



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Ravi de Medeiros Peixoto

***Standards* probatórios no direito processual brasileiro**

Rio de Janeiro

2020

Ravi de Medeiros Peixoto

***Standards probatórios no direito processual brasileiro***

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral

Rio de Janeiro

2020

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

P379 Peixoto, Ravi de Medeiros.  
Standards probatórios no direito processual brasileiro / Ravi de Medeiros  
Peixoto – 2020.

317 f.

Orientador: Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade  
de Direito.

1. Direito Processual - Teses. 2. Decisão - Teses. 3. Prova (Direito) - Teses.  
I. Cabral, Antonio do Passo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro.  
Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.9

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Ravi de Medeiros Peixoto

***Standards probatórios no direito processual brasileiro***

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 30 de junho de 2020.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

---

Jordi Ferrer Beltrán

Universidade de Girona

---

Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha

Universidade Federal de Pernambuco

---

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Universidade de São Paulo

---

Flávio Mirza

Faculdade de Direito - UERJ

---

Andre Vasconcelos Roque

Faculdade de Direito - UERJ

Rio de Janeiro

2020

## AGRADECIMENTOS

Até hoje não sei de onde se originou a ideia para esta tese. Tenho uma considerável desconfiança que ela nasceu da atualização do livro de ônus da prova escrito em coautoria com Lucas Buriel em que inserimos um item sobre os tais *standards* de prova ainda em 2016 e aquilo me deixou pensando: por que se fala tanto disso em outros países e o Brasil ignora essa questão? A partir desse questionamento, resolvi estudar e elaborar uma tese sobre esse tema.

Agradeço aos meus familiares na pessoa da minha mãe, Rejane Pinto de Medeiros, que sempre me incentivou a estudar, apoiando todos os meus projetos acadêmicos. Agradeço a Tamyres Lucena, minha esposa, pela paciência com as ausências constantes decorrentes das viagens para cursar as disciplinas, com os períodos de presença meramente física durante a elaboração da tese e pela ajuda na revisão do texto. Na verdade, só ela para me aguentar durante os estudos para concurso, mestrado e doutorado e ainda me incentivar a participar de outros projetos (muito provavelmente para que eu também tenha paciência durante o doutorado dela...).

Ao meu orientador e querido amigo Antonio do Passo Cabral, que foi um dos principais motivos pelos quais optei por fazer o doutorado na UERJ. Não posso esquecer que o professor Antonio do Passo Cabral fez parte da minha banca e, antes de irmos para a arguição propriamente dita, tivemos a oportunidade de conversar sobre os meus eventuais destinos para um futuro doutorado. Várias hipóteses foram imaginadas, no entanto, nenhuma delas me levaria à UERJ. Acontece que a vida, por vezes, nos leva a caminhos que não imaginávamos, mas que, por vezes são o melhor caminho. Não tenho dúvidas de que a minha ida para o UERJ foi o melhor caminho daqueles não planejados.

Por mais que tenha sido consideravelmente desesperador receber as dezenas (ou centenas?) de áudios na primeira revisão da tese, sei que eles foram completamente essenciais para que ocorresse uma melhora substancial do produto (quase) final. Tenho certeza de que o resultado seria bastante diferente (para pior) se não tivesse um orientador exigente e sempre disponível para o diálogo. Cabral é um orientador bastante exigente, como qualquer um imaginaria, mas é uma forma de fazer com que o orientando possa alcançar o seu potencial.

Agradeço ainda aos membros da banca, os professores Leonardo Carneiro da Cunha, Jordi Ferrer Beltrán, Gustavo Badaró, Andre Roque e Flavio Mirza, que, em 4 horas e meia de arguições, trouxeram diversas críticas essenciais para a melhor deste trabalho. Partes da tese foram reescritas tendo por base as reflexões trazidas no decorrer da arguição e algumas ficarão para o futuro, já que exigiriam um grande esforço adicional.

Tenho muitos amigos que precisam do devido agradecimento. Muitos ajudaram no debate de ideias, leitura de capítulos e envio de textos, a exemplo de Lucas Buriel, Felipe Marçal, Thiago Cabral, Fredie Didier Jr., Tatiana Machado, Vitor de Paula Ramos, Janaina Matida, Marcelo Mazzola, Lara Pereira e Fernanda Vogt. Faço um agradecimento específico a Luiza Guimarães, por ter tido a paciência de servir de consultora para todos os assuntos aleatórios relacionados ao direito penal e processual penal tratados nesta tese.

Tenho muita sorte de fazer parte de uma geração de processualistas tão solícitos e pacientes com os amigos a ponto de ler suas teses em versões não finalizadas e se disporem a ajudar um querido amigo necessitado de revisores.

Também agradeço às amigadas formadas no período em que cursamos as disciplinas da UERJ, a exemplo Alex, Alberto Trigo, Daniel Pontes, Daniel Cappechi, Bernardo, Julia Lipiani, Thiago Cabral, Rafael Calmon e Pedro Rocha.

Aos ex-colegas (e atuais amigos) da Procuradoria do Município de João Pessoa, deixo um grande agradecimento pela compreensão que tiveram no período em que cursei as disciplinas na UERJ e tive de me ausentar de audiências. Aos colegas e amigos da Procuradoria do Município do Recife por compreenderem eventuais ausências decorrentes das viagens para cursar as disciplinas e do período de qualificação da tese.

À UERJ, que me surpreendeu positivamente. Por mais que eu já esperasse que as disciplinas fossem boas, não esperava que fossem tão boas, com colegas extremamente qualificados e professores responsáveis e com altíssimo nível de conhecimento e didática.

Em todas as disciplinas, tive aprendizados diversificados, muitas vezes longe da minha área de estudo, como o direito constitucional e a ciência política, que, sem sombras de dúvidas serão essenciais para o desenrolar da minha carreira acadêmica.

Por último, mas não menos importante, agradeço a Jake, o simpático *sheltie*, verdadeiro dono da casa, por me fazer companhia durante a elaboração da tese e de saber os momentos de pedir um passeio ou de dar um latido aleatório, que sempre serviram para

repensar o que estava escrevendo. Aproveito e agradeço a Jake porque, mesmo durante a banca realizada online, permaneceu calmo, sem tentar responder as arguições por mim.

## RESUMO

PEIXOTO, Ravi de Medeiros. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. 2020. 317 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

O direito probatório brasileiro, apesar de ter por base o livre convencimento motivado para a avaliação das provas, não indica o modelo de direito probatório a ser utilizado pelo julgador. Propõe-se a utilização de um modelo objetivo do direito probatório, cuja base é a afirmativa de que uma hipótese fática está provada a partir dos elementos probatórios disponíveis. Adota-se o conceito de que o *standard* probatório consiste no grau de suficiência probatória mínima exigida pelo direito para que uma hipótese fática possa ser considerada provada, tendo como funções a orientação dos sujeitos processuais, servir de guia para a avaliação das provas pelo juiz e de distribuir os riscos de erros nas decisões sobre os fatos. Para que o *standard* possa ser utilizado para as duas primeiras funções, ele deve ser definido de maneira objetiva, permitindo que possa ser intersubjetivamente controlado. No que se refere à distribuição dos riscos, em princípio, compete ao legislador a definição dos diferentes *standards*, por se tratar de questão política, definindo quais situações jurídicas merecem maior proteção contra riscos de erros, cabendo ao Poder Judiciário atuar apenas em caso de omissão legislativa. Essa atuação deve ter por base uma análise das normas jurídicas de cada país, verificando se há alguma proteção especial para uma determinada situação jurídica de direito material, as consequências jurídicas das decisões e o potencial de estabilização. Posteriormente, tem-se uma análise de direito comparado, verificando os *standards* aplicáveis e a interpretação dada pela jurisprudência e pela doutrina de países do *common law* (EUA e Inglaterra) e do *civil law* (Itália, Chile, Colômbia e Espanha). A partir da experiência do direito comparado e das considerações acerca da necessária objetividade dos *standards* probatórios, propõe-se a adoção de três diferentes modelos de suficiência probatória: i) probabilidade da prova; ii) alta probabilidade da hipótese fática do autor e iii) elevadíssima probabilidade da hipótese fática acusatória e inexistência de suporte probatório para a hipótese fática de inocência do réu. A partir de uma constatação de uma sistematização dos *standards* probatórios no direito processual brasileiro, a partir das considerações feitas sobre os *standards* mais objetivos, propõe-se uma organização da suficiência probatória para as decisões sobre os fatos no Brasil. No direito penal, propõe-se uma diferenciação a partir da pena máxima em abstrato para os tipos penais contidos na denúncia/queixa-crime, dividindo-o em alta e altíssima probabilidade da hipótese fática acusatória. No âmbito cível, para a maioria das situações, exige-se apenas a probabilidade da prova, mas já situações que exigem alteração na distribuição dos riscos, utilizando a alta probabilidade da prova, a exemplos dos processos judiciais punitivos não penais, a internação compulsória, a cassação do mandato e a impugnação judicial da ausência de concessão do licenciamento ambiental. Por fim, ainda houve análise das decisões fundadas em cognição sumária no processo penal, abrangendo a decisão de admissibilidade da denúncia/queixa e pronúncia, bem como as cautelares penais e as tutelas provisórias no processo civil.

Palavras-chave: Prova. Modelo objetivo de direito probatório. Decisão sobre os fatos. Estânder probatório.



## ABSTRACT

PEIXOTO, Ravi de Medeiros. *Standards of proof in brazilian procedural law*. 2020. 317 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

The brazilian law of evidence, despite using the free evaluation of proof as the basis of the judicial analysis of proof, doesn't indicate the model of evidence law that will be used by the judge. The best one is the rational model of evidence law, which has as one of its most important features the fact that the fact hypothesis is proved if there's evidence to corroborate, being less important if the judge is convinced. The standard of proof is defined as the grade of corroboration demanded by the law so that an hypothesis can be considered proved. It has the function of guiding the participants of the judicial process, guide the evaluation of proof by the judge and distribute the risks of errors in the facts decisions. For the standard of proof to be useful in the first two functions, it must be defined in an objective concept, so that the parties may control it. The distribution of errors should be defined by the legislative power defining witch situations deserve better protection against factual mistakes, however, when there's a lack of action, the Judicial Power must act to avoid a situation of complete omission. The work of the Judicial Power must be based in the norms of each particular country, verifying if the situations where there is some especial protections of any of the parties in the substantive law, the consequences of the decisions and the potential of stabilization. There is also the analysis of comparative law, verifying how other countries are dealing with standards of proof. Were studied England and USA in the common law and Italy, Chile and Colombia in the civil law. Based on the experience of those countries it's proposed a new way to conceptualize the standards of proof by using three different models: i) probability of proof; ii) high probability of proof; iii) very high probability of proof. Using those models it's possible to study how to distribute the standards of proof in Brazil. For the criminal law two standard will be used, based on the maximum abstract sanction of the crime, divided in the high probability of proof and very high probability of proof. In most of the civil causes, it will be used the standard of probability of proof. However, in some situations there is the necessity to chance the distribution of factual errors, demanding the high probability of proof, for example, in the procedures that can lead to non-criminal sanctions, the termination of electoral mandates, the compulsory incarceration of those who are mentally ill and some cases in the environmental law when the company is denied the license to the activity that was demanded. After that, there is the proposition of different standards of proof that are able to deal with the provisory decisions in the criminal and civil law.

Keywords: Proof. Rational model of proof. Factual decisions. Standard of proof.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	12
<b>1 A BUSCA POR UM MODELO OBJETIVO DO DIREITO PROBATÓRIO</b>	<b>19</b>
1.1 Aspectos introdutórios .....	19
1.2 O conceito de prova e a necessária reflexão sobre a valoração probatória... 20	
1.3 A persuasão do juiz como elemento central do direito probatório .....	22
1.4 Noções introdutórias sobre o modelo objetivo do direito probatório .....	25
1.4.1 <u>Características de um modelo de objetividade crítica no direito probatório</u> .....	29
1.5 Papel da verdade no direito probatório: a função teleológica.....	34
1.6 Modelo objetivo do direito probatório e os <i>standards</i> probatórios .....	41
<b>2 ESTÂNDARES PROBATÓRIOS</b> .....	<b>43</b>
2.1 Conceito de padrão probatório.....	43
2.2 A inserção dos <i>standards</i> probatórios no procedimento probatório .....	45
2.2.1 <u>Standards de prova e ônus da prova</u> .....	46
2.2.2 <u>Valoração da prova e padrão de prova</u> .....	47
2.3 A segurança jurídica e as funções dos padrões probatórios .....	49
2.3.1 <u>Por uma concepção mínima da segurança jurídica</u> .....	49
2.3.2 <u>As funções dos standards de prova</u> .....	51
2.4 Natureza jurídica do <i>standard</i> probatório.....	53
2.4.1 <u>O momento da decisão sobre os standards a serem exigidos no processo</u> .....	54
2.5 A quem cabe definir os <i>standards</i> em cada ordenamento jurídico .....	55
2.5.1 <u>Convenções processuais sobre standards de prova</u> .....	57
2.6 A epistemologia e a sua função na fixação dos padrões probatórios ....	67
2.6.1 <u>Os padrões probatórios e o processo decisório</u> .....	70
2.6.2 <u>Os standards probatórios e a alteração dos julgamentos</u> .....	74
2.6.3 <u>Critérios metodológicos</u> .....	77
2.6.3.1 Probabilismo bayesiano .....	78
2.6.3.1.1 Problemas do bayesianismo e a sua utilização no direito probatório.....	83
<b>2.6.3.2 O probabilismo indutivo</b> .....	<b>88</b>
2.6.3.3 Inferência para melhor explicação.....	92
2.6.3.3.1 A abdução e a inferência para melhor explicação .....	92
2.6.3.3.1. Modo de operacionalização da inferência para melhor explicação .....	95

2.6.3.3.2	A IME e o raciocínio utilizado no direito probatório .....	99
2.6.3.4	A epistemologia, os <i>standards</i> e a utilização do holismo articulado .....	105
2.7	<b>Critérios para a fixação dos estândares probatórios</b> .....	108
2.7.1	<u>O risco de erro e a fixação dos <i>standards</i> probatórios</u> .....	108
2.7.1.1	A variação do <i>standard</i> probatório no mesmo processo .....	113
2.7.2	<u>Desequilíbrio estrutural na relação entre as partes</u> .....	116
2.7.3	<u>A variabilidade casuística dos <i>standards</i> probatórios</u> .....	118
2.7.4	<u>As dificuldades probatórias e redução da suficiência probatória</u> .....	121
2.7.4.1	Notas críticas à tese da adequação do módulo da prova.....	126
2.7.5	<u>Um diálogo com Humberto Ávila sobre <i>standards</i></u> .....	127
2.7.6	<u>Critérios para a identificação dos <i>standards</i> probatórios</u> .....	129
2.8	<b>Conclusões parciais</b> .....	133
3	<b>STANDARDS PROBATÓRIOS NO DIREITO COMPARADO</b> .....	134
3.1	<b>Introdução</b> .....	134
3.2	<b>Standards probatórios no <i>common law</i></b> .....	135
3.2.1	<u>Standards probatórios nos Estados Unidos da América</u> .....	137
3.2.1.1	<i>Beyond any reasonable doubt</i> .....	138
3.2.1.1.1	<i>Standard</i> da defesa “afirmativa” .....	144
3.2.1.2	<i>Preponderance of evidence</i> : o <i>standard</i> probatório dos casos cíveis .....	145
3.2.1.3	<i>Clear and convincing evidence</i> : o estândar probatório intermediário .....	148
3.2.2	<u>Estândares probatórios na Inglaterra</u> .....	151
3.2.2.1	<i>Sure</i> : a suposta evolução do <i>standard beyond any reasonable doubt</i> .....	152
3.2.2.2	<i>Balancing of probabilities</i> : o <i>standard</i> probatório cível .....	156
3.2.3	<u>Análise comparativa entre a Inglaterra e os EUA</u> .....	159
3.3	<b>Standards de prova no <i>civil law</i></b> .....	160
3.3.1	<u>Direito italiano</u> .....	160
3.3.1.1	<i>Al di la' di ogni ragionevole dubbio</i> .....	160
3.3.1.1.1	Causas da exclusão da pena e a atuação da defesa .....	166
3.3.1.2	Estândar aplicável aos casos cíveis: entre a doutrina e a jurisprudência.....	167
3.3.2	<u>Standards de prova no Chile</u> .....	169
3.3.3	<u>O direito colombiano e o estândar “más allá de toda duda razonable”</u> .....	174
3.3.4	<u>A Espanha e os <i>standards</i> probatórios</u> .....	177
3.3.4.1	Os encargos probatórios do acusado .....	179
3.3.4.2	A ausência de um <i>standard</i> probatório fixo nos casos cíveis .....	181
3.3.5	<u>Análise comparativa dos estândares probatórios no <i>civil law</i></u> .....	182

3.4	<i>Standards</i> de prova entre o <i>common law</i> e o <i>civil law</i> .....	184
4	<b>REVISITANDO OS ESTÂNDARES PROBATÓRIOS CLÁSSICOS</b> .....	189
4.1	<b>Aspectos introdutórios</b> .....	189
4.2	<b>Análise crítica do padrão da prova além de toda dúvida razoável</b> .....	190
4.2.1	<u>Críticas ao <i>standard</i> de prova além de toda dúvida razoável</u> .....	191
4.2.2	<u>Sugestões de padrões probatórios alternativos</u> .....	194
4.2.3	<u>Os problemas do <i>standard</i> de prova acima de qualquer dúvida razoável</u> .....	197
4.2.4	<u>A reconstrução da exigência de prova acima de toda dúvida razoável</u> .....	198
4.3	<b>Revisitando a prevalência da prova</b> .....	200
4.4	<b>Desenvolvimento do <i>standard</i> probatório intermediário</b> .....	204
4.5	<b>Análise comparativa dos <i>standards</i> probatórios</b> .....	207
5	<b>ESTÂNDARES PROBATÓRIOS NO PROCESSO BRASILEIRO</b> .....	209
5.1	<b>Introdução</b> .....	209
5.2	<b>A distribuição de riscos a partir do direito brasileiro</b> .....	214
5.2.1	<u>Desenvolvimento dos padrões probatórios da sentença penal condenatória</u> .....	214
5.2.2	<u>Sentença penal condenatória e os padrões probatórios na jurisprudência</u> .....	215
5.2.3	<u>Presunção de inocência</u> .....	221
5.2.4	<u>O sistema de comunicação entre a coisa julgada penal e a cível</u> .....	225
5.2.5	<u>A exigência de um <i>standard</i> rigoroso para a sentença penal condenatória</u> .....	228
5.2.6	<u>Sistematização dos padrões na sentença penal condenatória</u> .....	230
5.2.6.1	Ausência de estabilização da demanda e os padrões probatórios .....	235
5.2.7	<u><i>Standards</i> de prova e a absolvição do réu</u> .....	238
5.2.8	<u><i>Standard</i> probatório e absolvição sumária</u> .....	241
5.3	<b>Situações de direito material e padrão probatório da alta probabilidade</b> .....	244
5.3.1	<u>Processos judiciais punitivos não penais</u> .....	244
5.3.1.1	<u><i>Standard</i> probatório nos processos judiciais punitivos não penais</u> .....	246
5.3.2	<u>Internação compulsória</u> .....	248
5.3.3	<u>Cassação do mandato e direito sancionador eleitoral</u> .....	250
5.3.4	<u>Direito ambiental, princípio da precaução e <i>standards</i> probatórios</u> .....	255
5.3.4.1	O princípio da precaução e o direito probatório .....	257
5.4	<b>Casos de aplicação do <i>standard</i> da preponderância da prova</b> .....	259
5.4.1	<u>A presunção de legitimidade e o <i>standard</i> de prova</u> .....	261
5.4.2	<u>Cabimento da prisão civil e a suficiência probatória</u> .....	262
5.5	<b><i>Standards</i> probatórios e decisões fundadas em cognição sumária</b> .....	264
5.5.1	<u>Padrão probatório nas decisões penais fundadas em cognição sumária</u> .....	265

5.5.1.1	Decisão de recebimento da denúncia, queixa e a pronúncia .....	267
5.5.1.2	Decisões cautelares penais.....	270
5.5.1.2.1	Cautelares probatórias .....	270
5.5.1.2.2	Cautelares patrimoniais .....	272
5.5.1.2.2	Cautelares pessoais .....	273
5.5.2	<u>Tutela provisória e estândares probatórios: noções gerais</u> .....	277
5.5.2.1	Probabilidade do direito na tutela de urgência .....	278
5.5.2.2	Probabilidade do direito na tutela de evidência.....	281
5.5.2.3	Constatação da urgência e suficiência probatória.....	285
5.5.2.3.1	Compensação entre a urgência e a probabilidade do direito .....	287
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	288
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	291

## INTRODUÇÃO

O direito probatório, no contexto brasileiro, em especial o raciocínio probatório, consiste em uma área de estudo que não foi tradicionalmente objeto de muitas obras específicas, nem de grandes preocupações doutrinárias. Não obstante a problemática da fundamentação jurídica seja riquíssima em estudos,<sup>1</sup> o mesmo não acontece em relação à justificação dos fatos.<sup>2</sup> Apenas nos últimos anos, talvez até pela influência de um interesse crescente em outros países do *civil law* sobre o tema,<sup>3</sup> começa a surgir alguma reflexão doutrinária sobre a justificação dos fatos.

No direito probatório há um tema que sofre de uma carência ainda maior de estudos específicos, que são os *standards* (ou estândares)<sup>4</sup> probatórios, que, embora receba bastante atenção no *common law* e com crescente aumento da utilização em países do *civil law*, inclusive com previsão legislativa na Itália, Espanha e Colômbia, mantém-se como um tema de pouca preocupação no direito processual brasileiro.

---

<sup>1</sup> Apenas a título exemplificativo, existem diversas obras sobre o tema, mas cujo foco não são as decisões sobre os fatos, mas a interpretação jurídica e o tema dos precedentes: NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: RT, 1998; SILVA, Beclaute Oliveira. *A garantia fundamental à motivação da decisão judicial*. Salvador: Juspodivm, 2007; MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial*. São Paulo: RT, 2014; LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2015; SCHMITZ, Leonardo Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2015. Mesmo quando a decisão sobre os fatos é analisada, aparece apenas como um elemento secundário: PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fundamentação das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2019, p. 147-155.

<sup>2</sup> Também destacando a falta de reflexão doutrinária sobre o tema da decisão sobre os fatos: FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2ª ed. Madri: Marcial Pons, 2005, p. 15-16; POLI, Roberto. *Standard of proof in Italy*. In: TICHÝ, Luboš (ed.). *Standard of proof in Europe*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p. 197.

<sup>3</sup> Cf. a título exemplificativo: FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madri: Marcial Pons, 2007; NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madri: Marcial Pons, 2010; ABEL LLUCH, Xavier. *La valoración de la prueba en el proceso civil*. Madri: La Ley, 2014.

<sup>4</sup> Na língua portuguesa, o equivalente para o termo *standard* é estândar, mas que é pouco utilizado pela doutrina, que acabou por consagrar a nomenclatura em inglês. Até onde se tem conhecimento, apenas um autor utiliza a nomenclatura em português (MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Ônus da prova no direito processual público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; LEAL, Stela Tannure; SOUZA, Thiago Serrano P. Responsabilidade Civil em virtude de doenças associadas ao tabagismo. *Revista Científica Virtual da ESA*, v. 17, 2014). Consta ainda a nomenclatura em português utilizada por Danilo Knijnik que é “modelo de constatação”, (KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 2) mas que acaba por não representar adequadamente o instituto. Tem-se, aqui, uma fase da valoração probatória que visa verificar o atingimento de um patamar mínimo de exigência probatória, o que não vem representado adequadamente pela nomenclatura de modelo de constatação. Por tais motivos, haverá a utilização da nomenclatura original, em inglês (*standard*), já consagrada pela doutrina, bem como da nomenclatura em português (estândar).

Na decisão sobre os fatos, para além da valoração das provas, há um momento posterior e indispensável da decisão relativo à seguinte verificação: se, uma vez avaliadas as provas, elas atingem um nível mínimo de suficiência para que se possa ter como provada uma hipótese fática.

O *standard* de prova é um instrumento de distribuição dos riscos de erros sobre a decisão dos fatos, por exemplo, uma falsa condenação (falso positivo) ou uma falsa absolvição (falso negativo), na decisão condenatória penal. Cabe a cada ordenamento jurídico, a partir da valoração dos bens jurídicos em jogo, aumentar ou diminuir a exigência probatória, alterando a probabilidade dos riscos de erros. No penal, por exemplo, com o aumento do *standard* de prova, a tendência será a de dificultar a condenação dos acusados e a ocorrência da falsa condenação.

Essa suficiência mínima é o patamar fixado pelos estândares probatórios e, inexistindo uma expressa corroboração exigida pelo direito, passa a ser possível que cada juiz fixe seus próprios estândares, a partir de seus próprios valores e concepções do direito. Em outros termos, a suficiência da prova será atingida quando o juiz considerar que ela foi atingida segundo a sua própria concepção,<sup>5</sup> face a ausência de um critério externo que indique esse patamar.

A decisão, relativa ao preenchimento do *standard* probatório, passa a pertencer a um campo de ampla discricionariedade de cada juiz, de difícil controle intersubjetivo.<sup>6</sup> Essa situação ocorre porque, se o estândar probatório não precisa estar expresso na decisão, ele será utilizado de forma implícita pelo julgador, que não precisará indicar e nem justificar qual foi a suficiência probatória utilizada. Trata-se de um contrassenso em um contexto no qual há cada vez uma maior exigência de justificação e controle das decisões judiciais, a exemplo das exigências do art. 489, §1º, do CPC e do art. 315, §2º, do CPP, com a redação dada pela Lei 13.964/2019.

Apesar disso, o direito positivo, a doutrina e a jurisprudência, em geral, ignoram o problema<sup>7</sup> e, mesmo na maioria das situações em que há menção aos *standards*

---

<sup>5</sup> Destacando os problemas dessa situação tautológica: VIALE DE GIL, Paula A.. *¿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, n. 4, 2014, disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revista-4.php>, acessado em 29 de dezembro de 2019.

<sup>6</sup> De forma semelhante: FERRER BELTRÁN, Jordi; TUZET, Giovanni. Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali. *Diritto & Questione Pubbliche*, n. 2, dez.-2018, p. 456-457.

<sup>7</sup> Destacando esse problema, cf.: KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário...* cit., p. 32.

de prova, há uma ausência de sistematização ou apenas uma importação acrítica dos conceitos existentes no direito estrangeiro, a exemplo do que parece ocorrer na sua utilização ocasional pelo STF. Carece, no direito brasileiro, uma análise sistemática dos *standards* probatórios, tendo em vista o seu conceito, formas de definição e de distribuição entre os diferentes direitos materiais, com avaliação crítica da doutrina estrangeira e, principalmente, uma sistematização da matéria a partir, *especificamente*, do direito positivo brasileiro.

De forma mais específica, esta tese pretende demonstrar que: i) é possível delimitar critérios objetivos para que os *standards* probatórios possam ser devidamente distribuídos entre as diversas situações de direito material; ii) os *standards* probatórios já utilizados em outros países devem ser reformulados para que se amoldem a uma perspectiva objetiva do direito probatório, trazendo maior funcionalidade ao instituto; e iii) a partir de elementos do direito positivo brasileiro, é possível desenvolver *standards* probatórios para aplicação no nosso sistema jurídico.

A suficiência probatória pode ser observada a partir de diferentes pontos de vista, optando-se pela sua delimitação em relação às decisões de mérito definitivas e de cognição sumária no processo civil e penal. Não haverá análise dos eventuais *standards* acerca das decisões sobre o direito e, igualmente, sobre as decisões de revisão, seja nos recursos, seja em ações autônomas como a ação rescisória.<sup>8</sup>

A metodologia utilizada será, primordialmente, a pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira, incluindo a consulta a livros e periódicos. A experiência estrangeira, para o estudo dos *standards* probatórios é essencial, eis que são inúmeros os países onde já há tratamento consolidado no *common law*, inclusive com previsão legal em alguns países do *civil law*. Será feita, também, a utilização da análise de decisões judiciais que se refiram ao tema. A pesquisa, então, irá focar em investigação bibliográfica e na análise de precedentes dos tribunais superiores (STF e STJ) e como esses tribunais estão lidando com os *standards* probatórios.

O primeiro capítulo tem por objetivo o desenvolvimento das bases teóricas para o tratamento do direito probatório. O seu escopo primordial consiste em responder uma simples pergunta: O que significa afirmar que uma hipótese *h* está provada?

---

<sup>8</sup> Fazendo menção a esses outros temas, cf.: CLERMONT, Kevin M. *Standards of decision in Law*. Carolina do Norte: Carolina Academic Press, 2013, p. 42-60. Propondo um padrão probatório para as ações rescisórias no direito brasileiro: PONZONI, Christian. *Standards de prova no processo civil brasileiro*. Dissertação de mestrado. Porto Alegre: PUCRS, 2020, p. 137-139.



Refutam-se inicialmente as correntes que adotam uma perspectiva focada seja no convencimento subjetivo do magistrado, seja baseada na equiparação entre a afirmação de que uma hipótese está provada e o fato de esta ser verdadeira.

Acolhe-se, com as devidas observações, limitações e críticas, o modelo racional do direito probatório, o qual tem por base a defesa de que há um conhecimento objetivo e o de que a análise da suficiência probatória deve focar na existência de elementos probatórios sobre as diferentes hipóteses fáticas. A perspectiva objetiva do direito probatório, ao menos naquela adotada nesta tese, não vem acompanhada de uma ingenuidade acerca da possibilidade da certeza da obtenção do conhecimento total e absoluto sobre os eventos ocorridos no passado, mas que é consciente das dificuldades e limitações para a obtenção de um conhecimento objetivo da realidade,<sup>9</sup> e, ao mesmo tempo, reconhece que a análise de confiabilidade de uma determinada hipótese fática é possível, não estando na subjetividade do julgador.

O segundo capítulo, partindo da concepção racional do direito probatório, tem o propósito de desenvolver o conceito de estândar probatório, com suas diversas nuances. Impõe-se a verificação de sua inserção dentro do raciocínio probatório, com sua diferenciação e mesmo conexão com a própria valoração probatória.

Nesse contexto, impõe-se diferenciar o tratamento da matéria em dois subtemas:

i) o papel da epistemologia na fixação dos *standards* probatórios: apesar de uma convergência de várias correntes em torno da necessidade de sua objetivação, são diversos os pontos de vista de como atingir esse objetivo. Assim, impõe-se o estudo das várias correntes que lidam com a probabilidade, seja ela estatística, pascalina ou baconiana e ainda a hipótese da melhor explicação, para verificar a mais adaptável ao raciocínio probatório.

ii) o estudo dos critérios políticos e culturais que influenciam na fixação dos diversos *standards* probatórios, elemento essencial para que se possa identificar quais parâmetros são adequados e de que forma eles podem ser fixados em cada ordenamento jurídico, tendo em vista a função do *standard* probatório de distribuição dos erros

---

<sup>9</sup> GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial. *Quaestio facti (ensayos sobre prueba, causalidad y acción)*. Disponível em: [https://www.academia.edu/24429680/Quaestio\\_facti\\_Ensayos\\_sobre\\_prueba\\_causalidad\\_y\\_acci%C3%B3n](https://www.academia.edu/24429680/Quaestio_facti_Ensayos_sobre_prueba_causalidad_y_acci%C3%B3n), acessado em 13 de dezembro de 2019, p. 11; GASCON ABELLÁN, Marina. Concepciones de la prueba. Observación a propósito de “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”. *Discusiones: Prueba y conocimiento*, n. 3, 2003, p. 44.

cometidos nas decisões de fato nos processos. É crucial a constatação de que o *standard* probatório tem por função essencial a distribuição do risco de erro nas decisões sobre os fatos, eis que, na medida em que os erros são inevitáveis, cabe ao direito modular, por meio de uma maior ou menor exigência probatória, qual o tipo de erro mais grave. Se, por exemplo, exige-se maior rigor para a condenação de um acusado no processo penal, a tendência é a de que ocorra um maior número de erros em favor do réu: ou seja, há mais culpados soltos do que inocentes presos. Trata-se de um raciocínio que seria justificado pela noção de que é mais gravosa a condenação de um inocente do que a soltura de um culpado.

Tendo por base a distribuição dos riscos, é importante debater a quem compete realizá-la em cada ordenamento jurídico. Primordialmente, essa deve ser uma tarefa do legislador, mas também é necessário verificar a possibilidade da atuação do Poder Judiciário e da utilização das convenções processuais.

Existem inúmeros critérios diferentes trabalhados pela doutrina e jurisprudência para que se possa fixar um estândar probatório mais ou menos exigente, permitindo que se visualize de que forma um determinado ordenamento jurídico avalia os bens jurídicos em conflito, bem como as consequências das decisões. Há, nesta temática, a proposição de critérios para identificar, em cada ordenamento jurídico, critérios para a distribuição dos *standards* a partir das diversas situações do direito material.

No terceiro capítulo, pretende-se analisar a experiência estrangeira no tratamento dos *standards* probatórios, tanto em países do *common law* quanto do *civil law*. No *common law*, foram estudados os EUA, em que há o maior número de decisões e de estudos sobre o tema, e a Inglaterra, que acabou seguindo um caminho de maior subjetividade na fixação dos *standards* probatórios. Em relação aos países do *civil law*, optou-se por verificar a experiência da Itália, que tradicionalmente possui grande influência no direito processual brasileiro e que conta com diversas decisões e obras específicas, bem como expressa previsão legal. Além da Itália, tem-se a experiência da Espanha, em que houve o desenvolvimento da suficiência probatória a partir das Cortes superiores, do Chile e da Colômbia, países vizinhos, nos quais, após um desenvolvimento inicial do tema na jurisprudência, houve a incorporação dos *standards* na própria legislação.

Partindo para o quarto capítulo, tem-se a retomada de todo o arcabouço teórico desenvolvido nos dois primeiros capítulos, bem como da experiência estrangeira do terceiro capítulo, para que se possa propor uma forma mais objetiva de conceituar e de definir os estândares probatórios já utilizados e desenvolvidos em outros países. Propõe-se o desenvolvimento dos três estândares base para a distribuição dentre os diversos direitos materiais, que seriam: i) altíssima probabilidade da prova; ii) alta probabilidade da prova e iii) probabilidade prevalente. Neste momento, há uma análise dos possíveis conteúdos de cada um desses *standards* e uma proposta de interpretação de cada um deles tendo por base o modelo racional do direito probatório.

O objetivo primordial do quarto capítulo é o de desenvolver critérios seguros para que os *standards* possam ser incorporados à prática judicial brasileira, permitindo que os jurisdicionados compreendam a exigência probatória e, propondo uma objetividade na interpretação dos modelos de constatação, que seja possível o seu controle intersubjetivo pelos mecanismos recursais.

O quinto capítulo se baseia nos conceitos desenvolvidos nos demais capítulos para propor uma sistematização dos estândares probatórios para o direito brasileiro.

A primeira parte do capítulo analisa as decisões proferidas com cognição exauriente. Para a sentença penal condenatória, propõe-se a utilização da altíssima probabilidade da prova para uma parcela dos tipos penais, que possuem pena privativa de liberdade acima de quatro anos e, para os demais, o *standard* da alta probabilidade. O estândar intermediário da alta probabilidade da prova será utilizado para aquelas situações em que há uma desigualdade entre os bens jurídicos em disputa, caso em que as consequências são diversas para autor e réu, fazendo com que haja a necessidade de um desequilíbrio em relação à suficiência da prova. A probabilidade da prova será utilizada, em geral, para os casos em que os bens em disputa podem ser considerados equivalente, havendo uma menor exigência probatória. Posteriormente, passa-se a analisar as decisões com cognição sumária no processo penal e a concessão da tutela provisória prevista no CPC sob o ponto de vista dos estândares probatórios.



## 1 A BUSCA POR UM MODELO OBJETIVO DO DIREITO PROBATÓRIO

### 1.1 Aspectos introdutórios

Este capítulo tem por objetivo o estabelecimento das bases e dos conceitos do direito probatório que serão utilizados para o desenvolvimento dos *standards* probatórios. Não se objetiva a construção de uma teoria do direito probatório, mas tão somente estabelecer alguns conceitos que servirão de base para o desenvolvimento da temática dos *standards* probatórios.

O principal elemento a ser construído neste capítulo envolve o modelo de raciocínio probatório, que envolve desde o juízo de admissibilidade das provas até o que significa afirmar que uma determinada hipótese fática está provada. A partir do modelo adotado, têm-se consideráveis reflexos para o tema dos *standards* probatórios.

Os fatos, em regra, não entram no processo em sua materialidade empírica, brutos, mas através dos enunciados que o descrevem ou, de forma mais frequente, mediante conjuntos ordenados de enunciados. Isso ocorre porque os fatos não são verdadeiros ou falsos, mas apenas existem ou não.<sup>10</sup> O que se discute, em relação à condição de provados ou não, no processo, são enunciados sobre fatos que ocorreram no passado. O processo, então, do ponto de vista fático é formado por uma série de enunciados sobre fatos ocorridos em relação aos seus diversos sujeitos.<sup>11</sup>

Dessa forma, o objeto da prova no processo são as hipóteses fáticas construídas pelos sujeitos processuais. Para uma correta análise do fenômeno probatório, é imprescindível que haja a definição da seguinte proposição: "Está provado que *h*". A definição buscada é independente do ramo do direito observado, seja ele penal, administrativo, civil, tributário etc.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> UBERTIS, Giulio. Truth, evidence and proof in criminal proceedings. *International Journal of Procedural Law*, v. 4, n. 1, 2014, p. 82. No mesmo sentido: DALIA, Gaspare. *Convincimento giudiziale e ragionevole dubbio*. Padova: Cedam, 2018, p. 29.

<sup>11</sup> TARUFFO, Michele. O fato e a interpretação. In: *Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre processo civil e justiça civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 89; TARUFFO, Michele. Verdade e processo. *Processo civil comparado: ensaios*. Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 38-39. Sobre fatos brutos e suas descrições: ANSCOMBE, G. E. M. On brute facts. TWINING, William; STEIN, Alex (ed.). *Evidence and proof*. Nova Iorque: New York University Press, 1992.

<sup>12</sup> Muito embora, nos diferentes ramos do direito possa haver a diferenciação a partir do standard probatório exigido, o conceito básico de "Está provado que *h*", enquanto modelo de raciocínio não é alterado.

## 1.2 O conceito de prova e a necessária reflexão sobre a valoração probatória

Antes de partir para a discussão acerca dos modelos de raciocínio probatório, importa estabelecer um conceito base: o que é a prova. Deve-se ter em mente que o termo prova é polissêmico, tendo, em geral, três significações distintas:<sup>13</sup>

i) meios de prova, situação que faz referência tanto aos meios de prova, como prova testemunhal, pericial, documental etc., como a uma prova individualizada;

ii) procedimento probatório, que seria a atividade de inserção de elementos probatórios a favor ou contra uma determinada hipótese fática. Seria a fase de dilação probatória do processo;

iii) ao resultado da avaliação das provas, posterior à fase de dilação probatória, que seria a consideração de que determinada hipótese fática está provada ou não. Nesse aspecto ainda seria possível destacar uma diferenciação interna acerca da avaliação das provas, que pode fazer referência tanto ao resultado específico de um meio específico de prova, a exemplo de que o documento D prova a hipótese H1, como ao resultado global de avaliação das provas. É possível denominar prova como resultado parcial no primeiro sentido e prova como resultado conjunto no segundo.<sup>14</sup>

Na valoração das provas, tem-se um momento crucial, que consiste no sistema utilizado pelo ordenamento jurídico. Tradicionalmente, esses sistemas são divididos em íntima convicção, em que o juiz forma o seu juízo sobre os fatos livremente, dispensada a fundamentação, tarifação legal, em que o valor das provas é pré-fixado pela legislação,<sup>15</sup> e livre convencimento motivado, sistema pelo qual a convicção é livre, desde que devidamente fundamentada.<sup>16</sup>

A avaliação das provas no direito brasileiro, de acordo com a doutrina, tem por base o livre convencimento motivado ou a persuasão racional.<sup>17</sup> Mesmo aqueles que

---

<sup>13</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. 3ª ed. Madri: Marcial Pons, 2010, p. 76-77.

<sup>14</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2ª ed. Madri: Marcial Pons, 2005, p. 29.

<sup>15</sup> Afigura-se importante a revisão histórica empreendida por Mirjan Damaška em livro que remete ao período histórico da suposta prevalência da tarifação legal, em que, dentre outros temas, revisa se essa suposta tarifação legal impedia um campo de liberdade na apreciação das provas pelo juiz (DAMAŠKA, Mirjan. *Evaluation of evidence: pre-modern and modern approaches*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018).

<sup>16</sup> Uma revisão sobre esses sistemas pode ser vista em: RUÇO, Alberto Augusto Vicente. *Prova e formação da convicção do juiz*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 27-38.

<sup>17</sup> AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: RT, 2015, p. 39; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. Comentários ao art. 371. OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte;

professam um suposto abandono do livre convencimento motivado no CPC/2015, face a retirada do termo “livre” no art. 371 em relação ao art. 131 do CPC/1973, não indicam qual seria o modelo substituto, limitando-se a falar em fim de um modelo discricionário.<sup>18</sup> Ao contrário do que fazem parecer alguns autores, o CPC/2015 não trouxe qualquer novidade normativa, tendo apenas um efeito retórico. O livre convencimento motivado nunca teve por objetivo a permissão para pessoalismos e arbitrariedades, sempre sendo exigido pela doutrina a utilização de critérios racionais.<sup>19</sup>

O problema é que os dois pontos de vista possuem um sentido negativo claro. No primeiro caso, a ausência de taxaço legal do peso de cada prova,<sup>20</sup> e, no segundo, algo como a ausência de discricionariiedade. Mas, por outro lado, não têm um claro sentido positivo, com a indicação dos requisitos para que se considere uma hipótese dada como provada. Adotada a tese do livre convencimento motivado, ainda assim resta um vácuo de definição, pois este sistema de avaliação nada diz sobre como valorar as provas ou mesmo o grau de aceitabilidade necessário para que uma hipótese esteja provada.<sup>21</sup> Em outros termos, ao menos na doutrina brasileira, não se tem um sistema de valoraço racional que indique critérios para a avaliação das provas.

---

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença – comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2016, p. 244-246; ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2015, v. II, t. II, p. 168-170; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. I, p. 860; GUERRA, Marcelo Lima. *Prova judicial: uma introdução*. Fortaleza: Boulesis Editora, 2016, p. 4.

<sup>18</sup> STRECK, Lenio Luiz. As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (coords.). *Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2016.

<sup>19</sup> Essa crítica já havia sido feita na seguinte obra: PEIXOTO, Ravi; MACÊDO, Lucas Buri de. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 64-67. Interessante crítica a essa suposta mudança normativa indicada por Lenio Streck foi realizada por Marcelo Lima Guerra, segundo o qual “o autor, além de apresentar do assim chamado ‘princípio do livre convencimento motivado’ uma versão caricatural manifestamente errônea e sem amparo na doutrina processual, ainda se equivoca ao considerar este ‘princípio’ como diretiva aplicável à interpretação de textos legais. A adoção clara do sistema de livre convencimento motivado, adotado na norma do art. 131 do CPC/73, jamais foi compreendida pela doutrina processual com a falaciosa versão que lhe deu o autor mencionado. As referências doutrinárias nesse sentido são tão numerosas, que se faz impossível desnecessário- apresentar algo diverso de uma pequena indicação exemplificativa. (...) Agora, se há juízes que invocavam esta norma para, contra a própria norma, deixarem de valorar racionalmente a prova, isto não pode ser atribuído à própria norma, mas sim a deficiências contingentes e empiricamente determinadas, associadas seja ao sistema de seleção e formação de juízes, no Brasil, seja, principalmente, à própria doutrina, que ainda não se empenhou a contento em oferecer modelos de valoraço racional da prova, que pudessem ser utilizados e seguidos pelos juízes”. (GUERRA, Marcelo Lima. *Prova judicial...* cit., p. 4, nota n. 5).

<sup>20</sup> FORZA, Antonio; MENEGON, Giulia; RUMIATI, Rino. *Il giudice emotivo - la decisione tra ragione ed emozione*. Bolonha: Il Mulino, 2017, p. 22.

<sup>21</sup> BADARÓ, Gustavo. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 4, n.1, jan./abr.-2018, disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/index>, acessado em 02 de novembro de 2019, p. 62.

Por isso, é importante que haja a devida construção de um modelo de raciocínio probatório apto a influenciar não apenas a avaliação das provas, condicionando o sistema de livre convencimento motivado, mas também os demais elementos do próprio conceito de prova. Para realizar essa empreitada, a primeira parte desse capítulo irá avaliar os possíveis sentidos do enunciado "está provado que  $h$ "<sup>22</sup> como resultado da avaliação probatória, que configuram uma relação direta com os modelos de raciocínio probatório, para que, posteriormente, seja possível um aprofundamento do modelo tido como mais adequado.

### 1.3 A persuasão do juiz como elemento central do direito probatório

Sob esse ponto de vista, são inseridas as teses daqueles autores cujo cerne da prova é o estado psicológico do juiz; a prova tem primordialmente uma função persuasiva. Para Chiovenda, por exemplo, "provar significa formar o convencimento do juiz acerca da existência ou não existência de fatos de importância no processo".<sup>23</sup> Algo semelhante pode ser observado em Couture, segundo o qual, a prova tem por objetivo "formar no espírito do juiz um estado de convencimento acerca da existência ou inexistência das circunstâncias relevantes do processo".<sup>24</sup> Essa também é um ponto de vista que pode ser verificado em autores mais recentes, a exemplo de Khaled Jr., defensor da tese de que "o ponto de partida [das provas] deve ser o conceito de atividade encaminhada a conseguir o convencimento psicológico do juiz".<sup>25</sup>

Há, ainda, autores que podem ser inseridos, em parte, nesse modelo de raciocínio probatório, como é o caso de Moacyr Amaral Santos, pois, para o autor, a prova é necessariamente dividida em dois sentidos: i) um sentido objetivo, no qual tem por objetivo "fornecer o juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos em juízo",

<sup>22</sup>  $H$  deve ser compreendido como fazendo referência a uma hipótese probatória.

<sup>23</sup> Tradução livre do original: CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Trad. de José Casais y Santalo. Madri: Editorial Reus, 1925, §59, p. 281.

<sup>24</sup> Tradução livre de: "para formar en el espíritu del juez un estado de convencimiento acerca de la existencia e inexistencia de las circunstancias relevantes del juicio". (COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª ed. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958, p. 218).

<sup>25</sup> KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal*: para além da ambição inquisitorial. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2013, p. 388; KHALED JR., Salah H. O caráter alucinatório da evidência e o sentido da atividade probatória: rompendo com a herança inquisitória e a filosofia da consciência. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (coord). *Verdade e prova no processo penal*: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 311-312. No mesmo sentido: ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Proceso y verdad. *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 103, jul./set.-2018, p. 32.



obtido através dos meios de prova e ii) um sentido subjetivo, que consistiria em formar no espírito do juiz, seu principal destinatário, a convicção da verdade dos fatos”. Esses dois sentidos da prova são indissociáveis e se completam, fazendo com que a prova possa ser resumida na “soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo”.<sup>26</sup>

Os críticos desse modelo de direito probatório apontam que a função da atividade probatória acaba focada na figura do juiz, mais ainda, na persuasão/convencimento do juiz do *caso*. A decisão acaba por depender mais das condições pessoais do juiz, de sua persuasão, do que da existência de elementos probatórios em relação a uma das hipóteses fáticas. Assim, essa perspectiva da prova diminui a importância do elemento objetivo das provas, da força inferencial do raciocínio probatório; por vezes o seu foco acaba dirigido ao aspecto psicológico do sujeito que se pretende convencer, no caso, o juiz.<sup>27</sup>

Um possível efeito perigoso dessa concepção está presente em diversas decisões judiciais que acolhem o raciocínio de que “o juízo acerca da necessidade ou não da produção de prova é uma faculdade do magistrado”.<sup>28</sup> Note-se que, se basta o convencimento do juiz, está legitimada essa interpretação do art. 370 do CPC, não importando que constem nos autos outras provas pertinentes e relevantes.<sup>29</sup>

A principal crítica a esse ponto de vista é a criação de entraves para o controle da atividade probatória. Em sendo a crença de um determinado sujeito o parâmetro de controle, acaba sendo desenhada uma noção de prova com caráter subjetivo e, por consequência, com maior dificuldade de ser objeto de um controle racional.<sup>30</sup> Isso ocorre porque, se o objetivo primordial da prova é a criação de um estado psicológico, não há um parâmetro externo de correção.<sup>31</sup> O estado psicológico do juiz pode ter sido gerado por diversos motivos alheios às provas dos autos e, sendo o objetivo primordial o seu

---

<sup>26</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao código de processo civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. IV, p. 4. Raciocínio semelhante pode ser visto em outra obra do autor, embora com maior foco no elemento objetivo da prova: SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. I, p. 4-5, 400-401.

<sup>27</sup> RIVERA MORALES, Rodrigo. *La prueba: un análisis racional y práctico*. Madri: Marcial Pons, 2011, p. 35; BAYON, Juan Carlos. Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano. *Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo*, v. 2, n. 4, 2010, disponível em: <https://revistas.unicartagena.edu.co>, acessado em 25 de julho de 2019, p. 7.

<sup>28</sup> STJ, 4ª T., AgInt no REsp 1.336.998/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 12/11/2019, DJe 26/11/2019.

<sup>29</sup> Não se afirma, com isso que toda e qualquer prova requerida pelas partes deve ser produzida, no entanto, afigura-se inviável que o fundamento para a produção de outras provas seja tão apenas o convencimento do juiz.

<sup>30</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho...* cit., p. 83.

<sup>31</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. 3ª ed. Madri: Marcial Pons, 2010, p. 40; RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal*. São Paulo: RT, 2018, p. 24.

convencimento, o que importa é a conclusão – convencimento do juiz – e não propriamente as provas.<sup>32</sup>

De toda forma, não parece possível afirmar que a adoção de uma perspectiva persuasiva da prova é adotada por autores que defendem uma concepção subjetiva da prova, alheia ao controle argumentativo, ou mesmo que se confunda com o modelo de valoração íntima da prova. Essa colocação extrema, visualizada em alguns autores que adotam posição diferente não é correta.<sup>33</sup> Em nenhum dos autores que acolhem essa aceção da prova é possível visualizar a desvalorização da fundamentação no momento da decisão sobre os fatos. Todos escrevem sob o paradigma do livre convencimento motivado e não tendo por base o sistema da livre convicção.

O problema é que deslocar o foco do direito probatório para o simples convencimento do juiz e não propriamente na questão da relação entre as provas e a corroboração das hipóteses fáticas acaba dificultando o controle do raciocínio probatório,<sup>34</sup> bem como, mesmo que indiretamente, incentivando posições jurisprudenciais que chancelam o arbítrio na admissão e na valoração das provas, como sendo um terreno que pertence ao livre convencimento do juiz. Não se afirma, com isso, que a perspectiva persuasiva ignora a importância da justificação das decisões judiciais, mas que ela traz consigo alguns resultados insatisfatórios, tais como:

i) a persuasão como elemento de suficiência probatória dificulta o controle pela possibilidade da existência desse estado subjetivo no julgador independentemente da presença de elementos probatórios e que não são passíveis de controle. Como apontado, tem-se a permissão de decisões que denegam a produção de provas porque o “juiz já está convencido”;

ii) a própria forma de apresentar a justificação da decisão, em sendo voltada ao convencimento do próprio juiz, parece admitir eventual utilização de regras de experiência espúrias, sem qualquer comprovação empírica, baseadas apenas nas experiências pessoais do juiz. Afinal, basta a figura do juiz estar convencido para que

---

<sup>32</sup> TARUFFO, Michele. Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad. *Discusiones: Prueba y conocimiento*, n. 3, 2003, p. 31-33.

<sup>33</sup> Com uma visão demasiadamente crítica dessa visão do direito probatório: RIVERA MORALES, Rodrigo. *La prueba: un análisis racional y práctico...* cit., p. 34-36; BAYON, Juan Carlos. *Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano...* cit., p. 6. Michele Taruffo, por exemplo, afirma que essa visão “es compatible con (mas aún, implica) una concepción irracional de la prueba judicial”. (TARUFFO, Michele. *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad...* cit., p. 32).

<sup>34</sup> Com essa preocupação: EKELÖF, Per Olof. *Free evaluation of evidence*. TWINING, William; STEIN, Alex (ed). *Evidence and proof*. Nova Iorque: New York University Press, 1992, p. 154-155.

determinada hipótese fática seja tida como provada. A decisão de que uma determinada hipótese está provada resta legitimada pelo convencimento do juiz e não propriamente a partir da corroboração das hipóteses fáticas baseada nos elementos probatórios disponíveis.

iii) não se verifica uma preocupação desses autores com o desenvolvimento de conceitos fundamentais para o controle das inferências probatórias realizadas pelos julgadores; o foco está apenas no convencimento do juiz.

Trata-se de uma perspectiva problemática do ponto de vista do controle da decisão fática, sendo preferível um modelo em que o foco do direito probatório seja, nos termos de Moacyr Amaral Santos, o elemento objetivo das provas. Por outro lado, é inegável que o elemento persuasivo está presente; negá-lo é ignorar a realidade do elemento subjetivo presente em toda e qualquer decisão jurisdicional, no entanto, opta-se por colocá-lo como um elemento secundário e não como o foco da teoria da prova.

#### **1.4 Noções introdutórias sobre o modelo objetivo do direito probatório**

Na concepção objetiva do direito probatório, a proposição "Está provado que *h*" está diretamente relacionada com os elementos probatórios disponíveis no processo sobre as hipóteses fáticas desenvolvidas pelos diversos sujeitos processuais.

O foco, neste caso, dirige-se aos elementos probatórios disponíveis ao processo e não à convicção ou à crença do julgador. A condição de provada de uma hipótese não pode depender do convencimento do julgador, mas da indicação de elementos que corroborem uma determinada hipótese fática.

Uma primeira observação deve ser feita: todo enunciado acerca de fatos provados possui caráter indutivo, ou seja, determinada hipótese é considerada provada *de acordo com os elementos probatórios disponíveis*. A força probatória de uma inferência se refere à conexão entre a premissa e a conclusão em um *contexto particular*.<sup>35</sup> Isso deve ficar claro, pois não se pode confundir a proposição "Está provado que *h*" com a proposição "é verdade que *h*". A hipótese fática é considerada provada em termos

---

<sup>35</sup> PARDO, Michael. The field of evidence and the field of knowledge. *Law and Philosophy*, v. 24, n. 4, jul.-2005, p. 378, 380.

probabilísticos<sup>36</sup>, não havendo uma conexão *direta* entre a verdade e a definição de uma hipótese como provada.<sup>37</sup>

A adoção dessa corrente é compatível com a existência de erros materiais<sup>38</sup> nas decisões sobre os fatos. Pode ser que a hipótese fática não tenha efetivamente ocorrido tal como apontam as provas no processo. No entanto, o que importa são os elementos probatórios constantes dos autos, sendo um dos seus objetivos o estudo dos métodos para evitar os erros inferenciais, ou seja do confronto entre as provas e a conclusão probatória obtida pelo julgador.

É tendo por base a aptidão da prova de trazer elementos de corroboração em relação a uma determinada hipótese fática que se torna possível falar em função *demonstrativa*. O termo demonstrar denota a existência de suporte para que se aceite determinada hipótese como provada, mas, ainda assim, possui caráter refutável a depender da existência de outros elementos probatórios.<sup>39</sup> Assim, a demonstração não é da verdade, mas sim da aptidão de determinada hipótese para ser considerada provada de acordo com os elementos probatórios dos autos.

A situação de provada de uma hipótese fática deve ter por base os elementos probatórios constantes dos autos; esse deve ser o seu referencial de correção e não elementos externos. Caso o material probatório seja alterado, muda-se também o referencial de correção. A título exemplificativo, a afirmativa “O carro de Paulo bateu na traseira do carro de Pedro” pode ser tida como provada na sentença, mas materialmente

---

<sup>36</sup> A probabilidade aqui utilizada é lógica e não estatística. O tema será retomado com maior profundidade no capítulo 2, item 2.6.2

<sup>37</sup> De forma semelhante: TWINING, William. *Rethinking evidence*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 273; TARUFFO, Michele. Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba. *Discusiones: Prueba y conocimiento*, n. 3, 2003, p. 86. A verdade e a justificativa da condição de provada de uma hipótese fática são variáveis independentes entre si – é possível, inclusive, que se tenha a crença sobre algo que por acaso seja verdadeiro pelas razões erradas (PARDO, Michael. *The field of evidence and the field of knowledge...* cit., p. 335-336).

<sup>38</sup> Chama-se erro material quando há uma diferença entre o que foi tido por provado no processo e o que ocorreu no mundo externo (FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegômenos para uma teoria sobre os *standards* probatórios. Tradução de Daniel de Resende Salgado e Luís Felipe Schneider Kircher. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; KIRCHER, Luís Felipe Schneider (coords). *Altos estudos sobre a prova no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 798).

<sup>39</sup> “O termo “demonstrar” e suas variações são usados neste livro, em geral, e um sentido *lato*, significando “provê algum suporte ou substrato para se crer em” algo. Esse conteúdo dilatado permite o uso dos termos “provar” e “demonstrar” no caso de provas refutáveis (...), em oposição ao significado restrito que se assumem os termos “prova” e “demonstração” em matemática e em lógica, no âmbito das quais uma prova ou demonstração são conclusivas e não admitem refutação”. DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções...* cit., p. 17, nota n. 17. De forma semelhante: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: MORAES, Maurício Zanoide de; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 306.

incorreta. A correção da inferência probatória dependerá das provas produzidas no processo e não de algum critério externo.

Pode, então, ser possível que ocorra a seguinte situação: Paulo, na verdade, não teve responsabilidade no acidente, mas ele não foi capaz de produzir provas suficientes nesse sentido. É o que se chama de erro material. Ocorre que, do ponto de vista das provas no processo, a decisão estava correta: a conclusão de que a hipótese da culpa de Paulo está embasada em elementos probatórios.

A verdade não pode ser esse elemento de correção pela inviabilidade do conhecimento humano de alcançá-la, sendo possível apenas trabalhar com juízos de probabilidade. Dessa forma, passa a ser possível afirmar que uma hipótese provada não é verdadeira,<sup>40</sup> assim como é possível que uma hipótese considerada não provada seja verdadeira.

O desafio é o de identificar a hipótese fática melhor corroborada de acordo com o acervo probatório. Em resumo, não é exigido do juiz que verifique se as narrativas fáticas são verdadeiras, mas apenas se elas estão corroboradas ou não de acordo com os elementos probatórios constantes dos autos.<sup>41</sup>

Esse ponto de vista implica adoção de uma vertente racional do direito probatório,<sup>42</sup> exercendo uma limitação no livre convencimento motivado, que só pode ser exercido mediante critérios que assegurem a racionalidade da decisão. Como visto anteriormente, o livre convencimento motivado possui um nítido sentido negativo: a inexistência de uma vinculação legal, mas pouco diz sobre os limites da valoração da prova pelo juiz, dificuldade essa que pode ser diminuída pela adoção do modelo racional do direito probatório. Dessa forma, o que não pode ser racionalmente elaborado deve ser tido como inexistente para efeitos da correta valoração da prova.<sup>43</sup> Adota-se uma concepção epistemológica e não unicamente retórica da prova.<sup>44</sup>

---

<sup>40</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho...* cit., p. 43.

<sup>41</sup> HAACK, Susan. *Evidence matters: Science, proof and truth in the law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 305.

<sup>42</sup> Sobre o tema da racionalidade, dentre outros, cf.: PARDO, Michael. Rationality, *Alabama Law Review*, v. 142, 2012; BRANDOM, Robert B. *Tales of the mighty dead – historical essays in the metaphysics of intentionality*. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p. 1-20.

<sup>43</sup> TARUFFO, Michele. Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba... cit., p. 84. De forma semelhante: BAYON, Juan Carlos. Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano... cit., p. 8.

<sup>44</sup> TARUFFO, Michele. Considerações sobre prova e motivação. In: *Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre processo civil e justiça civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 149; DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções...* cit., p. 35.

A epistemologia, que consiste na teoria filosófica do conhecimento, trabalha com questões importantes para o direito probatório, como o estudo das fontes do conhecimento, do qual é exemplo o testemunho, a exploração da estrutura das provas e os determinantes para a sua força indutiva, qual a melhor forma de produção das provas, dentre vários outros temas.<sup>45</sup> Com a adoção da concepção epistemológica, tem-se a utilização desse ramo do conhecimento para o desenvolvimento dos conceitos relacionados às questões atinentes à prova jurídica.<sup>46</sup> Não por acaso atualmente já há um ramo especializado no direito, denominado de epistemologia jurídica.<sup>47</sup> Por outro lado, uma concepção retórica, como visto, acaba por focar apenas na persuasão da figura do juiz, não fornecendo um arsenal teórico adequado para o tratamento da prova judicial.

Trata-se, dessa forma, de uma visão que traz um melhor arcabouço teórico para a análise e crítica das decisões fáticas. Afinal, não se pode reconhecer que existem decisões baseadas em provas frágeis, duvidosas ou parciais sem pressupor que haja uma diferença *real e objetiva* entre as provas frágeis e duvidosas e as provas mais fortes e robustas<sup>48</sup> ou, em outros termos, que haja diferença no grau de confiabilidade das provas. A força probatória da evidência trazida aos autos não advém da forma com a qual é visualizada pelo juiz ou pelas partes, mas da sua aptidão para corroborar ou não determinada hipótese fática, tema objeto do estudo da epistemologia.

A consideração de que uma hipótese fática está provada deixa de depender primordialmente do juiz, sendo independente de sua convicção, passando a ser determinada a partir do diálogo processual exercido por todos os sujeitos processuais, mediante a comparação das hipóteses fáticas e as provas disponíveis. A hipótese considerada provada depende de ter sido submetida à verificabilidade e à refutabilidade.<sup>49</sup>

Sob essa forma de observação do fenômeno probatório, a obrigatoriedade de justificação é imprescindível ao seu funcionamento. Uma vez que considerar uma hipótese provada é determinar se, a partir das provas disponíveis, existem razões para considerá-la provada, é por meio da justificação que as razões para tanto são expostas. Uma vez que a correção da decisão é controlável a partir dos elementos dos autos, tal

---

<sup>45</sup> HAACK, Susan. *Evidence matters: Science, proof and truth in the law...* cit., p. 6.

<sup>46</sup> PARDO, Michael. *The field of evidence and the field of knowledge...* cit., p. 325.

<sup>47</sup> HAACK, Susan. *Evidence matters: Science, proof and truth in the law...* cit., p. 6.

<sup>48</sup> HAACK, Susan. *La justicia, la verdad y la prueba: no tan simple, después de todo.* In: FERRER BELTRÁN, Jordi; VÁZQUEZ, Carmen (coords). *Debatiendo con Taruffo*. Madri: Marcial Pons, 2016, p. 319.

<sup>49</sup> RIVERA MORALES, Rodrigo. *La prueba...* cit., p. 34-35.

controle apenas pode ser feito a partir da apresentação das justificativas pelo julgador. A fundamentação atua como um mecanismo de fechamento para o funcionamento dessa aceção sobre as provas.<sup>50</sup>

Pelo fato de a prova ter um aspecto objetivo, exige-se uma fundamentação analítica e exaustiva dos elementos probatórios constantes dos autos, como forma de demonstrar a corroboração da hipótese fática tida como provada. Incumbe ao julgador levar em consideração todas as provas concernentes aos fatos alegados de forma específica, indicando a relevância e a força probatória de cada uma delas no que concerne à decisão fática a ser tomada no processo.<sup>51</sup> Simplesmente é inadmissível a utilização de meros argumentos de que o juízo está convencido de determinada hipótese fática sem a indicação das razões para tanto, afinal o parâmetro de correção não é a persuasão do julgador, mas os elementos probatórios disponíveis.

Ainda dentro da questão da justificação, a adoção de uma perspectiva objetiva do direito probatório não tem por objetivo extirpar o elemento retórico do processo, o que é impossível. Como destaca Susan Haack, ter uma crença justificada é diferente de justificar essa crença perante uma audiência; enquanto a primeira é uma questão epistemológica, a segunda é uma questão retórica.<sup>52</sup> Além disso, é inegável que o procedimento probatório não é auto aplicável, pois depende sempre da intermediação de um julgamento com elementos subjetivos pelo magistrado e,<sup>53</sup> sob esse aspecto, a retórica não pode ser simplesmente ignorada. A diferença é que esta passa a ser um elemento secundário sob a perspectiva de um modelo objetivo de direito probatório.<sup>54</sup>

#### 1.4.1 Características de um modelo de objetividade crítica no direito probatório

---

<sup>50</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. Concepciones de la prueba. Observación a propósito de "Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad"... cit., p. 50. De forma semelhante: MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *O direito e sua ciência: uma introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 99.

<sup>51</sup> TARUFFO, Michele. Inferences in judicial decisions about facts. *Revista Ítalo-Española de derecho procesal*. Madri: Marcial Pons, 2018, v. 1, p. 3.

<sup>52</sup> HAACK, Susan. La justicia, la verdad y la prueba: no tan simple, después de todo... cit., p. 322

<sup>53</sup> MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2005, p. 228.

<sup>54</sup> De forma semelhante: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: RT, 2019, p. 126; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)... cit., p. 308.

Esta tese propõe a adoção de um modelo racional do direito probatório, o qual possui as seguintes características: i) o conhecimento, com certos limites, sobre eventos ocorridos no passado é possível; ii) os julgamentos são realizados com base em juízos de probabilidades, ou seja, estão sujeitos a erros; iii) a avaliação das provas tem por base métodos racionais, devendo ser justificada de forma a ser possível o seu controle intersubjetivo;<sup>55</sup> iv) o juízo fático é tipicamente uma questão de probabilidade, não sendo possível o alcance da verdade;<sup>56</sup> v) o julgamento probabilístico sobre eventos ocorridos no passado deve ser alcançado por meio das provas relevantes apresentadas ao julgador e esse raciocínio é realizado por meio da indução; vi) os julgamentos sobre probabilidades são baseados nas regras de experiência; vii) a busca pela verdade ou a tentativa de maximização da acurácia na determinação fática tem um valor relevante, muito embora não necessariamente predominante sobre os demais valores que condicionam o processo; viii) uma base crucial para a avaliação do procedimento probatório é a sua aptidão para melhorar a precisão na determinação fática, muito embora outros critérios não sejam excluídos, tais como a duração razoável, a questão do sigilo profissional etc.<sup>57-58</sup>

Dentre as características de um modelo racional, ainda se insere

Há uma pressuposição de que há objetividade no julgamento dos fatos e que ela é possível e exigível no processo. Não há, na natureza do raciocínio jurídico, qualquer particularidade que diferencie a análise fática no direito em relação a outras formas de investigação fática, como na história, na medicina etc.<sup>59</sup> Em todas elas a consideração de

---

<sup>55</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. Sobre el deber de motivación de las decisiones probatorias y el juicio por jurados. La sentencia V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua de la corte IDH. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, v. 1, 2020, p. 370.

<sup>56</sup> Como destaca Antonio do Passo Cabral, “Deixamos de estar apegados a uma verdade absoluta, uma convicção marcada na escala como um ‘100% de certeza’, para aceitar que as decisões, quaisquer que sejam elas, são sempre tomadas com base em probabilidades” (CABRAL, Antonio do Passo. Questões processuais no julgamento do Mensalão: valoração da prova indiciária e preclusão para o juiz de matérias de ordem pública. *Revista dos Tribunais*, v. 933, jul.-2013, p. 141).

<sup>57</sup> TWINING, William. *Rethinking evidence...* cit., p. 76.

<sup>58</sup> Para uma importante análise acerca das variações dentro da teoria racional do direito probatório, cf.: ACCATINO, Daniela. Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora? *Revus*, v. 39, 2019, disponível em: <https://journals.openedition.org/revus/5559>, acessado em 22 de janeiro de 2020.

<sup>59</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. Prefácio a la edición en castellano. In: LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal* – un ensayo sobre epistemología jurídica. Trad. Carmen Vásquez e Edgard Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 18. De forma semelhante: GRECO, Leonardo. Conceito de prova. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord). *Estudos de direito processual civil* – homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005, p. 368, 371. Não se afirma que cada ramo do conhecimento não tenha suas particularidades. Nas ciências, por exemplo, as proposições a serem provadas têm aptidão para serem repetíveis; essa é a própria lógica. O teste de um remédio visa a verificar se o efeito desejado sempre se repete. No direito, as questões fáticas são geralmente únicas, sendo a análise fática posterior e, além disso, geralmente não possuem aptidão de serem repetidas. No entanto, nos dois casos, busca-se corroborar as hipóteses fáticas por meio de elementos probatórios, embora a linguagem possa ser diversa, assim como as



que uma hipótese fática está provada depende da existência de elementos suficientes que a corroborem. Buscam-se sempre novas formas de análise fática realizadas em outras áreas do conhecimento para aumentar a precisão do julgamento fático no direito. E, em todas elas, também não é possível alcançar qualquer verdade absoluta, mas apenas uma tentativa de aproximação que se adegue a um determinado momento histórico, em uma comunidade específica, dentro dos limites dos instrumentos disponíveis para o conhecimento do tema em estudo.<sup>60</sup>

Naturalmente, a perspectiva adotada não é a de um objetivismo ingênuo, no sentido de que é possível a certeza da obtenção do conhecimento total e absoluto sobre os eventos ocorridos no passado. Tal concepção, tendo em vista seus reflexos no processo, poderia ser denominada de concepção ultra racionalista da prova,<sup>61</sup> a qual pode ser tida como sinônima da adoção de uma visão sobre o direito probatório que imagine ser possível a completa percepção da realidade. É possível, no entanto, a adoção de um objetivismo crítico.<sup>62</sup>

Não parece sustentável uma postura que simplesmente elimina qualquer conhecimento objetivo do mundo;<sup>63</sup> trata-se de uma tese que é basicamente intuitiva, a qual está arraigada na forma de pensar, atuar, se relacionar com os demais, se comunicar.<sup>64</sup>

Como já apontado, a proposta mais adequada seria a de um objetivismo crítico, que seja consciente das dificuldades e limitações para a obtenção de um

---

espécies de fatos. (LOEVINGER, Lee. Standards of proof in science and law. *Jurimetrics*, v. 32, n. 32, 1992, p. 328-329). Tem-se ainda como particularidades as regras de admissão das provas, de exclusão, mas que não tornam o raciocínio probatório diverso (TARUFFO, Michele. Verdade e processo... cit., p. 54-55). Giovanni Tuzet destaca que a prova jurídica difere da científica pela existência de limites de quantidade e qualidade, pela existência de limites temporais e ainda pelo fato de a questão probatória ser definida por meio de uma decisão baseada na autoridade. (TUZET, Giovanni. *Filosofia della prova giuridica...* cit., p. 43). Para uma interessante análise entre as interações e diferenças entre o raciocínio científico e jurídico, cf.: HAACK, Susan. “Scientific inference” vs. “legal reasoning”? —not so fast! *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, n. 13, jan./dez.-2019.

<sup>60</sup> DALIA, Gaspare. *Convincimento giudiziale e ragionevole dubbio...* cit., p. 4. De forma semelhante: ABEL LLUCH, Xavier. La dosis de prueba: entre el *common law* y el *civil law*. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 35, 2012, p. 176.

<sup>61</sup> Criticando essa concepção, inclusive com a nomenclatura proposta, cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Questões processuais no julgamento do Mensalão: valoração da prova indiciária e preclusão para o juiz de matérias de ordem pública... cit., p. 138-139.

<sup>62</sup> Uma interessante análise da retomada da importância do valor do conhecimento objetivo e de um conceito criticamente maduro sobre a verdade por ser visto em: TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 94-104.

<sup>63</sup> MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law...* cit., p. 227.

<sup>64</sup> SCHWEIZER, Mark. Standard of proof as decision threshold. In: TICHÝ, Luboš (ed.). *Standard of proof in Europe*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p. 23.

conhecimento objetivo da realidade,<sup>65</sup> mas que, ao mesmo tempo, reconhece que uma análise de confiabilidade de uma determinada hipótese fática é possível, não estando tudo na subjetividade do julgador.

Na atualidade, é possível vislumbrar algumas críticas à perspectiva racionalista do direito probatório. Algumas delas, dirigidas tanto à racionalidade humana quanto à possibilidade do conhecimento estão corretas. Basta mencionar a sempre necessária atuação da linguagem para a comunicação dos fatos,<sup>66</sup> especialmente no processo, bem como a bastante conhecida existência de diversos vieses cognitivos.<sup>67</sup>

A intermediação da linguagem na comunicação dos fatos dificulta a apreensão da situação fática porque sua apreensão pelos seres humanos depende da comunicação. Se a linguagem é representada por meio de textos com significantes e significados, os quais possuem caráter de generalidade, e ela é utilizada para a representação de fatos únicos e irrepetíveis, é inegável que haverá certa incompatibilidade<sup>68</sup> para uma perfeita representação dos fatos.

Os vieses cognitivos podem ser definidos como as tendências que podem levar a desvios sistemáticos de lógica e a decisões irracionais, relacionadas à capacidade computacional limitada do ser humano. Por exemplo, tem-se o viés de confirmação, que pode ser resumido como a constatação de que a primeira impressão é a que fica. No direito, esse viés cognitivo pode levar os julgadores em processos penais a restarem convencidos inicialmente da culpa do acusado e apenas serem capazes de levar em conta

---

<sup>65</sup> GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial. *Quaestio facti (ensayos sobre prueba, causalidad y acción)*. Disponível em: [https://www.academia.edu/24429680/Quaestio\\_facti\\_Ensayos\\_sobre\\_prueba\\_causalidad\\_y\\_acci%C3%B3n](https://www.academia.edu/24429680/Quaestio_facti_Ensayos_sobre_prueba_causalidad_y_acci%C3%B3n), acessado em 13 de setembro de 2018, p. 11; GASCÓN ABELLÁN, Marina. Concepciones de la prueba. Observación a propósito de "Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad" ... cit., p. 44. Com raciocínio semelhante: GRECO, Leonardo. Conceito de prova... cit., p. 379, 385.

<sup>66</sup> Para uma análise da atuação e das diferentes perspectivas da linguagem no discurso jurídico, cf.: WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: SAFE, 1995. Ver, ainda, referência à influência da linguagem no conhecimento da verdade em: TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade...* cit., p. 96.

<sup>67</sup> Sobre os vieses, por todos, cf.: KAHNEMAN, Daniel. *Thinking fast and slow*. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2011, eBook. Especificamente no direito, dentre outras obras: NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*. Salvador: Juspodivm, 2018; COSTA, Eduardo José Fonseca da. *Levando a imparcialidade a sério*. Salvador: Juspodivm, 2018.

<sup>68</sup> "Não existem significantes específicos, então, toda linguagem é geral, tanto os significados quanto os significantes. Individuais são os eventos, mas esses só podem ser constituídos por meio da linguagem, não são "coisas", nem "em si". Por isso não se podem confundir significantes como os textos com eventos. Quer dizer que a individualidade do mundo real só pode ser "racionalizada" por meio de abstrações ideias, que se distanciam do mundo real, mas ao mesmo tempo possibilitam o re-conhecimento dos eventos e assim a experiência" (ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2014, p. 146-147).

elementos probatórios que confirmem a hipótese acusatória, ignorando aqueles que poderiam levar a absolvição do acusado.<sup>69</sup>

Tanto a intermediação da linguagem quanto as influências dos vieses cognitivos dificultam tanto um ideal de conhecimento objetivo quanto o funcionamento da racionalidade humana e não podem ser ignoradas. No entanto, não têm aptidão de gerar a situação oposta, que seria a da impossibilidade do conhecimento objetivo ou mesmo de uma irracionalidade. Apenas impõem que a objetividade do conhecimento humano não seja vista de forma absoluta: a verdade existe independentemente do conhecimento humano, no entanto, a certeza de que ela foi obtida não é possível.

