ato impugnado (art. 7, III, da Lei 12.016 de 2009). Trata-se de hipótese de tutela provisória da urgência, em que o direito, o ato ilegal e o risco de ineficácia do *mandamus* devem ser demonstrados mediante prova documentada a ser valorada pelo juiz.

Na ação de embargos de terceiro, aquele que não é parte no processo e sofre constrição ou ameaça sobre seus bens pode requerer o seu desfazimento ou inibição, bem como requerer provisoriamente a suspensão das medidas constritivas, a manutenção ou a reintegração provisória da posse, desde que comprove “suficientemente” a posse ou propriedade (art. 678 do CPC). Também é tutela

provisória de evidência, em que é preciso demonstrar com base em elementos de prova idôneos a constrição ou ameaça de constrição sobre bem de sua posse ou propriedade e, assim, suspender provisoriamente o ato constitutivo.

Na ação de exibição de livros da companhia, regida pela lei das sociedades por ações, admite-se o pedido judicial de exibição feito por acionistas que representem, pelo menos, cinco por cento do capital social, sempre que sejam apontados atos violadores da lei ou do estatuto, ou haja fundada suspeita de graves irregularidades praticadas por qualquer dos órgãos da companhia (art. 105 da Lei 6.404 de 1976). A comprovação dos fatos alegados é posterior à exibição dos livros, de modo que a ordem de exibição é expedida mediante mera alegação dos fatos, em relação aos quais o magistrado valora a coerência, congruência narrativas etc. *in statu assertionis*, e demonstração de que se detém cinco por cento do capital social.

Na ação rescisória é possível impedir o cumprimento da decisão rescindenda, mediante a tutela provisória de urgência ou evidência, desde que sejam apresentados elementos de prova demonstrando impedimento ou incompetência absoluta do juiz, prevaricação, concussão ou corrupção do juiz etc. (art. 969 do CPC). Para a tutela provisória, que tão somente impede provisoriamente o cumprimento da decisão rescindenda, pensa-se que o *standard* aplicável deve ser o da preponderância de provas, ainda que a decisão final possa demandar a prova clara e convincente, dados os direitos tutelados pela decisão rescindenda. Isso porque se trata de uma suspensão provisória e precária do cumprimento.

Muitos dos procedimentos especiais indicam determinados elementos de prova que, segundo a norma, são imprescindíveis para a concessão da tutela provisória. Todavia, ainda que aportados tais elementos aos autos do processo, jamais se dispensa a sua valoração pelo magistrado e verificação se a hipótese por eles sustentada é preponderante naquele momento processual. Além disso, não sendo possível cumprir com a prescrição específica do procedimento especial para a tutela provisória, subsidiariamente utiliza-se a previsão geral do Código de Processo Civil, insculpida em seus arts. 294 a 311.

Percebe-se que a melhor forma de compatibilizar a necessidade da tutela provisória, de redimensionar o ônus do tempo do processo, colocando em posição de vantagem a parte que demonstra desde o início do trâmite ter mais chances de vitória no processo, com o não esgotamento da instrução processual, é

considerando adequado o nível mínimo de suficiência probatória. Para essa decisão de caráter precário e naquele momento processual específico em que prolatada, o *standard* de prova há de ser o da preponderância de provas, independentemente de o pedido final requerer o *standard* da prova clara e convincente.

4.4.4 Do standard recursal

A partir de duas perspectivas se pode verificar o efeito devolutivo dos recursos, ou seja, o que o recurso “devolve” à apreciação do Judiciário: extensão e profundidade. A extensão se refere ao que na decisão impugnada poderá ser objeto de desconstituição por nulidade (*error in procedendo*) ou reforma por má apreciação de uma questão de fato ou de direito (*error in iudicando*), que na previsão do artigo 1.013 do Código de Processo Civil de 2015 se limita ao capítulo da decisão (*capo di sentenza*) efetivamente impugnado, expresso na máxima *tantum devolutum quantum appellatum*. A profundidade abrange todo material cognitivo de que dispunha o prolator da decisão recorrida, material por ele apreciado ou que poderia sê-lo, aspecto previsto nos §§ 1º e 2º do artigo 1.013 do mesmo diploma legal³⁹³. Essas duas regras conformam a regra do duplo grau de jurisdição (possibilidade de reexame do *meritum causae*, dentro do mesmo processo, por um órgão julgante diverso, em cognição ampla – análise de fato e direito) nas hipóteses de apelação, recurso ordinário, recurso inominado e agravo de instrumento contra decisão parcial de mérito.

Considerando a profundidade do efeito devolutivo recursal, que abrange todo material cognitivo de que dispunha o prolator da decisão recorrida, bem como que é permitido ao relator determinar a produção de provas e a complementação da documentação (art. 932, I e § único, do CPC) ou converter o julgamento em diligências a serem realizadas no primeiro grau ou no próprio tribunal (art. 938, § 3º, do CPC), tem-se que o *standard* de prova em segundo grau deve repetir aquele da origem³⁹⁴. Havendo alegação de *error in iudicando* em determinados capítulos da decisão recorrida, aos julgadores *ad quem* incumbirá valorar novamente o acervo probatório e aferir se o mesmo *standard* de suficiência probatória pode ser racionalmente

³⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. O efeito devolutivo da apelação e outros recursos. In: **Nova era do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 163-186.

³⁹⁴ Também nesse sentido: MARANHÃO, Clayton. Standards de prova no processo civil brasileiro. **Revista Judiciária do Paraná**, Curitiba, v.14, n.17, maio 2019. p. 244-245.

considerado satisfeito. Não há, portanto, diferença entre a atividade de valoração e aferição da suficiência da prova realizada no juízo *a quo* e no *ad quem*.

Entretantes, é possível que uma das questões devolvidas no recurso seja propriamente a má aplicação da regra de julgamento que impõe a observância a um determinado *standard* de prova, se ele já houver sido estipulado pelo legislador ou pelo juiz no caso concreto. Nesse cenário, se o magistrado julga improcedente o pedido em uma ação civil meramente patrimonial, por insuficiência de prova, em que a hipótese do autor era mais corroborada pelos elementos de juízo do que aquela sustentada pelo réu, o sucumbente pode se insurgir em razão da exigência de um critério de suficiência probatória mais elevado do que o necessário para esse tipo de demanda.

Nessa linha, Knijnik pondera que o tratamento expresso dos *standards* pelos magistrados pode ensejar o alargamento do âmbito dos recursos especial e extraordinário³⁹⁵. A exigência do *standard* da prova clara e convincente, quando seria adequada a preponderância de provas, é uma questão de direito, que poderia ser analisada pelas cortes de superposição. O mesmo ocorre com as demais regras de direito probatório *v.g.* litude da prova, aplicação da regra do ônus da prova, idoneidade das regras de experiência e presunções, critérios que guiaram o raciocínio probatório e decisório etc.³⁹⁶.

Ainda que se lhes dê tratamento implícito no *decisum*, há como constatar quais são as hipóteses mais corroboradas pelos elementos de juízo do acervo probatório disponível e observar como foi valorada a prova, a fim de perquirir se o *standard* de prova demandou maior ou menor diferença de corroboração entre as hipóteses cabíveis. Não há óbice para que essa questão de direito também seja formulada em um dos capítulos recursais, reconhecendo-se desde já os *standards* como conteúdo do direito à prova e que o critério padrão deve ser o da preponderância de provas.

4.4.5 A quem incumbe a fixação do standard?

A escolha entre um *standard* de prova mais ou menos rigoroso tem por finalidade a distribuição do risco de uma decisão jurisdicional errônea entre as partes

³⁹⁵ KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: Paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**: Rio de Janeiro, 2001, v. 353. p. 17.

³⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, t. 1. p. 320.

do processo. Por se tratar de uma decisão político-moral, é adequado que o legislador estabeleça expressamente o *standard* da preponderância de provas como regra geral e especifique os casos em que entende necessária a prova clara e convincente, tendo sempre em vista a consequência ao bem jurídico tutelado em cada tipo de processo.

