

MATHEUS CARNEIRO LIMA

**STANDARDS DE PROVA NO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação de Mestrado

Professor Orientador: Kazuo Watanabe

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

São Paulo – SP

2018

MATHEUS CARNEIRO LIMA

**STANDARDS DE PROVA NO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Processual (“DPC”) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre, sob orientação do Orientador: Professor Kazuo Watanabe.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

São Paulo – SP

2018

Catálogo da Publicação  
Serviço de Biblioteca e Documentação  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

---

Lima, Matheus

Standards de prova no direito brasileiro / Matheus Lima ; orientador  
Kazuo Watanabe -- São Paulo, 2018.

129

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito  
Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Processo civil. 2. Prova judicial. 3. Direito comparado. I. Watanabe,  
Kazuo, orient. II. Título.

---

**MATHEUS CARNEIRO LIMA**  
Standards de prova no direito brasileiro

Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Processual (“DPC”) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre, sob orientação do Professor Dr. Kazuo Watanabe.

Aprovado em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

Prof. (a): \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. (a): \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. (a): \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar, e acima de tudo, gostaria de agradecer a meus pais, Cristóvão e Luciana, por todos os esforços empreendidos em minha educação e por acreditarem em meus sonhos, possibilitando meu ingresso no mestrado e me dando amor e suporte desde o início de minha vida. Além desses, agradeço também a meus irmãos, apesar de todas as dificuldades de convivência, e em especial a meu tio e padrinho Marcelo, que sempre foi uma inspiração para seguir na área acadêmica, e minha afilhada Sofia, que apesar da distância é sempre uma alegria em minha vida.

Em seguida, tenho que agradecer também à família que construí em São Paulo. Primeiramente, para meu Orientador, Professor Kazuo Watanabe, que acreditou em mim mesmo quando estava em fase de descoberta do meu novo tema, e vem me acompanhando até este momento. Em seguida, ao Professor Paulo Lucon, João Paulo Hecker e Ronaldo Vasconcelos, amigos e mestres que me acolheram no escritório Lucon Advogados, sem os quais não conseguiria desenvolver minha pesquisa a esse nível.

Também devo agradecer a todos os amigos que me ofereceram suporte e me suportaram durante todo esse período, tanto os que trouxe desde o Maranhão, principalmente Diogo Diniz, Rafaela Sodré, Rafael Bezerra Nunes e Orlando Guterres, como os que fiz nessa nova etapa de minha vida, especialmente Daniel Campos, Frederico Sabbag, Mateus Bessa, André Orthmann, Max Fischer, Danilo Cronemberger e Luis Fernando Matricardi.

Por último e não menos importante, aos amigos e coorientados Diego Caldo, Claudio Oliveira, Jean Carlo Bispo e Mario Aufiero, grupo que dividiu todas as vitórias e angústias desse período de pós-graduação.

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

## RESUMO

LIMA, Matheus Carneiro. *Standards de prova no direito brasileiro*. 2018. 132 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

A atividade jurisdicional é indissociável das decisões sobre questões de fato, assim como dos erros nessas decisões. Os ordenamentos jurídicos de *common law*, reconhecendo tal premissa, utilizam os standards de prova como mecanismos de distribuição ou controle do custo desses erros. O presente trabalho busca demonstrar que as mesmas bases que fundamentam a aplicação de standards de prova no direito estrangeiro são aplicáveis ao direito brasileiro, onde standards existem mas não são estudados como tal. Isso será realizado a partir da análise dos fundamentos políticos, normativos e psicológicos dos standards de prova, além de sua formulação em outros ordenamentos jurídicos, para extrair fundamentos generalizáveis e aplicáveis ao direito brasileiro. Além disso, demonstramos que a própria análise do ônus da prova pode se dar de forma distinta a partir dos standards de prova, indo além da distinção entre seu caráter objetivo e subjetivo.

**Palavras-chave:** Processo Civil. Prova. Elementos de prova. Standard de prova. Ônus da prova.

## ABSTRACT

LIMA, Matheus Carneiro. *Standards of proof in brazilian law*. 2018. 132 p. Dissertation (Master of Law) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

The jurisdictional activity is inseparable from decisions on issues of fact, and also from the errors in these decisions. The *common law* legal systems, recognizing this premise, adopt the standards of proof as a mechanism to distribute or control the cost of these errors. The present dissertation aims to demonstrate that the basis for the application of standards of proof in foreign legal systems are also applicable to Brazilian law, where there are already standards, but they are not classified as such. This will be achieved by the analysis of the political, normative and psychological grounds of the standards of proof, and by the study of their formulation in other legal systems, to extract general grounds applicable to brazilian law. Also, we demonstrate that the analysis of the burden of proof can be made differently from the standards of proof, going beyond the distinction between its subjective and objective characters.

**Key words:** Civil Procedure. Proof. Evidence. Standard of proof. Burden of Proof.



## Lista de Gráficos

Gráfico 1: Índice de confiança nas cortes .....	101
---	-----

## Sumário

1 INTRODUÇÃO .....	12
1.1 Tema a ser desenvolvido e suas limitações .....	12
1.2 Justificativa da escolha e da importância do tema .....	12
1.3 Principais questões a serem analisadas .....	17
1.4 Metodologia .....	18
2 FATO, VERDADE E PROVA .....	19
2.1 Fato, verdade, e a aplicação do direito .....	19
2.2 Categorias de fatos .....	23
2.3 Teorias da verdade e sua aplicação ao processo .....	25
2.4 Conceitos de Prova .....	29
3 PARÂMETROS DE SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA: OS STANDARDS DE PROVA.....	32
3.1 Evolução histórica.....	38
3.2 Da livre apreciação da prova e da prova legal .....	42
3.3 Standards de prova: A experiência americana .....	46
3.3.1 Prova além da dúvida razoável .....	48
3.3.3. Preponderância da evidência .....	56
3.4 Um exemplo da <i>civil law</i> : o <i>beweismaß</i> alemão.....	61
3.5 Aspectos políticos e normativos dos standards de prova.....	65
3.5.1 Prevenção de falsos positivos – O standard da dúvida razoável.....	65
3.5.2 Minimização do custo dos erros – A preponderância da evidência.....	69
3.5.3 Dificuldade da prova.....	71
3.5.4 Incentivo comportamental .....	73
3.6 Aspectos psicológicos dos standards de prova. ....	73
3.6.1 Julgadores leigos e profissionais?.....	74
3.6.2 Efetividade dos standards de prova .....	76
3.6.3 Modelos <i>coarse scale</i> e <i>sliding scale</i> .....	78
3.7 Particularidades ou generalidades?.....	81
4 STANDARDS DE PROVA NO DIREITO BRASILEIRO .....	83
4.1 Existem standards de prova no direito brasileiro? .....	83
4.2 O <i>fumus boni iuris</i> , o <i>periculum in mora</i> , e a <i>verossimilhança da alegação</i> antes do novo CPC.....	84
4.3 A <i>verossimilhança da alegação</i> .....	89
4.4 A probabilidade do direito .....	90
4.5 As tutelas de urgência e a preponderância da evidência.....	91
4.6 Processos sancionadores .....	93
5 STANDARDS DE PROVA E ÔNUS DA PROVA .....	104
5.1 Ônus da prova .....	104

5.2 Os aspectos do ônus da prova: Subjetivo e Objetivo.....	106
5.3 Ônus da produção e ônus da persuasão .....	108
5.4 Standards de prova e julgamento por ônus da prova .....	111
5.4.1 Julgamento por ônus da produção .....	112
5.4.2 Ônus da persuasão, standard de prova e julgamento por ônus da prova .....	115
5.5 Distribuição dinâmica do ônus da prova e standards de prova.....	116
6 CONCLUSÃO .....	119
7 BIBLIOGRAFIA .....	121

# 1 INTRODUÇÃO

## 1.1 Tema a ser desenvolvido e suas limitações

O presente trabalho visa analisar a viabilidade e existência de parâmetros de suficiência probatória no direito brasileiro, a partir da criação de standards de prova, utilizando o modelo de direito processual de raízes continentais (*civil law*) adotado no Brasil, além de analisar seu impacto no instituto do ônus da prova.

A partir da análise da origem dos standards de prova, além das diferentes fundamentações e justificações que o instituto possui em diversos ordenamentos, tanto em sistemas de *civil law* e *common law*, o presente trabalho busca identificar suas características e parâmetros mais básicos, para a partir deles justificar a adoção do instituto no direito brasileiro, e identificar os standards já existentes em nosso ordenamento (ainda que sob denominações distintas).

O presente trabalho não busca indicar com precisão a extensão exata que os standards a ser adotados tomarão, porque tal medida dependeria de uma construção jurisprudencial que ainda não foi concretizada, além da análise de critérios de política legislativa do direito material que vão além do escopo do presente trabalho.

A hipótese a ser desenvolvida no presente trabalho é a de que existem dois fundamentos principais dos standards de prova que transcendem os sistemas de *common law* onde o instituto se originou, e podem justificar a adoção do instituto no direito brasileiro: a) a minimização do custo dos erros sobre decisões de fato; e b) os mecanismos psicológicos que orientam a tomada de decisões;

Por se tratarem não de imposições legais sobre prova, mas de critérios de racionalidade nas decisões sobre questões de fato, os standards criados a partir desses fundamentos principais são perfeitamente compatíveis com uma perspectiva moderna do convencimento judicial, que apesar de adotar um sistema de liberdade da prova superou a *intime conviction*.

E, a partir da análise da suficiência probatória, também se propõe uma releitura do instituto do ônus da prova, que propõe a análise dos conceitos de “ônus da produção” e “ônus da persuasão”, e seus impactos nas decisões baseadas nas regras de ônus da prova.

## 1.2 Justificativa da escolha e da importância do tema

É praticamente unânime no direito brasileiro a adoção da doutrina de Dinamarco acerca dos escopos da jurisdição e da instrumentalidade do processo. O autor cita em sua obra quatro escopos principais: social, político, jurídico e processual. Esses escopos incluiriam os mais diversos objetivos da função jurisdicional, dentre eles o da aplicação correta do direito (escopo jurídico), a pacificação social por meio da resolução adequada de conflitos, dentre diversos outros.<sup>1</sup>

Para cumprir tais escopos, a função jurisdicional deve possuir certas características que vão além da justiça ou da correição das decisões. A jurisprudência deve ser coerente dentre os diversos órgãos julgadores sob pena de que sejam admitidas soluções diferentes para casos iguais apenas por serem julgadas por órgãos diferentes. Também as decisões judiciais, dentro de certo grau, devem ser previsíveis, sob pena de gerar insegurança e instabilidade generalizada em todos que dependam da aplicação da lei (ou seja, a sociedade como um todo).

A necessidade social, política e econômica de uma estabilidade jurisdicional se estende pela história, gerando reações diferentes em cada momento histórico. Foi uma das razões que levou às primeiras codificações, à unificação de ordenamentos jurídicos, e, como veremos, ao surgimento de diversas técnicas e institutos jurisdicionais. Atualmente no Brasil a estabilidade da jurisprudência tem sido objeto de grande interesse por doutrinadores, julgadores e legisladores.

Dentre os avanços realizados nos últimos anos temos as súmulas vinculantes (introduzidas por meio da Emenda Constitucional 45/2004); o incidente de resolução de demandas repetitivas nos tribunais superiores (Lei 11.672/2008); e, na maior reforma dos últimos anos, o novo Código de Processo Civil, que além de sedimentar e ampliar os institutos que lhe precederam, buscou lançar as bases e criar os instrumentos para um sistema de precedentes judiciais no direito brasileiro.

Porém, todas as medidas instituídas até o momento voltaram seu foco apenas para um dos componentes das decisões judiciais: a decisão sobre questões de direito. As súmulas vinculantes têm como objeto “a validade, a interpretação e a eficácia de normas

---

<sup>1</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

determinadas”, cujo alto grau de abstração levou alguns doutrinadores a considerá-las verdadeiros atos normativos, ainda que diferente das leis propriamente ditas.<sup>2</sup>

Os recursos especial e extraordinário repetitivos, tanto na sua forma instituída pela Lei 11.672 quanto pela forma expandida do incidente de resolução de recurso repetitivo previsto no novo Código de Processo Civil, tendem também a fixar teses abstratas em casos que atingem o judiciário de forma massificada, para que todos os órgãos judiciais vinculados ao tribunal que fixar tal tese a apliquem posteriormente. E, por último, ao tentar lançar as bases de uma sistemática de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina que se desenvolve em volta do novo Código de Processo Civil tem dado mais ênfase às questões de fato, ainda que para definir parâmetros de aplicação dos precedentes judiciais.

Porém, apesar de todos os avanços recentes que buscam introduzir mais de uma desejável estabilidade à atividade jurisdicional no Brasil, as decisões acerca de questões de fato têm sido deixadas em um indesejável segundo plano. Enquanto teses, súmulas e precedentes se multiplicam, sua aplicação não será suficiente para que haja a desejada estabilidade e previsibilidade das decisões judiciais se as partes não possuem parâmetros de como agir em juízo para demonstrar o suporte fático de seu direito ao julgador. De nada adianta a estabilização de teses sobre a aplicação do direito, se as decisões sobre questões de fato permanecem caóticas e aleatórias.

É evidente que as peculiaridades das situações de fato em cada processo têm o condão de levar a soluções diferentes. Decidir sobre questões de fato, ainda que sob um estado prevalecente de incerteza,<sup>3</sup> é o dever do julgador. Porém, o que é lesivo ao ordenamento jurídico e à sociedade como um todo é quando não existem parâmetros concretos para a decisão sobre questões de fato, o que leva a desequilíbrios entre as partes nos processos, e incertezas em todo o sistema processual.

Dessa forma, os julgadores não conseguem construir parâmetros adequados para suas decisões. Os tribunais, ao realizar a revisão de um caso em que já houve um julgamento sobre questões de fato, não possuem parâmetros concretos para avaliar as decisões de primeiro grau. As partes, seus advogados e o Ministério Público não conseguem analisar de forma adequada os riscos de adentrar em litígio com base nas provas que possuem ou possam vir a produzir.

---

<sup>2</sup> RAMOS, E. da S. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 297.

<sup>3</sup> SAKS, M. J.; KIDD, R. F. Human information processing and adjudication: Trial by Heuristics. *Law and Society Review*, Salt Lake City, v. 15, n. 1, p. 123-160, 1981.

Quando dois juízes ou tribunais, com base em acervos probatórios semelhantes aplicam parâmetros de suficiência probatória distintos acerca de uma questão de fato igual (ou semelhante), ocorre a mesma distorção verificada nos casos em que temos decisões contraditórias acerca da aplicação do direito. Isso porque, como ensina Taruffo, “uma decisão jurídica e justa somente pode fundar-se em uma valoração apropriada, exata e veraz dos fatos relevantes do caso”.<sup>4</sup>

Além disso, a escolha dos standards de prova aplicáveis (ou mesmo de sua ausência) possui um impacto significativo na função jurisdicional como um todo. Questões de minimização e distribuição de riscos, de estabilidade das decisões, e do próprio modo como os juízes decidem não podem ser ignoradas ao efetuar tal escolha.

Dessa maneira, a ausência de parâmetros para decisões acerca de questões de fato é, por si só, um problema que deve ser enfrentado para que possamos evoluir a atividade jurisdicional em nosso ordenamento. E é um problema que deve ser analisado de forma cuidadosa, sob pena de regressar ao extremo de teorias irracionalistas ou idealistas acerca da verdade, ou de posições extremadas acerca da liberdade do julgador.

Encontrar uma solução para o problema acima não é uma tarefa fácil, e o tema ainda é pouco explorado em nossa doutrina e jurisprudência. Apesar de já existirem trabalhos de excelente qualidade sobre o tema,<sup>5</sup> este ainda se encontra à margem das grandes discussões no direito brasileiro.

Essa relutância em enfrentar o tema possui raízes históricas e ideológicas profundas: em razão de nossa colonização as principais influências do direito brasileiro sempre foram os sistemas jurídicos da Europa continental, que em determinado momento histórico convergiram para a livre apreciação da prova como sistema (ou ausência de sistema) para a valoração dos elementos probatórios, com uma carga ideológica de contraposição aos sistemas autoritários onde havia a limitação do julgador enquanto regra.

---

<sup>4</sup> TARUFFO, Michelle. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 20.

<sup>5</sup> Sobre o tema, conferir SILVEIRA, Daniel Coutinho da. *Prova, argumento e decisão: critérios de suficiência para orientação dos juízos de fato no direito processual brasileiro*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24042012-113857/>>. Acesso em: 27 jun. 2016. Também, TRENTO, Simone. *Efetividade da tutela jurisdicional em matéria probatória: Standard e ônus da prova*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

Até hoje existe grande resistência em tentar estabelecer parâmetros ao julgador acerca de sua atividade de valoração das provas e decisão acerca de questões de fato. Expressões vazias como “o juiz é o destinatário da prova”, “livre convencimento motivado” ou “persuasão racional” têm sido utilizadas para mascarar um modelo de efetiva discricionariedade judicial sobre questões de fato.

Tal discricionariedade é tão nociva quanto indesejável. Sob a sistemática atual, é perfeitamente possível que juízes adotem critérios de decisão personalíssimos e de controle impossível a casos iguais, que dependam de resolução de questão controvertida de fato, mesmo onde haja um acervo probatório idêntico. Em um exemplo, dois vizinhos poderiam sofrer o mesmo dano, produzir a mesma prova em conjunto e litigar sob os mesmos argumentos, ao final obtendo decisões distintas: o primeiro vizinho tem seu dano reconhecido e é indenizado, enquanto o segundo enfrenta uma sentença de improcedência por não provar os fatos constitutivos de seu direito pelo parâmetro escolhido pelo julgador.

E, ao realizar a escolha por um ou outro standard, sua utilidade e conformação aos fins almejados devem ser também analisadas. Apesar de possível em tese, é de pouca utilidade adotar o mesmo standard dos casos criminais aos casos cíveis, nos quais as razões políticas que permeiam cada sistema processual são absolutamente distintas. Também entre casos cíveis, é possível diferenciar entre classes de processos para aplicar standards distintos.

Por outro lado, permitir que o standard seja decidido (ou modificado) caso a caso é tão inefetivo como sua ausência; isso porque, os mecanismos de cognição utilizados pelos julgadores (decorrentes da psicologia humana, não necessariamente de um sistema de *civil law* ou *common law*) não permitem efetuar sua regulação de forma tão delicada.

Tal proposta não é um extremo de se retornar ao sistema de prova legal ou tarifada, mas apenas de criar linhas gerais a serem adotadas por juízes e patronos que os auxiliem a tomar decisões baseadas em elementos de prova de acordo com as peculiaridades de cada tipo de processo.

Também, não se trata do mero transporte de um instituto estrangeiro ao direito brasileiro.<sup>6</sup> Ao tratar de fundamentos extralegais, extrapoláveis para outros ordenamentos jurídicos, e a partir destes propor soluções, a ideia é criar uma versão compatível com nosso ordenamento jurídico, a partir do qual possam ser atingidos os fins objetivados, ou

---

<sup>6</sup>WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini. Recepção e transmissão de institutos processuais civis. *Revista de Processo*, v. 31, p. 143-154, 2006.



mesmo identificar standards que já existam, e apenas sistematizar seu estudo, seus objetivos e sua aplicação.

### 1.3 Principais questões a serem analisadas

Para tentar esboçar tais linhas gerais, ou ao menos como estas podem ser instituídas pelos tribunais, este trabalho inicia analisando os institutos mais básicos a partir dos quais se desenvolve a atividade probatória judicial. Por essa razão, a primeira parte deste trabalho introduz as discussões acerca do papel dos fatos, da verdade e da prova no processo judicial, e fixa vários conceitos que serão utilizados no desenvolvimento da argumentação.

Em seguida introduziremos a ideia de “standards de prova” dos sistemas de common law (também denominados “modelos de constatação”).<sup>7</sup> A partir de uma análise histórica de como os sistemas legais enfrentam a questão da prova suficiente, analisaremos a origem da distinção entre os sistemas de civil law e common law a partir do século XVIII, e as prováveis causas que levaram os sistemas a evoluir em caminhos divergentes acerca da apreciação da prova.

Analisaremos sua conformação no cenário atual, a partir do modelo americano e seus três standards principais (*beyond a reasonable doubt*, *clear and convincing evidence* e *preponderance of the evidence*), além de alguns comentários sobre o modelo do *beweismaß* no direito alemão. Em seguida, serão analisadas as justificativas econômicas (minimização do risco de erro) e psicológicas (limitações cognitivas dos julgadores) que fundamentam a adoção dos standards de prova, e teceremos alguns comentários sobre a ideia de adoção de standards de prova com o fim de incentivar ou reprimir certas condutas pelos ordenamentos.

A terceira parte trará uma análise dos standards de prova como colocados no direito brasileiro. Argumenta-se que, apesar de seu estudo não haver sido sistematizado como no

---

<sup>7</sup> COSTA, Guilherme Recena. Livre convencimento e standards de prova. In: YARSHELL, Flávio Luis; ZUFELATO, Camilo (Org.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

sistema de *common law*, o direito brasileiro expressamente adota standards de prova, que podem ser sistematizados e estudados como tais. Analisaremos o exemplo mais comum, que são os standards utilizados nas tutelas provisórias: *fumus boni iuris*, verossimilhança, e probabilidade do direito; analisaremos as propostas doutrinárias de adoção de um standard distinto em processos sancionadores; e por último, discutiremos a adoção de um standard para as causas cíveis comuns.

Ao final será analisada a forma como o direito brasileiro lida com o risco da incerteza inerente às decisões acerca de questões de fato, por meio do instituto do ônus da prova. Serão identificadas as diferenças entre o instituto do ônus da prova em sua tradição continental, e o seu desenvolvimento nos países de tradição jurídica anglo-saxônica. Será analisada como as diferentes concepções de ônus da prova influenciam os procedimentos e as formas de julgar, e ao final, serão sugeridos alguns elementos de aproximação entre as ideias de ônus da prova em sua aplicação no direito brasileiro, a partir da ideia de standards de prova.

#### **1.4 Metodologia**

O método de abordagem a ser utilizado para a elaboração da dissertação será o indutivo, mediante o qual, partindo de dados particulares suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal. Principalmente ao analisar aspectos psicológicos dos processos de decisão, utiliza-se como base experimentos realizados anteriormente e cujos resultados já foram compilados.

Como métodos de procedimento serão adotados concomitantemente os métodos histórico, funcionalista e comparativo. O primeiro consiste no encadeamento de fatos, usando a sequência temporal ou convivência de fatos no mesmo período de tempo. O segundo estuda a sociedade do ponto de vista de suas unidades. O último consiste na comparação dos fenômenos estudados com outros semelhantes em diversos momentos históricos.

As técnicas básicas de pesquisa adotadas são a bibliográfica e documental jurisprudencial. A pesquisa bibliográfica será desenvolvida a partir de obras de destaque quanto ao tema, e artigos científicos especializados, ambos dirigidos a públicos específicos, os operadores do direito. A pesquisa documental consistirá no estudo detido de documentos relevantes, como diplomas normativos referentes ao tema e jurisprudências atualizadas dos principais tribunais que se ocupam com esses problemas.

## 2 FATO, VERDADE E PROVA

### 2.1 Fato, verdade, e a aplicação do direito

Como ensina Ovídio Baptista da Silva:

se todo direito, como fenômeno social, só existe nos fatos que se controvertem, é fácil reconhecer a importância, para o processualista, do estudo e domínio seguro do direito probatório. Tal, em verdade, é a extraordinária importância processual das provas que o clássico Bentham não vacilou em afirmar que “a arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar provas”.<sup>8</sup>

A prova é instituto presente em todos os ordenamentos jurídicos, regulamentada das mais diversas maneiras. Essa universalidade em termos práticos vem da relação da prova com os fatos do mundo concreto. Não é possível imaginar na atualidade um ordenamento jurídica que dispense uma análise dos fatos na aplicação do direito, sendo comum a todos a existência de um sistema probatório, de uma ou outra maneira.<sup>9</sup>

No direito brasileiro isso pode ser percebido a partir da ideia do suporte fático, como ensinava Pontes de Miranda. O suporte fático surgiu como uma adaptação do conceito do *Tatbestand* previsto no direito alemão, por Oskar Bülow. Segundo Clóvis do Couto e Silva, o autor alemão “passou a aplicar no processo civil a noção de ‘Tatbestand’ que Pontes de Miranda tanto enfatiza em sua obra e traduziu como ‘suporte fático’: ‘Tatbestand’ é uma noção de teoria geral do direito ainda quando à época não se tivesse dessa disciplina uma ideia definida”.<sup>10</sup>

Quando do desenvolvimento da Teoria Geral do Direito, o suporte fático foi adotado por diversas teorias, dentre as quais a de Hans Kelsen pode ser usada como

---

<sup>8</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Teoria Geral do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 294.

<sup>9</sup> TARUFFO, Michele. Evidence, Truth, and the Rule of Law. *Revista de Processo*, v. 39, n. 238, p. 87-98, dez. 2014. p. 88.

<sup>10</sup> SILVA, Clóvis V. do Couto e. A teoria das ações em Pontes de Miranda. *Revista de Informação Legislativa*, v. 25, n. 100, p. 249-256, out./dez. 1988, p. 250.

exemplo para demonstrar a conexão entre fatos e direito.<sup>11</sup> Segundo tal teoria, todas as regras legais possuem uma estrutura lógica, e são compostas por duas partes: a primeira estabelece uma condição (ou prótase) baseada em fatos (*sein*, o ser), normalmente em termos gerais e abstratos (a doutrina alemã fala em *abstrakte Tatbestand*, reforçando seu caráter factual).

A segunda parte da estrutura lógica é a consequência (ou apódose) e trata das consequências impostas pelo direito em face da ocorrência do suporte fático (*sollen*, o dever-ser). Assim, a definição prévia dos fatos concernentes a uma norma jurídica é condição necessária para sua aplicação em um processo judicial.

Então, sempre que se buscar a aplicação de uma norma jurídica, deve-se constatar a existência de seu suporte fático, como condição necessária. O cerne do litígio é, muitas vezes, a controvérsia acerca da existência desses fatos. Os tribunais, ao executar sua atividade de jurisdição e pacificação social, precisam estabelecer os fatos da causa, condição necessária para a aplicação das normas jurídicas.<sup>12</sup>

E essas condições são demonstradas no âmbito do direito através das provas, definidas por Jeremy Bentham<sup>13</sup> dentro do âmbito jurídico como qualquer fato apresentado ao conhecimento de um juiz, para produzir em sua mente uma persuasão acerca da existência de algum outro fato, tomado como relevante para uma decisão vir a ser tomada.

Nesse sentido, segundo Leonardo Greco,<sup>14</sup> as provas enquanto meios de definição dos fatos existem fora do processo e independem deste, influenciando comportamentos e decisões adotadas em todos os momentos da vida pelos seres humanos. O processo deve ser capaz de reproduzir a realidade da vida com a mesma segurança e credibilidade com que o mais atento observador ou o mais bem aparelhado cientista é capaz de fazê-lo, e para isso utiliza-se das provas.

O eminente doutrinador Francesco Carnelutti possui posição semelhante. Para o autor, toda norma jurídica é um mandato hipotético, supondo uma situação e emitindo uma ordem a ser aplicada em tal situação.

---

<sup>11</sup> TARUFFO, Michele. Evidence, Truth, and the Rule of Law. *Revista de Processo*, v. 39, n. 238, p. 87-98, dez. 2014, p. 89.

<sup>12</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova: Princípio da Verdade Real – Poderes do juiz – Ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – Prova e coisa julgada nas ações relativas a paternidade (DNA). *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 3, p. 5-23, 1999.

<sup>13</sup> BENTHAM, J. The Works of Jeremy Bentham, published under the Superintendence of his Executor, John Bowring. Edinburgh: William Tait, 1838-1843. p. 343. Disponível em: <[http://if-oll.s3.amazonaws.com/titles/1923/Bentham\\_0872-06\\_EBk\\_v6.0.pdf](http://if-oll.s3.amazonaws.com/titles/1923/Bentham_0872-06_EBk_v6.0.pdf)>. Acesso em: 2 fev. 2016.

<sup>14</sup> GRECO, Leonardo. O conceito de prova. In: MARINONI, Luis Guilherme (Ed.). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Dessa maneira, existiriam duas premissas para a aplicação de uma norma, que corresponderia ao duplo tema da atividade do juiz: a posição da norma jurídica (a definição da norma aplicável ao caso), que se reduz a um “problema de conhecimento da ordem jurídica” e a posição da situação de fato, cuja conclusão resultará na aplicação ou não do mandato com base na “comprovada identidade entre ou diferença da situação suposta pela norma e a situação suposta na lide”.<sup>15</sup>

A verificação exata dos fatos é algo reconhecidamente desejável também para Cândido Rangel Dinamarco. Em sua obra, o autor elenca os escopos *sociais*, *políticos* e *jurídicos*, reconhecendo que uma série de fatores externos influencia e molda as instituições processuais, de modo a lhe fornecer os contornos mais adequados.

Ao falar dos escopos sociais, cita primeiramente sua função de “eliminar conflitos mediante critérios justos”, indo além da função de meramente eliminar conflitos que tanto se fala da atividade jurisdicional.<sup>16</sup> Prossegue ainda que tal eliminação de conflitos só pode ocorrer mediante a obtenção de uma *certeza* sobre as questões que envolvem a lide. Mais adiante, apesar de reconhecer que essa certeza é um estado mental eminentemente pessoal, o autor a denomina como *manifestação subjetiva* da verdade que existe no âmbito objetivo.<sup>17</sup>

Também ao discorrer sobre o escopo jurídico, relembra o princípio informativo lógico do processo, consubstanciado na máxima “escolha dos meios mais seguros e expeditos para *descobrir a verdade* e evitar o erro”.<sup>18</sup> Apesar de refutar o que chama de um culto exagerado à verdade e à certeza, Dinamarco condiciona a autenticidade das decisões (em relação à lei) ao seu apoio na “perfeita informação sobre o *segmento da História* relevante em cada caso”.

Após analisar a importância de contingências sociais e as especificidades de diversos tipos de procedimentos judiciais no modelo americano, Mirjan Damaska chega à conclusão de que só é possível maximizar o valor da verdade nos procedimentos judiciais

---

<sup>15</sup> CARNELUTTI, Francesco. *A Prova Civil*. Tradução de Lisa Pary Scarpa. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 30-31.

<sup>16</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 191.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 279.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 260.

após uma análise cuidadosa dos detalhes institucionais e problemas específicos que surgem em contextos procedimentais específicos.<sup>19</sup>

Porém, reconhece que, mesmo com algumas limitações, a descoberta verdade enquanto objetivo (ou aspiração) ainda é necessária à administração da justiça, e que aqueles que buscam refutar uma as visões realistas e de verdade enquanto correspondência ainda não apresentaram uma alternativa viável para a administração da justiça.<sup>20</sup>

Marinoni e Arenhardt também reconhecem que apesar de a filosofia moderna haver superado modelos que se baseiam em um paradigma do ser, a descoberta da verdade é indispensável ao processo.<sup>21</sup>

Van der Pol e Petrov<sup>22</sup> relatam que nos ordenamento jurídico holandês há um entendimento de que as cortes devem empregar seus esforços em uma “busca pela verdade” (apesar de atingi-la não ser condição necessária ao julgamento) ao julgar as demandas; ao mesmo tempo, admitem que essa busca pela verdade é mais relacionada à atitude da corte que ao resultado final; semelhante ideia existe no ordenamento jurídico Russo, onde apesar de não reconhecer um dever legal de busca pela verdade, as cortes tendem a agir como se houvesse tal dever.

Apesar de tal capacidade de reprodução ser desejável, a maior parte das decisões jurisdicionais, em razão da complexidade da área, é realizada sob um grande grau de incerteza.<sup>23</sup> Principalmente a tomada de decisões, baseada em conhecimento indireto de fatos na maior parte das vezes, não pode ser encarada de modo simples como uma dicotomia “saber/não saber”.

Porém, apesar desse eterno grau de incerteza que permeia o processo, a estrutura dos sistemas jurídicos modernos não mais permite que a incerteza seja simplesmente aceita de imediato. A função do julgador é, a partir do material que lhe é acessível, decidir acerca dos fatos. E, se ao final não puder existir pela existência ou inexistência de um fato (ou, pela verdade ou falsidade de uma proposição de fato), ainda assim ele deve julgar a demanda que lhe é apresentada.

---

<sup>19</sup> DAMASKA, Mirjan R. Truth in Adjudication. *Faculty Scholarship Series*, 1998. Paper 1575. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1575](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1575)>. Acesso em: 27 jun. 2016.

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> MARINONI, Luis Guilherme. *Prova e convicção de acordo com o CPC de 2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 29-30.

<sup>22</sup> VAN DER POL, Ruth; PETROV, Anton. Searching for Truth in civil process: The Netherlands and Russia. *Russian Law Journal*, v. 3, n. 1, 2015, p. 110-132.

<sup>23</sup> “[...] most legal decision making, like that in many other areas of complex activity, is done under conditions of uncertainty” (SAKS, M. J.; KIDD, R. F. Human information processing and adjudication: Trial by Heuristics. *Law and Society Review*, Salt Lake City, v. 15, n. 1, p. 123-160, 1981).

Isso normalmente é discutido em nossa doutrina ao tratar do ônus da prova: quando o juiz não atingir o convencimento a favor ou contra as proposições de fato analisadas no processo, ele decide contra quem pesar este ônus. Mas quando o juiz atingirá esse “convencimento”? Trata-se de uma questão de direito, ou de uma questão pessoal, inescrutável. São questionamentos sem uma resposta simples, mas que buscaremos solucionar ao longo do trabalho.

## 2.2 Categorias de fatos

A definição do conceito de “fato” é uma tarefa árdua, que será enfrentada neste trabalho apenas na medida em que for necessária para permitir o desenvolvimento posterior de outras categorias. Uma das principais dificuldades, como explica Dorothy Walsh é que os fatos podem ser analisados tanto de uma categoria ontológica quanto de uma categoria epistemológica.<sup>24</sup>

O fato considerado epistemologicamente seria um item de conhecimento, extraído pelos sentidos ou por uma formulação mental a partir de um fato considerado ontologicamente, um acontecimento, um elemento de realidade. Se uma maçã cai de uma árvore, esse acontecimento por si só é um fato considerado ontologicamente; no momento em que tal acontecimento é internalizado por um ser racional, ele se torna um fato epistemologicamente considerado.

Na linguagem comum adotada pelo direito (sem tanto aprofundamento filosófico acerca da natureza do fato), prevalece a perspectiva ontológica. Apesar de todas as limitações humanas ao conhecimento da *realidade* (como será explicitado adiante) o direito utiliza o termo fato normalmente para descrever acontecimentos da realidade, que devem ser considerados na tomada de decisões judiciais.