A constatação de que há necessidade de intermediação entre a linguagem e a realidade não autoriza que haja uma ruptura entre o conhecimento e a realidade, a qual deve continuar sendo o parâmetro de correção da veracidade das hipóteses fáticas. A realidade continua sendo o critério de referência para a verificação da veracidade ou da falsidade dos enunciados fáticos.<sup>70</sup> Da mesma forma, o reconhecimento dos vieses cognitivos não impede o uso da racionalidade, mas apenas demonstra que a racionalidade não é perfeita e, mais ainda, trata-se de uma dificuldade que pode ser minimizada por outros caminhos, a exemplo da exigência de uma maior justificação nas decisões fáticas.

O caminho adequado não é a adoção de um ceticismo exacerbado, mas a adoção de um modelo objetivo em que se exige que a justificação do juízo sobre os fatos esteja fundado em um rigoroso processo de racionalização.<sup>71</sup> Volta-se à necessidade de valorização da justificação das decisões judiciais. Um modelo objetivo crítico é dependente de uma justificação analítica das decisões para que possa ser racional e para minimizar os riscos dos vieses cognitivos.<sup>72</sup> Igualmente importante é o contraditório visto como direito de influência,<sup>73</sup> que exige a consideração, pelo magistrado, das diferentes

---

<sup>69</sup> Sobre esse viés específico, cf.: RASSIN, Eric; EERLAND, Anita; KUIJPERS, Ilse. Let's find the evidence: an analogue study of confirmation bias in criminal investigations. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*, n. 7, 2010.

<sup>70</sup> BADARÓ, Gustavo. Editorial dossiê "Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos... cit., p. 47.

<sup>71</sup> KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um direito probatório. In: KNIJNIK, Danilo. *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 17.

<sup>72</sup> Com raciocínio semelhante em relação à fundamentação como mecanismo de *debiasing*: NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais...* cit., p. 274-275.

<sup>73</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 2, n.2, 2005, p. 453-459.

hipóteses fáticas construídas pelos sujeitos processuais, bem como dos elementos probatórios por eles produzidos.

### 1.5 Papel da verdade no direito probatório: a função teleológica

A verdade é um elemento sempre presente em qualquer discurso sobre o direito probatório. Seja para negá-la, criticá-la ou valorizá-la, trata-se simplesmente de conceito que não pode ser ignorado e que, também, no direito processual brasileiro, sempre está conectada com os debates sobre a prova.

Impõe-se, então, ao menos fazer menção ao tema para que se aponte o papel da verdade adotado por esta tese.

Conceituar a verdade é uma tarefa quase impossível. Não cabe a esta tese assumir esta tarefa, a qual, mesmo que fosse o seu único objetivo, o mistério acerca da natureza da verdade seria mantido.<sup>74</sup> No entanto, é possível, ao menos, elencar que um pressuposto básico para qualquer teoria da verdade é a de que ela seja objetiva. E a crença em uma verdade depende de como as coisas são, não de como qualquer alguém deseje que elas sejam.<sup>75</sup> Uma consequência natural de tal aceção é a de que os julgamentos podem ser objetivamente incorretos, eis que não dependem propriamente da crença de quem os faz, mas de um elemento externo de correção.

Os autores que compartilham uma visão que concede um valor significativo para a verdade no direito adotam a teoria da verdade como correspondência, ainda adotada pela maioria dos filósofos<sup>76</sup> e juristas.<sup>77</sup> O principal elemento dessa teoria consiste *na necessária conexão entre a verdade e a realidade*, portanto, apenas é possível

<sup>74</sup> Com a constatação do mistério que é a natureza da verdade: LYNCH, Michael P. Introduction: the mystery of truth. in MICHAEL P. Lynch (ed). *The nature of truth: classic and contemporary perspectives*. Cambridge: MIT, 2001, p. 1.

<sup>75</sup> LYNCH, Michael. Truth as one and many... cit., p. 8. De forma semelhante: TUZET, Giovanni. *Filosofia della prova giuridica...* cit., p. 71-72.

<sup>76</sup> Fazendo referência ao fato de que essa teoria ainda é acolhida pela maioria dos autores, cf.: DAVID, Marian, The correspondence theory of truth. In: Edward N. Zalta (ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2016 Edition), disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/truth-correspondence/>, acessado em 08 de outubro de 2018, tópico 4; RASMUSSEN, Joshua. *Defending the correspondence theory of truth*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

<sup>77</sup> UBERTIS, Giulio. Truth, evidence and proof in criminal proceedings... cit., p. 82-84; ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho...* cit., p. 49; TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos...* cit., p. 101; FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho...* cit., p. 18; TUZET, Giovanni. *Filosofia della prova giuridica...* cit., p. 68-71; SCHWEIZER, Mark. Standard of proof as decision threshold... cit., p. 25.

afirmar que é verdade que o gato está na mesa caso a proposição de que o gato está na mesa descreva com precisão um certo gato e a sua relação espacial com uma certa mesa.<sup>78</sup>

Adotar esse conceito da verdade implica afirmar que a realidade externa existe e que ela deve ser o critério de verificação da veracidade ou da falsidade dos enunciados. A utilização desse conceito de verdade em um caso ocorre da seguinte maneira: o enunciado “Paulo bateu na traseira do carro de Pedro” só é verdadeiro se, e somente se, Paulo bateu na traseira do carro de Pedro.<sup>79</sup> A verdade, como correspondência, independe do que venha a ser reconhecido no processo; tem, então, caráter objetivo, permitindo que se afirme que um julgamento pode estar errado por não corresponder à realidade dos fatos.<sup>80</sup>

Não se trata, naturalmente, de uma teoria imune a críticas, dentre elas, o fato de apenas conseguir atuar no campo dos fatos, mas não no campo da moral<sup>81</sup> e ainda da dependência de um determinado esquema conceitual para que haja correspondência.<sup>82</sup> No entanto, é possível a sua adoção para os propósitos deste trabalho, especialmente porque ela se adequa bem ao campo do processo, que trabalha com formas de conhecimentos empíricos.<sup>83</sup>

São divergentes as posições da doutrina em relação ao papel da verdade no processo, pois há quem negue a sua atuação no processo e outros que defendem apenas uma função teleológica.

---

<sup>78</sup> TARSKI, Alfred. The semantic conception of truth and the foundation of semantics. In: ROTA, Gian-Carlo (Ed.). *Alfred Tarski – collected papers*. Basel: Birkhauser, 1986, v. 2, 1935-1944, p. 667; RASMUSSEN, Joshua. *Defending the correspondence theory of truth...* cit., p. 6.

<sup>79</sup> Essa é também a forma de expressão de Alfred Tarski, que apenas utiliza outro exemplo, tendo por base a proposição de que a “neve é branca”, afirmando que a sentença de que “a neve é branca” é verdadeira se, e somente se, a neve é branca. (TARSKI, Alfred. *The semantic conception of truth and the foundation of semantics...* cit., p. 667).

<sup>80</sup> SCHWEIZER, Mark. *Standard of proof as decision threshold...* cit., p. 26.

<sup>81</sup> DAVID, Marian, "The Correspondence Theory of Truth"... cit., tópico 5. De forma semelhante, em algumas passagens: LYNCH, Michael P. *What ever happened to the correspondence theory of truth?* Disponível em: <https://uconn.academia.edu/MichaelLynch>, acessado em 08 de outubro de 2018. Nos mesmos textos mencionados, é possível vislumbrar outras críticas à mencionada teoria.

<sup>82</sup> GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Presunción de inocencia, verdad y objetividad. In: GARCÍA AMADO, Juan Antonio; RAÚL BONORINO, Pablo. (coords). *Prueba y razonamiento probatório em derecho: debates sobre abducción*. Granada: Comares, 2014, p. 104-105.

<sup>83</sup> Para uma interessante análise de outras teorias da verdade, bem como a sua incompatibilidade com o processo, cf.: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal...* cit., 88-90. De forma bastante resumida, tanto a teoria da verdade baseada na coerência, como a teoria da verdade como consenso não se adequam a formas de conhecimento empírico. A teoria coerentista da verdade, ao focar tão apenas na coerência da narrativa, ignora a realidade do mundo exterior, importando apenas a inexistência de incoerências. No caso da verdade como consenso, haveria a necessidade de que fossem aceitos resultados que ignorem completamente a realidade dos fatos.

Existem três razões principais para que seja negada a atuação da verdade no processo: i) razões teóricas, relacionada com ceticismo filosófico de que não é possível conhecer a realidade; ii) razões ideológicas, que consistem na ideia de que a verdade não deve ser perseguida no processo, pois não teria aptidão de melhorar o funcionamento do processo e iii) razões técnicas, que consistem na impossibilidade fática de encontrar a verdade por meio do processo, porque o juiz não poderia ter um conhecimento direto da realidade.<sup>84</sup>

Não se adota uma teoria que acolhe o ceticismo filosófico. Como apontado anteriormente, é possível o conhecimento da realidade, mesmo que reconhecidamente com certas limitações. Simplesmente abandonar qualquer utilidade do conceito de verdade não é adequado, sob pena de haver incentivo ao subjetivismo no campo dos fatos.

As razões ideológicas, que podem ser associadas aos adeptos do garantismo processual,<sup>85-86</sup> não se sustentam, até porque, em geral, conectadas com uma noção de

---

<sup>84</sup> Essas críticas são relatadas no seguinte texto: LAGIER, Daniel. Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial... cit., p. 2.

<sup>85</sup> Importante realizar uma breve diferenciação entre o garantismo penal de Ferrajoli e o garantismo processual que vem ganhando adeptos no âmbito do direito processual civil. O garantismo penal de Ferrajoli pode ser compreendido, de forma resumida, como “uma teoria do direito penal compreendido como instrumento de proteção dos direitos fundamentais tanto dos delitos quanto das penas arbitrárias, ou seja, como sistema de garantias idôneo a minimizar a violência na sociedade: a criminal, dos indivíduos singulares, e a institucional, dos aparatos repressivos”. Mais ainda, “O “neo-iluminismo penal” de Ferrajoli insere este conjunto de garantias processuais em um complexo paradigma normativo voltado à proteção dos indivíduos mercê da regulação do poder punitivo do Estado. Regulação que passa através de um sistema de limites e vínculos, impostos tanto à legislação penal quanto à jurisdição penal, com o objetivo de restringir a primeira à tutela dos direitos e de reduzir a segunda a uma atividade tendencialmente cognitiva”. De forma mais ampla, “A perspectiva teórica do garantismo ferrajoliano – que em *Principia iuris* alcança a máxima expressão (Ferrajoli, 2007) – é uma concepção do Estado de direito e da democracia constitucional que, levando os direitos a sério, põe no centro da reflexão jurídica e dos projetos políticos o tema das garantias, isto é, daquelas técnicas normativas finalizadas à salvaguarda dos direitos subjetivos e consistentes em deveres positivos (a comissões) ou negativos (a omissões) correspondentes respectivamente às expectativas jurídicas positivas ou negativas, as quais, se não satisfeitas ou violadas, legitimam a expectativa de reparação, à qual (por sua vez) corresponde um dever jurisdicional de reparação, que representa uma garantia de segundo grau em relação àquelas de primeiro grau integradas pelos deveres e pelas vedações correlativas aos direitos”. (IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, n. 3, v. 1, 2011, disponível em <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/733/1757>, acessado em 21 de janeiro de 2020, p. 36, 40). Por sua vez, o garantismo processual, que faz questão de se afastar do garantismo penal de Ferrajoli, por entender que este é compatível com um processo em que o juiz tem maiores poderes de flexibilização do procedimento, produção de provas etc, se qualifica como uma doutrina de tutela contra o arbítrio, focada na limitação do poder do juiz, seja ela realizado pela lei ou pela criatividade jurisprudencial. Portanto, o garantismo é incompatível com a dinamização do ônus da prova, a produção de provas de ofício, a utilização de medidas executivas atípicas pelo juiz etc (COSTA, Eduardo Fonseca da. *Garantia: dois sentidos, duas teorias*. Disponível em: <https://emporiadodireito.com.br/leitura/44-garantia-dois-sentidos-duas-teorias>, acessado em 21 de janeiro de 2020). Para uma visão geral do garantismo processual, cf.: ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Proceso y república: crítica a las tendencias actuales del derecho procesal*. Lima: Grijley, 2014.

<sup>86</sup> V. por exemplo, nesse sentido: ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Proceso y verdad... cit.*

que a valorização da verdade no processo consiste necessariamente no desenvolvimento de um processo hiperpublicista ou inquisitivo com forte protagonismo judicial.<sup>87</sup> Essa relação, ao contrário do apontado, não está correta. Não é possível afirmar que a busca da verdade depende de um aumento do protagonismo do juiz, pois, embora esteja presente em alguns autores,<sup>88</sup> não se trata de uma relação necessária.

Quanto às razões técnicas, por mais que não se possa ter certeza de que a verdade foi alcançada no processo,<sup>89</sup> não significa que ela não possa ser buscada. O fato de existir um ideal inalcançável não pode ser erigido como barreira para que a verdade seja buscada por meio do processo, do contrário, ter-se-ia também de abandonar tal busca nas demais áreas do conhecimento.<sup>90</sup> O objetivo não é propriamente a busca pela verdade, eis que essa pode ser identificada por acaso, mas de buscar melhores mecanismos para que a decisão sobre os fatos seja precisa. A verdade atua como uma espécie de farol guia por significar a identificação do que realmente ocorreu na realidade fática.

Afastados os óbices para que a verdade seja um valor relevante no processo, tem-se, então, o desafio de delimitar o seu papel.

Como apontado anteriormente, a verdade não possui um papel definitório da prova; em outros termos, uma hipótese ser tida como provada não significa que ela seja verdadeira; uma hipótese fática considerada provada pode ser falsa e uma hipótese considerada não provada pode ser verdadeira.

Trata-se de conclusão que decorre da afirmativa de que a proposição de que algo está provado tem por base um juízo de probabilidade e que pode ser alterado a depender dos elementos probatórios disponíveis. Essa acepção é igualmente relevante

---

<sup>87</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Proceso y república: crítica a las tendencias actuales del derecho procesal...* cit., p. 107-114. Embora não negue a importância da verdade para o processo, afirma haver uma forte conexão entre uma concepção fascista do processo e a busca da verdade material ou objetiva: MONTERO AROCA, Juan. *Prova e verdade no processo civil – contributo para o esclarecimento da base ideológica de certas posições pretensamente técnicas*. Trad. Glauco Gumerato Ramos. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (coords). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 511-523.

<sup>88</sup> Cf, por exemplo: TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade...* cit., p. 200-208.

<sup>89</sup> Essa parece ser a posição do seguinte texto: DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. A verdade como objetivo do devido processo legal. In: DIDIER JR., Fredie (org). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 2. É estranho, no entanto, verificar, que os autores concluem que “a justiça e a verdade não são finalidades do processo judicial. Isso é devido à impossibilidade de fixar conteúdos e critérios (...) de verdade de maneira não circular” (p. 829), mas linhas atrás igualmente afirmam que “a verdade aparece como uma entre as possíveis e eventuais finalidades do processo” (p. 828). Um interessante contraponto específico a esse texto pode ser visto em: PINTAÚDE, Gabriel. *Acerca da verifobia processual*. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coords). FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (org). *Processo civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paul: Atlas, 2012.

<sup>90</sup> GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Presunción de inocencia, verdade y objetividad...* cit., p. 94.

para que seja possível a construção de diferentes *standards* probatórios nos diversos ramos do direito.

Outra possibilidade de posicionamento da verdade no direito probatório é por meio de uma função teleológica. Em outros termos, a verdade atuará como objetivo principal da atividade probatória,<sup>91</sup> embora isso não signifique que esse seja o seu único objetivo.

É possível que outras finalidades sejam acolhidas pelo direito, tais como o direito à duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CFRB), o sigilo profissional de algumas profissões, a exemplo do advogado (art. 35, do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil), dentre outros, que podem impedir a implementação da busca pela verdade,<sup>92</sup> mediante a inserção de limitações “contra-epistêmicas”,<sup>93</sup> introduzindo exceções à produção de provas que poderiam permitir a prolação de uma decisão baseada em um material probatório mais robusto. No processo brasileiro, por exemplo, no depoimento pessoal, a parte não é obrigada a depor sobre fatos criminosos que lhe forem imputados (art. 388, I, CPC), que tem por fundamento o direito constitucional a não autoincriminação (art. 5º, LXIII, CFRB). Trata-se de uma limitação à produção de um elemento probatório que pode ser importante para o caso, mas que é vedado por uma norma jurídica que tutela valor diverso do que a busca pela verdade.

É importante sempre fazer esse parêntese ao se fazer referência à inserção da verdade como ideal regulativo do processo, eis que isso não significa, de forma alguma, que esse seja um ideal sem limites, podendo ignorar as garantias processuais e sem qualquer controle.<sup>94</sup> Ora, sequer significa que um determinado sistema processual que

---

<sup>91</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho...* cit., p. 56; FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madri: Marcial Pons, 2007, p. 31; GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho...* cit., p. 49, 60; SUMMERS, Robert S. Formal legal truth and substantive truth in judicial fact-finding. In: *Essays in legal theory*. Londres: Springer, 2000, p. 285; RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: RT, 2015, p. 23; TUZET, Giovanni. *Filosofia della prova giuridica...* cit., p. 76, 93, 100. De forma semelhante: BAYON, Juan Carlos. Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano... cit., p. 9.

<sup>92</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana. In: VÁZQUEZ, Carmen (coord). *Estandáres de prueba y prueba científica – ensayos de epistemología jurídica*. Madri: Marcial Pons, 2013, p. 24-25; VALENZUELA S., Jonatan. El juez y la prueba: sobre una comprensión del derecho procesal basada en la actividad probatoria. In: VIAL-DUMAS, Manuel; ZORRILLA, David Martínez (coords). *Pensando al juez*. Madri: Marcial Pons, 2019, p. 188; GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a social word*. Oxford: Clarendon Press, 1999, p. 284-285.

<sup>93</sup> BAYON, Juan Carlos. Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano... cit., p. 9.

<sup>94</sup> TUZET, Giovanni. *Filosofia della prova giuridica...* cit., p. 109.



permita a produção probatória pelo juiz seja, necessariamente, um ordenamento jurídico em que há uma melhor determinação dos fatos no processo.

Frise-se que a busca pela verdade é dirigida ao legislador ou mesmo à teoria do processo e da aplicação do direito, não pressupondo que funcione como premissa da atuação das partes ou do juiz. Não se deve igualar o propósito de determinado instituto com a finalidade perseguida pelos sujeitos processuais.<sup>95</sup> Não se pressupõe, então, que seja incumbência de quaisquer dos sujeitos processuais a busca pela verdade. Sequer é possível afirmar que algum deles possui uma posição de vantagem epistêmica para além da situação de imparcialidade, pressuposto da atividade jurisdicional. No entanto, o juiz não possui nenhuma qualidade inerente que lhe permita identificar a verdade para além do desinteresse na solução da causa.<sup>96</sup>

Ao afirmar que a verdade é a função principal da atividade probatória não se pretende que esta seja a sua única finalidade. Da mesma forma ela não tem aptidão para impor qualquer limitação ou imposição à forma de atuação em relação à prova dos sujeitos processuais. Da mesma forma, outros valores igualmente importantes podem condicionar o processo e determinar uma regulação legal diversa da tida como ideal do ponto de vista da busca pela verdade. Em outros termos, o fato de a verdade ser a função principal da atividade probatória não a torna o principal escopo do processo<sup>97</sup> e nem impede que seja limitada por outros valores<sup>98</sup> nas decisões legislativas e por outras normas jurídicas nos processos judiciais.<sup>99</sup>

Incumbe ao legislador, bem como à doutrina, a consideração prévia dos bens em juízo para definir as limitações à produção probatória, a exemplo da dignidade da

<sup>95</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho...* cit., p. 56.

<sup>96</sup> DEI VECCHI, Diego. La prueba judicial como conocimiento: una caracterización poco persuasiva. In: BELTRÁN FERRER, Jordi; VÁZQUEZ, Carmen (coords). *Debatendo com Taruffo*. Madri: Marcial Pons, 2016, p. 283-284. Como destaca Giovanni Tuzet, também os juízes são influenciados por questões pessoais e preconceitos de várias formas (TUZET, Giovanni. *Filosofia della prova giuridica...* cit., p. 245)

<sup>97</sup> Destacando a importância da verdade, mas afirmando não ser ela o escopo maior do processo: BADARÓ, Gustavo. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”... cit., p. 49.

<sup>98</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n 36, 2017, p. 94-95; TUZET, Giovanni. *Filosofia della prova giuridica...* cit., p. 91. Como resume Karl Larenz, “O achamento da verdade é decerto um fim muito importante do Direito Processual, mas não o seu fim único. Como todo o fim jurídico pode, em certa medida, ter de ceder a outros fins, ainda mais importantes” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6ª ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 433)

<sup>99</sup> Ver, por exemplo limitações relacionadas ao princípio da eficiência na produção de provas: LAUX, Francisco de Mesquita. Relações entre o princípio da eficiência e as normas sobre prova. *Revista de Processo*, n. 292, jun.-2019. Focando na análise de custo vs benefício na admissão de provas: POSNER, Richard A. *Fronteiras da teoria do direito*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo e Pedro Sette-Camara. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 439-451; POSNER, Richard A. An economic approach to the law of evidence. *Stanford Law Review*, v. 51, 1999, p. 1477-1487.

pessoa humana. Em sendo o processo de cada ordenamento jurídico influenciado pela sociedade na qual inserido, diversos são os valores que o conformam e que podem conflitar entre si, não se podendo pressupor que a verdade venha sempre a ser o valor prevalente.<sup>100</sup>

A inserção da verdade com papel teleológico incentiva uma visão do processo de forma a verificar se este é dirigido à prolação de decisões verdadeiras.<sup>101</sup> Essa análise atua tanto no juízo de admissibilidade, com a exigência de maior completude do material probatório, permitindo a produção de provas sempre que seja pertinente, controversa e relevante, como na justificação das decisões, mediante o desenvolvimento de critérios para a valoração das provas.<sup>102</sup>

De forma resumida, a defesa de que o processo é voltado à busca da verdade, em conjunto com a constatação de que há um limite para a o conhecimento humano significa que há um objetivo do sistema jurídico e do direito probatório de minimizar o risco de erros quanto às questões fáticas.<sup>103</sup>

Há uma escolha por um modelo objetivo do direito probatório, o qual envolve o conceito de verdade com função teleológica. Por mais que nenhum modelo probatório seja perfeito, é preferível um norteado por um modelo racionalista, capaz de reconhecer a falibilidade humana, no qual impõe-se um controle rigoroso das crenças, que devem ser devidamente justificadas, bem como das hipóteses fáticas disponíveis no processo.<sup>104</sup>

Em outros termos, a verdade atua como um guia para o direito probatório, conduzindo a atividade do legislador e da teoria do processo para que desenvolva procedimentos aptos a alcançar uma maior precisão acerca da avaliação dos fatos. Não conduz, por outro lado, à imposição necessária do protagonismo de um ou outro sujeito processual e nem a uma dominância do valor verdade perante outros valores, afinal, o processo é influenciado pela cultura que o permeia.

---

<sup>100</sup> DAMAŠKA, Mirjan R. *El derecho probatorio a la deriva*. Tradução de Joan Picó i Junoy. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 125.

<sup>101</sup> DEI VECCHI, Diego. La prueba judicial como conocimiento: una caracterización poco persuasiva... cit., p. 281

<sup>102</sup> RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento probatório no novo CPC. Em busca da interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (coords). *Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 130-131.

<sup>103</sup> BAYON, Juan Carlos. Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano... cit., p. 10.

<sup>104</sup> TUZET, Giovanni. *Filosofia della prova giuridica....* cit., p. 77-79.

## 1.6 Modelo objetivo do direito probatório e os *standards* probatórios

Nos próximos capítulos, haverá o devido enfrentamento e a delimitação do conceito de estandar probatório, mas, neste momento, é possível afirmar que a sua utilização apenas é possível e/ou útil se satisfeitos alguns pressupostos já delineados no decorrer deste capítulo. O *standard* probatório consiste na definição de um grau mínimo de corroboração para que se considere uma hipótese como provada, podendo variar dentro de um mesmo processo. Além disso, podem ser diversos a depender do direito material envolvido.

Uma perspectiva de cunho subjetivista, voltada ao convencimento do juiz, possui dificuldade para a utilização do *standard* probatório, que deve ser objetivo,<sup>105</sup> sob pena de não ter qualquer aptidão para servir como um padrão de julgamento. Não é compatível um modelo probatório subjetivo com um *standard* objetivo, afinal, este de nada adiantaria, caso definido a partir da convicção interna do julgador. Em outros termos, não adianta a existência de um parâmetro objetivo se o atingimento desse padrão decisório depende de uma decisão subjetiva e de difícil controle.

Os *standards* probatórios possuem uma conexão e também maior utilidade a partir da adoção de um modelo racionalista/objetivo do direito probatório. Como já delineado, sob esse ponto de vista, não se pode confundir o fato de uma hipótese estar provada com o fato de ela ser verdadeira. A questão resume-se à existência de elementos de corroboração suficientes, ou seja, juízos de probabilidade, – e essa suficiência há de ser definida por meio da fixação de estândares probatórios objetivos –.

Além disso, a própria concepção do modelo racional, especialmente os aportes da epistemologia jurídica, permite a utilização de conceitos essenciais para a construção dos estândares, por meio de uma adequada compreensão dos juízos de probabilidades. Como será visto no decorrer do próximo capítulo, estes se diferenciam em probabilidades estatísticas, pascalina e baconianas e é por meio das contribuições da epistemologia que se torna possível tanto a compreensão de cada um desses modelos de raciocínio, bem como a sua adequação para lidar com os diferentes *standards*.

---

<sup>105</sup> LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 28, 2005.



## 2 ESTÂNDARES PROBATÓRIOS

### 2.1 Conceito de estandar probatório

O estandar probatório, tendo por base as premissas construídas no primeiro capítulo desta tese, deve ser compreendido *como o grau de suficiência probatória mínima exigida pelo direito, para que uma hipótese fática possa ser considerada provada*. A título exemplificativo, se o estandar probatório consiste na *preponderância da prova*, a hipótese fática deve, no mínimo, atingir esse grau de suficiência para que seja tida como provada.

Essa é uma exigência mínima para a hipótese fática ser considerada provada. Não significa que, em uma demanda cível, exigindo-se o *standard* da *preponderância da prova*, não possa ser atingido patamar mais exigente, como a prova *acima de toda dúvida razoável*. Portanto, o grau de corroboração mínimo pode ser ultrapassado, mas tem que ser alcançado para que a hipótese fática possa ser tida como provada.

O tema dos estandares probatórios não é exclusivo do direito. Trata-se de tema relevante para além do direito, atuando em diversas áreas do conhecimento.<sup>106</sup> Em qualquer situação em que a decisão seja proferida em condições de incerteza fática, a existência de um *standard* probatório aparece como um fator de redução de complexidade, por haver a inserção de quais os critérios exigidos para que uma determinada hipótese fática seja considerada provada. É curioso observar que o tema dos *standards* probatórios seja ainda consideravelmente incipiente no *civil law*,<sup>107</sup> com destaque para o quase vazio legislativo encontrado no direito brasileiro.

---

<sup>106</sup> LOEVINGER, Lee. Standards of proof in Science and law. *Jurimetrics*, v. 32, n. 32, 1992, p. 331-332; LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Tradução de Carmen Vázquez e Edgar Aguilera. Madri: Marcial Pons, 2013, p. 104.

<sup>107</sup> VÁZQUEZ, Carmen. A modo de presentación. In: VÁZQUEZ, Carmen (coord). *Estandáres de prueba y prueba científica – ensayos de epistemología jurídica*. Madri: Marcial Pons, 2013, p. 13. Kevin M. Clermont defende que o *standard* no *civil law* seria a íntima convicção, o que é um equívoco, eis que não se trata de um *standard*, mas de um modelo relativo à valoração da prova que não faz referência à força probatória da evidência, mas que não invalida a análise história do desinteresse do tema nos países do *civil law*: CLERMONT, Kevin M. *Standards of decision in Law*. Carolina do Norte: Carolina Academic Press, 2013, p. 221-272. Como se verá no próximo capítulo, diversos países do *civil law* já trabalham com o tema dos *standards* probatórios, inclusive do ponto de vista legislativo.

É importante destacar que a força probatória necessária para que se considere que um indivíduo esteja agindo de forma justificada e racional depende do *contexto* no qual esteja envolvido.<sup>108</sup> Decisões que são menos importantes e trazem menos riscos exigem menor força probatória; decisões mais importantes, com maiores consequências no caso de um erro, exigem maior força probatória.

Na vida cotidiana, por exemplo, é possível falar na decisão de comprar um carro, de se casar com alguém. É possível até falar em variação de estândaes, a exemplo da decisão de ir a um encontro com alguém, de iniciar um relacionamento, noivar e eventualmente se casar. O grau de confiabilidade das provas necessárias para cada uma das decisões é mais exigente do que a anterior, por requerer um maior comprometimento. Um erro na escolha da pessoa com a qual se aceita ir a um encontro tem poucas consequências, mas uma escolha errônea na realização de um casamento pode trazer consequências drásticas, tendo em vista a necessidade de partilha de bens, a guarda dos filhos e mesmo dos animais de estimação.

Uma mesma decisão pode depender de uma maior exigência probatória a depender do contexto. Tenha por base a seguinte informação: Carlos pretende viajar de ônibus de João Pessoa a Recife e a passagem pode ser adquirida no próprio veículo.

Contexto 1: Trata-se apenas de uma viagem a passeio, para encontrar um amigo. Carlos, ao chegar à estação rodoviária, pergunta a um passageiro se aquele ônibus específico vai até Recife e se ele chega até as 14 horas, sendo a sua resposta: “acredito que sim”.

Contexto 2: Carlos irá apresentar a sua tese de doutorado às 15 horas na Faculdade de Direito do Recife. Ao chegar à estação de ônibus, questiona a um passageiro, que lhe dá a mesma resposta anterior.

No contexto 1, a resposta obtida é suficiente para que Carlos tenha provas suficientes para decidir ingressar no ônibus. Se por acaso, o ônibus atrasar – pois faz várias paradas – ou mesmo, por algum motivo, não passar por Recife, ele irá chegar mais tarde à cidade, sem maiores consequências. No contexto 2, com as mesmas informações, a decisão de entrar naquele ônibus não alcançou uma suficiência probatória, ou seja, a sua crença justificada de que o ônibus chegará em horário adequado para que possa apresentar

---

<sup>108</sup> FANTL, Jeremy; MCGRATH, Matthew. Evidence, pragmatics and justification. *The Philosophical Review*, v. 111, n. 1, jan.-2002.

sua tese de doutorado não está justificada. Haveria necessidade de se informar melhor, buscando um funcionário que possa lhe fornecer informações mais precisas.

Tais considerações são importantes para que se compreenda que o estândar probatório é um conceito que exige um grau de corroboração mínimo da hipótese fática para que ela seja considerada provada; esse grau mínimo varia conforme o contexto. No caso do Direito, consoante será verificado no decorrer desse capítulo e dos demais, a variação ocorre de acordo com a regulação do direito aplicável, que pode impor uma maior ou uma menor exigência probatória.

## 2.2 A inserção dos *standards* probatórios no procedimento probatório

O procedimento probatório é formado por diversas fases: a) proposição da prova;<sup>109</sup> b) admissibilidade das provas, momento no qual haverá a decisão acerca de quais provas serão admitidas no processo; c) produção das provas, a qual se afigura relevante especialmente para aquelas provas que serão produzidas no decorrer do processo, a exemplo da prova pericial e da prova testemunhal e d) avaliação da prova.

A fase de avaliação da prova deve ainda ser subdividida. Em um primeiro momento, além de analisar especificamente as provas produzidas, bem como eventual ilicitude probatória, o julgador deverá verificar o apoio empírico de cada uma das hipóteses fáticas construídas pelos sujeitos processuais no decorrer do processo,<sup>110</sup> de forma a verificar aquela com maior grau de corroboração com base nas provas disponíveis.

Uma vez havendo o reconhecimento, pelo juiz, de que uma determinada hipótese possui maior corroboração probatória do que as demais, tem-se o segundo momento, que consiste na prolação da decisão. Nessa fase, deverá ser realizada a análise relativa à identificação acerca da hipótese fática *h*, tida como a melhor dentre as disponíveis, decidindo se ela pode ou não ser considerada provada, de acordo com grau de corroboração exigido pelo direito. Cada ordenamento jurídico tem aptidão para decidir o *standard* probatório exigido.

---

<sup>109</sup> A fase específica de requerimento de produção da prova ocorre quando proposta pelas partes, sendo dispensada quando produzida de ofício pelo magistrado (art. 370, CPC). Nesse sentido: SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao código de processo civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. IV, p. 7.

<sup>110</sup> Importante destacar que, no contexto do *civil law*, embora isso não esteja, em tese, vedado no *common law*, é comum que a hipótese fática eventualmente tida como provada seja construída pelo próprio magistrado.

Impõe-se ressaltar a necessária diferenciação entre esses momentos: a valoração das provas e o momento de tomada da decisão. No primeiro deles, o juiz irá verificar o grau de corroboração das hipóteses disponíveis e, no segundo, se a hipótese adotada atinge o *standard* probatório exigido.<sup>111</sup> O estandar probatório apenas atua no segundo momento, sendo a suficiência probatória mínima exigida pelo direito para que uma determinada hipótese possa ser considerada como provada, evitando que seja aplicada a regra do ônus da prova.

### 2.2.1 Standards de prova e ônus da prova

A regra do ônus da prova não deve ser confundida com os estandares probatórios. O ônus da prova consiste em regra que, em sua concepção objetiva, tem por função evitar o *non liquet*, por indicar ao juiz quem deve sofrer o julgamento desfavorável em caso de não preenchimento do ônus da prova. Importante que se compreenda que o ônus da prova é uma regra de julgamento que atua na *insuficiência de provas*.

O problema é que o ônus da prova, de forma isolada, não indica a suficiência probatória necessária para a desincumbência dos encargos probatórios, pois ela apenas aponta a quem incumbe o ônus da prova sobre determinados fatos (art. 373, CPC). Em outros termos, mesmo que a regra do ônus da prova só precise ser aplicada em caso de insuficiência de provas, ela, por si só, não indica qual o patamar necessário para que a hipótese fática possa ser tida como insuficientemente provada.

*O estandar probatório atua para preencher esse vácuo normativo*, que consiste na suficiência necessária para que uma hipótese fática seja considerada provada e, conseqüentemente, haja a desincumbência do ônus da prova. Com a indicação de uma específica suficiência probatória, passa a ser possível identificar quando a regra do ônus da prova deve ser aplicada, permitindo que se tenha conhecimento do patamar necessário para que não haja insuficiência probatória.

---

<sup>111</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana. In: VÁZQUEZ, Carmen (coord). *Estandáres de prueba y prueba científica – ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 28. No mesmo sentido: ACCATINO, Daniela. Certezas, dudas e propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v. XXXVII, jul./dez.-2011, p. 485; UBERTIS, Giulio. Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio). *Criminalia*, 2009, p. 328.



Assim, a regra do *standard* de prova é *anterior* à do ônus da prova, pois estabelece o grau mínimo de corroboração exigido pelo direito para que uma hipótese fática seja tida como provada. Em não sendo satisfeito esse grau, passa a ser necessária a incidência da regra do ônus da prova para poder decidir.<sup>112</sup>

Os dois institutos se completam, embora não se confundam: *o estândar probatório indica quando é atingida a suficiência probatória e, por consequência, quando é desnecessária a incidência da regra do ônus da prova; o ônus da prova indica quem sofre o julgamento desfavorável em caso de não desincumbência do encargo probatório. Em outros termos, o estândar de prova permite que se verifique se houve ou não a desincumbência do ônus da prova.*<sup>113</sup> Portanto, é possível afirmar que o ônus da prova é uma regra de julgamento que, sem a presença do *standard* probatório, não possui um mecanismo adequado para a verificação da sua desincumbência.

### 2.2.2 Valoração da prova e estândar de prova

Ultrapassada a relação entre ônus e estândar de prova, afirma-se que os momentos de avaliação da prova e da tomada de decisão sobre a questão fática *são necessários e interdependentes*. Isso ocorre porque: i) para que o estândar probatório seja aplicado, é necessária a prévia avaliação da prova e ii) para que haja decisão sobre as hipóteses probatórias, impõe-se a existência de um *standard*, do contrário não seria possível ter conhecimento do grau de suficiência das provas para a realização do julgamento.<sup>114</sup>

Nos países que não adotam *standards* probatórios específicos, em caso de utilização do modelo de valoração do livre convencimento motivado, a ausência do

<sup>112</sup> MELIM, Mafalda. *Standards* de prova e grau de convicção do julgador. *Revista de concorrência e regulação*, n. 16, out./dez.-2013, p. 147.

<sup>113</sup> Com raciocínio semelhante, cf.: SCHWEIZER, Mark. Standard of proof as decision threshold. In: TICHÝ, Luboš (ed.). *Standard of proof in Europe*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p. 20-21; SILVEIRA, Daniel Coutinho da. *Prova, argumento e decisão: critérios de suficiência para orientação dos juízos de fato no direito processual brasileiro*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP, 2011, p. 281.

<sup>114</sup> TUZET, Giovanni. Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification. *Artificial Intelligence and Law*, out.-2018, p. 4. De certa forma, esta é a mesma conclusão de Accatino, ao afirmar que “para decidir em forma justificada si está o no está probada en un proceso una determinada proposición sobre los hechos del caso es *necesario*, en un sistema de libre valoración probatoria, contar com un estândar para evaluar si las pruebas disponibles, valoradas racionalmente, son suficientes para considerarla probada”. (ACCATINO, Daniela. Certezas, dudas e propuestas en torno al estândar de la prueba penal... cit., p. 484).

*standard* torna o sistema falho em termos de controle, afinal, inexistente a fase em que o juiz deve verificar se a valoração realizada atinge o grau mínimo exigido pelo direito,<sup>115</sup> diminuindo a eficácia de direitos fundamentais como a presunção de inocência e o dever de justificação das decisões.

Afinal, se o direito não aponta um *standard* exigido para a prolação da decisão, é mais difícil o controle acerca da suficiência probatória.<sup>116</sup> Isso ocorre porque essa suficiência probatória será definida pelo próprio juiz, estando muitas vezes implícita, caso o ordenamento jurídico não exija qualquer menção à questão. Como o padrão probatório não é expressamente exigido pelo direito, incumbe ao juiz *escolher* qual a suficiência de prova necessária e a eventual impugnação terá, muitas vezes, de adivinhar qual a escolhida pelo magistrado. De certa forma, em não sendo o *standard* probatório um elemento obrigatório da decisão, a possibilidade de controle pelas partes será limitada à própria valoração da prova, pois a decisão sobre o padrão estará implícita, limitando-se o juiz a afirmar que há prova suficiente ou que está convencido.

A persuasão racional ou o livre convencimento motivado, adotado pelo direito processual brasileiro, como visto no item 1.1, deve ser compreendido como os critérios racionais para que se possa identificar qual a hipótese mais provável dentre as hipóteses fáticas concorrentes a partir dos elementos probatórios disponíveis. Por sua vez, o *standard* probatório atua no sentido de indicar o grau de suficiência necessária para que a hipótese fática seja considerada provada.

Os critérios de valoração de prova atuam em relação às inferências probatórias para identificar o seu grau de confirmação. Por outro lado, o *standard* de prova visa a responder à questão de se o grau atingido é suficiente para uma tomada de decisão; trata-se, então, de uma regra de decisão. O primeiro é invariável, sendo os

---

<sup>115</sup> Com a mesma preocupação: LAUDAN, Larry. Is it finally time to put “proof beyond reasonable doubt” out to pasture? *The Routledge Companion to Philosophy of Law* Routledge, 21 de março de 2012, disponível em: <https://www.routledgehandbooks.com/doi/10.4324/9780203124352.ch21>, acessado em 12 de novembro de 2019, p. 317; ARAYA NOVOA, Marcela Paz. *El control ex post de la calidad de los enunciados probatorios en materia penal en Chile. De la epistemología a la praxis*. Tese de Doutorado. Girona: Universidade de Girona, 2016, p. 282; FERRER BELTRÁN, Jordi. Sobre el deber de motivación de las decisiones probatorias y el juicio por jurados. La sentencia V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua de la corte IDH. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, v. 1, 2020, p. 377.

<sup>116</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi; TUZET, Giovanni. Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali. *Diritto & Questione Pubbliche*, n. 2, dez.-2018, p. 456-457.

critérios para valorar uma prova independentes do direito material, já o estândar é variável a depender do tipo de fato típico concreto.<sup>117</sup>

É importante a diferenciação entre esses dois momentos.

Caso o momento de verificação do preenchimento do *standard* seja ignorado, resta apenas a valoração da prova, mas sem que haja um indicativo da suficiência mínima a ser atingido. Se o magistrado não possui uma orientação, por parte do ordenamento jurídico, acerca do estândar probatório, a verificação do preenchimento do ônus da prova se torna uma decisão bastante discricionária, pois ele será preenchido quando atingido um nível probatório que será escolhido por cada juiz. Em sendo exigido o preenchimento do ônus da prova para que uma determinada decisão seja prolatada, é importante que o ordenamento jurídico indique o grau necessário de suficiência das provas.

No entanto, é inegável que há uma afinidade entre os critérios de avaliação probatória e os *standards* probatórios, uma vez que alguns *standards* incorporam elementos de avaliação probatória e vice-versa, especialmente quando em um determinado ordenamento jurídico apenas um desses elementos é devidamente definido.<sup>118</sup>

De fato, a tendência é a de que um modelo objetivo de valoração da prova seja acompanhado por um *standard* probatório igualmente objetivo. Ocorre que essa não é uma relação necessária, eis que pode ocorrer, a título exemplificativo, que um país adote a exigência um modelo de *standard* probatório objetivo, seguindo todos os parâmetros propostos por esta tese, mas adote um modelo de valoração probatória completamente subjetivo, baseado na convicção íntima.

## 2.3 A segurança jurídica e as funções dos estândares probatórios

### 2.3.1 Por uma concepção mínima da segurança jurídica<sup>119</sup>

<sup>117</sup> GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba.* Disponível em: [https://www.academia.edu/37549075/\\_Es\\_posible\\_formular\\_un\\_est%C3%A1ndar\\_de\\_prueba\\_preciso\\_y\\_objetivo\\_Algunas\\_dudas\\_desde\\_un\\_enfoque\\_argumentativo\\_de\\_la\\_prueba](https://www.academia.edu/37549075/_Es_posible_formular_un_est%C3%A1ndar_de_prueba_preciso_y_objetivo_Algunas_dudas_desde_un_enfoque_argumentativo_de_la_prueba), acessado em 22 de novembro de 2019, p. 9.

<sup>118</sup> TUZET, Giovanni. Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification... cit., p. 3, 14-15.

<sup>119</sup> Em outro texto, foi feita análise mais aprofundada do conteúdo do princípio da segurança jurídica, com as devidas referências bibliográficas, para a qual remetemos o leitor: PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica.* 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 31-79.

A segurança jurídica é uma norma princípio cujo objetivo é o de impor, na medida do possível, que o direito possa atuar como um redutor da complexidade, permitindo que os sujeitos de direito possam programar suas condutas, evitando uma inconstância jurídica. De certa forma, a feição moderna da segurança jurídica não tem por objetivo um direito estático, mas de que haja segurança nos movimentos do direito.<sup>120</sup>

Trata-se de norma que pode ser identificada no direito brasileiro por meio da menção à segurança jurídica constante do art. 5º, *caput*, da CFRB. Além dessa previsão expressa, ela também é elemento do princípio do Estado de Direito, no contexto de proteger os sujeitos de direito de eventuais arbitrariedades, sendo fortalecida por diversas previsões tópicas, a exemplo da previsão da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido (art. 5º, XXXVI, CFRB), da regra da legalidade (art. 5º, II, CFRB), cláusulas pétreas (art. 60, IV, CFRB) etc.

Dentre os principais elementos do desenvolvimento analítico do princípio da segurança jurídica, tem-se alguns aspectos primordiais.

O primeiro deles é a cognoscibilidade, aspecto estático, que consiste em uma preocupação com o acesso formal, ou seja, da publicidade das fontes e também com o aspecto material das fontes normativas, relacionado com a possibilidade de compreensão, pelos sujeitos de direito, do conteúdo do texto normativo. Assim, promove-se a utilização, na medida do possível, de textos normativos que sejam claros, precisos, rigorosos e exatos.

Os aspectos dinâmicos são denominados de confiabilidade e calculabilidade, focados nos limites da movimentação do direito. Enquanto o primeiro é utilizado na perspectiva retroativa, com o enfoque nas conquistas do passado e que devem permanecer no presente, o segundo tem por foco a transição entre o presente e o futuro, com a forma e o ritmo das mudanças.<sup>121</sup>

A confiabilidade está conectada com institutos jurídicos que atuam na estabilização de relações jurídicas, impedindo certas modificações jurídicas. A calculabilidade, por outro lado, é a perspectiva da segurança jurídica voltada para o

---

<sup>120</sup> PAULSEN, Leandro. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 26; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2ª ed. São Paulo: Fórum, 2009, p. 168.

<sup>121</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 365.

futuro, relacionada com a capacidade de antecipação do espectro de consequências aplicáveis a atos e fatos e o espectro de tempo dentro do qual será a consequência aplicada.<sup>122</sup>

Delineado um conceito mínimo de segurança jurídica, é possível passar às funções dos *standards* de prova, às quais possuem forte conexão com os ideais promovidos pela segurança jurídica.

### 2.3.2 As funções dos *standards* de prova

É possível verificar que os estândares probatórios possuem três principais funções: a) orientação dos sujeitos processuais; b) guia objetivo para a avaliação das provas (heurística) e c) distribuição dos riscos.

Em relação à função de orientação, o *standard* tem por um de seus objetivos a diminuição da natural incerteza encontrada nos julgamentos sobre os fatos – dentre eles os proferidos pelo Poder Judiciário –, ao servir como um guia de atuação dos diversos sujeitos processuais.

A sua definição interfere na atuação das partes, dos advogados e dos juízes. Em relação às partes, cabe a elas coletar diversos elementos probatórios, como os documentos, identificar testemunhas, sendo necessário que o estândar probatório seja levado em conta no momento de acionar o Poder Judiciário. Para os advogados, serve como uma orientação mediante a qual haverá um melhor assessoramento dos seus clientes, bem como para a tomada de decisões e a forma de apresentação dos seus argumentos para o juiz ou para o júri. Importante destacar que os estândares probatórios, do ponto de vista das partes e dos advogados, têm uma atuação até mesmo pré-processual, sendo utilizado, por exemplo, para definir se há elementos probatórios suficientes para ingressar em juízo.

Do ponto de vista dos julgadores, atua como um guia *objetivo* para a tomada das decisões fáticas<sup>123</sup>(função heurística)<sup>124</sup>. Além disso, trata-se de um conceito que traz

---

<sup>122</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...* cit., p. 631.

<sup>123</sup> TWINING, William; SCHUM, David; ANDERSON, Terence. *Analysis of evidence*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 225.

<sup>124</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estândares de prueba objetivos. *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 28, 2005, p. 129.

mais segurança à aplicação de diversos outros institutos do direito processual, tais como as presunções, a presunção de inocência, o ônus da prova, dentre outros.

A inexistência de estândares diminui a possibilidade de calculabilidade das possíveis decisões fáticas no processo. Deve se ter em mente que um pressuposto básico do direito é a redução da complexidade e da insegurança jurídica, sendo um desses elementos para diminuição da incerteza a fixação de um grau de corroboração necessário para que uma decisão seja proferida.<sup>125</sup>

A inexistência de um *standard* probatório expresso, seja por meio da atuação da jurisprudência ou da legislação, não significa que ele não exista.<sup>126</sup> Como apontado, trata-se de elemento presente em qualquer decisão, o problema é que, na inexistência de uma prévia determinação pelo direito, essa tarefa acaba pertencendo ao juiz, que irá fixar, implicitamente, o seu próprio *standard*, a partir da sua ponderação de valores. De certa forma, a situação acaba sendo a de que a prova é suficiente na medida em que o julgador considere ser ela suficiente,<sup>127</sup> impedindo, assim, um controle intersubjetivo adequado pelas partes. De qualquer forma, nessa hipótese, a função de orientação das partes e mesmo de uma adequada distribuição de riscos resta impedida, pela impossibilidade de conhecimento das razões e, mais especificamente, de qual *standard* teria sido utilizado.

Tem-se ainda a *função justificatória*, mediante a qual o *standard* probatório atua como um critério conforme o qual deve ser construída a justificação da decisão sobre os fatos. Em outros termos, a decisão não estaria adequadamente justificada se não estão presentes os elementos que compõem o *standard* aplicável ao caso concreto.<sup>128</sup>

Por fim, tem-se a distribuição dos riscos das decisões sobre os fatos, questão a ser aprofundada a partir do item 2.7. As decisões sobre os fatos no processo são tomadas em um ambiente de incerteza, sendo natural a existência de erros, tanto de falsos positivos

---

<sup>125</sup> CLERMONT, Kevin M. *Standards of decision in law...* cit., p. 3. De forma semelhante, destacando a segurança jurídica como uma “condição estrutural de qualquer ordenamento jurídico”: ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 106-107.

<sup>126</sup> Destaca Danilo Knijnik que “Na experiência judiciária brasileira, não se tem o hábito de, previamente, indicar o modelo de constatação utilizado, embora necessariamente um modelo esteja implicado no decidir” (KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 32).

<sup>127</sup> Destacando os problemas dessa situação tautológica: VIALE DE GIL, Paula A.. *¿La prueba es suficiente cuando es suficiente? Aproximación a la construcción de la decisión de suficiente de la prueba en materia penal*. Revista Pensar em Derecho, n. 4, 2014, disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revista-4.php>, acessado em 08 de agosto de 2019.

<sup>128</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estândares de prueba objetivos... cit., p. 138.

(por exemplo, uma condenação errônea penal), tanto de falsos negativos (por exemplo, a absolvição de um criminoso).

Quanto maior a exigência probatória para um dado direito material, tem-se uma alteração *esperada* na distribuição dos erros, havendo um menor número de falsos positivos, mas, por outro lado, um maior número de falsos negativos. Por exemplo, uma maior exigência de suficiência probatória *tende* a aumentar o número de culpados materiais que serão absolvidos e diminuir o número de inocentes materiais que serão condenados.

É perceptível uma forte conexão das funções do *standard* de prova com o princípio da segurança jurídica. A adequada orientação, seja da conduta dos sujeitos processuais, seja da justificação das provas apenas é corretamente exercida se o *standard* probatório for objetivo e invariável em relação a um mesmo grupo de casos. Ora, as partes apenas podem planejar sua atuação processual caso tenham conhecimento prévio de uma suficiência probatória objetiva. Mesmo a questão da distribuição de riscos depende da utilização de *standards* probatórios objetivos e seguros, eis que, ausente qualquer precisão nas suficiências probatórias, é inviável qualquer projeção de alteração dos riscos de erros nas decisões sobre os fatos.

#### **2.4 Natureza jurídica do *standard* probatório**

O estândar probatório deve ser compreendido como uma questão de direito, tendo conexão direta com o momento de valoração da prova.<sup>129</sup> De forma mais específica, pode-se afirmar que se trata de uma regra de decisão, na medida em que aponta o grau de corroboração necessário das provas para que se considere provada uma hipótese fática.<sup>130</sup> Trata-se de conceito de caráter normativo, cabendo ao direito a definição dos *standards* de prova a serem aplicados nos diversos casos concretos, sendo desejável uma imposição normativa entre essas várias opções.<sup>131</sup>

---

<sup>129</sup> KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário...* cit., p. 31; CARPES, Arthur Thompsen. *A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil*. São Paulo: RT, 2016, p. 135; SOBA BRACESCO, Ignacio M.. La predeterminación normativa de los estándares de prueba (um derivado de la seguridad jurídica). *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 21, n. 2, mai./ago.-2020, disponível em: [www.redp.uerj.br](http://www.redp.uerj.br), acessado em 10 de maio de 2020, p. 205-206.

<sup>130</sup> TUZET, Giovanni. *Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification...* cit., p. 6.

<sup>131</sup> GUERRA, Marcelo Lima. *Prova Judicial: uma Introdução*. Fortaleza: Boulesis Editora. Edição do Kindle, 2016, p. 106.

Uma vez fixado o *standard* para um grupo de fatos, ele deve ser obrigatoriamente aplicado nos processos que envolvam tais fatos, não devendo variar de acordo com as circunstâncias do caso.<sup>132</sup> Tanto o devido processo legal, compreendido em seu elemento de imparcialidade e de impedir restrições irracionais,<sup>133</sup> como o princípio da segurança jurídica exigem que um mesmo *standard* seja aplicado a um mesmo grupo de fatos e que seja de prévio conhecimento das partes.<sup>134</sup> A possibilidade de readequação do *standard* a partir das dificuldades concretas viola diretamente o princípio da segurança jurídica, especialmente em seu aspecto subjetivo, a confiança legítima, ao surpreender a parte que atua em conformidade com um *standard* probatório que era esperado e tem a suficiência alterada de forma casuística.

Além disso, não se pode ignorar que permitir a alteração circunstancial do padrão probatório é também conceder um papel de protagonismo inadequado ao julgador, que acabará tendo o poder de definir o resultado do processo.<sup>135</sup> Afinal, o *standard* é que definirá a confiabilidade exigida das provas e, em sendo alterado, o resultado da decisão probatória será diretamente modificado.

#### 2.4.1 O momento da decisão sobre os *standards* a serem exigidos no processo

A situação ideal é a de que os *standards* sejam fixados anteriormente ao início do processo, por gerar maior segurança jurídica para todos os sujeitos processuais, em especial para as partes. Trata-se de uma possibilidade que tende a ocorrer nas situações em que a legislação já os preveja ou exista algum posicionamento jurisprudencial consolidado, que gere considerável segurança jurídicas nos participantes do processo de que uma determinada suficiência probatória aplica-se a um determinado grupo de casos.

---

<sup>132</sup> Em sentido contrário, defendendo que “O *standard* de prova precisa ser adequado ao caso concreto, fazendo parte daquilo que se pede ao Judiciário que, incidentalmente, decida”. (TRENTO, Simone. Os *standards* e o ônus da prova: suas relações e causas da variação. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 226, dez.-2013, p. 167).

<sup>133</sup> LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal...* cit., p. 104.

<sup>134</sup> SOBA BRACESCO, Ignacio M.. La predeterminación normativa de los estándares de prueba (um derivado de la seguridad jurídica). *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 21, n. 2, mai./ago.-2020, disponível em: [www.redp.uerj.br](http://www.redp.uerj.br), acessado em 10 de maio de 2020, p. 191.

<sup>135</sup> Com preocupação semelhante: KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário...* cit., p. 33.



No entanto, em não sendo possível identificar previamente, com segurança, os *standards* de prova a ser aplicados a cada decisão, é necessária a devida reflexão acerca do momento processual em que devem ser indicados pelo juiz.

Como no Brasil ainda não há uma adequada definição legislativa sobre os *standards* de prova, em especial em relação àqueles aplicáveis às decisões definitivas de mérito, enquanto ainda não tiver ocorrido a consolidação judicial, o juiz deve sempre indicar antes da decisão definitiva qual a suficiência probatória necessária para que as partes possam ter um parâmetro para a sua atividade probatória. No processo civil, o momento adequado para tanto é na decisão de saneamento e organização do processo, pois é nesse momento que deve ocorrer a delimitação das “questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos” (art. 357, II), bem como a definição da distribuição do ônus da prova, o que deve abranger também a questão da suficiência da prova.

No processo penal, por não haver um momento específico para a organização do processo, seria adequado que o juiz indicasse qual será o *standard* da decisão final antes do início da fase da dilação probatória. Portanto, essa indicação da suficiência probatória pode ocorrer na decisão de recebimento da denúncia (art. 396, CPP), devendo ser proferida até o momento de designação da audiência (art. 399, CPP).

## **2.5 A quem cabe definir os *standards* em cada ordenamento jurídico**

Foi possível identificar, até o momento, que os estândares probatórios cumprem a função de orientação dos sujeitos processuais, de justificação da decisão, distribuição de riscos e, ainda, que é em um conceito normativo. Tendo em vista tais características, é correto afirmar que, preferencialmente, *cabe ao próprio legislador a fixação dos standards probatórios de cada ordenamento jurídico*<sup>136</sup>, uma vez que pertence ao Poder Legislativo a incumbência primordial de traduzir a adequada distribuição dos riscos de erros de cada país na legislação, do qual faz parte a fixação dos estândares probatórios. É preferível que seja o Poder Legislativo o responsável por decidir qual a preferência dos riscos a serem assumidos: é preferível a falsa condenação de um

---

<sup>136</sup> Destacando competir ao legislador a fixação dos estândares: REYES MOLINA, Sebastián. Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: reflexiones sobre el caso chileno. *Revista de Derecho*, v. XXV, n. 2, dez.-2012, p. 231.

inocente ou a falsa absolvição de um culpado; mais ainda, qual a relação entre esses dois tipos de riscos para que o *standard* seja mais ou menos exigente.

Esse raciocínio é ainda mais relevante no contexto dos países do *civil law*, em que há prevalência do direito legislado. Não por acaso, nos países que se utilizam dos padrões, no direito penal, tal como Chile, Colômbia e Itália, coube ao legislador a escolha do *standard* aplicável.<sup>137</sup> Essa situação, por outro lado, não é verificada nos países do *common law*, onde geralmente a tarefa de fixação dos *standards* pertence ao próprio Poder Judiciário, possibilidade que não é desejável para os países do *civil law*. Para além da questão da legitimidade, há a dificuldade relativa à segurança jurídica, face a difícil relação com a obrigatoriedade dos precedentes.

Em sendo o risco de erros inerente à falibilidade humana na tomada de decisões e o limitado conhecimento acerca do que ocorre na realidade dos fatos, tem-se um efetivo dilema a ser analisado por cada ordenamento jurídico.<sup>138</sup>

Isso não significa, no entanto, que a ausência da atuação do Poder Legislativo deixa o ordenamento jurídico livre de qualquer espécie de *standard*. Consoante afirmando no início desse capítulo, o padrão probatório é um requisito necessário do procedimento probatório: sem ele, não há um critério adequado para a tomada de decisão sobre a condição de provada ou não de uma determinada hipótese.

Em países nos quais apenas um dos elementos decisórios é mais explícito, qual seja, o critério de avaliação da prova, essa omissão normativa implica incorporação do modelo de avaliação no padrão probatório ou mesmo no desenvolvimento de critérios de suficiência probatória pela jurisprudência e doutrina. Tanto a doutrina quanto as decisões judiciais devem debater a temática e, com o tempo, uma posição dominante acaba por prevalecer.<sup>139</sup>

A primeira hipótese pode ser observada nos EUA, em que há utilização do *standard acima de qualquer dúvida razoável*, no qual a avaliação da prova acaba tendo por base a exigência de uma avaliação das provas baseada na razoabilidade.<sup>140</sup> Ou seja,

---

<sup>137</sup> Como se verá no próximo capítulo, na Itália, a fixação do padrão inicialmente partiu da jurisprudência, mas foi por meio da legislação que a questão foi consolidada.

<sup>138</sup> ZUCKERMAN, Adrian; ROBERTS, Paul. *Criminal evidence*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 355.

<sup>139</sup> TUZET, Giovanni. Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification... cit., p. 16.

<sup>140</sup> PICINALI, Federico. The threshold lies in the method: Instructing jurors about reasoning beyond reasonable doubt. *The International Journal of Evidence & Proof*, v. 19, n. 3, 2015.

em tal situação, a existência de um dos dois elementos da decisão da prova condiciona o faltante.<sup>141</sup>

Na segunda hipótese, em que há o desenvolvimento de um *standard*, é imprescindível a atuação dos precedentes judiciais como uma forma de conceder estabilidade ao eventual *standard* que vier a prevalecer no determinado ordenamento jurídico. Como apontado nesse capítulo, o *standard* não pode funcionar de maneira aleatória, pertencendo a cada julgador; dessa forma, não traz qualquer parâmetro decisório seguro, apenas perpetuando uma subjetividade de difícil controle.

Nesse ponto, afigura-se imprescindível a conexão entre os estândares probatórios e a teoria dos precedentes valorizada pelo CPC, em especial os artigos 926 e 927. Uma vez que os estândares probatórios são definidos como questões de direito, incumbe aos tribunais superiores a fixação e a uniformização dos estândares aplicáveis ao direito brasileiro. Em havendo uma definição, esta deve ser respeitada e utilizada tanto pelos próprios tribunais, quanto pelos órgãos jurisdicionais a eles vinculados.

### 2.5.1 Convenções processuais sobre *standards* de prova

No CPC de 2015, umas das grandes mudanças foi a valorização da autonomia da vontade das partes, que está devidamente representada pela cláusula geral negocial do art. 190. O texto normativo concede ampla liberdade às partes para a alteração do procedimento e para que elas convençionem sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Dentro do estudo das convenções processuais, um tema que gera considerável polêmica é a sua utilização no contexto do direito probatório, ou seja, até que ponto as partes podem convençionar sobre as normas probatórias. O CPC prevê diversas convenções típicas, tais como a negociação convencional do ônus da prova (art. 373, §3º), a escolha consensual do perito (art. 471) e até a possibilidade de delimitação consensual de questões de fato, que, se homologada pelo juiz (art. 357, §2º),<sup>142</sup> naturalmente impede posterior utilização dos poderes instrutórios de ofício, já que ele também estará vinculado.

---

<sup>141</sup> TUZET, Giovanni. Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification... cit., p. 15.

<sup>142</sup> Para Antonio do Passo Cabral, não se tem aqui uma hipótese de acordo processual, mas de um requerimento conjunto realizado pelas partes, que depende da prévia análise do juiz para que produza efeitos (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 70).

O desafio, como ocorre em outros setores do direito processual, são os limites na utilização dos negócios jurídicos processuais atípicos.<sup>143</sup>

Não parece existir muita polêmica nos negócios processuais que não interferem em terceiros, no caso, do juiz, a exemplo de acordos que objetivem ampliar o acervo probatório, como a ampliação da admissibilidade de meios de prova. No entanto, a questão gera considerável tensão quando envolve a interferência nos poderes do Estado-juiz, por exemplo, retirando os seus poderes instrutórios, vedando a utilização de um determinado meio de prova etc.

Parte da doutrina aponta a sua impossibilidade, tendo em vista a impossibilidade de o negócio processual afetar terceiros, havendo problema de eficácia.<sup>144</sup> Outros veem como possível, já que essa possibilidade estaria na esfera negocial das partes, não havendo propriamente um direito do Estado-juiz a produzir provas em detrimento da vontade das partes.<sup>145</sup> Além disso, esse seria um poder suplementar do juiz, que poderia ser retirado pela autonomia da vontade das partes.<sup>146</sup> Há ainda uma terceira posição intermediária, que permite a convenção processual que vede a utilização de um determinado meio de prova, como a perícia, impedindo o exercício do

---

<sup>143</sup> Esse é provavelmente o grande desafio da doutrina dos negócios processuais. Sobre o tema, cf.: CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais...* cit., p. 249-341; ATAÍDE JÚNIOR, J. R.. negócios jurídicos materiais e processuais - existência, validade e eficácia - campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. *Revista de Processo*, v. 244, 2015.

<sup>144</sup> PEIXOTO, Ravi; MACEDO, Lucas Buril de. Negocios procesales sobre la distribución de la carga de la prueba. In: CAVANI, Renzo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Orgs.). *Convenciones procesales - estudios sobre negocio jurídico y proceso*. Lima: Raguél, 2015, p. 365-366; FARIA, Marcela Kolbach de. Vinculación del juez a las convenciones de las partes em materia de prueba em el nuevo código de processo civil brasileiro. In: CAVANI, Renzo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Orgs.). *Convenciones procesales - estudios sobre negocio jurídico y proceso*. Lima: Raguél, 2015, p. 393-395; BORGIO, Maria Celia Nogueira Pinto e. *Convenções processuais em matéria de prova: interações do autorregramento da vontade das partes e dos poderes instrutórios do juiz no contexto do Processo Civil Democrático*. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2019, p. 168; PICÓ I JUNOY, Joan. Repensando los pactos procesales probatorios desde las garantías constitucionales del proceso. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 21, n. 1, mai./ago.-2020, disponível em: [www.redp.uerj.br](http://www.redp.uerj.br), acessado em 10 de maio de 2020, p. 158.

<sup>145</sup> GODINHO, Robson. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 414-416; RAVAGNANI, Giovanni dos Santos. *Convenções processuais em matéria probatória no direito processual civil*. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2019, p. 193-201.

<sup>146</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Negócios jurídicos processuais em matéria probatória: a influência da arbitragem no processo civil judicial brasileiro. In: VALENÇA FILHO, Cláudio de Melo; ABDALLA, Letícia; LESSA NETO, João Luiz. *Negócios jurídicos processuais na arbitragem*. São Paulo: Ciesp, 2017, p. 42; MAFFESSONI, Behlúa Ina Amaral. *Convenções processuais em matéria probatória e poderes instrutórios do juiz*. Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte: UFMG, 2020, p. 132-139.

poder instrutório do juiz, mas não a convenção processual que impeça, por completo a possibilidade da produção de provas de ofício.<sup>147</sup>

A pergunta que se põe no presente tópico refere-se à possibilidade da autonomia da vontade alterar ou, em caso de omissão do ordenamento jurídico, definir *standards* de prova. Inicialmente, importa aqui frisar que a proposta deste item tem por base o processo civil, não avançando sobre o processo penal, em face da cláusula geral do art. 190 do CPC, que facilita as discussões sobre convenções processuais.

No que se refere aos limites do negócio processual sobre os *standards* de prova, é possível a utilização dos limites específicos propostos por Antonio do Passo Cabral, para verificar a margem de negociabilidade. Para tanto, tem-se a proposta de utilização de três etapas: 1) identificação das garantias processuais afetadas pela convenção; 2) parâmetros das convenções típicas; 3) proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais processuais.<sup>148</sup>

Um primeiro ponto é o de que a fixação ou alteração dos *standards* probatórios em nada afeta qualquer poder instrutório do juiz ou mesmo altera a amplitude do material probatório. Isso ocorre porque o *standard* de prova é tão apenas uma suficiência probatória mínima, não alterando quais provas podem ser utilizadas e nem indicando o valor específico de algum meio de prova. Assim, quaisquer discussões sobre admissibilidade de vedação à utilização do poder instrutório ou mesmo de eventual diminuição do possível acervo probatório são, para o presente negócio processual, irrelevantes.

Como já apontado no decorrer deste capítulo, as principais funções dos *standards* de prova são a orientação da justificação da fundamentação sobre os fatos, da atividade das partes e a distribuição dos riscos de erros sobre os fatos.

O primeiro elemento a ser abordado é a distribuição dos riscos de erros e os negócios processuais. Os riscos de erros são elementos que incidem diretamente sobre a situação jurídica das partes. Em outros termos, os *standards* de prova são mais ou menos exigentes a depender da valoração dos possíveis erros judiciais fáticos que podem ocorrer (falsos positivos e falsos negativos). Por mais que a suficiência de prova não seja um ônus/poder/faculdade/dever processual das partes, mas uma regra de decisão, é evidente

---

<sup>147</sup> PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Negócios jurídicos processuais sobre presunções*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 126-127, 136-137.

<sup>148</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais... cit.*, p. 332-340.

que é um critério que leva em conta a valoração das consequências jurídicas que podem ser a elas aplicadas. Ou seja, é definido por meio de uma avaliação de qual situação jurídica merece melhor proteção contra os riscos de erros. De certa forma, é um critério de decisão que toma por base a valoração de um determinado ordenamento jurídico sobre a situação jurídica de cada uma das partes.

E, nesse sentido, parece ser plenamente possível que elas possam negociar a alteração das suficiências probatórias, dificultando ou facilitando a tomada de decisões que a elas diz respeito, seja em relação às decisões proferidas em cognição sumária ou exauriente. É uma questão de reconhecimento do poder da parte de se dispor a sofrer um maior ou menor risco de erro nas decisões judiciais. Ninguém melhor do que as próprias partes para valorarem os riscos de erros a que pretendem se submeter e quais seriam as suficiências probatórias adequadas para os seus casos concretos.<sup>149</sup> Ora, bastante plausível a alteração em uma negociação contratual entre duas empresas, com a previsão de cláusula contratual afirmando que, para a concessão da tutela provisória, exija-se uma alta probabilidade da hipótese fática, dificultando uma alteração no *status quo* antes de uma decisão definitiva de mérito.

Uma outra possibilidade é a criação de *standards* probatórios para decisões que, em tese, não dependem de uma avaliação judicial das hipóteses fáticas. Um interessante exemplo seria a exigência de uma suficiência probatória para a admissibilidade da petição inicial, nos moldes do que ocorre no processo penal, por meio da inserção de uma espécie de justa causa também para o processo civil. Embora não haja qualquer previsão da presença de plausibilidade fática para que seja admitida a petição inicial, poderiam as partes criarem convencionalmente um mínimo de exigência probatória no juízo de admissibilidade do processo.

Esse argumento torna-se ainda mais importante porque, como será afirmado abaixo, a convenção sobre *standards* de prova, em regra, apenas pode envolver direitos disponíveis, sendo uma tendência a de que, nesses casos, o ordenamento jurídico tenda a tratar as partes de forma igualitária, propondo, a princípio, uma distribuição dos riscos de erros de forma a não prevalecer nenhuma das partes, com a utilização de um *standard* de prova menos exigente. Em sendo o direito disponível e não havendo uma preferência prévia do ordenamento jurídico pela situação jurídica material de nenhuma das partes,

---

<sup>149</sup> Com raciocínio semelhante: SCOTT, Robert E; TRIANTIS, George G. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, v. 115, 2006, p. 866-868.

inexistem motivos para impedir que elas possam optar por uma alteração do risco de erro no seu caso concreto específico, valorando diferentemente os riscos de erros aos quais estarão submetidas em relação às decisões sobre os fatos.

Um argumento que reforça a possibilidade de alteração convencional dos *standards* consiste na existência de um negócio típico a ele assemelhado, que é a possibilidade da alteração convencional do ônus da prova. O ônus da prova, em sua perspectiva objetiva, consiste em regra a ser observada pelo juiz no sentido de que, não alcançada a suficiência probatória exigida de uma das partes, terá ela um julgamento desfavorável. O ordenamento jurídico, ao permitir a convenção sobre ônus da prova, já permite que as partes alterem negocialmente os limites da atividade do juiz, mudando uma regra de decisão sobre os fatos.<sup>150</sup>

A alteração convencional do *standard* consiste em uma interferência consideravelmente menor no papel decisório do juiz. Não há alteração de quais os encargos probatórios das partes, mas tão apenas das suficiências probatórias para que suas respectivas hipóteses fáticas sejam tidas como provadas. É óbvio que a eventual dificuldade em alcançar a suficiência probatória exigida pelo direito se tornará maior ou menor a depender da mudança no *standard* de prova, mas não chega a ocorrer uma troca dos sujeitos responsáveis pelos encargos de prova.

Em última análise, é possível até afirmar que o acordo sobre *standard* de prova nada mais é do que uma alteração do *quantum* de ônus da prova exigido de cada uma das partes. Apenas não parece ser possível afirmar que ele é propriamente um acordo típico pela dicção do texto normativo (art. 373, §3º, CPC), que, tendo como referência o previsto no art. 373, *caput*, do CPC, permite a alteração da distribuição do ônus da prova tradicional, que consiste na determinação de que cabe ao autor a prova dos fatos constitutivos e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. A proposta de alteração convencional é voltada a alteração de quem seria o responsável pelas provas dos fatos e não à suficiência do ônus da prova, sem alteração do sujeito por ele responsável. De toda forma, é evidente que o negócio sobre ônus da prova pode servir como principal referência no que se refere aos limites do negócio atípico sobre

---

<sup>150</sup> Destacando essa situação, cf.: CHIZZINI, Augusto. Konventionalprozess e poteri delle parti. *Rivista di Diritto Processuale*, v.70, n.1, 2015, p. 194.

*standards* de prova.<sup>151</sup> Assim, é possível afirmar que o negócio sobre *standard* de prova deve atrair a sistemática do acordo típico sobre o ônus da prova, em especial quanto aos seus limites, que foram expressamente fixados pelo legislador.

Em suma, a alteração do *standard* de prova é negócio processual que possui consideráveis semelhanças com a convenção sobre ônus da prova, o qual pode ser negociado por meio de convenção típica. Inexistem razões para que se permita alteração do ônus da prova, mas não dos *standards* de prova.

Nada impede que as partes convençionem sobre o ônus da prova e sobre os *standards* de prova em um mesmo processo. É possível conceber hipótese de tratamento médico em que as partes convençionem que compete ao médico comprovar a ausência de erro em caso de um resultado indesejado no procedimento e que essa ausência de erro deva ser comprovada em alta probabilidade.

Há ainda um outro argumento a ser utilizado a favor da negociação dos *standards* probatórios. No Brasil, como apontado, não existem *standards* de prova fixados pela legislação, especialmente para as decisões definitivas de mérito, dependendo da atuação da doutrina e da jurisprudência. Há um considerável vácuo normativo, o que gera uma situação de insegurança, o que naturalmente não é apropriado nem para as partes e nem para o Estado-juiz. Permitir que as partes fixem *standards* probatório por meio de convenção processual é uma forma de gerar maior segurança jurídica aos processos judiciais em que haja negócio processual fixando-os, eis que as partes saberão de antemão exatamente qual a suficiência probatória exigida.<sup>152</sup>

Um requisito que deve ser exigido no *standard* de prova negocial consiste na sua necessária objetividade. Em outros termos, ele não pode ser baseado em conceitos extremamente subjetivos, que impeçam o seu adequado controle intersubjetivo. Nos EUA, por exemplo, embora se admita a alteração convencional do *standard* da prova, a tendência é a de exigir que sejam utilizados um dos três já consagrados, ou algum outro

---

<sup>151</sup> Como bem destaca Antonio do Passo Cabral, “Se um negócio atípico celebrado em concreto puder ser enquadrado em um *grupo* convencional que inclua um negócio tipicamente legislado, atrairá a sistemática do acordo típico” (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais...* cit., p. 334).

<sup>152</sup> Com essa mesma constatação, embora não chegue a responder ao questionamento acerca da admissibilidade dessa espécie de negócio processual: SOBA BRACESCO, Ignacio M.. La predeterminación normativa de los estándares de prueba (um derivado de la seguridad jurídica)... cit., p. 189.



conhecido, não se podendo impor ao juiz que decifre um novo *standard* definido pelas partes.<sup>153</sup>

Em sendo utilizado um *standard* subjetivo, a cláusula contratual seria nula (art. 190, parágrafo único, CPC), por impedir o adequado funcionamento do dever de fundamentação, que possui natureza constitucional (art. 93, IX), com exigências analíticas legais e indisponíveis às partes (art. 489, §1º, CPC),<sup>154</sup> que restaria impedido pela excessiva vagueza terminológica. Nessa hipótese, ter-se-ia, indiretamente, uma dispensa do dever de motivação, não admitida no ordenamento jurídico brasileiro.

A título exemplificativo, imagine-se convenção processual que afirme que, para a concessão da tutela provisória, a suficiência probatória não está relacionada à probabilidade do direito, mas ao fato de o juiz estar “confortável” com a decisão. Ora, trata-se de um critério completamente subjetivo e não passível de um mínimo de controle intersubjetivo. Por óbvio, trata-se de critério a ser analisado no caso concreto, pois a vagueza/determinação de um conceito é gradual e apenas nos pontos extremos da subjetividade é que seria hipótese de nulidade do negócio processual.