Conforme já exposto, o ordenamento jurídico brasileiro conta somente com a previsão legal do *standard* elevado para o âmbito criminal, no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma, bem como com o *standard* elevado para o âmbito civil, no art. 311, inciso IV, do Código de Processo Civil. Todavia, enquanto a matéria não é disciplinada pelo parlamento, incumbe ao julgador fixar o *standard* e com ele orientar sua atividade decisória e as partes na instrução processual, uma vez que não há como prolatar uma decisão sobre os fatos alegados sem que se considere a prova valorada suficiente ou não para que se deem os fatos por racionalmente comprovados.

Erik Lillquist, no artigo *recasting reasonable doubt: decision theory and the virtues of variability*, defendeu a ideia de um *standard* probatório flexível, possibilitando ao julgador aplicar o grau mais apropriado ao caso particular, não se limitando aos três critérios consagrados, mas que se valessem de tantos quantos fossem necessários³⁹⁷. Ferrer Beltrán, por sua vez, entende que um *standard* de prova flexível implica necessariamente a impossibilidade de controle sobre a aplicação do critério³⁹⁸. Clermont refere que um *standard* variável de prova, estabelecido caso a caso pelo juiz, poderia compensar a indisponibilidade ou inadmissibilidade das provas no caso em particular, porém o ajuste flexível não seria realista nem desejável³⁹⁹.

Com efeito, dadas as limitações dos *standards* em um sistema de livre valoração da prova já analisadas, a única flexibilidade possível é aquela que permite ao julgador optar por fixar o *standard* da preponderância ou o da prova clara e

³⁹⁷ LILLQUIST, Erik. *Recasting reasonable doubt: decision theory and the virtues of variability*. **U C Davis Law Rev** 36. p. 85-197.

³⁹⁸ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana*. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica**. *Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 35, nota 19.

³⁹⁹ CLERMONT, Kevin M. **Standards of decision in law: psychological and logical bases for the standard of proof, here and abroad**. Durham: Carolina Academic Press, 2013. p. 16.

convincente, o que deve ser previamente informado às partes do processo enquanto a matéria não for estabelecida pelo legislador, prestigiando-se a segurança jurídica.

4.4.6 Do momento processual adequado para o juiz fixar um standard e da impugnação

Considera-se, neste estudo, que o *standard* de prova também faz parte do conteúdo complexo do direito fundamental à prova. Assim, há o direito das partes de ter prévia ciência do critério de suficiência aplicável e de que o magistrado se oriente por ele no momento de considerar suficientemente corroborada ou não as hipóteses suportadas pelo acervo probatório. Dessa forma, os litigantes podem buscar mais elementos de juízo na defesa de seus interesses.

Se o *standard* considerado na atividade decisória não for aquele usual da mera preponderância de provas, o momento adequado para que se dê ciência às partes é o “despacho saneador”, a decisão interlocutória de organização do processo e declaratória de saneamento, à semelhança do que ocorre com a regra de julgamento do *onus probandi*. É, pois, uma necessidade decorrente do princípio do contraditório, a ciência dos atos processuais e a possibilidade de influenciar as decisões, bem como do princípio da segurança jurídica, em termos de previsibilidade. As partes têm de conhecê-lo antes da sentença⁴⁰⁰, bem como ter oportunidade de instruir o processo já sabendo qual o nível de suficiência que lhes será exigido, caso contrário se configurará uma decisão surpresa. Sobrevindo uma contraprova que infirme parcialmente a hipótese defendida, será necessário buscar maior corroboração, caso o critério de suficiência seja o da prova clara e convincente.

A decisão interlocutória de organização e saneamento do processo (art. 357 do CPC)⁴⁰¹, se proferida por escrito, pode ser questionada por petição simples dirigida ao próprio juiz prolator, no prazo de cinco dias úteis, sob pena de preclusão (art. 357, § 1º, do CPC). Caso proferida em audiência (art. 357, § 3º, do CPC), terá de ser

⁴⁰⁰ Vázquez também defende que o *standard* seja previamente conhecido pelas partes. VÁZQUEZ, Carmen. *Modo de presentación*. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 14.

⁴⁰¹ A decisão de organização e saneamento do processo resolve questões processuais pendentes; delimita questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; define a regra do “ônus” da prova; delimita questões de direito relevantes para a decisão do mérito; designa audiência de instrução e julgamento.

impugnada no mesmo ato. Não há previsão de recurso contra a decisão de organização e saneamento do processo, salvo quanto à regra do “ônus”, já prevista no rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil. Assim, a *petitio simplex* ou a impugnação oral são as únicas formas de insurgência em face dessa decisão que pode fixar o *standard* de prova.

Pode ocorrer também uma decisão parcial de mérito, aquela em que se julga um ou mais pedidos, mas não todos, dentre vários formulados (arts. 327 e 356 do CPC). Nesse caso, considera-se imprescindível dar ciência às partes se for exigido o *standard* da prova clara e convincente.

O Código de Processo estabeleceu um rol taxativo das decisões interlocutórias passíveis de recorribilidade imediata por meio de agravo de instrumento em seu artigo 1.015. Não é, todavia, um catálogo exaustivo, porquanto possibilita a previsão de outras hipóteses ao longo do mesmo diploma legal, ou na legislação esparsa. As decisões interlocutórias não passíveis de impugnação imediata, em sua maioria, são recorríveis posteriormente em um capítulo independente a ser incluído em apelação ou contrarrazões, caso o vencedor ainda tenha interesse em se insurgir contra uma decisão interlocutória pretérita. Tendo-se abolido o agravo retido, que fazia as vezes de protesto antipreclusivo, a preclusão temporal nesses casos fica diferida. Assim sendo, a fixação de um *standard* elevado previamente à decisão parcial de mérito não poderia ser impugnada de imediato.

O Fórum Permanente aprovou o enunciado n. 611⁴⁰² no sentido de que uma decisão parcial de mérito ou parcial processual do artigo 485, do Código de Processo Civil, por equivaler a uma sentença no critério da substância⁴⁰³, deve permitir a impugnação de outras decisões interlocutórias pretéritas e exclusivamente a ela relacionadas em um capítulo autônomo do agravo de instrumento ou das

⁴⁰² “Na hipótese de decisão parcial com fundamento no art. 485 ou no art. 487, as questões exclusivamente a ela relacionadas e resolvidas anteriormente, quando não recorríveis de imediato, devem ser impugnadas em preliminar do agravo de instrumento ou nas contrarrazões.”

⁴⁰³ Nas fontes romanas a sentença era identificada somente com o julgamento do mérito da causa, em que se acolhiam ou rejeitavam os pedidos do autor, como consta do fragmento do *Digesto* de Modestino, que conceitua a coisa julgada. À sentença se contrapunham as interlocuções, que abrangiam todos os pronunciamentos do juiz, emitidos no curso do processo, mas sem lhe resolver o mérito. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II**. 10. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 37-40. O Código de Processo Civil de 2015 procurou distinguir sentença e decisão interlocutória, identificando a primeira pelos critérios finalístico (pôr fim a uma fase cognitiva, mesmo que parcial, ou executiva do processo) e substancial (fundamento nos arts. 485 e 487), e a segunda pelo critério residual (todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não seja sentença).

contrarrazões, à semelhança do que ocorre no apelo (art. 1.009, § 1º, do CPC), caso contrário essas decisões seriam irrecorríveis. Portanto, também se pode impugnar o *standard* de prova considerado em uma decisão parcial de mérito em um capítulo do agravo de instrumento ou das contrarrazões.

4.4.7 Da redução do standard em razão da dificuldade probatória e do comportamento das partes

Alguns fatos são de difícil comprovação no processo. A ameaça, *causa petendi* de uma ação inibitória, somente pode ser comprovada a partir de indícios, como atos preparatórios e o justo receio embasado em dados objetivos *v.g.* os maus modos do vizinho. Valora-se a credibilidade e o peso desses indícios e a aptidão de infundir justo receio, a fim de comprovar a ameaça. Da mesma forma, para a remoção do ilícito que possa gerar dano, prova-se a prática do ato contrário ao direito e os indícios de que poderá ensejar prejuízo juridicamente relevante, o dano, a partir das regras da experiência.