O direito traz ainda mais classificações quanto a esses fatos. Temos o fato considerado como fato “bruto” quando este não é qualificado de alguma forma, em contraposição aos “fatos institucionais”, ou aqueles que são determinados por meio da

---

<sup>24</sup> WALSH, Dorothy. Fact. *The Journal of Philosophy*, v. 40, n. 24, p. 645-654, 1943.

aplicação de certas normas. Assim, os fatos em litígio seriam sempre, em tese “institucionais”, apenas por serem considerados no curso de um processo.<sup>25</sup>

Para Marinoni e Arenhardt, os fatos *brutos* não comportam qualificação acerca de sua existência. Ontologicamente considerados, estes existem ou não existem. Questões como “certo”, ou “duvidoso”, são questões que só poderiam se aplicar ao conhecimento do fato considerado epistemologicamente.<sup>26</sup>

Outra distinção encontrada na doutrina acerca da atividade probatória é a diferenciação entre “fatos” e “proposições de fato”. O processo (e o direito como um todo) opera por meio da linguagem, então na prática os fatos acabam retratados a partir de uma perspectiva linguística.

Assim, via de regra, os fatos são retratados no processo por meio de proposições de fato ou enunciados fáticos. Quando uma alegação é feita ou refutada pelas partes, em sua petição inicial, sua contestação, ou durante uma audiência, é sempre por meio de uma proposição de fato ou um enunciado de fato. Assim, as classificações como “verdadeiro”, “falso”, “certo”, que não seriam aplicáveis aos fatos em si, são aplicáveis às proposições ou enunciados.

Por isso, é tecnicamente mais correto afirmar que o objeto da prova não são os fatos em si, mas as *proposições fáticas*. Essas proposições que necessitam ser verificadas, por uma relação com o fato ocorrido anteriormente (seja de coerência, de correspondência, ou outra, como será analisado posteriormente).

Os fatos então seriam *o objeto mediato da prova*, enquanto seu objeto *imediato* são as proposições de fato. Nesse sentido Taruffo<sup>27</sup>, Carnelutti<sup>28</sup> concordam. Antônio Carlos de Araújo Cintra, por outro lado, descarta tal diferença afirmando que “se as provas giram em torno de afirmações de fato, elas recaem diretamente sobre os próprios fatos afirmados”.<sup>29</sup>

De qualquer modo, trata-se de uma classificação científica que, mesmo se considerada correta, não encontra com frequência correspondência na linguagem prática, e que muito pouco influencia a direção deste trabalho. Diversas fontes e autores que serão citados ao longo desse estudo utilizam o termo “fato” como objeto da prova, ou como

---

<sup>25</sup> TARUFFO, Michelle. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.. p. 17.

<sup>26</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 18.

<sup>27</sup> “As proposições fáticas podem ser verdadeiras ou falsas: portanto, soa o objeto apropriado da prova judicial, esta concebida como o meio para estabelecer a verdade dos fatos em litígio” (Ibid., p. 19).

<sup>28</sup> CARNELUTTI, F. *A prova civil*. Tradução de Lisa Pary Scarpa. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

<sup>29</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 332 a 475. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 5.



sinônimo de proposição de fato, razão pela qual, em tais instâncias não faremos essa distinção.

### 2.3 Teorias da verdade e sua aplicação ao processo

A definição de verdade, por si só, é um tema espinhoso que em muito excede o âmbito de investigação deste trabalho. Como explana Susan Haack,<sup>30</sup> os conceitos de verdade variam entre dentre aqueles que dão à verdade um valor transcendental inatingível absolutamente necessário, e aqueles que encaram a verdade em termos absolutos como uma ilusão, o que tiraria o valor de todas as verdades menores (ou seja, todas as proposições consideradas verdadeiras).

Aqui apresentaremos uma visão simplificada de algumas das teorias mais aceitas acerca da verdade, apenas para demonstrar posteriormente que, mesmo a partir da adoção de diferentes teorias, a introdução da ideia de verdade no ordenamento jurídico ainda é útil, mas apenas até certo ponto.

Primeiramente, existem aqueles que tratam da verdade pragmática. O precursor de tais ideias foi Charles Sanders Peirce, para quem a verdade sobre uma proposição é a opinião na qual vão chegar todos aqueles que investigam determinada proposição. Tal afirmação, porém, deve ser analisada em conjunto com a afirmação de Peirce de que nossa concepção de um objeto necessariamente se restringe aos seus efeitos práticos.<sup>31</sup>

Se pudermos verificar tais efeitos práticos (inclusive aplicando a teoria da verdade como correspondência) como verdadeiros, então a proposição será verdadeira de acordo com a verdade pragmática. Por essa razão, Abe afirma que a verdade pragmática não se mostra completamente independente no sentido de correspondência com a realidade.<sup>32</sup>

Posteriormente, temos as teorias da verdade como coerência. Essas teorias não buscam classificar os fatos com verdadeiros a partir de sua relação com o mundo real, já

---

<sup>30</sup> HAACK, Susan. Nothing fancy: Some simple truths about Truth and the Law. In: *Evidence Matters: Science, Proof and Truth in the Law*. New York, Cambridge University Press, 2014. p. 300.

<sup>31</sup> PEIRCE, Charles Sanders. How to make our ideas clear. *Popular Science Monthly* 12, jan. 1978, p. 286-302.

<sup>32</sup> ABE, Jair Minoro. Verdade Pragmática. *Estudos Avançados*, v. 5, n. 12, São Paulo, maio/ago. 1991, p. 161-171.

que não seria possível comparar uma sentença à realidade.<sup>33</sup> Em vez disso, utiliza-se a comparação de proposições em relação a outras proposições em um grupo de crenças consideradas verdadeiras, buscando atingir um máximo de coerência.

Segundo Kirkham,<sup>34</sup> os coerentistas apresentam duas premissas básicas (ainda que hajam, segundo Haack,<sup>35</sup> aqueles que negavam a necessidade de ambas as premissas em conjunto), chamadas consistência e amplitude. A consistência é identificada quando qualquer membro do grupo de crenças é consistente com qualquer subconjunto de outros membros do mesmo grupo; enquanto a amplitude seria que cada membro do grupo é implicado pelos outros tomados como premissa.

A falha da teoria da verdade como coerência aplicada ao processo judicial é que esta permite que as conclusões sobre as proposições de fato sejam alcançadas apenas por sua relação com outras proposições de fato, independente da sua relação com o que haja efetivamente ocorrido.<sup>36</sup> Porém, a teoria da coerência é muito útil em diversas situações, como as que já existem uma série de proposições demonstradas de modo mais seguro, e com base nelas pode-se analisar e escolher as conclusões a serem admitidas a partir de certa prova.

Temos também as chamadas teorias da verdade como correspondência. Segundo Renato Machado Pereira, a ideia que une as teorias da verdade como correspondência é a de que a verdade enquanto propriedade de uma proposição diz respeito à sua correspondência com a realidade.<sup>37</sup>

Ou seja: uma proposição pode ser considerada verdadeira quando seu conteúdo corresponde ao mundo real. Esse tipo de concepção remonta à ideia Aristotélica de que

<sup>33</sup> Ibid., p. 161-171.

<sup>34</sup> KIRKHAM, R. L. *Teorias da verdade: Uma introdução crítica*. Tradução de Alessandro Zir. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 152

<sup>35</sup> HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Tradução de Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araujo Dutra. São Paulo: Unesp, 2002. p. 138.

<sup>36</sup> Nesse sentido, DAMASKA, Mirjan. R. Truth in Adjudication. *49 Hastings Law Journal*, 289, 1997-1998, p. 291-292.

<sup>37</sup> PEREIRA, Renato Machado. *Concepção semântica da verdade segundo Alfred Tarski*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de São Carlos, UFSCAR, 2009. Segundo o autor, “Teorias da verdade-como-correspondência têm utilizado os seguintes como portadores-de-valor-de-verdade: crenças, pensamentos, ideias, juízos, sentenças, asserções, expressões vocais e proposições. Contudo, é de costume usar a expressão |portadores-de-valor-verdade| sempre que queremos assumir uma postura neutra dentre essas opções”; Porém, admite que na literatura contemporânea quase somente proposições são mencionadas como “portadores-de-valor-verdade”. Como a ideia de verdade a ser adotada no processo judicial se aplica quase que somente a *proposições de fato*, serão usadas proposições como o portador-de-valor-verdade no presente trabalho.

“dizer daquilo que é que não é, ou daquilo que não é que é, é falso, enquanto dizer daquilo que é que é ou daquilo que não é que não é, é verdadeiro”.<sup>38</sup>

Posteriormente tal ideia foi desenvolvida por Tarski<sup>39</sup> em um modelo mais técnico, mais aplicável às linguagens artificiais (como aquelas utilizadas para demonstrações lógicas e matemáticas) do que às linguagens naturais, pelas quais o direito normalmente opera. Porém, outros autores apresentam teorias da correspondência em que a função da estrutura da linguagem não é essencial para a determinação da verdade de uma proposição.

Como exemplo temos Bertrand Russell, que defende a correspondência como a congruência entre a relação de uma crença (aquilo que se acredita verdadeiro) com a relação de um fato. Tanto crenças e fatos possuem termos, e a congruência dos termos (inclusive em sua ordem) é necessária para a configuração da verdade.<sup>40</sup>

Já Austin defende a correspondência como correlação de quatro fatores: Uma afirmação, uma sentença, um estado de coisas, e um tipo de estado de coisas. Assim, temos correlações entre sentenças (em abstrato) com certos tipos de estados de coisas (por meio de convenções descritivas) e correlações entre afirmações (sentenças realmente emitidas) e situações de fato encontradas no mundo em ocasiões particulares (convenções demonstrativas). Assim, se a situação real for correlacionada por meio das convenções descritivas às sentenças de modo semelhante à correlação pelas convenções demonstrativas, teremos a verdade em uma afirmação.

A definição de verdade como correspondência é defendida por autores como Bustamante, que, com base nas opiniões de Gascón Abellan e Taruffo reconhece que a adoção da teoria da correspondência como critério de justificação da verdade parece ser o

---

<sup>38</sup> ARISTOTELES. *Metafísica*. Tradução de Leonel Vallandro. Porto Alegre: Globo, 1969.

<sup>39</sup> Segundo Susan Haack, o próprio Tarski criticou veementemente o modelo de correspondência, e seu modelo semântico não pode se enquadrar como tanto. Outros autores, como Jair Minoro Abe (cf ABE, Jair Minoro. *Verdade Pragmática. Estudos Avançados*, v. 5, n. 12, São Paulo, maio/ago. 1991, p. 161-171), consideram seu modelo semântico como um modelo de correspondência. Renato Machado Pereira interpreta o silêncio de Tarski sobre a noção de correspondência como uma posição filosófica por ele assumida. (PEREIRA, Renato Machado. *Concepção semântica da verdade segundo Alfred Tarski*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de São Carlos, UFSCAR, 2009.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 38.

critério mais adequado para a averiguação da verdade ou falsidade das proposições, na medida em que se rege pela coincidência dos fatos com a realidade.<sup>41</sup>

Porém, Taruffo<sup>42</sup> ressalta que a adoção teoria da verdade como correspondência não elimina o valor da coerência dentro de um contexto judicial, e propõe uma superação do conflito entre as duas teorias. Para o autor a coerência não é suficiente para sozinha explicar e operacionalizar a verdade no processo judicial, já que não adota a primazia da relação entre as proposições e o mundo real, mas é, por exemplo, útil ao determinar a escolha de uma dentre várias reconstruções possíveis dos fatos a partir de uma prova.

A adoção uníssona da teoria da verdade como correspondência, apesar de em tese esta ser a mais apta atender aos escopos do processo, encontra um obstáculo nas próprias limitações que existem na atividade probatória, proveniente de seus sujeitos, de seus métodos, e de seus elementos. Os julgadores sobre questão de fato possuem limitações de diversos tipos à reconstrução da verdade a partir de provas: Estes podem não ter conhecimentos suficientes para a análise direta dos elementos de prova, por exemplo.

Ainda, a atividade probatória dentro do processo judicial é limitada de diversas maneiras (temos como exemplo a vedação a provas ilícitas, ou a limitação de certos meios de provas em relação a determinadas classes de fatos), sendo que nem sempre é possível levar a atividade probatória ao nível necessário para se demonstrar a correspondência.

E também, os próprios elementos de prova trazidos à disposição do julgador podem ser insuficientes, por si só, para que se possa constatar a correspondência entre as proposições e os fatos. Porém, dentro das alegações trazidas pelas partes (sendo que outras delas já foram demonstradas), é possível suprir tais lacunas levando em conta a coerência do grupo de proposições.

De qualquer modo, adotada de qualquer uma das teorias da verdade acima elencadas, as consequências em matéria probatória, mais especificamente da suficiência, serão mínimas. Mesmo adotada uma teoria de verdade como correspondência, que seria mais rígida em relação ao conceito de “verdade”, as limitações decorrentes da própria estrutura cognitiva humana, aliada àquelas decorrentes dos escopos processuais, trariam consequências que, na prática, seriam muito semelhantes à adoção das outras.

Em uma teoria de verdade como correspondência, os standards de prova teriam a função de fornecer parâmetros para se atingir um grau de correspondência mínimo a

---

<sup>41</sup> GODOI BUSTAMANTE, Evanilda N. *Decidir sobre los Hechos: un estudio sobre la valoración racional de la prueba judicial*. 1. ed. Madrid: Bubok, 2013.

<sup>42</sup> TARUFFO, Michelle. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 28.

embasar certas decisões sobre questões de fato, minimizando o risco de certos erros ou buscando outros objetivos do sistema legal. Assim como, na teoria da coerência, os standards serviriam como parâmetro para analisar a coerência interna dos elementos de prova e das narrativas apresentadas, já que um grau superior de coerência seria necessário para atingir um grau superior de convencimento.

E mesmo aplicando outras teorias diversas (Marinoni, por exemplo, fundamenta sua posição na teoria discursiva de Jürgen Habermas),<sup>43</sup> em confronto com os diversos escopos do processo e do direito, ainda haverá espaço para aplicação de parâmetros de decisão relativos a questões de fato, nos moldes que serão expostos no decorrer do trabalho.

## 2.4 Conceitos de Prova

Nas seções anteriores enfrentamos diversas questões relativas à relação entre fatos e verdade, e sua relação com o processo judicial. Estabelecemos que apesar de os fatos serem os componentes da lide, a partir da qual se origina o processo, estes adentram o procedimento por meio de *proposições de fato*.

Essas proposições de fato são, no processo judicial, as *portadoras-do-valor-verdade*, ou seja, elas são avaliadas pelo juízo como verdadeiras ou falsas. A partir de algumas teorias, como a da coerência, essa avaliação poderia se dar exclusivamente pela relação de uma proposição com o conjunto de proposições a ser considerado. Porém, adotamos a teoria da correspondência, aquela que atribui o *valor-verdade* às proposições a partir de sua relação.

A avaliação dessa correspondência no processo judicial se dá a partir da atividade probatória, que será a base para o estudo desenvolvido nesse trabalho. Então, para que se possa prosseguir com a construção do argumento, deverão ser fixados os conceitos que utilizaremos ao longo do trabalho.

O primeiro, e mais básico, é o conceito de “prova”. A ideia de prova, ainda que com uma concepção diferente, remonta ao *Novum Organum* escrito por Francis Bacon em

---

<sup>43</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

1620. Em contradição aos processos puramente abstratos e mentais da lógica Aristotélica, Bacon defendeu que a ciência possuía dois processos mentais básicos: a descoberta, e a demonstração de sua verdade (sua comprovação), e que essa comprovação se dava empiricamente, através da análise da realidade.<sup>44</sup>

Esse é o conceito que Antônio Magalhães Gomes Filho define como a acepção da prova enquanto *experimentação*<sup>45</sup>, como uma atividade ou procedimento destinado a verificar a correção de uma hipótese, e que pode ser relacionada à ideia pragmática de verdade defendida por Peirce. Esse conceito de prova como experimentação abrange muito mais um *procedimento*, do que um objeto ou uma conclusão.

Outro conceito elencado pelo autor é o de prova como *demonstração*. Essa perspectiva da prova é aquela na qual é utilizada para estabelecer a *verdade* sobre determinados fatos (atribuir o *valor-verdade* a um determinado portador). O autor cita, como exemplo, a sua aplicação aos campos da lógica formal e da matemática, cujas provas se dão apenas por demonstrações utilizando uma linguagem artificial (como na teoria semântica de verdade de Tarski), e também em termos menos rigorosos, onde se atribui um valor-verdade a partir de elementos de informação idôneos.<sup>46</sup>

Nesse conceito de demonstração, a prova já não se associa a um procedimento, mas a seu *resultado*. É mais semelhante, por exemplo à concepção adotada por Taruffo, para quem a prova são as inferências positivas realizadas com base em elementos de prova.<sup>47</sup> Essa definição de prova também se encaixa bem com os conceitos utilizados no direito americano, que serão explorados mais adiante.

Outro termo utilizado por Gomes Filho é o *elemento de prova*. Segundo o autor, são elementos de prova “cada um dos *dados objetivos* que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa”.<sup>48</sup>

Essa definição parece se assemelhar muito ao que os doutrinadores da *common law* chamam de *evidence*. Segundo Wigmore, a definição de *evidence* seria:

---

<sup>44</sup> LOEVINGER, Lee. Standards of Proof in Science and Law. *Jurimetrics*, v. 32, n. 3, 1992, p. 323-344.

<sup>46</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 303-318.

<sup>47</sup> TARUFFO, Michelle. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 34

<sup>48</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 303-318.

Qualquer fato ou grupo de fatos cognoscíveis, não um princípio lógico ou legal, considerado em vista de ser apresentado perante um tribunal legal para o fim de produzir uma persuasão, positiva ou negativa, por parte do tribunal, em relação à verdade de uma proposição, não de direito ou de lógica, cuja determinação foi solicitada ao tribunal.<sup>49</sup>

O próprio professor Gomes Filho equivale o termo elemento de prova à *evidence* da *common law*, utilizando uma definição de Richard May, para quem seria *evidence* “algo que tende a provar ou desaprove qualquer fato ou conclusão. Em um julgamento, significa a informação que é apresentada perante a corte para provar os fatos em questão”.<sup>50</sup>

Assim, a classificação mais relevante para o presente trabalho talvez seja a seguinte: a prova (*proof*) ocorreria quando o convencimento do julgador foi atingido acerca da ocorrência (ou não) daquele fato, por meio dos elementos de prova (*evidence*). A partir desses elementos, será possível realizar uma análise mais clara dos institutos analisados neste trabalho.

Ao fim, porém, em diversas ocasiões tanto doutrina quanto jurisprudência adotarão o termo “prova” de forma geral, devendo seu real significado ser inferido a partir do contexto utilizado.

---

<sup>49</sup> “Any knowable fact or group of facts, not a legal or a logical principle, considered with a view to its being offered before a legal tribunal for the purpose of producing persuasion, positive or negative, on the part of the tribunal, as to the truth of a proposition not of law or of logic, on which the determination of the tribunal is to be asked” (WIGMORE, John Henry. *Principles of Judicial Proof*. v. 1. Boston: Little, Brown and Company, 1913. p. 3).

<sup>50</sup> “Evidence is something which tends to prove or disprove any fact or conclusion. In a trial it means the information which is put before the court in order to prove the facts in issue” (MAY, Richard. *Criminal Evidence*. 2. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1990. p. 4).

### 3 PARÂMETROS DE SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA: OS STANDARDS DE PROVA

John Henry Wigmore, um dos maiores estudiosos da disciplina da prova dentre os sistemas de *common law*, na introdução de sua obra “*Principles of judicial proof*” lançou uma advertência a seus leitores:

Nós devemos buscar a aquisição de um entendimento dos princípios do que pode ser chamada de prova “natural”, - o processo até agora negligenciado. Se não o fizermos, a história se repetirá e nos encontraremos no mesmo dilema atual da Europa Continental. Lá, no início do século XIX o antigo e desgastado sistema numérico da “prova legal” foi abolido por decreto, e a tão chamada “prova livre” – em verdade, a ausência de um sistema – a substituiu. Por séculos, advogados e juízes haviam evidenciado e provado pelo sistema numérico artificial: eles não possuíam treinamento algum em qualquer outro, – nenhum entendimento do processo vivo do convencimento; por consequência, quando a “prova legal” foi abolida, eles não se encontravam prontos, e os julgamentos judiciais têm sido realizados por mais de um século por processos mentais não compreendidos, sem guia e portanto inseguros. Apenas em tempos recentes, e sob a influência da ciência moderna, eles começam a desenvolver uma ciência da prova.<sup>51</sup>

A crítica publicada no início do século XX é cabível à atualidade, ainda que por razões diferentes. Atualmente nos encontramos no lado oposto do espectro, quanto à prova judicial: Se à época, a ausência de parâmetros racionais acerca da análise da prova se deu pela prevalência histórica do sistema de prova legal, atualmente temos um sistema judicial onde alguns defendem a “prova livre” a extremos problemáticos, com consequências gravíssimas.

Esse alto grau de complexidade e de incerteza sempre foi uma questão relevante acerca das decisões jurisdicionais. Porém, no sistema brasileiro, onde tende a se falar de uma “livre apreciação da prova”, ou em “livre convencimento racional”, ou ainda em

---

<sup>51</sup>“We must seek to acquire a scientific understanding of the principles of what may be called “natural” proof, - the hitherto neglected process. If we do not do this, history will repeat itself and we shall find ourselves in the present plight of Continental Europe. There, in the early 1800s the ancient worn-out numerical system of “legal proof” was abolished by fiat, and the so-called “free proof” - namely, no system at all – was substituted. For centuries, lawyers and judges had evidenced and proved by the artificial numerical system: they had no training in any other, - no understanding of the living process of belief; in consequence, when “legal proof” was abolished, they were unready, and judicial trials have been carried on for a century past by uncomprehended, unguided, and therefore unsafe mental processes. Only in recent times, under the influence of modern science, are they beginning to develop a science of proof” (WIGMORE, J. H. *Principles of Judicial Proof*. Boston: Little, Brown and Company, 1913. p. 1-2).



“livre convencimento motivado”, a justificação da suficiência da prova para decidir sobre questões de fato é quase que discricionária (não utilizando aqui o conceito de discricionariedade do Direito Administrativo). Não só em primeiro grau; na revisão dos elementos de prova pelos Tribunais, encontramos ainda menor previsibilidade e fundamentação sobre questões de fato.

Essa predisposição a ignorar os parâmetros de decisão acerca de questões de fato (aquelas que realmente dependem de provas), tem efeitos adversos na segurança jurídica do sistema judicial como um todo. Não há como haver previsibilidade nas decisões se a parte não é capaz de prever, ao menos minimamente, se é ou não capaz de provar suas alegações em juízo.

E não é apenas a previsibilidade do sistema que vem a sofrer com esse vácuo do nosso sistema sobre a avaliação das provas. O processo é uma ferramenta, um meio a se atingir certos fins, incorporando valores de tanto de procedimentos quanto de resultados, e deve servir aos diversos objetivos do sistema legal.<sup>52</sup>

Tanto o sistema legal quanto os próprios mecanismos psicológicos que as pessoas utilizam para avaliar provas e tomar decisões possuem vieses (*bias*) e outras falhas estruturais, que o sistema deve considerar e buscar compensar. Além disso, nem todos os tipos de erros possuem as mesmas consequências; certos tipos de erro devem ser prevenidos por trazerem consequências negativas à sociedade.

Ou ainda, os standards de prova podem ser utilizados em conjunto com outros institutos jurídicos também com uma função de dissuasão e incentivo de certas atitudes, possuindo também uma função pedagógica e social que vai além do próprio processo.<sup>53</sup>

Para lidar com essa miríade de incertezas, os sistemas jurídicos, fadados a decidir, e decidir de certa forma (de acordo com as provas), devem possuir parâmetros para orientar os julgadores em relação a quando considerar como verdadeiros os fatos alegados pelas partes e objeto da instrução.

---

<sup>52</sup> 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. 5.

<sup>53</sup> Nesse sentido, conferir a análise de Demougin e Fluet: DEMOUGIN, Dominique; FLUET, Claude. Deterrence VS. Judicial Error. A comparative view of standards of proof. *Journal of Institutional and Theoretical Economics* (JITE), v. 161, n. 2, jun. 2005, p. 193-206.

Por essa razão os sistemas jurídicos desenvolveram parâmetros para a avaliação da suficiência das provas produzidas acerca de uma questão de fato. Estes surgem não só como mecanismo de segurança jurídica, permitindo que as decisões proferidas por juízes e tribunais sejam previsíveis e controláveis, mas possuem como função principal a de orientar.

Segundo Kevin M. Clermont, os standards de prova abrangem os vários parâmetros de convencimento requeridos de um julgador de questões de fato para decidir que um fato controvertido efetivamente ocorreu. Nesses termos, o autor explica ainda que se refere a “decisão sobre questões de fato” em um sentido amplo, incluindo qualquer questão que um tribunal ou órgão semelhante submeta à atividade probatória para estabelecer o que o sistema trata como verdade.<sup>54</sup>

A perspectiva trazida por Clermont deve ser analisada à luz de uma premissa metodológica que o próprio autor destaca em sua obra e que já foi mencionada anteriormente: a de que os standards possuem a função de atingir certos objetivos do sistema processual, e minimizar as consequências negativas dos erros judiciais. Por essa razão (e, muito provavelmente, pelo próprio pano de fundo de *common law* do autor), os papéis de justificação e racionalidade dos standards de prova são pouco destacados em sua concepção.

Já na visão de Evanilda Bustamante, standards de prova são critérios que indicam duas situações: quando se conseguiu alcançar a prova de um fato e quando se está justificado aceitar como verdadeira a hipótese que o descreve. Em suma, estabelecem graus ou critérios objetivos (em maior ou menor escala) de aceitabilidade das hipóteses em função dos quais se considera lícito afirmar que um fato tenha sido provado.<sup>55</sup>

Esses critérios (standards) possuiriam ainda duas funções distintas: Uma função heurística enquanto guias de valoração racional, já que o standard é o critério conforme o

---

<sup>54</sup> “As a first example, reconsider in more detail the kind of standard of decision called the standard of proof, measure of persuasion or degree of belief. It is the most conspicuous, expressive, and understandable example, and so I use it throughout this book as my prime example. This example comprises the various standards of sureness required of a factfinder to decide that a contested fact exists. I refer to factfinding in its broad sense, as covering anything that a court or like institution subjects to the proof process in order to establish what the system will treat as truth. The subject includes many applications of law to fact, and also odd kinds of facts such as a prediction of an event, but for simplicity I shall usually refer to the whole as ‘facts’. The various standards differ in how likely the particular fact must be” (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. 11-12).

<sup>55</sup> BUSTAMANTE, Evanilda. *A valoração racional das provas no processo judicial: uma aproximação ao tema*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=531d29a813ef9471>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

qual o juiz deverá valorar os fatos da causa; e uma função justificadora, já que é a partir dos standards de prova que se reconstrói a justificação da decisão sobre fatos.<sup>56</sup>

A função heurística dos standards de prova visa diminuir o subjetivismo nas decisões acerca de questões de fato, e introduzir parâmetros minimamente controláveis de forma racional (ou ao menos *justificáveis* politicamente) para balizar as decisões acerca de questões de fato, e é intimamente ligada à origem do instituto.

Assim, em tese, os standards devem ser utilizados como balizas para as decisões acerca de questões de fato, influenciando o seu resultado final, ainda que estes não fossem expressamente mencionados como a razão para decidir.

A função justificadora, mais conectada com o *discurso* acerca da análise das provas, busca introduzir uma coerência interna nas decisões, a partir da aplicação destes standards. Assim, o discurso utilizado para justificar uma decisão sobre questão de fato deve acomodar o standard aplicável ao caso, sob pena de anulação ou reforma da decisão.

Tratam-se de guias para a valoração racional das decisões, em uma definição que estabelece um contraponto interessante àquela trazida por Clermont, ao focar mais na justificação das decisões do que nas suas consequências. Enquanto os standards na perspectiva política trabalham utilizado como premissa os erros e suas consequências, na perspectiva racional são parâmetros de correição das decisões, com uma pronunciada função interna de fundamentação.

Na doutrina anglo-americana, a discussão acerca de um *conceito* desses standards é muito menor que sobre a consequência de sua adoção. Porém, podemos perceber que apesar da pronunciada diferença acerca dos objetivos do instituto ora discutido os conceitos acima apontados, um proveniente de um autor americano, e o segundo de uma autora brasileira, são, em sua essência, semelhantes.

A partir de seus elementos comuns, podemos definir os standards de prova como: a) critérios ou parâmetros; b) relacionados à atividade probatória e ao convencimento do julgador; c) relacionados à aceitação de uma hipótese fática como verdadeira.

A divergência entre os dois conceitos apontados centra-se nos seus objetivos: enquanto a definição de Clermont abrange uma série de possíveis objetivos do

---

<sup>56</sup> GASCÓN ABELLÁN, M. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 28, p. 127-139.

ordenamento jurídico, ele é mais abrangente e compatível do que outras formulações que focam em apenas um ou outro dos objetivos, como a minimização dos erros,<sup>57</sup> ou a promoção de dissuasão ou incentivo a certas atitudes.<sup>58</sup>

Mesmo adotando um sistema de standards de prova, sua função de controle da racionalidade das decisões sobre questões de fato é limitada; mesmo sob um mesmo standard, julgadores possuem um certo grau de independência na análise das provas que não é coibido pelo sistema (principalmente em casos limítrofes). Ainda, por envolver questões como convencimento, mesmo sob o mesmo standard o controle de tais decisões não é matéria objetiva.

Focamos então no papel *político* dos standards de prova, assim definido como a função de atingir certos objetivos definidos pela comunidade para o ordenamento jurídico. Como será discutido de forma detalhada mais adiante, ao tornar mais fácil ou mais difícil a prova de uma certa questão de fato, os standards de prova “desequilibram as balanças” de certas decisões, minimizando a probabilidade de certos resultados em casos limítrofes; como exemplo podemos verificar a aplicação do standard da “dúvida razoável” nos casos criminais.

Ao requerer um grau de convencimento mais elevado (*beyond any reasonable doubt*) para a condenação de um réu em uma ação penal, o sistema pretende como um todo diminuir os casos em que um inocente é condenado. Porém, ao fazê-lo, acaba de forma consciente aumentando os casos em que um culpado é absolvido. Trata-se de um desequilíbrio proposital, que decorre de uma escolha política.

Esses desequilíbrios servem também como uma prova de distribuição de risco entre as partes (assim como o ônus da prova o faz). A Suprema Corte americana, por exemplo, reconhece essa função, ao alegar que:

A função de qualquer standard de prova é a de instruir o julgador das questões de fato acerca do grau de confiança que nossa sociedade acredita que aquele deva ter acerca de um certo tipo de decisão. Ao informar o julgador dessa maneira, o standard de prova aloca o risco de um julgamento errôneo entre os litigantes e indica a importância relativa que a sociedade atribui à decisão final.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> BROOK, J. Inevitable errors: the preponderance of evidence standard in civil litigation. *Tulsa Law Journal*, v. 18, 1982, p. 79-109.

<sup>58</sup> DEMOUGIN, Dominique; FLUET, Claude. Deterrence VS. Judicial Error. A comparative view of standards of proof. *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)*, v. 161, n. 2, jun. 2005.

<sup>59</sup> “The function of any standard of proof is to ‘instruct the factfinder concerning the degree of confidence our society thinks he should have in the correctness of factual conclusions for a particular type of

Assim, podemos definir os standards de prova como diferentes patamares de convencimento que são exigidos de um julgador de questões de fato para que este, em seu julgamento, considere um fato como existente ou inexistente (i.e. decida sobre uma questão de fato), para coibir certos tipos de erros em julgamentos.

Os standards podem ser definidos de várias maneiras. Enquanto várias definições que serão estudadas aqui, utilizadas por tribunais e doutrinadores, focam em classes abstratas de convencimento dos julgadores, existe entre alguns autores (principalmente aqueles provenientes da *common law*, como Clermont e Sherwin apontam), uma tendência a tentar definir standards de prova de formas probabilísticas (como, por exemplo, um grau de certeza ou convencimento de 90% para a dúvida razoável, ou de 51% para a preponderância da evidência.<sup>60</sup>

Tais abordagens normalmente são criticadas em razão das dificuldades em apontar de forma exata as porcentagens correspondentes a standards de prova específicos, principalmente em bases empíricas, além do fato de que julgadores de questões de fato não conseguem utilizar tais standards de uma forma precisa.<sup>61</sup>

Em contraposição a tais críticas, há a argumentação de que ainda que tais números ou porcentagens não tenham um nível de exatidão matemático, estes funcionam como uma representação de graus mais abstratos de probabilidade que as pessoas utilizam de forma

---

*adjudication*'. In *re Winship*, 397 U. S. 358, 397 U. S. 370 (1970) (Harlan, J., concurring). By informing the factfinder in this manner, the standard of proof allocates the risk of erroneous judgment between the litigants and indicates the relative importance society attaches to the ultimate decision. See *Addington v. Texas*, 441 U. S. 418, 441 U. S. 423-425 (1979)". ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Colorado v. New Mexico* 467 U.S. 310 (1984).

<sup>60</sup> SCHWEIZER, Mark. Loss aversion, omission bias, and the civil standard of proof. In: MATHIS, Klaus (ed.). *European perspectives on behavioural law and economics*. Cham: Springer, 2015. p. 126.

<sup>61</sup> TARUFFO, Michele. Rethinking the standards of proof. *American Journal of Comparative Law*, v. 51, 2003, p. 113. KAYE, David H. Do we need a calculus of weight to understand proof beyond reasonable doubt?, *66 B.U.L. Rev.* 657 (1986), p. 657-672.

intuitiva.<sup>62</sup> E também apontam que, apesar de tudo, as pessoas em geral analisam probabilidades de maneira consistente.<sup>63</sup>

De qualquer modo a representação numérica ou estatística de probabilidades, convencimento, ou standards de prova não é necessária. A descrição dos standards de prova como graus diferentes de convencimento ou convicção é suficiente (e, talvez, mais apropriada) para os fins das discussões em nosso sistema.<sup>64</sup>

Todas essas características advêm da origem peculiar dos standards, que possuem raízes religiosas, políticas, e sociológicas que moldaram o instituto ao longo dos anos até o seu estado atual.

### 3.1 Evolução histórica

Historicamente, o direito se comportou de maneiras absolutamente distintas dependendo do momento e do pano de fundo cultural, ao tratar da questão da suficiência probatória.

Por exemplo, algumas fontes apontam a exigência no direito Romano antigo de duas testemunhas oculares ou uma confissão, para a condenação de um criminoso (o que é contestado por outros).<sup>65</sup> Mas, considerando que à época os meios de prova eram muito mais limitados, e não havia se desenvolvido a teoria do processo no que toca aos meios de prova como hoje, o que se buscava era restringir a atuação do juiz em casos em que houvessem provas aquém do considerado “suficiente”, mesmo que houvesse uma perda da racionalidade das decisões.

Durante a Idade Média na Europa, como bem salientaram Maitland e Pollock,<sup>66</sup> apesar de haver pouco espaço para normas referentes a direito probatório, houve a

---

<sup>62</sup> Uma forma de *substituição de atributos*, em que inconscientemente, em vez de avaliar um elemento complexo, há a substituição da análise para um atributo heurístico, por meio dos sistemas inconscientes. Nesse sentido, KAHNEMAN, Daniel; FREDERICK, Shane. Representativeness revisited: Attribute substitution in intuitive judgment. In: KAHNEMAN, Daniel; GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale W. (Eds.). *Heuristics and biases*. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 49-81.