Outra etapa importante no controle de validade do negócio processual sobre *standard* de prova deve envolver vedação a alteração convencional da suficiência probatória que *inviabilize o direito fundamental do acesso à justiça* (art. 5º, XXXV, CFRB). Nesse ponto, é possível utilizar, por analogia, os limites específicos que constam da lei para a convenção do ônus da prova, que podem levar à invalidade da convenção quando “torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito” (art. 373, §3º, II, CPC). É natural que uma maior exigência para que uma hipótese fática seja tida como provada irá limitar o acesso à justiça, pois demandará provas mais robustas, sendo válida

---

<sup>153</sup> STRONG, John W. Consensual modifications of the rules of evidence: the limits of party autonomy in an adversary system. *Nebraska Law Review*, v. 80, 2001, p. 167-168. Como, no Brasil, apenas existem indicativos de *standards* para as decisões proferidas em cognição sumária (item 5.5), não para as decisões definitivas de mérito, não é possível exigir que se utilizem *standards* consolidados, simplesmente porque eles não existem. O parâmetro adequado deve ser o da necessidade da utilização de *standards* que sejam objetivos. Mesmo na hipótese das suficiências probatórias para as decisões proferidas em cognição sumária, essas podem ser alteradas, mesmo com novos *standards*, desde que esses sejam passíveis de controle intersubjetivo.

<sup>154</sup> Apontando a impossibilidade da dispensa negocial da fundamentação: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentários ao art. 190. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Teoria geral do processo – parte geral – comentários ao CPC de 2015*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2019, p. 629. No mesmo sentido é a conclusão do enunciado n. 37 da Escola Nacional de Formação de Magistrado: São nulas, por ilicitude do objeto, as convenções processuais que violem as garantias constitucionais do processo, tais como as que: a) autorizem o uso de prova ilícita; b) limitem a publicidade do processo para além das hipóteses expressamente previstas em lei; c) modifiquem o regime de competência absoluta; e d) dispensem o dever de motivação.

tal negociação. No entanto, o que não pode ocorrer é uma completa inviabilização do acesso à justiça, tornando impossível para a parte a desincumbência do ônus da prova.

Havendo a fixação convencional do *standard* de prova, caso ele gere uma dificuldade excessiva para uma das partes compete a ela comprovar que a suficiência probatória negocial gera um intenso obstáculo ao exercício do acesso à justiça, por simplesmente impedir que a parte possa ter a chance de se desincumbir dos seus encargos probatórios, evitando a obtenção da tutela jurisdicional. Esse problema pode surgir principalmente em negócios processuais que envolvam litigantes habituais e eventuais,<sup>155</sup> pois, enquanto o litigante habitual tem melhores condições de programar a litigância, bem como de ter prognósticos das provas que poderá utilizar, o litigante eventual por vezes não tem consciência dos elementos probatórios que podem ser empregados em juízo e pode acabar aceitando um acordo abusivo.<sup>156</sup>

Em certa medida, a criação convencional de um *standard* probatório que torne inviável a comprovação da hipótese fática também viola o direito fundamental à prova (art. 5º, LVI e LV, CFRB).<sup>157</sup> Torna-se impossível exercer adequadamente o direito à prova se a desincumbência do ônus da prova não pode ser realizada por conta do aumento desmedido da suficiência probatória exigida, tornando inútil a fase de admissão e de produção das provas. Afinal, se o *standard*, para aquele caso concreto é inalcançável, o direito à prova é inutilizado, atuando apenas formalmente, no sentido de permitir às partes a produção de provas que não terão aptidão de atingir o seu objetivo, que é o de atingir uma determinada suficiência probatória.

Outro limite que pode ser desenvolvido a partir do negócio típico sobre o ônus da prova consiste na vedação a mudança dos encargos da prova quando recaiam sobre

---

<sup>155</sup> O conceito de litigante habitual se contrapõe ao conceito de litigante eventual. Enquanto o primeiro é caracterizado por participar de vários casos semelhantes, tendo melhores condições de programar a atuação nos litígios, o segundo é formado por aquelas partes que apenas atuam raramente perante o Poder Judiciário. Esses conceitos foram desenvolvidos por Marc Galanter, com a nomenclatura original de “one shoters” e “repeat-players” nos seguintes textos: GALANTER, Marc. *Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change*. Disponível em: <http://marcgalanter.net/Documents/papers/WhytheHavesComeOutAhead.pdf>. Acesso em 09 de maio de 2020; GALANTER, Marc. Afterword: explaining litigation. *Law and Society*, v. 9, 1975. Tais conceitos foram divulgados no Brasil na obra traduzida de Mauro Cappelletti e Bryan Garth: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: 1988, p. 25-26.

<sup>156</sup> Com essa preocupação no que se refere aos negócios processuais sobre ônus da prova: GODINHO, Robson. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 258-259.

<sup>157</sup> Sobre o direito fundamental à prova: RAMOS, Vitor de Paula. Direito Fundamental à Prova. *Revista de Processo*, v. 224, out.-2013; CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.

direito indisponível da parte (art. 373, §3º, II, CPC). Esse mesmo parâmetro pode ser aplicado para as convenções sobre *standards* de prova.

Um breve esclarecimento deve ser realizado. Direito indisponível não deve ser confundido com direito que admite autocomposição. Como corretamente identifica a doutrina, nem todo direito indisponível gera a impossibilidade de haver transação que o envolva.<sup>158</sup> Afirma-se isso para apontar que o acordo sobre ônus da prova possui um regime de invalidação mais rigoroso do que os negócios jurídicos atípicos em geral, eis que, havendo indisponibilidade, não pode haver negócio sobre ônus da prova, independentemente da possibilidade de autocomposição, que é o limite imposto para os negócios atípicos, nos termos do art. 190 do CPC. Uma última observação é a de que a vedação da convenção sobre ônus da prova sobre direito indisponível tem por objetivo a tutela do seu titular. Portanto, a regra não veda a alteração convencional sobre ônus da prova que seja favorável ao titular do direito indisponível.<sup>159</sup>

Por mais que o acordo sobre *standard* de prova seja atípico, ele possui uma considerável proximidade com o negócio sobre ônus da prova para atrair o mesmo regime jurídico e, nesse ponto, tornar nulo o negócio processual que verse sobre suficiência de prova e que seja desfavorável ao titular de direito indisponível, mesmo que aquele direito admita a autocomposição. Assim, seguindo o mesmo parâmetro aplicável ao negócio do ônus da prova, só será possível a convenção processual sobre *standard* de prova quando ela seja favorável ao titular do direito indisponível.

Relacionado a esse tema, é possível pensar em outro limite, que se refere à impossibilidade de alterar o *standard* de forma a contrariar uma preferência normativa identificada no ordenamento jurídico. Como se verá no decorrer desse capítulo, quando o direito altera o *standard* de prova para além da probabilidade da hipótese fática, ele está demonstrando uma opção de preferência normativa por uma das situações jurídicas em confronto. De certa forma, há um interesse público que faz com que o *standard* probatório

---

<sup>158</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 625; SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos*. Tese de Doutorado. Florianópolis: UFSC, 2010, p. 130-131. Especificamente sobre o tema: VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis. *Revista de Processo*, v. 251, jan.-2016. Por um estudo específico acerca da renúncia em direitos fundamentais (que são indisponíveis e, ainda assim, transacionáveis em certos aspectos): ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>159</sup> PEIXOTO, Ravi; MACEDO, Lucas Buriel de. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. *Revista de Processo*, v. 241, mar.-2015, p. 480; GODINHO, Robson. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil... cit.*, p. 257.

deixe de ser aquele que visa a um equilíbrio na distribuição dos riscos de erros (probabilidade da prova) para demonstrar uma preferência no sentido de evitar um dos resultados possíveis, que, se for errado, é valorado pelo ordenamento jurídico como sendo mais grave, como ocorre, por exemplo, nos casos da prova clara e convincente e na prova acima de toda dúvida razoável.

A modificação convencional, seguindo os moldes do que ocorre com o direito indisponível, apenas seria admitida para alargar a proteção normativa já imposta pelo direito. Admitir a diminuição da proteção jurídica concedida pelo direito seria uma violação do interesse público que resta demonstrado pela preferência normativa identificada no ordenamento jurídico.

Consoante se verá no item 5.3.4, em algumas hipóteses específicas do direito ambiental, o princípio da precaução impõe um aumento da suficiência probatória, como ocorre no caso em que a empresa objetiva a anulação de uma decisão administrativa que negou a licença ambiental. Nessa hipótese, em que se exige um *standard* probatório mais elevado, apenas será possível o aumento convencional da suficiência probatória, não o seu rebaixamento, porque disporia em sentido contrário à preferência normativa gerada pelo princípio da precaução.

Na mesma situação, não seria possível uma convenção probatória que aumentasse a suficiência probatória para os encargos probatórios do réu, que tem a sua situação jurídica protegida pelo princípio da precaução. Se, para a procedência do pedido, impõe-se um *standard* probatório mais exigente, para a comprovação de um fato impeditivo, o mesmo não seria observado, pois bastaria a probabilidade da prova. Não seria admissível convenção probatória aumentando essa suficiência probatória por ser em sentido contrário a uma preferência do ordenamento jurídico.

Um outro exemplo pode ser utilizado. A internação psiquiátrica do indivíduo pode ocorrer de forma involuntária (art. 6º, parágrafo único, da Lei 10.216/2001), mesmo sem decisão judicial prévia, sendo possível que ele a questione judicialmente. O indivíduo que é internado contra a sua vontade é titular de uma situação jurídica protegida pelo direito, que incentiva a sua integração na sociedade e valoriza a sua autonomia (item 5.3.2). Seria nula convenção processual que aumentasse o *standard* probatório para a ação judicial desse indivíduo com o objetivo de impugnar a sua internação por violar o interesse público, que é o de proteger a sua autonomia de decidir sobre a internação.

Assim, um outro limite para a alteração convencional do *standard* de prova é a de que ele apenas será possível para aumentar a proteção daquele que possui situação jurídica em que o ordenamento jurídico denota uma preferência por evitar riscos de erros que lhe sejam desfavoráveis.

Em resumo, é possível concluir pela admissibilidade do acordo sobre *standards* de prova no direito processual civil brasileiro, tendo por base que também se admite a negociação sobre o ônus da prova, como uma forma de permitir que as partes possam valorar suas situações jurídicas de direito material e assim escolher os riscos de erros aos quais querem se submeter e também como um mecanismo que pode trazer maior segurança jurídica para as partes.<sup>160</sup> Impõe-se a observância de alguns requisitos de validade específicos, tais como a impossibilidade de inviabilização do alcance da suficiência probatória, a necessidade de que o direito seja disponível, a impossibilidade da diminuição da proteção gerada pela preferência normativa identificada no ordenamento jurídico e que a suficiência probatória seja fixada de forma objetiva.

## 2.6 A epistemologia e a sua função na fixação dos estândares probatórios

---

<sup>160</sup> Em sentido contrário, apontando a impossibilidade de convenção sobre o *standard* de prova: PICÓ I JUNOY, Joan. Repensando los pactos procesales probatorios desde las garantías constitucionales del proceso... cit, p. 161. Impõe-se, no entanto, apontar que o autor possui visão bastante restritiva quanto aos negócios processuais, não admitindo, por exemplo, renúncia a nenhuma das garantias constitucionais do processo e sobre o ônus da prova. Aponte-se ainda que os *standards* que exemplifica como nulos consistem em tarifações da prova, como, por exemplo, afirmando que, para que se considere provado um fato, será suficiente a prova de duas testemunhas. De fato, note-se que essa espécie de convenção processual seria nula não por consiste em negócio sobre *standard* de prova, mas porque ela iria incidir sobre o próprio modelo de valoração da prova, transformando-o de livre convencimento motivado para tarifação da prova. Em suma, embora seja um negócio sobre *standard* de prova, interfere na própria valoração da prova, que consiste em elemento que não pode ser negociado pelas partes. O *standard* a ser fixado pelas partes não pode consistir em uma tarifação das provas, que significaria a substituição, ao menos parcial, da valoração das provas pelo juiz. As partes possuem a liberdade de fixar a suficiência probatória, mas cabe ao juiz verificar se essa suficiência foi atingida a partir do livre convencimento motivado, que é elemento não disponível para as partes. Com raciocínio semelhante, apontado a inviabilidade de negócio processual acerca da valoração da prova: PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Negócios jurídicos processuais sobre presunções...* cit., p. 136-138. No direito italiano, tem-se discussão sobre a possibilidade de fixação de valores específicos para determinadas provas, mas não de forma a impedir a possibilidade da contraprova, ou seja, não se admite a criação de presunções absolutas: PUNZI, Carmine. *Clausole contrattuali in previsione di future controversie e innovazione finanziaria. Rivista di Diritto Processuale*, n. 1, 1988, p. 3-8. Em outro texto, o autor traz diversos exemplos de cláusulas contratuais que fixam valores pré-determinados de algumas provas, criando até presunções absolutas, mas não realiza um juízo sobre a validade ou não dos acordos: MARINONI, Marina. *Clausole probatorie nella pratica commerciale e civile. Rivista di Diritto Processuale*, v. 15, n. 1, 1938, p. 28-31.

A discussão sobre a forma de enunciação dos estândares probatórios é naturalmente inserida em um contexto maior, qual seja, o da forma mais adequada de visualizar o próprio funcionamento do direito probatório. No capítulo anterior, utilizou-se como premissa a tese de que é possível – e desejável – um direito probatório no qual a constatação de que uma determinada hipótese, para ser tida como provada, dependa da análise racional das provas disponíveis. O convencimento do julgador deve ser baseado nas provas; a constatação de que uma hipótese fática está provada foca nos elementos probatórios e não na persuasão do julgador. Em suma, trata-se de um ponto de vista objetivo do julgamento das provas no campo do direito.

Seguindo essa lógica, os *standards* de prova não podem seguir um caminho diverso. Os estândares de prova, na medida do possível, não podem ter por base a utilização de critérios subjetivos, sob pena de serem incapazes de servir à função que lhes incumbe, qual seja, a de servir como um parâmetro de suficiência probatória e de orientação da justificação decisória para os julgadores e, fosse tal modelo subjetivo, não traria qualquer incremento ao controle das decisões, igualando-se à simples ausência de qualquer parâmetro.

Perde-se, com uma conceituação subjetiva, a função de orientação do *standard*, eis que a decisão de suficiência da prova acaba dependendo das concepções pessoais do julgador, impedindo um adequado controle intersubjetivo<sup>161</sup> e diminuindo a calculabilidade das decisões, tendo em vista não ser possível antecipar minimamente as provas necessárias para que se obtenha uma decisão favorável para a parte.<sup>162</sup>

O estândar probatório deve ser um elemento que auxilie no controle intersubjetivo das decisões sobre os fatos, não se podendo admitir que essa esfera decisional funcione como uma espécie de caixa-preta inacessível da decisão. Como ressalta Danilo Knijnik, é com a identificação do *standard* que passa a ser possível o controle de sua utilização, impedindo que o jurisdicionado fique sujeito à subjetividade do juiz, que teria o poder de definir o modelo de constatação aplicável, bem como o seu conteúdo de forma implícita.<sup>163</sup>

---

<sup>161</sup> VIALE DE GIL, Paula A.. *¿La prueba es suficiente cuando es suficiente? Aproximación a la construcción de la decisión de suficiente de la prueba en materia penal...* cit. p. 144.

<sup>162</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana... cit., p. 35; AGUILERA GARCÍA, Edgar R.. Jordi Ferrer y la tradición racionalista de la prueba jurídica: una mirada crítica. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 44, abr.-2016, p. 175.

<sup>163</sup> KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário...* cit., p. 33.

Nesse ponto, vem em auxílio a epistemologia, mais especificamente a epistemologia jurídica, que tem por objetivo o estudo das questões relativas às provas, mais especificamente como ela deve ser estruturada e indicar as melhores formas de se identificar a força e a relevância dos elementos probatórios.<sup>164</sup>

A ligação entre a epistemologia e os padrões probatórios está na sua aptidão de fornecer suporte para o desenvolvimento de um padrão objetivo. Não incumbe a ela decidir qual *standard* deve ser adotado, mas, tendo por base as características de cada um deles, auxiliar na forma de traduzir tais particularidades em modelos objetivos de constatação probatória e guiar a atuação dos julgadores.<sup>165</sup> Portanto, o seu objetivo é o de auxiliar a construção de um modelo racional na fixação dos *standards* probatórios, evitando o recurso a estados subjetivos.

A subjetividade pode ser entendida de duas formas diferentes. A primeira delas refere-se à utilização de conceitos que remetem a uma confiança subjetiva ou a um estado mental discricionário do julgador.<sup>166</sup> Por outro lado, a subjetividade também pode ocorrer por conta da utilização de conceitos, que, embora não remetam a um estado subjetivo, sejam excessivamente vagos ou imprecisos. Ou seja, embora não haja uma expressa remissão ao subjetivismo, isso acaba ocorrendo porque, como incumbe ao juiz o preenchimento do *standard*, conceitos extremamente vagos não permitem um controle adequado da decisão.<sup>167-168</sup>

Significa, então, que os *standards* de prova devem ser formulados a partir das conexões lógicas que devem existir entre as provas disponíveis e as hipóteses fáticas concorrentes para que se possa considerá-las como provadas, mediante a utilização de conceitos objetivos, impedindo a remissão a algum estado mental discricionário do juiz. É nesse sentido que a epistemologia tem o papel de auxiliar na objetivação do padrão probatório: fornecendo fundamentos teóricos para a conceituação dos padrões. Por outro lado, é evidente que cada ordenamento jurídico deverá, tendo por base o direito

---

<sup>164</sup> HAACK, Susan. *Evidence matters: Science, proof and truth in the law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 6.

<sup>165</sup> Nesse sentido: PARDO, Michael. Estándares de prueba y teoría de la prueba. In: VÁZQUEZ, Carmen (coord). *Estandáres de prueba y prueba científica – ensayos de epistemología jurídica*. Madri: Marcial Pons, 2013, p. 103.

<sup>166</sup> LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 28, 2005, p. 105.

<sup>167</sup> Os conceitos de ambos os standards serão devidamente analisados no capítulo 3.

<sup>168</sup> GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba... cit., p. 13.

material, dispor sobre os estândares a serem aplicados às situações concretas. No entanto, existem ponto de conexão entre esses dois pontos de vista.

Isso ocorre porque, por mais que não caiba à epistemologia fixar abstratamente os estândares, ela possui o papel tanto de: i) sugerir estândares tendo em vista a avaliação das questões políticas e culturas de um determinado país a ser adotado, seja pelo Poder Legislativo, seja pelo Poder Judiciário; ii) indicar uma interpretação objetiva de *standards* já fixados pelo Poder Legislativo ou Judiciário e mesmo iii) criticar o estândar adotado por ele não ter justificativa racional em relação aos riscos de erros ao qual se propõe, ou mesmo que as estimativas sociais a respeito dos custos dos erros em questão não foram realizadas com base em metodologias adequadas.<sup>169</sup> Pode-se utilizar como exemplo um país no qual haja a fixação de um *standard* particularmente elevado para questões patrimoniais e outro mais baixo para crimes como o homicídio e que essa análise das estimativas sociais esteja em completo desacordo com a realidade no qual inserido.

As duas perspectivas são necessárias e complementares entre si. A epistemologia não deve fixar *standards* ignorando o contexto no qual inserido um determinado país, preocupando-se apenas com um ideal de decisões que proporcionem uma melhor análise acerca dos fatos, pois esse não é o papel primordial dos *standards*, que também estão diretamente relacionados com a distribuição dos riscos de erros. Por outro lado, o Poder Judiciário e o Legislativo não devem estabelecer *standards* eminentemente subjetivos, que impeçam qualquer controle intersubjetivo ou que ignorem os valores envolvidos nos fatos tipificados pelo direito. Assim, é possível concluir que a epistemologia possui um papel de filtrar os elementos políticos e culturais para que esses se aproximem de um modelo de valoração objetiva das provas e das estimativas sociais naquele momento e local no qual estabelecido o *standard*.

#### 2.6.1 Os estândares probatórios e o processo decisório.

De acordo com Daniel González, um *standard* de prova ideal deveria ser capaz de indicar uma suficiência probatória sem remeter a a estados mentais, ser preciso,

---

<sup>169</sup> Especificamente sobre esse último ponto, cf.: AGUILERA GARCÍA, Edgar R.. Jordi Ferrer y la tradición racionalista de la prueba jurídica: una mirada crítica... cit., p. 181.



objetivo e enfrentar o problema de que o grau de confirmação é um conceito gradual.<sup>170</sup> De acordo com o autor, embora seja possível a construção de um *standard* probatório com viés mais objetivo, que não dependa apenas do estado mental do juiz, não seria possível a fixação de um conceito tão preciso a ponto de frear a discricionariedade judicial.

Para tanto, afirma que a fixação dos estândares probatórios apenas faz sentido em um sistema de livre convencimento motivado, no qual houve uma delegação inicial ao juiz para valorar a prova e decidir quando a prova é suficiente para uma determinada hipótese estar provada. O *standard* teria por objetivo diminuir a discricionariedade existente no momento de constatação da suficiência de prova, no entanto, a obtenção do modelo ideal (sem qualquer discricionariedade) acabaria por gerar uma volta inadequada a um sistema assemelhado ao sistema das provas legais, mediante a predeterminação do valor das provas. Portanto, ele acaba concluindo que um *standard* adequadamente preciso acabaria voltando ao problema existente no sistema da prova legal, gerando excessiva rigidez na atuação judicial.<sup>171</sup>

O problema que pode ser encontrado na reflexão de Daniel González é que, para ele, a função do *standard* apenas seria alcançada caso fosse possível desenvolver conceitos extremamente precisos a ponto de retirar a discricionariedade judicial. Ocorre que um modelo de constatação probatória objetivo não precisa chegar ao ponto de voltar a um sistema de prova legal para que seja útil. Como destaca Danilo Knijnik, “o fato de não se poder quantificar esses graus em balança de farmacêutico (...) não leva tudo para o arbítrio”.<sup>172</sup> Uma definição precisa, que impeça qualquer mínimo de discricionariedade decisória é impossível; no entanto, uma delimitação mínima tem por função permitir um maior controle intersubjetivo mediante critérios racionais da decisão sobre os fatos.

Para esta tese, situação caótica é a existente no direito brasileiro atual, no qual os *standards* probatórios simplesmente não existem, ou, se existem, atuam em uma esfera completamente subjetiva e incontrolável do julgador dos fatos. Dessa forma, não há sequer um guia para o grau de suficiência probatória.

---

<sup>170</sup> GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba... cit., p. 13

<sup>171</sup> GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba... cit., p. 19-20.

<sup>172</sup> KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário...* cit., p. 36. Susan Haack chega a duvidar se seria adequada uma definição extremamente precisa dos *standards*, mesmo que ela fosse possível (HAACK, Susan. *Evidence matters: science, proof and truth in the law...* cit., p. 51).

O objetivo do estândar probatório não é – até por uma incapacidade de fazê-lo – o de conter toda a discricionariedade judicial, mas servir como um guia para melhorar o controle intersubjetivo das decisões fáticas. A inexistência de um *standard* probatório qualquer, ou um que remeta a estados mentais do julgador, torna a decisão fática praticamente inacessível à impugnação. Afinal, se o estândar probatório é fixado pelo juiz ou formulado com a remessa a estados mentais discricionários do julgador, a impugnação tende ao fracasso.

Uma outra reflexão acerca da conceituação dos *standards* probatórios vem de Juan Carlos Bayon. Segundo o autor, seriam quatro os requisitos para a fixação de um *standard* probatório: i) não pode ser subjetivo, remetendo a estados mentais do julgador; ii) deve ser formulado de maneira a permitir o seu controle por meio de um procedimento intersubjetivamente controlável; iii) sua formulação deve ser capaz de gerar a distribuição de risco que se afirme justificada; e iv) essa distribuição dos riscos deve decorrer da qualidade dos elementos probatórios e não de outros fundamentos.<sup>173</sup>

De forma bastante resumida, a conclusão de Juan Carlos Bayon é a de que não existem mecanismos para que se verifique que o *standard* é capaz de gerar a distribuição de riscos que se afirme justificada. Os critérios atualmente existentes permitem exclusivamente uma comparação de forma a verificar qual das hipóteses é melhor, mas seria incapaz de distribuir os erros nos moldes do que seria desejado pelo *standard*.<sup>174</sup> A melhor forma, então, de distribuir os riscos seria por meio da formulação de regras de admissibilidade probatórias, ônus da prova, valores das provas, capazes de incorporar os critérios de distribuição dos riscos desejados.<sup>175</sup>

A reflexão de Bayon é importante, no entanto, ela parece se dirigir a um *standard* que atua em um plano ideal, com uma atuação completamente objetiva, impedindo qualquer elemento de subjetividade e capaz de obter o percentual ideal de erros esperados.<sup>176</sup> O objetivo dos *standards* é mais modesto, qual seja, o de trazer mais um elemento de controle e de aproximar as decisões à assunção de riscos esperadas por

---

<sup>173</sup> BAYON, Juan Carlos. Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano. *Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo*, v. 2, n. 4, 2010, disponível em: <https://revistas.unicartagena.edu.co>, acessado em 25 de julho de 2019, p. 19.

<sup>174</sup> BAYON, Juan Carlos. Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano... cit., p. 22-24.

<sup>175</sup> BAYON, Juan Carlos. Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano... cit., p. 26.

<sup>176</sup> Com raciocínio semelhante: ARAYA NOVOA, Marcela Paz. *El controle ex post de la calidad de los enunciados probatorios en materia penal en Chile. De la epistemología a la praxis...* cit., p. 335.

aquela sociedade em questão. Ademais, Bayon não chega sequer a elencar exemplos nos quais a função do *standard* probatório poderia ser substituída, sendo, até o momento, a melhor solução para os seus propósitos.

De acordo com Jordi Nieva, os *standards* probatórios estariam dentro do contexto da livre valoração da prova e, no sistema norte-americano do júri, teria a função de orientar os jurados acerca dos requisitos relativos à suficiência probatória. Ocorre que, segundo o autor, embora os *standards* tenham por objetivo a função de orientar a livre valoração da prova, não possuem muita utilidade para as decisões nos casos concretos, eis que não possuem aptidão para explicar as razões pelas quais um juiz resolveu um caso de um modo ou de outro. Em não tendo aptidão de controlar os critérios de valoração, os *standards*, mesmo com uma pretensão de objetividade, poderiam ser equiparados ao requisito do bom senso ou da íntima convicção.<sup>177</sup>

Inicialmente, Nieva parece tentar acoplar os *standards* probatórios com a própria valoração da prova, o que é uma visão incorreta do tema. Embora sejam conceitos com uma necessária imbricação, eles não podem ser confundidos, pois, como a valoração almeja identificar o peso de cada prova/do conjunto probatório, o *standard* serve como guia para identificar o peso necessário para que uma hipótese fática esteja comprovada. De fato, os *standards* não têm – e nunca tiveram – pretensão de permitir um controle da valoração específica dos elementos probatórios, mas da conclusão desse raciocínio.

Sua função é a de servir de guia para a valoração da prova – que tem por base a persuasão racional –, atuando como uma regra de decisão, permitindo que o julgador verifique se, dentre as hipóteses fáticas disponíveis, alguma delas alcance o grau de suficiência probatória exigido para aquele direito material. Em outros termos, o *standard* probatório não indica os critérios para que cada uma das provas seja valorada, mas um critério mediante o qual se considera provada uma hipótese caso seja atingida uma suficiência mínima.

Ao contrário da suposta inutilidade dos estândares defendida por Nieva, em pesquisas empíricas com júris simulados, houve a identificação tanto de que a alteração do *standard* altera o resultado dos julgamentos quanto a importância da comparação entre os diversos estândares para a realização do julgamento das questões fáticas.<sup>178</sup> Enfim, ao que consta, os estândares possuem considerável utilidade no sentido de orientar o

---

<sup>177</sup> NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madri: Marcial Pons, 2010, p. 85-88.

<sup>178</sup> Cf. item 2.6.1, *infra*.

juízo dos fatos de acordo com um modelo de constatação exigido pelo direito, o que é basicamente a sua função.

### 2.6.2 Os *standards* probatórios e a alteração dos julgamentos

Como visto, parte das críticas feitas aos padrões probatórios tem por base a afirmação de sua incapacidade de guiar as decisões, o que acabaria por demonstrar a sua inutilidade. Ocorre que, ao contrário do que afirmam tais autores, há indicativos, por meio de pesquisas empíricas, de que a inserção de diferentes *standards* probatórios possui a aptidão de alterar as decisões sobre os fatos.

Em pesquisa realizada em júris simulados por Norbert Kerr e outros, foi identificado que, com a simples variação na forma de enunciação do padrão que exige *prova acima de toda dúvida razoável* para a prolação de sentença penal condenatória, houve uma alteração de 26% na taxa de condenação do acusado, tendo por base um caso criminal complexo.<sup>179</sup> Em outra pesquisa organizada por Irwin Horowitz e Laird Kirkpatrick, também foi possível observar que a alteração na definição do conceito de *prova acima de dúvida razoável* modifica a taxa de condenações e a preocupação do júri em relação à exigência probatória do caso, aumentando as discussões sobre os elementos probatórios disponíveis.<sup>180</sup> Em ambas as pesquisas, as diferentes formas de expressão do padrão *acima de toda dúvida razoável* utilizaram expressões linguísticas, evitando o uso de porcentagens.

Por outro lado, em outra pesquisa empírica, foram testadas duas formas de expressão dos *standards* probatórios (*preponderância da prova*, *prova clara e convincente* e *prova além de toda dúvida razoável*): uma quantificada em porcentagens e outra baseada na mudança da expressão linguística. Na utilização dos padrões baseados em números, houve maior variação nos resultados, diminuindo a quantidade de decisões desfavoráveis ao autor do processo na medida em que aumentada a exigência probatória, o que não ocorreu com a variação da alteração apenas na forma de enunciação do padrão

---

<sup>179</sup> KERR, Norbert; ATKIN, Robert S.; STASSER, Garold; MEEK, David; HOLT, Robert W.; DAVIS, James H. Guilt beyond reasonable doubt: effects of concept definition and assigned decision rule on the judgments of mock jurors. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 34, n. 2, 1976, p. 291.

<sup>180</sup> HOROWITZ, Irwin. A.; KIRKPATRICK, Laird. C. A concept in search of a definition: the effects of reasonable doubt instructions on certainty of guilt standards and jury verdicts. *Law and Human Behavior*, v. 20, n. 6, dez.-1996, p. 667-668.

nas instruções dadas ao júri simulado.<sup>181</sup> Por outro lado, a utilização dos diferentes *standards* expressos de forma verbal tiveram considerável efetividade na alteração dos julgamentos *quando enunciados de forma comparativa*, caso em que era indicado ao júri que existiriam três *standards* diferentes e que, na situação concreta, seria aplicado um determinado modelo de constatação.<sup>182</sup>

Em outra pesquisa, houve um resultado um pouco diverso, eis que foi identificado que, apresentados os mesmos elementos probatórios, a decisão acerca da eventual condenação de um réu é alterada a partir do *standard* utilizado, mesmo com expressões linguísticas, se a eles é indicado apenas a preponderância da evidência ou é exigido o *standard* de prova *acima de qualquer dúvida razoável*.<sup>183</sup>

Michael D. Cicchini realizou duas pesquisas simuladas com júri. A primeira, em coautoria com Lawrence T. White, não alcançou resultados com diferenças significativas, quando os jurados foram apresentados ao mesmo caso, apenas com a diferença entre a nomenclatura dos três *standards* de forma isolada. Não houve, nessa pesquisa, uma apresentação comparativa entre os *standards*. Ou seja, a conclusão foi a de que a alteração dos *standards* não alteraria significativamente o resultado dos julgamentos.<sup>184</sup>

No entanto, em outra pesquisa, foi levantada a seguinte questão: é possível que os *standards* de prova funcionem melhor de forma comparada, ou seja, a apresentação do *standard* de prova *acima de qualquer dúvida razoável* apresentado de forma isolada atue diversa do que se ele for apresentado de forma comparativa aos outros dois *standards*.<sup>185</sup> A conclusão da pesquisa foi considerada significativa, eis que o grupo em que apresentado o *standard* de forma isolada gerou uma taxa de absolvição de 32,6% e, de forma comparada, a taxa foi de 42,4%. Além disso, foi possível perceber que, requerendo aos jurados que apresentem a confiança subjetiva necessária para a

---

<sup>181</sup> KAGEHIRO, Dorothy K.; STANTON, W. Clark. Legal vs. quantified definitions of standards of proof. *Law and Human Behavior*, v. 9, n. 2, 1985, p. 169.

<sup>182</sup> KAGEHIRO, Dorothy K.; STANTON, W. Clark. Legal vs. quantified definitions of standards of proof... cit., p. 173.

<sup>183</sup> ENGEL, Christoph. Preponderance of evidence versus *intime conviction*: a behavioral perspective on a conflict between american and continental european law. *Vermont Law Review*, v. 33, 2009, p. 460-465.

<sup>184</sup> CICCHINI, Michael; WHITE, Lawrence T. Is reasonable doubt self-defining? *Villanova Law Review*, v. 64, n. 1, 2019, p. 13.

<sup>185</sup> CICCHINI, Michael D. Reasonable doubt and relativity. *Washington and Lee Law Review*, v. 76, n. 4, 2019, p. 1467-1468.

condenação nas duas hipóteses, houve uma considerável diferença, pois, para o primeiro grupo a prevalência ocorreu entre 60 e 65% e, no segundo grupo, entre 70 e 75%.<sup>186</sup>

Naturalmente, embora os júris simulados não sejam uma representação real dos júris, pois, em geral, há uma abreviação do caso, com diminuição do tempo disponível para deliberação e, especialmente, a inexistência de consequências concretas do julgamento,<sup>187</sup> os resultados dessas pesquisas podem ser utilizados para verificar, ao menos, uma tendência de que a alteração dos padrões também muda o resultado dos julgamentos no mundo real.<sup>188</sup> Essa alteração ocorre especialmente quando os *standards* são apresentados de forma comparativa, ou seja, a percepção de que há mais de uma suficiência probatória no direito permite ao julgador dos fatos sopesar de forma mais adequada a exigência probatória para o caso específico no qual está atuando.

Uma última questão a ser considerada consiste no objeto de pesquisa: o júri. No Brasil, a atuação do júri é consideravelmente limitada, especialmente em comparação com os EUA, limitando-se aos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, *d*, CFRB), portanto, a grande maioria dos julgamentos de fato será feita por julgadores profissionais e não por julgadores leigos.

Embora sejam raras as pesquisas empíricas comparando o julgamento entre o juiz e o júri, em pesquisa realizada em 1950, juízes que atuavam no júri foram questionados acerca de casos já julgados pelo júri e o resultado foi o de que havia coincidência do veredito em 78% dos casos<sup>189</sup>. Não se pode ignorar, no entanto, o fato de que em tais pesquisas, resta ausente um elemento crucial que está na atividade judicante, que consiste na exigência de justificção das decisões, que eventualmente poderia alterar os resultados.

Uma outra questão que pode ser levada em consideração e que pode tornar o *standard* mais efetivo no contexto da atuação do juiz profissional é a de que, em pesquisas, a taxa de confiança subjetiva necessária para a condenção é diversa para o jurado e para juízes profissionais. Para os juízes, em geral, a confiança subjetiva tida como

---

<sup>186</sup> Idem, *ibidem*, p. 1472-1475.

<sup>187</sup> HOROWITZ, Irwin. A.; KIRKPATRICK, Laird. C. A concept in search of a definition: the effects of reasonable doubt instructions on certainly of guilt standards and jury verdicts... cit., p. 291.

<sup>188</sup> No mesmo sentido: LIMA, Matheus Carneiro. *Standards de prova no direito brasileiro*. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2018, p. 76-78.

<sup>189</sup> Com menção à pesquisa, bem como uma análise das diferenças e semelhanças entre o julgamento pelo júri e pelo juiz profissional: SAKS, Michael J.; SPELLMAN, Barbara A. *The psychological foundations of evidence law*. Nova Iorque: New York University Press, 2016, p. 33-56.

apta a satisfazer o *standard* de prova *acima de qualquer dúvida razoável* é de 90%,<sup>190</sup> no entanto, que, em pesquisas com jurados, a porcentagem foi representada de forma muito diferente, geralmente atuando por volta de 60 a 65%.<sup>191</sup>

De toda forma, parece possível inferir que, se o júri é afetado pela alteração do *standard* a ser exigido, conclusão semelhante pode ser levada à atividade do juiz. Mais ainda: como o juiz profissional lida com conceitos legais com uma maior familiaridade, e, no geral, possui uma forma diversa de encarar a confiança subjetiva pelos *standards*, é provável que ele consiga lidar melhor com os diferentes *standards* probatórios e sua respectiva aplicação. Como aponta Jordi Ferrer, como os juízes profissionais são uma espécie de *repeat players*, a eles é possível a devida capacitação para lidar adequadamente com a devida justificação das decisões de fato.<sup>192</sup>

Essa conclusão é auxiliada por pesquisas empíricas que indicam que uma das principais dificuldades do júri é a compreensão das instruções dos juízes, a aplicação do direito material e o conhecimento de conceitos legais,<sup>193</sup> sendo inegável que o *standard* probatório, bem como suas formulações, são realizadas por meio de termos jurídicos e epistemológicos.

### 2.6.3 Critérios metodológicos

Adotada a premissa de que os *standards* devem ser formulados de forma objetiva, tem-se apenas a resolução de uma pequena parte do problema. Isso porque existe uma considerável divergência acerca da forma de expressar que tipos de graus são os graus de confiabilidade das provas. Por mais que se exija uma conceituação do estândar de forma objetiva, existem diversos modelos com esse propósito.

A decisão judicial é tipicamente proferida em um ambiente de incerteza, não sendo possível identificar se a verdade foi eventualmente atingida. Isso significa que as

---

<sup>190</sup> SOLAN, Lawrence. Refocusing the burden of proof in criminal cases: some doubt about reasonable doubt. *Texas Law Review*, v. 78, 1999, p. 126.

<sup>191</sup> CICCHINI, Michael D. Reasonable doubt and relativity... cit., p. 1461-1462.

<sup>192</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. Sobre el deber de motivación de las decisiones probatorias y el juicio por jurados. La sentencia V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua de la corte IDH... cit., p. 380.

<sup>193</sup> ESSEX, Ryan; GOODMAN-DELAHUNTY, Jane. Judicial directions and the criminal standard of proof: improving juror comprehension. *Journal of Judicial Administration*, v. 24, n. 2, dez.-2014, p. 76.

decisões são baseadas em uma determinada probabilidade de ocorrência das hipóteses fáticas tendo em vista as provas disponíveis.<sup>194</sup>

Em termos gerais, para que um *standard* tenha um mínimo de objetividade, ele deve obedecer a alguns requisitos. O primeiro dele é o de evitar fazer menção a estados subjetivos, remetendo, ao contrário, à capacidade de orientação da justificação da valoração das provas no processo. O segundo consiste na capacidade de estabelecer uma suficiência probatória mínima a ser exigida para uma hipótese fática ser considerada provada.<sup>195</sup> Mesmo assim, o problema dos *standards* probatórios não é resolvido, pois existem formas diversas de se visualizarem as probabilidades relacionadas ao direito probatório, ou seja diferentes formas de se utilizar a probabilidade na avaliação do raciocínio probatório.

Nos próximos itens, os principais modelos avaliação do raciocínio probatório serão analisados: de um lado, têm-se os modelos atomistas, ou seja, que propõem uma análise específica de cada um dos fatos principais, estando subdividida no modelo bayesiano e no modelo indutivo, que tem por base probabilidades baconianas; do outro lado, tem-se o modelo holístico, que propugna por uma análise mais voltada ao caso por completo.

#### 2.6.3.1 Probabilismo bayesiano

Dentre as formas de se expressar uma maior exatidão no raciocínio probatório e na fixação de estândares, alguns autores voltaram-se à utilização do probabilismo jurídico, mais especificamente ao Teorema de Bayes.<sup>196</sup> Trata-se de uma fórmula desenvolvida por John Bayes para a realização do cálculo de probabilidades *condicionais*, ou seja, de eventos que são dependentes entre si. A título exemplificativo, tem-se a probabilidade de uma pessoa passar de carro em um cruzamento sem prestar atenção e

---

<sup>194</sup> TWINING, William. Debating probabilities. In: TWINING, William; STEIN, Alex (ed). *Evidence and proof*. New York University Press, 1992, p. 158; PARDO, Michael; ALLEN, Ronald J. Relative plausibility and its critics. *The international Journal of Evidence & Proof*, 2019, p. 5.

<sup>195</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi; TUZET, Giovanni. Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali... cit., p. 458.

<sup>196</sup> Trata-se do desenvolvimento feito pela doutrina a partir de um trabalho inicial do autor: BAYES, John. An Essay towards solving a Problem in the Doctrine of Chances. By the late Rev. Mr. Bayes, communicated by Mr. Price, in a letter to John Canton, M. A. and F. R. S. in *Philosophical Transactions of the Royal Society of London*, v. 53, 1763.



atropelar outra pessoa. A probabilidade do primeiro evento – passar pelo cruzamento sem prestar atenção – afeta a probabilidade do segundo evento – atropelamento.

O teorema de Bayes permite que haja uma atualização da crença a partir da mudança das provas disponíveis, sendo esta talvez a sua principal contribuição para o tema das probabilidades. Cada nova evidência disponível requer uma atualização do grau de crença em uma dada hipótese.

Deve se compreender, inicialmente, que as probabilidades podem ser visualizadas de duas formas diferentes: i) a visão subjetiva, que tem por objetivo representar o grau de crença em um determinado evento, tendo por base as provas disponíveis; e ii) a interpretação objetiva, que visa a analisar a problemática do ponto de vista da estatística, medindo a probabilidade das chances de um determinado evento ocorrer.<sup>197</sup> Na primeira visão, quando se usa o termo probabilidade, a referência é feita à hipótese como um todo – por exemplo, é provável que Caim tenha assassinado Abel. Na segunda visão – por exemplo, há x% de chance de que um homem de 60 anos venha a falecer no próximo ano – a probabilidade é parte da própria proposição.<sup>198</sup>

A segunda espécie não tem aptidão para funcionar como uma teoria que organize o raciocínio probatório. É que, sob esse ponto de vista, apenas algumas provas possuem aptidão para assim atuar, que são as relacionadas com estatísticas de frequências de fatos. O uso dessa espécie de probabilidade seria incompatível, por exemplo, com uma prova testemunhal de que Caim assassinou Abel com uma faca. Para tanto, haveria necessidade de pressupor que um mesmo testemunho seria repetido diversas vezes com a probabilidade de que o assassino usou a faca pela relativa frequência de casos semelhantes. Trata-se de um raciocínio absurdo, mas que deve ser recordado para destacar que, para a maioria das provas, não há dados estatísticos.<sup>199</sup>

Outra objeção refere-se ao fato de que a probabilidade de um determinado evento ocorrer não comprova, por si só, que ele tenha ocorrido em determinado caso concreto.

---

<sup>197</sup> HACKINGS, Ian. *The emergence of probability*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 11; SCHUM, David A. *Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico*. Trad. Orión Vargas V. Bogotá: Orión Vargas, 2016, p. 77-78.

<sup>198</sup> HAACK, Susan. Proof, probability and statistics: the dangers of << delusive exactness >>. in *La prueba en el proceso* – II Conferencia internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2018, p. 501.

<sup>199</sup> FINKELSTEIN, Michael O.; FAIRLEY, William B. A bayesian approach to identification evidence. *Harvard Law Review*, v. 83, n. 3, jan.-1970, p. 504; ALLEN, Ronald J. The nature of juridical proof: probability as a tool in plausible reasoning. *The International Journal of Evidence & Proof*, v. 21, (1-2), 2017, p. 135.

A probabilidade estatística indica o que ocorre na generalidade dos casos, mas não o que ocorreu no processo em que se quer responder, por exemplo, à pergunta acerca do nexo de causalidade entre o uso de um determinado medicamento X vendido com data de validade ultrapassada e o efeito danoso sofrido pela parte autora. Pode existir uma pesquisa que indique: o medicamento X, uma vez utilizado com data de validade ultrapassada, leva ao efeito danoso Y em 80% dos casos. Faltaria um indicativo de que o efeito danoso foi causado pelo remédio e não por outro fator. No entanto, para Lawrence Tribe não se trata de uma objeção relevante, eis que é inegável que a probabilidade estatística serve, ao menos, de guia para o juiz, por exemplo, acerca da força das provas que inserem a informação matemática no contexto do caso concreto.<sup>200</sup> Por mais que haja necessidade de um elemento probatório que conecte a probabilidade geral para o caso concreto, é inegável a utilidade da probabilidade estatística.

Ocorre que a questão não parece tão simples, pois o problema não é exatamente a impossibilidade de dados estatísticos servirem de prova, mas de que eles sejam autônomos e independentes das particularidades do caso concreto. Basta pensar em um conhecido exemplo de um indivíduo que ajuíza uma ação após ter sido atropelado por um motorista de ônibus imprudente e a única prova disponível é a de que oitenta por cento dos ônibus que operam na região pertencem à Companhia de Ônibus Azul. O fato de que a frequência de ônibus na região é mais alta por parte de uma determinada empresa não revela nada sobre a situação fática, não se podendo admitir que a empresa seja responsabilizada sem nenhuma prova relativa ao caso.<sup>201</sup> Em suma, haveria a necessidade de algum elemento concreto que pudesse ser alinhado à questão estatística, como, por exemplo, uma testemunha que tenha visto um ônibus da empresa Azul, ou a existência de algum ônibus com avarias decorrente do acidente etc. Claro que tais críticas não impedem o uso de provas estatísticas, mas apenas indicam que ela tem limites no direito probatório.<sup>202</sup>

---

<sup>200</sup> TRIBE, Lawrence. Trial by mathematics. *Harvard Law Review*, v. 84, n. 6, abr.-1971, p. 1346.

<sup>201</sup> Um caso concreto semelhante ocorreu nos EUA (Smith v. Rapid Transit Inc., 317, Mass. 649, 58 N.E.2d 754 – 1945), em que, embora não tenha ocorrido a introdução de dados estatísticos, o autor conseguiu demonstrar que apenas uma companhia operava na rua em que ocorreu o acidente. A decisão foi a de que as chances matemáticas favoreciam o litigante, mas não eram suficientes. Essa informação foi extraída de: TRIBE, Lawrence. Trial by mathematics... cit., p. 1341, nota n. 37.

<sup>202</sup> Essa mesma análise já foi realizada pela Corte de Cassação Italiana, na sentença Franzese: “In definitiva, con il termine “alta o elevata credibilità razionale” dell'accertamento giudiziale, non s'intende fare riferimento al parametro nomologico utilizzato per la copertura della spiegazione, indicante una mera relazione quantitativa entro generi di eventi ripetibili e inerente come tale alla struttura interna del rapporto di causalità, bensì ai profili inferenziali della verifica probatoria di quel nesso rispetto all'evidenza

Além do mais, a probabilidade ligada à frequência dos eventos não pode estar conectada a tentar fixar estândares probatórios. Como destaca Susan Haack, trata-se de uma acepção bizarra, eis que os *standards* têm relação com uma probabilidade epistêmica identificada entre a hipótese e as provas existentes no processo e não com uma probabilidade matemática que representa uma frequência relativa.<sup>203</sup>

Enfim, a única forma de utilizar as probabilidades está relacionada com a probabilidade de cunho subjetivo, que pode ser usada por meio de uma interpretação subjetiva do teorema de Bayes.<sup>204</sup> O Teorema de Bayes consiste em uma fórmula matemática usada para o cálculo da probabilidade de um evento dado que outro evento já ocorreu, o que é denominado de probabilidade condicional. Tem-se sempre a necessidade de uma informação anterior para que seja possível calcular o segundo evento.

Especificamente em relação ao teorema de Bayes, tem-se a utilização da seguinte fórmula matemática:

$$P(A|B) = \frac{P(A) \times P(B|A)}{P(B)}$$

Essa fórmula é representada da seguinte forma:

P(A|B): probabilidade de A ocorrer dado que B ocorreu

---

disponibile e alle circostanze del caso concreto: non essendo consentito dedurre automaticamente – e proporzionalmente – dal coefficiente di probabilità statistica espresso dalla legge la conferma dell'ipotesi sull'esistenza del rapporto di causalità. La moderna dottrina che ha approfondito la teoria della prova dei fatti giuridici ha infatti precisato che, mentre la "probabilità statistica" attiene alla verifica empirica circa la misura della frequenza relativa nella successione degli eventi (strumento utile e talora decisivo ai fini dell'indagine causale), la "probabilità logica", seguendo l'incedere induttivo del ragionamento probatorio per stabilire il grado di conferma dell'ipotesi formulata in ordine allo specifico fatto da provare, contiene la verifica aggiuntiva, sulla base dell'intera evidenza disponibile, dell'attendibilità dell'impiego della legge statistica per il singolo evento e della persuasiva e razionale credibilità dell'accertamento giudiziale. (...) Non é consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con "alto o elevato grado di credibilità razionale" o "probabilità logica". (Corte de Cassação Penal, sessão unida, n. 30.328, 10/07/2002). Para uma visão diversa sobre o tema, cf.: VITORELLI, Edilson. Raciocínios probabilísticos implícitos e o papel das estatísticas na análise probatória. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 296, nov.-2019.

<sup>203</sup> HAACK, Susan. Proof, probability and statistics: the dangers of << delusive exactness >>... cit., p. 502.

<sup>204</sup> Essa é, por exemplo, a forma de utilização no seguinte texto: FINKELSTEIN, Michael O.; FAIRLEY, William B. A bayesian approach to identification evidence... cit.. Também uma tentativa de utilização das probabilidades é visualizada em: SCHUM, David A. *Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico*... cit. p. 561-626.

$P(B|A)$ : probabilidade de B acontecer dado que A ocorreu

$P(A)$ : probabilidade de A ocorrer ou probabilidade *a priori*

$P(B)$ : probabilidade de B ocorrer

Inicialmente, tem-se que os valores das probabilidades subjetivas variam entre 0 e 1, sendo que o 0 significaria nenhuma possibilidade de ocorrência do fato e 1 como confiança absoluta na ocorrência do fato.

A forma mais simples de apresentação dessa fórmula é por meio de um exemplo. Imagine-se que um determinado casal tenha dois filhos. Qual a probabilidade de que o casal tenha dois filhos meninos, tendo em vista que o mais velho é menino?

Os eventos existentes são: A: dois filhos meninos (Hipótese desejada); B: um dos filhos é um menino (Hipótese dada). Por sua vez, são duas as probabilidades:  $P(A)$  – probabilidade de que os dois filhos sejam meninos e  $P(B)$  – probabilidade de que um filho seja menino.

A probabilidade independente de que um filho seja menino  $P(B)$  é de  $\frac{1}{2}$ . A probabilidade de que dois filhos sejam meninos  $P(A)$  é  $\frac{1}{4}$ , caso não haja nenhuma informação anterior. Isso ocorre porque deve ser realizada a multiplicação de dois eventos independentes, qual seja, o de que o primeiro e o segundo filhos sejam meninos, que é  $\frac{1}{2}$ , totalizando  $\frac{1}{4}$ . Podemos concluir também que  $P(B|A)$ , ou seja, a probabilidade de que um dos filhos seja menino *caso* os dois sejam meninos é 1, afinal, já se tem a informação de que o primeiro filho é menino.

A conclusão, então, é a seguinte: 1)  $P(A) = \frac{1}{4}$ ; 2)  $P(B) = \frac{1}{2}$  e 3)  $P(B|A) = 1$

Dessa forma, o teorema de Bayes seria representado da seguinte forma:

$$P(A|B) = \frac{\frac{1}{4} \times 1}{\frac{1}{2}} = \frac{1}{2}$$

Portanto, a probabilidade de que um casal tenha dois filhos meninos, tendo em vista que o primeiro é menino será de  $\frac{1}{2}$  ou 50%. Note-se que aqui se tem um exemplo bastante simples, não se vislumbrando tal facilidade no direito.

Passando para um exemplo jurídico, pode-se tomar como base um homicídio, em que o corpo de Abel foi encontrado na rua. No caso concreto, a probabilidade que se deseja testar é se Caim matou Abel (A). Essa probabilidade advém do testemunho de João

de que viu Caim matando Abel (B).<sup>205</sup> Em outros termos, o objetivo é testar a probabilidade de Caim ter matado Abel a partir do testemunho de João  $P(A|B)$ .

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

$P(B|A)$ : expressaria a probabilidade do encontro de elementos probatórios acerca da hipótese A, caso ela seja verdadeira. Isso porque o fato da hipótese A ser verdadeira não necessariamente gera a existência do testemunho de João, pois pode ser que este simplesmente não estivesse presente no local. A probabilidade que se busca nessa hipótese tem por base a probabilidade da presença de provas sobre o ocorrido.

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

$P(B)$ : probabilidade de que João diga que Caim matou Abel independentemente do fato de Caim ter assassinado Abel ou não. Têm-se aqui diversas possibilidades, eis que João pode estar mentindo, por ser inimigo de Abel; ou João pode ter confundido Abel com outra pessoa, dentre diversas outras variáveis.

Alguns autores vêm tentando utilizar esse teorema de Bayes para o campo do direito probatório, mais especificamente para a fixação dos graus de *standards* probatórios, mediante a atribuição de valores numéricos a eles.

#### 2.6.3.1.1 Problemas do bayesianismo e a sua utilização no direito probatório

A utilização do teorema de Bayes na esfera jurídica, mais especificamente para o julgamento dos fatos, não é adequada por uma série de problemas que vêm sendo identificados pela doutrina.

Um primeiro problema na utilização desse teorema é encontrado na definição das probabilidades iniciais, eis que o teorema de Bayes não provê tais respostas, cabendo ao seu aplicador a sua fixação.

Note-se: o exemplo trazido no item anterior é bastante simples, eis que se tem apenas uma hipótese e uma prova a ele relacionada. É bastante difícil a fixação *a priori* de  $P(A)$ , que consiste na fixação inicial da probabilidade de Caim ter matado Abel. Poucas pessoas (juiz ou o júri) têm a experiência na utilização de probabilidades, o que pode levar a um resultado que, embora pareça preciso, já é iniciado por meio de um número

---

<sup>205</sup> DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 93.

aleatório.<sup>206</sup> Mesmo para alguém familiarizado com as probabilidades, seria bastante difícil a fixação – antes do contato com as provas – de uma probabilidade prévia da culpabilidade de um acusado.

Adicione-se a essa crítica à dificuldade natural em lidar com estatísticas encontrada pelos seres humanos em decorrência dos vieses cognitivos. A título exemplificativo, Daniel Kahneman realizou uma pesquisa que demonstrou o viés da similaridade como um fato que dificulta julgamento objetivos. Para demonstrar um dos exemplos, um indivíduo foi descrito pelo vizinho da seguinte forma: “Steve é uma pessoa tímida e retraída, sempre solícita com pouco interesse nas pessoas e na realidade. É uma pessoa calma e organizada, que precisa de ordem e estrutura, além de ser apaixonado pelos detalhes. Posteriormente, foi formulada a seguinte pergunta: “Steve tem maior probabilidade de ser um bibliotecário ou um fazendeiro?”

A semelhança da personalidade de Steve com um bibliotecário típico vem à mente de todos de forma imediata. Por outro lado, a relevante estatística de que há uma proporção de vinte fazendeiros para cada bibliotecário deveria fazer com que, apesar das características pessoais do indivíduo, conclua-se ser bem mais provável que Steve seja um fazendeiro do que um bibliotecário. No entanto, *nas pesquisas realizadas, os participantes tendem a ignorar os dados estatísticos e confiar exclusivamente na semelhança.*<sup>207</sup> Ao trazer um dado desse tipo para os processos judiciais, em especial para os jurados, tem-se uma boa chance de que um suspeito, por se encaixar em um determinado estereótipo, a despeito de quaisquer outras provas, tenha sua  $P(A)$  consideravelmente aumentada de forma indevida.

Portanto, o que provavelmente viria a ocorrer mediante a utilização do teorema de Bayes é a utilização da fórmula com componentes extremamente subjetivos,<sup>208</sup> que levariam a uma decisão igualmente subjetiva, mas com roupagem objetiva. Nesse sentido, uma crítica dirigida ao Teorema de Bayes envolve o fato de que, no fim das contas, ele traz apenas uma conclusão coerente a partir de um determinado

---

<sup>206</sup> TRIBE, Lawrence. Trial by mathematics. *Harvard Law Review*... cit., p. 1.359; DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*... cit., p. 96.

<sup>207</sup> KAHNEMAN, Daniel. *Thinking fast and slow*. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2011, eBook, Introduction; TVERSY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. *Judgment under uncertainty: heuristic and biases*. In: TVERSY, Amos; KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul (eds). *Judgment under uncertainty: heuristic and biases*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982, p. 4-5.

<sup>208</sup> ALLEN, Ronald J. The Nature of juridical proof: probability as a tool in plausible reasoning... cit., p. 138.

ponto de partida, mas nada diz sobre esse ponto de partida, que pode ser essencialmente subjetivo.<sup>209</sup>

Outro problema encontrado na utilização do teorema de Bayes, mais uma vez, envolve a probabilidade de  $P(A)$ . Isso porque, do ponto de vista matemático, essa probabilidade não tem como ser quantificada antes das provas, mas de forma concomitante a elas, deturpando o funcionamento do cálculo. Em sendo calculadas de forma prévia, haveria a fixação da probabilidade de uma narrativa fática antes da análise de qualquer elemento probatório.<sup>210</sup> Além disso, em sendo fixada de forma prévia, antes do conhecimento das provas, alega-se que há violação à presunção da inocência, no âmbito do processo penal, eis que o julgador dos fatos teria de explicitar uma probabilidade da culpa do acusado antes mesmo de lhe ser apresentado qualquer elemento probatório.<sup>211</sup>

Há de se levar em consideração ainda a dificuldade da realização dos cálculos. Basta mencionar que, no exemplo utilizado, tem-se apenas uma prova, mas em um processo judicial real podem ser várias as provas relativas a um mesmo fato: diversas testemunhas, perícias, documentos, tornando possíveis diversas narrativas e um número quase infinito de probabilidades. A fórmula, que, por si só, não é simples, pode ter a necessidade de ser alimentada por uma grande quantidade de números diversos a partir de diferentes elementos probatórios, dificultando a fixação de tais probabilidades e a realização do cálculo.<sup>212</sup> Em outros termos, a complexidade dos cálculos é um elemento que não pode ser ignorado entre as dificuldades da utilização do teorema de Bayes nas decisões judiciais.<sup>213</sup>

Além disso, estudos tem indicado que o ser humano é capaz de proferir análises e julgamentos de forma mais precisa utilizando a forma verbal em comparação às hipóteses em que se exige a utilização da forma numérica, mesmo nos casos em que envolvido o processamento de probabilidades subjetivas.<sup>214</sup> A própria forma de raciocinar

---

<sup>209</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madri: Marcial Pons, 2007, p. 112.

<sup>210</sup> Com crítica semelhante: PARDO, Michael; ALLEN, Ronald J. *Relative plausibility and its critics...* cit., p. 8.

<sup>211</sup> TRIBE, Lawrence. *Trial by mathematics...* cit., p. 1.367-1368; BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba...* cit., p. 118-119.

<sup>212</sup> De forma semelhante: DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo...* cit., p. 102-104.

<sup>213</sup> ALLEN, Ronald J. *The nature of juridical proof: probability as a tool in plausible reasoning...* cit., p. 136.

<sup>214</sup> Dentre as razões para tanto, tem-se sugerido que as regras aplicáveis ao processamento verbal de proposições são mais automatizadas porque adquirido primeiro do que o processamento numérico,

necessária para a utilização do teorema de Bayes traz dificuldades para o raciocínio humano, o que dirá adicionada à complexidade dos cálculos.

Outra problemática possui vinculação mais direta com os *standards* probatórios. De início, tem-se a própria dificuldade em designar números específicos para tais estâdarees e qual o embasamento para tanto, eis que esses números serão aqueles comparados com o resultado final do cálculo de forma a verificar se o *standard* exigido foi alcançado.

Há um raciocínio tradicional utilizado nos EUA para a fixação do *standard* *acima de toda dúvida razoável*, segundo o qual a probabilidade ideal seria de 90%.<sup>215</sup> O *standard* civil da *preponderância da prova* seria acima de 50% e o *standard* da *prova clara e convincente* seria por volta de 75%.<sup>216</sup> Ainda assim, parece algo incomum para as pessoas em uma análise de fatos expressar a sua crença em determinada hipótese fática por meio de números. Seguindo essa lógica, em uma pesquisa realizada com juízes na década de 80 do século passado, diversos juízes destacaram suas dificuldades em lidar com porcentagens, afirmando que sua utilização no julgamento de provas seria mecânico, irreal e atuando de forma diversa do raciocínio utilizado pelos juízes.<sup>217</sup>

Outro problema relacionado aos *standards* é o da sua fixação no caso da existência de mais um fato independente a ser provado no caso concreto,<sup>218</sup> que é o problema da conjunção. Basta pensar em uma hipótese de responsabilidade civil, no qual há necessidade de comprovar a culpa ou dolo do réu, bem como o dano sofrido pelo autor, fatos independentes, eis que um pode ocorrer independentemente do outro.

---

requerendo, assim, menor capacidade de processamento mental e sendo menos sujeito à interferência de processos simultâneos de raciocínio (ZIMMER, Alf C. Verbal vs. numerical processing of subjective probabilities. In: SCHOLS, Roland W. (ed). *Decision making under uncertainty*. 2ª ed. Amsterdã: Elsevier, 1987, p. 164, 179-180).

<sup>215</sup> Indicando que, em pesquisas com juízes, essa foi a porcentagem indicada pela maioria como a correspondente ao *standard* de prova *acima de qualquer dúvida razoável* (SOLAN, Lawrence. Refocusing the burden of proof in criminal cases: some doubt about reasonable doubt. *Texas Law Review*, v. 78, 1999, p. 126). É importante destacar, no entanto, que, em pesquisas com jurados, a porcentagem foi representada de forma muito diferente, geralmente atuando por volta de 60 a 65% (CICCHINI, Michael D. Reasonable doubt and relativity... cit., p. 1461-1462).

<sup>216</sup> LE ROUX-KEMP, Andra, Standards of Proof: Aid or Pitfall? *Obiter*, v. 3, n. 10, jan.-2010, p. 696; PARDO, Michael; ALLEN, Ronald J. Relative plausibility and its critics... cit., p. 7.

<sup>217</sup> MCCAULIFF, C. M. A. Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence, or constitutional guarantees. *Vanderbilt Law Review*, v. 35, 1982, p. 1.332.

<sup>218</sup> Essa crítica é identificada em: DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo...* cit., p. 105-106; BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba...* cit., p. 115-117.



No teorema de Bayes, a conjunção gera uma redução da probabilidade global, do caso como um todo,<sup>219</sup> pois trata-se de probabilidades condicionais. A probabilidade de que ocorram dois fatos independentes, por exemplo, o nascimento de dois filhos homens, partindo-se do pressuposto de que há 50% de chance de nascer um filho homem a cada gestação é encontrada por meio da multiplicação das duas probabilidades. Portanto, se a probabilidade de nascer um filho homem é de 0,5, a probabilidade de virem a nascer dois filhos homens será de  $0,5 \times 0,5$ , ou seja, 0,25 ou 25%.

Se, em determinado concreto, busca-se investigar quem foi o culpado por um acidente de carro, impõe-se a verificação do nexos causal, do dano e da culpa, que são fatos independentes. Pode ser que haja uma probabilidade de 75% de que houve nexos causal, 90% de que houve dano e 70% de que o réu teve culpa no caso concreto, a probabilidade global de que todos esses fatos tenham ocorrido seria de 47,25%. Em outros termos, a probabilidade de que *os três fatos independentes tenham ocorrido é menor do que a probabilidade de que cada um deles tenha ocorrido de forma independente*.

Existem duas possibilidades de análise da questão: i) necessidade de cada fato relevante ser provado no *standard* exigido; ou ii) o que importa é que o resultado final atinja o *standard* exigido.

Nas duas hipóteses, existem consideráveis distorções.

Adotando-se o primeiro método e tendo por base fatos relevantes independentes, se cada um deles precisar ser provado com 90%, existindo quatro fatos, o total global seria de apenas 65%. Em um caso cível, se existem cinco fatos independentes com uma probabilidade de 50%, o total global seria de apenas 3%, o que não parece ser uma confiança apta a comprovar a ocorrência de uma hipótese fática que contenha esses cinco fatos.

Por outro lado, adotando-se a segunda hipótese, se houver necessidade de uma probabilidade global de 90%, sendo quatro fatos independentes, cada um deles precisaria ser provado em 97%. Se a comprovação global for de 50%, cada um dos fatos precisaria ser provado em uma probabilidade de 84%, o que, por outro lado, parece excessivamente exigente para um caso cível.

---

<sup>219</sup> TVERSY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment of and by representativeness. In: TVERSY, Amos; KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul (eds). *Judgment under uncertainty: heuristic and biases*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982, p. 90.

Portanto, a utilização do teorema de Bayes nos casos – comuns – de fatos independentes tem-se várias distorções. Haveria a necessidade de um ajuste de probabilidades a depender da quantidade de fatos, o que não parece interessante, eis que apenas por essa condição, ter-se-ia uma maior ou menor exigência probatória para as partes.

Analisando de forma global a utilização do teorema de Bayes em relação aos *standards*, não há uma adequada compatibilidade entre eles. Os diversos problemas que envolvem a utilização desse modelo de probabilidade com o julgamento dos fatos no direito recomendam o abandono de tal teoria e o desenvolvimento de um modelo mais adequado.

#### 2.6.3.2 O probabilismo indutivo

Há uma outra forma de utilização das probabilidades no raciocínio probatório para além dos modelos matemático-estatístico, a exemplo do teorema de Bayes e que tem tido considerável influência nos autores da temática probatória, denominado de probabilidade indutiva. Essa forma de raciocínio tem por base a utilização da probabilidade lógico-indutiva, a qual concebe a probabilidade da veracidade da hipótese em termos de graus de confirmação/credibilidade dos elementos de prova disponíveis.

Nesse modelo, as probabilidades têm por base uma relação causal, a qual é vista como um modelo de racionalização do processo probatório por meio de um procedimento de eliminação de hipóteses.

Os autores que se utilizam desse modelo de raciocínio probatório têm por base a construção desenvolvida por L. J. Cohen, que propôs uma teoria de probabilidade alternativa aos modelos matemáticos – também conhecidos como pascalinos – por um modelo também chamado de baconiano. *Nesse modelo, a probabilidade de veracidade da hipótese não está relacionada com uma frequência estatística, mas sim com a conexão lógica entre as provas – através de regras causais gerais – e por meio da medição do grau de apoio indutivo que as provas proporcionam à hipótese.*<sup>220</sup>

---

<sup>220</sup> COHEN, L. Jonathan. *The probable and the provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977. Existem duas obras com interessantes análises da teoria de Jonathan Cohen: GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. 3ª ed. Madri: Marcial Pons, 2010, p. 154-267; SCHUM, David A. *Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico...* cit., especialmente nas páginas 319-340.

Sob esse ponto de vista, a probabilidade não é tida como uma frequência estatística, mas como uma espécie de demonstrabilidade da hipótese por meio dos elementos probatórios disponíveis. Assim, uma hipótese pode ser tida como provável – em suas diversas gradações – quando ela possui provas que indiquem que ela ocorreu.<sup>221</sup> Há uma forte conexão entre a demonstrabilidade da hipótese e o apoio indutivo permitido a partir de uma generalização – regras de experiência. O procedimento consiste em uma série de testes que objetivam verificar a aptidão de determinada prova em resistir a testes de verificação para identificar o seu grau de apoio indutivo à hipótese fática que se almeja provar. Assim, a prova não deve apenas trazer um considerável grau de apoio indutivo, mas deve também ser capaz de eliminar hipóteses fáticas alternativas, ultrapassando as razões pelas quais a regra de experiência deve ser excluída do caso concreto.<sup>222</sup>

Por exemplo, imagine hipótese na qual A é encontrado no jardim de uma casa que acabou de ser assaltada com as joias roubadas em seu bolso. A acusação iria se utilizar da regra de experiência de que aquele que é encontrado com o produto do roubo – especialmente nas imediações do local – normalmente é o criminoso. A defesa, por sua vez, poderia alegar que essa generalização seria inaplicável ao caso concreto, eis que havia outra pessoa no jardim e que A apenas teria encontrado as joias e estaria no caminho para devolvê-las. Ainda nessa situação, caberia à acusação trazer elementos probatórios que indicassem a inexistência de outra pessoa fora o acusado naquele local.<sup>223</sup>

Um elemento de destaque na construção teórica de Cohen encontra-se no fato de que, no raciocínio indutivo, especialmente o judicial, as provas devem ter aptidão não apenas de indicar o peso indutivo das provas, mas também de trazer uma imagem completa dos fatos em questão, ou seja, a completude do conjunto probatório.<sup>224</sup> A construção teórica ganhou destaque entre os estudiosos do direito probatório porque teria conseguido racionalizar um esquema de raciocínio probatório intuitivo dos juristas, que seria a contínua construção de hipóteses sobre cada um dos fatos principais a partir do acervo probatório e a eliminação das descrições fáticas alternativas.<sup>225</sup>

---

<sup>221</sup> COHEN, L. Jonathan. *The probable and the provable...* cit., p. 25-26.

<sup>222</sup> SCHUM, David A. *Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico...* cit., p. 322-328.

<sup>223</sup> COHEN, L. Jonathan. *The probable and the provable...* cit., p. 248-249.

<sup>224</sup> COHEN, L. Jonathan. *The probable and the provable...* cit., p. 33-47; GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho...* cit., p. 157. De forma semelhante: SCHUM, David A. *Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico...* cit., p. 335.

<sup>225</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho...* cit., p. 157; FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba...* cit., p. 102; TWINING, William. *Debating probabilities...* cit., p. 169.

Trata-se de um modelo de raciocínio que consegue ultrapassar um problema enfrentado pela probabilidade frequentista, que têm dificuldade para lidar com as situações concretas. Voltando ao exemplo do ônibus da companhia Azul, a probabilidade frequentista enfrenta problema para trazer uma probabilidade geral (80% dos ônibus pertencem à companhia azul) para o caso específico (demonstrar que foi um ônibus que participou do acidente naquele caso).

Importante compreender que uma coisa é afirmar que a probabilidade de que a digital encontrada na arma de um crime pertença a A, outra é afirmar, com base nessa probabilidade matemática, que A é o criminoso com o grau “x” de probabilidade. A probabilidade frequentista consegue afirmar que a digital na arma do crime pertence a A, mas não consegue traduzir adequadamente o que isso significa em relação à verificação da probabilidade de A ser o criminoso. Como destaca Marina Gascón Abellán, elas são importantes enquanto elementos probatórios, mas não funcionam no momento de verificar o grau de probabilidade em relação às provas como um todo fornecem para a hipótese acusatória.<sup>226</sup> Não se nega a eventual importância das probabilidades matemáticas, mas apenas se aponta que uma eventual prova pericial – a exemplo a probabilidade de uma digital verificada na arma do crime pertencer a A – não pode ser confundida com a conclusão acerca das hipóteses fáticas surgidas no caso concreto.<sup>227</sup>

Uma dificuldade superada pela teoria de Cohen é a necessidade da existência de provas acerca da hipótese fática em análise. De um ponto de vista matemático, o fato de uma companhia ser detentora de noventa por cento dos veículos que passam por determinada rua poderia justificar a sua responsabilização pelo fato de um ônibus ter atropelado um pedestre naquele endereço. Do ponto de vista da probabilidade indutiva, isso seria inaceitável, pois haveria necessidade de provas específicas de que um ônibus daquela empresa esteve envolvido no acidente.<sup>228</sup>

Um elemento a ser destacado no raciocínio da probabilidade lógico-indutiva é o seu atomismo, ou seja, o fato de que a valoração dos fatos não tem por base uma análise global do caso concreto, mas é voltada a cada um dos fatos principais que integram as hipóteses narradas pelas partes.<sup>229</sup> Tem-se aqui um elemento relevante, mas que ao

---

<sup>226</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho...* cit., p. 156.

<sup>227</sup> COHEN, L. Jonathan. *The probable and the provable...* cit., p. 44, 56.

<sup>228</sup> TWINING, William. *Debating probabilities...* cit., p. 163.

<sup>229</sup> ACCATINO, Daniela. Atomismo e holismo en la justificación probatoria. *Isonomía*, n. 40, abr.-2014, p. 44.

mesmo tempo pode trazer fragilidades ao seu funcionamento à medida em que mesmo os fatos principais não são independentes entre si – uma análise global das provas constantes do caso concreto reflete em cada um dos fatos principais. Eles estão naturalmente interconectados, não sendo possível e nem desejável que cada fato seja analisado de forma completamente independente dos demais. Basta pensar que em um caso de responsabilidade civil, eventuais elementos probatórios que estejam relacionados com o nexo causal – análise do local em que os carros se chocaram – podem ser cruciais em relação ao elemento da culpa. Em um caso em que um veículo bate na traseira de outro, a verificação de que o acidente ocorreu dessa forma influencia consideravelmente na identificação do elemento culpa para efeito de responsabilização civil.

Nesse ponto de vista, os *standards* não são fixados de forma numérica, mas por meio de modelos que representem a demonstrabilidade fática exigida pelo direito para que uma determinada hipótese seja considerada provada. Por exemplo, analisando o *standard acima de qualquer dúvida razoável*, este seria explicitado por meio de referências às diversas questões que devem ser comprovadas e as fragilidades probatórias que devem ser ultrapassadas em relação a cada elemento do crime.<sup>230</sup>

Além disso, o *standard* probatório deverá ser preenchido em relação a cada um dos fatos principais, ou seja, com cada uma das proposições fáticas que correspondem a cada elemento jurídico que define o suporte fático previsto pelas normas jurídicas. Assim, o *standard* não é visto por meio da hipótese fática global, mas sim em relação a cada fato principal. Esse seria um ponto de vista importante porque a conexão indutiva gerada pelas generalizações empíricas ocorre entre um dado probatório e uma proposição fática específica e não em relação a uma narrativa de um conjunto de fatos.<sup>231</sup>

A título exemplificativo, tendo por base uma questão relativa a responsabilidade civil, na qual se exija a comprovação do nexo causal, da culpa ou dolo e do dano. O *standard* probatório não é analisado em face da narrativa global, mas sim em relação a cada um dos fatos principais: se, por exemplo, o *standard* probatório exigido pelo caso concreto é atingido em relação ao nexo causal e o dano, mas não há culpa, não há como reconhecer a responsabilidade civil.

A probabilidade indutiva consiste em um modelo de raciocínio que significa uma evolução em relação à utilização das probabilidades estatísticas ou mesmo a

---

<sup>230</sup> COHEN, L. Jonathan. *The probable and the provable...* cit., p. 83.

<sup>231</sup> ACCATINO, Daniela. Atomismo e holismo en la justificación probatoria... cit., p. 44.

utilização do teorema de Bayes. Como visto, ela se adequa melhor ao raciocínio probatório, respondendo melhor às dificuldades enfrentadas na análise das questões fáticas. No entanto, ainda assim, não responde a todos os questionamentos, por não ter a preocupação com a interdependência entre os elementos probatórios e mesmo com uma análise global e comparativa entre as diversas hipóteses probatórias desenvolvidas pelos sujeitos processuais. Por conta disso, é importante o estudo de mais uma forma de apresentação do raciocínio probatório, que é a inferência da melhor explicação.

### 2.6.3.3 Inferência para melhor explicação

#### 2.6.3.3.1 A abdução e a inferência para melhor explicação

Há ainda uma terceira forma pela qual é possível fazer menção aos *standards* e ao raciocínio probatório, que parte da abdução, a qual consiste em uma espécie de inferência que, a partir da conclusão, formula hipóteses explicativas. Em outros termos, parte-se do fato às possíveis hipóteses explicativas. Essa forma de raciocínio é utilizada no dia a dia, nos diagnósticos médicos, nas atividades investigativas, no entendimento de histórias e mesmo na compreensão da linguagem.<sup>232</sup>

Em geral, a doutrina se reporta aos trabalhos de Charles Saunders Peirce como o autor que teria desenvolvido inicialmente o conceito de abdução, embora essa não seja uma afirmativa unânime, tendo autores que, embora insiram dúvidas sobre tal origem, apontam a originalidade do autor.<sup>233</sup>

Com base em Charles Peirce, Giovanni Tuzet propõe a diferenciação da abdução em ordinária e extraordinária.<sup>234</sup>

A *abdução extraordinária* é uma forma de explicar fatos novos ou surpreendentes. Nesses casos, há a necessidade de construção de uma hipótese absolutamente nova porque o conhecimento existente não consegue explicar o ocorrido. A título exemplificativo, se um foguete fosse lançado da Terra em direção a Marte e, em

<sup>232</sup> JOSEPHSON, Susan G. *Abductive inference: computation, philosophy, technology*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994, p. 5-6.