A dificuldade em comprovar os fatos pode decorrer das suas características ou das circunstâncias em que ocorrem. É a dificuldade objetiva, como em fatos muito antigos ou que ocorreram em ambiente fechado ou de acesso restrito *v.g.* prova do conteúdo de um cofre alugado numa instituição bancária que foi violado, ou prova de fatos íntimos *v.g.* assédio sexual. Também há a dificuldade subjetiva, em que há graves empecilhos ou impossibilidade para uma das partes produzir determinada prova, a *probatio diabolica*. Nesse caso a modificação da alocação do ônus da prova resolve o problema, salvo nas situações em que a prova é duplamente diabólica, ou seja, há extrema dificuldade para ambas as partes⁴⁰⁴.

Quando há dificuldades objetivas da prova, alguns teóricos consideram a possibilidade de redução do *standard* de prova, aceitando-se uma prova leve, *probatio levior*⁴⁰⁵. Contudo, a aplicabilidade dessa medida depende de qual o *standard* inicialmente fixado, pois se ele já for o menos exigente não fará sentido reduzi-lo. Ferrer Beltrán reconhece esse problema também como uma das considerações políticas a serem avaliadas no momento de estabelecer um *standard*,

⁴⁰⁴ SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno. A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 222, ago. 2013. p. 153-169.

⁴⁰⁵ SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno. A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 222, ago. 2013. p. 154-155.

juntamente com a distribuição do risco de eventual erro judicial entre as partes do processo, e que a gravidade do erro tem a ver com a importância do bem afetado pela consequência jurídica e o grau de afetação⁴⁰⁶.

Walter, teórico alemão, defende a possibilidade de redução do *standard* em razão da dificuldade da prova e da natureza do direito material, asseverando que essa redução só pode ocorrer em casos excepcionais, o que se assemelharia aos julgamentos proferidos em cognição sumária⁴⁰⁷. Para ele três são os critérios de suficiência, de modo que nessa hipótese seria viável o *standard* menos rigoroso da “verossimilhança preponderante”. Em situações de furtos de veículo em parque de estacionamento localizado em centro comercial, sem pagamento e consequente comprovação da estada, seria possível admitir a prova da estada de forma indireta (indícios), como, por exemplo, a nota fiscal de compra em um dos estabelecimentos do centro comercial⁴⁰⁸.

Não obstante haja tais propostas, só se pode falar em redução do *standard* da prova clara e convincente para o da preponderância de provas. Reduzir esse último significaria inverter a lógica do critério, considerando provada a hipótese que é mais provavelmente falsa do que verdadeira, ou a menos provável em relação às demais, a partir dos elementos de juízo⁴⁰⁹. Nesse caso, também se estaria tornando inaplicável a regra de julgamento do ônus da prova. Estar-se-ia securitizando o risco do erro das decisões judiciais com a sociedade e incentivando quem não possui tais direitos a postulá-los em juízo independentemente de prova concreta.

Nesse contexto, Carpes refere que não há espaço para substituir normas de caráter cognoscitivo por normas de caráter jurídico, como os princípios de solidariedade e da reparação integral, ao sacrifício da segurança jurídica⁴¹⁰. Gagno,

⁴⁰⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi; TUZET, Giovanni. *Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali. Diritto & questioni pubbliche*. v. XVIII. Palermo, 2018. p. 460-461.

⁴⁰⁷ WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Trad. Tomás Banzhaf. Bogotá: Temis, 1985. p. 166-167.

⁴⁰⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil, v. 2: processo de conhecimento*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 81.

⁴⁰⁹ No mesmo sentido, Carpes refere que não é possível reduzir o modelo de probabilidade preponderante, porque já é o *standard* probatório mais rarefeito possível. CARPES, Artur. *A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil*. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 163.

⁴¹⁰ CARPES, Artur. *A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil*. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 159-160.

por sua vez, sublinha que os *standards* não devem ser alterados levando-se em conta as dificuldades do caso concreto, beneficiando-se de maneira não isonômica o autor, que, na dúvida, seria sempre isentado da responsabilidade de comprovar os fatos alegados, o que é incompatível com a igualdade pretendida para os casos civis⁴¹¹.

Essa questão da redução do *standard* de prova tem pertinência com o direito processual civil brasileiro, uma vez que já foi aplicada por nossas cortes. No julgamento do recurso especial 1.632.750-SP⁴¹², pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2017, já referido no capítulo 4.2, constou que se deveria levar em consideração a postura nitidamente antiooperativa adotada pela parte, na valoração das provas colhidas até aquele momento processual e na definição do *standard* probatório mais adequado, “prova clara e convincente” ou “preponderância da prova”.

De fato, o comportamento das partes é espécie de prova atípica, admitida em nosso ordenamento, e deve ser valorada juntamente com os demais elementos de juízo⁴¹³. O comportamento antiooperativo depõe contra a versão dos fatos daquele que assim age, corroborando a narrativa do polo *ex adverso*. Trata-se de um dado a mais a ser ponderado na valoração, entretanto não serve como *ratio* para a escolha do *standard*. A função do *standard* é estabelecer se a suficiência da prova deve ser mais alta ou mais baixa, sem indicar quanto, e, assim, qual das partes deve suportar maior risco de uma decisão equivocada, em razão do bem jurídico afetado pela

⁴¹¹ GAGNO, Luciano Picoli. O rigor excessivo no juízo probatório cível e sua incompatibilidade com o direito fundamental de acesso à justiça e a teoria dos modelos de constatação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 226, dez. 2013. p. 104-105.

⁴¹² BRASIL. STJ. REsp 1.632.750-SP, Rel. vencido Min. Moura Ribeiro, Redatora Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 24.10.2017, DJe 13.11.2017. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 13.10.2019.

⁴¹³ “A atipicidade não se refere às fontes em que o juiz extrai elementos de convicção, já reguladas na lei (pessoas, semoventes, coisas e eventos da natureza) provavelmente à exaustão, mas ao modo em que são alcançadas e, portanto, como aportam no processo. (...) É o procedimento de aquisição que não estará previsto na prova atípica. (...) se a forma que a prova *ingressa no processo* está regulada, por exemplo, no dispositivo versando sobre a oitiva de uma testemunha em audiência de instrução (...), a prova será típica. Porém, se o alcance da mesma declaração de um terceiro se dá por modo documental, gravação de declaração durante uma entrevista de telejornal juntada aos autos, será prova atípica, porque é um modo não previsto especificamente para obtenção de informação prestada por terceiro (não parte).” Ferreira refere que o princípio da atipicidade da prova é um meio de completude do sistema probatório, mas não deve ser utilizado para violar o procedimento da prova típica. O autor cita os seguintes exemplos de provas atípicas: comportamento das partes no processo, prova emprestada, fotografia digital, e-mail, fatos ocorridos na internet, prova científica [quando elementos probatórios decorrem de noções de caráter científico], prova estatística, prova por amostragem. FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 60-94.

decisão, ou se ambas as partes devem estar expostas ao mesmo nível de risco. Não há que se confundir a valoração com a importância do bem jurídico que pode ser atingido pela decisão. O comportamento das partes deve, pois, ser valorado juntamente com as demais provas, mas não serve para justificar a escolha do *standard* de prova, o qual depende de uma decisão político-moral sobre distribuição de erros sempre em vista de um bem jurídico afetado (v. *supra* cap. 2.7).

Nota-se que se o *standard* da preponderância de provas for aplicado nos juízos cíveis como regra geral, os casos que não suplantarem a situação de absoluta inesclarecibilidade terão de ser decididos segundo a regra do ônus da prova. Não há possibilidade de reduzir esse *standard* mínimo, concedendo direitos a quem nada prova. A finalidade do processo é, pois, a tutela dos direitos que são devidamente comprovados nos autos, tendo na atividade probatória o seu cerne de racionalidade. A redução do *standard* em razão da dificuldade probatória parece fazer mais sentido em relação aos tipos penais relacionados aos delitos sexuais, por exemplo, em razão da sua difícil comprovação acima da dúvida razoável, o que torna a prescrição praticamente inaplicável, tema que escapa ao âmbito deste estudo. Quanto ao comportamento das partes, entende-se que deve ser valorado junto aos demais elementos de prova, mas não funcionar como *ratio* para a redução do *standard*.