<sup>63</sup> 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. 114.

<sup>64</sup> SCHWEIZER, Mark. Loss aversion, omission bias, and the civil standard of proof. In: *European perspectives on behavioural law and economics*. Cham: Springer, 2015. p. 128.

<sup>65</sup> DAMASKA, Mirjan R. Rational and Irrational Proof Revisited. *Faculty Scholarship Series*. Paper 1577. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1577](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1577)>. Acesso em: 12 jul. 2017.

<sup>66</sup> MAITLAND, Frederic W.; POLLOCK, Frederick. *The History of English Law Before the Time of Edward I*. Cambridge University Press: Cambridge, 1898. v. 2, p. 628.

influência ainda do direito romano nos julgamentos que eram realizados, o que também é afirmado por Langbein.<sup>67</sup>

Os julgamentos medievais nos séculos XII e XIII, onde os dois meios principais de prova eram as ordálias e os juramentos (ambos com uma proeminência do apelo ao sobrenatural),<sup>68</sup> eram extremamente singulares quanto à questão probatória. As provas não tinham o condão de convencimento, ou justificação racional das decisões. Muitas vezes, a função do julgamento após a apresentação das alegações pelas partes dizia respeito à própria produção da prova.

De acordo com Maitland e Pollock, antes de se adentrar na questão probatória, a primeira análise era feita a partir da gravidade da acusação, e das formalidades no procedimento de alegação (acusação). Em diversos casos, o julgamento era decidido independente da produção de provas. Um réu poderia refutar todas as acusações apenas alegando vícios nas *fórmulas* utilizadas pelo acusador (como ocorria no direito romano), ou mesmo exceções pessoais contra este.

A produção da “prova” só seria determinada se uma acusação que não pudesse ser excepcionada fosse formulada, com a contraposição de uma defesa também sem exceção formal. O primeiro julgamento da corte, não seria no caso, pela condenação, mas a determinação de que uma parte produza uma “prova”, sob pena de insucesso. Essas “provas” abrangiam desde ordálias, combates, ou juramentos (da parte e de testemunhas).

As ordálias como de praxe não tinham relação direta com os fatos da causa, mas apenas com a acusação em si (a *proposição de fato*). Assim, normalmente o grau de dificuldade da ordália refletia a severidade da acusação em si. Enquanto algumas pareciam totalmente inescapáveis, sendo impossível a comprovação de inocência (e.g. não se queimar em uma chama), outras pareciam permitir um grau maior de sucesso à parte que a suportava.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> LANGBEIN, John H. The Historical Foundations of the Law of Evidence: A view from the Ryder Sources. *Faculty Scholarship Series*. Paper 551, 1996. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/551](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/551)>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>68</sup> DAMASKA, Mirjan R. Rational and Irrational Proof Revisited. *Faculty Scholarship Series*. Paper 1577. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1577](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1577)>. Acesso em: 12 jul. 2017.

<sup>69</sup> Maitland e Pollock argumentam que, por essa razão, as ordálias acabaram sob suspeita na Inglaterra medieval. Segundo os autores, o rei Henrique II dizia que, quando um acusado surgia limpo da água, ele não era menos propenso a negar o reino, se sua reputação entre os pares era das piores. Também William II,

Então, a “atividade probatória” medieval tinha um caráter distinto do atual. Aquela não era um modo de influenciar o julgador a tomar sua decisão, ou demonstrar a existência do suporte fático da norma a ser aplicada. Era uma forma de se evitar ou garantir a condenação, baseada em costumes ou crenças vigentes à época. Ela não era avaliada, comparada com contraprovas, ou usada como base para fundamentar quaisquer decisões.

Posteriormente, com a proibição das ordálias pela igreja no Quarto Concílio de Latão<sup>70</sup>, além da diminuição da influência do misticismo e da religião em questões de estado (inclusive com a proibição pela igreja da participação do clero em julgamentos por ordálias), houve a necessidade de fundamentar as decisões em elementos concretos, inserindo-se no direito a ideia da prova como fundamento racional para uma decisão, em vez desta ser em si própria o decreto de condenação ou inocência.

Assim, os sistemas jurídicos no fim da era medieval até a ascensão do iluminismo buscaram racionalizar sua forma de atuação probatória, prestigiando meios de prova (dentre os limites da época) que poderiam ter uma relação mais direta e racional com os fatos discutidos no processo.

Interessante notar que, neste momento, questões políticas e sociais levaram a uma ruptura entre os sistemas que viriam a ser chamados posteriormente de *civil law* e de *common law*, o que se deu primariamente a partir da adoção da ideia de *probabilidade*. A ideia de probabilidade em relação à cognição processual nos países de *civil law* surgiu em meados do século XVIII, mas não ganhou demasiado espaço em sistemas de prova legal. Esse último perdeu espaço com a Revolução Francesa, sendo abolida em favor do sistema da prova livre, ou *la liberte de la preuve*.

A ideia de liberdade da prova surgiu em um contexto que também refutava a concepção probabilística da atividade probatória, e se voltava a em tese aos juízes e tribunais de primeiro grau, que a partir do contato direto com as partes e as provas poderia desenvolver sua *intime conviction* (a ideia de *imediação*).

---

segundo os autores, era crítico do uso das ordálias naquele reino. Conferir: MAITLAND, Frederic W.; POLLOCK, Frederick. *The History of English Law Before the Time of Edward I*. Cambridge University Press: Cambridge, 1898. v. 2, p. 628.

<sup>70</sup> HERBERMANN, Charles G. *et al.* (Eds.). *The Catholic Encyclopedia*. New York: Robert Appleton Company, 1911. v. XI, p. 278.



Além disso, estes julgadores não estariam obrigados a manifestar as razões que lhe levaram a formar sua íntima convicção, porque esta, ao constituir somente um estado de consciência, escapa ao controle de cassação.<sup>71</sup>

Segundo Lorraine Daston, o impulso francês de revogar o sistema anterior de prova tarifada (que veio posteriormente estabelecer o sistema da “liberdade da prova”) acabou por refutar integralmente todas as abordagens que buscavam racionalizar (á época, de forma *matemática*), a análise da prova.<sup>72</sup>

A influência política e social das ideias revolucionárias atingiu a maioria dos outros países europeus, influenciando principalmente os seus intelectuais (dentre os quais estariam aqueles que viriam a construir os institutos jurídicos), o que explica a unidade dentro da maioria destes países da ideia do *livre convencimento*.

Já nos países de *common law*, também não há desde a origem a ideia de standards de prova de uma maneira sistematizada (apesar de suas raízes serem muito mais antigas, como veremos adiante). Segundo Clermont, os primeiros movimentos foram, nos termos de Bacon, na direção do entendimento e consciência dos jurados, com alto grau de subjetivismo.<sup>73</sup>

Só a partir do século XVIII, com a mesma chegada da teoria da probabilidade que foi amplamente ignorada pelo *civil law*, que as cortes inglesas deram os primeiros passos para a construção de standards de prova. No fim desse mesmo século, juízes começaram a instruir os júris em termos de graus de certeza baseados nas ideias de John Locke, como segurança total, confiança, e vizinhança da certeza.<sup>74</sup>

---

<sup>71</sup> GONZÁLEZ LAGIER, D. Argumentación y prueba judicial. In: FERRER BELTRÁN *et al.* *Estudios sobre la prueba*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 111.

<sup>72</sup> “Although Voltaire’s criticisms and the Revolutionary reforms were aimed at the system [de prova legal], the mathematical applications to jurisprudence may have been tainted by association” (DASTON, Lorraine. *Classical Probability in the Enlightenment*. Princeton: Princeton University Press, 1988. p. 354).

<sup>73</sup> 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.

<sup>74</sup> “Nosso conhecimento, como tem sido mostrado, sendo muito limitado, nós não somos suficientemente felizes para encontrar certa verdade em tudo que por ocasião para considerar; a maioria das proposições pelas quais pensamos, raciocinamos, discursamos são tais que não podemos ter conhecimentos indubitável de sua verdade; apesar disso, algumas delas estão tão próximas da certeza que não formamos em absoluto nenhuma dúvida sobre elas, mas assentimos a elas tão firmemente, e agimos, segundo esse assentimento, tão resolutamente como se elas fossem infalivelmente demonstradas, e nosso conhecimento delas perfeito e evidente. Mas há graus nisto, desde a bem próxima vizinhança da certeza e demonstração, bem abaixo da improbabilidade e desigualdade, até os limites da impossibilidade, e também graus de assentimento, desde a

A partir daí o primeiro standard de prova a surgir foi o mais conhecido de todos, “*beyond a/any reasonable doubt*”. A partir desse standard criado para os casos criminais, posteriormente foram surgindo aqueles que são atualmente adotados nos casos cíveis, em um processo de consolidação que até hoje não se encerrou.

### 3.2 Da livre apreciação da prova e da prova legal

Um ponto que aparenta à primeira vista tornar incompatíveis o direito brasileiro (e o de outros sistemas de *civil law*) e o sistema de standards de prova é a garantia da liberdade judicial na análise da prova, ou *livre apreciação da prova*. Porém, trata-se de contradição apenas aparente.

A livre apreciação da prova não é incompatível com um sistema de standards de prova. Em verdade, para que se possa adotar standards de prova, é necessário que se verifique a convicção do juiz sobre a prova produzida nos autos em relação ao standard aplicável. E é essa convicção do juiz (ainda que não sem seus limites) que a ideia da livre apreciação da prova buscou garantir em seu surgimento.

A presença do princípio da livre apreciação da prova não representa nem a presença nem a ausência de um standard de prova (que, como verificado acima, é um teste aplicado com base na convicção formada pelo juiz), mas apenas garante ao juiz um grau superior de liberdade na análise dos elementos de prova para formar sua convicção.

Segundo Taruffo, o princípio da *intime conviction* e outros semelhantes relativos à livre apreciação da prova, tanto em uma perspectiva histórica quanto em seu papel atual nos ordenamentos jurídicos, possuem um sentido *negativo*, de exclusão dos princípios de prova legal.<sup>75</sup> Prossegue o autor alegando que os princípios relativos à livre apreciação não prescrevem nenhum standard de prova, porém, excluem a aplicação de standards de prova *legais*.

Esse “espaço vazio” criado pelos princípios de livre apreciação da prova seria então “preenchido” pela prática das cortes e pelos critérios da doutrina. Em obra distinta, aponta

---

segurança total e confiança, até o bem abaixo para a conjectura, dúvida e desconfiança” (LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 218).

<sup>75</sup> TARUFFO, Michele. Rethinking the standards of proof. *American Journal of Comparative Law*, v. 51, 2003, p. 666.

que a existência desse “vazio” pode ser positiva, já que se preenche de forma adequada ao contexto cultural e social específico, correspondente à ética e ao sentido de racionalidade do ambiente no qual se desenrola o processo.<sup>76</sup> Assim, o autor parece reconhecer a possibilidade da adoção de standards de prova (chegando a citar o *Beweismass* alemão), mas repudia sua fixação legal.

Assim, a contradição entre livre apreciação da prova e os standards de prova seria apenas aparente, porque a livre apreciação surgiu como um contraposto aos sistemas de prova legal, que não se identifica com os standards de prova. Em outras palavras, os princípios de livre convencimento têm como objetivo principal garantir a liberdade do juiz *na formação de seu convencimento*, evitando que sejam hierarquizados os meios de prova entre si ou que seja regulada a forma que o juiz analisa os elementos de prova e forma seu convencimento.

Porém, a base dos sistemas de standards de prova é o fato de que, não se tratando o convencimento de uma posição monolítica, mas um estado psíquico que atinge diferentes patamares,<sup>77</sup> a lei pode exigir do julgador diferentes patamares de convencimento para afirmar fatos como verdadeiros em juízo.

Essa relação da ideia da livre apreciação da prova e do sistema de prova legal pode ser bem examinado a partir de uma análise história do instituto. Como bem constatou Gerhard Walter, a evolução da liberdade judicial na apreciação da prova em uma representação gráfica tomaria a forma de uma curva sinusóide.<sup>78</sup>

Originalmente, no direito medieval, os julgamentos se baseavam em juízos divinos, que dispensavam qualquer tipo de análise racional, como juramentos ou ordálias, que não apresentam a um observador atual nenhum tipo de fundamento racional ou mesmo de justificação. Pode até se questionar sua capacidade de caracterização como *meio de prova* em uma análise a partir da perspectiva moderna. Porém, tratavam-se eminentemente de meios de *prova legal*.

---

<sup>76</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2003. p. 397.

<sup>77</sup> Nesse sentido, 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, argumentando que sua ideia de “convicção de verdade” não pode ser explicada apenas por diferentes graus de convicção, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>78</sup> WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis, 1985. p. 94.

Cumprido o juramento ou a ordália, o ordenamento (ainda que não fosse uma lei escrita) prescrevia o reconhecimento de um fato como verdadeiro ou falso, apenas a partir do seu resultado, sem que houvesse qualquer tipo de fundamento lógico-dedutivo ou inferencial.

Damaska argumenta que em uma análise mais cuidadosa, tais procedimentos poderiam não ser tão irracionais como aparentam à primeira vista, em razão de características socioculturais da época (como a importância da crença em divindades) como pelo fato de que os julgadores não eram limitados ao processo para conhecer das questões de fato.<sup>79</sup>

A partir de um certo ponto no direito Romano após o século XII iniciou-se uma tendência a depositar mais confiança na análise racional do juiz, e de conceder-lhe uma liberdade maior de analisar os elementos de prova à sua disposição (o que, apesar de aumentar as possibilidades de decisão do julgador, pode não ter contribuído necessariamente para a racionalidade das decisões).<sup>80</sup>

Porém em razão da desconfiança que surgiu em relação à “racionalidade” dos juízes, que não poderia vir a, em tese, suplantar a “racionalidade” da lei, houve uma nova ressurgência das provas legais que viria a durar até o século XVIII.<sup>81</sup> Como bem constatou Ovídio Baptista da Silva, “a inclinação do legislador por um ou outro sistema está mais ou menos vinculada à maior ou menor confiança que a sociedade tenha em seus juízes, assim como na credibilidade da instituição do poder judiciário”.<sup>82</sup>

Até o fim do século XVIII na em diversos países que sofreram a influência do direito romano, como a Alemanha, a existência de provas legais no processo civil era considerada tão natural que não havia necessidade justificar sua existência.<sup>83</sup>

Porém, novamente as distorções causadas pela limitação dos meios de prova levaram à adoção de um novo conceito de livre apreciação da prova, que perdura até os dias atuais, ainda que à época o conceito não possuísse a amplitude e a finalidade que se lhe atribuem hoje.

---

<sup>79</sup> DAMASKA, Mirjan R. *Evidence law adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997.

<sup>80</sup> Nesse sentido, cf. DAMASKA, Mirjan R. Rational and Irrational Proof Revisited. *Faculty Scholarship Series*. Paper 1577. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1577](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1577)>. Acesso em: 3 maio 2017.

<sup>81</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madri: Trotta, 2003; WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis, 1985. p. 94.

<sup>82</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 306.

<sup>83</sup> WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis, 1985. p. 89.

Analisando os primeiros institutos trazidos para contrapor a prova legal, percebemos que estes se focavam na liberdade de o juiz analisar elementos de prova e extrair suas conclusões. Por exemplo, temos a doutrina da prova “completa” e “incompleta” trazida por Reinhardt:

A fim de por fim por um lado a um ceticismo exagerado e por outro à pura arbitrariedade do juiz as leis têm fixado, enquanto possível, a linha que há de separar a convicção do juiz de sua não convicção. Foram determinados os casos nos quais o juiz tem que pronunciar aquilo que é seu convencimento em seu caráter de juiz (porque não interessa aqui a convicção ou o convencimento do juiz enquanto particular). Onde ocorrer que o juiz deva decidir, por virtude da lei, que está convencido, teremos um caso de prova não plena e incompleta;

Chamamos de prova plena e completa somente aquele resultado da produção da prova que é em si idôneo para criar no juiz, em seu caráter de tal, uma convicção. E chamamos de prova menos plena ou incompleta aquela que não é apta, por si, para fundamentar a convicção judicial.<sup>84</sup>

A prova completa só poderia ser obtida dentro das formalidades do sistema de prova legal. Porém, na decisão com base nas provas “incompletas”, o juiz deveria impor a uma das partes o juramento (que, mais do que uma mera declaração, consistia em um verdadeiro ritual que a parte devia cumprir para obter uma decisão favorável).

Ao impor o juramento ao autor ou ao réu, o juiz o fazia com base em sua convicção pessoal, sem haver atribuição de um peso maior ou menor a determinadas provas por força de lei. Assim, começava a surgir um espaço para que o convencimento do juiz fosse utilizado como fundamento para as decisões judiciais, ainda que de forma limitada.

Posteriormente, viriam a ser rechaçadas as limitações ao uso de presunções pelos juízes como meios de prova completos, o que viria a se estender a diversos outros tipos de provas; as exceções ao sistema de prova legal iriam se multiplicando. Na última parte do século XIV surgiriam na Alemanha disposições doutrinárias<sup>85</sup> e legais<sup>86</sup> determinando a

---

<sup>84</sup> REINHARDT, Carl Friedrich *apud* WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis, 1985. p. 88.

<sup>85</sup> Walter cita que três congressos de juristas alemães consecutivos trataram do tema da livre apreciação da prova, para ao final concluir por maioria apoiar o princípio da livre apreciação da prova pelo juiz. Cf. WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis, 1985. p. 95.

livre apreciação da prova pelo juiz, mas, novamente, sem se ocupar acerca do seu grau de convencimento para tomar certos tipos de decisões.

Segundo Taruffo, essa transição parcial dos sistemas de prova legal para os sistemas de livre apreciação da prova se deu de forma muito menos brusca do que se pode pensar, com a manutenção nos códigos de diversas disposições que poderiam ser consideradas como de “prova legal” e que persistem até hoje.<sup>87</sup>

Ao fim, a livre apreciação ou “livre convicção” veio a se tornar o que Taruffo chama de uma “cláusula de estilo” em todas as legislações processuais, além de ser considerada comumente como um princípio “fundamental” ou “geral”.<sup>88</sup>

Porém, mesmo em países que adotaram tais cláusulas, não fica excluída a existência de standards de prova. Isso se verifica a partir da constatação de Walter de que, mesmo com a adoção do princípio da livre apreciação da prova o §286 do *Zivilprozessordnung*, o problema do *módulo de prova* nunca havia antes sido propriamente estudado, mas não era excluído.<sup>89</sup>

Dessa maneira, verificamos que a transição da *prova legal* para a *livre apreciação da prova* em nada se incompatibiliza com a existência ou adoção de standards de prova em um certo sistema jurídico; enquanto a livre apreciação atua na formação do convencimento do juiz, a aplicação dos standards depende deste convencimento. Sem que os juízes possam formar sua convicção, é impossível sua verificação em relação a qualquer standard.

### 3.3 Standards de prova: A experiência americana

<sup>86</sup> Walter cita o Projeto de Código Processual Prussiano de 1864, o projeto geral para os estados federados alemão de 1866, o projeto do norte da Alemanha de 1870 e o projeto de código de processo civil alemão de 1971, todos contendo disposições semelhantes acerca da livre apreciação da prova pelos juízes. WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis, 1985. p. 96.

<sup>87</sup> “Es verdad, pues, que el paso del sistema de la prueba legal al de la libre convicción del juez es mucho menos brusco de cuanto se cree habitualmente<sup>197</sup>. Esto vale, en particular, en el ámbito del proceso civil: en efecto, mientras que en el proceso penal este paso marca la desaparición casi completa de las pruebas legales y la correspondiente afirmación casi completa del principio de la libre convicción<sup>198</sup>, en el proceso civil partes importantes del sistema de la prueba legal permanecen en las codificaciones del siglo XIX y de éstas pasan a las codificaciones actuales. Por otra parte, la estructura marcadamente dispositiva del proceso civil de la época liberal evita las versiones inquisitivas y autoritarias que se tienen de la libre convicción del juez en el ámbito del proceso pena” (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madri: Trotta, 2003. p. 398).

<sup>88</sup> “La afirmación del principio de la libre convicción se ha convertido ya en una cláusula de estilo en todas las legislaciones procesales y, es más, ese principio se considera comúnmente como «fundamental» o «general»” (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madri: Trotta, 2003. p. 400).

<sup>89</sup> WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis, 1985. p. 179.

No direito americano encontramos enumerações e descrições distintas de standards de prova a depender da fonte consultada. Os exemplos mais difundidos de standards de prova no direito americano são o standard criminal da prova além da dúvida razoável (*proof beyond a/any reasonable doubt*), da prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*), e da preponderância da evidência (*preponderance of evidence*).<sup>90</sup>

Na experiência americana, há um standard aplicável para cada fato a ser verificado em um processo. Existem diversas discussões, artigos e precedentes acerca do standard específico a ser aplicado em cada caso, mas a existência desses standards é amplamente reconhecida. A própria legislação americana reconhece a existência de alguns destes, enquanto outros surgiram de criações doutrinárias e jurisprudenciais.

Porém, é correto afirmar que apesar de não haver um rol taxativo previsto em lei, a doutrina e jurisprudência americana (e, em menor grau, a inglesa) de uma forma geral aceitam as três categorias acima descritas. Em casos cíveis, o standard geral aplicável é o da preponderância da evidência, enquanto apenas em situações especiais previstas em lei ou construídas jurisprudencialmente são aplicáveis os demais.

Essa é uma característica interessante da classificação americana para os casos cíveis: ela adota como parâmetro geral um standard mais baixo (preponderância da evidência), e possui um segundo standard cível mais elevado (prova clara e convincente) para questões mais importantes. O standard criminal da dúvida razoável é utilizado em casos cíveis apenas para questões excepcionais envolvendo vida e liberdade (como, por exemplo, para questões envolvendo interdição de pessoas com deficiência grave).

Já uma análise dos sistemas de *civil law* parece apontar para uma configuração distinta (ao menos *prima facie*): enquanto haveria um standard comum mais elevado, que exigiria uma convicção superior a uma mera probabilidade prevalente, utilizar-se-ia a preponderância para casos especiais (como um standard inferior ao comum).

---

<sup>90</sup> CLERMONT, Kevin M. Standards of proof revisited. *Vermont Law Review*, v. 33, 2009; SCHWEIZER, Mark. The civil standard of proof – what is it, actually? *The international journal of evidence and proof*, v. 20, n. 3, 2016, p. 2.

### 3.3.1 Prova além da dúvida razoável

Dos standards acima listados, o mais conhecido é provavelmente o standard de dúvida razoável, utilizado nos casos criminais. Segundo a Suprema Corte dos Estados Unidos, “onde uma das partes tem em jogo um interesse de valor transcendental – como a liberdade de um réu em ação penal – a margem de erro quanto a este é reduzida pelo processo de impor à outra parte o ônus (...) de convencer o julgador ao fim de sua culpa além da dúvida razoável”.<sup>91</sup>

No direito americano, são utilizados tanto os termos “além de uma dúvida razoável” (*beyond a reasonable doubt*) quanto “além de qualquer dúvida razoável” (*beyond any reasonable doubt*) com o mesmo significado. No presente trabalho, utilizaremos ambos os termos de acordo com a referência original.

Esse standard é utilizado de modo a aumentar a exigência de convencimento (e, espera-se, de prova) para a condenação de um réu em casos criminais, sendo primariamente utilizado por júris por essa razão. Apesar de não haver sido criado com previsão legal expressa, este teve seu caráter constitucional reconhecido como uma consequência da aplicação da cláusula do *due process*.<sup>92</sup>

Por esse peso constitucional, em diversos casos a Suprema Corte Americana (historicamente reservada em suas decisões) reverteu julgamentos das cortes inferiores em razão da aplicação errônea ou não aplicação do standard da prova além de qualquer dúvida razoável.

Um problema encontrado na aplicação dos standards é que a definição de “além de qualquer dúvida razoável” é certamente vaga, não sendo pacífica na doutrina e na jurisprudência americana. Por essa razão, sua utilização em julgamento normalmente vem acompanhada de instruções que são apresentadas pelos juízes em diversos momentos durante os procedimentos. Enquanto alguns trazem definições para o standard de prova utilizado, outras são silentes quanto à matéria.

---

<sup>91</sup> “There is always in litigation a margin of error, representing error in factfinding, which both parties must take into account. Where one party has at stake an interest of transcending value—as a criminal defendant his liberty—this margin of error is reduced as to him by the process of placing on the other party the burden of producing a sufficiency of proof in the first instance, and of persuading the factfinder at the conclusion of the trial of his guilt beyond a reasonable doubt” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Speiser v. Randall*, 357 U.S. 513, 525-526 (1958)).

<sup>92</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. In *Re Winship*, 397 U.S. 358 (1970); ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Leland v. Oregon*, 343 U.S. 790 (1952).



A título de exemplo daquelas que não trazem uma definição, o modelo de instruções utilizadas pelo primeiro circuito em casos criminais, apesar de não apresentar uma descrição mais detalhada de dúvida razoável, recomenda que os juízes instrua os júris à sua aplicação relacionada à presunção de inocência. Segundo tal modelo:

É um princípio cardinal de nosso sistema de justiça que cada pessoa acusada de um crime é presumida inocente a não ser e até que sua culpa seja estabelecida além de uma dúvida razoável. A presunção não é uma mera formalidade. É uma questão da mais importante substância.

A presunção de inocência por si só pode ser suficiente para levantar uma dúvida razoável e requerer a absolvição de um réu. O réu perante você, [nome do réu], tem o benefício dessa presunção através do julgamento, e você não deve condená-lo(a) de uma certa acusação a não ser que esteja convencido de sua culpa quanto àquela acusação além de uma dúvida razoável.

A presunção de inocência até que seja provado culpado significa que o ônus da prova é sempre do governo para satisfazê-lo de que [nome do réu] é culpado do crime de que ele(a) é acusado além de uma dúvida razoável. É um ônus pesado, mas a lei não prevê que o governo prove a culpa além de toda a dúvida possível; prova além de uma dúvida razoável é suficiente para condenar. Esse ônus nunca se transfere para [nome do réu]. É sempre ônus do governo provar cada um dos elementos do(s) crime(s) alegados além de uma dúvida razoável pelos elementos de prova e as inferências razoáveis extraídas desses elementos de prova. [Nome do réu] tem direito de contar com a falha ou inabilidade do governo de estabelecer além de uma dúvida razoável de qualquer elemento essencial de um crime do qual é acusado(a).<sup>93,94</sup>

---

<sup>93</sup> Na tradução do texto, “*evidence*” foi traduzido como “elemento de prova”, para sua diferenciação quanto ao termo “*proof*”, que possui significado notadamente diferente principalmente no direito americano.

<sup>94</sup> “*It is a cardinal principle of our system of justice that every person accused of a crime is presumed to be innocent unless and until his or her guilt is established beyond a reasonable doubt. The presumption is not a mere formality. It is a matter of the most important substance. The presumption of innocence alone may be sufficient to raise a reasonable doubt and to require the acquittal of a defendant. The defendant before you, [\_\_\_\_\_], has the benefit of that presumption throughout the trial, and you are not to convict [him/her] of a particular charge unless you are persuaded of [his/her] guilt of that charge beyond a reasonable doubt. The presumption of innocence until proven guilty means that the burden of proof is always on the government to satisfy you that [defendant] is guilty of the crime with which [he/she] is charged beyond a reasonable doubt. It is a heavy burden, but the law does not require that the government prove guilt beyond all possible doubt; proof beyond a reasonable doubt is sufficient to convict. This burden never shifts to [defendant]. It is always the government’s burden to prove each of the elements of the crime[s] charged beyond a reasonable doubt by the evidence and the reasonable inferences to be drawn from that evidence. [Defendant] has the right to rely upon the failure or inability of the government to establish beyond a reasonable doubt any essential element of a crime charged against [him/her]*” (ESTADOS UNIDOS DA

Essa instrução, apesar de não elaborar de forma mais detalhada um conceito de “dúvida razoável” ou da prova que possa superá-la. Isso se dá de forma intencional, já que existem precedentes que aconselham as cortes a não especificar demasiadamente o conceito de dúvida razoável, sob pena de resultar em maiores confusões acerca da aplicabilidade do termo.<sup>95</sup>

Em seus comentários às instruções modelo, o primeiro circuito sustenta que não só tal prática é legal, mas que a Suprema Corte avalizou a constitucionalidade da ausência de esclarecimentos quanto ao conceito de dúvida razoável,<sup>96</sup> constando ainda das instruções que é possível ao juiz recusar esses esclarecimentos mesmo se solicitados pelo júri. Ainda assim, tais instruções trazem elementos que demonstram ser necessário um alto grau de persuasão para a condenação de um réu sobre questões criminais.

Primeiramente, a referência à presunção de inocência como sendo da “mais importante substância”. Ainda, especifica que a presunção de inocência por si só, sem nenhum outro elemento de prova a seu favor, pode ser suficiente para inocentar um réu. Por último, especifica que o ônus da prova da acusação de estabelecer a culpa além de uma dúvida razoável é um “ônus pesado” (*heavy burden*), reforçando mais uma vez sua gravidade.

Porém, nos comentários há recomendações para aqueles juízes que decidirem tentar esclarecer o conselho de “dúvida razoável”. A recomendação trazida pelo *Federal Judicial Center*”, e citada em *Victor v. Nebraska*, recomenda ao júri que

Se, baseado em sua consideração dos elementos de prova, você está firmemente convencido que o réu é culpado do crime do qual é acusado, você deve declará-lo culpado. Se, por outro lado, você acha que há uma possibilidade real de que ele não é culpado, você deve concedê-lo o benefício da dúvida e declará-lo inocente.<sup>97</sup>

---

AMÉRICA. District court of Maine. 2017 revisions to pattern criminal jury instructions for the district courts of the first circuit. Disponível em: <<http://www.med.uscourts.gov/pdf/crpfjlinks.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2017).

<sup>95</sup> Nesse sentido, ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Primeiro Circuito. *United States v. Van Anh*, 523 F.3d 43, 58-59 (1st Cir. 2008).

<sup>96</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Victor v. Nebraska*, 511 U.S. 1, 5-6 (1994).

<sup>97</sup> “*Proof beyond a reasonable doubt is proof that leaves you firmly convinced of the defendant's guilt. There are very few things in this world that we know with absolute certainty, and in criminal cases the law does not require proof that overcomes every possible doubt. If, based on your consideration of the evidence, you are firmly convinced that the defendant is guilty of the crime charged, you must find him guilty. If on the other hand, you think there is a real possibility that he is not guilty, you must give him the benefit of the doubt and*

Outros modelos de instrução utilizados em tribunais estaduais trazem uma definição positiva (assim considerada uma definição que busca descrever o nível de convencimento necessário para a condenação), negativa (aquelas que buscam descrever quais dúvidas seriam “razoáveis” e, por conseguinte, autorizariam a absolvição), ou um misto de ambas. Um exemplo que utiliza uma definição negativa do standard de prova além da dúvida razoável é o modelo de instruções ao júri utilizado pelas cortes do estado de Nova York em casos criminais. Esse modelo aborda o standard da dúvida razoável da seguinte forma:

O que nosso direito quer dizer quando requer prova da culpa “além de uma dúvida razoável”?

O direito uso o termo “prova além de uma dúvida razoável” para lhe dizer o quão convincente os elementos de prova de culpa devem ser para permitir um veredito de culpado. O direito reconhece que, se tratando de assuntos humanos, há muito pouco nesse mundo que se sabe com certeza absoluta. Então, o direito não requer que o Povo [no sentido do acusador em ações penais públicas] prove a culpa do acusado além de toda a dúvida possível. Por outro lado, não é suficiente provar que o acusado é provavelmente culpado. Em um caso criminal, a prova da culpa deve ser mais forte que isso. Deve ser além de uma dúvida razoável.

Uma dúvida razoável é uma dúvida honesta acerca da culpa do acusado que existe baseada na natureza e qualidade dos elementos de prova. É uma dúvida real, não uma dúvida imaginária. É uma dúvida que uma pessoa razoável, agindo em um assunto dessa importância, iria provavelmente acolher em razão dos elementos de prova que foram apresentados ou por causa da falta de elementos de prova convincentes.

Prova da culpa além de uma dúvida razoável é prova que lhe deixa tão convencido da culpa de um acusado que você não tem nenhuma dúvida razoável acerca da existência de qualquer elemento do crime ou da identidade do acusado como a pessoa que cometeu o crime.<sup>98</sup>

---

*find him not guilty*” [ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Victor v. Nebraska*, 511 U.S. 1, 5-6 (1994). (Voto da Min. Ruth Bader Ginsburg)].

<sup>98</sup> “*What does our law mean when it requires proof of guilt ‘beyond a reasonable doubt’? The law uses the term, ‘proof beyond a reasonable doubt,’ to tell you how convincing the evidence of guilt must be to permit a*

A definição do standard de prova aqui se dá a partir do conceito da “dúvida razoável” que deve ser ultrapassada para que possa se obter uma condenação criminal. Em vez de definir o standard a partir do grau de certeza ou convencimento que deve ser atingido, o tribunal opta por definir a dúvida que impossibilita que seja atingido um veredito de culpado.

Essa definição explicada a partir do que uma “pessoa razoável” (um tipo de ficção legal com vários paralelos nos sistemas de *common law*<sup>99</sup>) faria no caso traz semelhanças com o modelo de controle por terceiros descrito por Walter, além de ser um parâmetro também utilizado em outras áreas do direito americano (como em relação a alguns tipos de ilícitos civis e em contratos, por exemplo).

Um ponto interessante de se notar é que enquanto o modelo federal citado anteriormente trata o standard a partir do convencimento do jurado (falando em persuasão, satisfação e convencimento), o início das instruções de Nova York trata do standard a partir do quão convincentes são os elementos de prova produzidos.

Assim, quando diz que o standard significa “o quão convincentes os elementos de prova de culpa devem ser” e que “dúvida razoável é uma dúvida honesta acerca da culpa do acusado que existe baseada na natureza e qualidade dos elementos de prova”, essa segunda instrução parece se focar mais nos elementos de prova do que no estado psicológico dos jurados.

---

*verdict of guilty. The law recognizes that, in dealing with human affairs, there are very few things in this world that we know with absolute certainty. Therefore, the law does not require the People to prove a defendant guilty beyond all possible doubt. On the other hand, it is not sufficient to prove that the defendant is probably guilty. In a criminal case, the proof of guilt must be stronger than that. It must be beyond a reasonable doubt. A reasonable doubt is an honest doubt of the defendant's guilt for which a reason exists based upon the nature and quality of the evidence. It is an actual doubt, not an imaginary doubt. It is a doubt that a reasonable person, acting in a matter of this importance, would be likely to entertain because of the evidence that was presented or because of the lack of convincing evidence. Proof of guilt beyond a reasonable doubt is proof that leaves you so firmly convinced of the defendant's guilt that you have no reasonable doubt of the existence of any element of the crime or of the defendant's identity as the person who committed the crime. In determining whether or not the People have proven the defendant's guilt beyond a reasonable doubt, you should be guided solely by a full and fair evaluation of the evidence. After carefully evaluating the evidence, each of you must decide whether or not that evidence convinces you beyond a reasonable doubt of the defendant's guilt”* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, New York Unified Court System CJI and MC Committee. CJI2d[NY] Model Instructions: Final Instructions. Disponível em: <[http://www.nycourts.gov/judges/cji/5-SampleCharges/CJI2d.Final\\_Instructions.pdf](http://www.nycourts.gov/judges/cji/5-SampleCharges/CJI2d.Final_Instructions.pdf)>. Acesso em: 24 out. 2017.