<sup>233</sup> WALTON, Douglas. *Abductive reasoning*. Tuscaloosa: The University of Alabama Press, 2014, p. 3. Para uma análise aprofundada da abdução em Peirce, cf.: SILVA, Ana Paula Rocha Coelho de Figueiredo. *Metarmofoses do conceito de abdução em Peirce. O exemplo de Kepler*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Lisboa: 2007.

<sup>234</sup> TUZET, Giovanni. Usos jurídicos de la abducción... cit., p. 125.

determinado momento, ele simplesmente desaparecesse de todos os radares em uma região do espaço em que isso não seria esperado, a abdução extraordinária seria requisitada. Podem surgir várias hipóteses explicativas: a) ocorreu um defeito inesperado?; b) entrou algum buraco de minhoca?; c) há um problema nos radares terrestres?

A *abdução ordinária* consiste na busca de explicações para fatos já conhecidos ou mesmo para situações que podem ser resolvidas pelo conhecimento atual. Essa seria a situação no contexto do direito. A título exemplificativo, se um indivíduo faleceu por um disparo de arma de fogo, trata-se de um fato que pode ser explicado pelo conhecimento atual, a dificuldade será a de verificar qual das possíveis explicações sobre o fato é a correta. Isso porque são várias as possíveis explicações, podendo ter sido suicídio ou mesmo homicídio. E, mesmo sendo homicídio, ainda surgem várias hipóteses, pois há de se descobrir quem são os suspeitos, a arma do crime, as condições nas quais ocorreu o disparo etc.

Tradicionalmente, a dedução era conceituada como um raciocínio que parte do geral para o particular, havendo uma premissa maior e uma premissa menor na qual a verdade das premissas logicamente levava à verdade da conclusão. Por outro lado, a indução era vista como um raciocínio que teria por base a generalização que parte de uma série de casos particulares, também se fazendo referência ao fato de que a sua conclusão era apenas probabilística.<sup>235</sup>

Ocorre que essa conceituação não vem sendo mais utilizada. Atualmente a dedução é conceituada como um raciocínio *necessário*, em que a conclusão não pode ser falsa, no caso de as premissas serem verdadeiras. Por sua vez, a indução seria um raciocínio no qual é improvável que a conclusão seja falsa, uma vez que as premissas sejam verdadeiras – há, portanto, apenas uma probabilidade da veracidade do raciocínio.<sup>236</sup> Além disso, a indução tem um caráter ampliativo, pois leva a conclusões com informações adicionais ou logicamente mais fortes do que aquelas contidas nas premissas.<sup>237</sup>

Exemplos:

<sup>235</sup> Ver, por exemplo: RUÇO, Alberto Augusto Vicente. *Prova e formação da convicção do juiz*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 127, 313; TUZET, Giovanni. Usos jurídicos de la abducción... cit., p. 133-134.

<sup>236</sup> HURLEY, Patrick. *A concise introduction to logic*. 11 ed. Boston: Wadsworth, 2012, p. 33-34. Com o mesmo conceito: ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: *standards* de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. *Revista de Processo*, n. 282, ago.-2018, p. 116.

<sup>237</sup> MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 83.

Todos os apresentadores são extrovertidos.

Jô Soares é um apresentador.

Portanto, Jô Soares é extrovertido.

A grande maioria dos apresentadores são extrovertidos.

Jô Soares é um apresentador.

Portanto, Jô Soares é extrovertido.

Apenas o segundo argumento é indutivo, eis que a sua conclusão é meramente probabilística – mesmo que a premissa seja verdadeira, a conclusão *não necessariamente o é*.

A efetiva diferenciação entre essa forma de utilizar tais conceitos e as anteriores apresenta-se no fato de que não há mais necessidade de que a indução seja caracterizada por uma generalização de casos particulares e a dedução por uma particularização de premissas.<sup>238</sup> As suas principais características passam a ser o fato de que a dedução é uma conclusão necessária e a indução uma hipótese probabilística.

Dessa forma, a diferenciação entre indução e abdução torna-se mais nebulosa, embora ambas sejam tidas como inferências ampliativas. Isso porque, em ambas, suas eventuais conclusões são meramente probabilísticas. A eventual diferenciação entre ambas parece estar mais no seu procedimento: na indução, parte-se de uma premissa para tentar chegar a uma conclusão; na abdução, parte-se do resultado para o desenvolvimento das possíveis premissas.<sup>239</sup> Na indução, tem-se um determinado dado concreto e, a partir dele, são desenvolvidas conclusões; na abdução tem-se o resultado, mas a explicação não existe, sendo desenvolvida de forma argumentativa pelos participantes daquele processo. Por exemplo, nas histórias de Sherlock Holmes e de detetives em geral, tem-se o resultado, o crime, mas não se tem a explicação do crime, nem os culpados.

Uma maneira de lidar com as várias hipóteses extraídas de uma conclusão é por meio da denominada *inferência para melhor explicação*, que pode ser entendida como uma espécie de abdução fortalecida.<sup>240</sup> Enquanto por meio da abdução, tem-se uma

<sup>238</sup> WALTON, Douglas. *Abductive reasoning* ... cit., p. 35.

<sup>239</sup> De forma semelhante: TUZET, Giovanni. *Filosofia della prova giuridica*. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2016, p. 126.

<sup>240</sup> SCARPARO, Eduardo. Inferência para melhor explicação (IME) e persuasão racional: ferramentas e critérios de adequada valoração probatória. *Revista de Processo*, n. 300, fev.-2020, p. 51-52; TUZET, Giovanni. Usos jurídicos de la abducción. In: AMADO, Juan Antonio García; BONORINO, Pablo Raúl



listagem das hipóteses possíveis, na inferência para melhor explicação, ter-se-ia um maior desenvolvimento dos mecanismos de comparação de hipóteses, com o objeto de encontrar a mais provável delas. Pode se dizer que a abdução seria a primeira fase da inferência para melhor explicação.<sup>241</sup>

#### 2.6.3.3.1. Modo de operacionalização da inferência para melhor explicação

A doutrina vem afirmando que a inferência para melhor explicação atuaria tanto no contexto de descoberta, quanto no contexto de justificação, eis que, além de permitir a listagem das possíveis hipóteses explicativas, também fornece critérios para escolher e justificar a mais adequada.<sup>242</sup> A inferência para melhor explicação pode ser compreendida como um método para que, dentre as hipóteses possíveis, seja possível identificar a melhor dentre elas.<sup>243</sup>

Em termos analíticos, ela pode ser descrita da seguinte forma:

- i) D é uma coleção de dados (fatos, observações etc) que deve ser explicada;
- ii) H é uma hipótese que explica D (se verdadeira, explica D);
- iii) Nenhuma outra hipótese explica D tão bem quanto H

---

(coords). *Prueba y razonamiento probatorio en derecho: debates sobre abducción*. Granada: Comares, 2014; MACKONIS, Adolfas. Inference to the best explanation, coherence and other explanatory virtues. *Synthese*, v. 190, n. 6, 2013, p. 977-978; MINNAMEIER; Gerhard. Peirce-suit of truth – why inference to the best explanation and abduction ought not to be confused. *Erkenntnis*, v. 60, n. 1, jan.-2004. Tratando a abdução e a IME como sinônimas: PSILLOS, Stathis. Simply the best: A case for abduction. In: KAKAS, Antonis C.; SADRI, Fariba (Ed). *Computational logic: Logic programming and beyond. Essay in honour of Robert A. Kowalski*. Berlim: Springer, 2002, t. II, p. 606, 614, 623; JOSEPHSON, Jhon R.; JOSEPHSON, Susan G. *Abductive inference: computation, philosophy, technology*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994, p. 5.

<sup>241</sup> TUZET, Giovanni. Abudction, IBE and standards of proof. *The International Journal of Evidence & Proof*, 2018, p. 1-7.

<sup>242</sup> SCARPARO, Eduardo. Inferência para melhor explicação (IME) e persuasão racional: ferramentas e critérios de adequada valoração probatória... cit., p. 52; MACKONIS, Adolfas. Inference to the best explanation, coherence and other explanatory virtues... cit., p. 975. Aparentemente no mesmo sentido, destacando que é a IME que permite a atuação da abdução no contexto de justificação: TUZET, Giovanni. Legal abduction. *Cognitio*, v. 6, n. 2, jul./dez.-2005, disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/cognitiofilosofia/article/viewFile/13610/10122>, acessado em 31 de janeiro de 2019, p. 267. Afirmando que ambas são sinônimas: WALTON, Douglas. *Abductive reasoning*. .. cit., p. xiii, 4.

<sup>243</sup> Ao que consta, o primeiro texto a fazer menção à inferência para melhor explicação foi o artigo de Gilbert H. Harman: HARMAN, Gilbert H. Inference to the best explanation. *The Philosophical Review*, v. 74, n. 1, 1965.

iv) Portanto, H provavelmente é verdadeira.<sup>244-245</sup>

Ao mesmo tempo em que a inferência para melhor explicação objetiva a ampliação do conhecimento – eis que atua quando há necessidade de explicação de fatos cuja explicação é desconhecida<sup>246</sup> – possui também uma função epistêmica, no sentido de conferir credibilidade à hipótese tida como mais provável.<sup>247</sup> Em sendo um método usado nas ciências para a ampliação do conhecimento, é imprescindível que esses dois elementos estejam presentes nessa forma de raciocínio, eis que, embora a ampliação do conhecimento seja necessária, ela seria completamente ilusória se não garantisse, ao mesmo tempo, credibilidade à hipótese tida como a melhor explicação.<sup>248</sup> É perceptível que a inferência para melhor explicação fornece critérios para a obtenção de um conhecimento objetivo do mundo, mas que é, ao mesmo tempo, superável, com a apresentação de novas provas ou mesmo o surgimento de uma outra explicação considerada melhor.<sup>249</sup>

O processo é iniciado por meio da criação das possíveis hipóteses para, mediante um processo dinâmico, com o aporte de novos elementos probatórios, adicionar novas explicações, bem como excluir ou fortalecer a probabilidade de uma delas, buscar a melhor explicação dentre as disponíveis.

Tal como se apontou em diversos momentos, ao fim da inferência para melhor explicação, tal qual ocorre no direito probatório, não se tem o conhecimento da verdade,

---

<sup>244</sup> PSILLOS, Stathis. *Simply the best: A case for abduction..* cit., p. 618-620; JOSEPHSON, Susan G. *Abductive inference: computation, philosophy, technology...* cit., p. 5.

<sup>245</sup> Há quem faça menção a uma crença na verdade, no entanto, optamos por uma visão mais objetiva, eis que crença, por vezes acaba sendo conectada a um estado subjetivo. Muito embora não pareça fazer menção a um estado subjetivo, utiliza-se da crença de verdade: SILVA, Marcos Rodrigues. Paul Thagard e a inferência da melhor explicação. *Cognitio*, São Paulo, v. 18, n. 1, jan./jun.-2017, p. 127. Há aqueles que apontam que a *inferência para melhor explicação* permite a conclusão de que a melhor hipótese seria a verdadeira – sem usar o termo crença, destacando, corretamente a sua função epistêmica: MACKONIS, Adolfas. *Inference to the best explanation, coherence and other explanatory virtues...* cit., p. 977, 980.

<sup>246</sup> A referência ao termo “desconhecida” tanto pode fazer referência a um fato cuja explicação o conhecimento atual da sociedade não consegue responder, por exemplo, o que é a matéria escura, quanto a explicações que, embora o conhecimento atual consiga responder, ainda não foi possível descobrir qual a explicação específica para aquele fato. Um exemplo pode ser um homicídio que ainda não tem um suspeito identificado. Nas duas hipóteses, amplia-se o conhecimento disponível, seja na abdução extraordinária, desenvolvendo uma explicação a um fato novo, seja na abdução ordinária, em que é possível detectar qual a melhor explicação para um determinado fato.

<sup>247</sup> PSILLOS, Stathis. *Simply the best: A case for abduction...* cit., p. 606.

<sup>248</sup> PSILLOS, Stathis. *Simply the best: A case for abduction..* cit., p. 607. Reafirmando a importância da abdução na ampliação do conhecimento: TUZET, Giovanni. *Usos jurídicos de la abducción..* cit., p. 121-123.

<sup>249</sup> PSILLOS, Stathis. *Simply the best: A case for abduction..* cit., p. 609.

mas da hipótese mais provável, tendo em vista os elementos probatórios disponíveis. Além disso, a inferência para melhor explicação parece se adequar ao procedimento do raciocínio probatório, eis que se trata de um modelo de raciocínio que apenas pode ser compreendido e avaliado no processo de investigação de uma situação concreta, por meio do teste das hipóteses disponíveis.<sup>250</sup>

Um exemplo simples de utilização da inferência para melhor explicação seria uma pessoa chegar a sua casa e não encontrar o seu carro estacionado naquele local. A partir desse fato inusitado, ele pode formular três hipóteses explicativas: i) o carro foi furtado ou ii) a sua esposa chegou mais cedo do trabalho e saiu com seu carro por algum motivo. A segunda hipótese pode ser descartada mediante uma ligação para a esposa, que avisa que ainda não chegou em casa, restando apenas a hipótese mais provável, qual seja, a de que o veículo foi furtado.

Em relação ao procedimento e requisitos da inferência para melhor explicação, o primeiro deles seria a utilização da abdução, estabelecendo as possíveis hipóteses explicativas. Em um primeiro momento, tem-se uma primeira filtragem, que visa a estabelecer, dentro de um grupo de hipóteses, aquelas mais plausíveis.<sup>251</sup> No exemplo utilizado, poderia haver, de pronto, a exclusão da hipótese da abdução do veículo por extraterrestres. Após essa primeira redução das hipóteses é que se passa a uma análise das hipóteses mais plausíveis, embora nada impeça que, com novos elementos probatórios, mesmo uma hipótese, em tese implausível, volte a ser considerada. Assim, as hipóteses propostas, por mais que possam ser mais plausíveis de início, são derrotáveis.<sup>252</sup>

Destaque-se a necessidade do diálogo entre os participantes do processo para a adequada avaliação da melhor hipótese.<sup>253</sup> É por meio da inserção de novos elementos probatórios, do desenvolvimento e dos testes da hipótese que é possível a escolha da melhor.

De forma resumida, os principais critérios para a avaliação da hipótese para melhor explicação são os seguintes: i) coerência, que tem um aspecto interno, relativo à inexistência de contradições no discurso,<sup>254</sup> e externa, quando se relaciona com a relação

---

<sup>250</sup> WALTON, Douglas. *Abductive reasoning...* cit., p. 25.

<sup>251</sup> LIPTON, Peter. *Inference to the best explanation*. 2ª ed. Londres: Routledge, 2004, p. 59.

<sup>252</sup> MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo...* cit., p. 86.

<sup>253</sup> WALTON, Douglas. *Abductive reasoning...* cit., p. 32.

<sup>254</sup> SCARPARO, Eduardo. *Inferência para melhor explicação (IME) e persuasão racional: ferramentas e critérios de adequada valoração probatória...* cit., p. 58.

entre a hipótese explanatória e as regras de experiência, ou seja, com o conhecimento de fundo envolvido no raciocínio;<sup>255</sup> ii) amplitude,<sup>256</sup> também denominada de completude<sup>257</sup> ou consiliência,<sup>258</sup> que seria a capacidade de unificar a maior quantidade de fatos alegados em uma mesma explicação; iii) profundidade, que pode ser compreendida como a capacidade de melhor relacionar as relações causais dos fatos narrados, gerando melhor sustentação à explicação;<sup>259</sup> iv) simplicidade, que consiste na capacidade de explicação dos fatos sem a necessidade de inferências auxiliares, embora nem sempre seja desejável, pois, por vezes, gera uma simplificação excessiva, em especial nas ciências sociais;<sup>260</sup> v) adequação empírica, que acaba estando diretamente relacionada com o requisito da coerência, porque, de certa forma, está relacionada com a adequação da hipótese com o conhecimento sobre o mundo. De certa forma, ela parece atuar mais como um subcritério da coerência, sendo desnecessária.<sup>261</sup>

Frise-se que, embora a abdução e a inferência para melhor explicação tenham por base hipóteses derrotáveis, estão sujeitas a um controle racional.<sup>262</sup> Essa é a mesma lógica que é encontrada na indução, que gera um conhecimento probabilístico, assim, derrotável e também passível de controle por meios racionais.

A inferência para melhor explicação é um modelo de raciocínio que *parte* da abdução, em uma primeira fase, mas contém, em seu desenvolvimento, também raciocínios indutivos e dedutivos. As regras de experiência são essenciais na indução, como forma de permitir a *força* dos elementos probatórios.<sup>263</sup> A questão é que a inferência para melhor explicação parece ter melhores condições de abarcar o processo probatório por completo, ao contrário da indução, que apenas apareceria no momento de avaliação das hipóteses concorrentes.

---

<sup>255</sup> MACKONIS, Adolfas. Inference to the best explanation, coherence and other explanatory virtues... cit., p. 981-984.

<sup>256</sup> MACKONIS, Adolfas. Inference to the best explanation, coherence and other explanatory virtues... cit., p. 984-987.

<sup>257</sup> PSILLOS, Stathis. Simply the best: A case for abduction.... cit., p. 615.

<sup>258</sup> SCARPARO, Eduardo. Inferência para melhor explicação (IME) e persuasão racional: ferramentas e critérios de adequada valoração probatória... cit., p. 59.

<sup>259</sup> MACKONIS, Adolfas. Inference to the best explanation, coherence and other explanatory virtues... cit., p. 987-989.

<sup>260</sup> MACKONIS, Adolfas. Inference to the best explanation, coherence and other explanatory virtues... cit., p. 989-992.

<sup>261</sup> MACKONIS, Adolfas. Inference to the best explanation, coherence and other explanatory virtues... cit., p. 992.

<sup>262</sup> MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*... cit., p. 89.

<sup>263</sup> Com raciocínio semelhante: TUZET, Giovanni. *Legal abduction*... cit., p. 269; Idem. Usos jurídicos de la abducción.. cit., p. 134-135.

Ao contrário do que pode parecer, a inferência para melhor explicação não proporciona apenas a simples comparação entre hipóteses, no sentido de que se afirme que uma é mais forte que a outra; outras combinações são possíveis, pois podem ser exigidos critérios outros para que uma hipótese possa ser escolhida. É apenas dessa forma que a inferência para melhor explicação poderia se adequar aos *standards* probatórios.

Além disso, é preciso destacar que o ramo do conhecimento no qual são construídas as hipóteses é imprescindível para a sua adequada avaliação. É exatamente a área do conhecimento que irá guiar e limitar o que pode ser tido como uma potencial hipótese. No Direito, por exemplo, é o direito material que irá determinar o que se pode considerar como nexos causais e qual a potencial explicação deve ser buscada.<sup>264</sup>

#### 2.6.3.3.2 A IME e o raciocínio utilizado no direito probatório

A inferência para melhor explicação tem recebido atenção dos juristas como um modelo a ser utilizado no raciocínio probatório. Alguns autores afirmam que a inferência para melhor explicação seria a melhor forma de explicar a macroestrutura da prova no processo, bem como as questões mais específicas, como a relevância e o valor de itens específicos da prova.<sup>265</sup> Em especial, para essa tese, a inferência para melhor explicação teria condições de permitir uma melhor compreensão dos padrões probatórios.

Isso porque: i) o raciocínio dedutivo poucas vezes é utilizado na análise das provas, uma vez que detentor de premissas incontestáveis; ii) o raciocínio indutivo simples não é compatível com a maioria do raciocínio probatório. Simplesmente ele não parece explicar nem o desenvolvimento inicial das hipóteses, nem a comparação entre elas. Por sua vez, o raciocínio abduutivo, que consiste na construção de inferências explicativas seria mais adequado à forma de raciocínio probatório. A título exemplificativo, se o DNA do réu é encontrado na arma do crime, é possível inferir a hipótese explicativa de que o réu cometeu o crime de que foi acusado. Mais ainda, trata-se de uma conclusão derrotável, no sentido de que pode ser demonstrado que esse DNA foi plantado por outrem.<sup>266</sup>

---

<sup>264</sup> PARDO, Michael S.; ALLEN, Ronald J. Juridical proof and the best explanation. *Law and Philosophy*, v. 27, n. 3, mai.-2008, p. 229.

<sup>265</sup> PARDO, Michael S.; ALLEN, Ronald J. Juridical proof and the best explanation... cit., p. 225.

<sup>266</sup> PARDO, Michael S.; ALLEN, Ronald J. Juridical proof and the best explanation... cit., p. 228.

A inferência da melhor explicação no direito probatório envolve dois estágios: i) a geração de potenciais explicações para as provas e o fato ocorrido; ii) comparação entre as possíveis explicações tendo em vista o estândar de prova aplicável.<sup>267</sup> A construção desse raciocínio poderia ser realizada da seguinte forma:

- 1) Inferir, a partir das provas, possíveis hipóteses explicativas (raciocínio das provas para as hipóteses);
- 2) Teste das hipóteses com *eventuais* novos elementos probatórios (raciocinando das hipóteses para as provas);
- 3) Comparação das hipóteses com as explicações rivais;
- 4) Avaliação das hipóteses com os critérios relevantes, os quais incluem inferências para verificar o grau de corroboração, bem como os *standards* de prova.<sup>268</sup>

Existem desafios que, em geral, são oferecidos à utilização da inferência para melhor explicação no contexto dos *standards* probatórios:

i) o primeiro questionamento engloba tanto a sua utilização como modelo de raciocínio apto à justificação dos fatos no direito quanto o funcionamento para os *standards* probatórios. Questiona-se se uma análise voltada ao caso como um todo não implicaria ignorância dos fatos principais individualizados, tornando possível que uma hipótese seja tida como a melhor, a despeito de fragilidades probatórias e da sua incapacidade de explicar os fatos de maneira individualizada.<sup>269</sup>

Um desdobramento dessa crítica, que está relacionada com a análise global do caso, é referente à representação do *standard* probatório, que acabaria por estar dirigido ao relato completo e não aos fatos principais de forma individualizada. Essa forma de visualização do estândar poderia fazer com que, em situações nas quais um dos fatos principais não esteja adequadamente baseado em elementos probatórios, ainda assim a hipótese geral fosse tida como provada em face de uma análise global.<sup>270</sup> Por exemplo, em caso de responsabilidade civil, embora não existam elementos probatórios suficientes em relação à culpa do réu, a hipótese fática de responsabilização acaba sendo

<sup>267</sup> PARDO, Michael; ALLEN, Ronald J. Relative plausibility and its critics... cit., p. 11; PARDO, Michael S.; ALLEN, Ronald J. Juridical proof and the best explanation... cit., p. 234.

<sup>268</sup> TUZET, Giovanni. Abudction, IBE and standards of proof... cit., p. 4.

<sup>269</sup> ACCATINO, Daniela. Atomismo e holismo en la justificación probatoria... cit., p. 35.

<sup>270</sup> ACCATINO, Daniela. Atomismo e holismo en la justificación probatoria... cit., p. 38-39, 48.

acolhida porque, em uma análise global, há demonstração do dano e do nexa causal, compensando/escondendo os problemas relativos ao elemento subjetivo.

Esse questionamento tem por base uma importante crítica à utilização da inferência para melhor explicação como modelo do raciocínio probatório, que é o fato de a análise global do caso gerar uma possível cegueira em relação aos fatos de forma individualizada. Do ponto de vista jurídico, trata-se de uma questão relevante, eis que é exigido do juiz o enfrentamento de todos os argumentos capazes de infirmar a conclusão adotada (art. 489, §1º, IV, do CPC e art. 315, §2º, do CPP). Como se viu no tópico anterior, esse é justamente o foco da probabilidade lógico-indutiva.

A melhor explicação precisa ser capaz de responder a uma análise individualizada dos fatos, assim como o *standard* será exigido de cada um dos fatos principais exigidos pela norma jurídica.

A inferência para melhor explicação, embora não seja pensada para uma análise individualizada dos fatos principais, em seu funcionamento jurídico teria de ser capaz de obedecer a tal exigência. Os autores que utilizam esse modelo de raciocínio sempre fazem referência aos elementos probatórios que embasam a explicação como um dos requisitos para a avaliação da melhor explicação, no entanto tal requisito, por estar no meio de vários outros, pode acabar sendo ignorado em detrimento, por exemplo, da coerência da hipótese.<sup>271</sup> No direito, tal postura é inadmissível.

Para outros, não há uma incompatibilidade entre a *inferência para melhor explicação* e uma análise individualizada dos fatos,<sup>272</sup> visto que, no processo de análise de cada uma das hipóteses fáticas observadas de forma completa, haverá necessidade de verificação da confiança epistêmica de cada um dos fatos principais. Além de tudo, impõe-se uma análise interconectada de tais fatos, pois a força probatória de um influencia nas demais. Se, em um homicídio, é exigida a demonstração dos elementos objetivos e subjetivos, a indicação de que o ato foi cometido com extrema violência influencia na comprovação do elemento subjetivo. Ainda assim, há indicativos de que a inferência da melhor explicação tem problemas quando utilizada de forma isolada no

---

<sup>271</sup> Com essa preocupação: ACCATINO, Daniela. Atomismo e holismo en la justificación probatoria... cit., p. 42, 43; BEX, Floris J. *Arguments, stories and criminal evidence: a formal hybrid theory*. Springer, 2011, p. 83.

<sup>272</sup> No mesmo sentido: SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Raciocínio probatório por inferências: critérios para o uso e controle das presunções judiciais*. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: 2018, p. 279. De forma semelhante: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Prova e convicção*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 335.

direito, pois, por mais que alguns autores indiquem que há uma análise individualizada dos fatos, os critérios para a escolha da melhor explicação sempre estão voltados a uma análise da hipótese por completo e não dos fatos individualmente.

ii) o problema que ocorre quando é possível identificar apenas a melhor hipótese dentro de um conjunto de más hipóteses, ambas com frágil suporte probatório. Tal situação, em tese, traria o problema de que a inferência para melhor explicação apenas permitiria a escolha da melhor explicação, o que faria com que a decisão sobre os fatos tivesse por base numa hipótese probatória frágil.<sup>273</sup>

A resposta ao possível problema da necessidade de escolha da melhor hipótese dentre diversas que possuem uma fragilidade probatória pode ser fornecida por meio do raciocínio de que a falta de provas conduziria a um julgamento em desfavor daquele que tenha o ônus da prova, apesar de ser a melhor dentre as disponíveis.<sup>274</sup> De forma semelhante, embora não fazendo expressa referência ao aspecto probatório, há quem afirme que, caso uma das hipóteses – embora comparativamente seja melhor do que a outra –, não atinja um grau mínimo de suficiência probatória, ela não deve ser considerada provada.<sup>275</sup> Ou seja, a melhor explicação, para ser aceita, não basta ser melhor do que as demais, mas deve ter um grau mínimo de suficiência probatória, eis que “a melhor explicação deve ser melhor do que nenhuma explicação”.<sup>276</sup>

Como se verifica nas decisões que aplicam a regra do ônus da prova, tem-se um julgamento pela improcedência do pedido pela não desincumbência do encargo probatório. Nessa situação, o juiz não determina qual a hipótese fática tida como provada, mas simplesmente julga pela improcedência do pedido pela falta de provas. Em outros termos, o julgador dos fatos não está acolhendo a hipótese fática do réu ou qualquer outra alternativa, mas simplesmente afirma que a hipótese do autor ou outra que lhe seja favorável não foi provada. É até provável que exista uma hipótese que seja comparativamente melhor do que as demais, mas ela não foi capaz de atingir a suficiência probatória exigida para o caso concreto.

<sup>273</sup> LAUDAN, Larry. Aliados extraños: La inferencia a la mejor explicación y el estándar de prueba penal. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, n. 1, 2007, disponível em: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/problema/article/view/25417>, acessado em 06 de fevereiro de 2019, p. 315-316. De forma semelhante: CLERMONT, Kevin M.

Staying faithful to the standards of proof. *Cornell Law Review*, v. 104, 2019, p. 1498-1499.

<sup>274</sup> PARDO, Michael S.; ALLEN, Ronald J. Juridical proof and the best explanation... cit., p. 238-246.

<sup>275</sup> MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*... cit., p. 85, nota n. 85.

<sup>276</sup> “Inference to the best explanation, correctly construed, does not warrant inferring to the best explanation at all costs: (...) the best must be good enough to be preferable to no inference at all”. (LIPTON, Peter. *Inference to the best explanation*... cit., p. 195)



A utilização da inferência para melhor explicação não implica necessária determinação de que a melhor explicação é detentora de um alto grau de comprovação probatória. Para que a inferência explicativa seja provada, ela deve ultrapassar um grau mínimo de suficiência probatória, que, no direito, é denominado de *standard* probatório. Portanto, além da escolha da melhor inferência explicativa, haveria a necessidade de uma outra fase, relacionada com o alcance do *standard* probatório exigido, muito embora esse seja um desafio para a inferência da melhor explicação pela falta de instrumentos para a avaliação individual dos fatos.

iii) o problema que surge quando existem duas hipóteses com um robusto suporte probatório no direito penal, com pequena vantagem para a acusação, a qual supostamente, por meio da inferência para melhor explicação, deveria levar à condenação do acusado.<sup>277</sup>

A resposta ao problema da escolha entre duas hipóteses que possuem um forte suporte probatório e a necessidade da diferença no suporte probatório existente no padrão de *prova acima de toda dúvida razoável* pode ser resolvido, em termos gerais, de duas formas: 1) o termo “melhor” tem diferentes conceitos a depender do contexto, ou seja, iria variar a depender do *standard* exigido, no sentido de que a melhor explicação teria de obedecer às exigências do *standard* acima de qualquer dúvida razoável; ou 2) o processo do raciocínio probatório seria subdividido da seguinte forma: 2.1) a seleção epistêmica de qual a hipótese melhor avaliada de acordo com as provas e 2.2) verificação, a partir das exigências normativas, acerca do alcance do *standard* probatório exigido.<sup>278</sup>

O segundo ponto de vista, que realiza uma subdivisão no processo do raciocínio probatório, parece mais adequado,<sup>279</sup> inclusive porque se coaduna com o modelo de raciocínio proposto no início deste capítulo (Item 2.1), segundo o qual o processo decisório das provas requer, inicialmente, a avaliação das provas e, depois, a verificação acerca do alcance ou não do padrão probatório exigido pelo direito.

Assim, por exemplo, quando há a exigência de *prova acima de toda dúvida razoável*, a acusação não precisa apenas apresentar uma explicação melhor do que a defesa, mas deve ser capaz de demonstrar que, além de ultrapassar a suficiência probatória

---

<sup>277</sup> LAUDAN, Larry. Aliados extraños: La inferencia a la mejor explicación y el estándar de prueba penal... cit., p. 316-320; AGUILERA GARCÍA, Edgar R.. El concepto de estándar de prueba. *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, v. 4, n. 6, 2008, disponível em: [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx), acessado em 06 de fevereiro de 2019, p. 100.

<sup>278</sup> TUZET, Giovanni. Abudction, IBE and standards of proof... cit., p. 6.

<sup>279</sup> TUZET, Giovanni. Abudction, IBE and standards of proof... cit., p. 6.

exigida pelo direito, não há nenhuma hipótese da defesa capaz de gerar dúvida razoável.<sup>280</sup> Se há alguma explanação possível, baseada em elementos probatórios, da inocência, há dúvida razoável.<sup>281</sup>

Uma espécie de réplica seria no sentido de que essa forma de utilizar a inferência para melhor explicação implica distorção da própria teoria, que teria por objetivo apenas a escolha da melhor hipótese e não de uma hipótese muito melhor que as demais.<sup>282</sup> Ocorre que essa parece uma leitura limitada da própria *inferência para melhor explicação*, pois, embora a própria nomenclatura – inferência para melhor explicação – possa levar à compreensão de que ela serve exclusivamente para verificar a melhor dentre as hipóteses existentes, as construções mais recentes levam em conta a necessidade de que, além de ser a melhor hipótese, ela atinja um determinado grau de comprovação probatória.<sup>283</sup>

Pois bem, como visto no decorrer desse tópico, a inferência da melhor explicação traz algumas interessantes contribuições ao raciocínio probatório, ao fornecer material teórico para a organização e construção das hipóteses fáticas propostas pelos sujeitos processuais, bem como da importância da comparação entre elas, mas, ainda assim, não parece ser o melhor modelo para ser adotado, em detrimento do abandono completo do atomismo presente na probabilidade lógico-indutiva. É possível verificar que existe o risco da prevalência da hipótese mais internamente coerente e não daquela com o melhor suporte probatório.<sup>284</sup>

Além disso, há um problema específico em relação aos padrões probatórios, que consiste na tendência a ignorar o particular em detrimento de uma análise geral. Se o padrão probatório deve ser exigido em relação a cada um dos elementos principais do suporte fático, a inferência para a melhor explicação apenas parece ter um arsenal teórico para uma análise da hipótese global, ignorando a individualidade das

---

<sup>280</sup> PARDO, Michael; ALLEN, Ronald J. Relative plausibility and its critics... cit., p. 12.

<sup>281</sup> PARDO, Michael S.; ALLEN, Ronald J. Juridical proof and the best explanation... cit., p. 239.

<sup>282</sup> LAUDAN, Larry. *Aliados extraños: La inferencia a la mejor explicación y el estándar de prueba penal...* cit., p. 319-322.

<sup>283</sup> Cf., por exemplo: TUZET, Giovanni. Abudction, IBE and standards of proof... cit., p. 6.

<sup>284</sup> Para uma análise das diferenças entre uma valoração baseada no holismo e no atomismo, tem-se interessante texto que parte do caso concreto envolvendo a acusação sofrida por Amanda Knox na Itália, no sentido de que o holismo permite a construção de uma histórica coerente, mas com diversas falhas probatórias, enquanto o atomismo seria mais rigoroso e mais condizente com o princípio da presunção de inocência, especialmente importante para o direito penal: IGARTUA SALAVERRIA, Juan. Verosimilitud y vs. Prueba (lecciones de una historia judicial italiana). *Revista Iberoamericana de Argumentación*, n. 13, 2016.

provas e dos fatos. Assim, em uma hipótese de responsabilidade civil, a coerência interna de uma hipótese fática pode encobrir a falta de elementos probatórios em relação à culpa.<sup>285</sup>

#### 2.6.3.4 A epistemologia, os standards e a utilização do holismo articulado

Nos tópicos anteriores, foi realizada uma análise das diversas formas de raciocinar com as provas, havendo uma divisão entre o raciocínio da probabilidade lógico-indutiva (atomístico) e a inferência para melhor explicação (holístico), sendo perceptível que, na verdade, essas duas formas de valoração das provas são necessárias e complementares entre si. De certa forma, o modelo ideal há de ser uma conjunção entre o modelo da inferência para melhor explicação e o probabilismo indutivo, por meio da adoção do *holismo articulado*.<sup>286\_287</sup>

Uma interessante analogia é proposta por Susan Haack, que compara a avaliação das provas com palavras-cruzadas, no sentido de que a força indutiva de uma prova em relação a uma afirmação é semelhante ao que faz com que uma palavra a ser inserida nas palavras-cruzadas seja melhor ou pior, inclusive denominando a sua aproximação de *holismo articulado*. A comparação mais específica ocorre da seguinte maneira:

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

<sup>285</sup> ACCATINO, Daniela. Atomismo e holismo en la justificación probatoria... cit., p. 44.

<sup>286</sup> HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica... cit., p. 79.

<sup>287</sup> É importante reconhecer que a construção de Susan Haack não é exatamente a única a propor um modelo híbrido. Outros autores também propõem uma construção que acolha elementos do modelo holista e atomista. Por exemplo, cf.: ACCATINO, Daniela. Atomismo e holismo en la justificación probatoria... cit., p. 52-53; BEX, Floris J. *Arguments, stories and criminal evidence: a formal hybrid theory...* cit., p. 82-100.

Em outros termos, o grau de apoio das provas depende do apoio fornecido para a integração explicativa entre as provas e a conclusão em um relato explicativo. Portanto, a constatação de que um elemento probatório apoia a conclusão e em que grau ele o faz depende da sua aptidão para contribuir para a integração explicativa com o todo e em que grau o faz.<sup>288</sup> Assim, o grau de comprovação probatória em relação a cada fato principal, a partir das provas existentes não é independente da situação probatória dos demais fatos. Há uma interdependência da situação probatória de cada um em relação aos demais e a hipótese explicativa como um todo. Mais uma vez, em comparação com as palavras-cruzadas, a confiança que alguém possui de uma determinada palavra a ser inserida naquele jogo depende do suporte fornecido pela pista e também de qualquer encontro com outras palavras já inseridas; a confiança, de forma independente, das palavras já inseridas e ainda quantas letras já estão disponíveis pelas outras palavras já inseridas.<sup>289</sup>

Enfim, como resume a autora, “a estrutura da prova assemelha-se não a uma corrente, mas (...) a uma corda feita de muitos fios, ou, a um jogo de palavras cruzadas”,<sup>290</sup> em que os fatos principais são interdependentes de suas conexões com os demais e com a hipótese fática por completo.

É necessário que a narrativa escolhida pelo juiz tenha aptidão de preencher o *standard* probatório em relação cada um desses fatos, não podendo haver apenas uma análise global. De fato, a análise probatória dos fatos principais estará conectada com os demais, mas se exige que, na decisão, sejam indicados os elementos de suporte probatório de cada uma delas, o que não impede que eles se conectem entre si.

A abdução atua no primeiro momento, em que há o desenvolvimento das várias hipóteses explicativas, tendo em vista os elementos probatórios disponíveis. No procedimento da escolha da melhor hipótese, o probabilismo indutivo, mais especificamente o atomismo, atua para realizar uma análise específica dos elementos probatórios disponíveis para cada um dos fatos principais. Trata-se de uma exigência

---

<sup>288</sup> HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. In: VÁZQUEZ, Carmen (coord). *Estandáres de prueba y prueba científica* – ensayos de epistemología jurídica. Madri: Marcial Pons, 2013, p. 78-79.

<sup>289</sup> HAACK, Susan. *Evidence and enquiry: towards reconstructions in epistemology*: Oxford: Blackwell Publishers, 1993, p. 81 e ss.

<sup>290</sup> HAACK, Susan. *Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito*. Tradução de André de Godoy e Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2015, p. 15.

importante para que o quadro geral da narrativa não acabe encobrendo fragilidades probatórias, muito embora, como visto, mesmo essa análise atomista possua uma relação de interdependência com os demais fatos principais e com o relato por completo.

Do ponto de vista dos *standards* probatórios, a suficiência probatória será exigida de cada um dos fatos jurídicos principais. Utilizando-se do exemplo da responsabilidade civil, o *standard* probatório para a sentença de procedência deve ser preenchido para o nexo causal, o elemento subjetivo (culpa ou dolo) e o dano. Do ponto de vista do réu, a sua atividade probatória poderá funcionar de duas maneiras principais: i) simplesmente negando a hipótese fática do autor, de forma a impedir que não seja alcançada a suficiência probatória exigida pelo autor ou ii) construindo alguma hipótese fática diversa, por exemplo, afirmando que, embora a narrativa do autor seja a de que o réu teria ultrapassado o sinal vermelho, o que teria ocorrido seria justamente o contrário. Nessa hipótese, o julgador terá de verificar qual das duas hipóteses fáticas possui o maior suporte probatório.

É inegável que os elementos probatórios e mesmo a comprovação de cada um dos suportes fáticos influencia nos demais; no entanto, a *justificação da decisão de procedência ou mesmo na improcedência* precisa ser capaz de individualizar o preenchimento específico do *standard* para cada suporte fático.<sup>291</sup> Por outro lado, para a sentença de improcedência, essa exigência não estará presente porque, afinal, basta que o estândar não seja alcançado em relação a algum dos suportes fáticos. Em outros termos, para a sentença de procedência, impõe-se o alcance do estândar probatório para o nexo causal, o elemento subjetivo (culpa ou dolo) e o dano; para a improcedência, basta que seja individualizada a ausência de atingimento do *estândar* acerca do nexo causal, deixando de ser necessária a análise dos demais fatos. Isso não impede que essa justificação tenha por base uma conexão entre os elementos probatórios de fatos diversos, mas aparece como uma exigência relacionada a uma justificação analítica e que conecte as hipóteses desenvolvidas pelas partes, os suportes fáticos e os elementos probatórios disponíveis.

Inclusive, trata-se de raciocínio que está de acordo com os requisitos para a justificação analítica das decisões tanto no art. 489, §1º, IV, do CPC, quanto no art. 315,

---

<sup>291</sup> No caso da decisão de improcedência pela não desincumbência do ônus da prova, incumbe ao julgador a justificação da não obtenção do estândar probatório em relação a algum dos suportes fáticos principais da norma jurídica. Por lógica, se as provas relativas a algum suporte fático não atingem o estândar exigido, não há necessidade de analisar os elementos probatórios relativos aos demais suportes fáticos.

§2º, IV, do CPP, com a redação dada pela Lei 13.964/2019. Em ambos os textos normativos, não se considera uma decisão fundamentada quando “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. A legislação, em relação à improcedência do pedido, deve ser entendida no sentido de que, para considerar a hipótese como não provada, basta que analise os fundamentos da defesa que impeçam a suficiência da prova em relação a um dos suportes fáticos.<sup>292</sup>

## 2.7 Critérios para a fixação dos estândares probatórios

### 2.7.1 O risco de erro e a fixação dos *standards* probatórios

A natural variabilidade dos estândares probatórios a depender do ordenamento jurídico possui relação com a função do *standard de prova que é a distribuição do risco de erros entre as partes*.<sup>293</sup>

Essa função advém da constatação de que, em um sistema no qual os julgamentos são realizados por seres humanos, em um ambiente de incerteza sobre os fatos, erros irão ocorrer.<sup>294</sup> A consequência é a de que cada ordenamento jurídico deverá analisar o valor e a importância de cada um dos tipos de erros.

A distribuição de erros tem relação direta com o elemento binário das decisões judiciais, às quais julgam pela procedência/improcedência do pedido, bem como pela condenação/absolvição do acusado. O grau de confiabilidade das provas pode ser variável, mas a decisão deve ser binária.<sup>295</sup> Em uma ação penal, o acusado terá a condição

---

<sup>292</sup> Com construção semelhante, muito embora não relativa aos fatos, mas em relação aos “fundamentos da defesa”, cf.: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael A. de. *Curso de direito processual civil*. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2018, v. 2, p. 386; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fundamentação das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2019, p. 134.

<sup>293</sup> LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal...* cit., p. 110; FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegómenos para una teoría sobre los estândares de prueba. El *test case* de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. In: PAPAYANNIS, Diego M.; FREDES, Esteban Pereira (eds.). *Filosofía del derecho privado*. Madri: Marcial Pons, 2018, p. 406-407. O erro a que se faz referência tem relação com a diferença entre o que foi declarado provado e o que ocorreu no mundo dos fatos. Larry Laudan, por exemplo, faz referência ao culpado material e ao inocente material, que teria por referência o mundo externo.

<sup>294</sup> BROOK, James. Inevitable errors: the preponderance of the evidence standard in civil litigation. *Tulsa Law Journal*, v. 18, n. 1, 1982, p. 79.

<sup>295</sup> CLERMONT, Kevin M. *Standards of decision in law...* cit., p. 4.

de culpado considerada provada ou não, embora o grau de confiabilidade das provas possa ser diferente a partir das exigências normativas.

Tendo por base o ambiente de incerteza fática que permeia o processo, no processo penal, por exemplo, ocorrerão condenações falsas e absolvições falsas. Ao ser prolatada uma sentença penal, sendo ela condenatória, é possível que tenha ocorrido um erro, uma condenação de um inocente material. Da mesma forma, se a sentença for absolutória pode ter ocorrido um erro, qual seja, o de não condenar um indivíduo que cometeu o crime. Essa mesma lógica pode ser observada na área cível. Um indivíduo pode ser condenado a indenizar o outro, mesmo que não tenha contribuído para o dano. Da mesma forma, o indivíduo pode não ser condenado a indenizar pelo prejuízo causado, embora seja o responsável por ele. Enfim, o que se constata é que, face o caráter incerto de decisão no processo, falsos positivos e falsos negativos irão ocorrer. De forma resumida, são possíveis dois erros no que refere aos fatos: a) erro 1 – aceitar como provada uma hipótese falsa (falso positivo); e b) erro 2 – não aceitar como provada uma hipótese verdadeira (falso negativo).

O estândar probatório atua no sentido de permitir uma *escolha* por parte de cada ordenamento jurídico acerca de quais os riscos de erros são mais gravosos para aquela sociedade, graduando os possíveis *standards*. Em certa medida, trata-se de uma escolha política e moral a ser realizada por cada ordenamento jurídico.<sup>296</sup>

A relação entre o estândar probatório e os possíveis erros encontra-se na *tendência* de que, à medida em que a exigência probatória para a comprovação de um determinado evento fático é modificada, a frequência dos tipos de erros também é alterada. No processo penal, se o *standard* probatório é demasiadamente exigente, *provavelmente* haverá uma menor quantidade de sentenças condenando indevidamente inocentes (falsos positivos), pela exigência de um grau probatório mais robusto. Do outro lado, com um *standard* probatório muito exigente, haverá uma *tendência* do aumento da quantidade de acusados que serão inocentados indevidamente (falsos negativos).

---

<sup>296</sup> TARUFFO, Michele. Tres observaciones sobre “por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan. *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 28, 2005, p. 118; GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos... cit., p. 130-131; FERRER BELTRÁN, Jordi; TUZET, Giovanni. Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali... cit., p. 459. De forma semelhante: PICINALI, Federico. Two meanings of 'reasonableness' dispelling the 'floating' reasonable doubt. *The Modern Law Review*, v. 77, n. 5, 2013, p. 865.

Ora, se há a exigência de uma suficiência probatória alta, é plausível que, em diversos casos, ele não seja atingido, apesar de o acusado ter praticado o crime. Por outro lado, se o estândar probatório é baixo, é provável que existam menos culpados absolvidos, pela maior facilidade em reunir o acervo probatório necessário, mas, ao mesmo tempo, haverá uma maior condenação de inocentes, devido a facilidade em atingir o grau de prova exigido. Enfim, a variação do *standard* probatório *tende* a alterar a distribuição dos riscos de erros.

De toda forma, como destaca a doutrina, esse *standard* minimiza a quantidade de erros *esperados*, não sendo possível afirmar que há uma efetiva redução do número de erros, uma vez que é bastante improvável que se tenha conhecimento do efetivo número de erros ocorridos em decisões judiciais. Portanto, a minimização do número de erros esperados seria a melhor situação obtível na atualidade para efeitos de distribuição dos estândares probatórios.<sup>297</sup>

Nesse ponto, cabe um breve parêntese: a fixação do estândar probatório mais ou menos exigente não tem por aptidão e nem por consequência a *diminuição de erros*, mas a *alteração da distribuição dos erros sobre os fatos*.<sup>298</sup> A diminuição de erros sobre os fatos incumbe a outros instrumentos trazidos pela epistemologia jurídica, como o desenvolvimento de melhores critérios para a avaliação dos elementos probatórios,<sup>299</sup> ou mesmo o desenvolvimento de uma nova tecnologia, que permita uma melhor investigação dos fatos, como é o caso do DNA, dentre outros exemplos. A forma com a qual os *standards* podem ajudar na redução de erros é do ponto de vista da utilização de conceitos objetivos. No entanto, frise-se que a alteração do nível de exigência do *standard* probatório não tem essa aptidão específica.

Tanto o erro da condenação falsa (falso positivo) quanto o erro da inocência falsa (falso negativo) trazem custos para a sociedade. O custo da absolvição errada de um

<sup>297</sup> REDWYANE, Mike. Standard of proof in civil litigation. *The Modern Law Review*, v. 62, 1999, p. 169.

<sup>298</sup> Com a mesma conclusão: FERRER BELTRÁN, Jordi; TUZET, Giovanni. Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali... cit., p. 458-459; RAMOS, Vitor de Paula. As duas faces do erro da decisão sobre os fatos no processo penal, ou quantos culpados absolvidos valem um inocente condenado. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; KIRCHER, Luís Felipe Schneider (coords). *Altos estudos sobre a prova no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2020, tópico 2.1, p. 768

<sup>299</sup> BELTRÁN, Jordi Ferrer. Prolegómenos para una teoría sobre los estândares de prueba. El *test case* de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea... cit., p. 407-408; BELTRÁN, Jordi Ferrer; TUZET, Giovanni. Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali... cit., p. 459. Fazendo algumas sugestões para a diminuição dos erros sobre os fatos, cf.: RAMOS, Vitor de Paula. As duas faces do erro da decisão sobre os fatos no processo penal, ou quantos culpados absolvidos valem um inocente condenado... cit., p. 768-774.



acusado que tenha cometido o crime é a de permitir que ele seja solto, podendo voltar a cometer crimes, além de não permitir o encerramento do evento em relação à experiência traumática, podendo deixar a sociedade descrente no sistema de justiça. Além disso, ainda pode deixar a mensagem de que o crime compensa porque outros criminosos podem identificar que é muito difícil ser condenado.<sup>300</sup> Há, nesse caso, uma proteção falha dos bens jurídicos tutelados pelos tipos penais.

Por outro lado, a condenação falsa pode trazer danos ainda mais graves à sociedade, pois gera uma mancha na reputação de um acusado inocente, retirando-lhe indevidamente a liberdade, às quais geram vários outros efeitos na vida desse indivíduo. Assim, seria possível afirmar que é mais grave a falsa condenação do que a falsa absolvição, devendo haver uma maior exigência para o estandar probatório da condenação, pois tal situação tende a gerar mais falsos negativos do que falsos positivos.<sup>301</sup>

Uma preocupação que deriva das consequências dos tipos de erros é a de não fixar um *standard* tão exigente que poucos culpados sejam condenados, pois também há a necessidade da tutela dos bens jurídicos protegidos pela criação de um tipo penal, mas, ao mesmo tempo, o *standard* não pode ser tão baixo ao ponto de condenar muitos inocentes.

As consequências dos riscos dos erros no direito penal também precisam ser comparadas com processos que envolvem outros bens jurídicos que não propriamente a liberdade e as consequências de uma condenação penal. Na seara cível, a consequência de um falso positivo em uma ação por danos materiais tem caráter patrimonial, envolvendo bens jurídicos com menor importância do que a liberdade. Por outro lado, mesmo em matérias não penais, existem consequências gravosas, a exemplo da ação de improbidade administrativa, que pode suspender os direitos políticos (art. 12, da Lei 8.429/1992) e, mesmo em matérias penais, em delitos de menor potencial ofensivo, as consequências, muitas vezes, não passam por qualquer privação de liberdade.

A definição do *standard* passa por uma avaliação das consequências dos erros em relação à importância dos direitos e valores afetados, bem como ao grau de alteração

---

<sup>300</sup> LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica...* cit., p. 111; RIBEIRO, Gustavo. The case for varying standards of proof. *San Diego Law Review*, v. 56, n. 1, 2019, p. 172.

<sup>301</sup> LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal...* cit., p. 111.

da situação dos afetados pela decisão.<sup>302</sup> Também é um fator de relevo o estudo da regulação do direito material e os valores que são consagrados no ordenamento jurídico por meio de regras e princípios, que atuam na definição do risco de erro aceitável nos litígios.<sup>303</sup> É por conta de tais considerações que é possível afirmar que não compete à epistemologia a fixação de um específico *standard* probatório, que são na verdade baseados em considerações de outra ordem.<sup>304</sup>

O estandar para a sentença condenatória penal, em tese, deve ser mais exigente do que o existente no cível, em face dos bens jurídicos, mas, como visto, a situação não é tão simples. Por vezes, os bens em jogo no direito penal são variáveis, podendo envolver uma restrição da liberdade em regime fechado por trinta anos ou apenas uma punição branda, como medidas socioeducativas. Por outro lado, um processo penal pode envolver sanções graves, como um processo administrativo disciplinar que culmina na demissão de servidor público, uma ação de improbidade administrativa, que gera, além de uma consequência patrimonial, a suspensão dos direitos políticos. É possível ainda comparar tais consequências do direito penal com as decisões relativas à perda do poder familiar (art. 24, do ECA), que também ocorrem no cível.<sup>305</sup>

Todas essas nuances podem interferir na fixação dos estandares probatórios, que podem, a partir da comparação das consequências dos riscos de erros, dentro de um mesmo ramo – vários estandares no mesmo ramo do direito – como diferentes, a depender do bem jurídico envolvido, que é a situação mais conhecida nos países que já utilizam esse instituto.

O objetivo deste tópico é o de fixar algumas premissas tanto para a proposta de critérios a serem utilizados para a distribuição dos estandares (os riscos de erros), tanto para destacar que critérios não relacionados com a epistemologia são essenciais para a decisão de qual *standard* probatório deve ser exigido em cada caso concreto e que esses irão variar a depende do ordenamento jurídico.

---

<sup>302</sup> No mesmo sentido: FERRER BELTRÁN, Jordi; TUZET, Giovanni. Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali... cit., p. 459.

<sup>303</sup> KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário...* cit., p. 44.

<sup>304</sup> HAACK, Susan. The embedded epistemologist: dispatches from the legal front. *Ratio Juris*, v. 25, n. 2, jun-2012, p. 212.

<sup>305</sup> Também destacando que nem sempre os efeitos da sentença penal são mais graves do que os ocorridos na seara cível, que acaba por abranger uma ampla gama de direito materiais, como direito de família, tributário, administrativo, para além de questões patrimoniais (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: *Temas de direito processual* – sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 118).

### 2.7.1.1 A variação do *standard* probatório no mesmo processo

Apontou-se, no item 2.1, que a força probatória necessária para que se considere uma decisão justificada/provada dependerá do contexto, que tende a ser alterado não apenas em decisões definitivas sobre bens jurídicos diversos, mas também em relação a decisões prolatadas em um mesmo processo.

Em geral, é comum que se discuta a variação de *standards* de prova sobre decisões definitivas de mérito, no entanto, esta não é a única diferenciação a ser feita, pois ela também deve ser realizada dentro de um mesmo processo, afinal, são várias as decisões sobre os fatos tomadas no decorrer do procedimento, com consequências diversas e afetando bens jurídicos diversos,<sup>306</sup> também devendo ser levado em conta o potencial de estabilização da decisão. O elemento de estabilização da decisão é um fator a ser considerado no contexto interno dos processos, de forma a diferenciar os *standards* de prova, eis que quão maior o seu potencial de estabilização, maior é a dificuldade de sanar eventual erro sobre os fatos, tornando estável um eventual dano injusto a um bem jurídico.

A formulação de *standards* probatórios dentro de um mesmo procedimento deve seguir, *em regra*, uma linha ascendente, ou seja, a decisão de admissibilidade do processo (justa causa no processo penal), deve ser menos exigente do que a suficiência para a decretação da prisão preventiva, que deve ser menor do que a necessária para a condenação penal, especialmente pelo seu maior potencial de estabilidade decisória.

Afirma-se que esse aumento do *standard* deve ocorrer apenas em regra porque, por vezes, por conta das limitações em relação às variações das suficiências probatórias, *embora se possa afirmar que a suficiência probatória final sempre será o limite dentro de um mesmo processo*, nada impede que decisões com cognição sumária eventualmente exijam a mesma suficiência probatória de uma decisão definitiva de mérito.

Além disso, nem sempre as decisões sobre suficiências probatórias ocorrem obrigatoriamente em uma ordem crescente de importância ou de intensidade dos bens afetados. No processo penal, por exemplo, poder-se-ia pensar que a decisão de verificação da justa causa teria por base um *standard* probatório de menor exigência, aumentando

---

<sup>306</sup> BELTRÁN, Jordi Ferrer. Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El *test case* de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea... cit., p. 415.

para a determinação das medidas cautelares e, por fim, chegando á sentença condenatória. O problema é que as decisões intermediárias no processo penal não seguem uma ordem temporal, sendo possível a determinação da prisão provisória antes da análise da justa causa. Não é possível, então, estabelecer uma gradação dos *standards* a depender do momento processual, mas apenas tendo por base a dos bens jurídicos atingidos e a intensidade da interferência judicial neles.

Um fundamento por vezes utilizado para essa diferenciação entre as suficiências probatórias, além dos já apontados, seria o de que, se existissem *standards* iguais para decisões tomadas antes da decisão final, ela representaria uma antecipação da decisão final, tornando inútil o prosseguimento do processo.<sup>307</sup>

Esse raciocínio nos parece injustificado.

O alcance de uma determinada suficiência probatória não pode ser tido como uma atividade estática, especialmente no contexto da dinâmica processual, em que uma tutela provisória pode ser concedida *inaudita altera parte* e, posteriormente, a versão fática tida como provável pode vir a perder essa característica. Da mesma forma, pode ser determinada uma prisão temporária na fase de investigações e, no momento de análise da justa causa, não haver mais justificativa para a admissibilidade da ação penal, mesmo que o *standard* para a prisão temporária seja maior do que o exigido para a constatação da justa causa.

*A corroboração probatória das hipóteses fáticas construídas pelos sujeitos processuais pode ser observada como uma espécie de gangorra, em que os pesos inseridos em cada um dos lados podem variar no decorrer do processo.*

Assim, a suficiência probatória exigida para que uma hipótese seja tida como provada pode deixar de existir no decorrer de um processo a depender do acervo probatório disponível, em especial porque a constatação da obtenção de uma suficiência probatória depende de uma comparação entre as hipóteses fáticas. A constatação de que uma hipótese fática é mais provável do que a outra sempre depende de alguma espécie de análise comparativa. Mesmo que as versões fáticas não sejam complementares, para que o julgador dos fatos decida qual delas pode ser considerada provada, deverá analisar qual delas conta com uma melhor corroboração probatória.<sup>308</sup>

---

<sup>307</sup> Idem, ibidem, p. 415.

<sup>308</sup> Com raciocínio semelhante, no sentido da variação das exigências probatórias das partes: FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. La decisión judicial sobre hechos favorables al acusado (una reflexión crítica sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la insuficiencia de las pruebas de descargo). In: BUJOSA

Essa situação irá ganhar ainda mais importância nos processos em que os *standards* probatórios são desigualmente distribuídos entre as partes, com a exigência de uma diferenciação considerável entre a corroboração fáticas das partes. Cada vez que a parte favorecida pelo *standard* probatório mais robusto para que seja proferida contra si uma decisão desfavorável produz prova favorável à sua versão ou uma contraprova á versão da parte adversa, maior será a dificuldade da outra parte para atingir a suficiência probatória exigida pelo direito.

Mesmo em uma situação de aplicação do *standard* menos exigente, de *probabilidade* da prova, a variação da corroboração probatória é um elemento importante a ser observado. Por exemplo, a parte autora apresenta petição inicial com documentação que gera uma considerável probabilidade fática de uma obrigação de fazer não cumprida, permitindo ao juiz a constatação da probabilidade da narrativa fática, concedendo a tutela provisória requerida *inaudita altera parte*. O réu, ao contestar, junta documentos que indicam a possibilidade de ter ocorrido uma falsidade documental, erodindo a corroboração probatória autoral, o que pode fazer com que a balança volte a um estado de equilíbrio ou mesmo que penda de forma a ele favorável. Em não havendo novos elementos probatórios, a sentença final pode ser favorável ao réu, pois aquela probabilidade fática da hipótese do autor veio a deixar de existir.

*O exemplo é utilizado para apontar que os standards probatórios não consistem em regra decisória de caráter estático, mas dinâmico.* Em outros termos, mesmo que a suficiência probatória em si não venha a ser alterada da tutela provisória para a decisão definitiva de mérito, a constatação da probabilidade fática no início do processo pode deixar de existir pela alteração do acervo probatório disponível.

*Assim, a cada decisão a suficiência probatória precisa ser revisitada, mesmo que, para decisões diferentes no decorrer do processo o direito exija o mesmo standard de prova.* Esse mesmo raciocínio também ocorre em relação ao ônus da prova, em que supostamente cabe ao autor a prova do fato constitutivo e, ao réu, apenas atuar em caso de o autor se desincumbir do ônus da prova, por meio dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos (art. 371, CPC). Essa situação não é condizente com a realidade da dinâmica processual, em que o réu muitas vezes atua no sentido de apresentar contraprovas de

forma a impedir, na dinâmica processual, que o autor possa se desincumbir dos seus encargos probatórios.<sup>309</sup>

### 2.7.2 Desequilíbrio estrutural na relação entre as partes

Parcela da doutrina têm afirmado que, além da necessidade de análise dos bens jurídicos envolvido no processo e das consequências das decisões, a definição acerca dos *standards* probatórios, em especial naqueles casos em que ele é determinado de forma desigual entre os participantes da relação processual, também teria relação com a existência de um suposto desequilíbrio estrutural da relação jurídica.<sup>310</sup> Em outros termos, os *standards* probatórios também poderiam ter o objetivo de diminuir a desigualdade material entre os litigantes.

No direito penal, supostamente, haveria um desequilíbrio nítido entre o acusador e o acusado, na medida em que os procedimentos investigativos, a exemplo do inquérito, desempenham uma importante função na coleta de elementos probatórios, fazendo com que o acusado esteja em uma situação de desigualdade. Por esse raciocínio, o Ministério Público sempre estaria em uma posição de superioridade estrutural em relação ao acusado.<sup>311</sup> Um outro elemento que parece estar necessariamente conexo com a fixação do *standard* desigual é a presença de atos sujeitos à sanção penal ou mesmo análogos,<sup>312</sup> como seria a hipótese dos atos de improbidade administrativa. Sendo assim, em ambas as situações, o mesmo *standard* seria exigível, qual seja, a *prova além de toda dúvida razoável*. Essa posição doutrinária ainda sustenta que, havendo uma relevância no bem jurídico, como ocorre no caso de perda do poder familiar, é possível que o *standard* probatório seja mais exigente, no entanto, face a inexistência de desigualdade estrutural, tem-se o mesmo estandar a ser exigido do autor e do réu.<sup>313</sup>

---

<sup>309</sup> Sobre a atuação do réu e as contraprovas: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sergio Cruz. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015, v. 2, p. 262-263; PEIXOTO, Ravi; MACÊDO, Lucas Buriel de. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 107-108.

<sup>310</sup> GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2013, p. 416.

<sup>311</sup> VARGAS, Sarah Merçon. *Teoria do processo judicial punitivo não penal*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 116.

<sup>312</sup> GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias... cit.*, p. 417; VARGAS, Sarah Merçon. *Teoria do processo judicial punitivo não penal... cit.*, p. 116, nota n. 85; NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *A prova no tribunal do júri: uma abordagem racionalista*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 180.

<sup>313</sup> GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias... cit.*, p. 417.

Verifica-se que há a inserção de uma função que não é tipicamente associada aos estândares probatórios, qual seja, a de equilibrar relações processuais desiguais. Ocorre que, nitidamente, para essa parcela doutrinária o desequilíbrio estrutural não seria o único requisito, exigindo-se ainda a existência de uma sanção penal ou análoga. De certa forma, então, do ponto de vista do direito penal, não há qualquer modificação, afinal, serviria apenas para reforçar um *standard* já utilizado. Ter-se-ia, eventualmente, uma alteração no estândar no direito administrativo sancionador, que teria seu estândar probatório necessariamente fixado na mesma esfera de exigência do direito penal.

O que torna a construção teórica estranha é a exigência expressa não apenas da desigualdade material, mas da sanção penal ou análoga. Ora, a mesma desigualdade estrutural pode ser verificada em tese, nas ações coletivas, em que há inquérito anterior e a mesma figura do Ministério Público encontra-se no polo ativo. Em outros termos, não parecem existir justificativas para que a desigualdade estrutural seja tratada de uma forma a depender da consequência da decisão.

Mesmo dentro da esfera na qual aplicada essa tese doutrinária, também existem problemas, porque ela precisa pressupor que o inquérito e o processo a ser instaurado visam a provar a culpa do acusado, não havendo qualquer espécie de imparcialidade na atuação do Ministério Público e da polícia investigativa. Essa tese até pode ser demonstrável, no entanto, não se verifica nenhuma pesquisa empírica a embasar a proposta doutrinária.

O argumento parece também ter por base a noção de que o processo criminal sempre é formado por um Estado “avassalador” e um indivíduo desprotegido, o que nem sempre ocorre. Basta trazer o exemplo dos crimes empresariais, dos crimes ofensivos à ordem econômica e ao sistema financeiro, em que muitas vezes tem-se uma atuação de um órgão estatal não especializado contra grandes escritórios especializados no tema, contando com assessoramento de contadores, engenheiros etc.<sup>314</sup>

Ignora-se ainda que, em toda demanda, o autor irá buscar previamente os elementos probatórios para o ajuizamento da demanda. Mesmo que seja um particular e não exista um procedimento formal para a formação do material probatório, é evidente que haverá uma atuação prévia para que existam elementos probatórios para a utilização

---

<sup>314</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 353.

do processo judicial. *Em suma, o fato de haver uma busca de elementos probatórios prévios não é uma particularidade seja do processo penal, seja do Ministério Público.*

Mesmo que se assuma ser uma questão da presença do Estado e de toda sua estrutura no polo ativo, a posição é injustificável. As procuradorias, que fazem da estrutura estatal, antes do ingresso com ações judiciais, por vezes, realizam inquéritos administrativos prévios e não parece haver justificativa para que, por exemplo, uma ação coletiva utilizada pela AGU exija uma suficiência probatória diferente da que seria ajuizada por uma associação.

Mais ainda, cria-se um problema, eis que, caso a desigualdade estrutural torne-se um fundamento para a definição dos diferentes *standards* probatórios, surge um risco: caso o sistema processual desenvolva mecanismos para resolver o problema da desigualdade estrutural, seria o caso de exigir iguais estândares probatórios para ambas as partes? Também caberia ao réu demonstrar as excludentes de ilicitude no mesmo patamar exigido pela acusação para a prolação da sentença condenatória? Mais ainda, a proposta de igualar os estândares probatórios para o autor e réu, na verdade, não torna o risco de erro como equivalentes, afinal, para que haja qualquer exigência probatória para o réu, primeiro, o autor precisa ultrapassar os encargos probatórios a ele exigidos. Na verdade, essa proposta de exigência de um *standard* probatório equivalente para autor e réu apenas dificulta a situação do réu no que se refere aos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor. A própria noção de contraprova, no sentido de rebater as afirmações do autor não é alterada, pois basta que ele impeça que se atinja o *standard* exigido para aquele caso concreto.

Em resumo, é uma nova construção teórica acerca dos estândares probatórios que não acrescenta justificativas relevantes para a distribuição dos *standards* e acaba por, na verdade, criar mais problemas em relação à fixação dos critérios de suficiência probatória.

### 2.7.3 A variabilidade casuística dos *standards* probatórios

Ho Hock Lai é um dos principais defensores da variabilidade casuística dos *standards* de prova. Importa destacar que, para o autor, os *standards* não possuem aptidão para atuar como graus de suficiência probatória, mas sim como instruções ao julgador em



relação a atitude que este deve ter quando estiver deliberando sobre o julgamento dos fatos.<sup>315</sup>

Propõe o autor que “o cuidado no contexto da deliberação do julgamento é uma atitude proposicional, uma organização mental que surge em tons de resistência à persuasão acerca da verdade de uma alegação”.<sup>316</sup> O grau de resistência irá aumentar a depender da gravidade das alegações e das consequências de considerar o que foi alegado como verdadeiro.<sup>317</sup>

A proposta doutrinária é a de permitir a flexibilização concreta da aplicação dos *standards*. Um elemento a ser compreendido da construção doutrinária é a de que a variação não ocorre no *standard* em si, que seria invariável, mas no grau de resistência que terá o julgador em considerar as afirmações fáticas das partes como verdadeiras.<sup>318</sup>

Como apontado, as questões centrais para a variação concreta são a gravidade das alegações e as consequências da decisão, mas também aparece na obra uma diferenciação na postura do julgador na avaliação das hipóteses fáticas nos casos cíveis e nos penais. Enquanto nos julgamentos cíveis, o julgador deve adotar uma postura imparcial, no sentido de exercer o mesmo grau de cuidado na avaliação das hipóteses fáticas favoráveis ao autor e ao réu, nas ações penais, deve haver uma predisposição do julgador em favorecer o acusado, adotando uma postura de ceticismo em relação à hipótese fática que leve à condenação do réu.<sup>319</sup> Aqui, é possível indicar uma certa contradição interna na construção teórica, pois, em outro momento da obra, tem-se uma crítica expressa à construção tradicional dos diferentes *standards* de prova porque não haveria uma diferenciação categoria entre a gravidade das consequências nos julgamentos penais e nos cíveis.<sup>320</sup>

Já se adiantando às possíveis críticas, Ho Hock Lai afirma que a sua proposta não viola a segurança jurídica porque os *standards* probatórios tradicionais usados são

---

<sup>315</sup> HO, Hock Lai. *A philosophy of evidence law: justice in the search for truth*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 182-183.

<sup>316</sup> Tradução livre de: “Caution in the context of trial deliberation is a propositional attitude, a critical frame of mind that comes in shades of resistance to persuasion on the truth of a disputed allegation” (Idem, *ibidem*, p. 186, 173, 220).

<sup>317</sup> Como se poderá constatar no item 3.2.2.2, a formulação de Ho Hock Lai é bastante semelhante ao posicionamento de parte da jurisprudência inglesa durante muitos anos que admitia a variação do *standard* de prova cível, posicionamento este que atualmente e expressamente abandonado.

<sup>318</sup> Idem, *ibidem*, p. 219.

<sup>319</sup> Idem, *ibidem*, p. 224-228.

<sup>320</sup> Idem, *ibidem*, p. 214-215.

muito imprecisos e nem a igualdade, porque, seria mais importante uma maior valorização da igualdade material e a particularidade existente em cada caso.<sup>321</sup>

Erik Lillquist também adota um posicionamento de preferência de uma adaptabilidade concreta dos *standards* de prova, muito embora o seu trabalho esteja focado tão apenas na sentença penal condenatória, sem fazer referência aos demais *standards* de prova.

Segundo tal opinião doutrinária, de um ponto de vista utilitarista, seria preferível a variação concreta da suficiência probatória para a condenação penal,<sup>322</sup> devendo levar em conta elementos como as características de cada tipo penal, por exemplo, as diferenças entre um estupro de vulnerável e um furto, as características do acusado, se ele é reincidente ou não e ainda a pena aplicável, eis que, diferentemente do período em que originados os *standards*, em que prevalecia um direito penal sanguinário, atualmente as penas variam desde a pena de morte até punições brandas, que sequer levam à prisão do condenado.<sup>323</sup>

Uma primeira reflexão é dirigida à visão doutrinária de Ho Hock Lai sobre a função dos *standards* enquanto simples menção a um padrão da postura, de cuidado do julgador na avaliação dos fatos. Essa tese parece mais um jogo de palavras do que efetivamente uma mudança na atuação da decisão sobre os fatos. Afirmar que o *standard* é o mesmo, mas muda a postura do julgador a cada caso em relação à resistência sobre a veracidade dos fatos, partindo do pressuposto de que isso mudará a dificuldade da decisão sobre os fatos e, com isso, da distribuição dos riscos de erros é praticamente a mesma coisa que acolher a visão tradicional, de que os *standards* de prova são graus de suficiência probatória.

Nas duas hipóteses, o objetivo é o de facilitar ou dificultar que se considere uma hipótese fática tida como provada. Para além disso, a visão dos *standards* relacionados a um mero cuidado do julgador não parece favorecer, sob nenhuma perspectiva, o controle intersubjetivo, eis que remete naturalmente a um estado subjetivo e de baixa racionalização.

De qualquer forma, e inegável que esses autores trazem uma significativa contribuição para a teoria dos *standards* probatórios ao problematizarem a fixação de uma

---

<sup>321</sup> Idem, ibidem, p. 220.

<sup>322</sup> LILLQUIST, Erik. Recasting reasonable doubt: decision theory and the virtues of variability. *U. C. Davis Law Review*, v. 85, 2002, p. 163, 176.

<sup>323</sup> Idem, ibidem, p. 152, 154, 159-160.

suficiência probatória única, especialmente para a condenação penal, bem como ao sugerirem diversos elementos que devem ser considerados nas reflexões sobre os fundamentos para a devida distribuição dos diferentes *standards* de prova em cada país. Por outro lado, a proposta de uma variação concreta das suficiências probatórias vai em sentido contrário aos objetivos dos *standards* probatórios, que é o de trazer maior segurança jurídica às decisões judiciais sobre os fatos. Uma vez que as particularidades de cada situação concreta permitem a variação das suficiências probatórias, há um impedimento à calculabilidade dos sujeitos processuais acerca dos elementos probatórios exigidos para a prova da hipótese fática nos casos.

Os critérios por eles indicados são interessantes, mas se observados de um ponto de vista prévio e abstrato, ou seja, mediante a possibilidade de sua avaliação prévia, indicando em que casos deve a suficiência probatória variar e em que medida. De certa forma, há alguma variação no *standard* não penal no *common law*, embora não na medida desejada pelos autores, afinal, são utilizadas a probabilidade prevalente e a prova clara e convincente baseada principalmente nas consequências das decisões.

O que não parece ser adequado, e até de difícil operacionalização, embora isso não pareça ser abordado pelos autores, é uma variação concreta, casuística, das suficiências probatórias por meio de critérios a serem identificados por cada juiz. O que acaba ocorrendo nessa situação é a própria desvalorização do instituto, que perde a sua capacidade de orientação, seja do juiz, seja das partes. Do ponto de vista do juiz isso ocorre porque, se a ele cabe fixar o *standard* no caso concreto, não haverá uma referência externa para a qual ele deve se dirigir no momento da justificação dos fatos, porque essa referência será por ele realizada durante o próprio caso concreto.

Assim, embora seja possível reconhecer o mérito dos autores em trazer critérios que devem ser utilizados na reflexão sobre a distribuição dos *standards* probatório em cada ordenamento jurídicos, a variabilidade casuística não é desejável por impedir a crucial função dos *standards*, que é a de orientação dos sujeitos processuais. Por fim, ainda é possível inferir que a própria função de distribuição dos riscos de erros desejados pela sociedade é, de certa forma, deturpada, pois será substituída pela valoração de cada juiz em cada caso concreto e não por uma decisão geral e prévia ao caso concreto.

#### 2.7.4 As dificuldades probatórias e a da redução da suficiência probatória

Parcela da doutrina vem suscitando a possibilidade de os estândares probatórios serem alterados a depender das dificuldades probatórias envolvidas em um determinado *tipo* de fato. Em outros termos, para além das consequências dos erros, o *standard* também poderia variar a depender da existência de uma maior dificuldade para a produção de prova sobre uma espécie de fato.<sup>324</sup>

Inicialmente, importa destacar que as dificuldades probatórias podem ser de origem objetiva ou subjetiva. Do ponto de vista objetivo, é possível identificar situações nas quais o próprio fato em si, pela sua natureza, é particularmente difícil de ser provado. Basta imaginar os fatos que carecem de materialidade e exteriorização, como a intenção, os fatos negativos e ainda aqueles que são de difícil de comprovação mediante prova direta, como fatos íntimos, complexos, antigos e futuros. Outra hipótese em que há dificuldade probatória seriam naquelas situações em que o fato não deixa vestígios físicos ou eles são frágeis e imprecisos, apenas sendo possível identificar provas indiretas da sua ocorrência.