4.4.8 Da justificação do standard na motivação

A controlabilidade racional por meio da motivação é a única forma de objetividade que se pode obter sobre a valoração e suficiência da prova. É o dever de justificar com boas razões o raciocínio judicial decisório, quanto ao convencimento da veracidade ou falsidade da alegação sobre fatos (justificação interna), bem como quanto à correção dos cânones de racionalidade (justificação externa), tanto da valoração quanto da suficiência da prova. Trata-se de um dos direitos fundamentais processuais que compõem o feixe de direitos do devido processo, insculpido no art. 93, inciso IX, da Constituição, *in verbis*: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões (...)”, bem como no art. 489, inciso II, do Código de Processo Civil: “São elementos essenciais da sentença: (...) II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”.

A suficiência da prova só pode ser verificada *in concreto* e após encerrada a valoração dos elementos de juízo. Os *standards* apenas indicam *a priori* que a suficiência deve ser mais alta ou mais baixa, mas não *quanto*. Indicam quando ambas as partes suportam igualmente o risco de uma decisão equivocada, em que a hipótese mais corroborada prevalece, ainda que por uma diferença mínima, ou quando uma parte suporta um risco maior, de modo que é preciso uma diferença grande na corroboração das hipóteses, sem que o *standard* possa quantificar essa diferença. Essa diferença só aparece de forma precisa após a valoração da prova e sua justificação na motivação da decisão.

Uma vez que se proceda à valoração e à justificação da decisão, da melhor forma possível, poder-se-á avaliar se a decisão é mais ou menos racional, de modo a se reconhecer a suficiência da prova. O magistrado, então, expõe o resultado do raciocínio judicial justificativo, explicando como a prova foi valorada e por que foi considerada suficiente ou não, bem como a correção dos cânones de racionalidade utilizados a fim de possibilitar um controle racional e intersubjetivo da decisão.

4.5 Síntese conclusiva do capítulo

Neste derradeiro capítulo observou-se que a aferição da suficiência da prova está estritamente ligada à valoração da prova e à justificação da decisão jurisdicional sobre os fatos. Não há como desvincular a mensuração aproximada dos graus de corroboração das hipóteses, em comparação umas com as outras, e a superação do estágio de absoluta incerteza sobre os fatos, da valoração concreta e criteriosa da prova. O devido processo depende, pois, da racionalidade dessas três atividades intelectuais. Além disso, sem *standard* de prova não seria possível aplicar a regra do ônus da prova, porque não haveria como saber quando a prova é insuficiente. Tampouco seria possível superar as presunções *juris tantum*, já que não se saberia quando a prova é suficiente para derrotá-las.

A revisão bibliográfica dos teóricos nacionais possibilitou constatar que há espaço para futuros estudos na matéria dos *standards* de prova, notadamente em razão das dificuldades intrínsecas à sua aplicabilidade e da sua essencialidade para a decisão sobre os fatos. Ademais, o assunto vem gradualmente despertando maior interesse e se percebe um consenso entre os teóricos quanto à aplicabilidade dos *standards* de prova no direito brasileiro.

O tema tem sido invocado expressamente por diversos tribunais do país a partir da década de noventa. O Supremo Tribunal Federal pacificou a aplicação do *standard* “além da dúvida razoável” para o direito penal e o Superior Tribunal de Justiça, assim como outras cortes, já reconhece os *standards* da “prova clara e convincente” e da “preponderância de provas”. Manteve-se, assim, na jurisprudência, os *standards* com suas nomenclaturas consagradas no sistema *common law*.

Em termos legislativos, consideram-se os *standards* de prova como conteúdo implícito do direito à prova. O Estatuto de Roma prevê o critério “além da dúvida razoável” para o direito criminal e, no âmbito civil, tem-se semelhante prescrição em uma das hipóteses de tutela provisória da evidência, disposta no Código de Processo Civil.

O *standard* orienta o jurisdicionado no sentido de que, em determinadas situações, as alegações precisam ser altamente corroboradas em face das hipóteses concorrentes, isto é, quando se utiliza o critério da prova clara e convincente, já, em outras, basta que preponderem minimamente quando o critério é o da preponderância de provas. O *standard* também guia o magistrado no momento da tomada de decisão após ter encerrado a valoração do acervo probatório e é igualmente uma regra de julgamento para ele. É importante que as partes do processo saibam qual é o *standard* de suficiência da prova aplicável no início do procedimento probatório, assim como ocorre com a regra do *onus probandi*, para que possam melhor defender seus interesses na fase de produção ou colheita dos elementos de prova.

Mesmo em ações civis não meramente patrimoniais o *standard* aplicável há de ser o da preponderância de provas. O critério da prova clara e convincente, em que se exige uma grande diferença de corroboração entre as hipóteses fáticas, deve ser reservado para as ações com as consequências mais gravosas em face de direitos da máxima importância, como no caso da destituição de pátrio poder, interdição e investigação de paternidade.

A melhor forma de compatibilizar a necessidade da tutela provisória, de redimensionar o ônus do tempo do processo, com o não esgotamento da instrução processual, é utilizando o *standard* da preponderância de provas para esse tipo de decisão, independentemente de o pedido final requerer o *standard* da prova clara e

convincente. Diante da profundidade do efeito devolutivo recursal, que abrange todo material cognitivo de que dispunha o prolator da decisão recorrida, bem como que é permitido ao relator determinar a produção de provas, tem-se que o *standard* de prova em segundo grau deve repetir aquele da origem. Além disso, é possível que uma das questões devolvidas no recurso seja propriamente a questão de direito envolvendo o *standard* de prova.

Por se tratar de uma decisão político-moral, é adequado que o legislador estabeleça expressamente o *standard* da preponderância de provas como regra geral e especifique os casos em que entende necessária a prova clara e convincente, tendo sempre em vista a distribuição do risco do erro entre as partes e a consequência ao bem jurídico tutelado em cada tipo de processo. Enquanto isso não ocorre, incumbe ao magistrado dar ciência às partes do processo quanto ao *standard* aplicável. A fixação do *standard* no “despacho saneador” somente pode ser impugnada por petição simples, ou oralmente, se o critério é estabelecido em audiência. Em decisão parcial de mérito é possível impugnar a questão em um capítulo autônomo do agravo de instrumento ou das contrarrazões.

Somente após a valoração e a justificação da decisão é que se pode avaliar a racionalidade dessas atividades intelectuais e reconhecer a suficiência ou insuficiência da prova. Se a diferença de corroboração entre as hipóteses é mínima, atendendo ao critério da preponderância de provas, ou grande, em observância à prova clara e convincente, é uma questão que igualmente só exsurge de forma precisa depois da valoração da prova e da sua justificação na motivação da decisão.

5 CONCLUSÃO

O procedimento probatório compreende, inicialmente, a fase de proposição, em que a parte postula a produção ou colheita do elemento de prova. Na admissibilidade, o magistrado verifica a licitude, se não contraria o direito objetivo, a pertinência, se tem relação com a alegação fática objeto de comprovação, e a relevância, a aptidão para fornecer informações úteis. Sobrevém a produção ou colheita das provas, com a participação das partes. Na fase de valoração, que ocorre durante todo o transcorrer do processo até o momento da decisão final sobre os fatos, o julgador atribui credibilidade e peso à prova. Por fim, no momento da decisão final, verifica-se o nível de corroboração da prova valorada e se ela atende ao patamar considerado suficiente, o *standard* de prova. Caso seja insuficiente, a parte, em face da qual foi alocado o *onus probandi*, arcará com o prejuízo da insuficiência de prova. Na motivação, o magistrado expõe qual papel teve a prova na formação do seu convencimento, isto é, como foi valorada e por que foi considerada suficiente ou não, a partir de cânones racionais.