<sup>99</sup> Sobre se o conceito de pessoa razoável deveria ser positivo ou normativo, conferir MILLER, Alan D.; PERRY, Ronen. The Reasonable Person. *New York University Law Review*, v. 87, p. 323-392, 2012.

Porém, se considerarmos que a análise dos elementos de prova (ou a *prova* enquanto procedimento) sempre terá como consequência psicológica na formação do convencimento, então essa análise será ao fim ao caso uma análise do convencimento do julgador.<sup>100</sup> A prova só pode ser considerada enquanto instrumento destinado a atingir o convencimento, sendo que seu resultado é sempre sobre a convicção. Qualquer tentativa de definir um standard sem levar em conta o convencimento é fadada à sua inaplicabilidade prática.

### 3.3.2 Prova clara e convincente

O standard intermediário adotado pelas cortes americanas é o que requer prova “clara e convincente” para satisfazer o julgador de questões de fato. Seu caráter “intermediário” não é apenas uma verificação incidental; as próprias definições adotadas em diversos casos tendem a fazê-lo a partir de uma comparação com o standard superior da “dúvida razoável”.

Ao contrário do standard da dúvida razoável, que aparenta ter evoluído sem qualquer tipo de positivação ao longo da cultura jurídica da *common law*, o standard da prova “clara e convincente” é atualmente encontrado em diversos textos legais (mesmo sua aplicação não sendo limitada a tais casos).

O estado do Tennessee, por exemplo, adota expressamente o standard da prova “clara e convincente” para a declaração da perda do poder familiar pelos pais, enquanto o governo federal o adota para a revisão de certos atos praticados por seus agentes<sup>101</sup> ou para

---

<sup>100</sup> Nesse sentido, temos a lição de McCormick: “According to customary formulas a party who has the burden of persuasion of a fact must prove it in criminal prosecutions ‘beyond a reasonable doubt’, in certain exceptional controversies in civil cases, ‘by clear, strong and convincing evidence’, but on the general run of issues in civil cases ‘by a preponderance of evidence’. The ‘reasonable doubt formula’ points to what we are really concerned with, the state of the jury’s mind, whereas the other two divert attention to the evidence, which is a step removed being the instrument by which the jury’s mind is influenced” (MCCORMICK, Charles T. *McCormick on Evidence*. 3. ed. St. Paul: West Publishing Co., 1984. p. 956).

<sup>101</sup> Por exemplo, na revisão judicial pelo Tribunal de Comércio Internacional de atos praticados pelo Secretário do Tesouro em matérias envolvendo comércio internacional, importação e exportação. Confira: “(b) In any civil action described in section 1581(h) of this title, the person commencing the action shall have the burden of making the demonstration required by such section by clear and convincing evidence” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 28 U.S. Code § 2639 - Burden of proof; evidence of value)

a concessão de *habeas corpus* em alguns casos.<sup>102</sup> Em outros casos, apesar de não haver indicação explícita do standard no texto legal, razões históricas e jurisprudenciais fundam interpretações que atribuem caráter legal à aplicação de certos standards de prova.

Para exemplificar tais situações onde o standard não é explícito, interessante a análise do caso *Microsoft Corp. v. i4i Limited Partnership*, onde a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que a legislação acerca de patentes, adota o standard da prova “clara e convincente” mesmo sem fazer menção expressa a esse termo ou outros semelhantes em seu texto.

Nesse julgado, baseando-se em precedentes anteriores da Suprema Corte, esta entendeu que o Congresso ao impor uma presunção de legitimidade das patentes concedidas pelos órgãos competentes da administração também estabeleceu um standard de prova superior para aqueles que as contestam, porque os termos utilizados na lei possuíam tal sentido na *common law* antes mesmo de serem codificados.<sup>103</sup>

A definição da prova “clara e convincente”, assim como a da prova “além da dúvida razoável” não é uniforme dentre doutrina e jurisprudência, mas possui uma grande quantidade de pontos em comum que permitem retirar uma ideia geral do conceito. Em particular, têm-se sua classificação como um standard intermediário entre os casos cíveis comuns e os casos criminais.

Como exposto anteriormente, a escolha de um standard de prova é uma razão de política legislativa e judicial. Dentre as razões apontadas para a escolha desse standard intermediário temos o comportamento suspeito *a priori* pelas partes;<sup>104</sup> a deferência aos atos de outros ramos do governo (como no supracitado *Microsoft v i4i*), ou mesmo de outras cortes.

---

<sup>102</sup> “(2) A claim presented in a second or successive habeas corpus application under section 2254 that was not presented in a prior application shall be dismissed unless—(...) (B) (ii) the facts underlying the claim, if proven and viewed in light of the evidence as a whole, would be sufficient to establish by clear and convincing evidence that, but for constitutional error, no reasonable factfinder would have found the applicant guilty of the underlying offense” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 28 U.S. Code § 2244 - Finality of determination).

<sup>103</sup> “While §282 includes no express articulation of the standard of proof, where Congress uses a common-law term in a statute, the Court assumes the ‘term . . . comes with a common law meaning.’ *Safeco Ins. Co. of America v. Burr*, 551 U. S. 47, 58. Here, by stating that a patent is ‘presumed valid,’ §282, Congress used a term with a settled commonlaw meaning. *Radio Corp. of America v. Radio Engineering Laboratories, Inc.*, 293 U. S. 1 (RCA), is authoritative. There, tracing nearly a century of case law, the Court stated, *inter alia*, that “there is a presumption of [patent] validity [that is] not to be overthrown except by clear and cogent evidence,” *id.*, at 2” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Microsoft Corp. v. i4i Limited Partnership* (564 U.S. 91 (2011))).

<sup>104</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações do Tennessee. *Fell v. Rambo*, 36 S.W.3d 837, 847-48 (Tenn. App. 2000).

Porém, a razão mais comumente invocada para justificar o standard da prova “clara e convincente”, é a de que em certos casos onde os interesses em disputa são “particularmente importantes e mais substanciais do que um mero prejuízo financeiro”,<sup>105</sup> como em casos onde se discute questões envolvendo vida e saúde de pessoas.

Quanto às definições, assim como no caso do standard da dúvida razoável, diferentes estados e cortes adotam diferentes definições e instruções. O Estado da Califórnia, por exemplo, adota a seguinte forma de instrução para seus jurados:

Certos fatos devem ser estabelecidos por prova clara e convincente, que é um ônus de prova mais elevado. Isso significa que a parte deve convencê-lo que é altamente provável que o fato seja verdadeiro. Eu [o juiz instruindo o júri] lhes direi especificamente quais fatos devem ser estabelecidos por prova clara e convincente.<sup>106</sup>

Já o modelo de instruções adotados pelo nono circuito das cortes federais adota uma redação semelhante, mas com algumas distinções. Segundo tal modelo:

Quando uma parte tem o onus de estabelecer uma alegação ou defesa de forma clara e convincente, isso significa que a parte deve apresentar elementos de prova que lhe deixe com uma convicção ou crença firme de que é altamente provável que as questões de fato daquela defesa ou alegação são verdadeiras. Este é um standard de prova mais elevado que a prova por uma preponderância de evidência, mas não requer prova além de uma dúvida razoável.<sup>107</sup>

Podemos verificar que ambas as instruções trazem alguns elementos em comum. Primeiramente, ambas especificam que se trata de um standard de prova “mais elevado”,

---

<sup>105</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990).

<sup>106</sup> “*Certain facts must be proved by clear and convincing evidence, which is a higher burden of proof. This means the party must persuade you that it is highly probable that the fact is true. I will tell you specifically which facts must be proved by clear and convincing evidence*” (California Civil Jury Instructions (CACI)(2017). Disponível em: <<https://www.justia.com/trials-litigation/docs/caci/200/201.html>>. Acesso em: 3 nov. 2017).

<sup>107</sup> “*When a party has the burden of proving any claim or defense by clear and convincing evidence, it means that the party must present evidence that leaves you with a firm belief or conviction that it is highly probable that the factual contentions of the claim or defense are true. This is a higher standard of proof than proof by a preponderance of the evidence, but it does not require proof beyond a reasonable doubt*” (NINTH CIRCUIT JURY INSTRUCTIONS COMMITTEE. Manual of model jury instructions for the district courts of the ninth circuit. 2017 ed. Disponível em: <[http://www3.ce9.uscourts.gov/jury-instructions/sites/default/files/WPD/Civil\\_Instructions\\_2017\\_9.pdf](http://www3.ce9.uscourts.gov/jury-instructions/sites/default/files/WPD/Civil_Instructions_2017_9.pdf)>. Acesso em: 9 out. 17).

sendo que o modelo federal faz referência expressa ao standard de preponderância da evidência. O modelo federal busca ainda reforçar que não se trata de um standard tão alto quanto a dúvida razoável, referência que se encontra também nos comentários ao modelo da Califórnia.

Além disso, ambos os modelos fazem menção também ao que seria “altamente provável” – termo que parece mais comum àqueles que estudam os sistemas de *civil law* – como forma de estabelecer a necessidade de um grau de convencimento superior. Inclusive, McCormick, citando McBaine, defendia que o standard da prova clara e convincente poderia ser mais eficientemente repassado a um eventual júri simplesmente por uma orientação de que os jurados deveriam ser persuadidos sobre a ocorrência ou não ocorrência de um fato ser “altamente provável”.<sup>108</sup>

Um último ponto interessante acerca desse standard intermediário é que, ao contrário dos dois standards principais da *common law*, o direito britânico não reconhece como regra a existência de um standard intermediário para casos cíveis, preferindo adotar a preponderância da evidência em todos os casos (ainda que com algumas modificações, e com consequências discutíveis).<sup>109</sup>

### 3.3.3. Preponderância da evidência

O terceiro dos standards principais utilizados no direito americano é o standard da “preponderância da evidência”<sup>110</sup> (*preponderance of evidence*), também chamado de “balanço das probabilidades” (*balance of probabilities*). Esse é o chamado standard geral para os casos civis, onde via de regra, se discutem questões financeiras ou que podem ser reduzidas a valores financeiros ou semelhantes.

Segundo Clermont, esse standard é definido de três formas principais pela doutrina. A primeira corrente seria aquela que defende que a preponderância se verifica a partir da comparação dos elementos de prova apresentados por ambos os lados (objeto de críticas pelo autor e boa parte da doutrina atual); a segunda seria aquela que argumenta que a

---

<sup>108</sup> MCCORMICK, Charles T. *McCormick on Evidence*. 3. ed. St. Paul: West Publishing Co., 1984. p. 960.

<sup>109</sup> Nesse sentido, conferir a decisão no caso *In re Minros*. MCBRIDE, Ennis. Is the civil ‘higher standard of proof’ a coherent concept? *Law, probability and risk*, 8, 2009, p. 323-351. Disponível em: <<https://academic.oup.com/lpr/article-abstract/8/4/323/925840>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

<sup>110</sup> Apesar de o termo *evidence* ter sido traduzido até o momento como “elemento de prova”, a tradução “preponderância da evidência” será mantida para facilitar a identificação do instituto (ainda que de forma atécnica), sem prejuízos de que seja realizada tal distinção quando necessário.



preponderância teria um sentido de probabilidade, no sentido que uma hipótese é mais provável que sua negativa; a última argumenta que a preponderância exige o convencimento do julgador sobre o fato, em vez de um convencimento sobre sua probabilidade.<sup>111</sup>

A primeira dessas correntes possui uma série de falhas identificáveis *prima facie*. Segundo essa corrente, a análise isolada dos elementos de prova levaria a uma preponderância da evidência, independente de outros fatores. Assim, se uma das partes produziu provas mais convincentes que a outra, esta teria em seu favor uma preponderância que levaria a uma decisão favorável sobre questões de fato.

Tal análise, porém, não se encaixa com uma série de elementos presentes no direito americano (e na maioria dos sistemas jurídicos). Primeiramente, em questão à possibilidade de um julgamento desfavorável quando apenas uma das partes produz provas. Por essa primeira corrente, tal parte deveria sempre prevalecer, já que não houve produção de prova pela outra parte.

Porém, sabemos que o direito não funciona de tal maneira. Uma parte pode ter um julgamento em seu desfavor mesmo se produziu “mais provas” do que a parte contrária, ou mesmo se não houve prova em contrário à sua; isso pode se dar tanto em um julgamento de mérito quando em um julgamento sumário (*summary judgment*) ou um “julgamento como questão de direito” (*judgment as a matter of law*).<sup>112</sup>

Clermont argumenta que a doutrina tem convergido para a segunda linha (que trata da preponderância como uma determinação de um fato a partir da probabilidade de sua ocorrência). Essa concepção é a mais difundida, principalmente por sua relação com a um dia popular visão bayesiana da prova no direito americano (principalmente pelo quão *exótica* essa concepção soa para os advindos da *civil law*), mas deve ser analisada com um certo cuidado.

Uma concepção que já foi comum entre os comentaristas do direito americano (e que ainda é reproduzida a partir de análises superficiais) é a de que o convencimento do

---

<sup>111</sup> 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. 16-17.

<sup>112</sup> CLERMONT, Kevin M. *Trial by Traditional Probability, Relative Plausibility, or Belief Function?* 66 *Cas. W. Res. L. Rev.* 353(2015). Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol66/iss2/5>>. Acesso em: 1º nov. 2017.

juiz seria como uma balança; no início do processo essa balança descansaria em equilíbrio, significando uma probabilidade abstrata de 50% para ambas as possibilidades.

Com a introdução de novos elementos de prova, ao fim o juiz deveria decidir em favor de qualquer dos lados para o qual *pendesse a balança*; isso seria representado por uma probabilidade superior ou inferior a 50%, 0.5, ou qualquer outro equivalente matemático. Porém, por uma série de razões, essa definição enquanto útil para esclarecer alguns aspectos do standard (sendo útil de forma limitada), gera uma série de confusões em relação a outros pontos.

Primeiramente, porque os juizes não são normalmente habilitados a analisar questões a partir de uma análise matemática de probabilidades. Isso não quer dizer que as pessoas são incapazes de analisar probabilidades, apenas que a forma como o fazem é distinta de uma análise numérica de probabilidades.

Segundo, porque a própria forma que os sistemas processuais (e isso pode ser generalizado para outros sistemas com uma certa dose de confiança) trata da produção de provas não permite que sejam realizadas tais análises. As construções legais e jurisprudenciais acerca da produção probatória, muito raramente tratam de forma específica a probabilidade sobre a ocorrência de fatos.

Por essa razão, autores mais atuais recomendam que aqueles que estudam standards de prova “abram mão de seu amor por  $p > 0.5$ ” enquanto uma forma de descrever o standard comum dos casos civis. Assim como os demais standards, este pode ser melhor explicado em termos de convencimento, relacionado ao estado mental do juiz da questão de fato, e mostrando uma eventual convergência entre as correntes probabilísticas e as correntes que tratam do convencimento.<sup>113</sup>

Em termos gerais, a preponderância da evidência é um standard que iguala as posições daqueles que afirmam e daqueles que negam um fato controvertido em um certo processo. Por esse standard, o juiz de uma questão de fato que deve decidir se um certo fato ocorreu ou não ocorreu deve decidir em favor daquela hipótese acerca da qual seu convencimento seja superior, independente de atingir um certo grau mais elevado de convencimento.

Essa parece ser a vertente adotada pelos tribunais em suas instruções direcionadas aos júris. Analisando o modelo de instruções das cortes do estado da Califórnia, temos a seguinte definição:

---

<sup>113</sup> Ibid.

A parte deve convencê-lo, através dos elementos de prova apresentados perante a corte, que o que ele ou ela deve provar é mais provavelmente verdadeiro do que não verdadeiro. Isso é denominado de “ônus da prova”.

Após considerar todos os elementos de prova, se você não puder decidir que algo é mais provavelmente verdadeiro do que não verdadeiro, você deve concluir que a partir não o provou. Você deve considerar todos os elementos de prova, não importando qual parte os produziu.

Em julgamentos criminais, a acusação deve provar que o réu é culpado além de uma dúvida razoável. Mas, em casos cíveis, como o presente, a parte que necessitar provar algo deve provar apenas que tal fato é mais provavelmente verdadeiro que não verdadeiro.<sup>114</sup>

A ausência de referência à “preponderância da evidência” é intencional. Segundo os comentários às instruções, todas as referências ao termo “preponderância da evidência” e ao verbo “preponderar” para simplificar a linguagem. Onde haviam tais expressões, o texto foi substituído para referenciar que algo é “mais provavelmente verdadeiro do que não verdadeiro”.<sup>115</sup>

Essa mudança torna ainda mais claro de que ao falar de preponderância da evidência, não se está realizando uma análise apenas dos elementos de prova de um caso (como defendia a primeira das linhas citadas por Clermont). Assim, Taruffo também afirma que “para que um enunciado seja escolhido como a versão relativamente melhor não basta que seja mais provável que todas as outras versões, mas também que seja *‘mais provável que sua negação’*” (logo, unindo a primeira e a segunda linhas apontadas por Clermont).<sup>116</sup>

---

<sup>114</sup> “A party must persuade you, by the evidence presented in court, that what he or she is required to prove is more likely to be true than not true. This is referred to as ‘the burden of proof.’ After weighing all of the evidence, if you cannot decide that something is more likely to be true than not true, you must conclude that the party did not prove it. You should consider all the evidence, no matter which party produced the evidence. In criminal trials, the prosecution must prove that the defendant is guilty beyond a reasonable doubt. But in civil trials, such as this one, the party who is required to prove something need prove only that it is more likely to be true than not true” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Judicial Council of California Civil Jury Instructions (CACI) (2016 edition), p. 118. Disponível em: <<https://www.justia.com/trials-litigation/docs/caci/caci-2017-edition.pdf>>. Acesso em: 20 out. 17.

<sup>115</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Judicial Council of California Civil Jury Instructions (CACI) (2016 edition), p. 87. Disponível em: <<https://www.justia.com/trials-litigation/docs/caci/caci-2017-edition.pdf>>. Acesso em: 20 out. 17.

<sup>116</sup> TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 137.

Como consta dos precedentes citados nas instruções, “preponderância da evidência” significa que “os elementos de prova em um dos lados superam, preponderam sobre, são mais que, os elementos de prova no outro lado, não necessariamente em número de testemunhas ou quantidade, mas no efeito sobre aqueles a quem são endereçados”.<sup>117</sup> A referência acerca das probabilidades acerca dos fatos tem o objetivo de esclarecer essa diferença entre a preponderância na língua comum e a preponderância enquanto standard de prova.

Já a referência a “ônus da prova”, ainda que levemente atécnica (sob tais instruções esse se assemelha mais a um dever do que a um ônus), mostra a dificuldade de diferenciar, em termos simples os standards do ônus.<sup>118</sup> Porém, para um júri, essa distinção pode ser desnecessária ou até mesmo mais prejudicial do que benéfica.

Por último, assim como as instruções acerca da dúvida razoável e da prova clara e convincente, o modelo se esforça em diferenciar o standard cível do criminal, e reforçar sua diferença.

No direito inglês, é mais utilizada a expressão de “balanço das probabilidades” em vez de preponderância da evidência. Como constatou o John Leubsdorf, apesar de o standard surgir como preponderância na Inglaterra, no início do século XX houve uma mudança gradual em favor da expressão “balanço das probabilidades”, não havendo registros documentados do motivo dessa mudança ou porque ela seria desejável.<sup>119</sup>

Porém, fora a nomenclatura, as descrições desse standard utilizadas no direito inglês são bem semelhantes a aquelas verificadas no direito americano. A diferença mais visível entre estes seria que no direito inglês há uma discussão acerca do standard intermediário.

Há aqueles que apontam que este não existe, enquanto outros apontam o “balanço das probabilidades” possui uma flexibilidade embutida maior do que o standard da

---

<sup>117</sup> “Preponderance of the evidence ‘means what it says, viz., that the evidence on one side outweighs, preponderates over, is more than, the evidence on the other side, not necessarily in number of witnesses or quantity, but in its effect on those to whom it is addressed” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações da Califórnia. *Glage v. Hawes Firearms Co.* (1990) 226 Cal.App.3d 314, 325 [276 Cal.Rptr. 430]). Nesse julgamento foi considerado prejudicial que os jurados se remetessem a um dicionário para a definição de “preponderância”.

<sup>118</sup> Como a Suprema Corte americana reforçou em diversos casos, o termo “ônus da prova” é um dos mais escorregadios dentre a família dos termos legais e é usado tanto para definir o ônus da persuasão, como em algumas instâncias para descrever o standard de prova aplicável ao caso. Nesse sentido ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Schaffer v. Weast*, 546 U. S. 49, 56 (2005); ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Grogan v. Garner*, 498 U. S. 279, 286 (1991); MCCORMICK, Charles T. *McCormick on Evidence*. 3.ed. St. Paul: West Publishing Co., 1984. p. 965.

<sup>119</sup> LEUBSDORF, John. *The Surprising History of the Preponderance Standard of Civil Proof*, 67 Fla. L. Rev. 1569 (2016). Disponível em <<http://scholarship.law.ufl.edu/flr/vol67/iss5/2/>>. Acesso em: 20 out. 2017.

preponderância utilizado no direito americano, utilizando um modelo de “*escala móvel*” (*sliding scale*) que permite adaptações do standard de acordo com as peculiaridades de cada caso.<sup>120</sup>

Ao fim, o standard da preponderância é provavelmente o mais difundido dentre todos os standards do sistema de *common law*, havendo referências a este na doutrina de vários países de *civil law*. Além disso, por ser aplicável aos casos cíveis de um modo geral, é também o mais utilizado nos sistemas de *common law*, possuindo uma função equalizadora que será explicada mais adiante.

### 3.4 Um exemplo da *civil law*: o *beweismaß* alemão

Apesar de em nosso direito e em outros sistemas de *civil law* a literatura ser relativamente escassa acerca dos standards de prova, é possível identificar essa discussão também entre nos sistemas continentais, ainda que sua aceitação não seja geral.

O ZPO (*Zivilprozessordnung*) alemão, correspondente a nosso código de processo civil traz em seu corpo o §286 que trata da livre apreciação da prova, mas sem se manifestar acerca do nível de convencimento necessário para a decisão.<sup>121</sup> Havendo esse vácuo, como definido por Taruffo,<sup>122</sup> este acabou sendo preenchido por formulações doutrinárias e jurisprudenciais, acerca do grau de convencimento necessário pelo juiz.

A mesma posição é defendida por James Goldschmidt. Para o autor, as provas se destinam a convencer o juiz da *verdade* em um sentido histórico-empírico, com um significado de “verossimilhança”, havendo a substituição de um padrão objetivo de verdade por um padrão subjetivo: o convencimento do juiz.<sup>123</sup>

---

<sup>120</sup> MCBRIDE, Ennis. Is the civil “higher standard of proof” a coherent concept? *Law, probability and risk*, 8, 2009, p. 323-351. Disponível em: <<https://academic.oup.com/lpr/article-abstract/8/4/323/925840>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

<sup>121</sup> “§ 286 *Freie Beweiswürdigung* (1) Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind. (2) An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.”

<sup>122</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madri: Trotta, 2003. p. 380.

<sup>123</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Barcelona: Labor, 1936. p. 255-256.

Apesar de não prosseguir mais na definição desse “convencimento do juiz”, o autor ressalta que para certas questões incidentais ou processuais é necessário um nível menor de prova, previsto no §294 do ZPO (no texto original do ZPO, “*Glaubhaftmachung*”; na tradução espanhola da obra de Walter, “*fehaciencia*”;<sup>124</sup> na tradução do ZPO para o espanhol realizada pela Konrad-Adenauer-Stiftung, “*verosimilitud*”;<sup>125</sup> Karl Schweizer utiliza o termo “*prima facie evidence*”<sup>126</sup>).

Para Jauernig, há então no ZPO uma distinção entre “prova plena” e “princípio de prova”. A prova plena seria aquela utilizada em casos gerais e implícita na regra de livre convencimento. Segundo o autor, com base em julgados do Tribunal Federal Alemão (*Bundesgerichtshof*) a prova plena ou prova em sentido restrito produz-se quando o julgador foi *plenamente convencido* de que uma alegação de fato é verdadeira ou falsa. Complementa ainda que esse “convencimento pleno” requer “tão alto grau de verossimilhança, que não surja dúvida razoável”.<sup>127</sup>

Já o “princípio de prova” previsto no §294, requer um grau de verossimilhança inferior, ou mesmo “apenas a verossimilhança preponderante, a ‘boa possibilidade’ de a alegação ser verdadeira ou falsa”.<sup>128</sup> Trata-se de um “módulo de prova” inferior ao comum, que é utilizado apenas em casos previstos em lei, como para requerimentos de justiça gratuita (§118, II); prorrogação de prazos e audiências (§§ 224 e 227); ou para a concessão de medidas assecuratórias da execução (§ 920).

Schweizer traz ainda definições veiculadas pelo *Bundesgerichtshof* definindo a convicção necessária como “uma convicção pessoal [...] em casos dúbios, o juiz pode e deve se contentar com um grau de certeza útil para a vida prática que silencia a dúvida sem completamente excluí-la”. Traz ainda também a posição do Tribunal Superior Federal Suíço, que defende que é suficiente “que a corte não tenha dúvida séria ou que qualquer dúvida restante pareça insubstancial”.<sup>129</sup>

Prosseguindo, defende o autor que o standard de prova alemão para os casos comuns, de “convicção plena” ou “convicção racional” é na teoria relativamente alto, correspondente ao standard da “dúvida razoável” no direito americano. E registra ainda a

---

<sup>124</sup> WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis, 1985. p. 256.

<sup>125</sup> Disponível em: <[http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_9523-544-4-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_9523-544-4-30.pdf)>.

<sup>126</sup> SCHWEIZER, Mark. The civil standard of proof – what is it, actually? *the international journal of evidence and proof*, v. 20, n. 3, 2016, p. 5.

<sup>127</sup> JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. 25. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 263.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 264.

<sup>129</sup> SCHWEIZER, Mark. The civil standard of proof – what is it, actually? *The international journal of evidence and proof*, v. 20, n. 3, 2016, p. 5.

exceção do §294 como sendo semelhante ao standard da “preponderância da evidência” americano, além da existência de outros standards intermediários.<sup>130</sup>

Ou seja: Na lei processual alemã existem (ou ao menos aparentam existir) dois standards distintos: um para julgamentos de mérito, que é proclamado doutrinariamente e jurisprudencialmente como mais elevado, podendo ser equiparado nessas descrições à “dúvida razoável” americana; e um standard para questões incidentais e de urgência, que poderia ser equiparado à preponderância da evidência americana.

Porém, na jurisprudência essa classificação se expande. Um dos exemplos mais conhecidos dessa discussão é o estudo feito do por Gerard Walter acerca da “medida da prova” ou do “módulo da prova” no direito alemão, a partir das cláusulas gerais de “livre convicção” como as do §294.

Apesar de o autor rejeitar a ideia de um standard de prova previsto em lei, ele nota que no direito alemão os tribunais tendem a adotar diversos “módulos de prova” dependendo das questões que são analisadas, o que se assemelha muito ao standard de prova aqui estudado.

Em sua obra Walter lista quatro modelos principais utilizados pela jurisprudência aplicados em cinco tipos de tribunais distintos (ordinários, trabalhistas, administrativos, sociais e fiscais). Em um grau mais elevado teríamos duas formulações distintas de um mesmo standard: “convicção” e “verossimilhança beirando a certeza”. Em um grau inferior, teríamos a “verossimilhança grande ou, em seu caso, preponderante” e, entre esses dois parâmetros, teríamos formulações como “verossimilhança intrínseca” e “quadro fático mais verossímil”.<sup>131</sup>

Segundo o autor, *prima facie* os modelos de convencimento em todos esses ramos procedimentais seriam o mesmo, a partir de cláusulas abertas de “livre convicção” na forma do ZPO.<sup>132</sup> Porém os tribunais desenvolveriam interpretações próprias a partir de suas próprias práticas.

---

<sup>130</sup> Ibid., p. 3.

<sup>131</sup> No original: “Convicción = certidumbre (subjetiva, ausencia de dudas); Verosimilitud rayana em seguridad o certeza; Verosimilitud grande o de alto grado o, em su caso, preponderante” (Cf. WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis, 1985. p. 148).

<sup>132</sup> Ibid., p. 145.

Todos os tribunais estudados por Walter adotam para casos normais os modelos de “convicção” ou de “verossimilhança beirando a certeza” para casos normais, o que parece apontar um standard mais elevado para casos cíveis em geral e para questões penais. Como se trata de apenas uma diferença de formulação, o standard normal para os casos cíveis na Alemanha então seria um standard mais elevando do que nos sistemas de *common law*.

Nesses casos Walter também adota uma definição negativa semelhante à da “dúvida razoável”. Segundo o autor, “o juiz só não estará convencido quando se veja frente a dúvidas concretas (reais, positivas) e não possa superá-las”.<sup>133</sup> Provavelmente em razão de descrições como essa, vários autores tendem a igualar o standard de prova alemão em casos cíveis ao standard da dúvida razoável da *common law*.<sup>134</sup>

Em casos excepcionais (Walter lista indenizações a vítimas do nazismo e refugiados, assim como casos onde a prova é mais difícil de se realizar, como prova da causalidade), é aplicado o standard da “verossimilhança grande ou preponderante”. Essa definição pode parecer equivalente ao standard mais elevado, já que já foi definido que toda convicção seria apenas de verossimilhança. Porém, os acórdãos citados por Walter que utilizam tal termo, normalmente o contrapõem a uma possível “certeza” do julgador, sem outros qualificadores, indicando se tratar de um standard mais baixo a ser aplicado.

Assim, enquanto no direito americano temos um standard geral mais baixo, sendo que as exceções são preenchidas por standards mais elevados, verificamos uma tendência oposta no direito alemão: parte-se como regra geral de um standard mais elevado, aplicado tanto a casos cíveis quanto penais, e as exceções são preenchidas por meio de standards mais baixos para casos especiais.

Porém, Schweizer argumenta que a doutrina e a jurisprudência alemã (assim como a suíça) não representam o standard que é aplicado pelos juízes e tribunais na prática. Segundo o autor, com base em um experimento realizado com a participação de juízes e assessores judiciais, os tribunais alemães aplicam na prática um standard muito mais baixo que o anunciado na doutrina e jurisprudência, enquanto outros fatores sem uma explicação normativa exerceriam maior influência.<sup>135</sup>

Essa distinção entre o standard aplicável “na teoria” e aquele aplicado “na prática” pode decorrer de diversas razões (ou mesmo da conjunção de todos estes). Seja porque não

---

<sup>133</sup> Ibid., p. 123.

<sup>134</sup> SCHWEIZER, Mark. The civil standard of proof – what is it, actually? *The international journal of evidence and proof*, v. 20, n. 3, 2016.

<sup>135</sup> Ibid.



há um consenso mesmo sobre a existência de um standard, ou de suas características básicas, como há em um direito americano, o “vácuo” acaba por ser preenchido pelos próprios julgadores.

Porém, ao fazê-lo de forma individual, caso a caso, estes acabam por tentar operar com um nível de detalhe que não são equipados a diferenciar, causando essa distinção entre um standard que por vezes parece ser o mais elevado possível (como registrado pela doutrina), enquanto às vezes parece ser mais baixo (como na pesquisa de Schweizer).

Porém, o aspecto mais importante é verificar que em um sistema de *civil law* com bases muito semelhantes às do direito brasileiro, é aplicável a ideia de standards de prova (ainda que sua definição seja um tanto turva).

### **3.5 Aspectos políticos e normativos dos standards de prova**

Como verificamos anteriormente, os standards de prova possuem várias funções e fundamentos. Ao tentar prever *como* as decisões devem ser tomadas, trazem um caráter *normativo*, em contraposição a uma ideia apenas descritiva dos parâmetros de decisão existentes no ordenamento.

Por outro lado, o caráter normativo vai gerar resultados diferentes, a depender dos objetivos que se busca obter desse instrumento. Esses objetivos variam de acordo com a realidade e as individualidades de cada sistema, conferindo um aspecto *político* aos standards indissociável de seu aspecto normativo.

Doutrinadores, juízes e legisladores utilizam-se desses fundamentos políticos-normativos para justificar a escolha por standards de prova específicos, com resultados variáveis. Na doutrina, dois fundamentos se sobressaem como mais comuns para justificar standards de prova: a *minimização de erros* e a *facilitação da prova*. Além desses dois, teceremos alguns comentários acerca de uma terceira perspectiva possível, a de utilizar os standards de prova para incentivar ou reprimir certos tipos de condutas.

#### **3.5.1 Prevenção de falsos positivos – O standard da dúvida razoável**

Em primeiro lugar, considerando o risco de erro quanto ao julgamento de questões de fato em um processo judicial, os standards atuam enquanto um mecanismo para balancear o risco das consequências negativas dos erros nas decisões sobre questões de fato.

Na doutrina, isso se dá normalmente de duas maneiras: minimizando os custos totais dos erros como um todo (como no standard da preponderância da evidência) ou minimizando a ocorrência de erros específicos, com custos superiores (como no standard da dúvida razoável).

O erro nas decisões sobre questões de fato se dá sobre duas formas básicas: como falsos positivos e falsos negativos. O falso positivo ou o falso negativo ocorre quando o resultado do julgamento da questão de fato não corresponde aos fatos reais.

Um falso positivo é quando se julgam como verdadeiras proposições de fato que não correspondem à realidade (e.g. quando se reconhece a existência de uma contratação que nunca ocorreu); um falso negativo ocorre quando, se julgam como não ocorridos (e.g. quando se nega a materialidade de um crime que efetivamente ocorreu).

Não se trata de considerar o risco de uma parte especificamente em relação a cada processo de modo específico, mas do risco envolvendo os direitos em discussão de forma abstrata em um universo de casos. Por essa razão existe uma divisão muito mais pronunciada historicamente entre os standards na área criminal e os standards na área cível.

O standard da dúvida razoável possui uma função pronunciada de minimizar um tipo de erro específico, com um custo muito elevado: a condenação de um inocente. Assim, a função principal do standard da “dúvida razoável” é “desequilibrar as balanças”. Ao exigir um grau de convencimento superior do juiz para que este se convença dos elementos de um crime, o standard diminui as chances de que um inocente seja condenado erroneamente (um “falso positivo”).<sup>136</sup>

Porém, ao “desequilibrar a balança” para dificultar a condenação do réu inocente, o standard acaba criando uma reação oposta quanto aos culpados: torna-se mais difícil condenar aqueles que realmente cometeram os crimes, facilitando a ocorrência de falsos negativos.

Trata-se, porém, de um desequilíbrio intencional, porque na grande maioria dos sistemas jurídicos, o custo moral e social de uma condenação equivocada supera (e muito)

---

<sup>136</sup> 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.

o custo de uma absolvição equivocada. Trata-se de uma escolha com amplo fundamento político-cultural, de aumentar o número de absolvições (corretas ou não) para diminuir as condenações errôneas.