Do ponto de vista subjetivo, a dificuldade em provar pode ser provocada pela relação das partes com os meios de provas, existindo diversas situações nas quais não é a parte com melhores condições de provas que tem o ônus probatório.<sup>325</sup> Talvez o principal exemplo dessa dificuldade esteja nas demandas em que se discute algum erro ocorrido em procedimentos médicos, nos quais o autor, que se sente prejudicado por algum equívoco, não tem conhecimento da atividade do médico e, assim, é incapaz de demonstrar que houve alguma atividade culposa que levou à lesão.

A preocupação neste item se refere às dificuldades objetivas, eis que, para as subjetivas, existem outros mecanismos para superá-las, como as presunções legais, a exibição de documentos, a inversão legal e a dinamização judicial do ônus da prova, dentre outros mecanismos. Em tais situações, não há propriamente uma dificuldade para a formação de um acervo probatório de qualidade, mas apenas uma diferença entre aquele que tem o encargo de provar e aquele que tem melhor acesso à prova, não sendo justificável uma alteração do *standard* probatório por tais motivos, porquanto outros são os mecanismos para resolver essa espécie de problema.

---

<sup>324</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegómenos para una teoría sobre los estândares de prueba. El *test case* de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea... cit., p. 411-412.

<sup>325</sup> A classificação é nossa, mas os tipos de dificuldades probatórias foram extraídos do seguinte texto: HUNTER AMPUERO, Iván. Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta. *Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte*, n. 1, 2015, p. 213-214.

Para as dificuldades objetivas, um dos mecanismos para solucionar tais situações, de acordo com alguns autores, seria a alteração dos estândares probatórios. Uma advertência inicial é necessária: a dificuldade ora analisada não seria aquela existente para uma determinada situação concreta, *mas com um determinado tipo de fato*, a exemplo dos crimes de corrupção, e não com casos individuais, nos quais, por algum motivo, supostamente haveria alguma dificuldade probatória objetiva.<sup>326</sup> Os *standards* probatórios precisam estar previstos como regras gerais e abstratas, não se podendo admitir sua modulação a partir de situações concretas.<sup>327</sup>

Em *tipos de casos* como esses, as dificuldades probatórias *típicas* poderiam operar como um fator para a diminuição do nível de exigência do *standard* probatório, sob o fundamento de que, analisando-se apenas os bens jurídicos em jogo, ter-se-ia um *standard* inalcançável, o que acabaria por torna-lo um tipo penal inútil pela impossibilidade de condenação daqueles que praticam o crime. Em outros termos, as dificuldades probatórias desse tipo de caso gerariam um grande número de absolvições errôneas, falhando em proteger os bens jurídicos tutelados por aquele tipo penal.<sup>328</sup>

Essa tese possui problemas consideráveis, uma vez que os exemplos utilizados – corrupção e o estupro – possuem uma dificuldade apenas *contingencial*. Não

---

<sup>326</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El *test case* de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea... cit., p. 411-412. Inclusive, a ministra Rosa Weber já chegou a manifestar posição semelhante em seu voto no caso do mensalão: No processo criminal, tem prevalecido certa elasticidade na admissão da prova acusatória, com a valorização, por exemplo, do depoimento da vítima nos delitos contra os costumes, especialmente o estupro. São os crimes da intimidade. A lógica autorizada pelo senso comum faz concluir que, em tal espécie de criminalidade, a consumação sempre se dá longe do sistema de vigilância. No estupro, em regra, é quase impossível uma prova testemunhal. Isso determina que se atenua a rigidez da valoração, possibilitando-se a condenação do acusado com base na versão da vítima sobre os fatos confrontada com os indícios e circunstâncias que venham a confortá-la. Nos delitos de poder não pode ser diferente. Quanto maior o poder ostentado pelo criminoso, maior a facilidade de esconder o ilícito, pela elaboração de esquemas velados, destruição de documentos, aliciamento de testemunhas etc. Também aqui a clareza que inspira o senso comum autoriza a conclusão (presunções, indícios e lógica na interpretação dos fatos). (STF, Tribunal Pleno, AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17/12/2012, DJe 22/04/2013, voto da ministra Rosa Weber, p. 1094)

<sup>327</sup> Esse parece ser também o entendimento da Suprema Corte norte-americana, a qual já afirmou que “Standards of proof, like other “procedural due process rules[,] are shaped by the risk of error inherent in the truth-finding process as applied to the generality of cases, not the rare exceptions.” (Mathews v. Eldridge, 424 U. S., at 344”. Santosky Et Al. v. Kramer, Commissioner, Ulster County Department Of Social Services, et al. 455 U.S., 1982).

<sup>328</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El *test case* de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea... cit., p. 412. Essa proposta de rebaixamento dos *standards* não é exatamente uma novidade, uma vez que, como relata Mirjan Damaška, durante o período em que vigorou a exigência de duas testemunhas para a condenação penal nos países do *civil law*, também havia a interpretação do rebaixamento dos *standards* em tipos penais que supostamente seriam mais difíceis de provar, a exemplo do incesto, estupro etc (DAMAŠKA, Mirjan R. *Evaluation of evidence: pre-modern and modern approaches*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 83).

parece haver uma dificuldade, pela natureza do crime, que o diferencie de outros tipos penais, apta a justificar um rebaixamento do *standard* probatório a ponto de permitir um mínimo de condenações. Tal visão acabaria, sem a existência de alguma espécie de estudo empírico, o que parece ser o caso, caindo em um subjetivismo incompatível com o adequado funcionamento dos *standards* de prova, em que cada doutrinador ou julgador iria avaliar se, em sua concepção, o tipo penal ou determinada questão de direito material seria mais difícil de provar e, por isso, mereceria o rebaixamento do *standard*.<sup>329</sup>

É possível ainda identificar posição doutrinária no sentido de que a redução do módulo da prova apenas seria admissível em *casos excepcionais*, o que parece possível de compreender como uma referência a casos concretos específicos.<sup>330</sup> Tal posicionamento não pode ser admitido, eis que: i) não é condizente com o princípio da segurança jurídica, ao permitir que cada caso concreto possa variar na fixação do *standard* probatório exigido, impedindo a calculabilidade da ação das partes;<sup>331</sup> ii) acaba por incentivar o arbítrio judicial, permitindo que cada juiz, a depender do caso concreto, fixe *standards* variáveis;<sup>332</sup> iii) atrapalha a própria lógica do *standard* probatório, que tem por função servir como uma regra geral e abstrata para as decisões sobre fatos. Se cada juiz pode estabelecer seu próprio estandar probatório, então a própria função do instituto é ignorada, qual seja, a de servir de orientação *geral e abstrata* para as decisões sobre fatos.

Consta ainda posição de que, no cível, uma vez adotado o estandar da *preponderância de provas*, em caso de dificuldade probatória, não seria possível a alteração dos standards. O que haveria é uma autorização para que o julgamento fosse baseado em um juízo de cognição sumária. Para Arthur Thompsen Carpes, seria inviável

---

<sup>329</sup> Flávio Luiz Yarshell também critica a diminuição do estandar probatório pelo argumento da dificuldade probatória. Para o autor o estandar probatório não decorre do caráter mais ou menos secreto da conduta afirmadamente ilícita, mas de uma escolha do ordenamento jurídico de valorizar uma situação jurídica específica. Além disso, afirma que a solução não é a diminuição da exigência probatória, mas o desenvolvimento de formas mais inteligentes e eficazes de investigação e persecução (YARSELL, Flávio Luiz. Antigas e novas reflexões sobre a distribuição do ônus da prova no processo eleitoral. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (coord.). PECCININ, Luiz Eduardo (org.). *Direito Processual Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 498).

<sup>330</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção...* cit., p. 107. No mesmo sentido: TRENTO, Simone. Os standards e o ônus da prova: suas relações e causas da variação... cit., p. 167.

<sup>331</sup> Com essa exata preocupação já afirmou a Suprema Corte norte-americana que “Since the litigants and the factfinder must know at the outset of a given proceeding how the risk of error will be allocated, the standard of proof necessarily must be calibrated in advance. Retrospective case-by-case review cannot preserve fundamental fairness when a class of proceedings is governed by a constitutionally defective evidentiary standard”. (Santosky Et Al. v. Kramer, Commissioner, Ulster County Department Of Social Services, et al. 455 U.S., 1982)

<sup>332</sup> No mesmo sentido dos dois primeiros argumentos: FERRER BELTRÁN, Jordi. Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n 36, 2017, p. 94-95.

a alteração do *standard* probatório para baixo, eis que já utilizado um modelo que tem por base uma mera preponderância entre as hipóteses fáticas concorrentes e a sua diminuição significaria equalizar as hipóteses fáticas, o que seria inviável.<sup>333</sup>

A posição não parece adequada, eis que o *standard* probatório da preponderância prevalente não pode ser tido como uma mera existência de maior probabilidade comparativa entre duas hipóteses diferentes, eis que pode ser que as duas sejam hipóteses fáticas com suporte probatório muito frágeis e nenhuma das duas (mesmo que, dentre as disponíveis, seja a melhor) tenha aptidão de justificar a escolha por uma decisão de mérito, como visto no item 2.6.2.3, sobre a inferência para melhor explicação.

Além disso, se o *standard* da decisão final já seria, em tese, o menor possível entre duas hipóteses diferentes (probabilidade prevalente), não fica esclarecido pelo autor qual a diferença entre esse estandar probatório e aquele utilizado para as decisões em juízo de cognição sumária. Não parece possível inferir que o estandar do juízo de cognição sumário seja *necessariamente* menos exigente do que o final, pois, na própria construção de Arthur Carpes, o estandar da preponderância prevalente consiste unicamente na exigência de que uma hipótese seja mais provável do que a outra. Isso porque, no juízo de cognição sumária, por óbvio, para que haja a probabilidade do direito exigida para a concessão de uma tutela provisória, impõe-se, igualmente, que uma hipótese fática tenha maior suporte probatório do que as que sejam dela divergentes.

Em outros termos, a proposta doutrinária não é acolhida porque, na construção teórica do autor, não existem critérios para diferenciar o estandar probatório da decisão final (prevalência das probabilidades) e o exigido para a prolação de decisões com cognição sumária, para além de uma simples menção à mudança do módulo da cognição no plano vertical, diferenciando a existente nas decisões com cognição exauriente e sumária, o que, por si só, não diz nada. Portanto, para além do problema consistente na suposta diminuição da suficiência probatória por supostas dificuldades probatórias, já mencionado neste item, a proposta não parece ser útil dentro do próprio modelo teórico proposto por Arthur Carpes, por faltar-lhe mecanismos para diferenciar a exigência probatória da preponderância da prova e a das decisões baseadas em juízo de cognição sumária.

---

<sup>333</sup> CARPES, Arthur Thompsen. *A prova do nexa de causalidade na responsabilidade civil...* cit., p. 163-165.

#### 2.7.4.1 Notas críticas à tese da adequação do módulo da prova

Trata-se de método desenvolvido por Gerhard Walter, partindo do conceito de módulo de prova como o convencimento necessário ao estabelecimento da convicção do juiz.

Importante compreender que o autor não trabalha com o conceito de *standards* probatórios, exigindo, com base na legislação alemã (§286, ZPO), a convicção de verdade para que um fato seja tido por provado. Trata-se de um modelo padrão a ser aplicável a todos os procedimentos<sup>334</sup> e que não parece poder ser comparado com o que se compreende pelo *standard* cível da preponderância da prova, mas uma exigência probatória mais alta.<sup>335</sup> No entanto, a teorização construída pelo autor é mencionada nessa tese porque o raciocínio por ele desenvolvido é, em tese, adaptável ao modelo dos *standards* probatórios.

Em algumas hipóteses, seria possível a redução do módulo da prova para que, com base em considerações de interesses do direito material, fosse admitida a prova com base na verossimilhança preponderante.<sup>336</sup> As considerações desenvolvidas para essa diminuição da exigência probatória têm por base a existência de áreas do Direito que, por natureza, teriam dificuldades probatórias (ex.: lesões pré-natais, casos de seguros, trabalho perigoso, entre outros) e, igualmente, o direito material indicaria, de alguma forma, que essas dificuldades probatórias não podem ser suportadas pela pessoa afetada.<sup>337</sup> Um exemplo são os casos de refugiados e vítimas do nazismo, em que as vítimas requerem indenizações pelos danos sofridos, pois seria difícil a comprovação do nexo de causalidade, mas que, por fazerem parte do campo dos direitos sociais, seria legítima a diminuição da exigência probatória.<sup>338</sup> A sua conclusão é pela redução do módulo da prova nestes casos.

O problema existente na construção teórica da redução do módulo da prova é semelhante ao existente na proposta teórica de redução do estandar probatório em casos

---

<sup>334</sup> WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial. Santiago: Olejnik, 2019, p. 158-160, 261.

<sup>335</sup> Com o mesmo entendimento, destacando que, na utilização dessa exigência probatória, acaba havendo a necessidade de uma utilização frequente da regra do ônus da prova pelo não atingimento da convicção de verdade (TRENTO, Simone. Os standards e o ônus da prova: suas relações e causas da variação... cit., p. 164-165)

<sup>336</sup> WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*... cit., p. 221.

<sup>337</sup> WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*... cit., p. 262

<sup>338</sup> WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*... cit., p. 223-224



de dificuldades probatórias. A dificuldade na comprovação do suporte fático, na ausência de um estudo empírico é baseada nas experiências pessoais do autor, impedindo que haja uma diminuição das exigências probatórias de forma segura e coerente em qualquer ordenamento jurídico. Portanto, a redução do módulo da prova pela eventual dificuldade probatória também não deve ser admitida.

### 2.7.5 Um diálogo com Humberto Ávila sobre *standards*

Um importante autor brasileiro, Humberto Ávila, propôs interessantes critérios para a devida diferenciação dos *standards* a serem aplicados em cada caso concreto. Por sua importância, bem como pela sua grande capacidade analítica, optou-se por inserir um item específico para o diálogo com as ideias do autor.

De acordo com Humberto Ávila, os *standards* devem ser distribuídos a partir dos seguintes critérios:<sup>339</sup>

i) a natureza da infração, caso em que, quanto mais séria, mais exigente será o estandar;

ii) a gravidade das sanções a serem eventualmente aplicadas, quanto maior esta, maior será a exigência probatória;

iii) a *natureza das alegações* e, quanto mais pessoais e severas forem as consequências, mais rigorosa será a exigência das provas. O fundamento seria a aplicação dos direitos fundamentais em sua função de defesa contra restrições estatais.

iv) a *amplitude das competências* de que dispõe a autoridade para investigar, ou seja, quanto maiores e mais amplos os poderes da autoridade acusadora para a apuração dos fatos, mais cogente deverá ser a prova. De acordo com o autor, quanto maior o poder probatório, mais rígida será a necessidade probatória.

v) a *complexidade da cadeia de causalidade*. De acordo com o autor, “quanto maior for a cadeia de inferências necessárias para demonstrar a ocorrência da hipótese, tanto mais severa deverá ser a prova exigida para a sua comprovação”. A lógica por trás dessa exigência seria o fato de que, como as provas indiciárias requerem inferências adicionais, haveria, por tal motivo, o aumento da exigência probatória.

---

<sup>339</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: *standards* de prova e os critérios de solidez da inferência probatória... cit., p. 120-121.

Os dois primeiros critérios já são, de certa forma, utilizados pela doutrina e pela jurisprudência e serão devidamente analisados no próximo item. O problema envolve os critérios iii, iv e v.

O terceiro critério, relativo à natureza das obrigações, é apenas parcialmente aceitável. É inegável que a severidade das sanções é um elemento a ser considerado na distribuição dos *standards* probatórios. No entanto, a menção à pessoalidade da alegação soa injustificada. A bem da verdade, o autor não chega sequer a trazer uma melhor definição do que entende por pessoalidade da alegação. De toda forma, não se trata de um elemento que indique uma preferência do ordenamento jurídico por uma alteração na distribuição dos riscos decisórios.

O quarto critério assemelha-se ao que fora analisado no item 2.7.2, relativo à desigualdade estrutural, por partir, da mesma forma, de uma desigualdade em relação ao poder instrutor da autoridade. Trata-se simplesmente da criação de um novo critério que pouco acrescenta e pode trazer sérias dificuldades na fixação dos estândares probatórios, que passaria a ser tratado como um instituto que tem por objetivo equilibrar desigualdades processuais. O foco do estândar é diverso, como apontado diversas vezes: distribuir os riscos de erros nas decisões sobre os fatos.

O quinto critério, por sua vez, parece estar diretamente relacionado com a questão das provas indiciárias, as quais, requerem inferências adicionais por não abordarem diretamente o fato probando. De certa forma, o autor acaba indo pelo caminho tradicional, que tende a desvalorizar a prova indiciária, pois, como afirma no texto, “a confiabilidade desse tipo de prova tanto será maior quanto menor for a cadeia de inferências necessárias para comprovar a hipótese”.<sup>340</sup>

O critério, com base nesse raciocínio, torna-se ainda mais difícil de ser aceito por diversos problemas que pode gerar. Inicialmente, ele acaba implicando adoção de um *standard* probatório casuístico, que atenta contra a própria lógica dos estândares que é também a de trazer uma maior calculabilidade às decisões. Isso ocorre porque a verificação da cadeia de inferências só será possível de ser analisada no momento da prolação da decisão, não sendo compatível com o funcionamento adequado dos estândares probatórios a definição da suficiência probatória apenas no momento da decisão. Além disso, a utilização desse critério gera um aumento desproporcional da

---

<sup>340</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: *standards* de prova e os critérios de solidez da inferência probatória... cit., p. 115.

exigência probatória. Afinal, ao mesmo tempo em que afirma terem os indícios um menor valor probatório, quando a prova é indiciária, o *standard* seria mais rigoroso. Dessa forma, tornar-se-ia quase impossível a prolação de uma sentença de procedência com esses moldes e, por consequência, o *standard* se tornaria excessivamente rigoroso.

#### 2.7.6 Critérios para a identificação dos *standards* probatórios

É perceptível que há uma certa variação nos requisitos doutrinários e jurisprudenciais para a fixação dos estândares probatórios. Um elemento primordial e básico é o de que o *standard* de prova possui a função de distribuição de riscos, portanto, impõe-se que sejam utilizados elementos que direcionem a distribuição de riscos e determinem uma maior ou menor exigência probatória. Também não se pode ignorar a função de orientação presente no *standard* e, embora esse não seja o momento de avançar na definição de cada um deles, impõe-se a utilização de parâmetros objetivos e intersubjetivamente controláveis. Do contrário, de nada adianta desenvolver estândares probatórios, mas se utilizar de critérios subjetivos para a sua definição.

Um primeiro critério a ser utilizado consiste na análise das normas jurídicas aplicáveis, de forma a verificar se há algum dado normativo que indique uma maior exigência probatória. Por vezes, uma determinada regra ou princípio pode trazer indícios de que há uma pressão normativa para a manutenção em favor de certos bens, interesses e valores, dificultando uma determinada espécie decisória e aumentando a exigência probatória.<sup>341</sup> Por exemplo, a presunção de inocência, como será visto, é um inegável dado normativo que atua em uma maior exigência probatória para a condenação no direito penal, uma vez que traz consigo uma prioridade normativa em favor da inocência do acusado.

Um segundo elemento na avaliação da definição dos estândares probatórios a partir de cada ordenamento jurídico está no tratamento dispensado às diversas situações

---

<sup>341</sup> Como destaca Antonio do Passo Cabral, “podem ser identificadas, no ordenamento jurídico, preferências ou prioridades normativas em favor de certos bens, interesses ou valores. Essas preferências “empurram” a solução de qualquer conflito para a vitória daquele interesse priorizado pelo legislador” (CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno...* cit., p. 195). Também fazendo referência ao tema, mas em relação às conclusões das audiências públicas: CABRAL, Antonio do Passo. Os efeitos processuais da audiência pública. *Revista de Direito do Estado*, n. 2, abr./jun.-2006, p. 205-207. O autor utiliza esse raciocínio para impor um ônus argumentativo em favor de um ou outro interesse aprioristicamente protegido, que pode ser superado no caso concreto, mas que também pode ser utilizado para a identificação dos *standards* probatórios.

de direito material, mais especificamente, as *consequências jurídicas* de cada uma das decisões.<sup>342</sup> Já foi afirmado, em mais de uma oportunidade, que os *standards* estão relacionados com a distribuição dos potenciais riscos de erros a serem decididos por cada sociedade e, com isso, a exigência de um *standard* mais rigoroso pode ser baseada nas consequências e bens jurídicos afetados pelas decisões.

No direito penal, em certos tipos penais, têm-se consequências mais graves para o indivíduo, tais como a privação de liberdade e mesmo a pena de morte em algumas hipóteses, além de várias outras, a exemplo da aptidão de tornar certa a obrigação de indenizar (art. 91, I, CP), a perda do cargo ou função eletiva (art. 92, I), a incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela (art. 92, II) e mesmo a pena de morte em casos excepcionais (art. 5º, XLVII, *a*, CFBR e art. 55, *a*, CPM) dentre outras. Do ponto de vista normativo, trata-se de um ramo do direito no qual têm-se consequências consideravelmente severas para o indivíduo e, por isso, um falso positivo deve ser evitado na medida do possível, em comparação com outras situações. Nessa situação, as consequências de um falso positivo são muito mais gravosas do que um falso negativo (embora, obviamente, também haja consequências negativas decorrentes do falso negativo).<sup>343</sup>

Em outra situação em relação à distribuição dos riscos, tem-se uma ação de cobrança, na qual, por mais que se tenha um alto valor, as consequências de uma decisão errônea quanto aos fatos são equivalentes para ambas as partes. Mesmo em uma ação de cobrança de valor bilionário, a vitória ou a derrota, do ponto de vista jurídico, possuem consequências igualitárias, qual seja, o recebimento/manutenção de uma determinada quantia em dinheiro.

Por outro lado, há situações que irão demandar uma análise mais cuidadosa, a exemplo da ação de improbidade, a internação compulsória, a destituição do poder familiar, tipos penais que não possuem aptidão para levar à pena privativa de liberdade, dentre outras. Em todos esses casos, é possível verificar que as consequências de uma sentença de procedência levam a uma consequência especialmente gravosa em comparação com a manutenção do *status quo*, mas que, ao mesmo tempo, não são

---

<sup>342</sup> Com raciocínio semelhante, cf.: TRENTO, Simone. Os standards e o ônus da prova: suas relações e causas da variação... cit., p. 166.

<sup>343</sup> Consoante será analisado no capítulo 5, por mais que o direito penal seja a área na qual as consequências são mais severas, isso não ocorre para todos os tipos penais, permitindo que haja uma diferenciação das exigências probatórias dentro do próprio direito penal.

igualmente danosas ao indivíduo quanto nos tipos penais que levam à privação de liberdade.

Um último critério para a fixação dos possíveis *standards* probatórios consiste na *aptidão* para estabilização decisória em questão. Quão maior o potencial estabilizador da decisão, maior *tenderá a* ser a exigência probatória para que seja tida como provada uma hipótese fática, como já indicado no item 2.7.1.1. Trata-se de um critério a ser utilizado internamente nos diferentes procedimentos, escalonando a exigência dos estândares probatórios a partir do potencial estabilizador das diferentes decisões.<sup>344</sup>

A sua principal utilização ocorrerá para a diferenciação das exigências probatórias das decisões com cognição sumária e sem aptidão para a formação da coisa julgada das decisões com cognição exauriente e aptidão para a coisa julgada. Uma decisão que determina a prisão preventiva, embora, por vezes, possa ter os mesmos efeitos da decisão final, que é a restrição da liberdade, não é estável, pois ainda possível a produção de novas provas, o desenvolvimento de novos argumentos etc, podendo ainda ser modificada na mesma relação processual e independentemente da interposição de recursos.

Por outro lado, uma decisão com aptidão para a formação da coisa julgada é potencialmente estável e de difícil alteração. Do ponto de vista cível, uma vez transitada em julgado a decisão, tem-se apenas a possibilidade de utilização da ação rescisória, com hipóteses de cabimento exaustivas e de difícil utilização e com o prazo máximo, em regra, de dois anos (art. 975, *caput*, CP). Uma vez ultrapassado aquele prazo, qualquer erro resta, de certa forma, cristalizado e imune a qualquer espécie de impugnação. Mesmo no direito penal, em que é possível a revisão criminal a qualquer tempo (art. 622, CPP) e em favor do acusado, trata-se de mecanismo com hipóteses taxativas e de difícil preenchimento (art. 621, CPP), tendo uma tendência de estabilização, especialmente se comparado com os mecanismos de impugnação existentes antes do trânsito em julgado.

O *standard* da decisão final deve permanecer como o de maior exigência *possível* de suficiência probatória, atuando como referência para os demais *standards* probatórios a serem desenvolvidos para as demais decisões. Isso não significa, no entanto,

---

<sup>344</sup> Com conclusão semelhante, muito embora focada na ideia da natureza progressiva da construção do objeto do processo e não propriamente na estabilização: DEI VECCHI, Diego; CUMIZ, Juan. *Estándares de suficiencia probatoria y ponderación de derechos: una aproximación a partir de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*. Madri: Marcial Pons, 2019, p. 40-41.

que a suficiência probatória da decisão final é necessariamente a maior, podendo ser igualada, em algumas hipóteses por decisões que não têm potencial para serem acobertadas pela eficácia da coisa julgada, como será visto no item 5.5.

Um argumento que por vezes aparece, mesmo que implícito nas decisões que analisam os estândares probatórios em outros países, consiste na percepção da sociedade acerca das consequências de um determinado tipo de decisão em relação à pessoa. Assim, por exemplo, para a pessoa que é internada compulsoriamente, um dos argumentos utilizados pela Suprema Corte dos EUA para a exigência da *prova clara e convincente* consiste nas consequências sociais em relação ao indivíduo. Como afirmado pela Corte, seria o preconceito social gerado naquela pessoa por ter sido internada compulsoriamente por algum problema mental e as consequências dessa condenação na vida social do indivíduo.<sup>345</sup>

Por mais utilizado que o seja, há uma considerável dificuldade em utilizar esse tipo de argumento para a fixação dos estândares, especialmente na ausência de dados empíricos. Haveria a necessidade de comparar os estigmas sociais em diversos casos assemelhados: uma condenação penal por pesca em local proibido; uma condenação penal por lesão corporal; uma internação compulsória; uma condenação por improbidade administrativa. Ora, há critérios objetivos para que se afirme haver um maior estigma social em uma condenação por pesca em local proibido do que uma condenação por improbidade administrativa? Ou mesmo que há maior estigma social por uma condenação por pesca em local proibido do que uma condenação por dívida cível? Na ausência de critérios objetivos que permitam a comparação entre as consequências sociais das decisões, não parece adequada a utilização do critério.

Entendemos comprovada a primeira tese, que consiste na indicação de critérios para que os legisladores e o Poder Judiciário tenham aptidão de distribuir os *standards* probatórios a partir de cada ordenamento jurídico observado de forma mais segura e criteriosa. Objetivou-se na medida do possível a proposta de utilização de critérios que podem ser efetivamente comparados, dependendo, no mínimo possível, de elementos subjetivos.

---

<sup>345</sup> Addington v. Texas, 441 U.S. 426 (1979).

## 2.8 Conclusões parciais

Este capítulo teve o objetivo de apresentar o tema dos *standards* de prova, permitindo que se compreenda a imprescindibilidade de sua atuação no momento da decisão sobre os fatos, servindo como um parâmetro mínimo para que uma hipótese fática possa ser considerada provada. Foi possível ainda verificar que se trata de uma questão de direito que tem três principais funções: a) orientação dos sujeitos processuais; b) guia objetivo para a avaliação das provas (heurística) e c) distribuição dos riscos.

Para que possa orientar a conduta dos sujeitos processuais, bem como servir de guia objetivo para a justificação das provas, impõe-se uma análise dos critérios metodológicos a serem utilizados na formulação dos *standards* de prova em cada ordenamento jurídico. Mesmo partindo de um pressuposto da necessária objetivação das diferentes suficiências probatórias, vários são os métodos possíveis para tanto, propondo-se a utilização de expressões linguísticas, evitando as expressões numéricas e por meio de um modelo que almeje combinar tanto a avaliação individual quanto a holística dos fatos, por meio de um holismo articulado, pois tratam-se de elementos complementares entre si.

Para além do papel da epistemologia em traçar critérios para a formulação dos *standards*, é igualmente importante a compreensão de que a definição de cada um deles tem por base a distribuição dos riscos de erros, divididos em falsos positivos e falsos negativos em cada uma das decisões sobre os fatos. Cabe a cada ordenamento jurídico decidir qual deve ser o risco de erro a ser diminuído, uma vez que, quanto maior a suficiência probatória, mais difícil será a decisão de procedência e, com isso, diminui a probabilidade do falso positivo e aumenta a do falso negativo. Prioritariamente, trata-se de questão a ser decidida por cada legislador, no entanto, na ausência da atuação legislativa, incumbe ao Poder Judiciário fixar quais os *standards* a serem utilizados nas diferentes situações de direito material. Ainda mais, dentro dos limites impostos à convenção processual sobre *standards* de prova, trata-se de regra processual que pode ser definida (em caso de omissão legal ou jurisprudencial) ou mesmo alterada pelas partes.

Para essa distribuição dos *standards* em cada ordenamento jurídico, após analisar as diversas correntes doutrinárias, propõe-se a tese de que os critérios devem ser a) a avaliação das normas jurídicas aplicáveis, de forma a identificar as pressões

normativas que indiquem uma maior ou menor exigência probatória; b) as consequências jurídicas das decisões e c) o potencial de estabilização decisória.

Uma vez definidas as principais características dos *standards* de prova, passa a ser possível caminhar rumo à definição de quais seriam as suficiências probatórias. No entanto, como a experiência brasileira no tema é ínfima, é imprescindível que haja um estudo prévio das experiências estrangeiras na utilização dos *standards* de prova, para que se possa verificar de que forma as suficiências probatórias vem sendo utilizadas por outros países e quais as diferentes formulações e conceituações de suficiências probatórias vêm sendo adotadas. A partir da percepção do direito estrangeiro (capítulo 3) é que se pode passar a definir quais são os *standards* probatórios objetivos que devem ser utilizados (capítulo 4) para a distribuição das suficiências probatórias no direito brasileiro (capítulo 5).

### 3 STANDARDS PROBATÓRIOS NO DIREITO COMPARADO

#### 3.1 Introdução

Nos capítulos anteriores, houve a delimitação do conceito, funções e objetivos dos *standards* probatórios. Neste capítulo, o propósito é o estudo da experiência estrangeira na utilização dos *standards* probatórios nos países do *common law*, de onde se originou o estudo do tema, e em alguns países do *civil law*, que importaram o conceito e o adaptaram às suas realidades.

Foram pesquisadas as duas tradições jurídicas ocidentais, que são o *common law* e o *civil law*.

No *common law*, foram estudados os Estados Unidos da América e a Inglaterra pelo fato de serem os primeiros a se preocuparem com o tema dos *standards*



probatórios, sendo possível verificar a evolução e a atual situação jurisprudencial sobre o tema – bem como os desafios enfrentados à utilização desses conceitos –. No contexto dos EUA, é feita referência ao Estado da Louisiana, que, embora inserido em um país da tradição do *common law*, adota um sistema de *civil law*.

No caso dos países do *civil law*, foram escolhidos a Itália, Chile, Colômbia e Espanha. Essa escolha ocorreu pela proximidade com o direito brasileiro e, no caso da Itália, Chile e Colômbia, da expressa inserção legislativa do *standard* probatório, no direito penal, e a Espanha, no qual, embora inexista um estandar probatório previsto na legislação, é perceptível a preocupação do Tribunal Constitucional e do Tribunal Supremo com o tema. É possível, assim, a compreensão das alterações ocorridas nos referidos ordenamentos jurídicos com a inserção de um instituto de origem estrangeira.

O objetivo da análise comparativa é o de compreender como esse instituto vem sendo analisado em países com ordenamentos jurídicos tão diversos, mas que vêm se utilizando dos estândares para uma melhor definição sobre a suficiência probatória. A comparação com o direito brasileiro ocorrerá nos capítulos quatro e cinco, afinal, tendo em vista a pouca experiência brasileira, bem como a maior evolução doutrinária daqueles países em relação ao tema, a experiência estrangeira é imprescindível para uma melhor compreensão do funcionamento dos estândares probatórios, bem como os requisitos para a sua adaptação ao direito brasileiro.

### **3.2 Standards probatórios no *common law***

A preocupação com os *standards* probatórios foi iniciada no *common law* e, antes de passar à análise de sua utilização tanto nos EUA, como na Inglaterra, afigura-se importante a realização de alguns esclarecimentos quanto ao direito probatório nesses países.

A regulação das provas, no geral, é mais desorganizada, com um baixo grau de ordenação e comparação com os países do *civil law*, em que a legislação auxiliar no esquema organizacional das regras probatórias. Isso ocorre porque o direito probatório no *common law* foi desenvolvido primordialmente pela jurisprudência, não se podendo ignorar a eficácia vinculante dos precedentes nos países daquela tradição.<sup>346</sup>

---

<sup>346</sup> DAMAŠKA, Mirjan R. *El derecho probatorio a la deriva*. Trad. de Joan Picó i Junoy. Madri: Marcial Pons, 2015, p. 26-28.

Outro ponto relevante é a predominância da atuação do júri na avaliação dos fatos,<sup>347</sup> muito embora este venha deixando de ser utilizado em diversas hipóteses, em especial na Inglaterra,<sup>348</sup> *o que faz com que o direito probatório tenha sido pensado a partir do procedimento do júri.*<sup>349</sup> Portanto, há uma considerável separação entre a função do juiz profissional e do jurado: o primeiro realiza o controle da admissibilidade das provas, de forma a evitar a contaminação da decisão dos jurados, a qual não é fundamentada<sup>350</sup>, mas, ainda assim, atua apenas como uma espécie de árbitro, sem participar da valoração das provas.<sup>351</sup> Assim, as diversas regras que excluem a admissibilidade das provas nos países do *common law* objetivam garantir uma melhor análise dos fatos, evitando a utilização de provas pouco confiáveis,<sup>352</sup> mas também de conceder maior eficiência ao julgamento, organizando melhor as discussões dos jurados.<sup>353</sup>

Por fim, como as decisões dos jurados independem de qualquer motivação, tem-se um considerável incentivo para o desenvolvimento dos *standards* probatórios nesses países. Afinal, uma vez que, ao contrário dos países do *civil law*, em que a teoria da prova é focada na motivação dos juízes, trata-se de elemento inacessível no *common law*. Assim, a única forma de existir algum controle do mérito da análise dos fatos é por meio das instruções feitas ao júri com base nos *standards*, para que eles compreendam os requisitos para a comprovação das questões fáticas durante o julgamento do caso.

---

<sup>347</sup> Nos EUA, há o direito a ser julgado pelo júri, garantido pela sexta emenda à Constituição, mas que pode ser renunciado pelo acusado.

<sup>348</sup> Consoante relata a doutrina, o direito a ser julgado pelo júri, apesar de ser contemplado pela Carta Magna Inglesa e no *Bill of Rights* de 1689, vem sendo limitado pela legislação processual moderna, tendo sido suprimido do processo civil e limitado a setores específicos do processo penal, a exemplo da seção 43, do *Criminal Justice Act* de 2003. Com menção aos tipos de delitos e aos casos em que o júri atua: SANTOS, Tomás J. Aliste. *Sistema de common law*. Salamanca: Ratio Legis, 2013, p. 240-241. Apesar dessa alteração no direito processual inglês, não é possível verificar nenhuma indicação de alteração significativa em relação ao tratamento do direito probatório, no que se refere especificamente ao estândares probatórios.

<sup>349</sup> DAMAŠKA, Mirjan R. *El derecho probatorio a la deriva...* cit., p. 130-132; DAMAŠKA, Mirjan R. *Evaluation of evidence: pre-modern and modern approaches*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 128.

<sup>350</sup> A título exemplificativo, tem-se a vedação à utilização da *hearsay witness*, que seria a proibição da testemunha que apenas ouviu falar do fato, mas não o presenciou.

<sup>351</sup> Há, no entanto, a possibilidade excepcional e de rara utilização, ao menos no direito norte-americano do *hung jury*, em que o juiz determina a repetição do processo quando o veredito seja abertamente contrário às provas (SANTOS, Tomás J. Aliste. *Sistema de common law...* cit., p. 253).

<sup>352</sup> Não se ignora aqui que no Brasil também existem um sem número de regras relativas à admissão das provas, a exemplo da limitação de certas pessoas a testemunhar, a utilização da teoria da prova ilícita por derivação, entre outros exemplos, mesmo que, a princípio, a teoria do direito probatório tenha se desenvolvido em volta do juiz profissional e não do juiz leigo.

<sup>353</sup> DAMAŠKA, Mirjan R. *El derecho probatorio a la deriva...* cit., p. 54.

### 3.2.1 Standards probatórios nos Estados Unidos da América

Nos EUA, são utilizados, em linhas gerais, três diferentes *standards* probatórios: a) o *standard* da *preponderance of evidence* (preponderância da evidência), para a litigância civil, mas também em outras situações; b) um *standard* intermediário ou mesmo um agrupamento de *standards* sobre um mesmo rótulo, denominado de *clear and convincing evidence* (prova clara e convincente), atuando como uma espécie de *standard* probatório intermediário e c) o *standard proof beyond a reasonable doubt* (prova acima de dúvida razoável), exigido para a sentença condenatória penal.

Uma observação prévia concerne a uma particularidade dos EUA, pois, embora geralmente classificado como um país que adota o *common law*, possui considerável diferenciação em relação ao funcionamento do direito em cada Estado. Especificamente, o Estado da Louisiana adota o sistema de *civil law*,<sup>354</sup> mas, mesmo assim, provavelmente devido à influência da tradição jurídica do restante do país, acolhe expressamente o *standard* que exige prova acima de toda dúvida razoável no art. 804 do Código de Processo Penal<sup>355</sup> e também o da preponderância da evidência e da prova clara e convincente, consoante reconhece a Suprema Corte da Louisiana.<sup>356</sup>

---

<sup>354</sup> SANTOS, Tomás J. Aliste. *Sistema de common law*. Salamanca: Ratio Legis, 2013, p. 51. Sobre o tema, embora destacando que se trata de um sistema de *civil law* com forte influência do *common law*, tendo em vista a forte influência da metodologia do *common law* norte-americano: CARBONNEAU, Thomas E. The survival of civil law in North America: the case of Louisiana. *Law Library Journal*, v. 84, 1992.

<sup>355</sup> Art. 802. General charge; scope. The court shall charge the jury: (1) As to the law applicable to the case; (2) That the jury is the judge of the law and of the facts on the question of guilt or innocence, but that it has the duty to accept and to apply the law as given by the court; and (3) That the jury alone shall determine the weight and credibility of the evidence. Art. 804. Same; charge as to presumption of innocence, reasonable doubt, and several grades of offense A. In all cases the court shall charge the jury that: (1) A person accused of crime is presumed by law to be innocent until each element of the crime, necessary to constitute his guilt, is proven beyond a reasonable doubt; (2) It is the duty of the jury, in considering the evidence and in applying to that evidence the law as given by the court, to give the defendant the benefit of every reasonable doubt arising out of the evidence or out of the lack of evidence in the case; and (3) It is the duty of the jury if not convinced of the guilt of a defendant beyond a reasonable doubt, to find him not guilty. The court may, but is not required to, define "the presumption of innocence" or "reasonable doubt" or give any other or further charge upon the same than that contained in this article. B. When there are several grades of an offense contained in a single count, the court shall charge the jury as to each grade of which the defendant could be found guilty. The court shall in that case also charge the jury that if it has a reasonable doubt as to any or all grades of the offense charged it shall find the defendant not guilty of that grade, or all grades of the offense, as the case may be.

<sup>356</sup> Em um caso específico afirmou-se expressamente que: "In criminal cases the rules of evidence in this state are statutory, while in civil cases they are not restricted generally by statutory law, the measure of proof in any particular case depending principally upon its nature. For example, in cases involving ordinary money judgments, only a fair preponderance of the evidence is required to establish the claim, while our courts universally require more than a fair preponderance of the evidence in cases where fraud is involved" (Suprema Corte da Louisiana, 5 de Agosto, 1942, 9 So. 2d 662 (La. 1942)). Nessa mesma decisão há

Existem grandes polêmicas sobre a forma de apresentação e conceituação de cada um dos *standards* de prova. Desde a própria forma de sua apresentação, partindo de probabilidades numéricas ou de graus de corroboração lógico-indutivas, até a própria adequação dos *standards* indicados.

Antes de partir para uma apresentação de cada um dos *standards*, cumpre relatar como a Suprema Corte norte-americana aborda o tema. De acordo com a Corte, o *standard* probatório consiste em conceito inserido na cláusula do devido processo legal e que, no direito probatório, serve para instruir o julgador acerca do grau de confiança que a sociedade acredita que ele deve ter na correção das conclusões fáticas para cada tipo de julgamento.<sup>357</sup> Além disso, também tem por função a alocação do risco de erro entre os litigantes<sup>358</sup> e para indicar o grau de importância das decisões, de forma a pressionar o julgador acerca da relevância dos interesses envolvidos.<sup>359</sup>

Nos EUA, em geral, a decisão sobre o *standard* de prova a ser adotado para as diferentes situações de direito material é tradicionalmente deixada para o Poder Judiciário<sup>360</sup>, no entanto, verifica-se que ocasionalmente alguns Estados legislam sobre o tema, como será devidamente mencionado, eis que constam diversas decisões da Suprema Corte norte-americana revisando esses textos normativos.

### 3.2.1.1 *Beyond any reasonable doubt*

O *standard* exigido para a sentença condenatória penal é o mais estudado e aquele sobre o qual há maior preocupação doutrinária, tendo a sua aplicação jurisprudencial sofrido inúmeras variações ao longo do tempo.

A origem desse *standard* possui uma conotação histórica bastante curiosa. Na atualidade, embora tenha assumido uma conotação de proteção do acusado, mediante a exigência de uma suficiência probatória mais alta para a condenação penal em relação aos padrões probatórios exigidos em outros ramos do direito, as raízes históricas do seu desenvolvimento apontam para uma origem diversa.

---

referência à utilização do *standard* de prova clara e convincente para a comprovação da acusação de má conduta grave.

<sup>357</sup> In re Winship, 397 U.S. 358 (1970); Addington v. Texas, 441 U.S. (1979).

<sup>358</sup> In re Winship, 397 U.S. 358 (1970). Para um maior aprofundamento sobre a distribuição dos riscos, remete-se o leitor para o capítulo 2.

<sup>359</sup> Addington v. Texas, 441 U.S. (1979).

<sup>360</sup> Woodby v. Immigration Service, 385 U.S. (1966).

Trata-se de um instituto que possui raízes teológicas, tendo sido desenvolvido como uma forma de proteger as almas dos jurados e não para proteger os acusados. Na tradição cristã, uma pessoa que era detentora de dúvidas acerca da culpabilidade de um acusado e condenava um inocente havia praticado um pecado mortal, condenando, assim, a sua alma. Por conta disso, a taxa de condenação era muito baixa, tendo sido desenvolvido o raciocínio de que as suas almas estariam a salvo, desde que as suas dúvidas estivessem dentro da razoabilidade.<sup>361</sup>

A busca pelo primeiro caso no qual ocorreu a utilização desse *standard* é praticamente inviável, embora se reconheça que já estava presente nos julgamentos desde a parte final do século XVIII.<sup>362</sup>

A primeira menção a que se tem registro deste *standard* ocorreu em 1770, durante o Julgamento dos Massacres de Boston, muito embora não haja qualquer indicação de que esta tenha sido uma proposta inovadora. De acordo com os registros históricos, tanto a acusação quanto a defesa enfatizaram que os acusados estavam sendo julgados de acordo com a doutrina tradicional e ambos fizeram menção ao *standard acima de qualquer dúvida razoável*.<sup>363</sup> No entanto foi apenas por volta de 1878 que o requerimento de um mais alto grau de corroboração veio a ser cristalizado na fórmula *beyond a reasonable doubt*.<sup>364</sup>

Em 1970, no caso *In re Winship*,<sup>365</sup> a Suprema Corte Americana analisou qual seria o *standard* aplicável para que um menor fosse condenado por um ato que, se cometido por um adulto, constituiria um crime. Nas razões do acórdão, foi concedido nível constitucional para o *standard acima de qualquer dúvida razoável*, inclusive afirmando-se que esse status já teria sido reconhecido em diversos julgados desde 1881. Afirmou-se que esse estândar seria essencial para a redução do risco de condenações baseadas em falsos positivos, concretizando, assim, o princípio da presunção de

<sup>361</sup> WHITMAN, James Q. *The origins of reasonable doubt: theological roots of the criminal trial*. Londres: Yale University Press, 2008.

<sup>362</sup> WHITMAN, James Q. *The origins of reasonable doubt: theological roots of the criminal trial...* cit., p. 193; SHAPIRO, Barbara. *Beyond reasonable doubt and probable cause: historical perspectives on the Anglo-American Law of evidence*. Berkeley: University of California Press, 1991, p. 22.

<sup>363</sup> SHAPIRO, Barbara. *Beyond reasonable doubt and probable cause: historical perspectives on the Anglo-American Law of evidence...* cit., p. 22.

<sup>364</sup> MACCORMICK, Charles Tilford. *MacCormick on evidence*. 3ª ed. Revisor geral Edward W. Clearly. St. Paul: West Publishing, 1984, p. 962; HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. In: VÁZQUEZ, Carmen (ed). *Estandáres de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 69, nota n. 19.

<sup>365</sup> *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970).

inocência. Nesse mesmo julgamento, afirmou-se que ele seria exigido em relação a todos os fatos necessários para que ação ou omissão do acusado constituam um tipo penal.

Mesmo após a sua consolidação como estandar exigido para a prolação da sentença condenatória penal, a forma de explicar o seu conteúdo ao júri é bastante variável nos EUA, sendo possível verificar que, a despeito de ser um conceito arraigado na tradição do direito daquele país, ainda não alcançou uma definição acerca do seu conteúdo.

Larry Laudan fez um interessante apanhado de vários conceitos utilizados pelos tribunais norte-americanos, realizando uma interessante crítica a cada um deles.

Uma primeira definição consiste em definir prova *acima de toda dúvida razoável* como a segurança na crença que consideramos apropriadas para a tomada de decisões importantes na vida ordinária”. A principal crítica relativa a esse *standard* está relacionada com o fato de que, na vida ordinária, em muitos momentos, as pessoas atuam *a despeito da existência de uma dúvida razoável*. Assim, a comparação não seria adequada, eis que, se fosse exigida convicção para além de toda dúvida razoável para que uma pessoa viesse a praticar um determinado ato, a vida ordinária acabaria paralisada.<sup>366</sup>

Outro conceito de prova *acima de toda dúvida razoável* é a de que ela seria o tipo de dúvida que faria uma pessoa prudente vacilar em atuar de determinada forma em suas atuações pessoais relevantes”. Para além da crítica já mencionada no exemplo anterior, Laudan acrescenta o fato de que o ser humano, muitas vezes, mesmo na ausência de dúvidas razoáveis deixa de tomar certas decisões por outros motivos. A título exemplificativo, menciona o caso da esposa que é maltratada rotineiramente pelo marido, mas, ainda assim, não se separa, sendo hipótese na qual não haveria qualquer dúvida de que a situação atual é contrária aos seus melhores interesses.<sup>367</sup>

Um terceiro conceito de prova *acima de toda dúvida razoável* é afirmar que ela é uma convicção estável na culpabilidade do acusado”. A interpretação do que seria uma “convicção estável” é compreendida como uma crença que é sustentada “firmemente e sem dúvidas”. O grande problema dessa definição é o apelo ao simples estado subjetivo dos jurados, pois uma convicção firme não tem, necessariamente, qualquer conexão com as provas disponíveis. Isso faria com que fosse possível a condenação penal com base em

---

<sup>366</sup> LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal*. Trad. Carmen Vázquez e Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 68-70.

<sup>367</sup> LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal*... cit., p. 70-71.

crenças irracionais, como o simples fato de o acusado ter uma tatuagem ou “cara de bandido”.<sup>368</sup>

Um quarto conceito consiste em afirmar que a dúvida razoável é aquela dúvida para a qual é possível oferecer alguma razão. Muito embora essa seja a visão preferida de Laudan, especialmente nos casos em que ela vem acompanhada da exigência de que essa dúvida seja fundamentada nas provas disponíveis, existem diversas decisões das Cortes Estaduais rejeitando essa forma de definição. Dentre os motivos, tem-se afirmações de que: i) em alguns casos não se define que razões são essas; ii) o jurado pode ter uma dúvida razoável, mas que não seja capaz de formulá-la; iii) o jurado não seria obrigado a ter uma razão para inocentar o réu, eis que isso seria comparável a exigir que o réu apresente uma defesa, o que seria incompatível com processo penal, no qual os encargos probatórios pertencem apenas ao acusador; iv) a exigência de razões poderia intimidar os jurados sugerindo que eles possam a ser chamados a explicar suas dúvidas.<sup>369</sup>

Um último conceito é o de que a prova acima de toda dúvida razoável seria uma crença altamente provável, relacionando-a a probabilidades numéricas, no sentido de haver uma probabilidade entre 90 e 95% de que o acusado seja culpado. Esta é uma posição que tem forte popularidade entre a doutrina e os cidadãos, mas não é muito utilizada pelo Poder Judiciário, que rechaça a definição dos estândares probatórios por meio de probabilidades numéricas.<sup>370</sup>

Essa probabilidade é muitas vezes utilizada pela doutrina a partir de uma passagem clássica dos comentários de William Blackstone, no qual defende o autor que o direito afirma que é melhor que dez homens culpados sejam inocentados do que um inocente venha a ser condenado indevidamente.<sup>371</sup>

A doutrina costuma utilizar essa afirmativa para analisar, do ponto de vista utilitário, como deve ser fixado o *standard* probatório. Michael L. Dekay aponta diversos autores, bem como a própria Suprema Corte norte-americana, que se utilizam do

---

<sup>368</sup> Idem, ibidem, p. 71-74.

<sup>369</sup> Idem, ibidem, p. 74-77.

<sup>370</sup> Idem, ibidem, p. 68-83.

<sup>371</sup> Trata-se de passagem no qual o autor faz diversas considerações sobre o direito probatório e afirma que “all presumptive evidence of felony should be admitted cautiously, for the law holds that it is better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer”. (BLACKSTONE, Sir William. *Commentaries on the Laws of England in Four Books*. Notes selected from the editions of Archibold, Christian, Coleridge, Chitty, Stewart, Kerr, and others, Barron Field’s Analysis, and Additional Notes, and a Life of the Author by George Sharswood. Philadelphia: J.B. Lippincott Co., 1893, vol. 2, disponível em: <https://oll.libertyfund.org/titles/blackstone-commentaries-on-the-laws-of-england-in-four-books-vol-2/simple>, acessado em 29 de maio de 2019, p. 359).

raciocínio desenvolvido por Blackstone para analisar o *standard* penal.<sup>372</sup> Para além da crítica à utilização de números para expressar os estândaes, o próprio raciocínio base é problemático. Blackstone não aprofunda a sua afirmativa, sendo improvável que ele tenha feito reflexões detidas sobre os custos relativos das condenações falsas nos processos criminais e, além disso, seria bastante duvidoso que esse cálculo fosse preciso na atualidade,<sup>373</sup> ou mesmo que, em algum momento, fosse possível comprovar moralmente essa proporção específica.<sup>374</sup>

Face à evidente dispersão de entendimentos, alguns tribunais estaduais e federais têm chegado ao “ato supremo de desespero” de recusar a possibilidade de explicação, pelos magistrados, do que significaria a *prova acima de qualquer dúvida razoável*. Em Oklahoma, por exemplo, a mera explicação deste *standard* para os jurados já seria um fundamento para a revogação da condenação. O argumento mais utilizado para justificar este posicionamento advém da afirmação de que o *standard* acima de qualquer dúvida razoável seria auto evidente ou auto definível e por isso não necessitaria de maiores comentários ao seu respeito.<sup>375-376</sup>

A Suprema Corte norte-americana também não tem auxiliado nessa empreitada. Afinal, já afirmou que, embora o *standard acima de qualquer dúvida razoável* seja um elemento essencial do devido processo legal, a Constituição não proíbe e nem exige que as Cortes definam o seu conceito, bastando que façam menção ao *standard* em si.<sup>377</sup> Por outro lado, estudos empíricos apontam para algo que,

---

<sup>372</sup> DEKAY, Michael L. The difference between Blackstone-like error ratios and probabilistic standard of proof. *Law & Social Inquiry*, v. 21, n. 1, 1996, p. 96. Semelhante constatação é vista em: VOLOKH, Alexander. *N guilty men*. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 146, n. 2, 1997, p. 174,179.

<sup>373</sup> PICINALI, Federico. Can the reasonable doubt standard be justified? A reconstructed dialogue. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, v. XXXI, n. 2, ago.-2018, p. 369.

<sup>374</sup> HAAG, Ernest Van Den; REIMAN, Jeffrey. On the common saying that it is better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer: *pro* and *con*. *Social and Philosophy & Policy*, n. 2, 1990, p. 227.

<sup>375</sup> LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal...* cit., p. 83-86. A essa ausência de definição pelos tribunais, inclusive sugerida pela doutrina, também é referida por outro norte-americano: CLERMON, Kevin M. *Standards of decision in Law*. Carolina do Norte: Carolina Academic Press, 2013, p. 27. Ver, em crítica à ideia de que este seria um conceito auto evidente: PICINALI, Federico. Is “proof beyond a reasonable doubt” a self-evident concept? Considering the US and the Italian legal cultures towards the understanding of the standard of persuasion in criminal cases. *Sistema Penal & Violência*, v. 2, n. 1, 2010. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/7473>. Acessado em dia 15 de junho de 2019.

<sup>376</sup> Esse é também o entendimento da Corte Superior da Austrália, segundo a qual, não há necessidade de explicação dos *standards* porque seria um conceito bem compreendido pelos jurados e de uso corriqueiro. Fazendo menção ao julgado: ESSEX, Ryan; GOODMAN-DELAHUNTY, Jane. Judicial directions and the criminal standard of proof: improving juror comprehension. *Journal of Judicial Administration*, v. 24, n. 2, dez.-2014, p. 76.

<sup>377</sup> *Victor v. Nebraska*, 511 U.S. (1994).



aparentemente, é óbvio: o conceito do *standard* que exige *prova além de toda dúvida razoável* não é auto evidente para o júri e que a falta dessa definição acaba por dificultar os julgamentos, tendo em vista a incerteza quanto ao grau de prova exigido.<sup>378</sup>

Do ponto de vista da doutrina, a questão também é bastante diversificada, eis que, como visto no capítulo anterior, um primeiro dilema quanto ao desenvolvimento de um conceito de *prova acima de toda dúvida razoável* está relacionado com a concepção adotada acerca do direito probatório. Enquanto alguns preferem a utilização do teorema de bayes, outros utilizam-se de probabilidades baconianas, o que acaba alterando significativamente a conceituação dos *standards*.<sup>379</sup>

Destaca-se a grande dispersão de entendimentos acerca do tema, o que acaba implicando muitas incertezas em sua utilização. De toda forma, o significado central do de prova *acima de toda dúvida razoável* é a exigência de um grau de confirmação particularmente elevado da culpabilidade do acusado, tendo o objetivo de diminuir os riscos de um falso positivo. A verificação da obtenção do *standard* deve ser relacionada a cada um dos fatos principais, inclusive de eventuais fatos agravantes.<sup>380</sup>

Ele é aplicável tão somente aos casos penais, mais especificamente à sentença condenatória. Se o mesmo fato for discutido no cível – em que as sanções penais não podem ser aplicadas – a exigência probatória é menor, pois as consequências da decisão não são geralmente sérias como as que ocorrem no direito penal. Essa diferenciação pode ser observada na prática por meio do conhecido exemplo do ex-jogador de futebol americano OJ Simpson que, em relação ao mesmo fato (assassinato de sua ex-esposa e um suposto namorado) foi inocentado no júri penal, mas condenado no júri cível.<sup>381</sup> No

<sup>378</sup> KERR, Norbert; ATKIN, Robert S.; STASSER, Garold; MEEK, David; HOLT, Robert W.; DAVIS, James H. Guilt beyond reasonable doubt: effects of concept definition and assigned decision rule on the judgments of mock jurors. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 34, n. 2, 1976, p. 292; PICINALI, Federico. The threshold lies in the method: Instructing jurors about reasoning beyond reasonable doubt. *The International Journal of Evidence & Proof*, v. 19, n. 3, 2015, p. 139-140.

<sup>379</sup> Na verdade, a polêmica alcança temas bem mais complexos do que a simples definição do *standard* penal. Isso porque há diferentes formas de reconstrução da justificativa desse *standard*, bem como autores que defendem até a diminuição desse *standard*, por ser considerado muito exigente. Ocorre que tal aprofundamento acabaria por fugir aos propósitos desse capítulo, que objetiva fornecer apenas um panorama geral do tema, de forma a servir de inspiração para a construção brasileira, fazendo com que o foco seja mais nos conceitos já estabelecidos do que nas propostas de revisão. Um interessante panorama das discussões doutrinárias mais complexas pode ser visto no seguinte texto: PICINALI, Federico. Can the reasonable doubt standard be justified? A reconstructed dialogue... cit.

<sup>380</sup> INGRAM, Jefferson L. *Criminal evidence*. 10ª ed. Ohio: Anderson Publishing, 2009, p. 53, 61. Larry Laudan afirma que nos estados do Alaska, Delaware, Illinois, Louisiana, Maryland, Ohio, Pennsylvania, Rhode Island, South Carolina, Texas e West Virginia possuem essa exigência (LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal...* cit., p. 166).

<sup>381</sup> Sobre o crime e o seu julgamento, cf.: TOOBIN, Jeffrey. *American Cryme Story: o povo contra O. J. Simpson*. Tradução de Lucas Magdiel. São Paulo: DarkSide, 2016.

entanto, há certa discussão acerca do *standard* aplicável ao processo civil, quando a discussão envolve fatos que são também tipos penais, variando entre a *preponderância da evidência* e a *prova clara e convincente*.<sup>382</sup>

### 3.2.1.1.1 *Standard* da defesa “afirmativa”

Em algumas situações, o réu, para além de produzir contraprovas à versão narrada pela acusação, se utiliza de defesas “afirmativas”. Elas consistem em defesa que ultrapassa a simples negação, levantando novas questões que, caso acolhidas, levam ou a uma decisão de não culpabilidade ou à sua redução.<sup>383</sup> No entanto, não parece haver uma definição precisa do que efetivamente seria o conceito de defesa afirmativa,<sup>384</sup> sendo possível também destacar que as possíveis defesas consideradas como afirmativas variam a depender do Estado, trazendo Larry Laudan um apanhado de exemplos reconhecidos como tais, a exemplo da legítima defesa, insanidade, consentimento, erro de fato, intoxicação involuntária, imunidade legal, culpa de terceiro, dentre outras.<sup>385</sup>

Em tais situações, a regulação do tema varia a depender do Estado. Em pelo menos onze Estados, afirma-se que o ônus da prova pertence a réu e não à acusação.<sup>386</sup> Em outros Estados, se o acusado fornecer indícios da existência da defesa afirmativa, incumbe a acusação o encargo probatório *acima de qualquer dúvida razoável* de que a afirmativa do réu está incorreta.<sup>387</sup> Ocorre que, quando há algum encargo probatório imposto ao acusado, utiliza-se o *standard* cível, da *preponderância da evidência*<sup>388</sup> e não o *standard* de *prova acima de toda dúvida razoável*. A Suprema Corte norte-americana

<sup>382</sup> MACCORMICK, Charles Tilford. *McCormick on evidence*... cit., p. 964.

<sup>383</sup> HALL, Daniel E. *Criminal law and procedure*. 6ª ed. Nova Iorque: Delmar Cengage, 2012, p. 248.

<sup>384</sup> Em outra obra, por exemplo, a defesa afirmativa é simplesmente definida como “A defense, such as insanity or entrapment, in which the defendant bears the burden of persuasion to prove the existence of all elements of the defense”. (FERDICO, John N.; FRADELLA, Henry F.; TOTTEN, Christopher. *Criminal procedure for the criminal justice professional*. 10ª ed. Nova Iorque: Delmar Cengage, 2009, p. 795). Em outro manual a questão é posta da mesma forma, apenas tratando das discussões sobre o ônus da prova: INGRAM, Jefferson L. *Criminal evidence*..., p. 63.

<sup>385</sup> LAUDAN, Larry. *Legal epistemology: the anomaly of affirmative defenses*. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1183363](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1183363), acessado em 31 de março de 2020, p. 3.

<sup>386</sup> INGRAM, Jefferson L. *Criminal evidence*..., p. 48.

<sup>387</sup> INGRAM, Jefferson L. *Criminal evidence*... cit., p. 63; LAUDAN, Larry. *Legal epistemology: the anomaly of affirmative defenses*... cit., p. 4.

<sup>388</sup> Com referência a diversas decisões nesse sentido: INGRAM, Jefferson L. *Criminal evidence*... cit., p. 50. De acordo com Laudan, essa é a posição em pelo menos doze estados (LAUDAN, Larry. *Legal epistemology: the anomaly of affirmative defenses*... cit., p. 4). Essa é também a posição da Suprema Corte: *Dixon v. United States*, 548 U.S. (2006).

já afirmou a impossibilidade de utilização do estândar da *prova clara e convincente* para a alegação de insanidade mental.<sup>389</sup>

### 3.2.1.2 *Preponderance of evidence*: o *standard* probatório dos casos cíveis

A utilização deste *standard* probatório foi iniciada por volta do final do século XVIII, como uma forma de contraste ao *standard* penal. No entanto, apenas começou a funcionar como uma orientação para o julgamento do júri de forma expressa pelos juízes na metade do século XIX.<sup>390</sup>

O *standard* aplicável à litigância civil (*preponderance of evidence*) é geralmente compreendido como *preponderância da evidência*. Para aqueles que adotam o bayesianismo, há uma tentativa de expressar este *standard* por meio da afirmativa de que a probabilidade a ser alcançada é maior do que 50%. Há outra parcela da doutrina que prefere fazer menção aos graus de corroboração sem fazer a utilização de probabilidades numéricas.<sup>391</sup>

Independentemente da forma de enunciação do *standard*, é evidente que a análise ocorre em face da *qualidade* dos elementos probatórios e não por uma análise quantitativa. O importante não é a quantidade de provas, mas a qualidade do suporte probatório em relação à hipótese fática construída pela parte.<sup>392</sup>

Do ponto de vista dos casos concretos, a doutrina identifica quatro modelos de apresentação deste *standard* para o júri (os três primeiros são usados pelos EUA e o último pela Inglaterra e Canadá).

---

<sup>389</sup> A questão foi analisada do ponto de vista da alocação de riscos, concluindo a Corte que “Enquanto importantes interesses estatais estão em jogo, nesses casos, o direito fundamental de ser julgado apenas se tiver condições para tanto ultrapassa o interesse estatal acerca do funcionamento eficiente do sistema de justiça criminal (Tradução livre de “While important state interests are unquestionably at stake, in these latter cases the defendant's fundamental right to be tried only while competent outweighs the State's interest in the efficient operation of its criminal justice system”), não havendo justificativa para a imposição de um *standard* tão exigente. (Cooper v. Oklahoma, 517 U.S. (1996). Especificamente sobre esse julgamento, cf.: MEYERS, Alaya B. Rejecting the clear and convincing evidence standard for proof of incompetence. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 87, n. 3, 1997.

<sup>390</sup> LEUBSDORF, John. The surprising history of the preponderance standard of civil proof. *Florida Law Review*, v. 65, 2015, p. 1570.

<sup>391</sup> A divisão doutrinária sobre o tema foi devidamente analisada no capítulo 2, para onde se remete o leitor.

<sup>392</sup> BROOK, James. Inevitable errors: the preponderance of the evidence standard in civil litigation. *Tulsa Law Journal*, v. 18, n. 1, 1982, p. 81; REDWYANE, Mike. Standard of proof in civil litigation. *The Modern Law Review*, v. 62, 1999, p. 168; MACCORMICK, Charles Tilford. *McCormick on evidence...* cit., p. 957.

Eles são apresentados da seguinte maneira: a) *greater weight of the evidence*, em que o juiz apenas afirma aos jurados que o *standard* aplicável é o *preponderance of evidence* sem maiores detalhes. Nessa formulação, o *standard* é apresentado por meio de analogias, tais como, se houvesse uma balança com as evidências trazidas por ambas as partes, para o julgamento ser favorável, a balança deve pender favoravelmente para a parte autora. Um dos problemas desta primeira forma de apresentação é o de que o fato de uma balança pender para um dos lados, não significa que ela teria alcançado um grau de corroboração adequado para ser considerada como provada; b) *more likely than not*, usado especialmente na Califórnia, em que o juiz afirma que as provas trazidas pela parte autora deve ser capaz de persuadir o jurado de que a sua hipótese fática é mais provável de ser verdadeira do que não; c) *actual belief*, que, embora esteja atualmente em desuso, significa que o jurado deve acreditar nas evidências trazidas pela parte para considerá-las como provadas; d) *balance of probabilities*, em que o autor deve ser capaz de provar aos jurados que a sua versão dos fatos tem mais probabilidade de ser verdadeira do que não.<sup>393</sup>

A base por trás desse estândar é a de equivalência dos custos dos erros, pressupondo que ambas as partes estão em situação equivalente, não existindo valores que protejam nem o autor e nem o réu, que mereçam uma valoração diferente pelo direito. Há, então, a consideração, pelo ordenamento jurídico, de que as partes estão em situação de igualdade e que seria injusto impor encargos probatórios maiores para qualquer um dos lados da demanda.<sup>394</sup> Afinal, basta que um deles desequilibre a “balança” probatória de forma a ser favorável à sua hipótese probatória para que seja vencedor. A noção básica é a de que um erro em favor do autor não é mais ou menos grave do que um erro em favor do réu, ou que um dólar erroneamente pago pelo réu (falso positivo) é tão custoso para a sociedade quanto um dólar erroneamente não pago pelo réu (falso negativo).<sup>395</sup>

A Suprema Corte norte-americana costuma fazer referência ao fato de que este deve ser o estândar adotado para os casos em que haja apenas uma disputa monetária, no qual a sociedade tenha apenas um mínimo de preocupação com o resultado, gerando

---

<sup>393</sup> LEUBSDORF, John. The surprising history of the preponderance standard of civil proof... cit., p. 1571-1576.

<sup>394</sup> BROOK, James. Inevitable errors: the preponderance of the evidence standard in civil litigation... cit., p. 85.

<sup>395</sup> CLERMONT, Kevin M. *Standards of decision in Law...* cit., p. 17.

uma situação de igualdade entre os litigantes, que devem dividir o risco de erro na decisão sobre os fatos.<sup>396</sup>

A verdadeira questão é a de se a evidência tem valor probatório suficiente para criar, na mente do julgador dos fatos, uma crença de que mais é provável do que não a veracidade da hipótese fática construída pela parte.<sup>397</sup> A preponderância mencionada neste *standard* não deve ser entendida apenas como a exigência de que uma hipótese fática seja apenas mais provável do que a desenvolvida pela parte contrária.

Isso geraria uma situação em que, produzida alguma prova favorável a uma das hipóteses fáticas, caso a hipótese fática contraposta esteja ausente de provas, a parte que desenvolveu essa segunda hipótese sempre teria o julgamento contra si, mesmo diante da fragilidade probatória da outra parte. Em outros termos, é possível que, apesar de um dos litigantes ter uma situação probatória melhor, ainda assim, os julgadores do fato não estejam convencidos dessa hipótese fática. Indica-se ainda que isso iria pressupor que o julgador atua no vácuo, devendo aceitar qualquer prova para gerar o convencimento da *preponderância da prova*, mesmo que a sua experiência indique que, mesmo com uma hipótese fática melhor do que a outra, continua improvável que os fatos tenham ocorrido da forma por ela narrada.<sup>398</sup>

Este *standard* é também o que tende a minimizar a quantidade de erros (falsos positivos e falsos negativos) esperados ao longo prazo, pois nenhuma das duas posições processuais tem prevalência na análise das evidências apresentadas.<sup>399</sup> Isto não ocorre, por exemplo, no *standard* exigido para a condenação penal que exige *prova acima de toda dúvida razoável*, que exige uma maior corroboração para a condenação, que tende a gerar mais falsos negativos do que falsos positivos.

---

<sup>396</sup> In re Winship, 397 U.S. (1970); Santosky Et Al. v. Kramer, Commissioner, Ulster County Department of Social Services, et al. 455 U.S. (1982).

<sup>397</sup> BRINKMANN, Moritz. The synthesis of common and civil law standard of proof formulae in the ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure. *Uniform Law Review*, n. 4, 2004, p. 877; MACCORMICK, Charles Tilford. *McCormick on evidence...* cit., p. 957.

<sup>398</sup> MACCORMICK, Charles Tilford. *McCormick on evidence...* cit., p. 957.

<sup>399</sup> PARDO, Michael. Estandáres de prueba y teoría de la prueba. In: VÁZQUEZ, Carmen (ed). *Estandáres de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 103. Como destaca a doutrina, esse *standard* minimiza a quantidade de erros *esperados*, não sendo possível afirmar que há uma efetiva redução do número de erros, uma vez que é bastante improvável que se tenha conhecimento do efetivo número de erros ocorridos em decisões judiciais, portanto, a minimização do número de erros esperados seria a melhor situação obtível na atualidade. (REDWYANE, Mike. Standard of proof in civil litigation... cit., p. 169).

### 3.2.1.3 *Clear and convincing evidence*: o estândar probatório intermediário

O *standard* intermediário tem sido indicado como um conjunto de exigências probatórias sobre um único rótulo. A própria nomenclatura varia a cada Estado e, dentre elas, constam as seguintes: “*by clear and convincing evidence*” (por prova clara e convincente), “*clear, convincing and satisfactory*” (clara, convincente e satisfatória), “*clear, cogent and convincing*” (clara, plausível e convincente) e “*clear, unequivocal, satisfactory and convincing*” (claro, inequívoco, satisfatório e convincente).<sup>400</sup> Em termos gerais, consiste em uma alta probabilidade das hipóteses fáticas apresentadas,<sup>401</sup> muito embora não possua uma definição minimamente precisa,<sup>402</sup> sempre atuando como uma espécie de meio termo entre a *preponderância da prova* e a exigência de *prova acima de qualquer dúvida razoável*.<sup>403</sup>

O objetivo seria a diminuição de erros que possam atingir fortemente a reputação do réu e, por isso, haveria a elevação da probabilidade necessária para que haja um julgamento positivo.<sup>404</sup> A Suprema Corte norte-americana já fez referência a esse *standard* para afirmar o seu caráter intermediário, sendo adequado para as hipóteses em que os interesses individuais em jogo sejam *particularmente importantes e mais relevantes do que uma simples perda monetária*. Da mesma forma, também seria um estândar exigido nas hipóteses em que exista um processo iniciado pelo Estado que ameace o acusado de sofrer uma significativa privação de suas liberdades ou de gerar um forte estigma social, a exemplo da internação compulsória.<sup>405</sup>

É possível verificar que outros traços normativos podem exigir a aplicação do *standard* intermediário. Em 2011, a Suprema Corte norte-americana analisou um caso em que a Microsoft requereu a anulação de uma patente à empresa i4i, levando em consideração de que o §282 do U.S. Code estabelece uma presunção da validade das

<sup>400</sup> BENNET, Bryant. M. Clear and convincing proof: appellate review. *California Law Review*, v. 32, n. 1, mar.-1944, p. 75, nota n. 3.

<sup>401</sup> Nesse sentido: MCBAIN, J. P. Burden of proof: degrees of belief. *California Law Review*, v. 32, 1944, p. 246.

<sup>402</sup> SHERWIN, Emily. Clear and convincing evidence of testamentary intent: the search for a compromise between formality and adjudicative justice. *Connecticut Law Review*, v. 34, 2001-2002, p. 462.

<sup>403</sup> INGRAM, Jefferson L. *Criminal evidence*... cit., p. 51.

<sup>404</sup> CLERMON, Kevin M. *Standards of decision in Law*... cit, p. 24-25.

<sup>405</sup> Santosky Et Al. v. Kramer, Commissioner, Ulster County Department of Social Services, et al. 455 U.S. (1982).

patentes registradas, cabendo à parte que alega eventual defeito a sua demonstração.<sup>406</sup> Entendeu a Corte que o Congresso, ao se utilizar do termo presunção de validade, exige-se um maior grau de corroboração das alegações fáticas que comprovem a existência de alguma nulidade na patente.<sup>407</sup>

Nos EUA, a cessação da autoridade parental pela “negligência permanente” em relação ao(s) filho(s) é um exemplo de utilização do *standard* intermediário, uma vez que a Suprema Corte reconheceu que, em tais procedimentos iniciados pelo Estado, o interesse particular – de manutenção do poder-dever familiar – é mais relevante em comparação com o interesse estatal e que o risco de erro na decisão deve ser alterado por meio do aumento da exigência probatória. Segundo a Corte, a utilização da preponderância da prova colocaria os pais sob uma situação de risco indevido, especialmente porque, em Nova Iorque, local onde ocorreu o fato, a decisão de extinguir o poder-dever familiar é final e irreversível. Na hipótese, a Suprema Corte destacou que não estava levando em consideração os interesses da criança e dos pais adotivos, eis que esse procedimento teria como partes apenas o Estado e os pais biológicos, e não caberia ao Estado presumir que o filho e os pais possuem interesses contrapostos, ao menos nesse estágio do procedimento.<sup>408</sup> Em resumo, esse *standard* minimiza o risco de uma desnecessária ou errônea intervenção governamental nos direitos fundamentais dos pais de permanecer com seus filhos.<sup>409</sup>

O *standard* também vem sendo exigido para os casos de internação compulsória, em que haveria a necessidade de comparação entre o interesse individual de não ser involuntariamente confinado sem um período limite de tempo e o interesse estatal em internar aqueles emocionalmente perturbados. De acordo com a Suprema Corte, é imprescindível o reconhecimento de que a internação compulsória constitui uma significativa privação da liberdade que requer uma proteção adequada do devido processo legal e, além disso, que tal confinamento traz severas consequências sociais para o indivíduo.

---

<sup>406</sup> A 35 U.S.C. § 282 afirma que “[a] patent shall be presumed valid” e que “the burden of establishing invalidity of a patent or any claim thereof shall rest on the party asserting such invalidity.”

<sup>407</sup> Microsoft Corp. v. i4i Ltd. Partnership, 564 U.S. (2011). Especificamente sobre essa decisão, cf.: MACEDO, Charles R.; CAPASSO, Jessica. ‘Clear and convincing’ evidence standard still applies to US patent validity challenges. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2011, v. 6, n. 10.

<sup>408</sup> Santosky Et Al. v. Kramer, Commissioner, Ulster County Department Of Social Services, et al. 455 U.S. (1982).

<sup>409</sup> Court of Appeals of Tennessee, No. E2019-00729-COA-R3-PT, IN RE BRYSON B. ET AL. (2019).

Por conta disso, com o risco de os julgadores determinarem a internação compulsória através de alguns casos isolados de uma conduta antissocial, o risco da perda da liberdade iria requerer uma alteração da exigência probatória, inclusive como uma forma de impressionar o julgador da importância da decisão e de reduzir os riscos de erros. Afinal, em tal situação, o indivíduo não deve dividir com a sociedade os riscos de erros, que são significativamente maiores em relação ao indivíduo do que à sociedade, o que levaria à exigência de *prova clara e convincente*.<sup>410</sup> A Suprema Corte norte-americana afirmou, nesse julgado, que “o indivíduo não deve dividir com a sociedade o risco de erro quando a possibilidade de violação do direito individual é significativamente maior do que o possível dano a ser causado ao Estado”.<sup>411</sup>

Pode-se acrescentar que esse tipo de internação não tem duração definida, podendo o indivíduo restar obrigatoriamente inserido nesse local por um período indefinido, potencialmente permanente.<sup>412</sup> Por outro lado, foi recusada a utilização da exigência de *prova acima de toda dúvida razoável*, sob o fundamento de que a internação compulsória não deve ser equiparada com uma acusação criminal, não sendo propriamente uma sanção penal. Além disso, a *prova acima de toda dúvida razoável* estaria reservada exclusivamente para a decisão de condenação penal.<sup>413</sup>

O *standard* de *prova clara e convincente* é exigido nas ações de desnaturalização, uma vez que traz graves consequências para o cidadão. No caso, alegava-se que o cidadão havia mentido no processo de naturalização e a Suprema Corte exigiu a presença de provas claras, inequívocas e evidentes dos atos ilegais.<sup>414</sup> A fundamentação para exigir prova acima do *standard* exigido no processo civil advém do fato de que as consequências da deportação são severas, causando a quebra dos vínculos com os EUA e a imposição da volta do cidadão para um país em relação ao qual, muitas vezes, não possui mais qualquer identificação.