A determinação do grau de confirmação do fato concerne à valoração dos meios de prova que lhe dão suporte e a estipulação do grau de confirmação que cada enunciado deve obter para ser considerado provado é indicado pelos *standards* de prova. O *standard* probatório é, portanto, o critério que estabelece qual o grau necessário para que um enunciado sobre fatos seja considerado provado e, assim, verdadeiro. Também é possível falar em uma regra de decisão, isto é, uma regra dirigida ao julgador, no sentido de impingir-lo a observar o limite de prova adequado e previamente estipulado para considerar os fatos comprovados.

O sistema *common law* mostra uma preocupação proeminente pelos *standards* de prova, dando pouca atenção aos critérios de valoração da prova, em razão de sua tradição vinculada ao tribunal do júri. O fato de os julgadores serem leigos, que precisam de instruções dos juízes para proceder ao julgamento, mas que não necessitam justificar a sua decisão, faz com que o enfoque recaia na indicação de um *standard* de suficiência da prova. Por outro lado, no sistema *civil law* tem-se uma preocupação voltada para a valoração da prova, em vez dos *standards*, fato

explicado pelas dificuldades enfrentadas com o complexo sistema de prova legal e sua posterior substituição pela valoração livre.

Não obstante a diferença conceitual e de função, há uma conexão funcional entre os critérios de valoração e os *standards*. Ambos são componentes necessários para a decisão sobre os fatos. Em alguns ordenamentos pode haver *standards* de prova explícitos e critérios de valoração implícitos, ou vice-versa. Outra possibilidade é que um dos componentes esteja explicitado e o outro seja indeterminado, de modo que a lacuna acaba preenchida pela prática jurídica.

A existência dos *standards* pressupõe o caráter gradual da corroboração de uma proposição, pois, se a verdade é condição necessária para que uma assertiva esteja provada, então a prova não admitirá gradação. Para que se possa afirmar que uma alegação sobre fatos está suficientemente comprovada é preciso que ela esteja corroborada pela prova de acordo com um patamar exigido pelo *standard* de prova. Pode-se aproximar mais ou menos da veracidade, isto é, de forma gradual, até sobrevir a decisão no modelo tudo ou nada. Isso significa dizer que, antes de o julgador decidir, o grau de confirmação da assertiva só pode ser mensurado em termos probabilísticos qualitativos. Além disso, a melhor forma de se referir ao conceito de verdade é vê-la como correspondência à realidade. A verdade é cognoscível e a realidade é o critério que determina se um enunciado sobre fatos é ou não veraz. A verdade é absoluta, não admite gradações e constitui a finalidade precípua do processo judicial, a dimensão epistêmica do processo. O conhecimento da verdade é que é relativo. Porém, tanto a verdade como o conhecimento da verdade são objetivos, vale dizer, são verificáveis a partir de dados cognoscitivos resultantes das provas.

Estabelecer um ou mais *standards* de prova em diferentes situações judiciais não é um problema filosófico ou epistêmico, mas político-moral, que deve ser resolvido pelo legislador ou pelas cortes, tendo em vista o grau de aproximação da verdade que é considerado adequado no contexto de cada procedimento. Definir o limiar a partir do qual o nível de corroboração de uma hipótese é suficiente significa tomar uma decisão sobre a distribuição do risco de erro.

Em termos políticos, é necessário optar pela distribuição do risco de eventual erro judicial entre as partes do processo. Ao se elevar o nível de suficiência probatória no processo, tem-se menos falsos positivos, porém mais falsos negativos.

Além do mais, a gravidade do erro tem a ver com a importância do bem afetado pela consequência jurídica e o grau de afetação. Outro ponto a ser observado é que a sentença não é o único momento do processo em que são tomadas decisões sobre os fatos e que a regra do ônus da prova e as presunções também repercutem na distribuição do risco decisório, de modo que é preciso se atentar à incidência conjunta dessas regras. O sistema probatório já está construído, sem que tenha sido estruturado em proporções aceitáveis de erros e acertos judiciais, conforme um *standard* de prova previamente eleito.

Em termos metodológicos, é necessário que a decisão sobre os fatos seja governada por um critério de suficiência intersubjetivamente controlável. Além disso, há que se estabelecer um limite mais preciso possível a partir do qual uma hipótese fática possa ser considerada suficientemente corroborada.

Entretanto, as limitações cognitivas possibilitam às pessoas tão somente avaliar por aproximação a probabilidade em qualquer tipo de escala. Elas têm uma capacidade intuitiva básica para o raciocínio quantitativo não simbólico, como avaliar e comparar magnitudes. Especificar um *standard* probatório implica traçar uma linha divisória no espectro da probabilidade. Essas limitações justificam o fato de restar um conjunto limitado de critérios de suficiência probatória na *common law*: a prova além da dúvida razoável, no âmbito criminal, a preponderância de provas e a prova clara e convincente, na esfera civil.

Ainda, o grau de confirmação de um enunciado fático padece da vagueza de grau, vale dizer, há dificuldade de se traçar uma linha dentro de uma escala de corroboração, porquanto o *standard* é um conceito gradual e não quantificável. Ele não pode indicar um limiar exato de suficiência da prova. Para haver um limite é preciso um critério “tudo ou nada”, que se cumpre ou não se cumpre. A probabilidade matemática permitiria estabelecer *a priori* um patamar preciso para o *standard*, cuja aferição teria de seguir uma valoração tarifada dos elementos de juízo, demonstrando se fora ou não ultrapassado o limite estipulado. Todavia esse método esbarra em problemas jamais superados, como a necessidade de atribuição de credibilidade aos elementos de prova e de existência prévia de dados estatísticos que permitam a alocação da probabilidade inicial.

O *standard* de prova também sofre da vagueza combinatória. Pode-se imaginar uma zona composta pelas situações ou coisas sobre as quais não há dúvidas que

estão inclusas no conceito, outra zona formada por aquelas que claramente não estão inclusas e uma terceira zona de incerteza, em que existem dúvidas quanto ao fato de estarem ou não contidas no conceito. Para superá-la seria preciso estabelecer uma lista fechada de critérios de valoração a serem satisfeitos a fim de atingir o *standard*. Contudo, cada um desses critérios pode ser satisfeito em maior ou menor grau. Sequer há um rol taxativo concebível de critérios de valoração, porque os juristas os indicam de forma meramente exemplificativa. As próprias características dos elementos de prova podem ensejar novos critérios, sem que se possa elencá-los todos.

A suficiência da prova só pode ser verificada *in concreto* e após encerrada a valoração dos elementos de juízo. Os *standards* apenas podem indicar *a priori* que a suficiência deve ser mais alta ou mais baixa, mas não quanto. Indicam quando ambas as partes suportam igualmente o risco de uma decisão equivocada, em que a hipótese mais corroborada prevalece, ainda que por uma diferença mínima, ou quando uma parte suporta um risco maior, de modo que é preciso uma diferença grande na corroboração das hipóteses, sem que o *standard* possa quantificar essa diferença.

O tema dos *standards* de prova ainda é incipiente entre os teóricos brasileiros, mas tem gradualmente despertado maior interesse. Na jurisprudência algumas decisões paradigmáticas catalisaram esse processo de difusão, como a adoção do critério “além da dúvida razoável” pela Corte Suprema em 1996, e suas posteriores citações na ação penal 470/MG, bem como a incorporação do *standard* criminal na ação penal 719/DF e dos *standards* cíveis no recurso especial de 1.632.750-SP, pelo Superior Tribunal de Justiça. Manteve-se, assim, na jurisprudência, os *standards* com suas nomenclaturas já consagradas no sistema *common law*.

No âmbito legislativo, tem-se um critério de valoração explícito, mas um critério de suficiência implícito. O art. 371 do Código de Processo Civil possibilita a utilização de todos os critérios de valoração que forem necessários ao adequado desempenho dessa tarefa. A respeito da suficiência da prova, apesar da jurisprudência reconhecer amplamente os *standards*, não há um critério estabelecido legislativamente para ser aplicado na generalidade dos casos. Assim sendo, considera-se que ele esteja incorporado no critério de valoração do art. 371, sendo também de livre escolha do magistrado, desde que esse ato volitivo seja racional e

devidamente justificado. Além disso, consideram-se os *standards* de prova como conteúdo implícito do direito à prova, norma de *status* constitucional.