A origem dessa distinção remonta originalmente ao famoso doutrinador britânico William Blackstone, que em seus “*Comentários sobre as leis da Inglaterra*” trouxe a máxima de que “toda evidência presuntiva de crime deve ser admitida cautelosamente; pois pela lei é melhor que dez culpados escapem, do que um inocente sofra”.<sup>137</sup>

Tal máxima reflete uma longa evolução cultural a partir da tradição judaico-cristã, desde as passagens bíblicas referentes à destruição de Sodoma, passando pelo próprio direito canônico. Segundo James Q. Whitman, um elemento marcante da “teologia moral do julgamento”, era o fato de que um erro no julgamento acarretaria uma responsabilidade espiritual do próprio juiz, sendo considerado um pecado por si só, sendo os juízes aconselhados a, em caso de dúvida, se abster de julgar.<sup>138</sup>

Isso foi o resultado prático da chamada doutrina do “caminho mais seguro”, idealizada pelo Papa Inocêncio III, e representada pela máxima “*In dubiis practicis tutior via est eligenda*” (“Em casos de dúvidas práticas, deve se escolher o caminho mais seguro”).

A dúvida prática, seria nesse caso a dúvida sobre a legitimidade<sup>139</sup> de uma certa ação, e a prescrição primária era de que “agir com uma consciência em dúvida é obviamente agir com desprezo à lei moral. Agir com uma consciência em dúvida é, logo, pecado; e a dúvida deve ser removida antes de qualquer ação ser justificada”.<sup>140</sup>

Quando essa dúvida fosse relativa à aplicação de uma certa lei, existiam mecanismos para, através de opiniões aprovadas, obter uma certeza “reflexiva” que legitimaria a ação. Porém, em casos onde não se trata apenas de uma questão de direito, mas de assegurar um certo resultado prático (e.g. a liberação de obrigações de justiça, ou

---

<sup>137</sup> BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Law of England*. Oxford: Clarendon Press, 1765. v. 1. Disponível em: <[http://web2.uvcs.uvic.ca/courses/lawdemo/DOCS/BLACKSTN/B6367\\_73.HTM](http://web2.uvcs.uvic.ca/courses/lawdemo/DOCS/BLACKSTN/B6367_73.HTM)>. Acesso em: 25 set. 17.

<sup>138</sup> WHITMAN, James Q. The Origins of “Reasonable Doubt”. *Faculty Scholarship Series*. Paper 1. p. 38. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1)>. Acesso em: 20 jul. 2016.

<sup>139</sup> A versão consultada em inglês do texto da *Encyclopedia Cattolica* utiliza o termo “lawfulness”. Porém, para evitar confusões relativas ao jargão técnico-jurídico, será usado o termo “legitimidade”.

<sup>140</sup> HERBERMANN, Charles G. *et al* (Eds.). *The Catholic Encyclopedia*. New York: Robert Appleton Company, 1909. v. V, p. 143.

evitar danos a outros), nenhuma opinião poderia suplantar a regra de seguir apenas o “caminho mais seguro”.<sup>141</sup>

Tal doutrina adquiriu novo peso quando os júris britânicos adquiriram um papel que não possuíam na idade média: o de considerar como inocentes ou culpados aqueles sob julgamento. De maioria cristã, os jurados temiam o risco à própria salvação causado por uma condenação, o que levou à um temor de condenar qualquer homem, enquanto existisse a mínima possibilidade de sua inocência.<sup>142</sup>

A partir dessa prática consolidada baseada na moral e teologias cristãs, que se replicaram no território inglês, a ideia da dúvida como fator de influência nas decisões criminais por júri se consolidou. A partir disso, e considerando ainda a distinção teológica entre as dúvidas “prudentes” e “imprudentes”, a partir de sua razoabilidade (“*Prudent doubts are distinguished from imprudent, according to the reasonableness or unreasonableness of the consideration on which the doubt is based*”<sup>143</sup>), surgiu a ideia de “dúvida razoável”, o primeiro standard de prova sob a forma que conhecemos hoje.

E mesmo em estados que não adotaram standards de prova sob a forma da *common law*, essa ideia se reproduziu sob a ideia da presunção de inocência e do princípio do *in dubio pro reo*. Isso pode se perceber, por exemplo, do famoso discurso de Rui Barbosa:

Não sigais os que argumentam o grave das acusações, para se armarem de suspeita e execração contra os acusados. Como se, pelo contrário, quanto mais odiosa a acusação, não houvesse o juiz de se precaver mais contra os acusadores, e menos perder de vista a presunção de inocência, comum a todos os réus, enquanto não liquidada a prova e reconhecido o delito.<sup>144</sup>

Dessa maneira, surge um fundamento *político-normativo* para o standard da dúvida razoável: diminuir as chances de um certo tipo de erro, mais especificamente, a condenação de um inocente, que possui um custo social elevado.<sup>145</sup> A partir dessa ideia básica, o standard de prova foi um dos instrumentos processuais utilizados para atingir tal fim.

---

<sup>141</sup> Ibid.

<sup>142</sup> PALEY, William *apud* WHITMAN, James Q. The Origins of “Reasonable Doubt”. *Faculty Scholarship Series*. Paper 1. p. 6. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1)>. Acesso em: 20 jul. 2016.

<sup>143</sup> HERBERMANN, Charles G. *et al.* (Eds.). *The Catholic Encyclopedia*. New York: Robert Appleton Company, 1909. v. V, p. 143.

<sup>144</sup> BARBOSA, Rui. *O dever do advogado*. Rio de Janeiro: Fundação Casa do Advogado/AIDE, 1985. p.19.

<sup>145</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *La Valoración Racional de la Prueba*. Madri: Marcial Pons, 2007. p. 143.

### 3.5.2 Minimização do custo dos erros – A preponderância da evidência

Quando não há tamanho desequilíbrio entre as consequências para autor e réu tal fundamentação não serve para sustentar o standard de prova aplicável. Em casos cíveis comuns, onde via de regra a discussão trata apenas de questões patrimoniais (havendo, *in abstracto*, uma paridade entre os interesses do autor e do réu), surgiu o standard da preponderância da evidência como um equalizador: distribuindo igualmente os erros entre as partes, e minimizando seu custo total.

Isso pode ser verificado de a partir de um exemplo simples. Digamos que um autor A ajuíza uma ação de cobrança em face de um réu B, buscando o pagamento de uma dívida de empréstimo no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais). Existem duas possibilidades básicas quanto à questão controvertida (houve ou não houve empréstimo) e dois desfechos possíveis para a ação (procedência ou improcedência).

Assim, combinando ambas as possibilidades, temos quatro cenários possíveis: 1) o empréstimo ocorreu, e a ação é julgada procedente; 2) o empréstimo ocorreu, e a ação é improcedente; 3) o empréstimo não ocorreu e a ação é julgada procedente; 4) o empréstimo não ocorreu e a ação é julgada improcedente.

Os cenários 1 e 3 não nos interessam, já que o julgamento da questão de fato correspondeu ao efetivamente ocorrido; porém, nos cenários 2 e 4, há um erro sobre a questão de fato.

No cenário 2, temos um falso negativo; o fato constitutivo (empréstimo) efetivamente ocorreu, mas o julgador constatou o contrário. Nessa hipótese, o autor A tem um prejuízo de R\$ 1.000,00, por não recuperar seu empréstimo, enquanto o réu B tem um ganho indevido de R\$ 1.000,00, porque não devolveu o dinheiro que devia.

Enquanto isso, no cenário 4, temos um falso positivo; o fato constitutivo (empréstimo) não ocorreu, mas ainda assim o réu foi condenado ao pagamento. Nessa hipótese, o autor A tem um ganho indevido de R\$ 1.000,00, enquanto o réu B tem um prejuízo de R\$ 1.000,00, pagando uma dívida inexistente.

Em ambos os casos, uma das partes tem um ganho indevido de R\$ 1.000,00, enquanto a outra tem um prejuízo de R\$ 1.000,00. Não há nenhuma diferença intrínseca

entre o prejuízo sofrido pelo autor no cenário 2, em reação ao prejuízo sofrido pelo réu no cenário B.

Logo, sendo a consequência de um falso positivo igualmente gravosa à consequência de um falso negativo, em proporções amplas, não temos uma base político-normativa para justificar um standard que “desequibre a balança” como no caso da dúvida razoável ou prova clara e convincente.

Nesses casos, onde não se busca a minimização de um erro específico cujo custo seja intrinsecamente superior (já que as consequências danosas do falso positivo e do falso negativo são igualmente danosas), a teoria normativa tende a buscar então a minimização do custo dos erros. Assim, temos a justificação para o standard de prova normalmente definido como “balanço de probabilidades”, “preponderância de provas”, ou “verossimilhança preponderante”.

Teorias normativas tendem a justificar esse caráter de “minimização” de erros a partir de provas lógico-formais. Clermont,<sup>146</sup> por exemplo, propõe uma fórmula onde  $P$  (sendo que  $0 < P < 1$ ) é a probabilidade aparente de responsabilidade (na convicção do julgador) do réu em pagar uma quantia  $D$  em dinheiro. Se for mais provável a responsabilidade do que não (ou seja,  $P > 1/2$ ), temos a hipótese  $P_1$ ; enquanto isso, em caso de equilíbrio ou se a probabilidade da responsabilidade do que as alternativas (ou seja,  $P \leq 1/2$ ), temos a hipótese  $P_2$ .<sup>147</sup>

Ao longo de diversos casos, falsos positivos e falsos negativos não se cancelam; em realidade, seus custos se acumulam. Nas hipóteses de  $P_1$ , o réu será responsabilizado, por uma preponderância da evidência, já que sua responsabilidade é “mais provável que não”. Nas hipóteses de  $P_2$ , o réu não será responsabilizado, já que o convencimento de sua responsabilidade não atingiu a preponderância.

Assim, a soma total do custo dos erros (representada pelo termo  $S$ ) seria o custo dos falsos positivos (representado pelo termo  $[1-P_1]D$  – os casos onde, apesar de provável a responsabilidade, esta não ocorreu) somado ao custo total dos falsos negativos (representado pelo termo  $P_2D$  – os casos onde, apesar da pouca probabilidade da responsabilidade, esta ocorreu), resultando em  $S = \sum[(1-P_1)D + P_2D]$ .<sup>148</sup>

---

<sup>146</sup> 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.

<sup>147</sup> KAYE, David H. The Error of Equal Error Rates. *Law, Probability and Risk*, v. 1, p. 3-8, jul. 2002.

<sup>148</sup> ORLOFF, Neil; STEDINGER, Jerry. *A framework for evaluating the preponderance-of-the-evidence standard*, 131 U. Pa. L. Rev., 1159, 1983.

Por outro lado, se imaginarmos um standard de prova imaginário com a tendência a eliminar todos os falsos positivos (ou seja, tendendo para haver condenação quando houver 100% de uma certeza objetiva e inexistente da responsabilidade do réu), temos uma fórmula diferente. Tendendo a não haver falsos positivos, (mas, aumentando proporcionalmente o número de falsos negativos), teríamos S tendendo a  $\sum[P_1D + P_2D]$ .

Como  $P_1$  é sempre maior que  $\frac{1}{2}$ , temos que  $P_1$  é sempre maior que  $(1 - P_1)$ . Assim, o custo total dos erros num standard mais elevado tende sempre a superar o custo do erro em um standard de preponderância, se o elemento D (no caso, o custo em dinheiro) for equivalente para o falso positivo e o falso negativo.

Apresentando a ideia de uma maneira excessivamente simplificada, a justificativa de um standard de “verossimilhança preponderante” em uma cobrança de uma dívida, por exemplo, é que em caso de erro cada Real pago indevidamente por um falso positivo é igualmente prejudicial a um Real não pago em razão de um falso negativo, tratando-se de partes consideradas abstratamente. A partir disso, busca-se minimizar o valor total pago indevidamente, o que acontece quando os riscos dos erros são igualmente distribuídos entre as partes.

### 3.5.3 Dificuldade da prova

Além dos parâmetros mais comuns expostos acima, existem outros que podem ser utilizados para justificar standards mais altos ou baixos para a prova de certos fatos. Cabem citar dois dos mais interessantes: a facilitação da prova e o incentivo à certas condutas.

A redução do standard de prova (ou módulo de prova) em razão da dificuldade em se provar certo fato é medida que muito se discute em nosso direito, mas não se trata de nenhuma novidade. Walter em sua obra relata que os standards inferiores nas cortes alemãs são comumente verificados em casos onde é difícil atingir uma prova “plena”, como nos casos de lesões pré-natais ou de indenização a vítimas do regime nazista.<sup>149</sup>

---

<sup>149</sup> WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis, 1985. p. 243.

Nesses casos, como defendem também Marinoni e Arenhardt, “não é apenas a prova por presunção, vista como mecanismo de facilitação da prova, que pode contribuir para a formação do convencimento do juiz, mas também a própria redução das exigências de prova (ou do módulo da prova)”<sup>150</sup>.

Prosseguem os autores afirmando que quando as regras de experiência e os próprios meios de prova forem insuficientes para a produção de uma “prova plena”, exigir um grau de convencimento elevado acerca de tais fatos implicaria em negar o direito à tutela jurisdicional e o próprio direito material.<sup>151</sup>

Assim, questões como causalidade, cuja prova “plena” é praticamente impossível em diversos casos (partindo da antiga máxima de Hume de que a causalidade não pode ser observada diretamente<sup>152</sup>) exigiriam uma redução no módulo de prova que corresponderiam, ao fim e ao caso, na adoção de um standard de prova inferior para tais fatos.

Tais colocações, porém, devem ser analisadas com certo cuidado. A dificuldade na produção da prova vem normalmente acompanhada de uma dificuldade (*ou mesmo impossibilidade*) da produção de uma contraprova plena. Por essa razão, essa redução do ônus da prova em razão da dificuldade da prova normalmente é acompanhada da função de *prevenir falsos negativos* (ao menos em relação ao standard usual).

Em questões como direito do consumidor, ou direito ambiental, de onde advém os maiores exemplos acerca da discussão da causalidade, o próprio direito distribui os riscos e os custos de forma distinta. No direito ambiental, o princípio da precaução possui (também) essa função, enquanto no direito do consumidor sua proteção exige que os riscos e custos sejam, em regra, suportados pelo fornecedor.

Ao reduzir o standard para a prova da causalidade nesses casos, o sistema diminui o risco de falsos negativos (e.g. que seja negada uma indenização quando o fornecedor é responsável). Porém, necessariamente se aumenta o risco de *falsos positivos* (casos onde o fornecedor/poluidor é sucumbente mesmo sem responsabilidade).

Essa distribuição dos riscos em desfavor dos fornecedores ou potenciais poluidores não é, por si, errada, e decorre de escolhas político-constitucionais que fundamentam os

---

<sup>150</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 250.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 252.

<sup>152</sup> HUME, David. *Tratado da natureza humana*. Tradução de Débora Danowski. São Paulo: Unesp: Imprensa Oficial, 2001.



princípios de nosso sistema jurídico. Porém, em casos onde não haja tal escolha, seria temerário reduzir o standard de prova baseado apenas em sua dificuldade de produção.

#### 3.5.4 Incentivo comportamental

Assim como o ônus da prova em seu caráter subjetivo possui uma função de influenciar o comportamento das partes, atribuindo um certo risco às suas ações (e omissões), os standards de prova podem ser utilizados como instrumentos de política legislativa para incentivar certos comportamentos por parte dos jurisdicionados.

Essa hipótese é retratada em interessante artigo por Dominique Demougin e Claude Fluet, pesquisadores da Humboldt Universität e da Université du Québec, respectivamente. Segundo os autores, os standards de prova sob um sistema de *common law* podem ser eficientes sob a ótica de incentivar comportamentos socialmente desejáveis, enquanto os de *civil law* seriam mais eficientes para evitar erros nos julgamentos.<sup>153</sup>

Usando como exemplo o caso de sujeitos que empreendem uma atividade socialmente valiosa, mas que possui o risco de causar danos a terceiros, os autores constroem o argumento de que um standard pode tornar um alto grau de cuidado por parte desse empreendedor como uma ação “socialmente eficiente”, minimizando a soma entre o custo do cuidado e das perdas causadas pelos acidentes.

Assim, um standard de prova pode tornar mais barato ao empreendedor aumentar seu investimento em prevenção para minimizar o custo final das indenizações devidas. Por outro lado, esses parâmetros podem variar ainda de acordo com outros fatores como, por exemplo, a distribuição do ônus da prova.

### 3.6 Aspectos psicológicos dos standards de prova.

Os standards de prova vêm sendo há muito objeto de estudo de outras ciências, e não apenas do direito. Em especial a psicologia vem se ocupando ao longo das últimas

---

<sup>153</sup> DEMOUGIN, Dominique; FLUET, Claude. Deterrence VS. Judicial Error. A comparative view of standards of proof. *Journal of Institutional and Theoretical Economics* (JITE), v. 161, n. 2, jun. 2005.

décadas sobre as questões de *se e como funcionam os standards de prova*, e tem obtido resultados que, ainda que não totalmente conclusivos, indicam como se dá o funcionamento dos standards de prova dentro dos processos mentais de julgamento.

### 3.6.1 Julgadores leigos e profissionais?

Para prosseguir com a análise, devemos primeiro explicitar algumas bases que serão utilizadas ao longo desta seção. A primeira delas é a ideia de que a tomada de decisões possui como base um modelo dualístico de processamento. Dentre os modelos mais populares, temos o modelo de elaboração probabilística (ELM) e o modelo heurístico sistemático (HSM)<sup>154</sup>.

Como ensinam Cláudio Torres e Elaine Rabelo Neiva<sup>155</sup>, apesar de parecerem diferentes, ambos os modelos possuem muitas similaridades. Para o primeiro, as pessoas tendem a variar a forma pela qual analisam informações baseado em sua motivação e habilidade de avaliação; se houver alta motivação e habilidade, as pessoas tendem a usar o processamento central, que atua de forma mais detalhada e controlada, e produz melhores resultados. Caso contrário, haverá o processamento periférico, que ocorre de forma mais automática e produz resultados menos confiáveis.

Sobre o modelo heurístico-sistemático, as pessoas inconscientemente internalizam “heurísticos de persuasão”, que são utilizados para análise de informações. Assim, a primeira e mais automática avaliação que é realizada se dá por meio de associações simples, baseadas em experiências anteriores. (como exemplo, os autores supracitados apontam como um heurístico a ideia de que “podemos confiar em experts”).

Em sua conhecida obra *Thinking, fast and slow* (No Brasil, *Rápido e Devagar, duas formas de pensar*), Kahneman fala na existência de dois sistemas na mente, chamados de “Sistema 1” e “Sistema 2”. Segundo o autor, o Sistema 1 opera automaticamente e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço ou senso de controle. Já o sistema dois direciona a atenção para atividades mentais que necessitam de maior esforço, como

---

<sup>154</sup> Em inglês, *Elaboration Likelihood Model* e *Heuristic-Systematic Model*.

<sup>155</sup> TORRES, Cláudio; NEIVA, Elaine Rabelo. *Psicologia Social: Principais temas e vertentes*. São Paulo: Artmed Editora, 2011. p. 197-199.

cálculos. Esse sistema realiza o que nós consideramos a análise racional e cuidadosa de informações.<sup>156</sup>

Não há grandes diferenças entre esses sistemas e os modos de processamento acima descritos. A questão mais importante aqui é a de que por mais que gostemos de acreditar que nossas decisões (juízes e advogados, professores e policiais) são essencialmente racionais, a maior parte é fundada em regras derivadas da experiência ou impressões que não necessariamente tendem a um melhor julgamento.

Além disso, mesmo que possuíssemos um sistema perfeito de análise dos elementos disponíveis para a tomada de decisões, é um fato indiscutível que os elementos de prova presentes nos autos nunca são perfeitos, o que novamente introduziria uma série de falhas em nossos julgamentos. Ou seja: O risco de erro nas decisões de fato é algo sempre concreto, tanto para leigos quanto para juízes. Caracterizada a inafastabilidade dos erros, os standards de prova surgem como uma forma do sistema de balancear suas consequências.

A maioria dos estudos sobre standards de prova se dá em modelos voltado aos júris, em razão da sua prevalência clássica como ferramenta de controle das decisões tomadas por julgadores “leigos” sobre questões de fato. Porém, como bem ressalta Damaska, ao decidir sobre questões de fato, os juízes possuem as mesmas falhas que afligem uma pessoa comum.<sup>157</sup>

A especialização da atividade do juiz (“julgar”) e sua formação jurídica, por si só, não lhes atribui uma capacidade superior de superar os vícios e concepções que afetam os processos humanos de tomada de decisões (a própria crença de que isso venha a ocorrer, por si só, é um viés psicológico comum, o *overconfidence bias*, ou “viés de excesso de confiança”).

Um exemplo interessante é o estudo realizado por Porter e Brinke sobre como os juízes avaliam credibilidade de depoentes e testemunhas. Os autores descobriram que dentre seu espaço amostral, um grande número de juízes se avaliava como “muito bom” ou “excelente” em detectar tentativas de engano.

---

<sup>156</sup> KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*. 2. ed. Nova York: Farrar, Straus and Giroux, 2013. p. 18.

<sup>157</sup> DAMASKA, Mirjan. *Evidence Law Adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997. p. 28-33.

Porém, nos testes realizados, além de altos níveis de discordância entre quais sinais eram buscados para identificar as tentativas de engano, foram identificadas inclinações dos juízes a desconfiar mais de autores do que de réus em seus depoimentos.

Segundo os autores,

tais resultados sugerem que juízes não possuem estratégias consistentes para identificar credibilidade, e exibem vieses individuais que influenciam sua percepção de sujeitos específicos. Além disso, a falta de concordância e os vieses exibidos sugerem que a avaliação de um mesmo conjunto de provas por juízes diferentes pode ser altamente variável.<sup>158</sup>

Damaska conclui também que, ao decidir sobre questões de fato, o juiz não é necessariamente diferente do jurado, a quem falta o treinamento ou a experiência adjudicatória.<sup>159</sup> Ainda, o fato de o juiz possuir certa experiência em certos tipos de julgamento, pode gerar um “aprendizado implícito”, criando preconceções que por meio de um modelo heurístico de processamento influenciam seu julgamento.<sup>160</sup>

A atuação do juiz, por vezes, pode se tornar um obstáculo a um processo mental imparcial de decisão, podendo inclusive fazer com que estes sejam influenciados por processos associativos com casos ou partes anteriores, afetando sua imparcialidade. Por essas razões, não há porque distinguir os processos mentais de decisão entre juízes especializados e julgadores leigos.

Partindo dessa premissa, as análises psicológicas de processos de decisão realizadas tanto com jurados quanto juízes serão consideradas para fim de análise no presente trabalho.

### 3.6.2 Efetividade dos standards de prova

Uma das principais objeções aos standards de prova seria a de que o convencimento é algo puramente subjetivo, e standards abstratos não teriam o condão de alterar o resultado final de um julgamento.

---

<sup>158</sup> “*These results suggest that judges hold no consistent strategies for assessing credibility, and exhibit individual biases that must influence their perceptions of specific individuals. Further, the lack of agreement and biases exhibited suggest that the evaluation of a common set of evidence by different judges could be highly variable*” (PORTER, Stephen; BRINKE, Leanne Ten. *Dangerous decisions: A theoretical framework for understanding how judges assess credibility in the courtroom. Legal and Criminological Psychology*, n. 14, p. 119-134).

<sup>159</sup> DAMASKA, Mirjan. *Evidence Law Adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997. p. 28-33.

<sup>160</sup> Sobre o chamado “sistema 1”, ou “processamento heurístico”, conferir KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*. 2. ed. Nova York: Farrar, Straus and Giroux, 2013.

Porém, diversos estudos empíricos já realizados, ainda que não totalmente conclusivos, apontam em sentido contrário. Em estudo realizado por Norbert Kerr e outros, foi constatado que dependendo da definição adotada para um standard de prova teve efeito sobre os julgamentos realizados por um grupo de sujeitos, nos quais uma definição mais rigorosa do standard diminuía o número de condenações.<sup>161</sup>

Em outro estudo, Horowitz e Kirkpatrick<sup>162</sup> forneceram a diversos grupos de jurados cinco definições diferentes do standard de prova a ser aplicado, e apresentaram a diferentes grupos diferentes versões de um caso de homicídio a ser julgado. Entre os grupos, os pesquisadores variaram as provas apresentadas entre aquelas que favoreceriam uma condenação, ou “provas fortes”, e aquelas que favoreceriam uma absolvição “provas fracas”.

Sob um standard com uma definição mais restrita, que exigia um nível mais alto de convencimento, foi constatado que nos casos em que eram apresentadas as provas “fracas” os níveis de condenação diminuía em relação aos casos onde um standard não foi definido, ou foi definido de forma menos assertiva. Nesses últimos casos, o nível de condenação entre casos com provas “fortes” ou “fracas” não variou.

Além disso, nos casos em que foram apresentadas as provas “fortes”, o aumento da rigidez do standard de prova não causou menos condenações, sugerindo que em casos com um acervo probatório sólido não há o risco de aumento de falsos negativos na aplicação de um standard mais alto de prova.

O último resultado constatado foi que nos casos em que foi aplicado o standard de prova mais rigoroso, os sujeitos discutiram as provas e as instruções dos standards de forma mais detalhada do que aqueles usando outras definições.<sup>163</sup>

---

<sup>161</sup> KERR, N. L. *et al.* Guilt beyond a reasonable doubt: effects of concept definition and assigned decision rule on the judgments of mock jurors. *Journal of Personality and Social Psychology*, 43, 1976, p. 282- 394.

<sup>162</sup> HOROWITZ, I. A.; KIRKPATRICK, L. C. A concept in search of a definition: the effects of reasonable doubt instructions on certainly of guilt standards and jury verdicts. *Law and Human Behavior*, 20, 1996, p. 655-670.

<sup>163</sup> Esses resultados são discutidos em vários trabalhos. Entre eles CHOI, Yimoon. *Jurors' Subjective Certainty and Standards of Proof: The Role of Emotion and Severity of Charge in Subjective Probability Judgment*. Dissertação de PhD. Departamento de Psicologia, Universidade de Nebraska-Lincoln, 2013. Disponível em: <<http://digitalcommons.unl.edu/psychdiss/61>>. Acesso em: 10 jun. 2016. Conferir também DHAMKI, Mandeep K. et al. Instructions on Reasonable Doubt: Defining the Standard of Proof and the Juror's Task. *Psychology, Public Policy and Law*, v. 21, maio 2015, p. 169-178.

A partir desse resultado, podemos inferir que ainda que não de forma perfeita em todas as situações, mas os standards de prova são efetivos em moldar os julgamentos sobre questões de fato.

### 3.6.3 Modelos *coarse scale* e *sliding scale*

Tanto na doutrina quanto nos diversos ordenamentos jurídicos, quando se fala em standards de prova (ou mesmo quando se trata dos standards sem nomeá-los) tende a trabalhá-los de duas maneiras distintas. Ou os standards são pré-definidos de forma estática antes do próprio julgamento, como no modelo americano e no modelo alemão, ou então este poder ser adaptado de acordo com os detalhes do caso (como defendido por Simone Trento, por exemplo).<sup>164</sup>

Clermont denomina os primeiros modelos de *coarse scales* (escalas brutas) enquanto o segundo modelo seria denominado de *sliding scale* (escala deslizante).<sup>165</sup> O primeiro modelo não permite variações mínimas de caso-a-caso, cristalizando standards que são (ou, ao menos, devem ser), amplamente distantes, permitindo clara diferenciação.

Assim, os standards verificados por Clermont são incluídos neste primeiro modelo. O autor aponta as classificações comuns de standard em três ou sete categorias distintas são uma representação intuitiva de um sistema de *coarse scales* que possuiria uma justificativa psicológica.

O segundo modelo traz em si um grau de variabilidade *interno* ao próprio standard aplicado. Assim, nos modelos de *sliding scale*, a própria preponderância da evidência poderia variar em cada caso, de acordo com as características individuais do caso em análise.

Em vez de haver uma variação entre standards distintos escolhidos pelo legislador, o próprio julgador da questão de fato teria a possibilidade de adaptar o standard aplicado no caso concreto a suas necessidades, trazendo uma maior flexibilidade.

Tanto a doutrina e a jurisprudência dominante nos Estados Unidos e na Inglaterra apontam uma preferência pelo sistema de *coarse scales*. No Brasil, temos vozes como Simone Trento que defendem um modelo mais próximo ao *sliding scale*, porque a adoção

---

<sup>164</sup> TRENTO, Simone. Os standards e o ônus da prova: suas relações e causas de variação. *Revista de Processo*, v. 226, p. 163, 2013.

<sup>165</sup> 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. 78.

do sistema tradicional “levaria a uma reaproximação a um sistema tarifado de prova, com a diferença de que agora não estão definidos em lei os meios de prova necessários para comprovar determinados fatos, mas seriam definidas – de forma estanque e sem lei – as *probabilidades* necessárias”.<sup>166</sup>

Prossegue a autora afirmando que “é preciso buscar critérios e não enquadramentos”, e que “não importa a expressão usada nos julgados (preponderância, reasonable doubt, etc.), mas as peculiaridades encontráveis nos processos e consideradas para aumentar ou abaixar o standard aplicável”.<sup>167</sup>

A ideia de um standard altamente flexível pode, por fim, acabar por inutilizá-lo. Primeiramente, quanto à alegação de que haveria um retorno ao sistema de “prova tarifada”, não há base para tal afirmação. Como colocado anteriormente, um sistema de standards de prova, onde os standards representem graus de convencimento, só pode realmente existir fora de um sistema de prova tarifada.

Quanto à ideia de que “não importa a expressão usada nos julgados”, trata-se de uma afirmativa verdadeira, mas que não reforça o argumento trazido pela autora. Enquanto é verdade que o *nomen juris* utilizado no standard não produz por si só uma diferença em sua aplicação, estudos apontam que mudanças nas instruções e definições utilizadas têm um impacto positivo na compreensão e aplicação dos standards.<sup>168</sup>

Sobre a ideia de “critérios, e não enquadramentos”, Clermont traz em sua obra fundamentos psicológicos para uma crítica aos sistemas de *sliding scale*. Em primeiro lugar, porque o mecanismo humano de processamento cognitivo não é equipado para adequadamente registrar pequenas diferenças em categorias abstratas como o convencimento. Segundo Mitchell Berman:

Psicólogos não têm certeza acerca do nível de nuances presente nos julgamentos de convencimento humanos. Não há dúvida de que a escala de convencimento humana não é calibrada em centenas; excluindo jogos de azar e contextos similares em que internalizamos probabilidades frequentistas, seria bizarro alegar

---

<sup>166</sup> TRENTO, Simone. Os standards e o ônus da prova: suas relações e causas de variação. *Revista de Processo.*, v. 226, dez. 2013, p. 164.

<sup>167</sup> *Ibid.*, p. 165.

<sup>168</sup> TANFORD, J. Alexander. *The Law and Psychology of Jury Instructions*, 69 Neb. L. Rev. (1990) Disponível em: <<http://digitalcommons.unl.edu/nlr/vol69/iss1/4>>. Acesso em: 10 nov. 17.

estar, digamos, .58 convencido acerca de p. Além disso, porém, cerca de tudo no que os psicólogos concordam é que, entre os polos de estar ‘certo’ que uma proposição é verdadeira e estar precisamente em ‘equilíbrio’ [entre verdadeiro ou falso], humanos podem diferenciar apenas entre categorias limitadas de convencimento subjetivo, frequentemente agrupando seus julgamentos em grupos mais amplos como mais provável que não, altamente provável e quase certo.<sup>169</sup>

A pesquisa em outras áreas de tomada de decisão corrobora essa hipótese (ainda que em seus estágios iniciais). A pesquisa de George Armitage Miller<sup>170</sup>, por exemplo, concluiu que existem limites para o processamento de informação, limitando o número de categorias que as pessoas podem julgar de forma efetiva.<sup>171</sup>

Pesquisadores da Universidade do Texas realizaram um experimento no qual avaliaram a capacidade de uma série de voluntários acerca de realizar julgamentos estatísticos. A hipótese inicial era a de que ao analisar probabilidades e realizar julgamentos, as pessoas utilizam uma escala interna, com um número limitado de níveis, em vez de utilizar um sistema mais detalhado.<sup>172</sup>

Os resultados obtidos aparentam confirmar a hipótese inicial: Ao realizar a análise na escala mais “bruta” (*coarser scale*), os voluntários tiveram um grau de correção mais alto do que ao tentar analisar as probabilidades em uma escala mais “refinada” (*finer scale*), onde os resultados eram consistentes com palpites. Em todos os casos, a probabilidade *a priori* de acertos e erros era a mesma.

Especificamente quanto aos standards de prova, David Schwarz e Christopher Seaman apontaram em seu estudo que a tentativa de realizar uma pequena modificação em

<sup>169</sup> “Psychologists are uncertain just how nuanced human confidence judgments actually are. No doubt the human confidence scale is not calibrated in hundredths: outside of games of chance and similar contexts in which we internalize frequentist probabilities, it would be bizarre to claim to be, say, .58 confident that p. Beyond that, however, about all that psychologists are agreed upon is that, between the poles of being “certain” that some proposition is true and being precisely in ‘equipoise,’ humans can reliably distinguish only among limited categories of subjective confidence, frequently grouping their judgments in such broad clusters as more likely than not, very likely, and almost certain” (BERMAN, Mitchell N. Replay, 99 Cal. L. Rev. 1683 (2011). p. 1.711. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol99/iss6/6>>. Acesso em: 29 out. 2017.

<sup>170</sup> MILLER, George A. The Magical Number Seven, Plus or Minus Two: Some Limits on Our Capacity for Processing Information. *The Psychological Review*, 1956, v. 63, p. 81-97. Disponível em: <<http://www.musanim.com/miller1956/>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

<sup>171</sup> 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. 62-63.

<sup>172</sup> A metodologia e os resultados podem ser analisados de forma mais detalhada no seguinte artigo: SUN, Yanlong et al. Probabilistic Judgment by a Coarser Scale: Behavioral and ERP Evidence. *Proceedings of the Twenty-sixth Annual meeting of the Cognitive Science Society*, 2004. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.306.9799&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2017.



um standard mais elevado (*clear and convincing evidence*) acabou, na prática, por levar os jurados a aplicar um standard de preponderância da evidência.<sup>173</sup>

Esses experimentos, além da prática comum dos standards de prova (que, como muitas outras práticas acerca da prova, acabam por refletir entendimentos acerca dos processos psicológicos envolvidos, como apontam Michael J. Saks e Barbara Spellman<sup>174</sup>) reforçam as conclusões de Clermont de que os julgadores de questões de fato em geral não são capazes de trabalhar com pequenas variações nos standards de prova.

Dessa maneira, a escolha que a grande maioria dos sistemas faz por standards pré-definidos, em uma escala “bruta”, é *prima facie* consistente com o resultado de diversos estudos sobre o processamento de informações e tomada de decisões.

Trata-se de um tema complexo, que necessita de mais estudos, mas que parece justificar a prática existente acerca dos standards de prova a partir de categorias mais gerais (porém necessariamente definidas de forma clara, para maior efetividade), em vez de adotar um modelo que permita modificações mínimas, que o julgador não é capaz de entender ou aplicar efetivamente.