Outra situação fática na qual exigida a *prova clara e convincente* consiste na hipótese de desligamento dos aparelhos hospitalares que mantêm uma pessoa com vida,

---

<sup>410</sup> Addington v. Texas, 441 U.S. 418 (1979).

<sup>411</sup> "The individual should not be asked to share equally with society the risk of error when the possible injury to the individual is significantly greater than any possible harm to the state." 441 U. S., at 427.

<sup>412</sup> Nota. Standard and burden of proof in mental commitment and release proceedings, *William Mitchell Law Review*, v. 3, n. 1, artigo 6, disponível em <https://open.mitchellhamline.edu/wmlr/vol3/iss1/6>, acessado em 03 de dezembro de 2019, p. 194.

<sup>413</sup> Addington v. Texas, 441 U.S. 418 (1979).

<sup>414</sup> Chaunt v. United States, 364 U.S. (1960). Apontando a exigência do *standard*: Nijhawan v. Holder, 557 U.S. (2009).



apesar da virtual inexistência de possibilidade de recuperação das faculdades cognitivas. Exige-se a demonstração, por meio de *prova clara e convincente*, de que o indivíduo desejaria o desligamento dos aparelhos caso se encontrasse naquela situação específica. A questão, mais uma vez, é resolvida pela distribuição dos erros, eis que uma errônea decisão de não desligar os aparelhos que mantém a pessoa viva implica manutenção do *status quo*, com a eventual possibilidade, mesmo remota, de cura, com o avanço da medicina. Por outro lado, uma decisão errada de retirar o tratamento que mantém a pessoa viva é, naturalmente, irreversível.<sup>415</sup>

É possível identificar ainda a utilização do *standard* intermediário em casos bastante específicos, como uma disputa sobre o direito das águas, mais especificamente um conflito entre dois Estados, em que um deles havia obtido o direito de desviar parte das águas de um rio e, posteriormente, o primeiro Estado alegou que o desvio de água estava ocorrendo para além do acordado. Na decisão, restou afirmado que o ente que requer o fim do desvio da água deveria arcar com a maior parte dos riscos de uma decisão incorreta, uma vez que os perigos que podem resultar de uma alteração drástica na utilização de um rio é tipicamente certo e imediato, no entanto, o benefício potencial de sua alteração é especulativo e remoto, e que o *standard* intermediário teria aptidão de acomodar os interesses conflitantes, de forma a aumentar a estabilidade dos direitos de propriedade e de inserir os recursos para os seus usos mais eficientes.<sup>416</sup>

É verificável que não há uma linha única argumentativa nas decisões, embora esteja sempre presente a questão da importância do direito material envolvido e, principalmente, a diferença entre as consequências advindas da decisão. Tanto no cancelamento da naturalização, deportação, internação compulsória e alteração de um regime hídrico consolidado, a avaliação é a de que os riscos de um falso positivo são muito maiores do que um falso negativo e, em algumas situações, completamente irreversíveis. Não se tem uma situação equiparável ao penal, mas por outro lado, não se trata de um simples caso cível, em que os riscos de erros são equiparáveis.

### 3.2.2 Estândaes probatórios na Inglaterra

---

<sup>415</sup> *Cruzan v. Director, Missouri dept. of health*, 497 U.S. 261 (1990)

<sup>416</sup> *Colorado v. New Mexico*, 467 U.S. 310, (1984).

Na Inglaterra, ao contrário do que ocorre nos EUA, só são admitidas dois padrões probatórios: o *balancing of probabilities* (balanço das probabilidades), voltado para as demandas cíveis e o *sure* (segurança), em geral, aplicável aos casos penais. Um terceiro *standard* probatório, equivalente à *prova clara e convincente* norte-americana não foi admitido pelos tribunais ingleses.<sup>417</sup>

### 3.2.2.1 *Sure*: a suposta evolução do *standard beyond any reasonable doubt*

Inicialmente, a Inglaterra também adotava o *standard* de *prova acima de toda dúvida razoável*. No entanto, por considerarem que era muito difícil de explicar ao júri, tendo supostamente a aptidão de causar confusão para os jurados, acabou sendo abandonado. Como substituto, começou-se a optar por explicar aos jurados simplesmente que eles precisam estar seguros<sup>418</sup> acerca da culpabilidade do acusado.<sup>419</sup>

No caso *R v Majid*,<sup>420</sup> o juiz da causa instruiu o júri de que, para condenarem o acusado, deveriam estar satisfeitos *acima de toda dúvida razoável*. Após os jurados se retirarem, acabaram voltando para requerer um esclarecimento sobre esse conceito, caso em que o juiz afirmou que significava o mesmo que estar seguro da culpabilidade do réu. Segundo explicou a Corte na análise do apelo, embora ele prefira utilizar o termo satisfeito *acima de toda dúvida razoável*, uma vez que entende que estar seguro pode gerar uma confusão no jurado, isso significa o mesmo que ter certeza. Ao fim, a conclusão da *Court of Appeal* foi no sentido de denegar o apelo, pois, no fim das contas, como outras perguntas acerca do *standard* probatório aplicável não foram feitas, o júri não chegou a ser confundido acerca do padrão exigível. Ao que se percebe da decisão, a conclusão poderia ser diferente caso houvesse a tentativa de diferenciação entre o padrão em que o julgador está satisfeito *acima de toda dúvida razoável* e seguro da condenação.

<sup>417</sup> Lord Tucker in *Dingwall v J Wharton (Shipping) Ltd* [1961] 2 Lloyd's Rep 213 at 216, HL. (KEANE, Adrian; MCKEOWN, Paul. *The modern law of evidence*. 9ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 105, nota n. 134).

<sup>418</sup> Muito embora não seja comum, na língua portuguesa, a utilização de segurança como sinônimo de alguma espécie de grau de probabilidade, quando um termo, em tese, mais adequado seria a certeza, não parece possível traduzir o termo *sure* para certeza, ao menos no contexto dos padrões probatórios. Isso ocorre porque, como se verá nesse item, na Inglaterra, uma das discussões existentes sobre esse padrão probatório consiste exatamente na diferenciação entre *sure* (segurança) e *certainty* (certeza), o que impede a utilização de certeza como uma tradução precisa de *sure*.

<sup>419</sup> MCKEOWN, Paul. Commentary - *R. v JL* (2017) EWCA Crim 621. *Criminal Law Review*, n. 184, 2018, p. 3.

<sup>420</sup> *R v. Majid* (2009) EWCA 2563.

É importante destacar alguns comentários feitos pelo Lorde Justice Moses, seguindo a orientação do *Judicial Studies Board*,<sup>421</sup> exigindo que os juízes devem orientar o júri de que a condenação deve ocorrer quando estiverem seguros de ser o acusado culpado, evitando menção ao *standard* que exige convicção acima de toda dúvida razoável. Para além disso, devem evitar qualquer definição dos estândares probatórios aplicáveis, limitando-se a informar que o júri deve estar seguro da culpa do acusado.<sup>422</sup>

Em decisão posterior, problema semelhante foi analisado pela *Court of Appeal*,<sup>423</sup> eis que o júri perguntou diretamente ao juiz: “Nós precisamos ter 100% de certeza da culpa/inocência ou nós podemos decidir com base em dúvida acima do razoável? Se sim, você poderia definir o que acima de dúvida razoável significa?”<sup>424</sup> A resposta do juiz, após dialogar com os advogados, foi no sentido de que

Você não precisa ter 100% de certeza. Você pode decidir acima de dúvida razoável. Uma outra forma de expressar as palavras dúvida razoável é seguro, que foi a expressão utilizada quando eu lhe estava dando direções de como julgar (...). Uma outra forma de expressar a palavra seguro é acima de dúvida razoável. O que isso significa? Uma dúvida razoável é o tipo de dúvida que pode afetar suas mentes se você fosse tomar decisões em questões importantes nos seus próprios interesses, em suas vidas.<sup>425</sup>

A conclusão da *Court of Appeal* foi no sentido de que o juiz estava correto, eis que não é possível atingir 100% de certeza e, além do mais, evitou a confusa distinção entre ter certeza e estar seguro, tendo fornecido uma descrição aceitável do *standard* probatório exigido para o caso concreto. No mesmo sentido das decisões mencionadas, o *The Crown Court Compendium* indica que, caso algum advogado faça referência ao

<sup>421</sup> O *Judicial Studies Board* consiste em direções aos julgadores advindas do *Crown Court Bench Book*, que é o precursor do atual *The Crown Court Compendium*.

<sup>422</sup> “The judge, as he was to make clear during the course of argument, adopts that way of directing the jury as to the standard of proof pointed out to counsel, during the argument that had never been the subject of the appeal. But it is now, because that direction, not only does not comply with the Judicial Studies Board standard direction but led to the very problem that the Judicial Studies Board is designed to avoid. Judges are advised by the Judicial Studies Board, as they have been for many years, to direct the jury that before they can return a verdict of guilty, they must be sure that the defendant is guilty. (...) Any question from the jury dealing with the standard of proof is one that most judges dread. To have to define what is meant by “reasonable doubt” or what is meant by “being sure” requires an answer difficult to articulate and likely to confuse. No doubt that is why the Judicial Studies Board seeks to avoid it in the direction they give to judges”. (...)

<sup>423</sup> Court of Appeal, R. v JL [2017] EWCA Crim 621.

<sup>424</sup> “Do we need to be 100% certain of guilty/not guilty or can we decide beyond reasonable doubt? If so please can you define what beyond reasonable doubt actually means?”

<sup>425</sup> Tradução livre de: “You do not need to be 100% certain. You can decide beyond reasonable doubt. Another way of expressing the words reasonable doubt is sure, which is the expression I used when I was giving you directions. (...). Another way, turning it back, of expressing the word sure is beyond reasonable doubt. What does that mean? A reasonable doubt is the sort of doubt that might affect your minds if you were making decisions in matters of importance in your own affairs, your own lives”.

estândar *acima de qualquer dúvida razoável*, deve ser considerado como se fizesse referência ao estândar *sure*.<sup>426</sup>

Este *standard* vem sendo definido da seguinte forma: “a acusação prova o caso se o júri, tendo considerado toda a evidência relevante para a acusação ora analisada, está seguro de que o acusado é culpado”.<sup>427</sup> Em geral, afirma-se que não devem ser realizados maiores esclarecimentos sobre o significado do *standard*.<sup>428</sup>

A decisão de substituir o *standard* acima de toda dúvida razoável pela simples existência de segurança na culpa do acusado não está imune de críticas. Tem se afirmado que não é convincente a afirmação de que estar seguro traz maior clareza para os julgadores de fatos do que o *standard acima de toda dúvida razoável*. Ao contrário da existência de discussões sobre o que seria dúvida razoável, agora têm-se discussões que envolvem a diferença entre estar seguro e ter certeza. Mais ainda, como o *standard acima de toda dúvida razoável* já faz parte da cultura legal, ele acaba aparecendo nas discussões e as Cortes acabam tendo que lidar com os problemas do estândar de estar seguro da culpa e o *standard* anterior. Então, acabam tendo que lidar tanto com as diferenças entre segurança e certeza e ainda entre segurança e dúvida razoável.<sup>429</sup>

Afirma-se ainda que o *standard acima de dúvida razoável* é tão bem estabelecido na prática judicial e na consciência popular que é bastante difícil a sua retirada pelos precedentes e, não por acaso, continuam a existir decisões nas quais a *Court of Appeal* se vê obrigada a rediscutir o estândar aplicável aos casos penais. Mais ainda, renova-se a preocupação com a ausência de vantagem em termos de clareza do *standard* da segurança da culpa do acusado, que também traz diversos problemas na definição.<sup>430</sup>

O estândar exigido para a condenação penal deve ser preenchido em relação a cada um dos elementos fáticos relevantes do crime.<sup>431</sup> Quanto aos encargos probatórios do réu, a questão não é unânime. Parte da doutrina menciona, para esse caso, a utilização

---

<sup>426</sup> MADDISON, David; TONKING, Simon; WAIT, John; ORMEROD, David. *The Crown Court Compendium*, dez.-2018, disponível em: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/06/crown-court-compedium-part1-jury-and-trial-management-and-summing-up-dec2018.pdf>, acessado em 05 de junho de 2019, p. 5-1.

<sup>427</sup> Tradução livre de: “the prosecution proves its case if the jury, having considered all the evidence relevant to the charge they are considering, are sure that the defendant is guilty”. *The Crown Court Compendium*, 2018, p. 5-1.

<sup>428</sup> SORABJI, John. The English approach to the standard of proof in civil proceeding. In: TICHÝ, Luboš (ed.). *Standard of proof in Europe*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p. 255.

<sup>429</sup> MCKEOWN, Paul. Commentary - R. v JL [2017] EWCA Crim 621... cit., p. 3.

<sup>430</sup> ZUCKERMAN, Adrian; ROBERTS, Paul. *Criminal evidence*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 363.

<sup>431</sup> ZUCKERMAN, Adrian; ROBERTS, Paul. *Criminal evidence*... cit., p. 333.

do estândar cível. Assim, para os fatos sobre os quais incumbe ao réu provar, tais como a insanidade e a diminuição da responsabilidade penal, não se exige o *standard* aplicável a acusação, a ele bastando ser capaz de convencer os jurados por meio de um *balanço de probabilidades*.<sup>432</sup>

Há, no entanto, quem faça menção ao *evidential burden*, que seria algo como um encargo probatório menor, relativo à necessidade de produção de elementos probatórios suficientes apenas para que a questão seja admitida para discussão no julgamento. Não se trata de exigir o efetivo convencimento do julgador sobre a ocorrência daqueles fatos, mas apenas de persuadir o julgador de que aquela questão deve ser, ao menos, considerada para análise no julgamento. Tendo por base esse conceito, quando um réu alega a legítima defesa, incumbe a ele produzir o *evidential burden* para que o julgador aceite essa alegação no julgamento, do contrário, sequer será admitida tal defesa.

Uma vez admitida a apresentação dessa defesa, a promotoria terá o encargo probatório de demonstrar que não apenas ocorreu o tipo penal do qual acusado o réu, como de que a defesa apresentada pelo réu não está provada com base no *standard* penal. Ao réu, enfim, apenas incumbiria criar uma dúvida razoável<sup>433</sup> de que ele atuou em legítima defesa. Em resumo, ao réu incumbe satisfazer o *evidential burden* para que a questão seja admitida no julgamento e, uma vez admitida, caberia a ele demonstrar que há uma dúvida razoável de que a defesa alegada existiu.<sup>434</sup>

Do ponto de vista jurisprudencial, a posição também não é muito clara. Isso porque, de acordo com o *Crown Court Compendium*,<sup>435</sup> quando a defesa alega alguma defesa, como um alibi ou legítima defesa, ela possui o *evidential burden* para que a questão seja admitida no julgamento. Uma vez admitida a defesa, incumbe a acusação refutar tal defesa com base no *standard* penal.<sup>436</sup> Por outro lado, nos casos em que a defesa possui um encargo probatório legal, esse deve ser compreendido como referência ao estândar civil.<sup>437</sup> Uma possível interpretação dessas afirmações é a seguinte: se algum texto normativo impõe expressamente o encargo probatório ao acusado, o estândar

---

<sup>432</sup> KEANE, Adrian; MCKEOWN, Paul. *The modern law of evidence...* cit., p. 108.

<sup>433</sup> No texto citado, ainda há utilização do *standard* probatório penal clássico. Há certa dificuldade de atualizar o texto para o *standard sure*, mas seria possível afirmar que caberia ao réu demonstrar que não há segurança na afirmação, por parte da promotoria, de que o fato por ele alegado não existiu.

<sup>434</sup> ZUCKERMAN, Adrian; ROBERTS, Paul. *Criminal evidence...* cit., p. 333-334.

<sup>435</sup> MADDISON, David; TONKING, Simon; WAIT, John; ORMEROD, David. *The Crown Court Compendium...* cit., p. 5-1.

<sup>436</sup> Court of Appeal, Williams, 1984.

<sup>437</sup> Court of Appeal, Carr Briant. (1943).

aplicável é o balanço das probabilidades, no entanto, se não há texto normativo expresso impondo esse ônus ao acusado, incumbe a ele tão somente o *evidential burden*.

### 3.2.2.2 *Balancing of probabilities*: o *standard* probatório cível

A definição do *standard* foi formulada pelo juiz Denning J. por meio da exigência de que a hipótese fática: “deve ter um razoável grau de probabilidade, mas não tão alto quanto o requerido em casos criminais. Se a evidência permite ao tribunal afirmar: ‘nós pensamos que é mais provável que não’, então o ônus foi desincumbido, mas se as probabilidades são iguais, então não”.<sup>438</sup>

Muito embora na Inglaterra não se admita um estandar intermediário, havia um posicionamento jurisprudencial no sentido de que, quanto mais grave a alegação da parte autora ou quanto mais graves as consequências da procedência do pedido, mais forte precisam ser as provas para que o julgador dos fatos possa considerar as alegações provadas em um balanceamento de probabilidades<sup>439</sup>

Essa possibilidade foi reconhecida na decisão *Bater v. Bater*,<sup>440</sup> na qual havia uma discussão acerca do estandar exigido para a concessão de divórcio baseado em crueldade do marido. Na situação concreta, o pedido não havia sido julgado procedente porque não havia sido comprovado *acima de dúvida razoável*. Nessa decisão, o tribunal afirmou que nem o *standard* civil e nem o exigido para a condenação penal eram absolutos, podendo o *standard* cível exigir um grau maior ou menor de probabilidade a depender das questões de direito material envolvidas, concluindo que a decisão não deveria ser reformada porque o grau de comprovação exigido seria compatível com a seriedade do caso.

---

<sup>438</sup> Tradução livre de: It must carry a reasonable degree of probability, but not so high as is required in a criminal case. If the evidence is such that the tribunal can say: ‘we think it more probable than not’, the burden is discharged, but if the probabilities are equal it is not. Court of Appeal, *Miller v Minister of Pensions*, 1947] 2 All ER 372, citado por: KEANE, Adrian; MCKEOWN, Paul. *The modern law of evidence...* cit., p. 108. A mesma referência é vista em outro texto, que destaca ser essa a definição típica desse standard na Inglaterra: REDWYANE, Mike. *Standard of proof in civil litigation...* cit., p. 168, nota n. 3.

<sup>439</sup> *R (on the application of D) v Life Sentence Review Commissioners (Northern Ireland)*. [2008] All ER (D) 119 (Jun). Nesse sentido: “Although the courts have not labelled this as a separate standard from the civil standard, there is a *tacit agreement* that the standard in these cases is higher than the civil standard of balance of probabilities based on the nature of the cases”. (RAVAGAN, Shamini K. *An intermediate standard of proof in serious cases in England and Wales. Northern Ireland Legal Quarterly*, v. 65, n. 1, 2014, p. 91).

<sup>440</sup> Court of Appeal, *Bater v. Bater*, 2 All ER 458 (1950). A análise do caso pode ser vista em: REDWYANE, Mike. *Standard of proof in civil litigation...* cit., p. 174.

Lógica semelhante foi aplicada no julgado *Hornal v. Neuberger Products*.<sup>441</sup> A diferença é que a interpretação dada nessa decisão foi a de que o *standard* permaneceria o mesmo, no entanto, o grau probatório exigido seria maior porque eventos graves seriam menos prováveis. Não houve uma admissão da possibilidade de variação dos graus de probabilidades, mas a menção a uma maior exigência probatória a depender da gravidade do fato narrado. Esses pontos de vista foram chancelados pela *House of Lords* respectivamente em *Blyth v. Blyth*<sup>442</sup> e em *RE H* e outros (menores).<sup>443</sup>

Em *RE H* prevaleceu a posição segundo a qual o estândar probatório permaneceria o mesmo, mas a exigência probatória<sup>444</sup> seria maior porque fatos mais graves são menos prováveis,<sup>445</sup> e a discussão envolvia a alegação de abuso sexual em um menor pelos pais. A lógica seguida pelo tribunal foi a de que, uma vez que é senso comum de que os pais não abusam sexualmente dos seus filhos, o preenchimento da *probabilidade prevalente* dependeria de uma maior exigência probatória. Essa exigência decorreria de que seria bastante improvável, com base no senso comum, de que o fato narrado viesse a ocorrer.

Também se afirmou necessária uma comprovação robusta, com base em uma probabilidade prevalente, para a manutenção de uma internação compulsória. No caso concreto, não se verificou uma discussão sobre a seriedade das alegações e a improbabilidade de sua ocorrência, mas sim das consequências da discussão, pois envolve a liberdade de um indivíduo e o interesse público da manutenção da internação, tendo em vista o eventual perigo para a sociedade caso o tratamento seja parado.<sup>446</sup>

Indica a doutrina que os principais grupos de casos em que se admitia essa flexibilização são os seguintes: a) alegações de crimes em processos cíveis; b) causas matrimoniais e c) uma miscelânea de outros casos, que, por vezes, envolvem uma lógica de que quanto mais improvável é o fato alegado, mais fortes devem ser as provas. Outros

---

<sup>441</sup> Court of Appeal, *Hornal v. Neuberger Products Ltd*, 3 All ER 970, 1956.

<sup>442</sup> AC 643, 1966.

<sup>443</sup> 1 All ER 1, 1996.

<sup>444</sup> “Thus although there are indications in some of the authorities that the flexibility of the standard lies in an adjustment of the degree of probability required for an allegation to be proved, the flexibility does not lie in any such adjustment but in the strength or quality of the evidence required for the allegation to be proved on the balance of probabilities”. (KEANE, Adrian; MCKEOWN, Paul. *The modern law of evidence*... cit., p. 109).

<sup>445</sup> RAVAGAN, Shamini K. An intermediate standard of proof in serious cases in England and Wales... cit., p. 85.

<sup>446</sup> Corte de Apelação da Inglaterra e País de Gales, divisão civil, *R (on the application of N) v Mental Health Review Tribunal* [2006].

exemplos concretos mencionados são: o desejo de provar a intenção de mudança de domicílio deve ser realizado de forma clara e inequívoca, casos que envolvam abusos de crianças, caso em que a suficiência dos elementos probatórios exigidos aumenta na medida da gravidade do abuso, reconhecimento de paternidade, manutenção de um indivíduo em internação compulsória etc.<sup>447</sup>

Algumas decisões utilizam-se do raciocínio de que a exigência probatória deve ser maior quando o eventual reconhecimento da questão gerar algum estigma social na parte, embora não haja muita definição acerca de que casos seriam esses.<sup>448</sup> Em suma, a lógica para uma maior exigência probatória consistia principalmente na avaliação da gravidade dos fatos alegados e nas consequências da decisão<sup>449</sup> e, eventualmente, do preconceito social sofrido pela parte.

Tem-se apontado que decisões mais recentes têm rechaçado expressamente a possibilidade de variação do *standard* de prova cível. No caso *In Re B*,<sup>450</sup> a *House of Lords* afirmou que “nem a gravidade da alegação ou a gravidade das consequências deveria fazer qualquer diferença em relação ao *standard* de prova a ser aplicado no julgamento dos fatos”<sup>451</sup> Em suma, afirmou o Lorde Hoffman que “Eu acho que chegou o momento de afirmar, de uma vez por todas, que existe apenas um *standard* de prova civil e seria a exigência de que o fato em questão é mais provável de ter ocorrido do que não”.<sup>452</sup>

Ainda consta, na decisão, a afirmação de que o *standard* penal poderia ser aplicado para alguns casos cíveis, a exemplo da extradição sumária sob o argumento de que ele teria conseguido autorização para ingressar no país por meio de fraude, da hipótese do requerimento do divórcio sob o argumento de crueldade, para a concessão de uma ordem relativa a um indivíduo que cometeu um crime sexual, que embora não seja um procedimento penal, leva a restrições na liberdade do réu.

---

<sup>447</sup> KEANE, Adrian; MCKEOWN, Paul. *The modern law of evidence...* cit., p. 109-114.

<sup>448</sup> REDWYANE, Mike. *Standard of proof in civil litigation...* cit., p. 179.

<sup>449</sup> KEANE, Adrian; MCKEOWN, Paul. *The modern law of evidence...* cit., p. 109-110

<sup>450</sup> UKHL 35, 2008.

<sup>451</sup> Tradução livre de: “Neither the seriousness of the allegation nor the seriousness of the consequences should make any difference to the standard of proof to be applied in determining the facts. The inherent probabilities are simply something to be taken into account, where relevant, in deciding where the truth lies”. Também rejeitando expressamente o argumento de que, quanto mais grave a alegação, mais exigente seria o *standard* probatório: Suprema Corte, *In the matter of J (Children)*, UKSC 9, 2013.

<sup>452</sup> Tradução livre de: “I think that the time has come to say, once and for all, that there is only one civil standard of proof and that is proof that the fact in issue more probably occurred than not”.



Com base nessa decisão, a doutrina tem afirmado que a variabilidade do *standard* de prova cível não é mais admitida na Inglaterra.<sup>453</sup> Ocorre que essa não parece ser uma afirmativa tão simplória, eis que, como admitido na própria decisão mencionada, parece possível que, mesmo em procedimento cível, em algumas hipóteses, haja utilização do *standard* penal. Assim, embora se afirme que a seriedade das alegações ou gravidade das consequências seria irrelevante para efeitos de alteração do *standard* cível, ainda há uma abertura para o aumento da exigência probatória no procedimento cível, a diferença será a de que não mais se usará um balanço das probabilidades aumentado, mas simplesmente o *standard* de prova exigido para a condenação penal. De toda forma, ainda não parece ter se consolidado um critério que permite identificar, com segurança, as hipóteses em que será possível exigir o *standard* da sentença penal condenatória nos casos cíveis.

### 3.2.3 Análise comparativa entre a Inglaterra e os EUA

Como visto, o tema dos estândares probatórios, embora consolidado na Inglaterra e nos EUA, acabaram seguindo por caminhos um pouco diferentes, muito embora essa diferença ocorra muito mais na aparência do que na prática. Em teoria, os EUA adotam três estândares probatórios: a) *probabilidade da prova*; b) *prova clara e convincente* e c) *prova acima de qualquer dúvida razoável* e a Inglaterra, por sua vez, adota a *probabilidade prevalente* e a *segurança da convicção*.

Ocorre que, no que se refere ao estândar probatório cível, para as causas mais comuns, relativas às questões monetárias, a mudança é apenas de nomenclatura. Em ambos os países, a discussão envolve qual hipótese é mais provável.

Em relação ao estândar probatório intermediário existente nos EUA e supostamente inexistente na Inglaterra, como já apontado, a diferença ocorre mais na teoria do que na prática. Isso ocorre porque o sistema inglês, embora negue a utilização de um estândar probatório intermediário como a *prova clara e convincente*, acolhe (ao

---

<sup>453</sup> SORABJI, John. The English approach to the standard of proof in civil proceeding... cit., p. 261.

menos implicitamente) a possibilidade de uma maior exigência probatória, mediante a aplicação do *standard* penal em processo cíveis.<sup>454</sup>

De certa forma, há uma aproximação com o sistema norte-americano, embora nem sempre pelos mesmos fundamentos, pois, nos EUA, o estandar probatório intermediário tem relação com os riscos da decisão e, eventualmente, há menção ao eventual preconceito social. Na Inglaterra, os posicionamentos mais recentes ainda não permitem identificar com clareza em que casos é possível a alteração do *standard* probatório, mas indicam ao menos, que há uma possibilidade de mais de um tipo de suficiência probatória nos casos cíveis.

No âmbito penal, verifica-se que a Inglaterra deixou de utilizar o estandar probatório de *prova acima de toda dúvida razoável* para acolher a exigência de segurança da culpa do réu. No entanto, apesar das diferentes nomenclaturas, EUA e Inglaterra adotam a mesma tendência de impedir os juízes de elaborem o conceito do *standard* da condenação penal, eis que se tem considerado que tal prática causa mais confusão do que auxilia o júri. Nos EUA, a questão varia a depender do estado e, na Inglaterra, admite-se a sua elaboração em casos excepcionais.<sup>455</sup> Também, da mesma forma que ocorre nos EUA, incumbe à acusação a comprovação de cada elemento relevante da crime no estandar probatório criminal. Ainda há outra questão assemelhada, relativa aos encargos probatórios do réu, pois tanto nos EUA, quanto na Inglaterra, discute-se a eventual exigência do estandar cível ou mesmo de um encargo probatório que seja suficiente tão apenas para que a alegação venha a ser discutida durante o julgamento.

### **3.3 Standards de prova no civil law**

#### 3.3.1 Direito italiano

##### 3.3.1.1 *Al di la' di ogni ragionevole dubbio*

---

<sup>454</sup> Há, inclusive, quem sugira, na doutrina, a adoção de um terceiro standard, de caráter intermediário, nos termos dos EUA: RAVAGAN, Shamini K. An intermediate standard of proof in serious cases in England and Wales... cit.

<sup>455</sup> ORMEROD, Hooper David (gen. ed.). *Blackstone's criminal practice*. 22ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 2.387. O caso paradigmático mencionado é: Court of Appeal, R v Yap Chuan Ching, 1976. A mesa conclusão pode ser extraída de: Court of Appeal, R v. Majid (2009) EWCA 2563

Na Itália, a inserção legislativa do *standard* probatório penal ocorreu em 2006, mediante a alteração da subdivisão 1, do art. 533 do Código de Processo Penal através do art. 5º, da Lei n. 46/2006, com a seguinte redação:

Condenação do réu

1. O juiz pronuncia sentença condenatória se o réu é culpado do crime do qual é acusado acima de qualquer dúvida razoável. Com a sentença, o juiz aplica a pena e eventuais medidas de segurança.<sup>456</sup>

De acordo com a doutrina, a alteração legislativa adveio de uma situação no qual tinha ocorrido a edição de lei impedindo que o Ministério Público recorresse na falta de novos elementos probatórios, mas, ao mesmo tempo, aumentava as possibilidades de recursos pelo réu. No contexto dessa alteração do sistema de impugnação, veio em conjunto a inserção do *standard* penal, com o objetivo de evitar que a eliminação da faculdade da impugnação da decisão de mérito por parte do Ministério Público fizesse com que os juízes de primeiro grau, com receio de que as sentenças de absolvição não pudessem ser modificadas em grau recursal, condenassem os acusados mesmo no caso de dúvida, na confiança de que a sua eventual confirmação em grau recursal demonstrasse a solidez argumentativa.<sup>457</sup>

Ocorre que a alteração legal não foi o efetivo início das discussões sobre a utilização do *standard* que exige a comprovação da culpa do réu *acima de qualquer dúvida razoável*. Há considerável divergência doutrinária discutindo se a alteração legal realmente implicou alteração no ordenamento jurídico italiano. Como se verificará no decorrer desse item, a tendência é o entendimento de que houve efetiva alteração do ordenamento jurídico italiano.

Uma reflexão inicial sobre a alteração legislativa tem por base a afirmativa – que deveria ser óbvia – de que mesmo que o *standard* penal tenha origem no *common law* –, ele deve ser compreendido a partir das particularidades do direito italiano, não se podendo simplesmente importar o conceito estrangeiro. Apenas dessa forma é que seria possível o entendimento de suas funções e do seu conceito.<sup>458</sup>

<sup>456</sup> Tradução livre de: Condanna dell'imputato 1. Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio. Con la sentenza il giudice applica la pena e le eventuali misure di sicurezza.

<sup>457</sup> DALIA, Gaspare. *Convincimento giudiziale e ragionevole dubbio*. Padova: Cedam, 2018, p. 111-112.

<sup>458</sup> CATALANO, Elena Maria. *Ragionevole dubbio e logica della decisione: alle radici del giusnaturalismo processuale*. Milão: Giuffrè, 2016, p. 31.

Na doutrina, aponta-se que o conceito já era discutido bem antes da alteração legislativa. Realizando um resumo histórico, tem-se as seguintes fases: i) nas décadas de 60 e 70 do século passado, havia algumas menções em decisões, bem como discussões doutrinárias; ii) nas décadas de 1970 e 1980, o tema passou por um maior aprofundamento, durante o período do garantismo inquisitório, sendo utilizado em relação às provas indiciárias e as sentenças de absolvição por falta de provas. Já se identifica um cuidado para que não se confunda dúvida razoável com meras conjecturas subjetivas, mas com indeterminação probatória; iii) na década de 90, a discussão dos padrões probatórios tinha por objetivo diferenciar as decisões cautelares e as definitivas, em que há a efetiva condenação; iv) no início do novo século, a discussão passa a estar conectada com a prova do nexo de causalidade.<sup>459</sup>

Em 2002, na conhecida decisão *Franzese*, da Corte de Cassação, as sessões unidas analisaram o nexo causal acerca de conduta omissiva, relativa à responsabilidade do médico cirurgião, sendo tida como um marco relevante sobre os padrões probatórios.<sup>460</sup> Havia divergência jurisprudencial, pois existiam decisões exigindo um elevado grau de probabilidade, próximo à certeza de que um comportamento diverso do agente teria impedido o evento e, por outro lado, algumas decisões exigiam apenas a probabilidade de que o resultado seria diferente.

Para além de uma longa discussão acerca da caracterização do nexo causal na decisão, houve o debate acerca do grau de suficiência probatória necessário para que se considere existente o nexo causal entre a omissão e o resultado. A conclusão da Corte foi de que o juiz deve, por meio das regras de experiência e da análise do conjunto de elementos probatórios, através de um raciocínio indutivo, alcançar um grau de corroboração apto a demonstrar que o ato omissivo foi condição necessária do evento lesivo em um alto grau de credibilidade racional/elevada probabilidade lógica/probabilidade próxima à certeza. Por outro lado, a incerteza probatória ou a dúvida razoável, baseada em elementos probatórios disponíveis pode neutralizar a hipótese fática

---

<sup>459</sup> Essa reconstrução histórica, bem como a referência às decisões pode ser vista em: DELLA TORRE, Jacopo. Il lungo camino della giurisprudenza italiana sul “oltre ogni ragionevole dubbio”. *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 de junho de 2014, disponível em: <https://www.penalecontemporaneo.it/d/3161-il-lungo-cammino-della-giurisprudenza-italiana-sull-oltre-ogni-ragionevole-dubbio>, acessado em 20 de dezembro de 2019, p. 1-6.

<sup>460</sup> DELLA TORRE, Jacopo. Il lungo camino della giurisprudenza italiana sul “oltre ogni ragionevole dubbio”... cit., p. 7; POLI, Roberto. Gli standard di prova in Italia. *Revista de Processo*, n. 280, jun.-2018, p. 415-418.

narrada pela acusação, o que levaria à absolvição do réu, nos termos da garantia do *in dubio pro reo*.

À época, o art. 533 do Código de Processo Penal italiano não fazia qualquer referência a um *standard* probatório, afirmando apenas que “se o acusado é culpado do crime do qual é acusado, o juiz deve pronunciar sentença de condenação, aplicando a pena e medidas de segurança”.<sup>461</sup> A doutrina ainda menciona outras decisões da Corte de Cassação anteriores à alteração legislativa, que especificaram o conceito, afirmando, por exemplo, que a não exclusão de uma hipótese alternativa dos fatos violaria o critério da dúvida razoável.<sup>462</sup>

Assim, é possível identificar que a discussão sobre estândares probatórios já tinha relevância na Itália mesmo antes de qualquer alteração legislativa e, por isso, diversos autores consideram que a mudança no texto do art. 533 do CPP representou apenas uma consolidação e não propriamente uma inovação no direito,<sup>463</sup> eis que o *standard* penal já poderia ser identificado a partir do cânone *in dubio pro reo* ou *favor rei*.<sup>464</sup> Por outro lado, também é inegável que a mudança legislativa trouxe uma melhora qualitativa na compreensão do *standard* e também gerou maior segurança a um conceito anteriormente existente apenas na jurisprudência.<sup>465</sup> Teria ocorrido, ao contrário do *in dubio pro reo*, uma fixação expressa do *quantum* de ônus probatório exigido da acusação.<sup>466</sup>

Na Corte de Cassação Penal, em uma fase inicial, pós alteração legislativa, entre os anos de 2006 a 2008, o que se verificou foi basicamente a afirmação de que não teria havido considerável alteração no direito, sem que fosse aprofundado o conteúdo do estândar. Em um momento posterior, entre o período de 2009 a 2011, o conceito foi especificado mediante a construção de que: i) não é qualquer dúvida que pode ser tida

---

<sup>461</sup> Tradução livre de: Art. 533 (Condanna dell'imputato) - 1. Se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli, il giudice pronuncia sentenza di condanna applicando la pena e l'eventuale misura di sicurezza.

<sup>462</sup> Cass., Sez. I, 14 maggio 2004, citado por: DELLA TORRE, Jacopo. *Il lungo cammino della giurisprudenza italiana sul “oltre ogni ragionevole dubbio”*... cit., p. 9.

<sup>463</sup> DELLA TORRE, Jacopo. *Il lungo cammino della giurisprudenza italiana sul “oltre ogni ragionevole dubbio”*... cit., p. 9.

<sup>464</sup> UBERTIS, Giulio. Opinioni a confronto. Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio). *Criminalia*, 2009, p. 327.

<sup>465</sup> DELLA TORRE, Jacopo. *Il lungo cammino della giurisprudenza italiana sul “oltre ogni ragionevole dubbio”*... cit., p. 21.

<sup>466</sup> CATALANO, Elena Maria. *Ragionevole dubbio e logica della decisione*... cit., p. 53, 206. A bem da verdade, na concepção da autora, o conceito de *ragionevole dubbio* gera uma completa alteração da compreensão do processo penal italiano, o que acaba por fugir aos escopos da análise proposta por esse tópico.

como razoável, mas unicamente aquela baseada nos elementos probatórios, sendo irrelevante a que seja apenas possível, mas ausente de provas; ii) a hipótese fática da acusação não deve ser apenas mais provável do que a hipótese da absolvição, mas sim capaz de excluir qualquer dúvida razoável acerca da inocência do acusado.

Em 2011, mais um elemento definitivo foi desenvolvido, que seria a exigência de que a dúvida a ser excluída deve ser interna e externa. A dúvida interna é a requisição de que a hipótese fática da acusação não contenha em si nenhuma contradição e que seja capaz de explicar todos os fatos necessários para o tipo penal. A dúvida externa consiste na inexistência de uma hipótese explicativa plausível para a inocência do acusado. Essa exigência de que a hipótese alternativa, para criar uma dúvida razoável, seja baseada em elementos probatórios foi reforçada com decisões posteriores em 2013.<sup>467</sup>

A doutrina italiana tem se preocupado em analisar a temática, que, de forma inegável, implica mudanças na decisão acerca dos fatos. Michele Taruffo, embora seja crítico do *standard* importado do *common law*, por duvidar da sua capacidade para atuar como efetivo parâmetro de suficiência probatória, servindo unicamente como um aviso ao juiz para ter mais cuidado na análise das questões penais, propõe-se a interpretar a legislação italiana. A *prova acima de toda dúvida razoável* exigiria a presença de provas convincentes da culpa do acusado e, ao mesmo tempo, a inexistência de hipótese alternativa razoável em que o réu não seja culpado. De forma a especificar o conceito adotado, propõe que a razoabilidade seja compreendida como uma narração fática verossímil.<sup>468</sup>

Ressalta Taruffo que esse conceito não consegue resolver o problema dos cisnes negros, que consistem em eventos que fogem à normalidade e à verossimilhança,

---

<sup>467</sup> Esse histórico pode ser visto em: DELLA TORRE, Jacopo. *Il lungo camino della giurisprudenza italiana sul "oltre ogni ragionevole dubbio"*... cit., p. 10-20. Narrativa semelhante também consta do seguinte texto: POLI, Roberto. *Gli standard di prova in Italia*.. cit., p. 418-422.

<sup>468</sup> TARUFFO, Michele. *Opinioni a confronto. Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)*. *Criminalia*, 2009, p. 310-311. Importa destacar que, para Michele Taruffo, o conceito de verossimilhança relaciona-se apenas à normalidade das coisas e não à existência de provas naquele sentido. Em resumo, trata-se de um conceito que tem por base o que se espera da situação concreta em uma situação de normalidade.

De forma semelhante, muito embora compreenda, com base em Aristóteles, que a verossimilhança, além de uma noção da regularidade dos acontecimentos, inclui também uma questão de opinião daquele que verifica a verossimilhança em determinada narrativa fática: FUSELLI, Stefano. *Al di là di ogni regione dubbia: profili logici ed epistemologici*. in INCAMPO, Antonio; SCALFATI, Adolfo (ed) *Giudizio penale e ragionevole dubbio*. Bari: Cacucci Editore, 2017, p. 59-62.

dificultando a capacidade de previsibilidade humana.<sup>469</sup> No entanto, admite que a existência dos cisnes negros entraria na esfera do erro que é abarcado pela possibilidade de erro no caso da decisão com base na culpa além de toda dúvida razoável.<sup>470</sup> Em outros termos, as hipóteses fáticas absurdamente improváveis de inocência do réu, que são inverossímeis, ainda assim podem ser verdadeiras, a despeito da ausência de provas, mas trata-se de erro que é aceito como possível mesmo no estândar probatório exigido para a condenação penal. Afinal, as decisões sobre os fatos proferidas nos processos atuam em um ambiente de incerteza e eventuais erros serão cometidos e o estândar probatório é apenas um mecanismo de alteração da distribuição dos erros.

Giovanni Tuzet parece compreender o *standard* penal como uma questão variável a depender dos interesses em jogo. Isso porque, embora afirme que a dúvida razoável seja uma dúvida epistêmica, no sentido de que ela deve ter por base elementos probatórios, não se admitindo quaisquer tipos de dúvidas subjetivas, insere no conceito considerações práticas. Para o autor, elas entrariam na definição do patamar de justificação epistêmica para que se possa crer em uma das narrativas fáticas, sendo esse patamar alterável a depender da gravidade das consequências práticas em relação ao réu.<sup>471</sup>

Existem também aqueles autores que atribuem uma feição subjetiva ao funcionamento do novo *standard*. Paolo Ferrua compreende que, ao inserir o *standard* de *prova acima de toda dúvida razoável*, tem-se a exigência básica de que a culpa do condenado esteja provada de forma completa, mas, ao mesmo tempo, reconhece a falibilidade da análise dos fatos, pois pode haver condenação mesmo que haja uma dúvida, sendo ela apenas hipotética.<sup>472</sup> No momento em que o autor parte para analisar o conceito de dúvida razoável, ele acaba afirmando expressamente que se trata de um elemento discricionário a ser analisado pelo juiz, incapaz de ser determinado de forma abstrata, sendo definido caso a caso.<sup>473</sup>

---

<sup>469</sup> Conceito devidamente desenvolvido em: TALEB, Nicolas Nassim. *A lógica do cisne negro*. Tradução de Marcelo Schild. São Paulo: Best Seller, 2008.

<sup>470</sup> TARUFFO, Michele. *Opinioni a confronto. Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)*... cit., p. 312.

<sup>471</sup> TUZET, Giovanni. *Filosofia della prova giuridica*. 2ª ed. Torino: Giappichelli Editore: 2016, p. 289, 297.

<sup>472</sup> FERRUA, Paolo. La prova nel processo penale. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 4, n. 1, jan./abr.-2018, disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP>, acessado em 29 de agosto de 2019, p. 111-112.

<sup>473</sup> FERRUA, Paolo. La prova nel processo penale... cit., 115-116, 120.

Consta ainda interpretação mais direcionada à questão da justificação das decisões judiciais, exigindo-se que o magistrado analise as hipóteses que excluam a culpabilidade do acusado e que eventuais dúvidas restantes e incapazes de impedir a sentença condenatória limitem-se a hipóteses meramente conjecturais.<sup>474</sup> É a opinião de Catalano que a relação de complementaridade entre a presunção de inocência e o critério da *prova acima de qualquer dúvida razoável* impede interpretações excessivamente flexíveis dos encargos probatórios a depender das circunstâncias do caso e da gravidade do tipo penal.<sup>475</sup>

Por fim, ainda existem autores que sequer classificam a dúvida razoável como um estandar que exige uma maior qualidade da prova para a condenação dos acusados, servindo unicamente como uma exigência de que as decisões condenatórias não sejam prolatadas quando exista alguma dúvida.<sup>476</sup>

Há, ainda, aqueles com uma visão consideravelmente mais crítica à importação do estandar, por considerá-lo inadequado ao processo penal italiano, dentre outros motivos, pela afirmação de que diminuiria consideravelmente as condenações no direito penal.<sup>477</sup>

### 3.3.1.1.1 Causas da exclusão da pena e a atuação da defesa

Ainda no direito penal, assim como em outros ordenamentos, há o debate no direito italiano quanto aos encargos probatórios do acusado acerca das causas de exclusão da pena, denominadas de *esimenti*. A tal categoria podem ser incluídas as causas de justificação, as causas pessoais de não culpabilidade, as causas de exclusão da imputabilidade e as causas de extinção da pena, que podem ser reunidas sob o fundamento de que levam ao mesmo resultado: a inaplicabilidade da pena tendo em vista alegação da defesa e de que houve um fato criminoso.<sup>478</sup>

Consoante relata a doutrina, tendo em vista a interpretação do Código de Processo Penal anterior, revogado em 1988, a Corte de Cassação tinha o entendimento de

<sup>474</sup> CATALANO, Elena Maria. *Ragionevole dubbio e logica della decisione...* cit., p. 92-98.

<sup>475</sup> CATALANO, Elena Maria. *Ragionevole dubbio e logica della decisione...* cit., p. 185.

<sup>476</sup> DALIA, Gaspare. *Convincimento giudiziale e ragionevole dubbio...* cit., p. 217.

<sup>477</sup> SCHITTAR, Domenico Carponi. *Al di là del ragionevole dubbio e oltre: un tentativo di chiarezza sui principi*. Milão: Giuffrè, 2008, p. 11-12, 82.

<sup>478</sup> VARRASO, Gianluca. *Ragionevole dubbio e prova delle esimenti*. In: INCAMPO, Antonio; SCALFATI, Adolfo (ed). *Giudizio penale e ragionevole dubbio*. Bari: Cacucci Editore, 2017, p. 340.



que, tal qual para a condenação, caberia também a exigência de prova plena para as causas de exclusão da pena.<sup>479</sup> Essa interpretação foi sendo alterada a partir da vigência do atual Código de Processo Penal, chegando à compreensão de que, para a sentença de absolvição, seria necessária uma simples análise da probabilidade da subsistência das causas de exclusão da pena. Bastaria a presença de um princípio de prova ou uma prova incompleta, no entanto, a simples alegação despida de prova é incapaz de impedir a condenação.<sup>480</sup>

A partir dessa interpretação jurisprudencial, afirma a doutrina que o ônus da prova dos fatos constitutivos, impeditivos ou extintivos caberia a acusação, pois a incerteza probatória seria sempre favorável ao acusado, muito embora reconheça que a ausência de prova sobre as causas de exclusão da pena não impeçam a condenação.<sup>481</sup> De certa forma, apenas cabe ao acusado indicar a presença de um princípio de prova que seja apto a gerar uma dúvida razoável acerca da culpabilidade do acusado.<sup>482</sup> Nesse sentido, a doutrina indica que não haveria propriamente um ônus da prova do acusado, mas apenas um ônus de alegação acerca de elementos idôneos para gerar a dúvida razoável.<sup>483</sup>

### 3.3.1.2 Estânder aplicável aos casos cíveis: entre a doutrina e a jurisprudência

Em relação ao âmbito civil, as sessões cíveis da Corte de Cassação, após um período no qual adotaram o raciocínio da sentença *Franzese*, desde 2008 passaram a diferenciar os estândares penal e civil, mediante a afirmação de que na seara civil aplica-se o *standard mais provável que não*.<sup>484</sup> A adoção desse estânder no cível pode ser observado em diversas decisões das sessões cíveis da Corte de Cassação, nas quais o

<sup>479</sup> VARRASO, Gianluca. *Ragionevole dubbio e prova delle esimenti...* cit., p. 345, fazendo referência a julgado das Sessões Unidas Penais da Corte de Cassação em 1972. Catalano faz referência a outros julgados da Corte de Cassação no mesmo sentido em 1985 (CATALANO, Elena Maria. *Ragionevole dubbio e logica della decisione...* cit., p. 63, nota n. 31).

<sup>480</sup> Com referência a decisão: VARRASO, Gianluca. *Ragionevole dubbio e prova delle esimenti...* cit., p. 347, fazendo referência a julgado das Sessões Unidas Penais da Corte de Cassação em 2008.

<sup>481</sup> VARRASO, Gianluca. *Ragionevole dubbio e prova delle esimenti...* cit., p. 347.

<sup>482</sup> CATALANO, Elena Maria. *Ragionevole dubbio e logica della decisione...* cit., p. 65; SCHITTAR, Domenico Carponi. *Al di là del ragionevole dubbio e oltre: un tentativo de chiarezza sui principi...* cit., p. 130.

<sup>483</sup> CATALANO, Elena Maria. *Ragionevole dubbio e logica della decisione...* cit., p. 65. De forma semelhante: VARRASO, Gianluca. *Ragionevole dubbio e prova delle esimenti...* cit., p. 349; SCHITTAR, Domenico Carponi. *Al di là del ragionevole dubbio e oltre: un tentativo de chiarezza sui principi...* cit., p. 130.

<sup>484</sup> Fazendo referência a esse histórico: POLI, Roberto. *Gli standard di prova in Italia...* cit., p. 422-423.

raciocínio é o de que os valores em jogo são diversos em relação aos existentes no direito penal, havendo uma equivalência não presente no direito penal.<sup>485</sup> As sessões penais da Corte de Cassação também já fizeram referência à existência de um *standard* no processo civil, ao afirmar que haveria a necessidade apenas da constatação de que a narrativa fática deve ser mais provável do que a sua negativa, quando a comparou com o *standard* penal.<sup>486</sup>

A doutrina, no entanto, critica o fato de que o estandar cível, apesar de ser adotado pela jurisprudência, não conta com um conceito uniforme, especialmente se comparado ao estandar para a condenação penal. Ora a Corte de Cassação aborda o *standard* a partir de uma noção de probabilidade relativa, ora sob o argumento de que onexo causal pode ser comprovado mesmo que a relação entre a conduta e o dano não seja necessária, mas apenas altamente provável. Aparentemente, a única definição que se encontra é, de certa forma, negativa, eis que se afirma expressamente que não se pode ancorar a decisão na probabilidade pascalina.<sup>487</sup>

Na doutrina, propõe Michele Taruffo que o *standard* cível seja compreendido como a exigência de que a versão dos fatos tenha um grau adequado de confirmação probatória, sendo compatível com a possibilidade e a existência de hipóteses alternativas razoáveis sobre o mesmo fato. Em resumo, não se exige que exista apenas uma versão razoável e devidamente provada, mas sim a escolha da narrativa fática com o maior grau de confirmação relativa dentre elas.<sup>488</sup>

Ao mesmo tempo, em texto posterior, Taruffo afasta a possibilidade de se compreender esse *standard* como o critério do *mais provável que não*. Essa conceituação teria dois problemas principais: i) parte do pressuposto, típico do processo adversarial, de que existem apenas duas narrativas fáticas contrapostas, quais sejam, as do autor e do réu, ignorando a possibilidade de uma terceira, desenvolvida pelo juiz; ii) implicitamente assume que as versões fáticas são complementares, ou seja, se uma hipótese fática é mais provável, a outra necessariamente é menos provável.

<sup>485</sup> Exatamente com esse raciocínio: Corte de Cassação, Ses. Un., n. 576, 11/01/2008. Esse *standard* parece ser adotado de forma pacífica pelas sessões cíveis da Corte de Cassação: Corte de Cassação, Ses. Un., n. 13662, 21/05/2019; Corte de Cassação Civil, Ses. Un., n. 13661, 21/05/2019; Corte de Cassação, Ses. Un., n. 16597, 05/08/2016. Ver referência a outras decisões em: POLI, Roberto. Gli *standard* di prova in Italia... cit., p. 423, nota n. 48.

<sup>486</sup> Cass., Sez. III, 20 julho de 2013, n. 37373, citado por: DELLA TORRE, Jacopo. *Il lungo cammino della giurisprudenza italiana sul "oltre ogni ragionevole dubbio"*... cit., p. 22.

<sup>487</sup> Com esse histórico, cf.: POLI, Roberto. Gli *standard* di prova in Italia... cit., p. 423-426.

<sup>488</sup> TARUFFO, Michele. Opinioni a confronto. Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)... cit., p. 312.

Ocorre que isso nem sempre ocorre, pois, as versões fáticas podem ser simplesmente diferentes, especialmente tendo por base os fatos impeditivos, modificativos e extintivos. Ora, a narrativa do autor pode ser a de que Paulo causou danos materiais no valor de R\$ 1.000,00 a Roberto, por sua vez, Paulo alega que já pagou R\$ 1.000,00 a Roberto. Essas duas hipóteses podem ser ambas verdadeiras ou falsas, não havendo probabilidades complementares entre elas.<sup>489</sup>

### 3.3.2 Standards de prova no Chile

No Chile, houve a elaboração de um novo Código de Processo Penal (Lei 19.696/2000), que consagrou o *standard* do *common law más allá de toda duda razonable* (acima de toda dúvida razoável) no direito legislado. Segundo se verifica do documento que expõe a tramitação do texto normativo, uma primeira versão do texto fazia referência à condenação do acusado quando o juiz tivesse obtido a convicção da sua culpa. Uma segunda versão fez referência à existência de uma convicção suficiente para deixar clara a desnecessidade da absoluta convicção. Por fim, uma terceira versão optou por inserir o *standard* anglo saxão *acima de toda dúvida razoável*.

A motivação foi a de que, embora se trate de uma novidade para o direito chileno, seria um conceito útil, por já ter uma história institucional de discussões sobre os padrões probatórios em outros países, sendo capaz de eliminar as discussões referentes ao grau de convicção exigido, restando evidente não se tratar de uma convicção absoluta, mas sim de uma convicção que seja capaz de excluir as dúvidas mais importantes.<sup>490</sup> A redação do texto final é a seguinte:

Artigo 340. Convicção do tribunal. Ninguém poderá ser condenado por crime exceto quando o tribunal que o julgue adquira, acima de toda dúvida razoável, a convicção de que realmente tenha sido cometido o fato punível objeto da acusação e que o acusado tenha tido uma participação culpável e punida pela lei.<sup>491</sup>

<sup>489</sup> TARUFFO, Michele. Statistics: notes about statistical evidence. In: MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz (coords). DOTTI, Rogéria (org). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos* – estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2017, p. 518-519.

<sup>490</sup> História de la Ley N° 19.696. Disponível em: [www.bcn.cl/historiadelaley](http://www.bcn.cl/historiadelaley), acessado em 05 de junho de 2019, p. 1.244.

<sup>491</sup> Tradução livre de: Artículo 340.- Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

No Chile, tal qual no Brasil, prevalecem as decisões pelos juízes profissionais, em contraposição aos países do *common law*, no qual há uma maior quantidade de casos decidida pelo júri popular.<sup>492</sup> No Chile, a legislação estabelece o sistema da persuasão racional da valoração das provas em seu art. 297.<sup>493</sup> Portanto, uma vez que as decisões são tomadas por juízes profissionais e tem-se o acolhimento da persuasão racional na valoração das provas, o estândar probatório deve ser formulado de forma a exigir uma decisão racional e devidamente justificada sobre a suficiência das provas.<sup>494</sup>

A inserção desse *standard* veio em substituição à legislação anterior, que exiga ao juiz o alcance de uma plena certeza da culpabilidade do réu, impedindo condenações nas quais a informação probatória estava incompleta. A inserção da dúvida razoável passou a permitir a prolação de decisões condenatórias mesmo que exista alguma margem de dúvida.<sup>495</sup>

Quanto ao específico *standard* probatório adotado, é perceptível que vem sendo alvo de consideráveis críticas doutrinárias. Tem-se afirmado que, ao contrário do que compreendeu o Poder Legislativo, não se trata de conceito devidamente consolidado; na verdade, ocorreria justamente o contrário, sendo um estândar probatório consideravelmente vago e impreciso.<sup>496</sup> Uma outra crítica verificada na doutrina está relacionada com a dificuldade de identificação do conceito de dúvida razoável tendo em vista que se trata de instituto importado de outro país, com cultura jurídica diversa.<sup>497</sup> Verifica-se, no entanto, que estas críticas se dirigem mais a uma constatação de que: i) nos EUA também há uma imprecisão na definição da exigência de *prova acima de toda*

---

<sup>492</sup> Embora, como visto, na Inglaterra, a abrangência de atuação do júri tem sido consideravelmente diminuída.

<sup>493</sup> Art. 297, I: Valoración de la prueba. los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

<sup>494</sup> MOLINA, Sebastián Reyes. Presunción de inocência y estândar de prueba em el processo penal: reflexiones sobre el caso chileno. *Revista de Derecho*, v. XXV, n. 2, dez.-2012, p. 233.

<sup>495</sup> Ver, nesse sentido, inclusive com menção a decisões das Cortes superiores: MAUREIRA, Claudio Fuentes. *El manejo de la incertindumbre judicial: la construcción de la duda razonable en el sistema procesal penal*. Disponível em: <https://udp.academia.edu/CFuentes>. acessado em 08 de agosto de 2019, p. 10.

<sup>496</sup> Ver críticas ao tema em: MOLINA, Sebastián Reyes. Presunción de inocência y estândar de prueba em el processo penal: reflexiones sobre el caso chileno... cit., p. 241 e ss.; ACCATINO, Daniela. Certezas, dudas e propuestas en torno al estândar de la prueba penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v. XXXVII, jul./dez.-2011, *passim*.

<sup>497</sup> LENNON, María Inés Horvitz; MASLE, Julián López. *Derecho procesal penal chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, t. II, p. 164. Destacando não existir problema pelo simples fato de o instituto ser originado de outro país: RODRÍGUEZ, Raúl Carnevali; VAL, Ignacio Castillo. El estândar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente. *Revista Ius et Praxis*, n. 2, 2011, p. 83.

*dúvida razoável*, como já apontado neste capítulo; ii) a doutrina e a jurisprudência vêm adotando uma interpretação que permite o desenvolvimento de um padrão subjetivo e, portanto, impassível de controle intersubjetivo.<sup>498</sup>

Há quem afirme que a inserção do padrão probatório não foi capaz de alterar significativamente a forma de decidir do Poder Judiciário, ao menos do ponto de vista das expectativas do legislador e da cultura jurídica de que haveria uma maior racionalidade nas decisões.

Para alguns autores, o conceito adotado não possuiria densidade normativa suficiente para influenciar nas decisões.<sup>499</sup> Por outro lado, em pesquisa empírica, houve a identificação de quatro linhas argumentativas principais relativas ao conceito do padrão probatório: i) a definição de dúvida razoável por meio da qualificação da dúvida, ou seja, de que não é qualquer dúvida que impede a condenação, a exemplo daquelas que sejam meramente especulativas ou hipoteticamente possíveis; ii) a dúvida razoável como sinônimo de prova de baixa qualidade; iii) a dúvida razoável como resultado de uma versão alternativa dos fatos, seja ela desenvolvida pela defesa, seja pela possibilidade da existência de uma versão alternativa desenvolvida pelo julgador, com base nos elementos probatórios e iv) a certeza moral como sinônimo de dúvida razoável.<sup>500</sup> Dessa forma, haveria, ao menos, alguma tendência de avanço na definição do conceito de dúvida razoável.

Na doutrina, verifica-se uma certa variação de conceitos.

Há quem afirme que deveria haver uma conexão de dúvida razoável com a certeza moral, exigindo a presença de convicção de verdade do magistrado na culpa do acusado, tanto por considerar não ser possível avançar mais, tanto porque seria um critério usualmente utilizado pelos juízes chilenos.<sup>501</sup>

Por outro lado, há quem defenda uma interpretação não subjetivista do *standard*,<sup>502</sup> afirmando, por exemplo que, no caso de decisões colegiadas, apenas decisões unânimes poderiam ser tidas como aptas a atingir a suficiência probatória. Segundo

<sup>498</sup> Ao menos essas são as críticas que se podem visualizar nos textos citados na nota de rodapé anterior.

<sup>499</sup> COLOMA, Rodrigo. Dos es más que uno, pero menos que tres. El voto disidente en decisiones judiciales sometidas al estándar de prueba de la «duda razonable». *Política Criminal*, v. 9, n. 18, dez.-2014, disponível em: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_09/n\\_18/Vol9N18A4.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18A4.pdf), acessado em 07 de agosto de 2019, p. 406.

<sup>500</sup> MAUREIRA, Claudio Fuentes. *El manejo de la incertidumbre judicial: la construcción de la duda razonable en el sistema procesal penal...* cit., p. 19-24.

<sup>501</sup> LENNON, María Inés Horvitz; MASLE, Julián López. *Derecho procesal penal chileno...* cit., p. 164.

<sup>502</sup> RODRÍGUEZ, Raúl Carnevali; VAL, Ignacio Castillo. El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente... cit., p. 79.

afirmam os autores, a exigência da unanimidade não poderia ser comparada com o direito norte-americano pelo simples motivo de que não há preocupação com a verdade por parte dos jurados, estando esse debate apenas no plano da democracia e do valor social das decisões. Por outro lado, no direito chileno, em que as decisões devem ser fundamentadas, a narrativa fática da acusação não teria alcançado o *standard* acima de qualquer dúvida razoável caso haja algum voto contrário em relação às questões fáticas devidamente fundamentado. Tal ocorre porque um voto contrário faria com que houvesse uma dúvida razoável, violando a presunção de inocência caso mantida a condenação do réu.<sup>503</sup>

Essa defesa da exigência de unanimidade para o preenchimento do *standard* penal foi posta sob debate em outro texto. Para Rodrigo Coloma,<sup>504</sup> há necessidade de compreender algumas concepções epistemológicas que abordam o dissenso acerca de uma hipótese fática, apontado a existência de duas categorias. Uma primeira categoria consiste em uma concepção firme, segundo a qual a tão só existência de divergência não significa uma razão para suspender ou alterar a crença. Há também uma concepção conciliatória, segundo a qual o desacordo seria uma razão para suspender as crenças, a qual seria adotada, mesmo que de forma implícita, pelos autores que defendem a exigência de unanimidade para que seja alcançado o *standard* exigido para a condenação penal.

Para Coloma, não existem elementos que indiquem ser a mera discordância um argumento para a suspensão das crenças, tendo como enfoque as decisões colegiadas sobre fatos.<sup>505</sup> Afirma que os juízes não possuem nenhuma especialidade na avaliação dos fatos, então, não seria a simples discordância uma demonstração de que a maioria está equivocada e a existência do exercício da deliberação no colegiado não implica, por si só, necessidade de suspensão da crença e, além disso, acabaria por gerar uma alteração do *standard*, na medida em que exigir-se-ia apenas um *standard* de acima de toda dúvida

---

<sup>503</sup> RODRÍGUEZ, Raúl Carnevali; VAL, Ignacio Castillo. El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente... cit., p. 102-108.

<sup>504</sup> As seguintes considerações são extraídas do seguinte texto: COLOMA, Rodrigo. Dos es más que uno, pero menos que tres. El voto disidente em decisiones judiciales sometidas al estándar de prueba de la «duda razonable»... cit., p. 413 e ss.

<sup>505</sup> Embora se utilize de fundamentos diversos, sem tamanho aprofundamento, há quem chegue à mesma conclusão da desnecessidade de unanimidade para o alcance do estándar probatório penal, afirmando, por exemplo, que a exigência de unanimidade não resolve os problemas de indeterminação do estándar: NOVOA, Marcela Paz Araya. *El control ex post de la calidad de los enunciados probatorios en materia penal em Chile. De la epistemología a la praxis*. Tese de Doutorado. Girona: Universidade de Girona, 2016, p. 317.

minimamente razoável e não de toda dúvida razoável, face a extrema valoração do voto divergente.

Também é razoável sustentar *prima facie* que a racionalidade é mais fácil de justificar se quem resolve um desacordo é a maioria e não a divergência, assim, na ausência de dados adicionais, seria preferível a posição acolhida pela maioria e, por fim, o acolhimento do posicionamento contrário geraria a concessão de muito poder à minoria, que acabaria por decidir se foi ou não preenchido o *standard*.

Por outro lado, reconhece que a existência de divergência em um colegiado é um dado relevante e que justificaria a realização de algumas alterações na forma dos julgamentos, eis que deve significar, ao menos, que a prova disponível é menos persuasiva do que nas hipóteses em que há unanimidade. Dentre tais alterações, destacam-se a possibilidade de convocação dos advogados das partes para que compareçam ao tribunal e se manifestem sobre os pontos de desacordo, o incentivo à redação de decisões que foquem exatamente nos pontos de desacordo e a eventual reforma legislativa para facilitar a interposição de recursos em relação aos fatos no caso de decisões não unânimes.

Para Daniela Accatino, o *standard* deve ser compreendido de forma objetiva, ou seja, fazendo referência à qualidade das provas e não à crença subjetiva do julgador. Para que isso possa ocorrer, impõe-se a definição da dúvida apta a impedir a sentença condenatória, com base em alguns pressupostos. A dúvida, em relação à existência de uma hipótese fática compatível com a inocência da acusação, deve ser baseada nas provas disponíveis, não podendo estar relacionada com a mera constatação de que as provas permitem a obtenção apenas de um raciocínio probabilístico, ou seja, com o fato de que é possível uma condenação a despeito da impossibilidade de conhecimento completo da questão fática, devido ao caráter geralmente fragmentário das provas disponíveis. Assim, dúvidas meramente hipotéticas não impedem a condenação.<sup>506</sup>

Doutrinariamente, ainda é possível verificar autores que defendem a utilização de estândares também no cível, mediante a adaptação da *preponderância da prova* como exigência probatória mínima, tendo a possibilidade de exigir a *prova clara e convincente* quando os bens jurídicos em jogo assim o exigam, protegendo o demandado.<sup>507</sup> Por fim, ainda se verifica considerável discussão acerca do *standard* a ser

---

<sup>506</sup> ACCATINO, Daniela. Certezas, dudas e propuestas en torno al estándar de la prueba penal... cit., p. 501-509.

<sup>507</sup> TORRES, Jorge Laurroucau. Hacia un estándar de prueba civil. *Revista Chilena de Derecho*, v. 39, n. 3, dez.-2012.

aplicado nos processos administrativos sancionatórios, havendo aqueles que consideram ser aplicável o *standard* penal e os que defendem a aplicação da *preponderância da prova*, com uma maior exigência probatória.<sup>508</sup>

### 3.3.3 O direito colombiano e o estandar “más allá de toda duda razonable”

Na Colômbia, o *standard* probatório foi inserido no direito penal por meio da Lei n. 906 de 2004, que é o Código de Processo Penal daquele país. Há menção a essa exigência probatória em três artigos:

Artigo 7 (...) Para proferir a sentença condenatória deverá existir convencimento da responsabilidade penal do acusado acima de toda dúvida”.

Artigo 372 As provas têm o objetivo de levar ao conhecimento do juiz, acima de dúvida razoável, os fatos e circunstâncias que sejam objeto do juízo e da responsabilidade penal do acusado como autor ou partícipe.

Artigo 381. Conhecimento para condenar. Para condenar é requerido o conhecimento acima de toda dúvida, acerca do delito e da responsabilidade penal do acusado, fundado nas provas debatidas em juízo.

A sentença condenatória não poderá estar fundamentada exclusivamente em provas indiretas.<sup>509</sup>

Curiosamente, a redação do *standard* é diversa, pois nos artigos 7º e 381 não se exige a dúvida razoável, mas unicamente a dúvida. Consoante notícia a doutrina, essa retirada da expressão “razoável” ocorreu porque, durante a tramitação do projeto de lei, os congressistas resolveram por alterar a redação legal porque “em um Estado de Direito todas as dúvidas devem ser razoáveis; não podem existir dúvidas irrazoáveis”.<sup>510</sup> Percebe-se, então, que o objetivo do legislador não foi a de permitir qualquer espécie de dúvida

<sup>508</sup> Com mais vagar, sobre o tema, adotando a segunda posição, cf.: DUCÉ J. Mauricio. Reflexiones sobre el proceso sancionatorio administrativo chileno: debido proceso, estándar de convicción (prueba) y el alcance del sistema recursivo. *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale*, n. 2, 2018, p. 89-93.

<sup>509</sup> Tradução livre de: Artículo 7 ...Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda. Artículo 372 Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe. Artículo 381. Conocimiento para condenar. Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio. La sentencia condenatoria no podrá fundarse exclusivamente en pruebas de referencia

<sup>510</sup> O texto completo da notícia é o seguinte: “A instancia del Senador Rodrigo Rivera y con el respaldo del Senador Gaviria, se eliminó la expresión ‘razonable’ porque en un Estado de Derecho todas las dudas deben ser razonables; no puede haber dudas irrazonables. La proposición fue votada 8 a favor y 3 en contra”. BUSTAMANTE RÚA, Mónica; PALOMO VÉLEZ, Diego. La presunción de inocencia como regla de juicio y el estándar de prueba de la duda razonable em el proceso penal. Una lectura desde Colombia y Chile. *Revista Ius et Praxis*, n. 3, 2018, p. 658.



para que o acusado seja inocentando; ocorre apenas que a exigência da razoabilidade da dúvida é presumida.

Parte da doutrina afirma que, no direito colombiano, seriam possíveis o reconhecimento de diversos estândares probatórios, vistos do mais exigente ao mais frágil: i) acima de toda dúvida razoável; ii) preponderância da prova; iii) prova clara e convincente e iv) suspeita razoável. Especificamente no processo penal colombiano, existiria a convicção *acima de toda dúvida razoável* para a condenação, a probabilidade da verdade, para a admissão da denúncia e a inferência razoável para a concessão de medida cautelar, privativa ou não de liberdade.<sup>511</sup>

Essa construção de estândares que vão se tornando mais exigentes a depender do momento do processo tem por base a própria legislação. Um primeiro *standard* seria fundamentado nos arts. 287<sup>512</sup> e 308<sup>513</sup> do CPP, que exigem a inferência razoável tanto para a formulação da denúncia quanto para a concessão de medidas cautelares. Posteriormente, no art. 336 do CPP,<sup>514</sup> requer a probabilidade de verdade de que a conduta típica existiu e que o denunciado é o seu autor ou participou da conduta para a admissão da acusação.<sup>515</sup> Por fim, como estândar final e mais exigente, tem-se a *convicção acima de dúvida razoável* para a condenação nos arts. 7º, 372 e 381 do CPP.

Vem sendo constatado que não ocorreu uma considerável alteração na forma de justificação das decisões judiciais, que se limitam a repetir um mantra que envolve a

---

<sup>511</sup> BUSTAMANTE RÚA, Mónica; PALOMO VÉLEZ, Diego. La presunción de inocencia como regla de juicio y el estándar de prueba de la duda razonable en el proceso penal. Una lectura desde Colombia y Chile... cit., p. 665.

<sup>512</sup> Artículo 287. Situaciones que determinan la formulación de la imputación. El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos de este código, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda.

<sup>513</sup> Artículo 308. *Requisitos*. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos: 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia. 2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima. 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

<sup>514</sup> Artículo 336. Presentación de la acusación. El fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe.

<sup>515</sup> Fazendo uma análise dos dois primeiros estândares, cf.: LEONARDO SUAREZ, José. Inferencia razonable, probabilidade de verdade y conocimiento más allá de toda duda razonable. *Revista Principia Iuris*, n. 16, 2011, disponível em: <http://revistas.ustatunja.edu.co>, acessado em 26 de julho de 2019, p. 312-324.

afirmação de que, a partir do exame dos meios de prova, o juiz atingiu um convencimento acima de toda dúvida razoável, sem qualquer análise específica acerca da suficiência das provas.<sup>516</sup>

Em termos doutrinários, é possível identificar uma tentativa de desenvolvimento de uma concepção do *standard* penal de forma mais objetiva, em que seja possível o controle intersubjetivo. Há quem afirme que o *standard acima de toda dúvida razoável* teria por base uma exigência de certeza objetiva, a qual é conceituada como aquela certeza justificada e, no caso do processo, esses fundamentos seriam os elementos probatórios constantes dos autos.<sup>517</sup> Tal noção iria como uma espécie de contraponto ao direito norte-americano, o qual, segundo o autor, adotaria um conceito de *standard* probatório baseado na certeza subjetiva, qual seja, uma crença íntima, praticamente imune à justificação por parte dos jurados.<sup>518</sup>

Para Muñoz Garcia, o conceito do *standard* penal deve exigir que, tendo por base as provas disponíveis, não haja nenhuma hipótese alternativa razoável que seja compatível com a inocência do acusado. Tal hipótese alternativa não pode ser apenas, em tese, possível, mas baseada nas provas obtidas em juízo, seja essa hipótese desenvolvida pela defesa ou mesmo implícita na versão da acusação.<sup>519</sup>

Em relação ao conceito do *standard* probatório penal, afirma a doutrina que ainda não é possível identificar, na jurisprudência colombiana, um conceito que seja intersubjetivamente controlável e possa atuar adequadamente como *standard*.<sup>520</sup>

De acordo com a Suprema Corte de Justiça da Colômbia, a exigência probatória, em relação aos fatos impeditivos, não é a mesma requerida para a condenação. De acordo com o tribunal, não se pode igualar o peso da dúvida existente para a inocência do réu com o peso da certeza para condenar. Assim, basta a presença da dúvida em relação ao fato impeditivo para que ele seja tido como provado. Isso teria por base a constatação

---

<sup>516</sup> MUÑOZ GARCÍA, Miguel Ángel. *Prolegómenos para una interpretación epistemológica del estándar de prueba en el proceso penal*. Bogotá: Universidad Manuela Beltrán, 2018, p. 47.

<sup>517</sup> PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de derecho probatorio*. 16 ed. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional LTDA, 2007, p. 855-856. De forma semelhante: MUÑOZ GARCÍA, Miguel Ángel. *Prolegómenos para una interpretación epistemológica del estándar de prueba en el proceso penal... cit.*, p. 48-49.

<sup>518</sup> PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de derecho probatorio... cit.*, p. 857-858.

<sup>519</sup> MUÑOZ GARCÍA, Miguel Ángel. *Prolegómenos para una interpretación epistemológica del estándar de prueba en el proceso penal... cit.*, p. 56-57.

<sup>520</sup> MUÑOZ GARCÍA, Miguel Ángel. *Prolegómenos para una interpretación epistemológica del estándar de prueba en el proceso penal... cit.*, p. 56-57.

de que, se a lei afirma que a dúvida atua em favor do réu, tal texto normativo deve incidir também sobre os fatos impeditivos.<sup>521</sup>

Essa afirmação pode ser conectada com o posicionamento de que é possível a previsão de alguma espécie de encargo probatório para a defesa, no sentido de desvirtuar a teoria do caso sustentada pela acusação, mediante a inserção de algum elemento que indique a existência de dúvida razoável, ou a construção de narrativas fáticas alternativas.<sup>522</sup> Esse encargo probatório, em relação às hipóteses fáticas alternativas, seria tão apenas o demonstrar que são plausíveis, não se exigindo a demonstração *acima de toda dúvida razoável*.<sup>523</sup>

Não foi possível encontrar qualquer referência doutrinária ou jurisprudencial aos *standards* de prova para as decisões cíveis.

### 3.3.4 A Espanha e os *standards* probatórios

Na Espanha, embora não exista uma opção expressa da legislação para a adoção de um *standard* de prova específico<sup>524</sup>, é possível identificar algum esforço do Tribunal Constitucional em relação à questão, embora não haja a utilização do termo *estândares probatórios*.