Tem-se que a regra geral para o processo civil é a aplicação do *standard* da preponderância de provas. Como regra, ambas as partes devem suportar isonomicamente o risco de uma decisão equivocada, em conformidade com o princípio da igualdade. Mais precisamente, pode-se falar no critério da lógica preponderante, que abrange a noção de “mais provável do que não” e da “preponderância relativa”.

O *standard* civil da preponderância de provas indica que a suficiência é mínima. Aceitar como verdadeiro o que é falso, ou não aceitar como verdadeiro o que é verdadeiro têm o mesmo peso moral. Lembrando que a gravidade do erro tem a ver com a importância do bem afetado pela consequência jurídica e o grau de afetação. A hipótese mais corroborada prevalece, ainda que por uma diferença mínima, porque o sistema jurídico impõe a tomada de uma decisão no modelo “tudo ou nada”, ou se considera comprovado o fato ou não. Adota-se a hipótese mais aceitável, seja em relação à sua versão negativa (mais provável do que não), vale dizer, quando a veracidade da alegação é mais provável que a sua falsidade, seja entre hipóteses diversas, sobre fatos incompatíveis ou fatos juridicamente vinculados. Não há possibilidade de se fixar um *standard* mais baixo do que esse, porquanto isso implicaria considerar provado o que é mais provavelmente falso do que verdadeiro, ou optar pela hipótese menos corroborada em relação às demais.

Havendo ausência de corroboração da veracidade do enunciado, ou corroboração fraca da sua veracidade, ao mesmo tempo em que há ausência ou confirmação fraca da sua falsidade, estar-se-á diante de uma situação de incerteza, somente podendo ser solucionada mediante a regra de julgamento do *onus probandi*. Sucumbe aquele em face do qual foi previamente alocado o risco de prejuízo pela eventual insuficiência probatória. A situação de absoluta inesclarecibilidade, própria do *non liquet*, comumente aparece quando nenhuma das partes produz qualquer elemento de prova, restando a palavra de uma contra a da outra, e o magistrado tampouco consegue obter mais elementos mediante os seus poderes instrutórios. A regra de julgamento do ônus da prova é residual e deve ser evitada ao máximo.

A regra do ônus da prova pressupõe a insuficiência da prova. Assim, para aplicá-la é preciso estabelecer quando a prova é suficiente ou insuficiente. Porém, até que ponto há uma situação de absoluta incerteza é uma questão que igualmente emerge da valoração da prova, sem que se possa quantificá-la de forma cristalina e apriorística.

Outrossim, para uma regra de presunção *juris tantum* ser aplicável é necessário saber em que condições a presunção pode ser considerada derrotada, ou seja, quando há prova suficiente em contrário. Na revelia, ao réu incumbirá a prova da não ocorrência do fato presumido que, no momento da valoração deverá ser preponderante em relação às demais hipóteses extraídas do acervo probatório no seu conjunto, incluindo a valoração do comportamento desinteressado da parte que deu ensejo a alteração do *onus probandi*. Havendo infirmação do fato presumido, permitindo superar uma situação de absoluta incerteza, não deverá incidir a regra de julgamento do ônus da prova quanto ao fato presumido alocado no revel.

O *standard* civil da prova clara e convincente, assim como o penal da prova além da dúvida razoável, apontam que a suficiência é alta, de modo que uma das partes suporta maior risco de uma decisão errônea. Aceitar como verdadeiro o que é falso é considerado moralmente pior do que não aceitar como verdadeiro o que é verdadeiro, também em vista do bem jurídico que pode ser atingido. É preciso, nesse caso, uma diferença grande entre a corroboração das hipóteses, sem que o *standard* possa quantificar essa diferença.

Para hipóteses envolvendo litígios civis em que estejam implicados interesses não meramente patrimoniais, pode-se utilizar um *standard* de prova mais rigoroso. Não há como estabelecer uma diferenciação relevante entre o *standard* civil da prova clara e convincente e o penal da prova além da dúvida razoável, tendo em vista o problema da vagueza combinatória e de grau de que padecem os *standards*. Ambos indicam que a suficiência da prova deve ser alta, sem poder precisar quão alta. Isso significa dizer que a diferença de corroboração entre as hipóteses deve ser grande e, da mesma forma, sem poder quantificar previamente a grandeza da diferença entre as hipóteses em disputa.

Uma vez que não há como mensurar precisamente o grau de diferença de corroboração probatória que cada hipótese recebe em um sistema de livre valoração

da prova, é muito mais orientador considerar somente dois critérios, em que um deles tolera uma diferença mínima de corroboração e o outro, somente uma diferença robusta. Assim sendo, consideram-se três ações cíveis em relação às quais se deve aplicar o critério da prova clara e convincente: a destituição de pátrio poder, a interdição e a investigação de paternidade. Outras eventualmente podem ser identificadas em razão de semelhante gravidade das suas consequências.

Na análise do pedido de tutela provisória, a cognição do julgador é sumária, vale dizer, há uma análise superficial sobre o material probatório, uma vez que não foi esgotada a atividade instrutória do processo. Para essa decisão, o *standard* de prova há de ser o menos exigente, ou seja, o da preponderância de provas, independentemente de o pedido final requerer o *standard* da prova clara e convincente. Isso porque é a melhor forma de conciliar a necessidade de redimensionar o ônus do tempo do processo com o não esgotamento da instrução processual. Assim, para viabilizar esse tipo de tutela jurisdicional não parece adequado exigir uma grande diferença de corroboração entre as hipóteses em disputa.

Diante da profundidade do efeito devolutivo recursal, que abrange todo material cognitivo de que dispunha o prolator da decisão recorrida, bem como que é permitido ao relator determinar a produção de provas, tem-se que o *standard* de prova em segundo grau deve repetir aquele da origem. Além disso, é possível que uma das questões devolvidas no recurso seja propriamente a questão de direito envolvendo o *standard* de prova.

Por se tratar de uma decisão político-moral, é adequado que o legislador estabeleça expressamente o *standard* da preponderância de provas como regra geral e especifique os casos em que entende necessária a prova clara e convincente, tendo sempre em vista a distribuição do risco do erro entre as partes e a consequência ao bem jurídico tutelado em cada tipo de processo. Enquanto isso não ocorre incumbe ao magistrado estabelecer o *standard* aplicável. A fixação do *standard* no “despacho saneador” somente pode ser impugnada por petição simples, ou oralmente, se o critério é estabelecido em audiência. Em decisão parcial de mérito, é possível impugnar a questão em um capítulo autônomo do agravo de instrumento ou das contrarrazões.

Ainda que o *standard* não possa superar os limites da vagueza combinatória e de grau em um sistema de livre valoração da prova, ele é um componente necessário para a tomada de decisão racional sobre os fatos. Não há como proferir uma decisão sem antes atribuir credibilidade e peso às provas, tampouco sem reconhecer que a prova é ou não suficiente.

Inicialmente o *standard* orienta o jurisdicionado que em determinadas situações as alegações precisam ser altamente corroboradas, já, em outras, basta que preponderem minimamente entre as hipóteses em disputa, sendo mais provável a veracidade da alegação fática do que a falsidade, ou mais provável uma hipótese dentre várias, que podem tratar de fatos incompatíveis ou fatos juridicamente vinculados, a “preponderância relativa”. O critério de suficiência também orienta o magistrado no momento da tomada de decisão após ter encerrado a valoração do acervo probatório e é igualmente uma regra de julgamento para ele. É importante que as partes do processo saibam qual *standard* de suficiência da prova é aplicável no início do procedimento probatório, assim como ocorre com a regra do *onus probandi*, para que possam melhor defender seus interesses na fase de produção ou colheita dos elementos de prova.