### 3.7 Particularidades ou generalidades?

Verificamos aqui alguns dos fundamentos utilizados para justificar a aplicação de standards de prova por duas vertentes distintas: sua perspectiva política, demonstrando os fins que se pode buscar atingir com a aplicação dos standards; e sua perspectiva psicológica, demonstrando que, se aplicados, estes possuem um grau de eficácia concreta. Em ambos os casos, as premissas utilizadas são amplamente universalizáveis. Os diversos objetivos políticos-normativos dos standards de prova estão também presentes nos ordenamentos de *civil law*, e no ordenamento brasileiro, ou podem, no mínimo, vir a ser adotado. Não há qualquer tipo de particularidade que faça com que as funções de prevenir

---

<sup>173</sup> SCHWARTZ, David L.; SEAMAN, Christopher B. *Standards of Proof in Civil Litigation: An Experiment from Patent Law*, 26 Harv. J. L. & Tech. 429 (2013).

<sup>174</sup> SAKS, Michael J.; SPELLMAN, Barbara. *The psychological foundations of evidence law*. New York: New York University Press, 2016. p. 1.

certos erros judiciais, ou minimizar seus custos, sejam exclusivos ou característicos da *common law*.

Mais ainda se dá na justificativas psicológicas apresentadas. Essas se baseiam em estudos e experimentos realizados em cenários multiculturais, que, apesar de apresentar algumas variações, são amplamente aplicáveis aos seres humanos como um todo. Não há evidência nenhum tipo de especialização dos julgadores brasileiros que os impeça de cometer erros, ser afetado por vieses, ou registrar as escalas de julgamento de formato diferente.

Por fim, percebemos que as justificativas que os pesquisadores do direito e de demais áreas apresentam para os standards de prova, seja sob uma perspectiva político-normativa quando por uma perspectiva psicológica não são especialmente ligados aos seus sistemas; em verdade, são altamente generalizáveis, seja porque aplicam considerações políticas que refletem escopos existentes (ou que podem ser adotados) nos sistemas de *civil law*.

Se essas justificativas são aplicáveis ao nosso direito, tratando de problemas que também são presentes em nossa sociedade, os standards são também, em tese, aplicáveis. Essa tese só é reforçada pelo fato de que, como veremos adiante, o direito brasileiro já possui seus próprios standards definidos em alguns casos, além de haver previsão doutrinária de outros mais.

## 4 STANDARDS DE PROVA NO DIREITO BRASILEIRO

### 4.1 Existem standards de prova no direito brasileiro?

Como foi exposto acima, o direito brasileiro, com sua formação de *civil law*, possui uma aversão ideológica, que remete à época da revolução francesa, à ideia de um parâmetro que possa de alguma forma servir como algum tipo de baliza ao juiz para a formação de seu convencimento acerca de questões de fato.

Apesar de já haver uma evolução na análise do tema do convencimento judicial na análise da prova,<sup>175</sup> a análise dos standards de prova enquanto instituto jurídico, e sua existência e aplicação no direito brasileiro ainda caminha a passos modestos. Por essa razão é necessária a análise a ser realizada.

Nos capítulos anteriores pudemos além de estabelecer conceitos básicos, definir standards de prova a partir da identificação de seus elementos essenciais, além de seus fundamentos de ordem política e psicológica que são aplicáveis, em tese, ao direito brasileiro. Nossa hipótese é que existem parâmetros de decisão com as mesmas características em nosso ordenamento, com fundamentos e objetivos também similares, demonstrando a aplicabilidade, da categoria dos standards de prova ao direito brasileiro.

Porém, se há essa compatibilidade entre os standards de prova e o direito brasileiro, inclusive quanto a suas bases e objetivos, e em face da miríade de institutos que envolvem a análise de prova e decisões sobre diversos temas, é possível que os standards de prova não sejam tão alienígenas ao direito brasileiro quanto parecem à primeira vista.

Assim, o presente capítulo presente analisar diversos institutos do direito brasileiro envolvendo prova, cognição e convencimento, e efetuar uma comparação com os standards de prova, para identificar suas semelhanças e diferenças, e possivelmente identificar standards de prova já existentes no direito brasileiro, ainda que sob outra denominação.

---

<sup>175</sup> Dentre outros, podemos citar: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007; COSTA, Guilherme Recena. Livre Convencimento e Standards de Prova. In: YARSEHLL, Flávio Luiz; ZUFELATO, Camilo (Org.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

Por último, após a análise desses standards e sua aplicação, poderemos tentar diferenciar o standard comum aos casos cíveis em relação aos standards diferenciados para casos especiais.

#### **4.2 O *fumus boni iuris*, o *periculum in mora*, e a verossimilhança da alegação antes do novo CPC**

Até para que se possa acompanhar a evolução dos institutos que, no novo CPC, são denominados coletivamente de tutela provisória, nossa análise se iniciará pela análise do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* enquanto requisito da tutela cautelar.

Enquanto a decisão acerca do *periculum in mora* é, fundamentalmente, uma decisão sobre questão de fato, isso não quer dizer que também a decisão acerca do *fumus boni iuris* não inclua questões de fato. Afinal, para analisar a existência do *fumus* não se restringe à existência do direito objeto da ação principal em tese, mas também na análise, ainda que provisória e por meio de cognição sumária,<sup>176</sup> de seu suporte fático.

O Código de Processo Civil de 1973, a exemplo do código de 1939, traz em seu texto uma formulação genérica do *fumus* e do *periculum* que viriam a ser moldadas pela doutrina. O Decreto-Lei 1.608/39 fala da possibilidade da determinação de medidas preventivas quando for “provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, no direito de uma das partes”.

Já o Código de 1973 fala na determinação das medidas provisórias que julgar adequadas “quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”. Ambas as categorias foram amplamente influenciadas pelas definições de *fumus* e *periculum* advindas do direito italiano.

Liebman sintetiza a definição de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* ao descrever o primeiro como “a provável existência de um direito cuja tutela se pede no processo principal” e o último como “a verossimilhança de um *perigo* que possa vir a tornar impossível ou mais difícil a tutela do direito”.<sup>177</sup> Apesar de não haver eficácia declaratória,

---

<sup>176</sup> Utiliza-se aqui a definição de cognição sumária descrita por Kazuo Watanabe, segundo a qual “o vocábulo ‘sumária’ ficou reservado, unicamente, à *cognição superficial* que se realiza em relação ao objeto cognoscível constante de dado processo. Portanto, traduz a ideia de limitação no plano vertical, no sentido da profundidade” (WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 128).

<sup>177</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 278.

a verificação desses requisitos é a verificação de “pressupostos de fato”<sup>178</sup>, sendo, necessariamente, uma decisão acerca de questões de fato.

Essa verificação da *probabilidade* se contrapõe na visão do autor ao escopo de “descobrir a verdade relativamente às circunstâncias de fato relevantes para a causa”, típico do processo de conhecimento. Há então, uma distinção entre a verificação da questão de fato no processo cautelar e no processo de conhecimento.

Como ensina Ovídio Baptista, a expressão *fumus boni iuris* apesar haver se formado no direito medieval traduz um conceito que era amplamente utilizado já no direito romano, sendo comum a todos os processos que denomina “sumários”. Para o autor, o *fumus boni iuris* se caracteriza por um juízo de verossimilhança (utilizando em outros trechos o termo *plausibilidade*) peculiar a qualquer tipo de *summaria cognitio*.<sup>179</sup> Prossegue posteriormente tratando o *fumus* como a “aparência do direito invocado”, sendo a cautelar uma forma de tutela jurisdicional da simples aparência.

É interessante para limitar o conceito do *fumus boni iuris* adotado pelo autor que este o contrapõe em certos momentos a uma “busca exauriente da verdade” à qual é abdicada em razão da limitação dos meios probatórios decorrente da cognição sumária,<sup>180</sup> e em outros a uma “indiscutível evidência” do direito, que seria apta a legitimar a tutela definitiva e satisfativa.

Já o *periculum in mora* (ou *risco de dano iminente*, como prefere denominar o autor), seria a razão pela qual se limitaria a cognição para que pudesse haver a tutela cautelar em face apenas de um direito *provável*.<sup>181</sup> Ao falar de *risco de dano iminente* o autor está novamente a falar de uma probabilidade, já que o *risco do dano* pode ser descrito pela *probabilidade* (e não necessariamente uma *certeza* ou *indiscutível evidência*) de que o fato causador do dano venha a ocorrer.

Uma posição um pouco distinta pode ser verificada na doutrina de Humberto Theodoro Júnior, que apesar de admitir que na análise do *periculum in mora* há uma

---

<sup>178</sup> Ibid., p. 279.

<sup>179</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 28.

<sup>180</sup> Ibid., p. 166-169.

<sup>181</sup> Ibid., p. 81.

decisão sobre fatos (logo, uma questão de fato a ser resolvida, via de regra, por meio de alguma prova), segue orientação distinta ao tratar do *fumus boni iuris*.

Seguindo o posicionamento de que o *fumus boni iuris* se limita à análise apenas quanto ao *direito de ação* referente ao processo principal, o autor mineiro conclui que exceto em casos de petições ineptas e liminarmente indeferíveis “há sempre algum vestígio de bom direito que, em princípio, se faz merecedor das garantias da tutela cautelar”.<sup>182</sup>

Nesse caso, a análise do *fumus boni iuris* não se realiza a partir da análise de questões de fato, que demandam atividade probatória (ainda que sumária); a cognição se daria apenas com base nas alegações constantes da petição inicial, enquanto a instrução nas ações cautelares se restringiria à verificação dos *periculum in mora*.<sup>183</sup>

O que os posicionamentos acima, em grande parte trazem em comum é a ideia de que há parâmetros a serem utilizado pelo juiz para decidir sobre as questões de fato que são inerentes ao processo cautelar (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*), porém de maneira distinta, prevista em lei.<sup>184</sup>

Há diversas razões pelas quais essa sumariedade pode ser necessária, e nem todas elas ligadas à urgência. A simplicidade de uma demanda, a necessidade de prestigiar certos instrumentos jurídicos e econômicos,<sup>185</sup> assim como a própria urgência em razão da iminência de dano podem justificar a adoção de mecanismos de sumarização do processo.

Porém, a sumarização dos procedimentos não necessariamente leva à diminuição do standard de prova. A sumarização pode ser efetuada de diversas maneiras; seja por meio da adoção de presunções (que, como explicado acima, não alteram o standard de prova),

Em todos os autores acima estudados, o *periculum in mora* necessário à concessão da tutela cautelar autoriza a adoção de uma cognição sumária, que impossibilita o exame detalhado de provas, e a formação da convicção do juiz segundo parâmetros normais do processo de conhecimento. Apesar de possuir uma razão de política legislativa distinta dos standards de prova mais comuns na *common law* trata-se, ainda assim, de um standard de prova.

---

<sup>182</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. vol. II, p. 518-519.

<sup>183</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 18. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitário de Direito, 1999. p. 73-74.

<sup>184</sup> Nos mesmos termos gerais é pacífica a jurisprudência brasileira, ainda que possa haver divergência em relação a esses detalhes. No mesmo sentido MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>185</sup> Como, por exemplo, as ações monitorias ou as execuções extrajudiciais referentes a alienações fiduciárias.

A primeira característica de um standard de prova é a existência de parâmetro de convencimento judicial sobre questões de fato. Contidos na análise dos requisitos para a cautelar sempre encontraremos possíveis questões de fato: quanto ao *fumus*, temos os fatos constitutivos do direito objeto da ação principal, cuja probabilidade se deve alegar (e demonstrar); em relação ao *periculum*, temos a própria existência do risco que se alega (ou, mais exatamente, os fatos que geram uma probabilidade de dano).

E, na doutrina, a verificação do *periculum in mora* é sempre colocada como requerendo um grau de convicção inferior àquele verificado para a verificação dos fatos no processo comum, o que é demonstrado pela utilização de conceitos como *probabilidade* e *verossimilhança*, normalmente contrapostos a outros como *certeza* ou *evidência*, que caracterizam um grau de convencimento maior.

Então, mesmo que não tenha sido essa a intenção do legislador, a construção doutrinária e jurisprudencial acerca desses conceitos acabou por transformá-los em verdadeiros standards de prova.

Note-se que existem divergências em como classificar as diferenças nas gradações de probabilidade e verossimilhança, mas na concepção mais tradicional, utilizada dentre os autores acima citados, estes sempre são utilizados para representar um nível inferior à certeza ou ao convencimento.

Nesse sentido, Kazuo Watanabe descreve diversos exemplos, ao final adotando a classificação de Calamandrei e concluindo que, “em razão da função que cumpre a cognição sumária, (...) o grau máximo de probabilidade é excessivo, inoportuno e inútil ao fim que se destina”.<sup>186</sup>

Já quanto à demonstração do *periculum in mora*, também não é necessário demonstrar que o evento danoso virá a ocorrer em um grau de *certeza* ou *convencimento elevado*, mas apenas sua verossimilhança, como se referiu Liebman. O risco do dano que deve ser demonstrado a partir de fatos presentes e sua relação com fatos futuros, também

---

<sup>186</sup> WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 134.

só pode ser verificado a partir de um juízo de verossimilhança, de convicção reduzida em relação às hipóteses “normais”.<sup>187</sup>

Assim, a ideia de *fumus boni iuris e periculum in mora* trazem em si um parâmetro (nesse caso específico, um parâmetro mais baixo) para que o juiz decida sobre questões de fato no processo judicial. Por meio da adoção desse parâmetro mais baixo, o ordenamento jurídico busca a diminuição de um risco específico (falso negativo), que é justamente a ocorrência “lesões graves ou de difícil reparação” que a tutela cautelar visa prevenir.

Erros na análise das questões de fato (que, como explicado acima, são uma contingência previsível em todo ordenamento jurídico) podem gerar falsos positivos e negativos. Se adaptado de uma maneira simplificada para a tutela cautelar, isso gera dois resultados principais: a cautela concedida sem a presença dos requisitos (falso positivo), ou a cautela denegada apesar da presença dos requisitos (falso negativo).

Em casos de falso positivo, passível de constatação ao fim do processo, existem medidas na própria lei para minimizar os efeitos desse erro: a providência cautelar é via de regra reversível (um dos requisitos principais para a concessão da tutela cautelar é a reversibilidade da medida), e aquele que requereu a medida responde objetivamente por todos os prejuízos causados, nos próprios autos.

Porém, em caso de falso negativo, uma das partes sofrerá um dano irreparável ou de difícil reparação (não havendo a possibilidade de retorno ao *status quo ante* que o falso positivo mantém), e/ou a própria tutela objeto do processo principal pode vir a perder seu objeto.

Por razões de política legislativa, nesse caso o falso negativo é considerado uma consequência mais desfavorável à sociedade e ao ordenamento do que o falso positivo. Por essa razão, a adoção de um standard de prova supostamente mais baixo, diminuindo o risco de falsos negativos é justificada, enquanto as consequências dos falsos negativos, além de menos prejudiciais, são mitigadas de outras maneiras.

Assim, a doutrina acerca da tutela cautelar, reconhecendo uma exigência superior de convencimento aos julgamentos de mérito (de maneira semelhante à posição do direito alemão estudada anteriormente, ainda que sem uma definição clara), buscou “reequilibrar” a balança; assim, privilegiou a concessão das tutelas de urgência, reduzindo o risco de falsos negativos, e mitigou seus efeitos de outras maneiras.

---

<sup>187</sup> Nesse sentido, ao tratar da prova da ameaça nas ações inibitórias, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 285.



### 4.3 A verossimilhança da alegação

Além dos requisitos analisados nos tópicos anteriores, outras categorias comuns no processo civil podem ser analisadas sob a ótica dos standards de prova. Apesar de não diferirem substancialmente em seu conteúdo daqueles apontados acima, estes possuem uma formulação distinta, decorrente de reformas na legislação processual.

Por meio da Lei 8.052/94, foi introduzido no Código de Processo Civil de 1973 o instituto da antecipação dos efeitos da tutela, tendo como requisitos a “verossimilhança da alegação”, o “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, ou o “abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”. Antes disso, a ideia de verossimilhança poderia ser encontrada no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

A doutrina tomou como base os já familiares conceitos da tutela cautelar para construir sua posição acerca desses novos requisitos. Quanto à verossimilhança necessária para a antecipação de tutela, Marinoni em sua obra *Antecipação de Tutela* defendia que nas hipóteses do art. 273 “o juiz está autorizado a decidir com base na convicção da verossimilhança preponderante”.<sup>188</sup>

Segundo o autor a verossimilhança preponderante funciona da seguinte forma:

O ônus da prova constituiria o ponto central dessa régua, e assim não pesaria sobre nenhuma das partes; a parte que conseguisse fazer a régua pender para o seu lado, ainda que a partir de um mínimo de prova, deveria ganhar a causa, quando então prevaleceria o princípio da verossimilhança preponderante.<sup>189</sup>

A partir dessas descrições percebemos que se trata, de forma praticamente integral, de uma descrição do standard da preponderância da evidência tão comum à *common law*. Nesse trabalho, este standard de preponderância é contraposto a um standard mais elevado de “convicção da verdade” (sendo este o parâmetro aplicável para as decisões de mérito), o

---

<sup>188</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 171.

<sup>189</sup> *Ibid.*, p. 169.

que mais uma vez demonstra a coexistência de parâmetros distintos de convencimento para as decisões judiciais nos casos cíveis.

O caráter da verossimilhança da alegação como standard de prova fica ainda mais claro a partir da análise da doutrina sobre o Código de Defesa do Consumidor. Watanabe, nos comentários redigidos pelos autores do anteprojeto, bem verificou que nas hipóteses de verossimilhança não havia verdadeira inversão *ope legis* do ônus da prova. Confira:

O dispositivo prevê duas situações distintas: a) verossimilhança da alegação do consumidor e b) hipossuficiência do consumidor. Na primeira situação, na verdade, não há uma verdadeira inversão do ônus da prova. O que ocorre, como bem observa Leo Rosenberg, é que o magistrado, com a ajuda das máximas de experiência, e das regras da vida, considera produzida a prova que incumbe a uma das partes.<sup>190</sup>

O próprio autor reconhece que não se trata de uma “hipótese autêntica de inversão”, porque nada mais é que a variação do ônus da prova que é intrínseca ao processo: ao réu só cabe o ônus (no aspecto subjetivo) da contraprova se o autor houver se desincumbido do seu ônus; e a verossimilhança, enquanto standard de prova, é o suficiente para essa desincumbência.

Esse posicionamento, tratando da redução do standard de prova em vez de uma complexa inversão de ônus, encontra eco também na obra de Gerhard Walter. Para o autor, em vez de se falar em uma presunção judicial (que, ao fim, possui a função de inverter o ônus da prova), seria melhor exigir “una prueba menor que la necesaria para llegar al convencimiento de la verdad, y por que razones. Entonces no solo resultaria innecesaria toda la intrincada problemática en torno a las reglas de experiencia”.<sup>191</sup>

Então, tratando-se de um padrão inferior ao comum para que seja verificado como provado um fato (i.e. para que a proposição de fato seja considerada verdadeira), percebemos que a verossimilhança da alegação constitui também verdadeiro standard de prova no direito brasileiro.

#### 4.4 A probabilidade do direito

---

<sup>190</sup> WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. I., p. 8-9.

<sup>191</sup> WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis, 1985. p. 239. Discorrendo sobre tal posição, para ao fim duvidar de sua importância prática, cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 249.

Ainda quanto às tutelas de urgência, temos no novo CPC a retirada do requisito da verossimilhança da alegação e a inclusão do requisito da *probabilidade do direito* em seu artigo 300. Porém, apesar da mudança do *nomen juris*, houveram poucas modificações de fato na compreensão do standard. Segundo Mitidiero:

a probabilidade que autoriza o emprego da técnica antecipatória para a tutela dos direitos é a probabilidade lógica – que é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável que hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos.<sup>192</sup>

Trata-se, como vimos, de uma adoção quase que integral do standard da preponderância da evidência, assim como na verossimilhança do art. 273 do Código Anterior. Nesse caso, as mesmas considerações acerca da sumariedade da cognição e revogabilidade da tutela que foram expostas no tópico acerca do *fumus boni iuris* se aplicam.

#### 4.5 As tutelas de urgência e a preponderância da evidência

Como verificado, desde o Código de Processo Civil de 1939, persiste na doutrina a adoção de um standard diferenciado, alegadamente inferior ao standard normal aplicado em casos cíveis, para a concessão de tutelas de urgência.

Seja sob a denominação do *fumus boni iuris*, da verossimilhança da alegação, ou da atual probabilidade do direito, não houve alteração significativa do conteúdo do standard (o que pode ser verificado a partir de como a doutrina os têm enfrentado). Porém, um fato interessante é que doutrinadores contemporâneos chegaram a igualar tal standard à preponderância da evidência dos sistemas de *common law*.

---

<sup>192</sup> MITIDIERO, Daniel. Comentário ao art. 300. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 782.

Assim, autores como Marinoni<sup>193</sup> e Mitidiero<sup>194</sup> têm tratado tanto a antiga verossimilhança do Código de Processo Civil de 1973 quanto a atual probabilidade do direito do Código de Processo Civil de 2015 como exigindo um “módulo de prova” correspondente à preponderância da evidência (ou verossimilhança preponderante).

Sua fundamentação para tal, porém, não parecem claras o suficiente. Marinoni argumenta sobre a justificativa da convicção de verossimilhança que “as exigências postas pelas novas situação de direito material ampliaram o poder decisório do juiz, que agora pode decidir no curso do processo apenas com base em convicção de verossimilhança”<sup>195</sup>. Porém, ao prosseguir no tópico acerca de como justificar a adoção desse standard, acaba por tratar apenas da fundamentação de tais decisões.

Mitidiero escreve que a tutela de urgência, enquanto distribuição de um risco processual deve ser suportado pela parte que provavelmente (no sentido da verossimilhança preponderante) não tem razão na sustentação de sua posição jurídica.<sup>196</sup>

Tais posicionamentos parecem trazer uma ideia intuitiva: de que a probabilidade em qualquer grau pendente para um dos lados é suficiente para a distribuição dos riscos do processo por meio da tutela de urgência.

Esse posicionamento é corroborado pela mesma estrutura lógica que foi apontada no item acerca dos fundamentos normativos do standard da preponderância da evidência, a partir das teses de Kaye e Clermont.

Em nosso sistema, quando da decisão final, há razões políticas e culturais que aparentam exigir o que os autores chamam de “convicção de verdade”.<sup>197</sup> Marinoni fala que “o direito não consegue se livrar do peso da ideia de que o juiz, para aplicar a lei ao caso concreto, deve estar iluminado pela verdade”.<sup>198</sup> Taruffo fala que a ideia da verdade dos fatos é “condição necessária para uma decisão precisa, legítima, e justa”.<sup>199</sup> Porém, nas tutelas de urgência, as razões políticas e culturais que exigiriam que as decisões fossem baseadas em uma “convicção da verdade” são mitigadas.

---

<sup>193</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 177-179.

<sup>194</sup> MITIDIERO, Daniel. Tendência em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. *Revista de Processo*, v. 197, p. 43.

<sup>195</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 177.

<sup>196</sup> MITIDIERO, Daniel. Tendência em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. *Revista de Processo*, v. 197, p. 49.

<sup>197</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 96.

<sup>198</sup> *Ibid.*, p. 97-98

<sup>199</sup> TARUFFO, Michelle. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 23.

Em primeiro lugar, pela *sumariedade* do processo, que impede que se desenvolva o contraditório. Assim, haveria “uma limitação natural derivada da postecipação do contraditório”,<sup>200</sup> que impediria se atingir o fim de “legitimidade” que fundamenta a exigência de uma convicção de verdade.

Em segundo lugar, a *provisoriedade* da tutela diminuiria o custo total final dos erros, já que estes poderiam ser “corrigidos” antes do fim do processo. Além disso, o fato de não se constituir a coisa julgada (não se considerando aqui as condições especificar acerca da estabilização) retira muito peso das preocupações acerca da “legitimidade” e “justiça” da decisão.

Por último, a própria distinção da *função* da tutela antecipada, se visualizada perante o viés do próprio ordenamento jurídico, também seria distinto. Não havendo um peso maior da função abstrata de “dizer o direito”, ou “fazer justiça”, mas focando na função da tutela de urgência de “distribuir o ônus do tempo do processo”, a alocação geral dos riscos se torna mais relevante do que a prevenção de um certo tipo de erro.

Assim, a função “equalizadora” das tutelas provisórias, de distribuir entre as partes os custos e riscos decorrentes do tempo do processo, é compatível com o fundamento normativo da preponderância da evidência: se os erros são inevitáveis, e não há razões para que uma das partes os suportem preferencialmente, o ordenamento então busca *minimizar o custo total desses erros*, por meio da adoção da preponderância da evidência.

Isso não quer dizer que necessariamente se deva adotar tal standard para as tutelas de urgência. O legislador poderia ter adotado um standard mais alto ou mais baixo, dependendo de como desejasse distribuir os riscos e custos decorrentes do tempo do processo.

O que se buscou demonstrar é que a adoção do standard da preponderância da evidência é compatível, inclusive sob sua justificação normativa, com os objetivos do sistema de tutelas provisórias de urgência do direito brasileiro.

#### **4.6 Processos sancionadores**

---

<sup>200</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 107.

Além dos standards de prova previstos para a concessão das tutelas provisórias, de caráter eminentemente processual, temos também discussões acerca da adoção de standards distintos em razão das peculiaridades do direito material. Nesse sentido, um ponto de análise são os chamados processos sancionadores, como aqueles previstos na Lei de Improbidade Administrativa, e alguns inclusos na área eleitoral.

As chamadas “ações de improbidade” ou “ações civis públicas por atos de improbidade administrativa”, possuem caráter um tanto distinto das demais ações civis públicas por possuírem um caráter eminentemente *sancionador*, em contraposição à atuação preventiva e reparadora de danos que temos nas ações civis públicas comuns.

Enquanto alguns autores chegam a classificá-la como tendo uma verdadeira natureza *penal*,<sup>201</sup> mesmo aqueles que refutam tais colocações admitem que sua classificação foge das ações civis comuns. Nesse sentido temos Guilherme Recena Costa que apesar de não considerar como penal o caráter da improbidade, “são aplicáveis, na ação civil de improbidade, normas típicas do direito penal e processual penal”.<sup>202</sup>

Haveria então a discussão: o standard aplicável para a condenação nas ações de improbidade administrativas seria o mesmo das ações cíveis comuns, mesmo havendo aspectos penais ou quasi-penais como a presunção de inocência em jogo?

Primeiro há de se verificar que esse caráter sancionatório, ou quasi-penal, apesar de preponderante não é total; existe nas ações de improbidade uma verdadeira cumulação de ações, quando se tratar de pedidos sancionatórios e ressarcitórios.<sup>203</sup> Essa distinção então, se aplicaria apenas aos capítulos sancionatórios.

Quanto a estes, não há uma definição pacífica na doutrina e jurisprudência do standard aplicável. Artur Carpes, por exemplo, alega que apesar do caráter sancionador, não se revelaria adequada a utilização do standard “além da dúvida razoável” para a formação do convencimento do julgador em ações de improbidade administrativa.

Prossegue o autor alegando ser aplicável então o modelo da “prova clara e convincente” que foi analisado acima “no qual a parte tem que convencer o julgador de

---

<sup>201</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 705-707.

<sup>202</sup> COSTA, Guilherme Recena. A ambivalência da ação de improbidade administrativa e sua conformação processual. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. *Improbidade Administrativa: Aspectos processuais da Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 242-243.

<sup>203</sup> *Ibid.*, p. 240.

que a verdade de sua proposição é altamente provável, mais do que simplesmente ‘mais provável que não’, como ocorre com o modelo da mera ‘preponderância de prova’.”<sup>204</sup>

Assim, “o convencimento do juiz deve restar formado a partir de elementos probatórios que, embora estejam a superar aqueles necessários à formação da convicção para a condenação civil, se encontram aquém daqueles suficientes para determinar a condenação de natureza penal”.<sup>205</sup> Posição semelhante é defendida por Danilo Knijnik, para quem se aplica de forma semelhante ao modelo americano para os processos administrativos sancionadores.<sup>206</sup>

Porém, para que o argumento construído pelo autor se sustente, o sistema brasileiro de standards de prova em casos cíveis deveria ser semelhante ao modelo americano (o que, não é necessariamente verdade). Para que a prova *clara e convincente* pudesse exercer a função defendida pelo autor, o padrão comum para os casos cíveis deveria ser o da preponderância da evidência (ou algum próximo a este).

Se analisarmos pelo viés das tutelas de urgência, porém, o cenário parece distinto. As construções semelhantes à preponderância são em vários casos utilizadas como um *standard mais baixo de prova*, e sempre em confronto com o standard comum de julgamento dos casos cíveis.

Há também parte da doutrina que chega a defender a aplicação do critério da dúvida razoável às ações de improbidade. Marcos Vinicius Pinto defende que:

a improbidade administrativa é um processo de natureza cível em que se aplica a presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII, da CF/88) geralmente observada no processo penal, ou seja, trata-se de processo cuja improcedência se opera *prima facie*. Por essa razão, o rigor com a prova já se volta, inicialmente, para quebrar a presunção e, por sua altíssima probabilidade, demonstrar que ocorreu o fato tido como ensejador da sanção.<sup>207</sup>

---

<sup>204</sup> CARPES, Artur Thompsen. O direito fundamental ao processo justo: notas sobre o modelo de constatação nos processos envolvendo as ações de improbidade administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. *Improbidade Administrativa: Aspectos processuais da Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 56.

<sup>205</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>206</sup> KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

<sup>207</sup> PINTO, Marcos. Reflexões sobre improbidade administrativa, ônus da prova, modelos de constatação e nota sobre o NCPC. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lias Carolina Batista; EID, Elie

Esse posicionamento é também defendido por Paulo Henrique dos Santos Lucon e Guilherme Recena, para quem o princípio do *in dubio pro reo* presente no âmbito da ação de improbidade administrativa impõe ao juiz que aplique o modelo de constatação inerente ao processo penal, ou seja, a *prova além da dúvida razoável*.<sup>208</sup>

Lucon defende também a aplicação do standard além da dúvida razoável nos processos sancionadores eleitorais, em razão da possibilidade “levar à restrição de direitos fundamentais do administrado (suspensão de direitos políticos e perda de mandato eletivo, por exemplo)”.<sup>209</sup>

Em nossa opinião (que chega a fugir do tema principal do presente trabalho), não havendo disposição expressa, o standard da dúvida razoável é o mais apropriado para aplicação em relação aos capítulos sancionatórios da ação de improbidade administrativa.

A presunção de inocência não se caracteriza em mera regra de distribuição do ônus da prova. Tal princípio, como adotado no direito brasileiro, inclusive com caráter constitucional expresso, possui uma carga política que vai além da mera distribuição de risco dentro de um processo. Tal presunção traz consigo uma carga ideológica que traduz o mesmo objetivo político que embasa o standard além da dúvida razoável: a prevenção de condenações errôneas (i.e. falsos positivos).

A presunção constitucional de inocência é suficiente para a adoção desse standard, já que além de sua função mais ordinária de inversão de ônus da prova, neste caso é indiscutível que a presunção de inocência traz em si um significado intrínseco que aumenta o standard de prova aplicável, como já decidiu a Suprema Corte Americana.<sup>210</sup>

O fato é que o legislador foi ausente em fixar um standard de prova para a ação de improbidade administrativa. E este poderia, dentro de suas atribuições ter realizado sua fixação em qualquer um dos modelos acima expostos. A discussão se acirra em razão desse vácuo legislativo.

---

Pierre. (Org.). *Garantismo Processual*: garantias constitucionais aplicadas ao processo. 1.ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. v. 1, p. 361-393.

<sup>208</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Guilherme Recena. A prova e a responsabilidade de terceiros contratantes com o Poder Público na ação de improbidade administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. (Org.). *Improbidade administrativa*: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 371-372.

<sup>209</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Compra de votos, direito sancionador e ônus da prova. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Org.). *O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil*. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. v. 1, p. 307-316.

<sup>210</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Microsoft Corp. v. i4i Limited Partnership* (564 U.S. 91 (2011)).



#### 4.7 O standard “comum” no processo civil brasileiro

Grande parte da discussão sobre o standard de prova no direito brasileiro aqui realizada se deu a partir da análise de casos especiais, já que em ao menos alguns desses, houve a determinação legal do standard (como no caso da tutela de urgência), enquanto em outros casos razões políticas buscam uma contraposição ao standard cível comum (os casos de direito sancionatório).

Porém, o legislador brasileiro não definiu o standard usual a ser aplicado. Ao focar no conceito eminentemente *negativo* da livre apreciação da prova, o sistema deixou um “vácuo” acerca do standard de prova, como previa Taruffo, que a doutrina então busca resolver.<sup>211</sup> O resultado então é uma distinção em relação aos sistemas de *common law*: enquanto nestes as dúvidas giram principalmente em torno da definição do standard aplicável, em nosso sistema a dúvida persiste acerca de qual é o standard aplicável aos casos fixos comuns.

Reforçando a hipótese de Clermont de que os standards tendem a se agrupar em torno de certas categorias (de *mais provável que não*, *altamente provável*, e *quase certo*)<sup>212</sup>, vários autores brasileiros acabam adotando os mesmos standards que o modelo criminal, ou standards que ao final se mostram similares.

Danilo Knijnik, por exemplo, parece adotar um sistema muito próximo ao americano, com a adoção do standard da preponderância da evidência para causas cíveis comuns, da prova clara e convincente para causas envolvendo direitos mais relevantes, e da dúvida razoável para processos penais.<sup>213</sup>

---

<sup>211</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madri: Trotta, 2003. p. 389.

<sup>212</sup> No Brasil, essa ideia também é defendida por Danilo Knijnik, que inclui ainda o grau de “praticamente impossível que não tenha ocorrido” (Cf. KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 43).

<sup>213</sup> KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 47.

Posição semelhante é defendida por Arthur Carpes<sup>214</sup> e por Paulo Henrique dos Santos Lucon<sup>215</sup> (apesar de em tais trabalhos terem os autores se ocupado principalmente na justificação de um standard superior), enquanto autores como Guilherme Recena Costa defendem expressamente a adoção do standard da preponderância da evidência. Segundo o autor:

Na falta de críticas fundadas em contrário, a prática é mais racional – à luz de uma adequada ponderação dos escopos do processo, dos interesses em jogo nos diferentes tipos de litígio e da minimização dos custos do erro judiciário, do que a insistência na noção vaga de uma convicção íntima do juiz, muitas vezes confundida com a ilusão de uma verdade absoluta.<sup>216</sup>

Outros autores como Mitidiero, Marinoni e Arenhardt refutam a ideia da preponderância da evidência, trabalhando com o conceito da “convicção de verdade” como o parâmetro para decisão sobre questões de fato no processo civil.

A “convicção da verdade”, tratando-se do grau mais alto de convencimento que o juiz possa atingir dentro de suas limitações, parece, no modelo adotado, corresponder a um standard de dúvida razoável ou, no mínimo, de prova clara e convincente, em razão da subjetividade da construção. Porém, para diferenciar de um standard adotável na seara criminal, e apenas para fins de argumentação, trataremos esse modelo de “convicção da verdade” como uma aproximação do standard da prova clara e convincente.