Uma primeira aproximação aos *estândares probatórios* está relacionada com o desenvolvimento da *teoria da mínima atividade probatória*, desenvolvida inicialmente na STC 31/1981, derivada de recurso de amparo baseado na violação da presunção de inocência, que consta do art. 24,2, da Constituição Espanhola:

O princípio da livre valoração da prova, extraído do art. 741 da Lei de Processos Criminais supõe que os distintos elementos probatórios possam ser ponderados livremente pelo tribunal de instância, a quem corresponde, em consequência, valorar o seu significado e transcendência de forma a

<sup>521</sup> Suprema Corte de Justiça da Colômbia, Sala de Casación Penal, Mag. Pon. Yesid Ramírez Bastidas, 26/01/2005. Raciocínio semelhante foi aplicado no caso em que se discutia o crime de atos sexuais abusivos com menor de 14 anos em que alegado o erro de tipo, consistente no fato de que o sujeito ativo acredita que a pessoa tinha idade superior. Na hipótese, bastaria a presença de dúvida razoável quanto a essa espécie de erro: Suprema Corte de Justiça da Colômbia, SP922-2019, Sala de Casación Penal, Mag. Luis Antonio Hernández Barbosa, j. 20/03/2019.

<sup>522</sup> Suprema Corte de Justiça da Colômbia, Sala de Casación Penal, 2011, 36357, citado por: MUÑOZ GARCÍA, Miguel Ángel. *Prolegómenos para una interpretación epistemológica del estándar de prueba en el proceso penal...* cit., p. 52.

<sup>523</sup> Suprema Corte de Justiça da Colômbia, Sala de Casación Penal, 40120, 2017, citado por: MUÑOZ GARCÍA, Miguel Ángel. *Prolegómenos para una interpretación epistemológica del estándar de prueba en el proceso penal...* cit., p. 55.

<sup>524</sup> Para uma análise da legislação espanhola, cf.: FERRER BELTRÁN, Jordi. Los estándares de prueba en el proceso penal español. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n. 15, 2007, disponível em: <https://www.uv.es/CEFD/15/ferrer.pdf>, acessado em 12 de dezembro de 2019, p. 3-5.

fundamentar da lide contida na sentença. Porém, para que essa ponderação possa levar a desvirtuar a presunção de inocência, é preciso *uma mínima atividade probatória* produzida com as garantias processuais que de alguma forma possa compreender e da que se possa deduzir, portanto, a culpabilidade do processado e é o Tribunal Constitucional quem deve verificar a existência desse pressuposto em caso de recurso. Por outro lado, as provas a que se refere o próprio art. 741 da Lei de Processos Criminais são “as provas produzidas em juízo”, logo o Tribunal penal apenas está vinculado ao alegado e ao provado em juízo (*secundum allegata et probata*).<sup>525</sup>

O que se pode compreender dessa decisão é a de que se exige uma mínima atividade probatória para que seja prolatada uma sentença condenatória, a qual deve ser baseada nas provas produzidas em juízo. Além disso, ainda ficou destacado ser possível ao Tribunal Constitucional a revisão do atingimento dessa mínima atividade probatória.

Trata-se de posicionamento que vem sendo criticado, eis que a própria nomenclatura é confusa, afinal, no processo penal seria mais adequado referir-se à existência ou inexistência de provas do que a mínimos ou máximos e, mais ainda, que não se trata de efetivo *standard* probatório, por não indicar o grau de prova necessário para a condenação, mas tão somente a atividade probatória.<sup>526</sup> Ainda mais, de acordo com a doutrina, na análise da jurisprudência do tribunal nos últimos 30 anos, não houve um aprofundamento de qual seria a mínima atividade probatória exigida, de forma que o conceito pudesse atuar, de alguma forma, como um *standard*.<sup>527</sup> Há quem afirme que esse conceito pode ser entendido como a necessidade de que, para que haja sentença condenatória penal, exija-se atuações processuais destinadas a produzir provas e que a decisão apenas pode ser prolatada baseada em verdadeiros elementos de prova, não se admitindo a condenação por suspeitas, excluindo, por exemplo, provas não produzidas em juízo.<sup>528</sup>

---

<sup>525</sup> Tradução livre de “El principio de libre valoración de la prueba, recogido en el art. 741 de la L. E. Crim., supone que los distintos elementos de prueba puedan ser ponderados libremente por el Tribunal de instancia, a quien corresponde, en consecuencia, valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la Sentencia. Pero para que dicha ponderación pueda llevar a desvirtuar la presunción de inocencia, es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado, y es el Tribunal Constitucional quien ha de estimar la existencia de dicho presupuesto en caso de recurso. Por otra parte, las pruebas a las que se refiere el propio art. 741 de la L. E. Crim., son «las pruebas practicadas en el juicio», luego el Tribunal penal sólo queda vinculado a lo alegado y probado dentro de él (*secundum allegata et probata*)”. (STC, Sala 1.ª, j. 28/07/1981 (RTC 1981/31).

<sup>526</sup> ABEL LLUCH, Xavier. La dosis de prueba: entre el *common law* y el *civil law*. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 35, 2012, p. 197-198.

<sup>527</sup> NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madri: Marcial Pons, 2010, p. 94.

<sup>528</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal*. Tese de doutorado. Alicante: Universidad de Alicante, 2004, p. 230-231.

Pode dizer-se ainda que há uma confusão entre estândar probatório e ônus da prova, uma vez que atividade mínima, em geral, é compreendida como uma atividade da parte, relacionado ao ônus da prova, enquanto o estândar está relacionado com a suficiência probatória.

Em decisões posteriores, o nomenclatura da teoria foi alterado, com a referência a “meios probatórios suficientes”, “juízo sobre a prova” e “juízo sobre a suficiência” e ainda “suficiente atividade probatória do ônus”.<sup>529</sup>

Foi em momento posterior que houve referência à exigência do *standard acima de qualquer dúvida razoável*, como se infere do seguinte trecho de decisão prolatada em 1998:

A presunção de inocência, em sua vertente de regra de decisão – que seria a relevante neste caso – funciona, no âmbito da jurisdição ordinária, como o direito do acusado a não sofrer uma condenação a menos que a culpabilidade tenha sido estabelecida além de toda dúvida razoável, em virtude das provas que possam considerar-se como provas acusatórias e obtidas com todas as garantias.<sup>530</sup>

O Tribunal Supremo também tem decisões que abordam a problemática do estândar probatório para a decisão condenatória penal, acolhendo a exigência de prova acima de toda dúvida razoável.<sup>531</sup>

#### 3.3.4.1 Os encargos probatórios do acusado

Em regra, tendo por base a presunção de inocência, incumbe à acusação o ônus da prova relativa à hipótese fática acusatória, incluídas as circunstâncias agravantes.<sup>532</sup> Em tese, ao réu não é imposto qualquer encargo probatório, por exemplo,

<sup>529</sup> A referência aos julgados pode ser vista em: ABEL LLUCH, Xavier. La dosis de prueba: entre el *common law* y el *civil law*... cit., p. 197.

<sup>530</sup> Tradução livre de “La presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio -que sería la relevante en este caso- opera, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías”. (STC, Pleno, j. 06/05/1998 (STC 1998/81). Exigindo o mesmo standard, cf.: STC, Sala 2ª, j. 14/03/2003 (RTC 2003/43); STC, Sala 1ª, j. 23/05/2007 (RTC 2007/123).

<sup>531</sup> Jordi Ferrer Beltran faz referências a decisões no mesmo sentido do Tribunal Supremo: SSTS 258/2003, de 25 de fevereiro, F.J. 3º e 1991/2002, de 25 de novembro, F.J. 13º. (FERRER BELTRÁN, Jordi. Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n.1, jan.-abr.-2018, disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP>, acessado em 17 de setembro de 2019, p. 172, nota n. 46).

<sup>532</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal*... cit., p. 372, 446; CUERDA RIEZU, Antonio. La prueba de las eximentes em el proceso penal: ¿obligación

quando se limita a negar a sua responsabilidade no delito, simplesmente negando a hipótese acusatória, *podendo* produzir contraprova etc.

No entanto, o Código Penal prevê, nos arts. 19 e 20 e mesmo em outros artigos esparsos, várias situações conhecidas como “eximentes”, que excluem a responsabilidade criminal, tais como a insanidade mental, a legítima defesa, o estado de necessidade etc. Para essas hipóteses, de acordo com o entendimento tanto do Tribunal Constitucional quanto do Tribunal Supremo, nessas hipóteses, incumbe ao réu o ônus de alegação e da prova.<sup>533</sup> Para o Tribunal Supremo, a presunção de inocência não atua em relação aos fatos excludentes da responsabilidade penal<sup>534</sup> e, por isso, incumbe ao acusado o ônus da prova desses fatos com a mesma exigência probatória existente para a confirmação dos fatos constitutivos do crime.<sup>535</sup>

Para parcela da doutrina, embora possível a imputação de ônus da prova ao acusado, o *standard* probatório necessário para que se considere provada a “eximente” seria diverso do exigido para a acusação, bastando ao acusado gerar uma dúvida razoável para evitar a condenação penal.<sup>536</sup>

Parte da doutrina critica ambas as posições, sob o fundamento de que ele seria incompatível com o princípio da presunção de inocência, afirmando que apenas seria possível a exigência do ônus da alegação, cabendo ao órgão acusador a prova da antijuridicidade da conduta. Assim, por exemplo, se o réu alega a legítima defesa, caberia

---

de la defensa o de la acusación? *InDret* – Revista para el análisis del derecho, n. 2, 2014, disponível em: [www.indret.com](http://www.indret.com), acessado em 04 de abril de 2020, p. 4.

<sup>533</sup> Sobre o tema, cf.: CUERDA RIEZU, Antonio. La prueba de las eximentes em el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación?... cit., p. 7 e ss. No mesmo sentido dos tribunais espanhóis: FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal...* cit., p.373.

<sup>534</sup> STS, n. 335, Sala 2.ª, 11/05/2017, com referência a várias outras decisões: (SSTC 209/1999, de 29 de noviembre, 133/1994, de 9 de mayo; 36/1996, de 11 de marzo u 87/2001, de 2 de abril).

<sup>535</sup> STS, n. 335, Sala 2.ª, 11/05/2017. Para uma visão crítica da decisão, com referência também a outras decisões no mesmo sentido, mas também informando que existem decisões isoladas em sentido contrário, apontado que seria exigido apenas uma menor suficiência probatória: FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. La decisión judicial sobre hechos favorables al acusado (una reflexión crítica sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la insuficiencia de las pruebas de descargo). In: BUJOSA VADELL, Lorenzo-Maeto (Dir.). GONZÁLEZ PULIDO, Irene; REIFARTH MUÑOZ, Walter (Coords.). *En torno a la prueba y al proceso*. Granada: Comares, 2019. Informa ainda a autora que

<sup>536</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal...* cit., p. 34-375; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. La decisión judicial sobre hechos favorables al acusado (una reflexión crítica sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la insuficiencia de las pruebas de descargo)... cit., p. 194, 197-200.

a acusação a demonstração da antijuridicidade da conduta, no sentido de que não houve a alegada legítima defesa.<sup>537</sup>

### 3.3.4.2 A ausência de um standard probatório fixo nos casos cíveis

Nos casos cíveis, o Tribunal Supremo realizou uma diferenciação entre ônus da prova e a “dose de prova” necessária para que o convencimento judicial seja obtido, partindo do seguinte raciocínio:

Não é possível confundir o tema do ônus da prova com o da quantidade da prova. O ônus da prova não entre em jogo ainda que a prova utilizada pelo julgador seja escassa ou de mínimo valor. Exceto nos casos em que é suficiente um princípio de prova, nos demais, *o grau de prova exigido varia segundo as circunstâncias do fato que seja analisado. Com relação ao coeficiente de elasticidade da prova não é necessário um concreto grau de prova.* Para a convicção do julgador pode ser suficiente quaisquer meios de prova, ou as presunções; e a falta de valor da prova apenas é denunciável no recurso extraordinário, em sede do número 4º do artigo 469.1 LEC, quando incorre em violação da razoabilidade ou arbitrariedade. Porém este vício constitucional (infração do art. 24.1 CE) não é uma mera hipótese porque exige que seja real, não bastando sua mera afirmação.<sup>538</sup>

Na decisão, tem-se a diferenciação entre duas categorias: a existência do ônus da prova e os requisitos para o seu preenchimento. Importante ainda a afirmação de que a legislação espanhola não impõe uma “dose de prova” necessária para a obtenção do convencimento judicial, cabendo ao juiz analisar qual seja ela a depender do caso concreto. A decisão ainda trata o “coeficiente de elasticidade da prova”, que seria a capacidade de alteração do grau de prova exigido a depender das circunstâncias do fato, permitindo, aparentemente, a alteração da exigência da prova a depender do caso concreto.

<sup>537</sup> CUERDA RIEZU, Antonio. La prueba de las eximentes em el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación?... cit., p. 12.

<sup>538</sup> Tradução livre de: “No cabe confundir el tema del onus probandi con el de la dosis de prueba. La carga de la prueba no entra en juego aunque la prueba utilizada por el juzgador sea escasa o de mínima entidad. Salvo los casos en que basta un principio de prueba, en los demás, la tasa de prueba exigible varía según las circunstancias del supuesto que se trate. Con arreglo al coeficiente de elasticidad de la prueba no es necesaria una concreta tasa de prueba. Para la convicción del juzgador puede ser suficiente cualquiera de los medios de prueba, o las presunciones; y la falta de entidad de una prueba sólo es denunciabile en el recurso extraordinario, en sede del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, cuando incurra en irrazonabilidad o arbitrariedad. Pero este defecto constitucional (infracción del art. 24.1 CE) no es una mera hipótesis porque exige que se acredite su realidad, sin que baste la mera afirmación”. STS, Sala 1.ª, 30 de mayo de 2011, FJ 3.º (RJ 2011/3994). Referência extraída do seguinte texto: ABEL LLUCH, Xavier. La dosis de prueba: entre el *common law* y el *civil law*, p. 198.

Esse entendimento vem sendo reproduzido em diversas decisões mais recentes, em que se questiona a violação ao art. 217 da Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola, texto normativo referente ao ônus da prova:

i) para que ocorra a violação do art. 217 da LEC, é necessário que ocorram os seguintes requisitos: a) existência de um fato – afirmação fática positiva ou negativa – que necessite de prova e controvertido. Não precisam de prova os fatos notórios e não resultam controvertidos os admitidos nas alegações das partes; b) que o fato seja necessário para resolver uma questão litigiosa; c) se trate de um fato que se declare não prova, seja pela falta total de prova, seja por não considerar suficiente as provas produzidas, sem que exista qualquer norma que estabeleça o grau de prova necessário (*coeficiente de elasticidade da prova*); provado um fato, resulta indiferente a parte que tenha aportado as provas em virtude do princípio da aquisição processual; e d) que se atribuam as consequências desfavoráveis da falta de prova a uma parte a quem incumbia as provas. E é, então, quando entra em jogo a doutrina do ônus da prova material.<sup>539</sup>

Na decisão, mais uma vez fica evidente que, para o Tribunal, não há fixação de um *standard* probatório pela legislação, cabendo ao juiz de cada caso concreto a análise da desincumbência ou não dos encargos probatórios. Uma observação importante é a de que essa doutrina foi desenvolvida no âmbito da jurisdição cível, não havendo nenhum acórdão da sessão de direito penal com referência ao “coeficiente de elasticidade da prova”.

### 3.3.5 Análise comparativa dos estândares probatórios no *civil law*

<sup>539</sup> Tradução livre de: “i) Para que se produzca la infracción del art. 217 LEC, es preciso que concurren los requisitos consistentes en: a) existencia de un hecho -afirmación fática positiva o negativa- precisado de prueba y controvertido. No la precisan los hechos notorios y no resultan controvertidos los admitidos en los escritos de alegaciones; b) que el hecho sea necesario para resolver una cuestión litigiosa; c) *se trate de un hecho que se declare no probado, bien por falta total de prueba, bien por no considerarse suficiente la practicada, sin que exista ninguna norma que establezca la tasa o dosis de prueba necesaria (coeficiente de elasticidad de la prueba)*; probado un hecho resulta indiferente la parte que haya aportado la prueba en virtud del principio de adquisición procesal; y d) que se atribuyan las consecuencias desfavorables de la falta de prueba a una parte a quien no incumbía la prueba. Y es, entonces, cuando entra en juego la doctrina de la carga de la prueba material”. Consta ainda o seguinte trecho, mas que serve apenas para reforçar a ausência de regra exigindo uma regra de valoração específica: “ii) No cabe aducir infracción de la carga de la prueba para denunciar una falta de prueba, o dosis insuficiente, cuando el juzgador declara probado un hecho. Puede haber error patente o arbitrariedad -incoherencia- pero ello afecta a la motivación y no a la carga de la prueba. iii) El artículo 217 LEC no contiene ninguna regla de prueba, por lo que no cabe basar en el mismo una alegación de error en la valoración probatoria. En tal sentido se manifiesta reiteradamente la doctrina jurisprudencial de esta Sala, dentro de la cual caben citar como sentencias las de 26 y 31 de mayo , 1 y 8 de junio de 2006 , 21 julio 2006 y 2 marzo 2007”. (STS, Sala 1.ª, 08/05/2019, (ATS 4853/2019)). No mesmo sentido: STS, Sala 1.ª, 24/04/2019, (ATS 4251/2019); STS, Sala 1.ª, 10/06/2015, (ATS 4370/2015).



Como visto, os três primeiros países (Itália, Colômbia e Chile), em momentos temporais próximos, respectivamente 2006, 2004 e 2000, optaram por importar o estândar penal anglo saxão, que exige *prova acima de toda dúvida razoável* por motivos variados.

Na Itália, embora já houvesse exigência, mediante a atuação jurisprudencial do estândar probatório penal, a alteração legal apareceu no contexto de evitar a diminuição da suficiência probatória exigida tendo em vista a facilitação da impugnação da sentença pelo réu, eis que haveria o risco de os juízes condenarem mesmo na existência de dúvida mediante a espera de que o tribunal confirmasse a solidez argumentativa. De qualquer forma, a sua inserção na legislação trouxe uma maior preocupação tanto doutrinária quanto jurisprudencial em relação à discussão sobre a forma adequada de lidar com a inserção legal da exigência de *prova acima de toda dúvida razoável*. Do ponto de vista jurisprudencial já parece haver uma razoável estabilidade quanto à forma de compreensão da suficiência probatória para a sentença condenatória penal.

No direito chileno, a inserção do estândar probatório penal parece ter vindo no contexto de trazer maior segurança quanto ao grau de convicção exigido para a sentença condenatória penal, deixando claro, por exemplo, que não se exige uma certeza absoluta. Doutrinariamente, é possível verificar a tentativa de conceituação do estândar que exige *prova acima de toda dúvida razoável* de forma objetiva e que permita o controle intersubjetivo. Na Colômbia, a mesma tendência é observada na doutrina, mas em termos jurisprudenciais, ainda não é possível identificar um conceito objetivo.

Naturalmente, o país em que há maior desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário sobre o tema é a Itália, afinal, como visto, o tema do estândar probatório penal não é recente e a legislação apenas consolidou uma discussão jurisprudencial. Dessa forma, foi mais fácil ao país lidar com um conceito, em tese, estrangeiro e adaptá-lo à cultura jurídica local.

A Espanha coloca-se em uma situação diversa, pois todo o desenvolvimento do estândar probatório penal pela atuação jurisprudencial, que parece se consolidar no sentido da exigência de *prova acima de toda dúvida razoável*, muito embora não pareça existir qualquer esforço justificativo no sentido de adaptar o conceito ao ordenamento jurídico local e nem de fornecer uma conceituação. A doutrina espanhola, embora venha se destacando nos últimos anos em relação aos estudos do direito probatório, com enfoque para a Universidade de Girona, que conta com um mestrado específico em raciocínio

probatório, não parece demonstrar muita preocupação em desenvolver os padrões probatórios para a Espanha, focando em outros temas relativos à teoria geral da prova.

Tanto na Itália quanto na Espanha foi possível identificar ainda reflexões sobre a forma de atuação do réu em relação às causas de exclusão da pena. Na Itália, caberia ao acusado ao menos atuar no sentido da indicação de provas aptas a gerar uma dúvida razoável quanto a sua culpabilidade. Assim, haveria não apenas um ônus de alegação, mas também de indicação de elementos mínimos de prova, o que não seria comparável com as exigências probatórias da acusação. Na Espanha, por sua vez, na jurisprudência a situação do réu é menos favorável, pois, além de também ter encargos probatórios, esses seriam comparáveis com os da acusação, situação que não é comparável com a de nenhum outro país.

Em relação ao padrão do processo civil, a preocupação jurisprudencial é vista apenas no âmbito do direito italiano e espanhol. É curioso que a inserção do padrão probatório penal não tenha desencadeado uma preocupação igualmente relevante com a suficiência probatória no processo civil, embora eventualmente possa ser explicado pela simples ausência de tratamento da questão no direito positivo. Na Itália, a Corte de Cassação vem importando a *prevalência das provas*, a partir de uma comparação com os valores em jogo no direito penal e, na Espanha, há menção ao *coeficiente de elasticidade da prova*, que permitiria uma flexibilidade da suficiência probatória a depender das circunstâncias do caso. Parece haver o reconhecimento de que há uma suficiência da prova a ser verificada na decisão sobre os fatos, mas que ela depende das circunstâncias do caso concreto.

Em nenhum dos países foi possível verificar uma preocupação relevante, com a exceção de alguns textos doutrinários no Chile, com alguma espécie de padrão probatório intermediário. Assim, não parece existir ainda a preocupação com casos que não sejam penais, mas que envolvam alguns casos especiais do processo civil, como o direito administrativo sancionador.

### **3.4 Standards de prova entre o *common law* e o *civil law***

No decorrer desse capítulo, foi possível observar o funcionamento dos padrões probatórios em diversos países que estão inseridos tanto no *common law* quanto no *civil law*.

Em relação à exigência para a prolação da sentença condenatória, é nítida a convergência para a utilização do estândar de *prova acima de toda dúvida razoável*, no entanto, é consideravelmente diferente a abordagem em cada um dos países.

Nos EUA, como a maioria das decisões condenatórias penais são proferidas pelo júri, tem se percebido que a jurisprudência tem optado pela adoção seja de um estândar probatório subjetivo, seja pela simples imposição de que não haja uma definição para o júri. Na Inglaterra, embora haja a utilização do estândar probatório da segurança da convicção, encontra-se em posição semelhante aos EUA, no sentido de uma suficiência probatória de aspecto subjetivo, que não parece ter sido alterada, mesmo com a diminuição da competência do júri.

Enquanto isso, nos países do *civil law*, embora naturalmente haja uma menor história institucional abordando os estândares probatórios, há, ao menos, uma tentativa de utilização de conceitos objetivos, que permitam alguma espécie de controle intersubjetivo. Especialmente na Itália, há um maior desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário acerca da forma de compreensão do que seria a *prova acima de toda dúvida razoável*. A maior preocupação dos países do *civil law* com a definição do estândar probatório para a condenação penal provavelmente advém do fato de que as decisões, mesmo penais, são tomadas por juízes profissionais, que possuem o dever de justificar suas decisões. Assim, uma eventual conceituação objetiva de *prova acima de toda dúvida razoável* pode refletir nas decisões, permitindo um melhor controle intersubjetivo e, acima de tudo, é possível controlar a justificação decisória pela imposição de fundamentação na decisão, ao contrário do que ocorre no júri.

Uma constatação que advém de um estudo do contexto do desenvolvimento do estândar penal de *prova acima de toda dúvida razoável* é o de que, embora seja evidente a sua inserção como uma exigência probatória *máxima* em um determinado ordenamento jurídico, não é possível afirmar que sua utilização tem, por base, uma alteração para maior na suficiência probatória do país em questão para as sentenças penas condenatórias. Em outros termos, não se pode dizer que a *prova acima de toda dúvida razoável* significa um aumento de exigência da suficiência probatória para a sentença condenatória penal. Nos EUA e no Chile isso fica claro, pois, em ambos os casos, surgiram em um contexto de facilitação da condenação. Por outro lado, é inegável que se trata de um *standard* de prova que tem, por objetivo, conceder uma maior proteção ao acusado em comparação com a situação dos réus em outras espécies de processo, além de

trazer, ao menos em princípio, uma maior objetividade quanto à suficiência de prova necessária para a condenação penal.

Em diversos países há também discussão sobre os *standards* probatórios em relação aos fatos impeditivos da condenação penal. Prevalece, na jurisprudência do *civil law* e do *common law*, a percepção de que a ele pertence o ônus da prova nesses casos, embora seja bastante variável qual seria a exigência probatória, variando de uma simples exigência de gerar uma dúvida razoável na Itália, passando pela probabilidade prevalente nos EUA, chegando até a igualdade da exigência probatória entre acusação e defesa na Espanha.

No processo civil, é possível verificar que, no geral, a preocupação com os estândares probatórios é bem menor nos países do *common law* do que nos países do *civil law*. Isso ocorre, provavelmente, pelo simples fato de que em nenhum dos países do *civil law* foi positivada qualquer exigência probatória para além do direito penal, sendo natural o menor interesse no tema, eis que, em geral, muitas vezes a preocupação doutrinária e jurisprudencial no *civil law* começa após a positivação.<sup>540</sup> Como visto, além da Itália e Espanha, a preocupação com o estândar do processo civil é praticamente inexistente nos outros países.

Por fim, em relação ao estândar probatório intermediário, embora seja uma questão bastante discutida no *common law*, não é possível verificar uma preocupação dos países do *civil law*. Mais uma vez, isso provavelmente ocorre pela falta de regulação pelo direito positivo.

A título conclusivo, embora a situação específica no direito brasileiro seja analisada nos próximos capítulos, é possível adiantar que não há, no país, uma cultura jurídica de exigência de uma suficiência probatória em nenhum ramo do direito. Há uma eventual preocupação com o estândar probatório no direito penal, mas não há um mínimo de sistematização. É evidente que a experiência estrangeira, seja do *common law*, seja do *civil law*, é imprescindível para que se possa sistematizar e organizar os estândares probatórios no direito brasileiro, por funcionar como uma referência. Embora, por óbvio, essa importação dependa de uma análise das particularidades do ordenamento jurídico

---

<sup>540</sup> Esse fenômeno pode ser verificado no Brasil, tendo como grande exemplo o Código de Processo Civil de 2015. Temas que foram sistematizados e inseridos de forma expressa, a exemplo dos negócios jurídicos processuais, precedentes e estabilização da tutela provisória até tinham algum interesse doutrinário antes da alteração legislativa. No entanto, mesmo durante as discussões do atual CPC, o interesse da doutrina sobre tais temas simplesmente cresceu exponencialmente, com a produção de um sem número de dissertações de mestrado, teses de doutorado, artigos, coletâneas, livros etc.

brasileiro e seu resultado da comparação entre as colisões culturais e a força construtiva da mudança, bem como do interesse dos operadores do direito na alteração no esquema decisório dos fatos.<sup>541</sup>

Em relação ao *common law*, será possível a utilização desenvolvida pela jurisprudência acerca dos fundamentos de cada um dos estândares probatórios, seja para um desenvolvimento jurisprudencial ou alteração legislativa. Verifica-se que tanto na Inglaterra, como nos EUA, embora não haja uma rica discussão acerca da conceituação, para além do aprendizado do que não se deve fazer (subjetivação), são cruciais, para a eventual adaptação dos estândares para o direito brasileiro, os fundamentos de cada um dos estândares probatórios e se eles fazem sentido quando importados para outro ordenamento jurídico com as suas devidas particularidades.

Passando para os países do *civil law*, afigura-se relevante verificar que, apesar de tradicionalmente haver a prevalência do direito legislado,<sup>542</sup> ao menos na Itália e na Espanha, o estândar probatório começou a ser desenvolvido pela jurisprudência e não pela alteração do direito positivo. Tem-se ao menos exemplos de países e, em geral, de fundamentos constitucionais utilizados para o desenvolvimento dos estândares probatórios. Há, igualmente, o auxílio do desenvolvimento doutrinário em cada um desses países que se preocupa em desenvolver uma conceituação objetiva dos estândares probatórios, seja para a condenação penal, seja para o processo civil. Por fim, tem-se ainda o exemplo de países como a Itália, em que, ao menos aparentemente, a inserção dos estândares probatórios tem servido como mais um parâmetro de controle intersubjetivo das decisões sobre os fatos. Também no Chile, mesmo que de maneira tímida, a doutrina tem apontado que a inserção do estândar probatório penal trouxe maior objetividade à decisão sobre os fatos, sendo mais um incentivo para o desenvolvimento dos estândares probatórios no Brasil.

---

<sup>541</sup> CHASE, Oscar G. *Law, culture and ritual: disputing systems in cross-cultural context*. Nova Iorque: New York University Press, 2005, p. 139; CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Trad. Sergio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 187-188.

<sup>542</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO. *The civil law tradition*. 3ª ed. Stanford: Stanford University Press, 2007, p 23-25.



## 4 REVISITANDO OS ESTÂNDARES PROBATÓRIOS CLÁSSICOS

### 4.1 Aspectos introdutórios

Como visto no capítulo 3, foram consagrados, no direito norte-americano, três estândares probatórios: i) no extremo da maior suficiência probatória está a exigência de *prova acima de toda dúvida razoável*, para a prolação da sentença penal condenatória; ii) o modelo intermediário, representado pela exigência da *prova clara e convincente*, utilizado para uma miscelânea de situações, a exemplo da deportação, internação compulsória, cancelamento da naturalização, dentre outros e, por fim; iii) o *standard* probatório mais baixo, a *preponderância da prova* utilizado para os casos em que haveria uma igualdade entre a valoração dos riscos de erros entre as partes.

Embora, no mundo ideal, fosse desejável o desenvolvimento de diversos estândares probatórios que se adaptassem de forma mais precisa a cada uma das situações de direito material, há uma razão para a utilização dos três *standards* base, com algumas variações para alguns casos específicos. Ela advém das próprias limitações cognitivas humanas, não sendo, provavelmente, mero acaso que, em todos os países estudados no capítulo 3, o número máximo de *standards* para as decisões finais são três, o que acaba impondo que situações bastante diversas entre si acabem sendo agrupadas sobre um mesmo *standard*.

Existem limites à capacidade humana em termos de diferenciação de probabilidades de confiança em uma determinada hipótese fática que interferem na utilidade do desenvolvimento de diversos nossos *standards* probatórios. Como relata a doutrina, a psicologia vem indicando que, entre um equilíbrio entre duas possibilidades e a certeza de que ela tenha ocorrido, os seres humanos tendem a agrupar sua confiança subjetiva em três grandes grupos: mais provável do que não, muito provável e quase certeza.<sup>543</sup> Dessa forma, mais adequada uma representação do raciocínio humano acerca do julgamento de probabilidades baseado em escalas mais amplas do que tentar uma

---

<sup>543</sup> BERMAN, Mitchell N. Replay. *California Law Review*, v. 99, 2011, p. 1.711, nota n. 66. Também relatando as dificuldades da atividade cognitiva humana como fundamento para a limitação dos *standards* probatórios em três, cf.: CLERMONT, Kevin M. *Standards of decision in law...* cit., p. 61-73; CLERMONT, Kevin M. Staying faithful to the standards of proof. *Cornell Law Review*, v. 104, 2019, p. 1479.

diferenciação em muitas categorias, que acabaria dificultando a atividade cognitiva humana e levando a mais erros na avaliação das probabilidades.<sup>544</sup>

As alterações nesses três *standards* probatórios propostos ocorrem para situações em que não restou possível uma perfeita compatibilização com nenhum deles. Um exemplo é a suficiência probatória proposta para a tutela de evidência (item 5.5.2.2), que terá por base a probabilidade da prova, mas exigirá uma maior diferença entre a corroboração probatória entre as hipóteses fáticas disponíveis. De fato, é possível que acabe ocorrendo uma certa confusão em sua utilização com o simples *standard* probatório da probabilidade da prova, mas parece presumível que o juiz profissional, que terá competência para analisar essas situações, tenha aptidão para identificar a particularidade do *standard* proposto para essa situação específica.

O objetivo deste capítulo é o de verificar a aptidão dos três estândares probatórios consagrados nos países estudados no capítulo 3, em especial, os EUA, a partir das considerações realizadas nos capítulos 1 e 2, identificando de que forma aqueles modelos de suficiência probatória podem ser encarados de forma mais objetiva e permitirem um maior controle intersubjetivo pelas partes. Como visto no desenvolvimento do capítulo 3, cada um dos estândares probatórios possui consideráveis variações interpretativas, sejam elas sob uma perspectiva mais objetiva ou subjetiva, sendo importante uma revisão do seu conceito e formulação para que possa atuar efetivamente como mais um parâmetro de controle da fundamentação sobre os fatos.

Não será realizado, neste capítulo, uma análise crítica dos casos nos quais devem ser aplicados a partir das particularidades do direito brasileiro, que será efetuado no capítulo 5, que terá o propósito específico do estudo do ordenamento jurídico brasileiro e as particularidades do direito material e de que forma eles se adequam aos estândares probatórios.

#### **4.2 Análise crítica do estândar da prova além de toda dúvida razoável**

O primeiro estândar probatório a ser estudado é o mais conhecido e que também vem sendo utilizado em diversos países do *civil law*, que é a exigência de *prova*

---

<sup>544</sup> SUNG, Yanlong; WANG, Hogbin; YANG, Yingrui; ZHANG, Jiajie; SMITCH, Jack W. Probabilistic judgment by a coarser scale: behavioral and ERP evidence. *Cognitive Systems Research*, v. 9, n. 3, jun.-2008.



*além de toda dúvida razoável*. Essa fórmula consagrada, por mais que traga consigo uma noção de alta suficiência probatória, como visto no capítulo 3, tem uma variação de definições considerável em todos os países, dificultando uma adequada compreensão do que se deve ter por exigido para que se preencha a suficiência probatória, o que sugere a sua alteração com a utilização de termos com menor indeterminação.

A apreciação desse estandar parte, inicialmente, de um pressuposto básico: como devidamente delineado nos capítulos 1 e 2 desta tese, uma exigência primordial do direito probatório e do *standard* probatório é a de que ele tenha por base parâmetros objetivos. Ou seja, ele deve partir das provas e não do convencimento subjetivo do julgador; por mais que certa esfera discricionária seja ineliminável do julgamento humano, incumbe à epistemologia jurídica a defesa de um modelo racional probatório e a tentativa de diminuição dessa esfera discricionária.

Assim, o foco será a reflexão crítica acerca das propostas de interpretação do *standard* que exige *prova acima de toda dúvida razoável* que tenha por base elementos objetivos, excluindo-se, por exemplo, a grande maioria das interpretações da jurisprudência norte-americana, como a própria interpretação da Suprema Corte dos EUA, que aponta para a desnecessidade de explicação acerca do significado do *standard* (item 3.2.1.1). A exigência de *prova acima de toda dúvida razoável*, por mais que invoque uma imagem de alta exigência probatória, pouco indica por si só, o *quantum* a ser exigido.<sup>545</sup>

#### 4.2.1 Críticas ao *standard* de prova além de toda dúvida razoável

Por mais que o *standard* probatório que de *prova além de toda dúvida razoável* esteja consideravelmente consolidado como sendo o mais exigente em praticamente todos os países que utilizam os *standards*, como visto no capítulo 3, com exceção da Inglaterra, isso não significa que ele esteja imune a críticas ou mesmo que

---

<sup>545</sup> Como bem reconhece a doutrina, “A simples referência à existência de prova para além de dúvida razoável em uma sentença não traz consigo qualquer garantia de que a decisão tenha sido tomada após um processo de valoração racional da prova. A menção à existência de prova além da dúvida razoável não assegura que realmente existe prova que com suficiência tenha atendido um *standard* de prova exigente” (MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do *standard* de prova “para além de toda a dúvida razoável no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 156, jun.-2019, p. 223).

haja uma necessária conexão entre a condenação penal e a *prova acima de toda dúvida razoável*.

Um conhecido crítico do estandar é o epistemólogo Larry Laudan. Segundo o autor, o conceito de *prova além de qualquer dúvida razoável* é obscuro e incoerente, não sendo adequadamente compreendido nem pelos juízes, nem pelos jurados e, por isso, deve ser abandonado.<sup>546</sup> Embora reconheça que o conceito poderia ser esclarecido pelos juízes em suas comunicações com o júri, afirma que os tribunais possuem opiniões discrepantes sobre o conceito de *prova acima de toda dúvida razoável* e,<sup>547</sup> como destacado no item 3.2.1.1, a Suprema Corte dos EUA chegou ao ponto de refutar qualquer explicação sobre a definição do conceito, sob o fundamento de que o conceito de *prova acima de toda dúvida razoável* seria auto evidente. A variação de entendimentos gera um sistema injusto, tendo em vista a ausência de uniformidade e de previsibilidade, afinal, se nem os jurados e nem os juízes possuem um entendimento uniforme do conceito de *prova acima de toda dúvida razoável*, os julgamentos se tornam potencialmente aleatórios.<sup>548</sup>

Ao menos em suas obras principais, o autor foca as suas críticas na falta de uma percepção uniforme e objetivo do conceito do *standard* exigido para a condenação penal, mas parece se voltar muito mais à prática consolidada da jurisprudência norte-americana do que propriamente à impossibilidade da construção de um conceito minimamente objetivo de *prova acima de toda dúvida razoável*. Além do mais, não se pode ignorar o contexto do autor, inserido no *common law*, em que a análise dos fatos é *predominantemente* feita pelo júri, que não fundamenta as suas decisões.<sup>549</sup> De certa

---

<sup>546</sup> LAUDAN, Larry. *The law's flaws: rethinking trial and errors*. Milton Keynes: College Publications, 2016, p. 89; LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Trad. Carmen Vázquez e Edgar Aguilera. Madri: Marcial Pons, 2013, p. 61; LARRY, Laudan. Is it finally time to put “proof beyond reasonable doubt” out to pasture? *The Routledge Companions to Philosophy of Law* Rutledge, 21 de março de 2012, disponível em: <https://www.routledgehandbooks.com/doi/10.4324/9780203124352.ch21>, acessado em 12 de novembro de 2019, p. 317-319. Essa crítica é reproduzida por parte da doutrina nacional: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: RT, 2019, p. 249-253. A mesma situação também é verificada na doutrina estrangeira: FERRER BELTRÁN, Jordi. La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana. In: VÁZQUEZ, Carmen (coord). *Estandáres de prueba y prueba científica – ensayos de epistemología jurídica*. Madri: Marcial Pons, 2013, p. 35. Em texto mais recente, o autor parece suavizar as críticas apontando que a interpretação subjetivista do BARD pela jurisprudência norte-americana não seria adequada, não mais fazendo uma referência genérica ao *standard* como inservível: FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El *test case* de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. In: PAPAYANNIS, Diego M.; FREDES, Esteban Pereira (eds.). *Filosofía del derecho privado*. Madri: Marcial Pons, 2018, p. 405.

<sup>547</sup> LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal – un ensayo sobre epistemología jurídica... cit.*, p. 62.

<sup>548</sup> LAUDAN, Larry. Is reasonable doubt reasonable? *Legal Theory*, v. 9, n. 4, dez.-2003, p. 296.

<sup>549</sup> Em um dos seus textos, aponta o autor que o BARD não oferece instruções adequadas para os jurados e, mais ainda, que os juízes geralmente não instruem o júri acerca dos tipos de inferências a serem feitas

forma, a crítica de Laudan é dirigida mais especificamente à dispersão jurisprudencial sobre o conceito de *prova acima de toda dúvida razoável* e a tendência à adoção de uma compreensão dos *standards* de forma subjetiva.<sup>550</sup>

Laudan vai além, afirmando que a *prova acima de toda dúvida razoável* seria um *standard* probatório extremamente rigoroso, levando a uma quebra do contrato social, pois geraria uma proporção inaceitável dos tipos de erros possíveis, não condenando diversos criminosos e, gerando, assim danos à sociedade pelo aumento do número de crimes.<sup>551</sup> Afirma ainda que, na época em que o *standard* foi desenvolvido, todos os crimes produziam a mesma pena, qual seja, a morte, o que não mais ocorre. Outra mudança significativa adveio da construção de um sistema que permitia a apelação e a alteração de decisões condenatórias por erros ocorridos durante o julgamento, abalando a soberania do júri. Essas duas mudanças supostamente teriam desconstruído os principais fundamentos para o desenvolvimento do rigoroso *standard* que exige *prova acima de toda dúvida razoável*.<sup>552</sup>

Um estandar adequado seria o da prova clara e convincente, no entanto, acaba por reconhecer que, seja por representar uma diminuição da exigência probatória dentro do próprio *standard* de *prova acima de toda dúvida razoável*, seja por uma alteração efetiva do *standard* a ser aplicado, dificilmente tais mudanças seriam aceitas pela comunidade jurídica.<sup>553</sup>

As críticas de Laudan são relevantes, no entanto, ele não parece capaz de demonstrar que a taxa de condenações é inferior à desejada pela sociedade. Mais ainda, mesmo partindo do pressuposto de que as condenações dos crimes são menos graves, bem como do fato de que, com o tempo passou a ser possível eventual revisão da decisão do júri, também não se pode ignorar que, atualmente, há uma maior valorização da situação jurídica do acusado.

---

em relação ao raciocínio probatório acerca da culpa do acusado. Inclusive, até reconhece que a diferença de funcionamento entre os sistemas traz diferenças no funcionamento dos *standards*. (LARRY, Laudan. *Is it finally time to put "proof beyond reasonable doubt" out to pasture?*... cit., p. 319-320).

<sup>550</sup> Tal crítica, embora espalhada em outros trabalhos, é feita de forma específica no seguinte texto: LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar... cit.

<sup>551</sup> LAUDAN, Larry. *The law's flaws: rethinking trial and errors*... cit., p. 106.

<sup>552</sup> LAUDAN, Larry. *Is reasonable doubt reasonable?*... cit., p. 324-325.

<sup>553</sup> LAUDAN, Larry. *The law's flaws: rethinking trial and errors*... cit., p. 107-109. Não se pode ignorar o contexto no qual inserido Larry Laudan, em que há um grande respeito pelos precedentes e as construções derivadas da Suprema Corte acabam por se incorporar ao cenário jurídico. Dentro desse contexto, por mais que o autor observe diversos problemas na utilização do *standard* da prova acima de qualquer dúvida razoável, é plausível que ele, tendo em vista o contexto dos EUA, considere quase impossível a alteração do *standard* de prova *além de toda dúvida razoável*.

De certa forma, ocorreu uma diminuição das sanções penais, pois a pena de morte foi banida na grande maioria dos países, mas, ao mesmo tempo, também ocorreu uma maior valorização da dignidade da pessoa humana, tornando a pena de morte como uma sanção extremamente rara e fazendo com que se desse maior valoração negativa à privação de liberdade. Também não se pode ignorar a considerável expansão do direito penal,<sup>554</sup> que atualmente possui uma quantidade de tipos penais muito maior do que a existente no período de surgimento do estândar de *prova além de toda dúvida razoável*.

Além disso, a exigência de *prova acima de toda dúvida razoável* também tem sido acolhida como adequada suficiência probatória para a sentença condenatória penal em diversos países (Chile, Itália, Colômbia e Espanha) que não se encaixam no contexto do surgimento desse estândar probatório no *common law*. A adoção desse estândar probatório tem ocorrido nas últimas décadas, em contexto bastante diverso daquele verificado nos EUA e Inglaterra.

Por outro lado, é inegável que a crítica de Larry Laudan precisa ser considerada, no contexto de permitir uma reflexão sobre a adoção do *standard* de prova *acima de toda dúvida razoável* e mesmo a adequação de um estândar probatório único para a sentença condenatória penal, quando as penas cominadas são consideravelmente variadas. Esses questionamentos serão levados em consideração quando da proposta de organização dos estândares probatórios no direito penal (item 5.2.1).

#### 4.2.2 Sugestões de estândares probatórios alternativos

Como visto anteriormente, alguns autores defendem a substituição do *standard* que exige *prova acima de qualquer dúvida razoável* tendo em vista a subjetividade a ele inerente, impedindo um adequado controle intersubjetivo.

Larry Laudan, conhecido crítico do *standard* BARD sugere sua substituição pelo seguinte modelo de raciocínio, em que a condenação só é admitida caso cumpridos os seguintes requisitos: “a) a hipótese de culpabilidade pode explicar a maioria dos fatos importantes do caso; e b) a hipótese de inocência não pode dar conta de nenhuma prova importante que seja inexplicável de acordo com a hipótese de culpabilidade”.<sup>555</sup>

---

<sup>554</sup> Esse fenômeno vem sendo denominado de direito penal do risco. Sobre o tema, cf.: SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 46, 2004.

<sup>555</sup> LAUDAN, Larry. *Is it finally time to put “proof beyond reasonable doubt” out to pasture?...* cit., p. 321.

O principal problema da proposta do Laudan é a de que ela aparenta ser pouco exigente quando em comparação com a concepção tradicional de *prova acima de toda dúvida razoável*, o que, por outro lado, mantém coerência com o seu posicionamento, como visto no item anterior. Ocorre que, na concepção tradicional, na decisão condenatória penal, não basta que a hipótese da acusação seja melhor do que a hipótese da defesa, mas ela precisa ser consideravelmente melhor, sob pena de se igualar ao *standard* do cível, que se satisfaz com a vitória daquele que possui a melhor hipótese fática. Em outros termos, o *standard* desenvolvido por Larry Laudan tem o problema da pouca exigência probatória, diminuindo assim, o âmbito de proteção do réu.

O *standard* sugerido ainda padece de um outro problema, que é a ausência do referência expressa aos elementos probatórios, ao menos do ponto de vista da exigência para a decisão condenatória, por fazer referência apenas à exigência de que a hipótese seja capaz de “explicar a maioria dos fatos importantes do caso”. Não sem tem qualquer referência a uma exigência probatória específica, mas sim de uma simples boa explicação, que pode ou não estar relacionada com as provas. Um relato coerente e verossímil pode ser completamente alheio aos elementos probatórios existentes nos autos. A exigência da presença de elementos probatórios só ocorre para existência de dúvida razoável. Assim, mais uma vez, é perceptível que se trata de um *standard* probatório pouco exigente para sentença condenatória penal.

Pode-se ainda fazer referência ao problema da ausência de explicação acerca da diferenciação entre fatos importantes e fatos eventualmente não importantes.<sup>556</sup> Ora, o problema da subjetividade, tão combatido por Larry Laudan não é resolvido, porque o *standard* proposto ainda precisa de definições posteriores que não são por ele desenvolvidas.

Para Jordi Ferrer Beltrán, um *standard* que poderia ser utilizado para o direito penal teria necessidade de obedecer aos seguintes condicionamentos: “i) a hipótese deve ser capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente e as predições de novos dados que a hipótese permita formular devem ter sido confirmadas; ii) devem

---

<sup>556</sup> ALLEN, Ronald J. Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico. In: VÁZQUEZ, Carmen (coord). *Estandáres de prueba y prueba científica – ensayos de epistemología jurídica*. Madri: Marcial Pons, 2013, p. 54; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal...* cit., p. 254-255.

ter sido refutadas todas as hipóteses plausíveis explicativas dos mesmos dados que sejam compatíveis com a inocência do acusado, excluídas as meras hipóteses *ad hoc*”.<sup>557</sup>

Em relação ao segundo requisito, esclarece o autor que se impõe a exclusão de todas as hipóteses fáticas que sejam compatíveis com a inocência do acusado, com a exceção das que sejam: a) implausíveis; b) não sejam compatíveis com os dados probatórios disponíveis e c) as hipóteses *ad hoc*. As hipóteses *ad hoc* têm por base a ideia de que, tendo por base um certo conjunto de dados disponíveis, sempre é possível construir, *a posteriori*, uma hipótese que os abarque. O seu objetivo seria tão apenas o de refutar a hipótese acusatória, mas não seria minimamente verossímil. A título exemplificativo, tem-se a defesa de que todas as acusações e provas fazem parte de um complô contra o acusado; ter-se-ia uma hipótese teoricamente possível, mas inverossímil.<sup>558</sup>

Um primeiro problema dessa proposta de *standard* encontra-se na exigência de que a hipótese seja capaz de prever novos dados, pois isso não parece ser exigível no contexto jurídico. Cabe ao direito exigir tão apenas decidir com base nos elementos probatórios existentes, não havendo qualquer necessidade de predizer novos dados. Como destaca Ronald Allen, uma hipótese científica tem sucesso quando é capaz de predizer novos dados, mas essa condição é completamente irrelevante para o direito, que apenas se preocupa em analisar os dados disponíveis.<sup>559</sup>

Outra crítica feita ao *standard* proposto por Ferrer está na menção à hipótese *ad hoc*, especialmente ao exemplo utilizado pelo autor, que, na verdade, em nada difere de qualquer outra hipótese fática relativa à inocência do acusado. Sua plausibilidade não tem nada de especial e, como qualquer outra, dependeria do restante dos elementos probatórios do caso.<sup>560</sup>

Os estândares probatórios que se propõem a substituir a *prova acima de toda dúvida razoável* possuem inegavelmente o objetivo de construir uma suficiência probatória suficientemente alta, que seja comparável ao estândar probatório clássico, mas

---

<sup>557</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madri: Marcial Pons, 2007, p. 147. Aponte-se que, em texto posterior, o autor deixa de vincular esse *standard* específico ao processo penal, embora o mantenha como o de maior exigência (FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegómenos para una teoría sobre los estândares de prueba. El *test case* de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. In: PAPAYANNIS, Diego M.; FREDES, Esteban Pereira (eds.). *Filosofía del derecho privado*. Madri: Marcial Pons, 2018, p. 417).

<sup>558</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba...* cit., p. 148-149.

<sup>559</sup> ALLEN, Ronald J. Los estândares de prueba y los limites del análisis jurídico... cit., p. 55. Com crítica semelhante: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemología judiciária e prova penal...* cit., p. 257.

<sup>560</sup> ALLEN, Ronald J. Los estândares de prueba y los limites del análisis jurídico... cit., p. 55-56.

com uma feição mais objetiva. No entanto, percebe-se que, nas propostas analisadas, existem ainda problemas consideráveis em relação aos termos utilizados para esse propósito.

#### 4.2.3 Os problemas do *standard* de prova acima de qualquer dúvida razoável

Como visto nos dois itens anteriores, existem diversas críticas a adoção do *standard* de *prova acima de toda dúvida razoável*, que podem ser resumidas na ausência de um conceito unívoco e de caráter objetivo.

No item anterior, foram mencionadas formulações alternativas ao clássico *standard* probatório, que objetivam a sua substituição, tendo por base uma equivalência na exigência probatória, porém, com a utilização de termos mais objetivos. De fato, são, no geral, estândares com foco nas provas e não na convicção subjetiva do agente julgador. É inegável, no entanto, que possuem uma forte inspiração na exigência de *prova além de toda dúvida razoável*, pois sempre estão presentes uma referência às exigências da hipótese acusatória e da hipótese de inocência. Em outros termos, a construção do estândar probatório é semelhante, apenas alterando a forma de expressar tanto a exigência probatória da acusação quanto da defesa.

Uma questão que precisa ser esclarecida é que a *prova além de toda dúvida razoável* não é, por si só, um estândar probatório *necessariamente subjetivo*. Pode se utilizar de uma analogia: parte da doutrina afirma que as súmulas, dentro da teoria dos precedentes configuram um absurdo, eis que elas possuem aplicação autônoma em relação aos precedentes que a geraram.<sup>561</sup> Ora, o problema não é a súmula em si, mas a forma com a qual ela vem sendo utilizada.<sup>562</sup>

Por outro lado, é inegável que existem problemas consideráveis na utilização do *standard* de *prova além de toda dúvida razoável*. Como visto no capítulo 3, em todos os países que o adotaram, há problemas de indeterminação, em especial, nos países que foram pioneiros em seu desenvolvimento, culminando no seu abandono na Inglaterra (item 3.2.2.1). Por mais que a sua incorporação, a princípio, traga consigo uma aparente alta exigência probatória e a experiência estrangeira, esse segundo ponto pode ser

---

<sup>561</sup> ABBoud, Georges; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 63.

<sup>562</sup> PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 4ª ed. Salvador: Juspodim, 2019, p. 161-164.

igualmente um problema, justamente por trazer toda a bagagem de interpretações de cunho subjetivo.

Além disso, a exigência de *prova além de toda dúvida razoável* é um conceito que não indica, por si só, a suficiência probatória exigida. É o desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário que identifica a suficiência probatória a ser alcançada. Outro problema consiste na utilização de termos consideravelmente indefinidos, tornando-se dependente da identificação do que consiste uma dúvida e em quais hipóteses ela pode ser tida por razoável.

Portanto, a *prova além de toda dúvida razoável*, apesar de toda sua história institucional, traz um considerável problema que consiste na indeterminação da sua conceituação. Por se utilizar de termos excessivamente vagos, não chega a ser surpreendente a quantidade de formulações diversas – muitas vezes subjetivas – adotadas nos países que a positivaram. O principal risco na incorporação desse padrão probatório consiste na prevalência da interpretação subjetiva, fazendo com que não ocorra nenhuma alteração significativa na prática judicial. Afinal, se o preenchimento do padrão probatório depender de um padrão probatório muito subjetivo, o seu controle intersubjetivo é consideravelmente dificultado.

Para um ordenamento jurídico que opte por utilizar-se dos padrões probatórios, seria mais adequada a utilização de um modelo de suficiência probatória que incorpore apenas os elementos objetivos construídos pela doutrina e jurisprudência a partir da exigência de *prova acima de toda dúvida razoável*, mas que impeça a grande variação de definição, bem como o desenvolvimento de conceitos subjetivos. Do contrário, com a positivação do padrão de *prova além de toda dúvida razoável*, o ordenamento jurídico ainda terá o considerável desafio de fazer com que prevaleça uma definição objetiva, com o também considerável risco de prevalecer a adoção de um conceito subjetivo, nos moldes do que ocorreu nos EUA e na Inglaterra, que acabou até alterando a própria nomenclatura do *standard* probatório (item 3.2.2.1).

#### 4.2.4 A reconstrução do d exigência de prova acima de toda dúvida razoável

Inicialmente, impõe-se reforçar o óbvio: é impossível a formulação de um *standard* probatório completamente objetivo. Não se pode ignorar o fator humano, bem como a sua interconexão com a valoração probatória, que dificulta a objetivação dos



estândares. O que é possível é a formulação de um conceito com elementos objetivos e que permitam um adequado controle intersubjetivo. O objetivo deste item é a formulação de um conceito que possa ser ao mesmo tempo objetivo e simples, tentando não utilizar termos extremamente complexos, que acabem se tornando indefinidos e produzam uma dispersão jurisprudencial acerca dos seus significados.

Uma interessante proposta de formulação de um estândar alternativo parte de Gustavo Badaró, o qual exige, para a prolação de condenação penal, o preenchimento das seguintes exigências: “há elementos de prova que confirmam, com elevadíssima probabilidade, todas as proposições fáticas que integram a imputação formulada pela acusação; e, b) não há elementos de prova que tornem viável ter ocorrido fato concreto diverso de qualquer proposição fática que integre a imputação”.<sup>563</sup>

De acordo com Badaró, a proposta teria algumas vantagens em relação às outras sugestões de substituição da *prova acima de toda dúvida razoável*.

A primeira delas estaria na formulação clara de que o raciocínio deve partir das provas que justifiquem a inferência probatória, enquanto as demais partem das hipóteses para sugerir “em que medida elas estariam justificadas por provas”.<sup>564</sup> No geral, essa também é a proposta das outras formulações, a exemplo da proposta de Jordi Ferrer Beltrán ou mesmo algumas interpretações objetivas à exigência de *prova acima de toda dúvida razoável*.

A outra vantagem seria a indicação expressa do critério de gradação do suporte fornecido pelas provas, que seria a elevadíssima probabilidade, por ser ele mensurável, ao invés de usar termos excessivamente abertos, como a razoabilidade.<sup>565</sup> Uma importante observação a ser feita em relação a essa proposta de *estândar* probatório consiste na necessária admissão de que “elevadíssima probabilidade” não é um conceito unívoco e nem se pode garantir que será interpretado a partir da probabilidade baconiana. No entanto, é uma forma de enunciação de uma suficiência probatória que consegue esclarecer que se trata de um estândar probatório exigente e que, por meio da sua linguagem, será compatível com as demais formulações de suficiência probatória a serem apresentadas nesta tese (*alta probabilidade e probabilidade da prova*).

---

<sup>563</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal...* cit., p. 259.

<sup>564</sup> Idem, *ibidem*, p. 259-260.

<sup>565</sup> Idem, *ibidem*, p. 260.

A terceira vantagem seria a existência de uma delimitação clara da hipótese fática defensiva que permite a absolvição do réu.<sup>566</sup>

Uma alteração a ser feita na formulação de Badaró não é propriamente uma mudança nas exigências probatórias do estandar probatório, mas tão apenas uma enunciação resumida, que possa apresentar a mesma objetividade, de forma mais curta. Como se percebe, na experiência estrangeira, os *standards* probatórios sempre são representados por formulações curtas. Assim, propõe-se que o *standard* seja apresentado da seguinte forma “*elevadíssima probabilidade da hipótese fática acusatória e inexistência de suporte probatório para a hipótese fática de inocência do réu*”. Tem-se nessa formulação, a menção expressa à probabilidade necessária para a comprovação da hipótese acusatória, bem como a referência à delimitação probatória da hipótese da inocência do réu, deixando clara a disparidade entre a suficiência das provas para cada uma das partes.

#### 4.3 Revisitando a prevalência da prova

Uma costumeira forma de definir o *standard* probatório mais baixo em cada ordenamento jurídico para a prolação de uma decisão *racional* com cognição exauriente para as demandas cíveis é pela afirmativa de que o vencedor será aquele em que os elementos probatórios demonstram que a sua hipótese fática é relativamente mais provável do que a circunstância contrária.<sup>567</sup> Essa formulação por vezes varia, ora se fazendo referência à prevalência das probabilidades, prevalência das provas, mais provável que não (item 3.2.1.3), mas a lógica é a mesma.

Ocorre que tal formulação, como apontado no capítulo 3, é problemática. Isso porque ela parte do pressuposto, típico do processo adversarial, de que existem apenas duas narrativas fáticas contrapostas,<sup>568</sup> quais sejam, as do autor e do réu, ignorando a

---

<sup>566</sup> Idem, ibidem, p. 259-260.

<sup>567</sup> Por exemplo: MACCORMICK, Charles Tilford. *McCormick on evidence*. 3ª ed. Revisor geral Edward W. Clearly. St. Paul: West Publishing, 1984, p. 957; LANDO, Henrik. When is the preponderance of the evidence standard optimal. *The Geneva Papers on Risk and Insurance*. Issues and Practice, v.27, n. 3, out.-2002, p. 603. Destacando que essa formulação acabou se consolidando no século XX: LEUBSDORF, John. The surprising history of the preponderance standard of civil proof. *Florida Law Review*, v. 65, 2015, p. 1.614. Afirmando ser essa uma exigência mínima de racionalidade: GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 28, 2005, p. 130.

<sup>568</sup> Com esse ponto de vista: CLERMONT, Kevin M. Staying faithful to the standards of proof... cit., p. 1480-1481.

possibilidade de uma terceira, desenvolvida pelo juiz e também implicitamente assume que as versões fáticas são complementares, ou seja, se uma hipótese fática é mais provável, a outra necessariamente é menos provável.

No entanto, o conflito entre a narrativa de um fato e a simples negativa nem sempre se verifica, pois, as versões fáticas podem ser simplesmente diferentes, especialmente tendo por base os fatos impeditivos, modificativos e extintivos. Ora, a narrativa do autor pode ser a de que Paulo é devedor de R\$ 1.000,00 a Roberto que prestou um serviço e não recebeu o pagamento, por sua vez, Paulo alega que já pagou R\$ 1.000,00 a Roberto. Essas duas hipóteses podem ser ambas verdadeiras ou falsas, não havendo probabilidades complementares entre elas.<sup>569</sup>

Isso significa que, para o adequado funcionamento de um estandar probatório baseado em uma prevalência de probabilidades, impõe-se a realização de alguns ajustes em sua forma de compreensão.

Michele Taruffo propõe que o *standard* cível seja compreendido como a exigência de que a versão dos fatos para ser vencedora possua um grau adequado de confirmação probatória, o que seria compatível com a existência de hipóteses alternativas razoáveis sobre o mesmo fato, o que não se admitiria para a condenação penal, que exige uma alta confirmação probatória sobre a hipótese fática acusatória e que esta seja muito melhor do que a eventual hipótese fática de não culpabilidade. Em resumo, não se exige que exista apenas uma versão fática razoável e devidamente provada, deve haver sim a escolha da narrativa fática com maior o grau de confirmação *relativa* dentre elas.<sup>570</sup>

Na proposta de Michele Taruffo, não está presente o elemento comparativo, embora, naturalmente, ele esteja implícito, pois o autor aponta que a sua formulação é compatível com a existência de outras hipóteses razoáveis com base nos elementos probatórios. No entanto, impõe-se deixar explícito esse elemento de comparação para auxiliar na análise entre as hipóteses fáticas concorrentes, quando da conceituação da adequada compreensão do estandar probatório.

Não parece possível utilizar a inferência da melhor explicação como *standard* mesmo para as causas cíveis, por possuir o problema da necessidade de escolha de uma

---

<sup>569</sup> TARUFFO, Michele. Statistics: notes about statistical evidente. In: MITIDIÉRO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz (coords). DOTTI, Rogéria (org). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos* – estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2017, p. 518-519.

<sup>570</sup> TARUFFO, Michele. Opinioni a confronto. Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)... cit., p. 312.

melhor hipótese dentro de um conjunto de péssimas hipóteses fáticas. A ideia de uma prevalência preponderante não pode ficar sujeita à imposição da escolha entre as duas hipóteses fáticas sem o mínimo de lastro probatório, o que pode ocorrer mediante a simples escolha da melhor hipótese dentre as disponíveis.

Basta imaginar uma ação com pedido de danos materiais por um choque entre veículos, em que o autor alega ter sido o réu o culpado pelo acidente por ter ultrapassado o sinal vermelho. O réu, por sua vez, alega que foi o autor que ultrapassou o sinal vermelho. Na hipótese, não há nenhuma filmagem, a perícia foi inconclusiva; o único elemento probatório relevante é uma prova testemunhal em favor do autor, que estava a uma certa distância do acidente, tinha miopia e estava sem óculos. Estaria o juiz obrigado a julgar procedente a ação, caso considere que a narrativa autoral é uma melhor explicação, mesmo que seja extremamente frágil? A resposta deve ser a negativa. Mesmo no cível, o preenchimento do *standard* probatório não pode estar sujeito a uma narrativa fática extremamente frágil.

Uma forma de preencher o conteúdo da *probabilidade da prova* seria por meio da exigência de que, *para que a hipótese fática seja considerada provada, ela deve ser a hipótese com maior grau de confirmação probatórias dentre as disponíveis e ser capaz de confirmar ser provável a ocorrência das proposições fáticas da parte.*

Perceba-se que existem alguns elementos relevantes nessa maneira de formular esse *standard*:

1) há um elemento comparativo, ou seja, impõe-se ao juiz verificar, dentre as hipóteses fáticas disponíveis, independente de quem as elabore, seja ele próprio ou as partes, qual aquela que possui o maior grau de embasamento nas provas;

2) é compatível com a possibilidade e a existência de hipóteses alternativas com forte suporte probatório, possibilidade que não é admitida no processo penal.<sup>571</sup> Para a sentença condenatória penal, tem-se uma alta/altíssima exigência de suficiência probatória para a hipótese acusatória; que não se reflete para a hipótese de inocência, a qual não necessariamente é complementar ou negativa. Há uma assimetria em relação à exigência probatória, então, se, por acaso, há um conjunto bom de hipóteses (acusação e inocência), mesmo que a alternativa acusatória seja melhor, havendo um razoável suporte probatório para a hipótese de inocência, não deve ocorrer a condenação do réu. Essa

---

<sup>571</sup> TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 235-255.

situação não ocorre nos casos cíveis. Havendo duas hipóteses com forte suporte probatório, basta que uma delas seja mais provável para que seja vencedora, não havendo essa imposição de uma diferença entre a suficiência probatória.

Basta imaginar um caso concreto em que A alega que B causou danos em seu veículo ao bater em sua traseira, sendo imprudente na direção. B, por sua vez, alega em contestação que a culpa do acidente é de A, pois este teria freado bruscamente, tornando impossível a parada do veículo. Na hipótese de ambas as partes trazerem diversas testemunhas e forem realizadas duas perícias, cada uma apontando para uma das hipóteses fáticas e que ambas são consistentes, será possível afirmar que as duas são robustas. No direito penal, caberia ao juiz absolver o réu, afinal, evidente a existência de dúvida razoável. No entanto, no cível, basta escolher a opção melhor dentre as duas, não importando que existam duas boas hipóteses.

3) Tem-se um *standard* consideravelmente menos exigente do que aquele existente para a decisão condenatória penal, mas que, ao mesmo tempo, ainda exige um grau mínimo de confirmação probatória, com o objetivo de evitar que haja a utilização da *inferência da melhor explicação* de forma pura, impondo ao juiz a escolha entre hipóteses fáticas ruins e despidas de corroboração ancorada nos elementos probatórios;<sup>572</sup>

4) Ultrapassa o problema que é enfrentado na formulação tradicional em que estaria provada a hipótese que fosse mais provável do que a sua negativa, a qual não consegue responder à existência de hipóteses que não sejam propriamente contrárias, mas simplesmente alternativas à vencedora. Por meio dessa formulação, apenas se impõe que se verifique, dentre as hipóteses disponíveis, qual é a melhor e, ultrapassada essa fase, se tal hipótese fática é detentora de um razoável grau de confirmação probatório.

5) Gera funcionalidade para o instituto do ônus da prova. O ônus da prova, em seu aspecto objetivo, funciona como um critério decisório que indica as consequências da falta de provas suficientes; mais especificamente, ao indicar o responsável pelos encargos probatórios, apontando quem terá um julgamento desfavorável na ausência do preenchimento do estandar probatório aplicável ao caso. Se o encargo probatório, por exemplo, não for desincumbido pelo autor, haverá um julgamento de improcedência por falta de provas, no entanto, a regra do ônus da prova não indica o *quantum* de prova necessário para que ele seja preenchido.

---

<sup>572</sup> Com a mesma preocupação: TRENTO, Simone. *As cortes supremas diante da prova*. São Paulo: RT, 2018, p. 81.

Se a *probabilidade da prova* atua apenas por meio de uma comparação entre as hipóteses fáticas, sendo vitoriosa a considerada melhor, *independentemente* de um suporte probatório suficiente, a regra do ônus da prova não será aplicada. Afinal, *sempre haveria uma hipótese tida como provada, não havendo espaço para a decisão de improcedência por falta de provas*. Por outro lado, como há uma exigência mínima de probabilidade da hipótese fática para que seja considerada provada e pode ocorrer que haja uma melhor hipótese dentre as disponíveis, mais ainda assim não haja o preenchimento do estândar probatório da probabilidade prevalente, nessas hipóteses, haverá a aplicação da regra do ônus da prova.<sup>573</sup> Se utilizado o exemplo do acidente entre veículos, caso a hipótese fática do autor seja melhor do que a do réu, mas ainda assim tenha apenas um frágil suporte probatório, o pedido deve ser julgado improcedente pela não desincumbência do ônus da prova dos fatos constitutivos do direito do autor, que exige a probabilidade da prova.

#### **4.4 Desenvolvimento do *standard* probatório intermediário**

No decorrer deste capítulo, foram desenvolvidos dois estândares que se situam em dois espectros opostos da exigência probatória *das decisões finais*: a *probabilidade prevalente* e a *elevadíssima probabilidade da hipótese fática acusatória e inexistência de suporte probatório para a hipótese fática de inocência do réu*. Ocorre que, como visto nos capítulos 2 e 3, os estândares de prova visam, na medida do possível, à distribuição dos tipos de erros e, por óbvio, não existem apenas as situações narradas nas situações antônimas de riscos: aquela que parte de uma distribuição igualitária e aquela que parte de uma máxima desigualdade, diminuindo ao máximo aceitável os riscos de erros em desfavor do acusado.

Há casos em que a balança dos erros, face o direito material, pende em favor do réu, fazendo com que não seja possível o encaixe nas situações cíveis típicas e, ao mesmo tempo, não chegue ao extremo da decisão condenatória penal que pode levar à pena de reclusão no regime fechado, que justifica uma maior proteção do acusado no

---

<sup>573</sup> Nesse sentido, correlacionando com os standards, cf.: TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade...* cit., p. 255.

processo penal, tendo em vista a consequências da decisão.<sup>574</sup> É justificado, então, o desenvolvimento de um *standard* intermediário, que possa servir para uma distribuição de erros entre os dois extremos. Protege-se de forma mais acentuada o réu, mas não ao ponto de ser justificada o ideal de distribuição de riscos constante da *elevadíssima probabilidade da hipótese fática acusatória e inexistência de suporte probatório para a hipótese fática de inocência do réu*.

É inegável que o *standard* intermediário será aplicado nas hipóteses que não são devidamente equiparáveis aos polos da ação cível ordinária e da ação penal condenatória – nos termos dos indicados nos próximos itens –, o que fará com que atue sobre situações jurídicas consideravelmente diferentes.<sup>575</sup> No entanto, é a melhor posição tendo em vista que existem casos em que o direito material efetivamente exige uma maior proteção do réu, sendo o desafio tanto a definição desse *standard*, como das situações jurídicas por ele abrangidas (item 5.4).

Como destacado no item 3.2.1.3, nos EUA, a referência a um *standard* intermediário surge nas hipóteses em que os interesses individuais em jogo sejam *particularmente importantes*, havendo uma desigualdade entre os riscos sofrido por um falso positivo e um falso negativo. A título exemplificativo, no direito brasileiro, é importante identificar as diferenças entre as consequências do erro fático na procedência do pedido em uma ação de improbidade e na improcedência. O réu condenado erroneamente poderá perder a função pública, bem como ter suspensos seus direitos políticos por até 10 anos, dentre outras sanções (art. 12, I, da Lei 8.429/1992). Por outro lado, embora haja consequências por um erro no julgamento da improcedência, que seria a manutenção de um indivíduo que cometeu um ato de improbidade em função pública, não seria comparável com as consequências para o indivíduo pelo erro na procedência.

Não há indicativos de que existe uma formulação inequívoca do *standard* intermediário,<sup>576</sup> que varia até em sua formulação (item 3.2.1.3), sendo possível, no máximo, a identificação de que se resume em uma exigência de uma alta probabilidade

---

<sup>574</sup> Como se verá no próximo capítulo, há uma proposta de subdivisão dos estândares probatórios no processo penal, no entanto, o exemplo é aqui utilizado apenas para demonstrar que existem situações intermediárias.

<sup>575</sup> De forma semelhante: CLERMONT, Kevin M. *Standards of decision in law...* cit., p. 23.

<sup>576</sup> A própria Suprema Cortes dos EUA reconhece essa dificuldade: “We probably can assume no more than that the difference between a preponderance of the evidence and proof beyond a reasonable doubt probably is better understood than either of them in relation to the intermediate standard of clear and convincing evidence”. (*Addington v. Texas*, 441 U.S. 418, 1979).

da hipótese fática.<sup>577</sup> Há quem defenda que a formulação desse *standard* seja por meio da sua inserção enquanto exigência probatória intermediária entre a *prevalência da prova* e a *prova acima de toda dúvida razoável*,<sup>578</sup> muito embora essa construção não seja propriamente útil e nem indique exatamente qual seria a suficiência probatória requerida para o seu preenchimento.

Não havendo um desenvolvimento adequado do *standard* intermediário, uma forma apresentação desse estandar probatório deve ser baseada na sua própria atuação como escala de exigência probatória intermediária, de forma a que se torne compatível com os outros dois. *Assim, o estandar probatório intermediário deve ser compreendido como a exigência de alta probabilidade de confirmação probatória das proposições fáticas da parte autora.*

Impõe-se, também, avaliar quais os encargos probatórios do réu. Isso porque, no cível, incumbe a ele, em relação a qualquer proposição fática, seja em relação à simples contraprova, seja em relação a alegação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo, apenas ter uma melhor versão que seja provável; em outros termos, ele possui exigências probatórias equivalentes ao autor. No *standard* mais rigoroso, as exigências probatórias entre as partes são desiguais; enquanto o autor deve alcançar elevadíssima probabilidade, exige-se tão apenas que o réu seja capaz de elaborar alguma hipótese plausível, de acordo com as provas disponíveis.

A lógica do *standard* intermediário mais se assemelha àquela existente para o *standard* mais rigoroso, pois o seu objetivo é o de assegurar uma maior proteção para o réu, havendo uma desigualdade entre as exigências probatórias. Portanto, não seria condizente com os propósitos do *standard* impor ao réu, para ter um julgamento favorável, encargos probatórios equivalentes ao do autor. Dessa forma, a distribuição deve se dar da seguinte forma: i) exige-se, do autor, a existência de elementos de prova que confirmem, com alta probabilidade, as proposições fáticas; ii) ao réu incumbe: ii.i) atuar no sentido de impedir a confirmação das proposições fáticas do autor em um nível alto de probabilidade e/ou ii.ii) em relação aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos a existência de elementos de prova que tornem provável a sua proposição fática.

---

<sup>577</sup> Foi essa a definição usada pela Suprema Corte dos EUA (Colorado v. New Mexico, 467 U.S. 310, 1984).

<sup>578</sup> CLERMONT, Kevin M. *Standards of decision in law...* cit., p. 24.



#### 4.5 Análise comparativa dos *standards* probatórios

Como apontado anteriormente, foram propostos três estândares, que podem ser resumidos da seguinte forma:

i) *probabilidade da prova*, que consiste na exigência de que a hipótese tida por provada seja a que possua maior grau de confirmação probatórias dentre as disponíveis e também ser capaz de confirmar ser provável a hipótese fática da parte;

ii) a *alta probabilidade da hipótese fática do autor*. Além disso, do ponto de vista do réu, apenas cabe a ele atuar no sentido de impedir a obtenção do mencionado grau de confirmação ou, eventualmente, de indicar ser provável, de acordo com os elementos probatórios disponíveis a alegação de hipótese fática alternativa ou dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos;

iii) *elevadíssima probabilidade da hipótese fática acusatória e inexistência de suporte probatório para a hipótese fática de inocência do réu*, que, por óbvio, requer uma elevadíssima probabilidade da hipótese fática do órgão acusatório e a ausência de elementos de prova que tornem viável ter ocorrido fato concreto diverso de qualquer proposição fática que integre a imputação.<sup>579</sup>

A configuração proposta nesta tese tem por base diversos dos elementos que foram desenvolvidos nos capítulos 1 e 2, de forma que o instituto se adeque ao modelo proposto pelo modelo racional do direito probatório, a partir de um modelo objetivo e também é fortemente inspirada na divisão que existe nos EUA em três estândares probatórios, como visto no capítulo 3.

Optou-se pela formulação de três *standards* que são compatíveis entre si, ou seja, eles foram elaborados, na medida do possível, a partir de um mesmo modelo de objetividade e por meio de uma gradação da exigência probatória. Ainda se utilizando dos elementos obtidos a partir das pesquisas empíricas indicadas no item 2.6, que indicam que há uma melhor compreensão dos estândares quando os três são apresentados de forma

---

<sup>579</sup> Flávio Luiz Yarshell, ao fazer menção aos estândares probatórios, embora utilize a nomenclatura tradicional (preponderância da prova, prova clara e convincente e prova além de dúvida razoável), ao conceituar os dois standards de prova mais exigentes, utilizada formulação semelhante a adotada por essa tese, fazendo menção a uma exigência de probabilidade elevada, no caso da prova clara e convincente e probabilidade elevadíssima, no caso da prova além de dúvida razoável (YARSELL, Flávio Luiz. Antigas e novas reflexões sobre a distribuição do ônus da prova no processo eleitoral. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (coord.). PECCININ, Luiz Eduardo (org.). *Direito Processual Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 493).

comparativa, é ainda mais adequado que eles se mostrem como parte de um mesmo modelo, cada um com uma maior exigência probatória.