Não há, pois, como desvincular a mensuração aproximada dos graus de corroboração das hipóteses, em comparação umas com as outras, e a superação do estágio de absoluta incerteza sobre os fatos, da valoração concreta e criteriosa da prova. Tudo que o *standard* de prova pode indicar é que é preciso transpor a absoluta incerteza e que deve prevalecer a hipótese mais corroborada pelos elementos de juízo, por uma diferença pequena ou grande. A aferição da suficiência da prova está, portanto, estritamente ligada à valoração da prova e à justificação da decisão jurisdicional sobre os fatos. O devido processo depende da racionalidade dessas três atividades intelectuais.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ALI, Anwar Mohamad. Meios para superação da prova diabólica: da distribuição dinâmica do ônus da prova aos *standards* probatórios. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 424, p. 459-478, jul./dez. 2016.

ALLEN, Ronald J.; LAUDAN, Larry. *Deadly dilemmas*, **Texas Tech Law Review**, 41, 2008.

_____. *Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico*, In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil, v. 2**: processo de conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II**. 10. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARISTÓTELES. **Metafísica**. Trad. Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2012.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. Teoria da prova: *standards* de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 43, n. 282, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Standards* probatórios. In: KNIJNIK, Danilo (Org.) **Prova judiciária**: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales t. II**. Trad. Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: Ejea, 1971.

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

BRUNS, Rudolf. **Zivilprozessrecht**. Berlin: Franz Vahlen, 1968.

CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*. In: **Opere Giuridiche**. Napoli, v. 5. p. 615-640, 1972.

CALLEN, Craig R. *Cognitive science and the sufficiency of “sufficiency of the evidence” tests*. **Tulsa Law Review**. v. 65, n. 1113, 1991.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2001.

_____. **Curso de direito probatório**. Curitiba: Juruá, 2014.

CARNELUTTI, Francesco. **La prova civile**. Roma: Athenaeum, 1915.

CARPES, Artur. *Direito fundamental ao processo justo: notas sobre os modelos de constatação nas decisões liminares*. In: ARMELIN, Donaldo (Org.). **Tutela cautelar e tutelas de urgência**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O direito fundamental ao processo justo: notas sobre o modelo de constatação nas ações de improbidade administrativa*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. **Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil**. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CLERMONT, Kevin M. *A comparative view of standards of proof*. In: **50 Am. J. Comp. Law Review**. 243, 2002.

_____. *Standards of proof revisited*. In: **33 Vt. Law Review**. 469, 2008-2009.

_____. *Death of paradox: the killer logic beneath the standards of proof*, 88 **Notre Dame Law Review**, 2012.

_____. **Standards of decision in law: psychological and logical bases for the standard of proof, here and abroad**. Carolina Academic Press: Durham, North Carolina, 2013.

COHEN, Laurence Jonathan, **The probable and the provable**. Oxford: Clarendon Press, 1977.

COSTA, Guilherme Recena. *Livre convencimento e standards de prova*. In: **40 anos da teoria geral do processo no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIAMOND, Henry A. *Reasonable doubt: to define, or not to define*. **Columbia Law Review**. v. 90, n. 1716, 1990.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil v. 2**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 3, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. O efeito devolutivo da apelação e outros recursos. In: **Nova era do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DRIPPS, Donald A. *The constitutional status of the reasonable doubt rule*, n. 75, **California Law Review**. 1665 (1987).

EKMAN, Paul; FRIESEN, Wallace V. **Unmasking the face: a guide to recognizing emotions from facial clues**. Malor Books: Los Altos, CA, 2003.

FERRARO, Felipe Waquil. **A prova testemunhal**: uma distinção entre os sistemas do *civil law* e do *common law*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Transições paradigmáticas, máxima eficiência e técnicas executivas típicas e atípicas no direito probatório. In: DIDIER JR, Fredie et al. **Direito probatório**. 3. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. *La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana*. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica**. *Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

_____. **Prova e verdade no direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____; TUZET, Giovanni. *Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali*. **Diritto & questioni pubbliche**. v. XVIII. Palermo, 2018.

_____. *Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del estado por prisión preventiva errónea.* In: PAPAYANNIS, Diego M.; FREDES, Esteban Pereira. **Filosofía del Derecho Privado**. Barcelona: Marcial Pons, 2018.

FINKELSTEIN, Michael; FAIRLEY, William. *A bayesian approach to identification evidence.* **Harvard Law Review**, vol. 83, n. 3, 1970.

FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FLEMING JR., James. *Burdens of proof.* Yale Law School Legal Scholarship Repository. **47 Va. Law Review**. 51 (1961).

_____; HAZARD JR., Geoffrey C.; LEUBSDORF, John. **Civil procedure**. 5. ed. New York: Foundation Press, 2001.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. A ação de destituição do pátrio poder. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 2000. n. 146, p. 261-279.

FORSTER, João Paulo Kulczynski; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; COSTANZA, Grazielle Silva. Direito humano à prova e os *standards* probatórios nos processos penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 160, p. 147-176, out. 2019.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GAGNO, Luciano Picoli. O rigor excessivo no juízo probatório cível e sua incompatibilidade com o direito fundamental de acesso à justiça e a teoria dos modelos de constatação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 226, p. 83-114, dez. 2013.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie; et al. **Direito probatório**. 3. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004.

_____. *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba.* **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Madrid, n. 28, p. 127-139, 2005.

GIANELLI, Paul C. **Understanding evidence**. 4. ed. LexisNexis, 2013.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba.**

Disponível em: https://www.academia.edu/37549075/_Es_posible_formular_un_est%C3%A1nd

ar_de_prueba_preciso_y_objetivo_Algunas_dudas_desde_un_enfoque_argumentati
vo_de_la_prueba, acessado em 22 de novembro de 2019.

HAACK, Susan. *El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica**. *Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

_____. **Evidence matters: Science, proof, and truth in the law**. Cambridge University Press, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Brasil, 2004.

HARMAN, Gilbert H. *Inference to the best explanation*. **The Philosophical Review**, v. 74, n. 1, 1965.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HELLSTRÖM, Per. *A uniform standard of proof in EU competition proceedings*. In: EHLERMANN, Claus-Dieter; MARQUIS, Mel. **European Competition Law Annual 2009: Evaluation of evidence and its judicial review in competition cases**. Hart Publishing, 2011.

HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**: introdução geral à fenomenologia pura. 7. ed. Aparecida: Ideias & Letras, 2006.

JOBIM, Marco Félix; CALDAS, Adriano. A produção antecipada de prova e o novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie et al. **Direito probatório**. 3. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

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

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

_____. **Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

LAUDAN, Larry. *Is reasonable doubt reasonable?* **Legal Theory**. n. 9, 2003.

_____. *Strange bedfellows: inference to the best explanation and the criminal standard of proof*, **International Journal of Evidence & Proof**, v. 11, Issue 4, 2007.

_____. *Is it finally time to put “proof beyond a reasonable doubt” out to pasture?* **University of Texas Law, Public Law Research Paper** n. 194, 2011.

_____. *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

_____. *La elemental aritmética epistémica del derecho II: los inapropiados recursos de la teoría moral para abordar el derecho penal*. In: **Estándares de prueba y prueba científica**. Ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LILLQUIST, Erik. *Recasting reasonable doubt: decision theory and the virtues of variability*. **U C Davis Law Rev** 36.

LILLY, Graham C. **An introduction to the law of evidence**. 2 ed. Saint Paul, Minnesota: West Publishing Co. 1987.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. O necessário desenvolvimento de *standards* probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 165-188, jun. 2019.

MACCORMICK, Neil. *La congruenza nella giustificazione giuridica*. In: BESSONE, Mario; GUASTINI, Riccardo. **La regola del caso: materiale sul ragionamento giuridico**. Milano: Cedam, 1995.

_____. **Retórica e o estado de direito**. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARANHÃO, Clayton. *Standards* de prova no processo civil brasileiro. **Revista Judiciária do Paraná**, Curitiba, v. 14, n. 17, p. 221-258, maio 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MATIDA, Janaina Roland; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do *standard* de prova 'para além de toda a dúvida razoável' no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 221-248, jun. 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras da experiência e conceitos juridicamente indeterminados. **Temas de direito processual, 2ª série**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MOTTA, Otávio Luiz Verdi. **Justificação da decisão judicial**: a elaboração da motivação e a formação de precedente. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2015.