Essa aproximação também parece ser sustentada pelo fato desses autores adotarem a preponderância da evidência como um standard mais baixo para casos especiais. Assim, se utilizarmos o standard da preponderância como um ponto fixo para efetuar uma comparação (apenas para fins de argumentação), o standard comum cível seria superior à preponderância e inferior à dúvida razoável penal (novamente, presumindo-se que essa seja aplicável).

---

<sup>214</sup> CARPES, Artur Thompsen. O direito fundamental ao processo justo: notas sobre o modelo de constatação nos processos envolvendo as ações de improbidade administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. *Improbidade Administrativa: Aspectos processuais da Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>215</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Compra de votos, direito sancionador e ônus da prova. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando. (Org.). *O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

<sup>216</sup> COSTA, Guilherme Recena. Livre Convencimento e Standards de Prova. In: YARSHELL, Flávio Luiz; ZUFELATO, Camilo (Org.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 377.

Várias justificativas são apresentadas para tanto, em grande parte de cunho ideológico. Segundo os autores, o juiz “deve buscar convencer-se da verdade”<sup>217</sup> e que “o juiz, para pôr fim ao conflito, deve estar convicto, dentro das suas limitações, a respeito da verdade, uma vez que sua essência é impenetrável”.

Outro fundamento que o autor traz é o de que “não há como se quantificar o grau de probabilidade de uma prova, e, muito menos, o grau de convicção judicial” (o que, conforme exposto anteriormente, é apenas parcialmente correto; enquanto não é possível quantificar com exatidão, questões de convencimento, diversas evidências apontam para a possibilidade de estabelecer graus amplos).

Quanto à ideia de que o sistema judicial possui um escopo de “busca da verdade” (ainda que se trate de uma “verdade judicial”, qualificada, e não de um conceito utópico de verdade absoluta), não discordamos dos autores. Porém, este escopo não parece suficiente para justificar um grau mais elevado de convencimento judicial que desequilibraria o processo em desfavor do autor, em todos os casos.

O fato de se exigir um standard superior não implica, por si só, que o processo resultará em um “compromisso com a verdade” superior a um standard de preponderância da evidência. Mantidas as regras acerca da produção da prova, suas limitações, e todas as outras questões relevantes, as provas produzidas ao final do procedimento, e que influenciarão o julgamento serão as mesmas; apenas o resultado do julgamento (que, em tese, é decidido após o estabelecimento da “verdade dos fatos”) será diferente.

Não discordamos de que o juiz deva buscar se aproximar o máximo possível da verdade. Por mais que o processo possua um escopo de busca da verdade, o fato é que *o juiz deve decidir independente de encontrá-la ou não*. Se não são produzidas provas, ou se mesmo com provas produzidas o juiz não se convence, ainda assim ele deverá julgar o mérito da demanda. Em um ordenamento que veda o *non liquet*, convencer-se da verdade não é e nunca foi requisito para decidir o mérito. E nesses casos, o ordenamento traz as próprias regras determinando *como* deve o juiz decidir.

A diferença é apenas *como* o juiz decidirá quando não houver alcançado essa “convicção da verdade”; ou seja, a adoção do standard funcionará como uma regra de

---

<sup>217</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 107.

juízo. Se considerarmos que a preponderância não é suficiente para que o juiz decida o mérito, isso quer dizer apenas que sempre que não for atingida uma “convicção da verdade” (que, como entendemos, é um grau elevado de convencimento), teremos um julgamento por ônus da prova em desfavor do autor.

Essa é inclusive uma escolha de política legislativa que pode ser feita em nosso ordenamento. Nada impede que o ordenamento jurídico brasileiro baseie o julgamento de suas causas cíveis comuns em um standard elevado de prova. Porém, não podemos fazê-lo sem analisar as consequências de tal escolha.

O resultado que isso atingiria seria somente que teríamos um processo enviesado em desfavor do autor, mesmo em processos onde não há uma razão que justifique “desequilibrar as balanças”. Um processo que, em tese, diminuiria o risco de que alguém fosse condenado a ressarcir um dano que não cometeu, mas aumentaria também o risco de que um autor não recuperasse os danos sofridos mesmo quando tiver razão.

Não parece também que adotar um standard de preponderância causaria algum tipo de crise de legitimidade do judiciário. Clermont e Sherwin apontam como uma possível razão para a adoção de um standard aparentemente mais elevado nos sistemas de *civil law* uma visão de que este legitimaria as decisões do próprio sistema. Tal visão parece congruente com o argumento de que “o direito não consegue se livrar do peso da ideia de que o juiz, para aplicar a lei ao caso concreto, deve estar ‘iluminado pela verdade’”.<sup>218</sup>

A sexta onda do projeto “World Values Survey”, realizada em diversos países entre os anos de 2010 e 2014, possuía entre uma de suas variáveis o nível de confiança dos cidadãos em relação ao judiciário.

Desses países tomamos dois sistemas de *civil law* com um standard aparentemente mais elevado (Brasil e Alemanha) e dois que adotam o standard da preponderância (Nova Zelândia e Estados Unidos). Dentre os países que apontaram um nível de confiança “em alto grau” ou “confia bastante”, não foi possível identificar nenhuma tendência a uma confiança maior no sistema em razão do standard adotado.<sup>219</sup>

---

<sup>218</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 97-98.

<sup>219</sup> Não se trata de uma conclusão específica sobre a questão em todos os sistemas adotados. Porém, até o momento, não há nenhuma evidência a favor da tese de que um standard de prova mais elevado elicitaria um nível mais alto de legitimação do judiciário pelos jurisdicionados. Nesse sentido, SCHWEIZER, Mark. Loss aversion, omission bias, and the civil standard of proof. In: MATHIS, Klaus (Ed.). *European perspectives on behavioural law and economics*. Cham: Springer, 2015. p. 140.

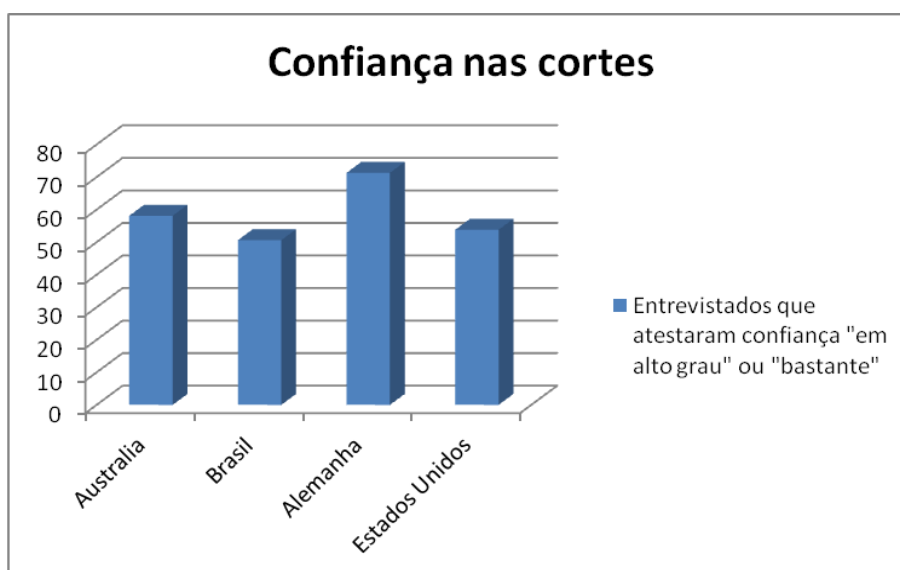


Gráfico 1. Índice de confiança nas cortes.

Fonte: WORLD VALUES SURVEY. Wave 6. 2010-2014. Disponível em: <<http://www.worldvaluessurvey.org/WVSONline.jsp>>

Se não há essa real crise de legitimidade verificada, de onde vem essa posição quase que “intuitiva” acerca de um standard mais elevado? Schweizer aponta que na realidade alguns viesés cognitivos trazem uma explicação mais coerente acerca dessa preferência, especialmente os viesés de aversão à perda (*loss aversion*), de omissão (*omission bias*), e de manutenção do *status quo* (*status quo bias*).

A aversão à perda pode ser explicada como uma percepção de que perdas possuem um impacto negativo superior ao positivo decorrente de um ganho correspondente. Em termos monetários, Kahneman e Tversky constataram em seus experimentos que “o incômodo sofrido por alguém em razão da perda de uma quantidade de dinheiro é superior ao prazer associado com o ganho do mesmo valor”.<sup>220</sup>

Segundo o experimento realizado por Schweizer, existe uma aparente correlação entre um grau maior de aversão à perda e a adoção de um standard superior de prova.<sup>221</sup>

<sup>220</sup> “[...] the aggravation that one experiences in losing a sum of money appears to be greater than the pleasure associated with gaining the same amount” (KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect Theory: an analysis of decision under risk. *Econometrica*, v. 47, n. 2, p. 263-291, mar. 1979, p. 279).

<sup>221</sup> SCHWEIZER, Mark. The civil standard of proof – what is it, actually? *The International Journal of Evidence and Proof*, v. 20, n. 3, 2016, p. 23.

Porém, “ganhos” e “perdas” são relativos em relação às partes do processo. O ganho para o autor é uma perda para o réu, mas o juiz, em tese, é um terceiro separado, sem interesse na causa.

Essa relação entre a aversão à perda dos juízes e o standard de prova pode ser explicada pelos vieses de omissão e de manutenção do *status quo*. Primeiramente, porque o *status quo* antes do litígio judicial é utilizado como uma referência. Dar ganho de causa ao autor é, na maioria dos casos (com óbvias exceções), romper o *status quo*; é o autor que busca o judiciário e solicita que o estado interfira em sua relação. Assim, aquele que busca modificar o *status quo* tem contra si um ônus superior.

Aliado a isso, temos o viés da omissão. Como verificado ao tratar da origem do standard da dúvida razoável, há um enraizamento cultural da ideia de que as consequências negativas de uma omissão seriam preferíveis às de uma ação. Assim, haveria a percepção de que uma omissão em alterar o *status quo* (um falso negativo), seria menos “danosa” que a alteração indevida desse mesmo *status quo* (um falso positivo).

No âmbito do direito, tanto Schweizer<sup>222</sup> quanto Zamir e Ritov<sup>223</sup> já verificaram uma correlação entre essa percepção e as decisões dos juízes. Segundo os autores, juízes tendem a avaliar erros em favor do autor como “piores” do que os erros em favor do réu.

Tomando esses vieses em conjunto, podemos explicar o apelo “intuitivo” de um standard de prova mais elevado. Porém, como verificamos anteriormente, esses vieses cognitivos criam distorções que desviam as conclusões de bases racionais. Por mais que tornem a ideia mais confortável, tais fundamentos não podem basear a escolha por um standard superior.

Já em favor da adoção de um standard de preponderância da evidência, temos a favor os argumentos expostos nos capítulos anteriores. Além de ser um standard de fácil compreensão (o *mais provável que*, se dissociado de qualquer pretensão numérica, é intuitivamente claro), em casos comuns possui uma função clara de minimizar o custo total dos erros, e de distribuí-los igualmente, como verificamos nos capítulos anteriores.

Se reconhecemos que tais erros são uma parte inexpurgável de nosso sistema, e partirmos da premissa de que nos casos cíveis em geral não há razões políticas para

---

<sup>222</sup> SCHWEIZER, Mark. Loss aversion, omission bias, and the civil standard of proof. In: MATHIS, Klaus (Ed.). *European perspectives on behavioural law and economics*. Cham: Springer, 2015. p. 136.

<sup>223</sup> ZAMIR, Eyal; RITOV, Ilana. Loss aversion, omission bias, and the burden of proof in civil litigation. *Journal of Legal Studies*, v. 41, jan. 2012, p. 165-207, p. 182.

desequilibrar o processo em desfavor do autor ou do réu, temos uma justificativa sólida para a adoção do standard da preponderância.

Como em relação a todos os demais standards, as críticas ao caráter de “matematização” da prova, ou de restrição da “livre apreciação” já foram refutadas anteriormente. Taruffo, por exemplo, reconhece que “o standard da preponderância da prova é uma racionalização adequada do princípio da livre apreciação da prova, tanto no sistema de *common law* quanto nos de *civil law*”.<sup>224</sup>

Além disso, Mark Schweizer sugere que o standard de prova comum em países de *civil law*, mesmo aqueles que possuem uma definição mais rigorosa (como o alemão, de onde surgiu a ideia da “convicção da verdade”), são na prática, mais semelhantes à preponderância do que imaginam os doutrinadores.<sup>225</sup>

Ao fim e ao caso, a decisão acerca do standard de prova aplicável é uma questão de política legislativa que cabe ao legislador, cabendo à doutrina sua complementação apenas quando este não estiver expressamente definido (o que é, em diversas instâncias, o caso brasileiro).

Os fundamentos apontados para os standards são de fácil generalização, e, com a exceção de contradições pontuais que podem vir a surgir, são plenamente aplicáveis ao direito brasileiro. Nesse caso, não havendo uma escolha pelo legislador, na opinião deste autor os argumentos político-normativos a favor da preponderância da evidência são os mais contundentes, o que torna recomendável sua adoção para preencher esse “vácuo legislativo”.

---

<sup>224</sup> TARUFFO, Michelle. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 136.

<sup>225</sup> SCHWEIZER, Mark. The civil standard of proof – what is it, actually? *The International Journal of Evidence and Proof*, v. 20, n. 3, 2016.

## 5 STANDARDS DE PROVA E ÔNUS DA PROVA

Apesar de se tratarem de institutos distintos, o standard de prova e o ônus da prova são indissociáveis. Só se desincumbe do ônus da prova a parte que satisfaz o standard, assim como a maior preocupação na adoção de um standard mais ou menos elevado é a parte que suporta o ônus da prova.

Enquanto o ônus da prova distribui entre as partes o risco da não persuasão, o standard de prova estabelece os limites para sua aplicação. Em um standard de dúvida razoável, a acusação pode convencer o julgador de que sua versão dos fatos é a mais provável, e ainda assim sofrer os efeitos do ônus da prova por não atingir o standard necessário; enquanto sob um standard de preponderância, o julgador pode considerá-lo satisfeito mesmo sem atingir uma convicção íntima de maior grau.

Assim, em razão dessa relevância umbilical, é importante estudar a relação que os standards de prova trazem sobre o instituto do ônus da prova, para poder melhor compreender ambos os institutos.

### 5.1 Ônus da prova

O conceito de prova e a definição sobre seu ônus vão muito além da teoria do direito, sendo frequentemente utilizado na filosofia (principalmente em campos como teoria da argumentação e do discurso), e no discurso científico como um todo. Nesses casos, percebemos que a definição de ônus da prova é muito mais aberta do que aquelas discutidas nos tratados sobre processo.

Segundo Douglas N. Walton, nesse âmbito um conceito aplicável de ônus da prova seria “Uma alocação feita no diálogo racional que assenta a força (peso) do argumento necessário para que um dos lados convença o outro lado”<sup>226</sup>. Esse conceito, ao focar no convencimento da parte contrária, e ao se focar em argumentos mais que em fatos, é característico da teoria da argumentação, que pressupõe um diálogo racional e persuasivo.

Na doutrina jurídica, com seus problemas que advém de detalhes, regramentos e leis, muitas vezes uma definição tão simples não basta. Por essa razão, acabam por adotar

---

<sup>226</sup> “*An allocation made in reasoned dialogue which sets the strenght (weight) of argument required by one side to reasonably persuade the other side*” WALTON, Douglas N. Burden of proof. Disponível em: <<http://www.dougwalton.ca/papers%20in%20pdf/88burden.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2015.



diversos conceitos que, ao fim, se confundem. Como exemplo de tal situação, temos o seguinte trecho que demonstra a confusão que por vezes ocorre no direito americano:

Não está claro em que sentido a corte utilizou o termo no caso sob discussão. Teria a corte utilizado o termo com o significado de que se não houvessem elementos de prova oferecidos por quaisquer das partes a partir dos quais se pudesse determinar se o carro foi ou não inspecionado, que o júri deveria ser aconselhado a decidir que este não foi inspecionado porque o ônus de provar a inspeção recaía sobre os réus? Ou, se foram apresentados elementos de prova por ambas as partes sobre a questão, quis a corte indicar que se o júri entendesse que os elementos de prova estavam tão equilibrados que não se poderia dizer onde haveria preponderância, seria dever do júri decidir que não houve inspeção porque os réus falharam em se desincumbir de seu ônus? Se esse for o significado do que a corte diz, é uma declaração de que o júri deve determinar que os réus são responsáveis em uma ação por danos decorrentes de negligência apesar de não poder determinar que os réus possuem culpa da negligência alegada. Na cláusula seguinte a corte prossegue.<sup>227</sup>

Apesar desse exemplo de *common law*, a teoria do direito na *civil law* possui um conceito que é aceito com certo grau de estabilidade por pesquisadores e operadores, advinda de James Goldschmidt. Segundo o autor, o ônus é um *imperativo do próprio interesse*, situação de necessidade de realizar determinado ato para evitar que sobrevenha um prejuízo processual, distinto de uma sanção.<sup>228</sup>

Esse mesmo conceito foi inspirador dos estudiosos do direito italiano e por fim acabou por influenciar também o direito brasileiro. Segundo Michelle Taruffo:

Em regra, na verdade, quando a lei fala em termos de “dever” – como faz, por exemplo, no artigo 2697 –, na realidade se refere a ônus ao invés de deveres em sentido estrito. De outra parte, mesmo quando se fala de direitos se faz frequentemente referência a

---

<sup>227</sup> “It is not clear in what sense the court used the term in the case under discussion. Did the court in its use of the term mean that if there were no evidence offered by either party from which it could be determined whether or not the car was inspected, that the jury should be advised that it should find that it was not inspected because the burden was on the defendants to prove inspection? Or, if evidence were offered by both parties on this issue, did the court intend by what it said, to indicate that if the jury were to find such evidence so evenly balanced as that it could not tell where the preponderance did lie, it would be the duty of the jury to find that there was no inspection because the defendants had failed to lift the burden which was theirs? If such be the meaning of what the court says, it is a declaration that the jury is to determine that the defendants are liable in plaintiff’s action for negligent injury although it is unable to find they were guilty of the negligence charged” (V.H.L. Burden of Proof. Michigan Law Review. v. 17, n. 3, jan 1919, p. 264-266).

<sup>228</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Labor, 1936. p. 8.

situações que, na realidade, têm a estrutura do ônus: por exemplo, o direito à tutela jurisdicional se realiza adimplindo o ônus de propor uma demanda (com base no artigo 99 c.p.c.), enquanto o direito à prova – que é comumente associado às garantias previstas pelo artigo 24 da Constituição – encontra na regra do ônus da prova uma consequência direta em termos de decisão final sobre os fatos.<sup>229</sup>

Prova dessa influência é o conceito utilizado por Dinamarco que, adentrando mais especificamente no ônus da prova, o define como “o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”. Ainda segundo o autor, impor ônus às partes, produz o efeito de motivá-las ativamente do contraditório processual, porque aquelas sabem que consequências sua omissão ou desídia poderiam importar.<sup>230</sup>

Ao envolver os interesses das partes e sua motivação, como exposto acima, percebemos que o ônus da prova funciona também como um mecanismo de direcionamento das partes do processo. As partes que buscam a vitória no processo procuram se desincumbir dos ônus que lhe são impostos pela lei..

Segundo Yarshell, o ônus da prova possui ainda uma grande carga de interesse público. Segundo o autor, a aplicação da regra de julgamento é por si só prejudicial, já que “quando o Estado, para afastar o *non liquet*, é forçado a proferir julgamento sem ter efetivo conhecimento dos fatos há ao menos em termos lógicos, uma perda para o interesse público”<sup>231</sup>.

Esse caráter é identificável, por exemplo, na coisa julgada *secundum eventum probationis*, apesar de permitir que decisões extingam o processo com base em insuficiência de provas (ou seja, aplicam o ônus da prova contra o autor), não impede que a questão venha a ser rediscutida com base em novas provas.

## 5.2 Os aspectos do ônus da prova: Subjetivo e Objetivo

A doutrina de *civil law* divide o ônus da prova em dois aspectos: objetivo e subjetivo. O aspecto objetivo do ônus da prova é aquele que é predominantemente voltado

---

<sup>229</sup> TARUFFO, Michelle. O ônus como figura processual. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, jan.-jun. 2013, p. 420-431.

<sup>230</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. v. III, p. 71.

<sup>231</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 51.

ao juiz, orientando a forma como esse irá decidir em caso de as provas trazidas aos autos não serem suficientes para uma decisão sobre as questões de fato.

Assim o ônus atua como uma *norma de clausura* do sistema, evitando o *non liquet*<sup>232</sup>; se um fato não pôde ser provado de acordo com o standard desejado, a consequência dessa ausência recairá sobre aquele a quem cabia o ônus da prova, mesmo que o juiz possua dúvidas sobre o caso, ou que seu convencimento prepondere para uma das hipóteses (mas sem atingir o standard cabível)..

Nesse aspecto, a definição prévia do ônus da prova se mostra um requisito de igualdade e segurança jurídica, por não permitir decisões arbitrárias do juiz quando o standard de prova não for atingido. Sobre esse tema, escrevem Macêdo e Peixoto que, apesar de seu formalismo, tais regras são necessárias sob pena de ser cancelado o arbítrio, configurado caso fosse permitido ao magistrado uma decisão por equidade em caso de ausência de provas.<sup>233</sup>

Como dito anteriormente, o desejável seria que houvesse o convencimento necessário e a resolução do mérito em todos os casos. Mas, assim como os erros, a extinção total das dúvidas não é possível. Nesses casos, o ônus da prova servirá de regra de julgamento, como explanado por Marinoni<sup>234</sup>:

Afirma-se que a regra do ônus da prova se destina a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram. Nesse sentido, a regra do ônus da prova é um indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida e, assim, definir o mérito. Tal dúvida deve ser paga pela parte que tem o ônus da prova. Se a dúvida paira sobre o fato constitutivo, essa deve ser suportada pelo autor, ocorrendo o contrário em relação aos demais fatos.

---

<sup>232</sup> PEYRANO, Jorge W. La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema. *Revista de Processo*, v. 35, n. 185, jul. 2010, p. 107-116. Sobre normas de clausura, citamos Alchourrón e Bulgyin: “*una regla que calificará deónticamente todas aquellas acciones que no estuvieran calificadas ya por el sistema em cuestión*” (ALCHOURRÓN, Carlos; BULGYIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las Ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1970. p. 190).

<sup>233</sup> MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: Jus Podivm, 2014.

<sup>234</sup> MARINONI, Luís Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 13, p. 60-72, 2006.

Surge então um outro dever ao juiz: em lugar de explicar os fundamentos de seu convencimento, deverá este explicar os fundamentos de seu não convencimento, explicitando a razão da insuficiência das provas..<sup>235</sup>

O outro aspecto normalmente trabalhado é o aspecto subjetivo do ônus da prova. Como *imperativo do próprio interesse*, o ônus direciona a forma de defesa de tal interesse, estabelecendo os requisitos para que este prevaleça. Esse direcionamento não pode ser ignorado, devendo ser considerado ao analisar a conduta das partes no processo. Segundo Barbosa Moreira:<sup>236</sup>

Parte-se da premissa, explícita ou implícita, de que o maior interessado em que o juiz se convença da veracidade de um fato é o litigante a quem aproveita o reconhecimento dele como verdadeiro, por decorrer daí a afirmação de um efeito jurídico favorável a esse litigante, ou a negação de um efeito jurídico a ele desfavorável. Semelhante interesse naturalmente estimula a parte a atuar no sentido de persuadir o órgão judicial de que o fato deveras ocorreu – numa palavra: de prová-lo. Todo ordenamento processual, sejam quais forem as diretrizes filosóficas ou políticas que o inspirem, contra em larga extensão a eficácia desse estímulo. O desejo de obter a vitória cria para o litigante a necessidade, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa.

O aspecto subjetivo se direciona à parte, definindo previamente a quem caberá a consequência por não atingir o standard de prova cabível, ou seja, sobre quais fatos deve convencer o julgador, e como sua falha influenciará o julgamento. Não se trata de uma obrigação porque não há interesse no ordenamento de que este seja cumprido, não havendo sanção em razão do inadimplemento.<sup>237</sup>

O aspecto psicológico que o ônus da prova produz sobre as partes, e como este influencia suas ações, é o escopo principal do aspecto subjetivo. Este definirá em grande parte como se comportarão as partes durante a produção das provas.

### 5.3 Ônus da produção e ônus da persuasão

---

<sup>235</sup> PEYRANO, Jorge W. La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema. *Revista de Processo*, v. 35, n. 185, jul. 2010, p. 107-116.

<sup>236</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. In: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2ª Série, 1980.

<sup>237</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: Jus Podivm, 2014.

Nos países de *common law*, o conceito de ônus da prova é dividido em duas vertentes distintas daquelas previstas na doutrina continental: o ônus de produção e o ônus de persuasão.<sup>238</sup> Para parte do judiciário, o ônus da prova é, de forma principal, o ônus da persuasão (apesar de reconhecer uma confusão histórica na aplicação dos termos), enquanto o ônus da produção seria o “ônus de trazer as provas” (*burden of going forward with evidence*).<sup>239</sup>

Enquanto isso, outras cortes utilizam o termo “ônus da prova” englobando os dois ônus em conjunto, como elementos de um mesmo instituto. Por último, há quem se utilize do termo “ônus da prova” para tratar indiscriminadamente das duas classes.<sup>240</sup>

Na prática, a consequência final da aplicação desses ônus é a mesma: a parte que falha em se desincumbir de qualquer um desses ônus (seja por não produzir prova, seja por não atingir o standard necessário) vai sofrer o mesmo resultado: um julgamento em seu desfavor. Porém, o raciocínio utilizado nessas decisões é bastante diferente.

O ônus da produção pode ser definido como a situação subjetiva consistente no risco de um julgamento desfavorável em caso de não se trazer ou solicitar a produção de provas suficientes dentro de um processo, ou mesmo como o “risco da não produção” das provas.<sup>241</sup> Ainda, pode ser definido como o ônus de um litigante *trazer ao processo* as provas de suas proposições de fato.<sup>242</sup>

O ônus da produção é anterior e prejudicial ao julgamento final da demanda (e ao ônus da persuasão): a parte que não supera o ônus da persuasão terá em seu desfavor o julgamento final. Se a parte se desincumbe dele, trazendo a prova que o juiz considera necessária para o prosseguimento do processo (não necessariamente para um julgamento em seu favor), este é repassado à outra parte, para dele se desincumbir.

---

<sup>238</sup> Algumas considerações sobre esse tema foram tecidas em trabalho publicado nos anais do XVIII Congresso do Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Cf. LIMA, Matheus. Prova suficiente e o julgamento por ônus da prova. In: XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2017, São Luís. Processo, jurisdição e efetividade da justiça III - XXVI Congresso Nacional do CONPEDI São Luís/MA. Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 152-172.

<sup>239</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. Director, Office of Workers' Compensation Programs v. Greenwich Collieries 512 U.S. 267 (1994).

<sup>240</sup> MCCAHEY, John. The burdens of persuasion and production. *Proof: The journal of the trial evidence committee*, v. 16, n. 3, 2008.

<sup>241</sup> JAMES JR., Fleming. Burdens of Proof. *Virginia Law Review*, v. 47, n. 51, 1961.

<sup>242</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Terceiro Circuito. El v. Southeastern Pennsylvania Transportation Authority, 3rd Cir., No. 05-3857 (March 19, 2007).

A falha em satisfazer o ônus da produção (*lifting the burden of production*) pode levar o juiz a encerrar o processo por meio de uma decisão distinta daquele que analisa profundamente o mérito, sem levar ao júri as questões de fato (o chamado *judgment as a matter of law*).<sup>243</sup>, e sem prosseguir com a instrução. A parte pode falhar de diversas maneiras em se desincumbir do ônus da produção: Ela pode simplesmente não trazer nenhuma prova aos autos; ela pode trazer aos autos ou solicitar a produção apenas de provas ilícitas; ela pode trazer provas que não dizem respeito aos fatos controvertidos da causa; ela pode produzir provas apenas em relação a alguns dos fatos controvertidos, sendo os outros insuficientes para um julgamento de mérito.

Apesar de algumas situações limítrofes entre as duas categorias, a diferença principal é que se aplicará o ônus da prova de imediato, independente da análise da suficiência da prova da outra parte, ou seja, sem considerar a totalidade da prova produzida pelas partes (se o houver).

A função do ônus da produção, se contrastada com o ônus da persuasão, não é a de distribuir o risco do processo entre as partes. A verificação acerca da desincumbência do ônus da produção se dá muito antes do julgamento final da causa, e até mesmo antes de analisar as provas produzidas pela outra parte, independentemente da análise do conjunto probatório como um todo.

A verificação do ônus da produção, então, tem uma função preventiva: a de impedir que casos sem o mínimo de lastro probatório prossigam para julgamento final, desperdiçando tempo e recursos das partes e do judiciário. Sua origem é intimamente ligada ao instituto do júri, nos sistemas de *common law*.

Enquanto o juiz, via de regra, não pode sobrepor o seu julgamento àquele do júri em relação a questões de fato, ele pode fazer um juízo prévio para impedir que o júri analise um conjunto probatório deficiente. Trata-se, de algo semelhante à pronúncia em

---

<sup>243</sup> “(a) *Judgment as a Matter of Law*.

(1) *In General*. If a party has been fully heard on an issue during a jury trial and the court finds that a reasonable jury would not have a legally sufficient evidentiary basis to find for the party on that issue, the court may:

(A) resolve the issue against the party; and

(B) grant a motion for judgment as a matter of law against the party on a claim or defense that, under the controlling law, can be maintained or defeated only with a favorable finding on that issue.

(2) *Motion*. A motion for judgment as a matter of law may be made at any time before the case is submitted to the jury. The motion must specify the judgment sought and the law and facts that entitle the movant to the judgment” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Rules of Civil Procedure. Rule 50 - Judgment as a Matter of Law in a Jury Trial; Related Motion for a New Trial; Conditional Ruling).

nosso direito penal, onde o júri só decide sobre os fatos após o material probatório ser considerado suficiente pelo juiz da causa.

O ônus da produção é, por definição, dinâmico. Só cabe ao réu satisfazer o ônus da produção quanto às suas alegações se o autor já tiver satisfeito o seu. Já se, em sua defesa, o réu introduz alegações de fatos novas para construir seu caso, e satisfaz seu ônus da produção, este retorna ao autor, para negar tais fatos novos.

Já o ônus da persuasão, ou risco da persuasão, possui uma ligação ainda mais visceral com o standard de prova adotado. Sob um standard mais elevado, este pode ser definido como o ônus das partes de convencer o julgador que suas proposições de fato necessárias são verdadeiras<sup>244</sup> ou o ônus das partes de persuadir o julgador que uma proposição a ser provada é mais provavelmente verdadeira que falsa.<sup>245</sup>

Para satisfazer a todas essas situações temos um conceito simples e abrangente: o ônus da persuasão (ou risco da não persuasão) é o ônus das partes de convencer o julgador da veracidade de suas proposições de fato de acordo com o standard de prova aplicável.

O ônus da persuasão só é aplicável ao fim da conclusão da instrução, afinal ambas as partes devem ter a oportunidade de se desincumbir de seu ônus de produção, e após produzir todas as provas cabíveis para buscar convencer o julgador..

Ao contrário do ônus da produção, cuja alocação inicial pode ser dinamizada, e que é repassado entre as partes à medida que novos fatos, argumentos e contraprovas são apresentados (*shifting*), o ônus da persuasão em regra se mantém com a parte autora. A possibilidade de sua inversão, ou distribuição dinâmica, será analisada posteriormente.

#### **5.4 Standards de prova e julgamento por ônus da prova**

Adotando essa divisão (produção e persuasão), percebemos que a aplicação destes ônus, mesmo como regra de julgamento, é bem distinta, apesar de em tese atingirem o mesmo resultado final. Assim existem duas hipóteses de julgamento por ônus da prova:

---

<sup>244</sup> MCCAHEY, John. The burdens of persuasion and production. *Proof: The journal of the trial evidence committee*, v. 16, n. 3, 2008.

<sup>245</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Quarto Circuito. Keeler Brass Co. v. Cont'l Brass Co., 862 F.2d 1063, 1066 (4<sup>th</sup> Cir. 1995).

aquele em que a parte não se desincumbiu do ônus da produção, e aquele em que a parte não se desincumbiu do ônus do convencimento. Essa divisão torna extremamente importante à luz dos standards de prova.

Isso porque é o standard de prova aplicável em cada caso concreto que definirá se o convencimento atingido foi suficiente, ou seja, se a parte obteve sucesso em se desincumbir de seu ônus da prova.

A partir da distinção realizada no item anterior, acerca ônus da produção e da persuasão, percebemos que há.

Assim, analisamos a prova como suficiente de duas maneiras diferentes: Primeiramente, como suficiente para a parte se desincumbir do ônus da produção, e em segundo lugar, para se desincumbir do ônus do convencimento.

#### 5.4.1 Julgamento por ônus da produção

No direito americano, normalmente se considera que cada uma das partes traz um caso separado, com um amplo grau de autonomia e que prevalece perante o juízo o chamado caso “mais forte”<sup>246</sup>, em contraste aos sistemas de civil law, onde via de regra há uma “unidade” no procedimento sob a coordenação do juiz, que possui poderes mais amplos para determinar a produção de provas, e onde subsiste a ideia de que a prova, após produzida, é adquirida e pertence ao processo, não às partes.<sup>247</sup>

O juiz americano, via de regra não interfere na instrução para determinar a produção de provas (ou mesmo, exceto em casos excepcionais, negá-la). Mas mesmo em sistemas onde há a possibilidade de o juiz determinar a produção de provas, as partes ainda possuem a maior parte do ônus da produção, sendo impensável um processo onde o juiz controle de todo a iniciativa probatória.

Assim, o ônus da produção ainda existe mesmo no sistema de *civil law*, ainda que de forma atenuada. Via de regra, em algum momento há uma análise *prima facie* da prova produzida, na qual o julgador pode encerrar processos inúteis, onde o prosseguimento da instrução não traria proveito à parte que falhou em superar o ônus da produção.

---

<sup>246</sup> DAMASKA, Mirjan R. *Evidence law adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997. p. 82-83.

<sup>247</sup> “A prova não tem titular. Ela se destina imediatamente tanto as partes ao garantir a sua utilização como embasamento de suas alegações, como ao juiz, na medida em que gera condições para este expressar o seu livre convencimento motivado”. FERREIRA, Willian Santos Ferreira. *Princípios fundamentais da prova cível*, São Paulo, RT, 2014, p. 130.



O exemplo mais clássico é o da parte que simplesmente não produz provas (ou, no caso do direito brasileiro, não requer sua produção) que sirvam para convencer o julgador acerca de suas proposições de fato. Nesse caso, mesmo que a outra pretenda produzir provas (e, portanto, desincumbir-se do seu ônus da produção), tal providência não é necessária. Afinal, o ônus da produção inicial não foi superado.

Esse é o caso da parte autora que não traz aos autos provas documentais necessárias, no momento da propositura da ação (ou seja, fora dos casos que permitem a produção de prova documental no curso do processo, como os artigos 327 e 397), terá uma decisão em seu desfavor.

Mais complicada é a questão quando a parte traz prova aos autos. Qual seria, então, a medida do ônus da produção, e como este se diferenciaria do ônus da persuasão? A resposta varia de acordo com cada um dos standards de prova utilizados.

Sob a preponderância da evidência, por exemplo, parece não haver um padrão a ser utilizado para análise *prima facie*, já que a própria definição do standard pressupõe a comparação das provas produzidas por ambas as partes.

Porém, como explicamos acima, não é suficiente para um julgamento por preponderância que a hipótese de fato apresentada pela parte seja mais provável que a de seu oponente; ela deve ser também *mais provável que sua negativa*. É essa análise que é realizada, *prima facie*, para o ônus da produção. Assim, se o autor não traz provas que, analisadas isoladamente, tornem sua hipótese *mais provável que não*, este não se desincumbiu do ônus da produção, que não é repassado ao réu.

Nos demais casos, é mais simples explicar o ônus da produção. A parte que tem o ônus da produção em um standard de prova clara e convincente ou dúvida razoável deve produzir prova que, se não contraposta com a contraprova, seja capaz de atingir tal standard. Se *prima facie* o caso da parte não atinge o standard necessário, este provavelmente não seria capaz de resistir à contraprova. Também se inclui nessa seara o réu que, após a inversão do ônus da prova em seu desfavor, não produz as provas necessárias para controverter os fatos alegados e provados *prima facie* pelo réu.

É mais difícil perceber tais casos, porque com exceção da prova documental, a prova é via de regra requerida e produzida perante o juízo, em vez de apresentada a este. O

ônus da parte de produzir provas é amplamente diluído em nosso modelo processual, onde via de regra a produção se dá perante o próprio juiz.

Dessa maneira, a prova é suficiente, de acordo com o ônus da produção, quando ela é capaz de sustentar *prima facie*, as afirmações do autor, ou as defesas afirmativas do réu *de acordo com o standard aplicável naquele caso*; ou, também *prima facie*, controverter as alegações suficientemente provadas pela outra parte. Fica clara a natureza dinâmica do ônus da produção: só após a desincumbência de uma parte, ele é repassado para a outra.

O ônus da produção pode também, por determinação legal, aplicar um standard distinto daquele utilizado para o julgamento final. É o que verificamos, por exemplo, nas decisões de pronúncia e de improbidade administrativa. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o recebimento de ações de improbidade, por exemplo, exige para julgamento final apenas “a existência de elementos indiciários de prática de ato ímprobo”<sup>248</sup>, ressaltando que nessa fase rege o princípio do “*in dubio pro societate*”<sup>249</sup>.

Quanto à pronúncia, o juiz assim como nos júris de *common law* realiza uma análise dos elementos probatórios como um todo, remetendo ao júri as questões de fato apenas quando é possível inferir mais de uma resposta da análise dos elementos probatórios. Assim, não só o juiz pode decidir pela inexistência de elementos suficientes para pronúncia, como pode inclusive excluir qualificadoras quando os elementos de prova, em sua análise, as demonstrem manifestamente improcedentes (ou, *a contrario sensu*, o convencimento do juiz sobre tal item seja mínimo, mesmo *prima facie*).<sup>250</sup>

Como exposto acima, nesses casos, os parâmetros de suficiência probatória são mais baixos: não satisfazem o ônus da produção apenas as omissões probatórias, e as provas que por si só, consideradas *prima facie*, não seriam capazes de fundamentar o pedido ou defesa do autor. Nesses casos, o ônus argumentativo do juiz ao aplicar a regra de exceção (julgamento por ônus da prova) é mais simples.

---

<sup>248</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.097.733/SP. Agravante: João Baptista Mateus de Lima. Agravado: Ministério Público Federal. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Brasília, Setembro de 2017. *Pesquisa de jurisprudência*, Acórdãos. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 11/10/2017.

<sup>249</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial 1.528.837/SP. Agravante: Jose Carlos Mello Rego e Outros. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Francisco Falcão. Brasília, outubro de 2017. *Pesquisa de jurisprudência*, Acórdãos. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 15/11/2017.

<sup>250</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.621.655/SP. Agravante: Ministério Público Federal. Luis Henrique Fernandes Rios. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Brasília, Novembro de 2017. *Pesquisa de jurisprudência*, Acórdãos. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 11/12/2017.

#### 5.4.2 Ônus da persuasão, standard de prova e julgamento por ônus da prova

O raciocínio que embasa a aplicação do ônus da persuasão é porém, bastante distinto. Em primeiro lugar, por ser aplicado apenas ao fim da instrução e abranger desde logo as provas produzidas por ambas as partes, este não se desloca durante o processo. Ao contrário do ônus da produção, este é um ônus estático, estritamente ligado com a alegação, o que leva à regra geral de que o ônus da persuasão é suportado pela parte acerca dos fatos que esta alega (apesar de haverem exceções).

Ainda, como visto no tópico anterior, a aplicação do ônus da persuasão pressupõe a satisfação do ônus da produção: se a parte não satisfaz o ônus da produção, é desnecessário prosseguir a instrução e atingir o momento de aplicação do ônus da persuasão.

Ao tomar a decisão final o juiz deve avaliar seu convencimento acerca das questões de fato com base no standard de prova aplicável a todas as questões. Em cada questão de fato (alegação, defesa, etc.), o juiz deve analisar a prova produzida, e verificar se seu convencimento atingiu o standard necessário, seja este qual for.

Sob um standard de preponderância, isso significa apenas que o juiz deve se convencer que a proposição apresentada pela parte vencedora é mais provável que a que apresentada por seu oponente; na dúvida razoável, para a condenação deve haver um grau elevado de convencimento, sob pena de não haver a acusação se desincumbido de seu ônus da persuasão.

Na preponderância da evidência, onde é necessário apenas prevalecer sobre a parte contrária, o ônus da persuasão possui menos relevância como regra de julgamento. Nesses casos, apenas em caso de *equilíbrio probatório (equipoise)*, haveria a necessidade de aplicar o ônus para decidir.

Esse equilíbrio, para fins de visualização, não é exatamente um ponto único onde as provas são exatamente equilibradas; trata-se de uma categoria com um certo grau de flexibilidade (ainda que não muito elevado, sob pena de tornar inútil o standard da preponderância) onde o convencimento do julgador não consegue prevalecer razoavelmente em favor de nenhuma das partes.

O fato de se tratar de uma decisão de não convencimento em um caso que, em tese, está fundado em um arcabouço probatório sólido (suficiente para superar o ônus da produção), e de que se profere uma decisão baseada não em suportes fáticos reconhecidos, mas com base em uma distribuição apriorística de riscos, impõe ao julgador um ônus argumentativo maior ao julgador ao decidir com base no ônus da persuasão.

Isso porque, o ônus argumentativo presente no chamado “convencimento motivado” se torna maior ao se decidir questões com um grau maior de subjetividade, como o convencimento interno do juiz.<sup>251</sup> Se existem elementos que seriam suficientes *prima facie*, para a decisão de um caso, as peculiaridades que os impedem de formar o convencimento do juiz devem estar expressas.

Seja por causa da relação das provas contrapostas trazidas pelas partes, seja por alguma peculiaridade do caso concreto, estas devem estar devidamente fundamentadas nas decisões que julgam com base no ônus da prova, pela excepcionalidade desta técnica.

### **5.5 Distribuição dinâmica do ônus da prova e standards de prova**

O novo código de processo civil, além das regras já existentes de distribuição inicial e de inversão do ônus da prova, trouxe a possibilidade da aplicação da chamada “distribuição dinâmica do ônus da prova”.

Segundo Líbia da Graça Pires, tal doutrina “é dinâmica porque o encargo de provar é independente de enfoques apriorísticos, limitando-se a indicar que o peso da carga da prova recai sobre aquele em melhores condições técnicas ou profissionais de produzi-la.”<sup>252</sup>

No direito brasileiro, essa possibilidade de distribuição judicial do ônus foi consagrada no novo CPC com dois requisitos básicos: a impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo, e a maior facilidade da obtenção da prova do fato contrário.

---

<sup>251</sup> FERREIRA, Willian Santos Ferreira. Princípios fundamentais da prova cível, São Paulo, RT, 2014, p. 288;

<sup>252</sup> PIRES, Líbia da Graça. *Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho*. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-04052012-101854/>>. Acesso em: 28 maio 2015.

Assim, temos um instituto que busca, claramente, incentivar às partes a produzir o máximo de provas possíveis, fazendo com que a parte com maior capacidade de produção possua o ônus (e logo, o interesse) de fazê-lo.

Porém, isso gera um problema. O ônus da persuasão não possui relação necessária com o esforço ou interesse das partes em produzir as provas. Ao contrário, na perspectiva aqui apresentada, ele só é aplicável quando todas as partes se desincumbiram do ônus da produção. Sua inversão baseada apenas na facilidade ou dificuldade de produzir provas gera uma distorção no próprio sistema.

Por essa regra, uma parte pode cumprir com o objetivo da inversão do ônus, que é o de produzir o máximo possível de provas, e ainda assim ter um resultado desfavorável; seja pela aplicação de um standard de prova mais elevado, seja porque há um *equilíbrio probatório*, seja porque há a necessidade de uma prova específica que não pode ser obtida. Assim a parte pode empreender todos os esforços pra se desincumbir de um ônus que não era originalmente seu, para ao fim, por providências fora de seu controle, ter um julgamento em seu desfavor.

A alocação do ônus da persuasão, enquanto risco do não convencimento do julgador, não pode se dar apenas por uma perspectiva *procedimental* de incentivo à produção probatória, principalmente quando se defende um standard distinto daquela da preponderância da evidência. A distribuição desse risco possui um peso político-legislativo que vai além da simples facilitação da prova.

Se adotarmos, como previsto no capítulo anterior, um standard de “convicção de verdade” (que em muito se assemelha a um standard mais elevado que a preponderância), teremos uma regra de julgamento muito mais desfavorável ao autor, que sempre participará do processo com um risco de insucesso superior ao da outra parte.

Quando o Código de Defesa do Consumidor inverte esse ônus, ele distribui um dos riscos da própria atividade comercial ao comerciante, em razão de uma clara escolha política; assim como no direito ambiental, o risco do não convencimento é repassado ao poluidor-réu como uma forma de aplicação do princípio da precaução, que possui um escopo muito maior que a simples produção de provas.

Porém a distribuição do ônus do novo CPC não possui esse caráter. Ela leva em conta apenas questões procedimentais, para distribuir um risco que vai muito além de

como as partes se empenham na instrução. O risco do não convencimento está presente mesmo quando toda e qualquer prova possível é produzida, e sua distribuição possui um escopo que não pode ser desvinculado do direito material.

Essa inversão faz mais sentido ao se tratar apenas do ônus da produção. Se invertermos apenas o ônus da produção, resta mantida a finalidade de incentivo á produção do máximo de prova possível pela parte que não possuía o ônus originalmente, mas pode se desincumbir com facilidade; sem que ela venha, ao final, a sofrer com o risco da não persuasão, com um caráter extraprocessual.

Apesar de não haver desenvolvido na sua jurisprudência uma teoria estruturada da distribuição dinâmica do ônus da prova, a suprema corte americana já admitia que a natureza de certos casos permitisse que os ônus fossem distribuídos de maneira diferente da regra habitual. Porém, tais posicionamentos sempre foram entendidos como exceções, e abrangendo apenas o ônus da produção, enquanto o ônus da persuasão seria sempre estático.<sup>253</sup>

Essa solução pode ser adaptada ao nosso direito, desde que adaptada às características peculiares de nosso ordenamento. Assim, a distribuição do ônus da persuasão dependeria de peculiaridades do direito material que justifiquem a distribuição de um risco supraprocessual a uma das partes. Isso poderia se verificar no direito do trabalho, no direito do consumidor, e no direito ambiental.

Por outro lado, a inversão do ônus fundada apenas na finalidade de facilitação da prova, e de incentivo de sua produção, deve restringir-se apenas ao ônus da produção. Assim, pode atingir seu objetivo processual, sem causar uma distorção quanto aos riscos inerentes ao ônus da persuasão.

---

<sup>253</sup>ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Keyes v. School District No. 1*, 413 U.S. 189 (1973); ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Alaska Department of Environmental Conservation v. EPA*, 540 U.S. 461 (2004).

## 6 CONCLUSÃO

Estudar institutos jurídicos de outros sistemas judiciais é sempre uma tarefa árdua. Todo e qualquer estudo deve possuir uma análise redobrada para evitar que sejam feitas transposições ou generalizações apressadas, que acabam por ruir em razão das particularidades de cada sistema.

Por essa razão, no presente trabalho buscamos analisar o instituto dos standards de prova a partir de seus fundamentos mais básicos, para compará-los com nosso sistema, e, a partir daí, verificar sua compatibilidade *in abstracto*.

Para isso, além de uma breve perspectiva histórica, que demonstrou que a divergência entre os sistemas de *civil law* e *common law* quanto aos standards se deu por razões históricas e particulares, mas não em razão da incompatibilidade absoluta entre os sistemas e o instituto, verificamos também que do modo como evoluiu, nosso princípio de liberdade da prova não é incompatível com um sistema de standards de prova.

Em seguida, a partir da análise de um sistema onde os standards já se consolidaram e são utilizados de forma reiterada há séculos, pudemos analisar como se dá a aplicação dos standards em casos concretos, seus requisitos essenciais e seus problemas. Enquanto questões como diferenças conceituais e falta de clareza nas instruções surgem como um obstáculo à sua aplicação efetiva, a tendência desses sistemas é a de, em conjunto com outras disciplinas, evoluir para tornar os standards mais acessíveis e efetivos.

Verificamos também que as justificativas doutrinárias e psicológicas adotadas nos sistemas de *common law* para a adoção de standards de prova são, em grande parte, independentes das particularidades daquele sistema. Questões como minimização dos custos dos erros ou prevenção de falsos positivos são justificativas normativas que se encaixam plenamente nos escopos de nosso ordenamento jurídico, principalmente se levarmos em conta que sempre haverá erros ao decidir sobre questões de fato.

Também as justificativas psicológicas sobre a aplicação dos standards para juízes e júris, e sobre como defini-los (em graus amplos ou mínimos de diferença) partem de lições da psicologia aplicáveis à humanidade em geral, podendo ser estudadas e aproveitadas em nosso sistema (ainda que seja desejável desenvolver nossos próprios estudos, que apontem as particularidades do sistema brasileiro).

Por fim, após definir que as premissas básicas para a aplicação dos standards são compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, pudemos analisar diversos institutos presentes em nossas leis e doutrina para perceber que não só os standards são compatíveis, mas já existem em nosso direito, ainda que sem essa classificação específica. Conceitos como *fumus boni iuris* e *verossimilhança*, revelam, em análise mais aprofundada, semelhança ou até mesmo identidade com os standards de *common law*.

Por último, a adoção dos standards é também complementada por um viés distinto da análise do ônus da prova. Quando admitimos os distintos graus de convencimento do juiz, e as variações nos standards, percebemos que o ônus da prova opera de forma distinta, já que a *não persuasão* que lhe é característica também se diferencia conforme o standard aplicável.

Dessa maneira, esperamos que esse estudo possa, ao fim, atingir seu objetivo: iniciar um estudo mais organizado e aprofundado dos standards de prova enquanto categoria no direito brasileiro para, em vez de realizar análises pontuais de institutos de diversas áreas do direito, esses possam ser compreendidos em uma perspectiva global e interdisciplinar.



## 7 BIBLIOGRAFIA

ABE, Jair Minoro. Verdade Pragmática. *Estudos Avançados*, v. 5, n. 12, São Paulo, maio/ago. 1991.

ALCHOURRÓN, Carlos; BULGYIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las Ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1970.

ARISTOTELES. *Metafísica*. Tradução de Leonel Vallandro. Porto Alegre: Globo, 1969.

BENTHAM, J. *The Works of Jeremy Bentham*, published under the Superintendence of his Executor, John Bowring. Edinburgh: William Tait, 1838-1843. p. 343. Disponível em: <[http://lf-oll.s3.amazonaws.com/titles/1923/Bentham\\\_0872-06\\\_EBk\\\_v6.0.pdf](http://lf-oll.s3.amazonaws.com/titles/1923/Bentham\_0872-06\_EBk\_v6.0.pdf)>. Acesso em: 2 fev. 2016.

BERMAN, Mitchell N. Replay, 99 Cal. L. Rev. 1683 (2011). p. 1.711. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol99/iss6/6>>. Acesso em: 29 out. 2017.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Law of England*. Oxford: Clarendon Press, 1765. v. 1. Disponível em: <[http://web2.uvcs.uvic.ca/courses/lawdemo/DOCS/BLACKSTN/B6367\\_73.HTM](http://web2.uvcs.uvic.ca/courses/lawdemo/DOCS/BLACKSTN/B6367_73.HTM)>. Acesso em: 25 set. 17.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Recurso Especial 1.672.891/SC. Relator: Ministro Hermann Benjamin. Setembro de 2017. *Pesquisa de jurisprudência*, Acórdãos. Disponível em <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 11 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.097.733/SP. Agravante: João Baptista Mateus de Lima. Agravado: Ministério Público Federal. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Brasília, setembro de 2017. *Pesquisa de jurisprudência*, Acórdãos. Disponível em <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 11 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial 1.528.837/SP. Agravante: Jose Carlos Mello Rego e Outros. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Francisco Falcão. Brasília, outubro de 2017. *Pesquisa de jurisprudência*, Acórdãos. Disponível em <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 15 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.621.655/SP. Agravante: Ministério Público Federal. Luis Henrique Fernandes Rios. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Brasília, novembro de 2017. *Pesquisa de jurisprudência*, Acórdãos. Disponível em <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 11 dez. 2017.

BROOK, J. Inevitable errors: the preponderance of evidence standard in civil litigation. *Tulsa Law Journal*, v. 18, 1982, p. 79-109.

BUSTAMANTE, Evanilda. *A valoração racional das provas no processo judicial: uma aproximação ao tema*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=531d29a813ef9471>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

CARNELUTTI, Francesco. *A Prova Civil*. Tradução de Lisa Pary Scarpa. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CHOI, Yimoon. *Jurors' Subjective Certainty and Standards of Proof: The Role of Emotion and Severity of Charge in Subjective Probability Judgment*. Dissertação de PhD. Departamento de Psicologia, Universidade de Nebraska-Lincoln, 2013. Disponível em: <<http://digitalcommons.unl.edu/psychdiss/61>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

CARPES, Artur Thompsen. O direito fundamental ao processo justo: notas sobre o modelo de constatação nos processos envolvendo as ações de improbidade administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. *Improbidade Administrativa: Aspectos processuais da Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 332 a 475*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CLERMONT, Kevin M. Standards of proof revisited. *Vermont Law Review*, v. 33, 2009.

\_\_\_\_\_. *Standards of decision in law: Psychological and logical bases for the standard of proof, here and abroad*. Durham: Carolina Academic Press, 2013.

\_\_\_\_\_. *Trial by Traditional Probability, Relative Plausibility, or Belief Function?* 66 Cas. W. Res. L. Rev. 353(2015). Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol66/iss2/5>>. Acesso em: 1º nov. 2017.

COSTA, Guilherme Recena. A ambivalência da ação de improbidade administrativa e sua conformação processual. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. *Improbidade Administrativa: Aspectos processuais da Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. Livre convencimento e standards de prova. In: YARSHELL, Flávio Luis; ZUFELATO, Camilo (Org.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DAMASKA, Mirjan R. *Evidence law adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997.

\_\_\_\_\_. Rational and Irrational Proof Revisited. *Faculty Scholarship Series*. Paper 1577. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1577](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1577)>. Acesso em: 12 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments. *Faculty Scholarship Series*. Paper 1576. 1997.

\_\_\_\_\_. Truth in Adjudication. *Faculty Scholarship Series*, 1998. Paper 1575. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1575](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1575)>. Acesso em: 27 jun. 2016.

DASTON, Lorraine. *Classical Probability in the Enlightenment*. Princeton: Princeton University Press, 1988.

DE GIL, Paula Viale. ¿La prueba es suficiente cuando es suficiente? Aproximación a la construcción de la decisión de suficiencia de la prueba en materia penal. *Revista Pensar em Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2014.

DEMOUGIN, Dominique; FLUET, Claude. Deterrence VS. Judicial Error. A comparative view of standards of proof. *Journal of Institutional and Theoretical Economics* (JITE), v. 161, n. 2, jun. 2005.

DHAMKI, Mandeep K. et al. Instructions on Reasonable Doubt: Defining the Standard of Proof and the Juror's Task. *Psychology, Public Policy and Law*, v. 21, maio 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. v. III.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 28 U.S. Code § 2244 - Finality of determination.

\_\_\_\_\_. 28 U.S. Code § 2639 - Burden of proof; evidence of value

\_\_\_\_\_. California Civil Jury Instructions (CACI)(2017). Disponível em: <<https://www.justia.com/trials-litigation/docs/caci/200/201.html>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Corte de Apelações da Califórnia. Glage v. Hawes Firearms Co. (1990) 226 Cal.App.3d 314, 325 [276 Cal.Rptr. 430].

\_\_\_\_\_. Corte de Apelações do Tennessee. Fell v. Rambo, 36 S.W.3d 837, 847-48 (Tenn. App. 2000)

\_\_\_\_\_. District court of Maine. 2017 revisions to pattern criminal jury instructions for the district courts of the first circuit. Disponível em: <<http://www.med.uscourts.gov/pdf/crpjlinks.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Federal Rules of Civil Procedure. Rule 50 - Judgment as a Matter of Law in a Jury Trial; Related Motion for a New Trial; Conditional Ruling.

\_\_\_\_\_. Judicial Council of California Civil Jury Instructions (CACI) (2016 edition), p. 118. Disponível em: <<https://www.justia.com/trials-litigation/docs/caci/caci-2017-edition.pdf>>.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos. Keyes v. School District No. 1, 413 U.S. 189 (1973).

\_\_\_\_\_. New York Unified Court System CJI and MC Committee. CJI2d[NY] Model Instructions: Final Instructions. Disponível em: <[http://www.nycourts.gov/judges/cji/5-SampleCharges/CJI2d.Final\\_Instructions.pdf](http://www.nycourts.gov/judges/cji/5-SampleCharges/CJI2d.Final_Instructions.pdf)>. Acesso em: 24 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Ninth Circuit Jury Instructions Committee. Manual of model jury instructions for the district courts of the ninth circuit. 2017 ed. Acessado em 20/07/2017. Disponível em: <[http://www3.ce9.uscourts.gov/jury-instructions/sites/default/files/WPD/Civil\\_Instructions\\_2017\\_9.pdf](http://www3.ce9.uscourts.gov/jury-instructions/sites/default/files/WPD/Civil_Instructions_2017_9.pdf)>.

\_\_\_\_\_. Primeiro Circuito. United States v. Van Anh, 523 F.3d 43, 58-59 (1st Cir. 2008).

\_\_\_\_\_. Quarto Circuito. Keeler Brass Co. v. Cont'l Brass Co., 862 F.2d 1063, 1066 (4<sup>th</sup> Cir. 1995).

\_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos. Alaska Department of Environmental Conservation v. EPA, 540 U.S. 461 (2004)

\_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos. Colorado v. New Mexico 467 U.S. 310 (1984)

\_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos. Cruzan v. Director, Missouri Department of Health, 497 U.S. 261 (1990).

\_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos. Director, Office of Workers' Compensation Programs v. Greenwich Collieries 512 U.S. 267 (1994)

\_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos. Grogan v. Garner, 498 U. S. 279, 286 (1991);

\_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos. In Re Winship, 397 U.S. 358 (1970).

\_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos. Leland v. Oregon, 343 U.S. 790 (1952).

\_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos. Microsoft Corp. v. i4i Limited Partnership (564 U.S. 91 (2011)).

\_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos. Schaffer v. Weast, 546 U. S. 49, 56 (2005);

\_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos. Speiser v. Randall, 357 U.S. 513, 525-526 (1958).

\_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos. Victor v. Nebraska, 511 U.S. 1, 5-6 (1994).

\_\_\_\_\_. Terceiro Circuito. El v. Southeastern Pennsylvania Transportation Authority, 3rd Cir., No. 05-3857 (March 19, 2007).

FERRER BELTRÁN, Jordi. La Valoración Racional de la Prueba, Marcial Pons, Madrid, 2007.

FERREIRA, Willian Santos Ferreira. Princípios fundamentais da prova cível, São Paulo, RT, 2014.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 28, p. 127-139.

GODOI BUSTAMANTE, Evanilda N. *Decidir sobre los Hechos: un estudio sobre la valoración racional de la prueba judicial*. 1. ed. Madri: Bubok, 2013

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Tradução espanhola da segunda edição alemã de Leonardo Prieto. Barcelona: Labor, 1936.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

GONZÁLEZ LAGIER, D. Argumentación y prueba judicial. In: FERRER BELTRÁN, Jordi *et al.* *Estudios sobre la prueba*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

GRECO, L. O conceito de prova. In: MARINONI, L. G. (Ed.). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Tradução de Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araujo Dutra. São Paulo: Unesp, 2002.

\_\_\_\_\_. Nothing fancy: Some simple truths about Truth and the Law. In: *Evidence Matters: Science, Proof and Truth in the Law*. New York: Cambridge University Press, 2014.

HAPE, Jaag. Law and defeasability. *Artificial Intelligence and Law*, v. 11, p. 221-243, 2003.

HERBERMANN, Charles G. *et al.* (Eds.). *The Catholic Encyclopedia*. New York: Robert Appleton Company, 1909. v. V.

HOROWITZ, I. A.; KIRKPATRICK, L. C. A concept in search of a definition: the effects of reasonable doubt instructions on certainly of guilt standards and jury verdicts. *Law and Human Behavior*, v. 20, p. 655-670, 1996.

JAMES JR., Fleming. Burdens of Proof. *Virginia Law Review*, v. 47, n. 51, 1961.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

KAHNEMAN, Daniel; FREDERICK, Shane. Representativeness revisited: Attribute substitution in intuitive judgment. In: KAHNEMAN, Daniel; GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale W. (Eds.). *Heuristics and biases*. New York: Cambridge University Press, 2012.

\_\_\_\_\_. *Thinking, fast and slow*. 2. ed. Nova York: Farrar, Straus and Giroux, 2013.

\_\_\_\_\_; TVERSKY, Amos. Prospect Theory: an analysis of decision under risk. *Econometrica*, v. 47, n. 2, p. 263-291, mar. 1979.

KAYE, David H. Do we need a calculus of weight to understand proof beyond reasonable doubt? *66 B.U.L. Rev.* 657 (1986), p. 657-672

\_\_\_\_\_. The Error of Equal Error Rates. *Law, Probability and Risk*, v. 1, p. 3-8, jul. 2002.

KERR, N. L. *et al.* Guilt beyond a reasonable doubt: effects of concept definition and assigned decision rule on the judgments of mock jurors. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 43, p. 282- 394, 1976.

KIRKHAM, R. L. *Teorias da Verdade: Uma introdução crítica*. Tradução de Alessandro Zir. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

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

LANGBEIN, John H. The Historical Foundations of the Law of Evidence: A view from the Ryder Sources. *Faculty Scholarship Series*. Paper 551, 1996. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/551](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/551)>. Acessado em: 10 out. 2017.

LEUBSDORF, John. The Surprising History of the Preponderance Standard of Civil Proof, *67 Fla. L. Rev.* 1569 (2016). Disponível em: <<http://scholarship.law.ufl.edu/flr/vol67/iss5/2>>. Acessado em: 20 out. 2017.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2005.

LIMA, Matheus. Prova suficiente e o julgamento por ônus da prova. In: XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2017, São Luís. Processo, jurisdição e efetividade da justiça III - XXVI Congresso Nacional do CONPEDI São Luís/MA. Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 152-172.

LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Compra de votos, direito sancionador e ônus da prova. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Org.). *O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil*. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. v. 1.

\_\_\_\_\_; COSTA, Guilherme Recena. A prova e a responsabilidade de terceiros contratantes com o Poder Público na ação de improbidade administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. (Org.). *Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LOEVINGER, Lee. Standards of Proof in Science and Law. *Jurimetrics*, v. 32, n. 3, 1992.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: Jus Podivm, 2014.

MAITLAND, Frederic W.; POLLOCK, Frederick. *The History of English Law Before the Time of Edward I*. Cambridge University Press: Cambridge, 1898. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_; ARENHARDT, Sérgio. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 13, p. 60-72, 2006.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MCBRIDE, Ennis. Is the civil “higher standard of proof” a coherent concept? *Law, probability and risk*, v. 8, p. 323-351, 2009. Disponível em: <<https://academic.oup.com/lpr/article-abstract/8/4/323/925840>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

MCCAHEY, John. The burdens of persuasion and production. *Proof: The journal of the trial evidence committee*, v. 16, n. 3, 2008.

MCCORMICK, Charles T. *McCormick on Evidence*. 3. ed. St. Paul: West Publishing Co., 1984.

MILLER, Alan D.; PERRY, Ronen. *The Reasonable Person*. *New York University Law Review*, v. 87, p. 323-392, 2012.

\_\_\_\_\_. The Magical Number Seven, Plus or Minus Two: Some Limits on Our Capacity for Processing Information. *The Psychological Review*, 1956, v. 63, p. 81-97. Disponível em: <<http://www.musanim.com/miller1956/>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

MITIDIERO, Daniel. Tendência em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. *Revista de Processo*, v. 197.

\_\_\_\_\_. Comentário ao art. 300. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. In: *Temas de Direito Processual*. São Paulo, Saraiva, 2ª Série, 1980.

ORLOFF, Neil; STEDINGER, Jerry. A framework for evaluating the preponderance-of-the-evidence standard, *131 U. Pa. L. Rev.*, 1159, 1983.

PEIRCE, Charles Sanders. How to make our ideas clear. *Popular Science Monthly* 12, jan. 1978, p. 286-302.

PEREIRA, Renato Machado. *Concepção semântica da verdade segundo Alfred Tarski*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de São Carlos, UFSCAR, 2009.

PEYRANO, Jorge W. La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema. *Revista de Processo*, v. 35, n. 185, jul. 2010, p. 107-116.

PINTO, Marcos. Reflexões sobre improbidade administrativa, ônus da prova, modelos de constatação e nota sobre o NCPC. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lias Carolina Batista; EID, Elie Pierre. (Org.). *Garantismo Processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. 1.ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. v. 1.

PIRES, Líbia da Graça. *Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho*. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-04052012-101854/>>. Acesso em: 28 maio 2015.

PORTER, Stephen; BRINKE, Leanne Ten. Dangerous decisions: A theoretical framework for understanding how judges assess credibility in the courtroom. *Legal and Criminological Psychology*, n. 14.

RAMOS, E. da S. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SAKS, Michael J.; SPELLMAN, Barbara. *The psychological foundations of evidence law*. New York: New York University Press, 2016.

\_\_\_\_\_; KIDD, R. F. Human information processing and adjudication: Trial by Heuristics. *Law and Society Review*, Salt Lake City, v. 15, n. 1, p. 123-160, 1981.

SCHAUER, Frederick. *Is Defeasibility an Essential Property of Law?* Disponível em: <<http://www.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/schauer-defeasibility.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2015.

SCHWARTZ, David L.; SEAMAN, Christopher B. *Standards of Proof in Civil Litigation: An Experiment from Patent Law*, 26 Harv. J. L. & Tech. 429 (2013).

SCHWEIZER, Mark. Loss aversion, omission bias, and the civil standard of proof. In: MATHIS, Klaus (ed.). *European perspectives on behavioral law and economics*. Cham: Springer, 2015.

\_\_\_\_\_. The civil standard of proof – what is it, actually? *The international journal of evidence and proof*, v. 20, n. 3, 2016.

SILVA, Clovis V. do Couto e. A teoria das ações em Pontes de Miranda. *Revista de informação legislativa*, v. 25, n. 100, p. 249-256, out./dez. 1988.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Teoria Geral do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVEIRA, Daniel Coutinho da. *Prova, argumento e decisão: critérios de suficiência para orientação dos juízos de fato no direito processual brasileiro*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo,



2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24042012-113857/>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

SUN, Yanlong et al. Probabilistic Judgment by a Coarser Scale: Behavioral and ERP Evidence. *Proceedings of the Twenty-sixth Annual meeting of the Cognitive Science Society*, 2004. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.306.9799&rep=rep1&type=pdf>>. Acessado em: 15 nov. 2017.

TANFORD, J. Alexander. The Law and Psychology of Jury Instructions, *69 Neb. L. Rev.*, 1990. Disponível em: <<http://digitalcommons.unl.edu/nlr/vol69/iss1/4>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

TARUFFO, Michele. Evidence, Truth, and the Rule of Law. *Revista de Processo*, v. 39, n. 238, p. 87-98, dez. 2014.

\_\_\_\_\_. *La prueba de los hechos*. Madri: Trotta, 2003.

\_\_\_\_\_. Rethinking the standards of proof. *American Journal of Comparative Law*, v. 51, 2003, p. 666.

\_\_\_\_\_. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

\_\_\_\_\_. O ônus como figura processual. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, jan./jun. 2013, p. 420-431.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. II.

\_\_\_\_\_. *Processo Cautelar*. 18. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitário de Direito, 1999.

\_\_\_\_\_. Prova – Princípio da Verdade Real – Poderes do Juiz – Ônus da Prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – Prova e coisa julgada nas ações relativas a paternidade (DNA). *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 3, p. 5-23, 1999.

TORRES, Cláudio; NEIVA, Elaine Rabelo. *Psicologia Social: Principais temas e vertentes*. São Paulo: Artmed Editora, 2011.

TRENTO, Simone. *Efetividade da tutela jurisdicional em matéria probatória: Standard e ônus da prova*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

\_\_\_\_\_. Os standards e o ônus da prova: suas relações e causas de variação. *Revista de Processo*, v. 226, dez. 2013.

V.H.L. Burden of Proof. *Michigan Law Review*, v. 17, n. 3, jan. 1919, p. 264-266.

VAN DER POL, Ruth; PETROV, Anton. Searching for Truth in civil process: The Netherlands and Russia. *Russian Law Journal*, v. 3, n. 1, 2015, p. 110-132.

WALSH, D. Fact. *The Journal of Philosophy*, v. 40, n. 24, p. 645-654, 1943.

WALTER, Gerhard. Libre apreciación de la prueba. Bogotá: Temis, 1985.

WALTON, Douglas N. Burden of proof. Disponível em: <<http://www.dougwalton.ca/papers%20in%20pdf/88burden.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2015.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_; GRINOVER, Ada Pellegrini. Recepção e transmissão de institutos processuais civis. *Revista de Processo*, v. 31, p. 143-154, 2006.

\_\_\_\_\_; GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. I.

WHITMAN, James Q. The Origins of “Reasonable Doubt”. *Faculty Scholarship Series*. Paper 1. P. 38. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1)>. Acesso em: 20 jul. 2016.

WIGMORE, John Henry. *Principles of Judicial Proof*. Boston: Little, Brown and Company, 1913.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZAMIR, Eyal; RITOV, Ilana. Loss aversion, omission bias, and the burden of proof in civil litigation. *Journal of legal studies*, v. 41, jan. 2012, p. 165-207.