MUELLER, Christopher B.; KIRKPATRICK, Laird C. **Evidence**. 5. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012.

MULRINE, Thomas V. *Reasonable doubt: how in the world is it defined?* **American University International Law Review**. v. 12, n. 1, 1997.

NANCE, Dale A. **The burdens of proof: discriminatory power, weight of evidence, and tenacity of belief**. Cambridge University Press, 2016.

NICOLITT, André Luiz; BARILLI, Raphael. *Standards de prova no direito: debate sobre a súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 302, p. 6-9, jan. 2018.

NIEVA FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

OSNA, Gustavo. A obrigatoriedade de exame de DNA, o conhecimento de paternidade e as garantias fundamentais do processo. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 3, n. 20, p. 57-73, abr./jun. 2019.

PARDO, Michael S. *Estándares de prueba y teoría de la prueba*. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

POLI, Roberto. *Gli standard di prova in Italia*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 43, n. 280, p. 405-459, jun. 2018.

PORTO, Guilherme Athayde. Notas às disposições gerais sobre prova no NCPC. In: DIDIER JR, Fredie et al. **Direito probatório**. 3. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.

PREVEDELLO, Alexandre. **Teoria da derrotabilidade**: as exceções não previstas nas regras jurídicas. Porto: Editorial Juruá, 2019.

RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. **Revista de Processo**, v. 224, 2013.

_____. **Ônus da prova no processo civil**: do ônus ao dever de provar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. O procedimento probatório no novo CPC. Em busca de interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas. In: DIDIER JR, Fredie et al. **Direito probatório**. 3. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____. As duas faces do erro da decisão sobre os fatos no processo penal, ou quantos culpados absolvidos valem um inocente condenado. In: SALGADO, Daniel

de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; KIRCHER, Luís Felipe Schneider (Coords). **Altos estudos sobre a prova no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2020.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REARDON, George. *Evidence: proof beyond a reasonable doubt in civil cases*. **University of Florida Law Review**. v. 27, n. 260, 1974.

REDMAYNE, Mike. *Standards of proof in civil litigation*. **Modern Law Review**. v. 62, n. 167, 1999.

REICHELTE, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2009.

RORTY, Richard. *Truth and Progress*. **Philosophical Papers**. v. 3. Cambridge, Mass., 1998.

ROSITO, Francisco. **Direito probatório**: as máximas da experiência em juízo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. **Revista de Processo**, v. 157, p. 51-71. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, mar. 2008.

RUBIN, Fernando. Teoria geral da prova: do conceito de prova aos modelos de constatação da verdade. **Revista Dialética de Direito Processual: RDDP**, São Paulo, n.118, p. 20-39, jan. 2013.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e no comercial**. v. 1. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1983.

SCARPARO, Eduardo. Inferência para melhor explicação (ime) e persuasão racional: ferramentas e critérios de adequada valoração probatória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 300, p. 49-72, fev. / 2020.

SCHAUER, Frederick. **Profiles, probabilities and stereotypes**. The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

SENTÍS MELENDO, Santiago. **La prueba**. Buenos Aires: EJEA. 1979.

SEREJO, Lourival. Ação de investigação de paternidade e a precipitação dos julgamentos antecipados. **Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão**, São Luís, v. 6, n. 1, p. 15-22, jan. / jun. 2012.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil, v. 1**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno. A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ónus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 222, p. 149-171, ago. 2013.

SINNOTT-ARMSTRONG, Walter; FOGELIN, Robert. ***Understanding arguments: an introduction to informal logic***. 9. ed. Stanford: Cengage, 2015.

SOUZA, Luis Felipe Pires de. O *standard* de prova no processo civil e no processo penal. In: ***Prova por presunção do direito civil***. 3. ed. rev. e ampl. Almedina, 2017.

STEIN, Alex. ***Foundations of evidence law***. Oxford University Press, 2005.

TARUFFO, Michele. ***Studi sulla rilevanza della prova***. Padova: Cedam, 1970.

_____. ***La motivazione della sentenza civile***. Padova: Cedam, 1975.

_____. *La ricerca della verità nell "adversary system" angloamericano*. ***Rivista di Diritto Processuale***. Padova, v. 32, n. 4, p. 596-634, out. 1977.

_____. ***La prova dei fatti giuridici: nozioni generali***. Milano: Giuffrè, 1992.

_____. *La giustificazione delle decisione fondate su standards*. In: BESSONE, Mario; GUASTINI, Riccardo. ***La regola del caso: materiali sul ragionamento giuridico***. Milano: Cedam, 1995.

_____. *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*. ***Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile***, n. 49, p. 785-821, 1995.

_____. *Idee per una teoria della decisione giusta*. ***Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile***, Milano, v. 51, n. 2, p. 315-328, 1997.

_____. *Rethinking the standards of proof*. ***The American journal of comparative law***. v. 51, n. 3, 2003.

_____. *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*. ***Boletín Mexicano de Derecho Comparado***. Nueva serie. Año XXVIII, n. 114, 2005.

_____. *Tres observaciones sobre "por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", de Larry Laudan*. In: ***Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho***. Madrid, n. 28, 2005.

_____. *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*. ***Revista de Processo***. São Paulo, v. 32, n. 143, p. 65-67, jan. 2007.

_____. *Considerazioni su prova e motivazione*. ***Revista de Processo***. São Paulo, v. 32, n. 151, p. 229-240, set. 2007.

_____. *Verità e probabilità nella prova dei fatti*. ***Revista de Processo***, São Paulo, v. 32, n. 154, p. 207-222, dez. 2007.

_____. ***La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti***. Berli: Laterza, 2009.

_____. *Considerazioni sulle massime d'esperienza. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, v. 63, n. 2, p. 551-569, jun. 2009.

_____. *La valutazione delle prove*. In: TARUFFO, Michele. *La prova nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 2012.

_____. *La aplicación de estándares científicos a las ciencias sociales y forenses*. In: VÁZQUEZ, Carmen. *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

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

_____. *Evidence, truth and the rule of law. Revista de Processo*. São Paulo, v. 39, n. 238, p. 87-98, dez. 2014.

_____. *Note sparse su probabilità e logica della prova. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 68, n. 4, p. 1507-1516, dez. 2014.

_____. *Brevi note sulla motivazione della sentenza. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, v. 72, n. 2, p. 621-631, jun. 2018.

TOMÁS DE AQUINO. *Suma teológica*. v. 1. Tradução de Alexandre Corrêa (1890-1984), São Paulo: Ecclesiae, 2016.

TRENTO, Simone. Os *standards* e o ônus da prova: suas relações e causas de variação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n. 226, p. 163-182, dez. 2013.

_____. *Standards de prova e o ônus da prova: efetividade da tutela jurisdicional em matéria probatória*. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2015.

TRIBE, Lawrence. *Trial by mathematics: precision and ritual in the legal process. Harvard Law Review*, v. 84, n. 6, 1971.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

TUZET, Giovanni. *Prova, verità e valutazione. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, v. 68, n. 4, p. 1517-1536, dez. 2014.

_____. *Filosofia della prova giuridica*. Torino: Giappichelli Editore, 2016.

_____. *Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification. Artificial Intelligence and Law* [0924-8463], p. 1-19, 2018.

_____. *Abduction, IBE and standards of proof. The International Journal of Evidence & Proof*. v. 23, Issue 1-2, 2019.

TWINING, William. *Rethinking evidence: exploratory essays*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2006.

VÁZQUEZ, Carmen. *Modo de presentación*. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica**. *Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

VENIT, James. *Human all too human: the gathering and assessment of evidence and the appropriate standard of proof*. In: EHLERMANN, Claus-Dieter; MARQUIS, Mel. **European Competition Law Annual 2009**. *The Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases*. Oxford e Portland: Hart, 2011.

WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**. Trad. Tomás Banzhaf. Bogotá: Temis, 1985.

WALTON, Douglas. **Burden of proof, presumption and argumentation**. Cambridge University Press, 2014.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. atual. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Aspectos da ação de interdição. **Revista Dialética de Direito Processual: RDDP**, São Paulo, n. 62, p. 15-28, maio 2008.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br