Um eventual problema que não pode ser ignorado é a eventual proximidade da suficiência probatória necessária na *alta probabilidade e na altíssima probabilidade*. É inegável que estão em pontos próximos da suficiência probatória, no entanto, como a psicologia vem indicando, os seres humanos tendem a agrupar sua confiança subjetiva em três grandes grupos: mais provável do que não, muito provável e quase certeza. Esses dois estândares probatórios objetivariam se encaixar nos lugares da alta probabilidade e quase certeza com elementos mais objetivos.<sup>580</sup>

A partir dessas considerações, considera-se comprovada a segunda tese, que consiste na reformulação e na definição de *standards* probatórios que se utilizam de critérios objetivos e que podem mais facilmente ser comparados entre si, permitindo que atuem de forma mais eficiente como critérios de suficiência probatória.

---

<sup>580</sup> BERMAN, Mitchell N. Replay... cit., p. 1.711, nota n. 66.

## 5 ESTÂNDARES PROBATÓRIOS PROCESSO BRASILEIRO

### 5.1 Introdução

A doutrina e a jurisprudência brasileira, seja relativa ao direito processual penal ou civil, é inegavelmente criativa, com produção de textos incomparável. No entanto, algumas questões acabam por receber uma atenção muito baixa por diversos motivos.

Um dos temas que não possui uma vasta produção doutrinária é exatamente o problema enfrentado por essa tese, os estândares probatórios. Muito embora já seja possível encontrar referência à sua utilização em obras, artigos e até decisões esparsas, como se verá no decorrer deste capítulo, não parece possível afirmar que exista uma consciência geral sobre os estândares probatórios exigidos no Brasil, seja na legislação ou na jurisprudência.<sup>581</sup> Essa constatação é, em si, um problema, eis que, se não há uma preocupação em discutir e elaborar os *standards*, eles não deixam de existir, mas apenas deixam de poder ser controlados pelas partes, atuando implicitamente no momento da decisão judicial sobre os fatos.

A preocupação com a valoração probatória, no máximo, atinge a problemática de como deve ser interpretada a persuasão racional/livre convencimento motivado. De certa forma, para a grande maioria da doutrina, os *standards* probatórios são simplesmente um não tema.<sup>582</sup> Não é incomum que se encontrem afirmativas como “a

---

<sup>581</sup> No mesmo sentido: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Standards probatórios. In: KNIJNIK, Danilo (coord). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 163; KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 32.

<sup>582</sup> Em diversos manuais e códigos comentados, tem-se no máximo a discussão sobre a importância da busca da verdade no processo e uma breve análise sobre a valoração da prova, que não se confunde com os *standards*, como já visto no capítulo 2. A título exemplificativo, faz-se referência a diversos cursos e códigos comentados que se limitam aos temas elencados: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, t. I, p. 857-860; STRECK, Lenio Luiz.

busca da decisão correta para o caso concreto pressupõe o reconhecimento da possibilidade de se descobrir a verdade”.<sup>583</sup> De certa forma, no direito processual brasileiro, os estândares, de forma implícita ou não, estão inseridos dentro da valoração probatória, sem que haja muita discussão sobre o grau de suficiência probatória necessária para que uma hipótese fática seja considerada provada. Em geral, a doutrina limita-se a afirmativas relativas à necessidade do convencimento judicial, desde que motivado,<sup>584</sup> ou à descoberta da verdade.

É possível, ainda, verificar uma aproximação diferente em relação à busca da verdade entre o processo civil e o penal, afirmando-se que, no primeiro, o juiz supostamente estaria satisfeito com uma verdade formal e, no segundo, com uma verdade material. Talvez essa pudesse ser uma indicação acerca das exigências probatórias em cada uma dessas áreas.

Muito embora reflita na análise do direito probatório, no entanto, ainda assim, trata-se de uma análise com foco nos estudos dos princípios inquisitivo e dispositivo, em que, no processo civil, o juiz se satisfaria com a verdade formal e, no processo penal, haveria a exigência da verdade real, com a admissão da verdade formal apenas na falta

---

Comentários ao art. 371. In: STRECK, Lenio Luiz; CUNHA, Leonardo Carneiro da; NUNES, Dierle (orgs). FREIRE, Alexandre (coord). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 569-575; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, p. 121-133; FERREIRA, William Santos. Comentários ao art. 371. In: DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno (coords). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 1.000-1.002; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 228-229; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. 16 ed. São Paulo: RT, 2016, v. 2, p. 226-227, 230-231; ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2015, v. III, p.468-469; LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 13 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 286-299; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 272-274; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, versão digital, cap. 4.2.4. Situação semelhante é verificada nas obras de direito processual penal: BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 474, 475, 476-481; PACCELI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2019, versão digital, tópico 9.1.3; AVENA, Norberto. *Processo penal*. 11 ed. São Paulo: Método, 2019, versão digital, tópicos 8.1.6, 8.3. São raras as obras em forma de curso que abordam, de alguma forma, o tema dos *standards* probatórios. Ver, por exemplo: MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015, v. 2, p. 416-425.

<sup>583</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro... cit.*, p. 228.

<sup>584</sup> Veja-se a título exemplificativo: “Em outros termos, o juiz é livre no seu convencimento, desde que justifique o resultado a que chegou”. (TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil... cit.*, p. 231). Fazendo referência ao livre convencimento motivado: “Entende-se por tal o sistema que, de regra, não vincula o juiz à força provante de certa prova, permitindo-lhe a liberdade para formar a respectiva convicção sobre a veracidade, ou não, das alegações de fato controvertidas” (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro... cit.*, p. 468).

de elementos probatórios suficientes para a descoberta da verdade real.<sup>585</sup> De toda forma, a diferenciação entre verdade formal e material tem referência cada vez mais rara na doutrina, sendo abandonada paulatinamente<sup>586</sup> e, de qualquer forma, não traz muitos esclarecimentos para o problema da definição dos estândares probatórios a serem aplicados, pois não se debate propriamente o que significam tais conceitos a partir das provas disponíveis. A discussão apenas envolve as provas que existem no processo (verdade formal) e realidade dos fatos (verdade material). Ora, no processo, a decisão há de ser tomada com base nas provas disponíveis; exigir a busca de uma suposta verdade material nada indica sobre as exigências probatórias para uma determinada decisão.

A legislação não traz uma resposta.

No direito processual civil, tem-se apenas referência à persuasão racional (art. 371, CPC). Na parte referente à justificação das decisões, sequer há qualquer referência expressa às questões fáticas (art. 489, §1º, CPC).<sup>587</sup> O mesmo ocorre no direito processual penal, eis que o art. 155 do CPP trata apenas do modelo de valoração da prova e o art. 315, §2º, do CPP, ao regular as exigências para que a prisão preventiva esteja devidamente fundamentada também não faz referência à decisão sobre os fatos.

A questão que se afigura dependente de resposta, tendo em vista o panorama doutrinário brasileiro, é: o convencimento de verdade ou o convencimento do juiz pode ser tido como um *standard* probatório?

---

<sup>585</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 70-72.

<sup>586</sup> Com fortes críticas ao conceito de verdade real e sua conexão com um processo de cunho inquisitorial: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 38, 655; PACCELI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2019, versão digital, tópico 9.1.1. Criticando a diferenciação, cf.: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 31-36. Como destaca Barbosa Moreira, “Dizer que o processo penal persegue a chamada “verdade real”, ao passo que o processo civil se satisfaz com a denominada “verdade formal”, é repetir qual papagaio tolices mil vezes desmentidas. A verdade é *uma* e interessa a qualquer processo (...). (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: *Temas de direito processual – sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997). Inclusive, uma das autoras da obra que faz referência à verdade formal e material critica a diferenciação em texto mais recente: GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (coord). *Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

<sup>587</sup> O máximo que se encontra é uma suposta referência a um *standard* no CPC, quando faz menção à possibilidade de concessão da tutela provisória de evidência nos casos em que a petição inicial instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor a “que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável” (art. 311, IV, do CPC), devidamente analisado no item 5.5.2.2) e que não deve ser confundido com a exigência da *prova acima de toda dúvida razoável* utilizado como suficiência probatória para as sentenças condenatórias penais em diversos países.

De acordo com Michael Clermont, nos países do *civil law*, predominaria a posição de que o *standard* probatório, tanto no direito penal, quanto no processo civil seria o convencimento íntimo do juiz, tendo por base a análise da doutrina alemã e francesa. De acordo com Clermont, o estandar probatório supostamente único do *civil law* seria equiparável ao *standard* necessário para a prolação da sentença condenatória penal no *common law*, ou a uma exigência de convicção da verdade, permitindo que se conclua que, nos países do *civil law*, há, no geral, uma maior exigência probatória.<sup>588</sup> Isso porque não haveria diferença entre o estandar probatório civil e o penal e, mesmo o civil, seria no mínimo igual ao exigido para a sentença condenatória penal no *common law*.

Ocorre que qualquer dessas afirmativas não parece estar de acordo com o que ocorre na maioria dos países do *civil law*, muito menos com a realidade brasileira. O estudo da persuasão racional, em geral, possui, como destacado no capítulo 1, um sentido negativo, relacionado com a ausência de valores pré-fixados às provas, mas ausente de um sentido positivo, em especial relacionado com alguma espécie de *standard* probatório.<sup>589</sup> A convicção íntima a que faz referência Clermont ou o modelo de persuasão racional adotado pelo art. 371 do CPC não estão relacionados com a exigência probatória, mas com um modelo de valoração da prova, que são institutos diversos, embora inegavelmente conexos.

É inegável, no entanto, que há um ponto em que a construção doutrinária brasileira possui alguma aproximação com os *standards* probatórios, mesmo que de forma inconsciente. Essa conexão pode ser verificada no estudo cognição, em seu plano vertical, hipótese na qual é diferenciada de acordo com a sua profundidade em exauriente ou completa e sumária ou incompleta,<sup>590</sup> mas ainda assim incapaz de propiciar uma adequada percepção do ponto de vista dos fenômenos dos *standards* probatórios, conforme será analisado no item 5.5.

De toda forma, não parece possível verificar uma construção teórica ou jurisprudencial no que diz respeito aos estandares probatórios. Trata-se simplesmente de um tema ainda com poucas construções doutrinárias e jurisprudenciais, fazendo com que

---

<sup>588</sup> CLERMONT, Kevin M.; SHERWIN, Emily. A comparative view of standards of proof. *The American Journal of Comparative Law*, v. 50, 2002, p. 246; CLERMONT, Kevin M. *Standards of decision in law: psychological and logical bases for the standard of proof, here and abroad*. Carolina do Norte: Carolina Academic Press, 2013, p. 221-226.

<sup>589</sup> TARUFFO, Michele. Rethinking the standards of proof. *The American Journal of Comparative Law*, v. 51, 2003, p. 666, 672.

<sup>590</sup> WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 127.

se tenha um cenário bastante desolador, tendo em vista que, como destacado no capítulo 2, trata-se de um momento *necessário* em toda decisão. Se a legislação, doutrina e jurisprudência se omitem, serão os juízes que, tendo por base suas próprias concepções acerca dos valores em jogo, construirão seus próprios estândares probatório a cada caso julgado.

Trata-se, por óbvio, de uma situação não desejável do ponto de vista da segurança jurídica e contrário a qualquer conceito de acesso à justiça, na medida em que os litigantes não possuem calculabilidade acerca das exigências probatórias relativas aos fatos em litígio. É possível compreender igualmente que a ausência de expressa menção, nas decisões, sobre os *standards* de prova geram um déficit no cumprimento do dever de justificação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF/88, arts. 11, 371 e 489, §1º, CPC, arts. 155, 315, CPP). Isso ocorre porque resta ausente (em termos de identificação e preenchimento de forma argumentativa) o critério de identificação de suficiência probatória imprescindível para que uma hipótese fática possa ser tida como provada.

Ora, sem a presença da menção à suficiência de prova nas decisões sobre os fatos, um elemento essencial, como visto no item 2.2 não estará presente. *Portanto, tanto o princípio da segurança jurídica, quanto a regra de justificação das decisões atuam como elementos que impõem a presença de standards de prova objetivos em todas as decisões sobre os fatos.*

Na ausência de *standards* probatórios consolidados no direito brasileiro, é necessária a investigação de textos normativos que possuam alguma ligação com o problema da suficiência probatória. Em especial, será importante a utilização da experiência estrangeira, pois, como visto no capítulo 3, diversos países iniciaram o desenvolvimento dos estândares probatórios por meio da atuação jurisprudencial e a partir da interpretação da Constituição, com base em princípios que também estão presentes no direito brasileiro, a exemplo da presunção de inocência, como foi o caso da Itália e da Espanha.

É inegável que a solução preferencial seria a atuação do Poder Legislativo, mediante a alteração da legislação infraconstitucional ou constitucional, na medida em que o *standard* probatório tem por base uma decisão coletiva da sociedade. No entanto, a ausência de estândares é a pior solução, pois eles continuam a existir, mas apenas estarão implícitos nas decisões jurisdicionais e, na ausência de atuação do Poder Legislativo, cabe à doutrina e à jurisprudência o desenvolvimento de tais conceitos.

Este capítulo terá por objetivo o desenvolvimento da terceira tese, qual seja, a definição dos *standards* probatórios para diversas situações de direito material no Brasil. Como se verá, haverá uma forte inspiração estrangeira, com a utilização dos três *standards* probatórios, nos moldes do que ocorre atualmente no direito norte-americano, tendo por base a reformulação de cada um deles proposta no capítulo 4.

Partindo do desenvolvimento acerca dos critérios observados nos vários ordenamentos jurídicos, será realizada uma análise do ordenamento jurídico brasileiro, tratando dos principais elementos normativos que podem ser utilizados para fundamentar a utilização dos estândares probatórios no direito brasileiro. Não se nega, contudo, o componente político e moral na decisão sobre a fixação dos estândares probatórios. Por conta disso, o objetivo deste capítulo é o de verificar as opções do legislador, de forma a tentar identificar *standards* que se adequem aos valores transpostos normativamente para o direito brasileiro.

## **5.2 A distribuição de riscos a partir do direito brasileiro**

Após o estudo dos três *standards* probatórios no capítulo 4, que servem como pontos de uma escala de distribuição dos riscos, é possível que se passe ao estudo do direito positivo brasileiro para que sejam identificados os indicativos de uma adequada distribuição de riscos a ser promovida por meio das diferentes suficiências probatórias.

Tendo em vista a ausência da fixação de *standards* probatórios por meio da legislação, cabe ao intérprete o estudo do ordenamento jurídico, verificando as diferentes consequências advindas das diversas espécies decisórias, como uma forma de sopesar as decorrências dos inevitáveis erros decisórios. Além disso, normas jurídicas podem atuar como uma espécie de pressão normativa para que se exija uma modificação no *status quo* da situação jurídica do réu ou do autor.

### **5.2.1 Desenvolvimento dos estândares probatórios da sentença penal condenatória**

O primeiro estândar probatório a ser desenvolvido é aquele geralmente tido como o mais alto em termos de suficiência probatória, que o presente na sentença penal condenatória. Como visto no capítulo 3, nos países que utilizam os estândares probatórios, tem-se a delimitação de apenas um, qual seja, a exigência de *prova acima de*



*toda dúvida razoável*, no entanto, foi proposta, no capítulo 4, a alteração da nomenclatura para *elevadíssima probabilidade da hipótese fática acusatória e inexistência de suporte probatório para a hipótese fática de inocência do réu*.

Os próximos itens irão propor uma nova revisão dos estândares probatórios aplicáveis às sentenças penais condenatórias, tendo por base as novas formulações constantes do capítulo 4, a partir das particularidades do ordenamento jurídico brasileiro.

### 5.2.2 Sentença penal condenatória e os estândares probatórios na jurisprudência

Antes de partir para o estudo das normas jurídicas brasileiras que podem influenciar na fixação dos estândares probatórios da decisão penal condenatória, será realizada uma avaliação das tendências decisórias. Por mais que seja inegável a inexistência de uma consolidada utilização dos estândares probatórios no direito brasileiro, algumas decisões, mais especificamente em situações e momentos específicos da jurisdição penal, têm se utilizado do *standard* penal de *prova além de toda dúvida razoável*. A proposta neste tópico é apenas a de verificar se há, ao menos, o preenchimento de uma exigência probatória mínima, bem como de uma pretensão de objetividade.

Consoante o relato da doutrina,<sup>591</sup> o mais antigo registro de utilização da expressão “além de toda dúvida razoável” é encontrado em decisão do STF, nos autos do HC 73.338/RJ, da relatoria do Ministro Celso de Mello,<sup>592</sup> tendo sido usado em outras decisões pelo mesmo ministro.<sup>593</sup> Na decisão, a referência à exigência de demonstração de *prova além de qualquer dúvida razoável* parece ser utilizada como uma espécie de sinônimo da exigência de “comprovação plena dos elementos que dão suporte à acusação penal”.<sup>594</sup>

É possível verificar menção aos estândares probatórios no inquérito 2.968,<sup>595</sup> no entanto, de forma bastante curiosa. No voto do ministro Dias Toffoli, tem-se a menção

<sup>591</sup> MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do *standard* de prova “para além de toda a dúvida razoável no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 156, jun.-2019, p. 233.

<sup>592</sup> STF, 2ª T., HC 73.338, Rel. Min. Celso de Mello, j.13/08/1996, DJ 19/12/1996.

<sup>593</sup> Ver, por exemplo: STF, 2ª T., HC 88875, Rel. Min. Celso de Mello, j. 07/12/2010, DJe 12/03/2012; STF, 2ª T., HC 84580, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25/08/2009, DJe 18/09/2009; STF, 2ª T., HC 83947, Rel. Min. Celso de Mello, j. 07/08/2007, DJe 01/02/2008.

<sup>594</sup> STF, 1ª T., HC 73.338, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13/08/1996, DJ 19/12/1996.

<sup>595</sup> STF, Tribunal Pleno, Inq 2.968, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 19/05/2011, DJe 17/08/2011.

à exigência da *prova além da dúvida razoável* para a condenação penal, no entanto, relacionada à possibilidade de impedir o exercício da ação penal antes do recebimento da queixa-crime, caso em que seria exigido, da defesa, que houvesse a demonstração, para além de toda dúvida razoável, da improcedência da acusação. Ou seja, o *standard* penal seria exigido da defesa e não da acusação no momento do recebimento da queixa.

A discussão sobre o estândar probatório volta a aparecer no contexto da ação penal n. 470,<sup>596</sup> mais conhecida como caso Mensalão, nos votos de alguns ministros. No voto da ministra Rosa Weber, a discussão surge no contexto da admissão da prova por meio de indícios para fundamentar a condenação penal, afirmando serem eles capazes de preencher o convencimento para além de dúvida razoável<sup>597</sup> e, igualmente, ao fazer menção a absolvição de outros réus. A ministra volta ao tema, no momento da decisão sobre a suficiência ou não da prova em gerar o convencimento apto à condenação penal, seja para condenar ou absolver, embora não seja possível verificar qual o específico conteúdo do *standard* para a julgadora. No máximo, por vezes, concebe-se certa relação com a exigência de certeza quanto à culpabilidade do acusado.<sup>598</sup>

O *standard* também foi utilizado pelo Ministro Luiz Fux, que, na parte introdutória do seu voto, afirmou não ser “qualquer mínima ou remota possibilidade aventada pelo acusado já impeça que se chegue a um juízo condenatório” exigindo-se que estas sejam razoáveis. Nos mesmos moldes da ministra Rosa Weber, Fux destacou que a condenação não precisa estar baseada em verdade absolutas, tornando possível que a sentença penal condenatória esteja baseada em indícios que, em seu conjunto, tenham “robustez suficiente para que se pronuncie um juízo condenatório”.<sup>599</sup> O foco claramente não está nas exigências probatórias da acusação, mas na inexistência de verdades absolutas e no dever do réu de imputar uma dúvida razoável no juízo acerca dos fatos narrados pela acusação. O tema não reaparece na análise da culpabilidade dos acusados.

Para a Ministra Cármen Lúcia, o estândar probatório aparece no julgamento acerca da culpabilidade de um dos réus, caso em que afirma que “a condenação em

---

<sup>596</sup> STF, Tribunal Pleno, AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17/12/2012, DJe 22/04/2013.

<sup>597</sup> Voto da ministra Rosa Weber, p. 1093-1094.

<sup>598</sup> “E, com relação a esses delitos, que seriam os crimes antecedentes - todos sabemos que a lavagem é chamada de delito de segundo grau, ou por conexão, ou derivado, ela não prescinde do crime antecedente - não consigo visualizar, nos elementos de prova constantes dos autos, sequer indícios que afastem de mim uma dúvida razoável. Eu não consigo chegar a um juízo de certeza com relação ao conhecimento desses acusados - os três do PT (João Magno, Paulo Rocha e Luiz Carlos) e, ainda, Anderson Adauto-, para afirmar que tivessem ciência da ilicitude dos recursos a eles repassados” (Voto da ministra Rosa Weber, p. 1408).

<sup>599</sup> Voto do ministro Luiz Fux, 1503.

processo penal exige juízo de certeza, não bastando a ausência de dúvida razoável sobre a existência do fato imputado ao agente”.<sup>600</sup> Curiosamente em outro trecho do seu voto passa a considerar que incumbe ao Ministério Público “a prova, para além de dúvida razoável, das acusações formuladas na denúncia”.<sup>601</sup> Destaque-se que a análise do *standard* probatório em geral levou à conclusão de que os réus deviam ser absolvidos.

O Ministro Celso de Mello faz menção ao conceito, de forma a concordar com o relator que haveria *prova para além de dúvida razoável* da culpabilidade dos acusados. Faz, ainda, menção ao *standard*, no sentido de compreender que, para um dos acusados, há dúvida razoável de sua culpabilidade, inocentando-o.<sup>602</sup> No voto do ministro Ricardo Lewandowski, o termo aparece quando da análise da ausência de provas para a condenação de um dos réus, caso em que conclui que há dúvida razoável para absolvê-lo.<sup>603</sup> O ministro Gilmar Mendes fez menção ao estandar probatório ao analisar a culpabilidade de um dos réus, afirmando que é exigido da acusação a comprovação, *para além de qualquer dúvida razoável*, da culpabilidade do acusado, levando à absolvição de alguns dos acusados.<sup>604</sup>

No voto do relator, o Ministro Joaquim Barbosa, o termo dúvida razoável aparece no momento em que considera inexistirem elementos probatórios para a condenação de alguns réus.<sup>605</sup> O mesmo ocorre no voto do ministro Dias Toffoli,<sup>606</sup> muito embora, nas duas situações, não seja possível inferir que há utilização da terminologia como alguma espécie de *standard* ou se se trata apenas da lógica comum, a partir do brocardo *in dubio pro reo*, que seria a de que, havendo dúvida, prevalece a absolvição do réu, por decorrência da presunção de inocência.

Em outros casos, a utilização do estandar de *prova além de toda dúvida razoável* volta a ocorrer.

Na ação penal 595, há referência, no voto do relator, ministro Luiz Fux, à existência de dúvida razoável acerca do erro de ilicitude do réu, que impediria a condenação penal.<sup>607</sup>

---

<sup>600</sup> Voto da ministra Cármen Lúcia, p. 2068.

<sup>601</sup> Voto da ministra Cármen Lúcia, p. 2092, 2116.

<sup>602</sup> Voto do ministro Celso de Mello, p. 2823.

<sup>603</sup> Voto do ministro Ricardo Lewandowski, p. 3920.

<sup>604</sup> Voto do ministro Gilmar Mendes, p. 4393-4397, 4432.

<sup>605</sup> Voto do ministro Joaquim Barbosa, p. 4700, 5824.

<sup>606</sup> Voto do ministro Dias Toffoli, p. 5083

<sup>607</sup> STF, 1ª T., AP 595, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25/11/2014, DJe 10/02/2015.

Na ação penal 676,<sup>608</sup> o voto da ministra Rosa Weber realiza interessantes considerações sobre a eficácia do princípio da presunção de inocência, o qual teria, como regra de prova, a exigência de *prova acima de qualquer dúvida razoável*. O *standard* teria por consequência a imposição “de um quadro probatório robusto, com provas de todos os elementos da acusação. As provas devem ser aptas a gerar a responsabilidade criminal do acusado, com o afastamento de todas as hipóteses contrárias, desde que razoáveis, a essa convicção”.<sup>609</sup>

Na ação penal 883,<sup>610</sup> o *standard* apareceu no voto do ministro Alexandre de Moraes, quando exigiu robustez da prova a ser produzida pela acusação, as quais devem ser incontestáveis. Destacou-se que inexistiam provas produzidas durante a fase judicial, mas apenas durante a fase inquisitorial e que, mesmo assim, não seriam conclusivas.<sup>611</sup>

Na ação penal 968,<sup>612</sup> a questão aparece no contexto da decisão sobre a suficiência das provas para a condenação do acusado, afirmando o relator, ministro Luiz Fux, que haveria *prova acima de dúvida razoável* da materialidade delitiva, raciocínio acolhido também pela revisora, ministra Rosa Weber.<sup>613</sup> A análise das provas termina com a conclusão da absolvição do acusado, face a ausência de elementos probatórios suficientes para que seja atingido o *standard* penal.

Na ação penal 2.093/RN,<sup>614</sup> o ministro Edson Fachin, valendo-se da doutrina de Danilo Knijnik, faz expressa referência ao estandar que exige *prova acima de dúvida razoável*, no sentido de que seria um modelo de constatação cujo objetivo seria o de barrar a possibilidade do erro, concluindo, no caso, pela absolvição do réu.<sup>615</sup> No mesmo acórdão, o ministro Gilmar Mendes utiliza-se da afirmativa de que existiria prova além de dúvida razoável para a condenação de um dos réus.<sup>616</sup>

---

<sup>608</sup> STF, 1ª T., AP 676, Rel. Min. Rosa Weber, j. 17/10/2017, DJe 06/02/2018. Há expressa menção pela ministra Rosa Weber do *standard* penal em outros julgados de sua relatoria nos quais os acusados forma condenados: STF, 1ª T., AP 694, Rel. Min. Rosa Weber, j. 02/05/2017, DJe 31/08/2017; STF, 1ª T., AP 580, Rel. Min. Rosa Weber, j. 13/12/2016, DJe 26/06/2017. Em outro julgado o réu foi absolvido, muito embora o termo dúvida razoável conste apenas da ementa do julgado: STF, 1ª T., AP 521, Rel. Min. Rosa Weber, j. 02/12/2014, DJe 06/02/2015.

<sup>609</sup> Voto da ministra Rosa Weber, p. 24-25.

<sup>610</sup> STF, 1ª T., AP 883, Rel. Min. Alexandre De Moraes, j. 20/03/2018, DJe 14/05/2018.

<sup>611</sup> Voto do ministro Alexandre de Moraes, p. 13-15.

<sup>612</sup> STF, 1ª T., AP 968, Rel. Min. Luiz Fux, j. 22/05/2018, Dje 02/08/2019.

<sup>613</sup> Voto do ministro Luiz Fux, p. 47 e voto da ministra Rosa Weber, 69-70.

<sup>614</sup> STF, 2ª T., AO 2.093, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 03/09/2019, DJe 10/10/2019.

<sup>615</sup> Voto do ministro Luiz Edson Fachin, p. 228.

<sup>616</sup> Voto do ministro Gilmar Mendes, p. 347, 356.

No STJ, a utilização do *standard* penal é consideravelmente mais rara. Aparece, por exemplo, na ação penal 719, na qual afirmou-se que a presunção de inocência exigiria, para a condenação, a “certeza além da dúvida razoável, não sendo admissível sequer a alta probabilidade” e que, no caso, as provas produzidas em juízo indicavam a inocência do acusado.<sup>617</sup>

A *prova além de toda dúvida razoável* também já foi utilizada como estândar probatório no TSE, no contexto da alegação do recorrente acerca da impossibilidade da utilização da prova testemunhal para a comprovação da prática do tipo penal. Consta do acórdão que não houve utilização apenas da prova testemunhal, mas também pericial. Além disso, destacou-se que a prova testemunhal, apesar de estar sujeita a falhas como a falsa memória, não é inerentemente mais frágil do que as demais provas, pois os demais meios de provas também estão sujeitos a problemas de confiabilidade, cabendo ao julgador analisar o conjunto probatório para chegar a uma conclusão além de dúvida razoável.<sup>618</sup>

Para além das decisões encontradas nos tribunais superiores, nos últimos anos, o *standard* penal recebeu certo destaque nas decisões da Operação Lava a Jato, sendo utilizado para verificar a suficiência das provas, em geral, no contexto da admissão da condenação baseada em provas indiciárias.<sup>619</sup>

O que se percebe, de toda forma, é que, para além de um tratamento problemático e variado do estândar probatório, não se pode afirmar que se trata de um tema que foi generalizado na prática do direito processual penal brasileiro.

Além disso, não há uma preocupação em conceituar o que significa *prova acima de toda dúvida razoável*, como se a simples menção ao estândar probatório fosse capaz de resolver o problema da suficiência da prova. No máximo, percebe-se alguma

---

<sup>617</sup> STJ, Corte Especial, APn 719/DF, Rel. Min. Humberto Martins, j. 05/11/2014, DJe 18/11/2014, em especial no voto do ministro relator, p. 21.

<sup>618</sup> TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 34251, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 02/02/2017, DJE 16/02/2017. Uma observação a ser feita é a de que o termo “conclusão além de dúvida razoável” apenas aparece na ementa, mas não no inteiro teor.

<sup>619</sup> Isso se verifica expressamente, por exemplo, na ação penal 5047229-77.2014.4.04.7000/PR, na ação penal Nº 5026212-82.2014.4.04.7000/PR, dentre outras.

comparação com o conceito de certeza,<sup>620</sup> ou mesmo de alta probabilidade,<sup>621</sup> ou que teria por objetivo impedir a ocorrência de erros em relação ao acusado (falso positivo)<sup>622</sup>

Como visto em todos os países do capítulo 3, a simples menção à exigência de prova acima de toda dúvida razoável está longe de resolver o problema da indeterminação da suficiência da prova. A conceituação é alterada em cada país e, mesmo em um mesmo país, como se verificou, nos EUA, há uma grande variação nas definições. Os problemas trazidos por esse padrão probatório são tão consideráveis que a Inglaterra acabou abandonando-o.

Uma questão perceptível utilização dos padrões probatórios no Brasil está na menção a uma possível diminuição das exigências probatórias para a sentença penal condenatória. É comum verificar a utilização dos *standards* probatórios diretamente conectado à questão da possibilidade de condenação por indícios e a de que não haveria necessidade do alcance de uma certeza absoluta. Assim, por vezes, parece que a exigência de prova além de dúvida razoável aparece como um elemento retórico que serve para diminuir e não para aumentar a exigência probatória para a acusação.<sup>623</sup>

De fato, com exceção de países nos quais é possível verificar qual o padrão probatório anterior à inserção da exigência de *prova acima de toda dúvida razoável*,<sup>624</sup> não é possível afirmar que ele implica maior ou menor exigência de suficiência probatória. No Brasil, por exemplo, como inexistia uma suficiência probatória exigida para a condenação penal, não é possível afirmar que ele significa uma alteração para maior ou menor. O problema das decisões que parecem se utilizar do padrão de *prova acima de toda dúvida razoável* como um rebaixamento das exigências para a condenação penal é o risco de consolidação de que se trata de uma suficiência probatória pouco exigente, ignorando que é inegável que, no contexto dos países que ainda o utilizam, ele consiste em uma alta exigência de suficiência probatória.

---

<sup>620</sup> STF, Tribunal Pleno, AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17/12/2012, DJe 22/04/2013, voto da ministra Cármen Lucia.

<sup>621</sup> STJ, Corte Especial, APn 719/DF, Rel. Min. Humberto Martins, j. 05/11/2014, DJe 18/11/2014, em especial no voto do ministro relator, p. 21.

<sup>622</sup> STF, 2ª T., AO 2.093, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 03/09/2019, DJe 10/10/2019.

<sup>623</sup> Com constatação semelhante: LUCCHESI, Guilherme Brenner. O necessário desenvolvimento de standards probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 156, jun.-2019, versão digital, tópico n. 3.

<sup>624</sup> Como visto no capítulo 3, os únicos casos em que é possível comparar a situação anterior são o Chile e Inglaterra/EUA, nos quais ocorreu um rebaixamento da suficiência probatória exigida.

### 5.2.3 Presunção de inocência

A presunção de inocência está prevista na Constituição brasileira como um direito fundamental, estando inserida no art. 5º, LVII. Em relação às suas eficácias, é impressionante a variação e a quantidade de conteúdos diversos que são extraídos pela doutrina, não sendo possível, verificar um mínimo de consenso seja sobre seu significado, seja sobre suas consequências normativas.<sup>625</sup> A título exemplificativo, tem-se a identificação de suas conexões com o devido processo legal,<sup>626</sup> atuando como regra de tratamento no decorrer do processo penal,<sup>627</sup> dificultando as prisões processuais automáticas e a execução antecipada da prisão,<sup>628</sup> a função de princípio geral orientador da convicção judicial acerca da inocência, com o objetivo de afastar o juiz do prejuízo social da culpabilidade<sup>629</sup>, dentre outras. Para os propósitos dessa tese, o importante é o estudo da eficácia da presunção de inocência em relação ao direito probatório<sup>630</sup> e, especialmente, à suficiência probatória necessária para a prolação da sentença penal condenatória.

Uma importante repercussão da presunção de inocência no direito probatório é tida como a exigência de que a demonstração da culpabilidade do acusado deve estar toda sob os encargos da acusação,<sup>631</sup> impedindo qualquer espécie de inversão ou

---

<sup>625</sup> No mesmo sentido: LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal* – un ensayo sobre epistemología jurídica. Trad. de Carmen Vásquez e Edgard Aguilera. Madri: Marcial Pons, 2013, p. 139.

<sup>626</sup> BENTO, Ricardo Alves. *Presunção de inocência no processo penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 238; NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. *Presunção de inocência, standards de prova e racionalidade das decisões sobre os fatos no processo penal*. Disponível em [www.academia.edu](http://www.academia.edu), acessado em 23 de setembro de 2019, p. 4.

<sup>627</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal*. Tese de doutorado. Alicante: Universidad de Alicante, 2004, p. 210; PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 18.

<sup>628</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal...* cit., p. 280; AGUIAR, Julio Cesar de; MOREIRA, Leandro Lara. Presunção de inocência: panorama internacional e jurisprudência brasileira. *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 102, abr./jun-2018, p. 285.

<sup>629</sup> NIEVA FENOLL, Jordi. La razón de ser de la presunción de inocencia. *InDret*, n. 1, 2016, disponível em: [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1203\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1203_es.pdf), acessado em 06 de fevereiro de 2020, p. 14 e ss.

<sup>630</sup> Para uma visão geral sobre as influências da presunção de inocência no direito probatório: FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal...* cit., p. 229-248.

<sup>631</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal...* cit., p. 294; BENTO, Ricardo Alves. *Presunção de inocência no processo penal...* cit., p. 238; AGUIAR, Julio Cesar de; MOREIRA, Leandro Lara. Presunção de inocência: Panorama internacional e jurisprudência brasileira... cit., p. 286; GOMES Luiz Flávio. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. *Revista dos Tribunais*, v. 729, jul.-1996, versão digital, tópico 5. Nesse sentido, na jurisprudência do STF: STF, 1ª T., HC 73.338, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13/08/1996, DJ 19/12/1996.

dinamização do ônus da prova no direito penal. Há quem critique essa ligação do ônus da prova com a presunção da inocência, eis que, naturalmente, essa seria a lógica natural, afinal, quem alega deve provar, lógica adotada no processo civil.<sup>632</sup> No entanto, trata-se de uma eficácia importante, especialmente em relação à vedação de eventual utilização de inversão do ônus da prova para o acusado.

Há quem trate a presunção de inocência como efetivamente uma presunção *juris tantum*, que deve ser superada pela acusação,<sup>633</sup> porém, não parece viável esse raciocínio. Não se tem um fato A do qual se possa presumir um fato B, muito menos há indicativos do que seria necessário para superar essa presunção.<sup>634</sup> Em resumo, embora a norma tenha a nomenclatura de presunção, ela não pode ser tida como uma presunção *stricto sensu*, sendo apenas uma coincidência de nomenclatura; as suas eficácias são diversas. Consoante destaca Luiz Flávio Gomes, a expressão presunção é utilizada em sentido vulgar, com o objetivo de impor uma maior proteção da situação jurídica do acusado.<sup>635</sup>

Especificamente quanto à sua relação com os estândares probatórios, tem-se posições conflitantes acerca da efetiva conexão entre eles, embora seja praticamente pacífica a atuação da presunção de inocência como uma regra de julgamento, impondo, na dúvida, a decisão seja favorável ao acusado. Em outros termos, que essa norma jurídica traz consigo a adoção do *in dubio pro reo* no momento da sentença.

Para alguns autores, a presunção de inocência exigiria a definição de um *standard*, mas não indicaria uma suficiência probatória específica para a sentença condenatória penal. A única efetiva conexão entre os dois temas seria o fato de que a presunção de inocência exige a fixação de um *standard* probatório que possa ser

---

Na jurisprudência norte-americana, essa parece ser a única função admitida para a presunção de inocência, atuando apenas para a distribuição dos encargos probatórios, impedir o jurado de realizar inferências probatórias em relação ao acusado tão apenas pelo fato de ser acusado e fixar o *standard* probatório. (LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal* – un ensayo sobre epistemología jurídica... cit., p. 143-144).

<sup>632</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 4, n.1, jan.-abr.-2018, disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP>, acessado em 17 de setembro de 2019, p. 166.

<sup>633</sup> BENTO, Ricardo Alves. *Presunção de inocência no processo penal...* cit., p. 24.

<sup>634</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência...* cit., p. 158, nota n. 17. Com a mesma conclusão: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal...* cit., p. 294; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: RT, 2019, p. 264; GOMES Luiz Flávio. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência... cit., tópico 3.

<sup>635</sup> GOMES Luiz Flávio. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência... cit., tópico 3.



intersubjetivamente controlado, para que possa ter alguma utilidade.<sup>636</sup> Em outros termos a presunção de inocência não teria aptidão de indicar/exigir qualquer estândar probatório específico, cabendo ao legislador a livre escolha, exigindo-se apenas que ele seja objetivo.

Trata-se de posição que não traz nenhuma contribuição acerca da fixação de um estândar probatório, pois, na verdade, inexistente qualquer justificativa para que se possa, em outras áreas no direito, no qual não atue a presunção de inocência, definir um estândar probatório de caráter subjetivo. A exigência de um estândar probatório objetivo advém do princípio do Estado de Direito, no sentido do controle do poder estatal. Trata-se de forma de Estado, que, em um conceito básico, impõe a submissão do Estado ao direito,<sup>637</sup> protegendo os sujeitos de direitos de eventuais arbitrariedades.<sup>638</sup> A exigência de que o estândar probatório seja objetivo é uma forma de diminuir eventuais arbitrariedades na decisão sobre os fatos.

Outro posicionamento estabelece uma relação entre a imposição de um *standard* probatório mais exigente e a presunção de inocência, uma vez que esta norma traria indicativos de como a sociedade valora os riscos no direito penal.<sup>639</sup> Isso porque a presunção de inocência teria por fundamento a noção de que seria mais grave condenar um inocente do que inocentar um culpado, exigindo-se que o *standard* probatório não se limite à exigência de que a hipótese fática da acusação seja apenas mais provável do que as demais hipóteses.<sup>640</sup> A lógica é a de que o ordenamento jurídico, ao inserir uma norma nitidamente protetiva do acusado, objetiva fornecer-lhe uma proteção adicional de eventuais erros judiciários que lhes sejam prejudiciais e a principal forma de fazê-lo é por meio de uma maior exigência probatória para as decisões condenatórias.

Em diversos países, a exemplo dos EUA e Espanha, como visto no capítulo 3, o desenvolvimento do *standard* que exige *prova acima de qualquer dúvida razoável*

<sup>636</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência...* cit., p. 173-174; REYES MOLINA, Sebastián. Presunción de inocência y estándar de prueba en el proceso penal: reflexiones sobre el caso chileno. *Revista de Derecho*, v. XXV, n. 2, dez.-2012, p. 230-234.

<sup>637</sup> RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 212. Como destaca García de Enterría, o Estado de Direito moderno é um limitador de arbitrariedades, em que a língua do poder é convertida em língua dos direitos (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos*. Madrid: Alianza Editorial, 1999, p. 29)

<sup>638</sup> Como destaca Humberto Ávila, “Esse princípio não apenas é associado com a universalidade e com a não-arbitrariedade do Direito, mas também com a exigência de que a atuação estatal seja governada por regras gerais, claras, conhecidas, relativamente constantes no tempo, prospectivas e não contraditórias” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 225).

<sup>639</sup> Ver a conexão entre os riscos de erros e os standards probatórios no capítulo 2 desta tese.

<sup>640</sup> GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Presunción de inocencia, verdad y objetividad. In: GARCÍA AMADO, Juan Antonio; RAÚL BONORINO, Pablo (coords). *Prueba y razonamiento probatorio en derecho – debates sobre abducción*. Granada: Editorial Comares, 2014, p. 110.

pelo Poder Judiciário teve por fundamento a presunção de inocência. Parte da doutrina também chega à mesma conclusão,<sup>641</sup> enquanto outros apenas apontam a necessidade de que o *standard* seja mais exigente para o reconhecimento da culpa do acusado.<sup>642</sup>

Para uma outra corrente doutrinária, a presunção de inocência tem como consequência a exigência de um *standard* de prova que “represente o mais elevado nível de confirmação probatória que seja racionalmente exigível, para que a proposição seja considerada provada, isto é, verdadeira”. No entanto, isso não significa que o *standard* seja necessariamente a fórmula da *prova além de toda dúvida razoável*.<sup>643</sup>

Adota-se o posicionamento de que há uma correlação entre a presunção de inocência e a exigência de um *standard* probatório que requer uma alta suficiência probatória; trata-se de norma jurídica que funciona como um *mecanismo de pressão normativa de proteção ao réu em termos probatórios*. Assim, para que seja superada a presunção de inocência, é impositiva a presença de um *standard* probatório alto, embora não haja uma necessária ligação entre ela e a exigência de *prova acima de qualquer dúvida razoável* ou mesmo com a exigência de um *standard* probatório único para a decisão condenatória penal. Como se verá nos próximos itens, há outros elementos normativos que também atuam na forma adequada da distribuição de riscos na decisão condenatória penal.

Importa destacar que se trata de uma proteção dirigida à decisão condenatória penal, ou, como veremos, para parcela da doutrina, ao menos às sanções análogas às sanções penais. O próprio texto constitucional é claro quanto ao campo de aplicação, que faz expressa referência à “sentença penal condenatória”, o que traz um indício de que há uma maior proteção dos erros judiciais desfavoráveis aos réus no direito penal em comparação com os demais direitos materiais.

No Brasil, há interpretação doutrinária no sentido de que a presunção de inocência se aplicaria indistintamente à seara penal e civil, eis que a interpretação constitucional do art. 5º, LVII, da CFRB, não deveria sofrer uma espécie de “privação

---

<sup>641</sup> NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. Presunção de inocência, *standards* de prova e racionalidade das decisões sobre os fatos no processo penal... cit., p. 15; UBERTIS, Giulio. Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio). *Criminalia*, 2009, p. 327.

<sup>642</sup> LAGIER, Daniel González. Presunción de inocencia, verdad y objetividad... cit., p. 110.

<sup>643</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*... cit., p. 247.

excessiva”. Além disso, sugere-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já teria reconhecido a existência de uma dimensão civil da presunção de inocência.<sup>644</sup>

Esse raciocínio, no entanto, está equivocado. A Constituição é expressa em limitar a presunção de inocência ao direito penal, não havendo fundamentos para que haja essa expansão para todas as demais áreas do direito. Mais do que isso, tal interpretação entra em contradição com o modelo processual do próprio autor do texto, que segue o garantismo processual, tão combativo do ativismo judicial e que, ao mesmo tempo propõe uma interpretação que simplesmente ignora o texto constitucional, gerando uma interpretação completamente ativista. Além disso, nenhuma das decisões do CIDH faz qualquer menção à presunção de inocência civil.<sup>645</sup>

#### 5.2.4 O sistema de comunicação entre a coisa julgada penal e a cível

Um mesmo fato pode servir de suporte fático para mais de uma norma jurídica.<sup>646</sup> Por exemplo, uma briga entre duas pessoas (A e B) pode atuar como suporte fático do tipo penal lesão corporal (art. 129, CP) e, igualmente, para uma ação de indenização por danos morais no cível (art. 927, CC).

Apesar de a legislação brasileira adotar o sistema da separação, em que não é possível o exercício da ação civil no processo penal, impondo-se que cada ação seja ajuizada perante órgão distinto,<sup>647</sup> existem mecanismos que geram uma comunicação entre a decisão cível e a penal. Em regra, nada impede que um indivíduo seja, no exemplo, condenado pela lesão corporal no direito penal e vitorioso na ação de indenização por danos morais, como destacado pelo art. 935 do Código Civil, que afirma ser a responsabilidade civil independente da criminal. Ocorre que, como será possível verificar, essa desvinculação nem sempre é possível, ou seja, a separação entre as instâncias não é absoluta, pois dependerá do conteúdo da decisão penal.

---

<sup>644</sup> COSTA, Eduardo José Fonseca da. Presunção de inocência civil: algumas reflexões no contexto brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 100, out./dez.-2017, p. 131-132.

<sup>645</sup> Com as mesmas críticas e com a devida análise das decisões do CIDH, cf.: SILVEIRA, Marcelo Pichioli da. *Um debate com adeptos do garantismo processual*. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-93-um-debate-com-adeptos-do-garantismo-processual>, acessado em 20 de setembro de 2019, tópico 5.

<sup>646</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atualização de Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, t. I, p. 52.

<sup>647</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sobre a reparação do dano causado pelo crime e os meios de promovê-la em juízo. In: *Temas de direito processual* – segunda série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 107, 111-112.

Em um primeiro ponto de vista, não existe previsão na legislação que imponha qualquer espécie de vinculação do juízo penal às conclusões do juízo cível. Em outros termos, se, no exemplo, no cível, A é condenado a indenizar B por danos morais, em decorrência dos danos causados pela lesão corporal, não se tem qualquer vinculação dirigida ao juízo penal. Este poderá, inclusive, concluir pela inexistência do fato.

Por outro lado, a eficácia da decisão penal no juízo cível é consideravelmente mais complexa, existindo diversas hipóteses em que há vinculação do juízo cível às conclusões do juízo criminal.

Em uma versão mais singela de aproximação entre as duas ações, caso ajuizada a ação cível antes da penal, esta pode ser suspensa pelo prazo máximo de três meses, contado da intimação do ato de suspensão, à espera do ajuizamento da ação penal. Em não sendo instaurada, cabe ao juízo cível analisar incidentalmente a questão prévia (art. 315, §1, CPC). Caso ajuizada a ação penal, o prazo máximo para a espera do seu julgamento será de um ano (art. 315, §2º, CPC).

O desafio ocorre quando da verificação dos casos em que o juízo criminal pode vincular o cível.

A primeira questão ocorre no caso da condenação criminal, na qual tem-se o poder-dever<sup>648</sup> de fixação de valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração (art. 387, IV c/c 63, parágrafo único, CPP). De qualquer forma, trata-se apenas de um valor mínimo, que ainda pode ser alterado por meio da liquidação, que efetivamente irá apurar o dano efetivamente sofrido (art. 63, parágrafo único do CPP). Ainda em coordenação com o disposto no CPP, o art. 515, VI, do CPC, insere a sentença penal condenatória transitada em julgado como um título executivo judicial.

A questão torna-se um pouco mais complexa na análise das sentenças absolutórias,<sup>649</sup> eis que são várias os fundamentos para essa espécie de decisão. Em

---

<sup>648</sup> De acordo com Antonio do Passo Cabral, apesar de ser um poder-dever, nem sempre será possível a fixação do valor mínimo, tendo em vista que ela depende da presença de elementos probatórios nos autos que permitam a identificação da extensão do dano, não podendo o juiz ampliar a instrução probatória apenas com esse objetivo, subvertendo a lógica e o objetivo do processo penal. De toda forma, não havendo elementos probatórios para a prolação dessa decisão, cabe ao juiz justificar adequadamente essa impossibilidade. (CABRAL, Antonio do Passo. O valor mínimo da indenização cível fixado na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, inv. IV, do CPP. *Revista Forense*, v. 406, nov./dez.-2013, p. 39-40).

<sup>649</sup> De acordo com a doutrina, a terminologia sentença absolutória apenas deve ser utilizada para os casos em que há efetivamente a improcedência do pedido em que deduzida a pretensão punitiva, não abrangendo as decisões em que não se analisa o mérito por alguma questão processual (TUCCI, Rogério Lauria. Sentença penal. *Revista de Processo*, n. 23, jul./set.-1981, p. 129).

termos gerais, de acordo com o art. 386 do CPP, a sentença absolutória pode ter por base os seguintes fundamentos: i) prova da inexistência do fato; ii) ausência de prova do fato; iii) constatação de que o fato não é infração penal; iv) prova de que o réu não concorreu para a infração penal; v) ausência de provas de que o réu concorreu para a infração penal; vi) presença de circunstâncias que excluam ou isentem o réu de pena; vii) ausência de prova suficiente para a condenação.

De acordo com o art. 65 e 66 do CPP e o art. 935 do CC, nas hipóteses em que for reconhecida a inexistência do fato (art. 386, I, CPP), haja comprovação de que o réu não concorreu para a infração penal (art. 386, IV) ou seja constatada a presença de circunstâncias que excluam ou isentem o réu de pena, tais como a constatação de que o ato foi praticado “em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito” (art. 65, CPP), o juízo penal irá vincular o juízo cível.<sup>650</sup> Em resumo, em especial nos casos de reconhecimento de inexistência do fato ou de ausência de participação do acusado para a infração penal, há uma vinculação do juízo cível ao que foi decidido pelo juízo penal, o que pode ser visto como um indicativo de que o ordenamento jurídico valora de forma diferente a análise dos fatos no direito penal, reconhecendo que, de alguma forma, há uma decisão mais aprofundada sobre o tema. É possível igualmente destacar que a decisão condenatória, que reconhece a desincumbência do ônus da prova pela acusação, gera sempre um título executivo que vincula o juízo cível. A presença de uma maior suficiência probatória requerida para o reconhecimento das hipóteses fáticas é uma fundamentação possível para o diverso tratamento da relação entre os julgamentos do cível em relação ao penal, em que não há qualquer hipótese de vinculação.

É notável que a vinculação não ocorre apenas quando não foi preenchido o *standard* probatório exigível, ou seja, quando há uma insuficiência de prova, seja sobre o fato, seja sobre a autoria (art. 386, II, V e VI, CPP).

É de se reconhecer, no entanto, que, pelo tratamento normativo da questão, não há uma vinculação direta com um eventual *standard* probatório mais exigente *apenas* para a acusação. Afinal, se assim o fosse, a vinculação apenas faria sentido na hipótese da condenação, não incidindo nas hipóteses das sentenças absolutórias. É importante

---

<sup>650</sup> Para Araken de Assis, o reconhecimento da inexistência do fato não pode vincular o juízo cível face a vedação de que a coisa julgada prejudique terceiro (ASSIS, Araken de. *Eficácia civil da sentença penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 102-103).

recordar que o *standard* probatório atua como uma forma de distribuição de riscos de erros (cap. 2) e, na decisão condenatória penal, o risco a ser prioritariamente evitado é o da falsa condenação e, por isso, o direito estabelece um maior grau de suficiência das provas para a condenação, cabendo ao acusado apenas evitar que esse grau seja alcançado. Não há uma preocupação com uma considerável exigência para a comprovação da inexistência do fato ou de que o réu não participou da infração penal. Mesmo nas hipóteses de estado de necessidade, legítima defesa etc, na maioria dos países, como visto no capítulo 3, a exigência probatória é menor, em geral, comparável com aquela exigida para o cível.

Portanto, o tratamento normativo para a vinculação entre o juízo cível e o penal não é capaz de resolver o problema da suficiência probatória, pois não parece prever apenas a presença de uma maior suficiência probatória para a prolação da sentença penal condenatória, do contrário, não haveria qualquer vinculação do juízo cível ao penal nos casos da sentença que reconhece a ausência de participação do réu na infração penal.

Na verdade, ele parece apenas indicar que, para a comprovação dos fatos – qualquer um dos elementos essenciais do tipo penal – requer-se uma maior suficiência probatória na decisão penal e, por isso, em caso do reconhecimento seja da culpabilidade ou da inocência, tem-se a vinculação do juízo cível. No entanto, como se verá nos próximos itens, não é compatível com os *standards* penais que se exija um *standard* probatório, para o acusado, que seja maior do que a *probabilidade da prova*. Essa constatação acaba impondo que se interprete que as razões por trás da definição da vinculação do juízo cível ao penal, ao menos nas hipóteses favoráveis ao réu, são políticas, talvez pressupondo que haja uma maior amplitude do acervo probatório no processo penal, e não relacionadas com qualquer suficiência probatória específica.

#### 5.2.5 A exigência de um *standard* rigoroso para a sentença penal condenatória

Para além dos elementos normativos que apontam para uma maior proteção do acusado penal, tendo como força motriz a presunção de inocência, não se pode ignorar outros fatores que fazem com que a balança dos riscos – figura essencial para a distribuição dos *standards* probatórios, como visto no capítulo 2 desta tese – seja alterada em favor do réu. Consoante visto no capítulo 2, os erros principais são o falso positivo e o falso negativo, em outros termos, a condenação errônea ou a absolvição errônea.

Não se podem ignorar as consequências sociais gravosas de uma condenação penal, que gera um estigma social consideravelmente gravoso no indivíduo. Para além da própria marca de condenado, há uma série de dificuldades identificadas pela doutrina, como a de encontrar trabalhos assalariados dignos.<sup>651</sup> No Brasil quem possui antecedentes criminais não pode ingressar em determinadas carreiras através de concurso público, por exemplo, a magistratura,<sup>652</sup> não pode tirar visto para alguns países, como os EUA<sup>653</sup> e o reincidente não pode exercer a profissão de vigilante (art. 16, VI, da Lei 7.102/1983).<sup>654</sup>

Mais ainda, é na decisão condenatória penal em que se tem as mais graves consequências geradas pelo direito, pois tão apenas a sentença condenatória penal admite a pena de privação ou restrição de liberdade (art. 5º, XLVI, *a*, CFRB), chegando até à pena de morte nos casos de guerra declarada (art. 5º, XLVII, *a*, CFRB). Por outro lado, uma série de crimes sequer chegam a alcançar a privação ou restrição de liberdade, tendo em vista que, pelas penas cominadas, limitam-se a uma eventual prestação social alternativa (art. 5º, XLVI, *e*, CFRB).

Por outro lado, também existem consequências decorrentes da absolvição errônea, uma vez que o acusado terá livre trânsito na sociedade, podendo cometer novos delitos, bem como não se permite que a vítima venha a resolver minimamente o trauma sofrido, afinal, o culpado não terá sido punido.<sup>655</sup> De toda forma, estas são consequências que não são tão gravosas quanto aquelas que são geradas pela falsa condenação, o que impõe um distribuição do *standard* probatório que dificulte as condenações errôneas. Há, de fato, um desequilíbrio na relação de direito material baseada na valoração dos riscos dos erros, caso em que uma parte é efetivamente favorecida, dificultando que a hipótese fática que seja a ela prejudicial requeira um conjunto probatório mais robusto.<sup>656</sup>

É possível verificar que há uma espécie de pressão normativa, por meio da presunção de inocência e das graves consequências trazidas ao indivíduo decorrentes de

<sup>651</sup> LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal* – un ensayo sobre epistemología jurídica... cit., p. 111.

<sup>652</sup> A título exemplificativo, item 2. H, do edital nº 01/2014 de abertura de inscrições para o provimento do cargo de juiz substituto do TJPE, afirma-se que “São requisitos para ingresso no cargo de Juiz Substituto: (...) h) possuir idoneidade moral e não registrar antecedentes criminais”.

<sup>653</sup> Online Nonimmigrant Visa Application DS-160 EXEMPLAR, p. 35. Disponível em: [https://travel.state.gov/content/dam/visas/PDF-other/DS-160-Example\\_11012019.pdf](https://travel.state.gov/content/dam/visas/PDF-other/DS-160-Example_11012019.pdf), acessado em 13 de dezembro de 2019.

<sup>654</sup> O STJ apenas admite a incidência do texto normativo no caso de sentença condenatória transitada em julgado (STJ, 2ª T., REsp 1.666.294-DF, Rel. Min. Herman Benjamin, por unanimidade, julgado em 05/09/2019, DJe 11/10/2019, info. n. 658).

<sup>655</sup> LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal* – un ensayo sobre epistemología jurídica... cit., p. 111.

<sup>656</sup> GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a social world*. Oxford: Clarendon Press, 1999, p. 281-282, 284.

uma sentença penal condenatória que impõem um *standard* probatório mais alto para a decisão condenatória penal. O problema é que essa constatação não tem aptidão de resolver, por si só, o problema do *standard* probatório a ser adotado por um ordenamento jurídico, limitando-se a permitir a conclusão de que a suficiência probatória para a condenação penal deve ser alta.

#### 5.2.6 Sistematização dos estândares na sentença penal condenatória

Como visto no capítulo 3, nos países que positivaram o tratamento da matéria, bem como naqueles em que os estândares probatórios foram consolidados pela jurisprudência, a exemplo dos EUA e da Inglaterra, houve a imposição de um modelo de constatação único para o direito penal, qual seja, a exigência de *prova acima de toda dúvida razoável*.

Não se pode ignorar que esse estândar probatório surgiu em um contexto social diferente, antes de uma explosão legislativa relativa à tipificação penal de um sem número de condutas. Como relata a doutrina, à época do desenvolvimento do *standard* da exigência de *prova acima de toda dúvida razoável*, não existiam tantos tipos penais e, em geral, a punição desses crimes era sempre a pena capital.<sup>657</sup>

Atualmente, surgem alguns autores questionando a necessidade da manutenção de um *standard* penal único para a sentença penal condenatória a partir da gravidade da consequência jurídica prevista, eis que diversos crimes sequer levam à pena privativa de liberdade. Em outros termos, seria possível e até desejável a alteração do *standard* probatório em função da gravidade do delito e da pena que pode ser imposta pela sentença condenatória.<sup>658</sup>

---

<sup>657</sup> LAUDAN, Larry. *Truth, error and criminal law – an essay in legal epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 55; LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal – un ensayo sobre epistemología jurídica...* cit., p. 93. Como destaca Damaška, pelo menos até o século XVIII, o direito penal era conhecido como a jurisdição de sangue, face a prevalência das punições de forma violenta (DAMAŠKA, Mirjan R. *Evaluation of evidence: pre-modern and modern approaches*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 47).

<sup>658</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegómenos para una teoría sobre los estândares de prueba. El *test case* de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. In: PAPAYANNIS, Diego M.; FREDES, Esteban Pereira (eds.). *Filosofía del derecho privado*. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 409-410; LAUDAN, Larry. *Truth, error and criminal law – an essay in legal epistemology...* cit., p. 55-56; LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal – un ensayo sobre epistemología jurídica...* cit., p. 93-94; DAMAŠKA, Mirjan R. *Evaluation of evidence...* cit., p. 108; LILLQUIST, Erik. Recasting reasonable doubt: decision theory and the virtues of variability. *U. C. Davis Law Review*, v. 85, 2002, p. 159. Para Mirjan Damaška, a alteração do *standard* já seria uma realidade na prática do *common law*, dentre outros motivos, pelas possibilidades de diferentes tipos de punição do tipo penal (DAMAŠKA, Mirjan. Evidentiary barriers to



Na atualidade, o contexto é consideravelmente diferente em face do aumento da tipificação penal, a quantidade de condutas consideradas criminosas atinge um sem número de possibilidades, não se podendo ignorar também que diversos tipos penais possuem uma pena cominada baixa. Mais ainda, por mais que a seara penal seja a única que admite a possibilidade da pena privativa de liberdade, esta é uma *possibilidade*, que não necessariamente é configurada como uma regra no direito brasileiro<sup>659</sup> e não se pode ignorar que a definição dos estândares probatórios deve ter por base as consequências do direito material.

Inclui-se nessa comparação e diferenciação do direito penal em relação a outros ramos, que, com a variação das possíveis punições, por vezes, as consequências dos processos não penais são mais gravosas/danosas do que as penas<sup>660</sup> e que lidam com bens jurídicos tão relevantes quanto aqueles do processo penal,<sup>661</sup> a exemplo das ações de impugnação ao mandato eleitoral, que podem atuar diretamente sobre as escolhas eleitorais dos cidadãos. Há tipos penais, nos quais a pena, por ser baixa, há uma menor restrição dos direitos do condenado, havendo casos em que há apenas a aplicação da pena de multa (p. ex. art. 76, da Lei 9.099/1995) ou a suspensão condicional do processo (p. ex. art. 89, da Lei 9.099/1995), sem que haja privação da liberdade. Por outro lado, diversos procedimentos não penais possuem graves consequências, como a privação da liberdade, que ocorre na internação compulsória, a perda do cargo público, no caso da ação de improbidade administrativa etc.

Curiosamente, não se conhecem efetivas tentativas de implementar essa diferenciação no processo penal, para além daqueles autores que propõem *standards* probatórios dinâmicos e casuísticos (item 2.7.3). De fato, ao que parece, a doutrina apenas chegou ao ponto de identificar o problema do tratamento dos *standards* probatórios sem avançar para uma efetiva sugestão de implementação.

---

conviction and two models of criminal procedure. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 121, 1978, p. 542-543).

<sup>659</sup> Com a mesma reflexão, embora dirigida ao sistema de nulidades: CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 352

<sup>660</sup> LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal – un ensayo sobre epistemología jurídica...* cit., p. 94.

<sup>661</sup> Como destaca Antonio do Passo Cabral “não é totalmente correto tentar apartar o processo civil do processo penal ao argumento simplório de que o processo criminal lida sempre com a liberdade do indivíduo, que seria um bem maior do que aqueles em jogo no processo civil”. (CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 352).

Tendo por base tais considerações, propõe-se uma diferenciação interna ao direito penal, no que se refere aos estândares probatórios. Para tanto, houve a diferenciação, no direito penal, de duas grandes categorias a partir das consequências de uma possível condenação, *tendo por base a pena máxima abstrata do tipo penal contido na denúncia ou queixa-crime*.<sup>662</sup>

A proposta de divisão ocorre da seguinte maneira: i) os crimes com pena superior a quatro anos exigirão a *altíssima probabilidade* e ii) os crimes com pena inferior ou igual a quatro anos, desde que não seja cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, terão a exigência da *alta probabilidade*. Não se admite a utilização, em nenhuma hipótese, do *standard* da *preponderância da prova* na a sentença penal condenatória, eis que, por mais que a eventual consequência jurídica possa até ser comparável àqueles dos crimes de menor potencial ofensivo, a presunção de inocência é um fator de pressão normativa no sentido de impor uma maior exigência probatória para a prolação da sentença condenatória penal.

Essa diferenciação, como se verá, baseia-se nas consequências da sentença penal condenatória, que, é alterada radicalmente quando a pena é fixada em período superior a quatro anos. Esse marco temporal, quando ultrapassado, impede a utilização de penas restritivas de direito, bem como torna mais rigorosa a eventual pena privativa de liberdade, fazendo com que seja exigido o *standard* de *altíssima probabilidade*.

Opta-se pela pena máxima abstrata para o tipo penal, somadas com as causas de aumento da pena contidas na denúncia ou queixa-crime, que podem levar, em tese, à fixação de uma pena superior ao patamar indicado. Há que se levar em conta ainda que, no caso do concurso material ou formal impróprio, tem-se a soma das penas (art. 69, CP), o que também pode alterar o estândar probatório a ser aplicado. Trata-se de uma forma de haver maior segurança jurídica na utilização dos estândares probatórios, permitindo que todos os sujeitos processuais tenham conhecimento do modelo de constatação a ser utilizado desde o início do processo. Portanto, é irrelevante, para os efeitos de fixação do *standard* probatório, a fixação concreta da pena.

Por outro lado, ignoram-se as causas de diminuição da pena, que poderiam minorar a pena do patamar indicado, advindo tal interpretação de que se trata apenas de uma possibilidade e, não sendo aplicada na sentença, o réu poderia ter, sobre si, um

---

<sup>662</sup> No próximo item, tem-se algumas observações quanto a utilização da denúncia ou queixa-crime como base para a identificação do estândar probatório a ser aplicado.

*standard* menos exigente do que aquele condizente com a efetiva consequência que sofreria no caso concreto.

É evidente que é possível, nas hipóteses em que o crime, em tese, tivesse pena maior do que quatro anos, e se exigisse o *standard* probatório mais alto, houvesse uma condenação em patamar menor, tendo por base a *emendatio libelli*. Seria possível imaginar que o réu acabou sendo beneficiado por um *standard* mais alto do que o que deveria ser aplicado por conta das consequências da sentença penal. *No entanto, afigura-se mais adequado que o risco da fixação de um standard diverso seja interpretado de maneira favorável ao réu*, de forma a evitar que ele venha, em algum caso, ver um *standard* aplicado que não esteja condizente com as consequências da sentença condenatória penal.

A inserção dos crimes com pena abstrata menor ou igual a quatro anos no *standard* da *alta probabilidade* da prova advém dos seguintes fundamentos:

i) em tais crimes, será possível que a pena privativa de liberdade seja substituída por pena restritiva de direito, a qual, de acordo com o art. 44, I, do CP, pode ocorrer justamente quando a pena aplicada não seja superior a quatro anos. Nesse caso, como destaca o texto normativo, sequer ocorrerá a privação de liberdade do acusado e, embora a sanção seja aplicada, é comparável e até eventualmente menos gravosa do que em outras espécies de punições não penais previstas para outras infrações, como a improbidade administrativa e mesmo na internação compulsória.

Optou-se por excluir dessa categoria os crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, uma vez que, nessa hipótese, independentemente da pena, não pode ser realizada a substituição da pena (art. 44, I, CP), fazendo com que haja um regime mais rigoroso para os condenados.

Da mesma forma, houve a exclusão dos crimes culposos, que tenham pena maior de quatro anos. Isso ocorre porque, embora possível a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito (art. 44, I, CP), nessas hipóteses, o regime prisional não poderia ser o aberto, podendo levar à uma restrição significativa da liberdade do acusado, o que faz com que seja razoável a exigência de um *standard* mais rigoroso.

ii) afigura-se possível, nos crimes com pena mínima inferior a quatro anos, a propositura, pelo Ministério Público, do chamado acordo de não persecução penal, hipótese em que não haverá pena privativa de liberdade (art. 28-A, do CPP, art. 1º, §3º,

da Lei 8.038/1990, ambos incluídos pela Lei 13.964/2019, e art. 4º, §4º, da Lei 12.850/2013, regulamentado pelo art. 18, da Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017, com a redação dada pela Resolução n. 183, de 24 de janeiro de 2018), mais o cumprimento de algumas condições, que podem ser ajustadas de forma cumulada ou alternativa e, uma vez cumpridos, levam ao arquivamento da investigação.<sup>663</sup> Nesse caso, sequer chega a existir a sentença condenatória.

iii) Em tais crimes, além das situações anteriores, caso haja a aplicação da pena, esta seguirá o cumprimento em regime aberto, desde que não haja reincidência (art. 33, §2º, *c*, CP), no qual o condenado estará fora do estabelecimento, podendo trabalhar e frequentar cursos, sem vigilância, apenas permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga (art. 36, §1º, CP). A lei de execuções penais restringe, de certa forma, a liberdade do condenado, por permitir que ele se ausente da cidade apenas com autorização judicial (art. 115, III).

Frise-se que o próprio CPP trata esses crimes de forma diversa, tanto é que, de acordo com o art. 313, I, do CPP, apenas será cabível a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos (art. 313, I, CPP). Para tais crimes, há aplicação do *standard* probatório mais alto, afinal, as hipóteses de acordo de não persecução penal, dentre outras, já não estariam disponíveis.

iv) a reincidência (art. 63) é tratada pelo Código Penal como um elemento que permite um tratamento mais rigoroso por parte do sistema penal ao acusado, dado o fato de já ter cometido crime anteriormente.<sup>664</sup> Dentre outras consequências, impede, por exemplo, que o condenado possa cumprir a pena no regime semi-aberto ou aberto, independentemente da pena (art. 33, §2º, *b* e *c*), sendo ainda uma agravante da pena (art. 61, I).<sup>665</sup>

---

<sup>663</sup> Art. 28-A, §13, do CPP e art. 18, §11, da Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017, com a redação dada pela Resolução n. 183, de 24 de janeiro de 2018.

<sup>664</sup> Situação semelhante também ocorre nos EUA, inclusive sendo um dos fundamentos utilizados por Erik Lillquist para a alteração do *standard* da sentença penal condenatória (LILLQUIST, Erik. Recasting reasonable doubt: decision theory and the virtues of variability... cit., p. 160).

<sup>665</sup> Inclusive, o STF considera constitucional o agravamento da pena, sob o argumento de que estaria de acordo com o princípio da individualização da pena, levando em conta o perfil do acusado, diferenciando-o daquele que comete a primeira infração penal. (STF, Tribunal Pleno, RE 453.000, Rel. Marco Aurélio, j. 04/04/2013, DJe 02/10/2013); Nota-se, assim, que o sistema penal admite o recrudescimento da punição dos reincidentes.

Especificamente no que remete ao *standard* de prova proposto nesta tese, o art. 44, II, do CP, impede que as penas restritivas de direito substituam as privativas de liberdade quando o réu seja reincidente em crime doloso. De fato, se acusado for reincidente em crime doloso, com pena máxima menor do que quatro anos, a ação penal poderá gerar a pena privativa de liberdade com o *standard* da alta probabilidade. É uma situação que pode ser admitida pelo sistema porque, ao ser reincidente, o sistema permite um tratamento mais rigoroso do acusado.

#### 5.2.6.1 Ausência de estabilização da demanda e os estândares probatórios

Como visto no item anterior, a proposta desta tese é o uso da denúncia ou queixa-crime como marco para a delimitação do estandar probatório no direito penal. No entanto, no processo penal, a demanda é instável, por se entender que a congruência entre a acusação e a sentença não está relacionada com o pedido, mas apenas com a imputação de uma conduta delituosa, comissiva ou omissiva. O pedido da acusação é sempre tido como genérico,<sup>666</sup> limitado ao requerimento da condenação do réu e é possível que haja alteração dos fatos ou da qualificação jurídica dos fatos e, com isso, do tipo penal e sanções aplicáveis, alterando as penas máximas em relação às quais pode ser condenado o acusado. Essas alterações ocorrem por meio da *emendatio libelli* e da *mutatio libelli*.

A *emendatio libelli*<sup>667</sup> está prevista no art. 383 do CPP, permitindo que o juiz, desde que não modifique a descrição do fato contido na denúncia ou queixa, altere a definição jurídica, mudando, por exemplo, o tipo penal, mesmo que tenha de aplicar crime mais grave.

O momento adequado de realização da *emendatio libelli* é na sentença, sob o fundamento de que o réu não se defende da capitulação legal da denúncia, mas sim dos fatos narrados e apenas no final do processo é que o juiz pode analisar devidamente os

---

<sup>666</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 78.

<sup>667</sup> Importa registrar a crítica de Gustavo Badaró à nomenclatura de *emendatio libelli*, sob o fundamento de que esse é um conceito que tem relação com uma alteração da peça acusatória, denominada de libelo, o que não é realizado pelo juiz. O que se tem é uma alteração do objeto do processo, mas não uma emenda do libelo, que não é alterado. (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença...* cit., p. 154). Apesar das críticas do autor, mantém-se a utilização do nome, pois como Badaró reconhece, já restou consagrado pela doutrina e jurisprudência.

autos e verificar o tipo penal adequado para a conduta perpetrada, não havendo necessidade do prévio contraditório.<sup>668</sup>

Esse posicionamento, embora consolidado na jurisprudência, é injustificável.<sup>669</sup> Parece ter por pressuposto a lógica de que ao juiz compete conhecer o direito e as partes a alegação dos fatos, o que iria gerar uma irrelevância do debate sobre as questões de direito, o que represente uma visão completamente superada da atuação das partes e da própria importância do princípio do contraditório. É como se os brocados *iura novit cúria e narra mihi factum dabo tibi ius* ainda representassem por completo a atuação dos sujeitos processuais, ignorando a importâncias do diálogo sobre as questões de direito.

Como bem se reconhece na atualidade, o contraditório não se dirige apenas aos fatos, mas também ao direito, no que se convencionou denominar de contraditório efetivo.<sup>670</sup> Nesse contexto, é importante fazer menção ao art. 10 do CPC, que impede a decisão surpresa, obviamente aplicável ao Código de Processo Penal, nos termos do art. 3º, que é exatamente o que ocorre quando o julgador *altera, de ofício, a capitulação legal dos fatos narrado na denúncia*. Dessa forma, todas as discussões jurídicas sobre os requisitos para a configuração de um determinado tipo penal são completamente ignoradas e, por óbvio, impede-se que os sujeitos processuais possam se manifestar sobre a correção ou não da alteração do tipo penal e mesmo sobre os requisitos para a sua configuração.

De toda forma, como a jurisprudência dos tribunais superiores acolhe, sem variações, a desnecessidade do contraditório para a aplicação da *emendatio libelli*, as consequências esse instituto para os *standards* probatórios terão por base o posicionamento tradicional, embora não se concorde com ele.

A *emendatio libelli* pode, inclusive, ser realizada no tribunal, por ocasião do julgamento dos recursos, nos termos do art. 617 do CPP. O seu único limite é a

---

<sup>668</sup> STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1.812.962/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 17/12/2019, DJe 19/12/2019. No mesmo sentido: MOUGENOT, Edilson. *Curso de processo penal*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, versão digital, capítulo XXI, tópico 11.1; PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2019, versão digital, tópico 13.2.3.2.

<sup>669</sup> Realizando diversas críticas a tal posicionamento, seja criticando a afirmativa de que o réu se defende dos fatos, seja afirmando a necessidade do prévio contraditório: LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, versão digital, capítulo XIV, tópico 4.3; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença...* cit., p. 146-152.

<sup>670</sup> Sobre essa mudança da concepção do contraditório, remetemos o leitor ao seguinte texto, com as devidas referências bibliográficas: PEIXOTO, Ravi. Os caminhos e descaminhos do princípio do contraditório: a evolução história e a situação atual. *Revista de Processo*, n. 294.

impossibilidade do aumento da pena caso apenas o réu tenha recorrido da sentença. Portanto, se o Ministério Público também tiver recorrido da sentença, pode haver alteração do tipo penal para um mais gravoso, aumentando a pena a ser imputada ao réu. Tudo isso sem prévio contraditório e muito menos abertura de nova dilação probatória.

Pode ocorrer, por exemplo, de o Ministério Público oferecer denúncia contra um indivíduo por crime de maus-tratos, cujo resultado é uma lesão corporal grave, cuja pena é de reclusão, de um a quatro anos, nos termos do art. 136, §1º, do CP. Por ocasião da denúncia, já se tem conhecimento que a vítima tem 12 anos, o que geraria o aumento da pena em um terço, nos termos do art. 136, §3º, do CP, mas não há esse requerimento pelo Ministério Público. Poderia o juiz, na sentença, aplicar a majorante do art. 136, §3º, do CP, aumentando a pena e ultrapassando os quatro anos, *alterando o estândar probatório*.

A *emendatio libelli* deve ser realizada na sentença, podendo ser realizada até no tribunal, podendo identificar um tipo penal mais gravoso para o réu, aumentando-lhe a pena. Trata-se, mesmo que de forma atécnica, de uma “correção” da denúncia da denúncia ou queixa-crime, que deixou de capitular adequadamente os fatos aos tipos penais cabíveis. Se incumbe ao autor da ação penal a formulação da denúncia adequadamente, é adequado que os riscos da eventual alteração da denúncia também recaiam sobre ele, não podendo prejudicar o réu. Em outros termos, se, na *emendatio libelli*, houve alteração do tipo penal para um que tenha uma pena máxima menor de quatro anos, o estândar probatório não será alterado, permanecendo a exigência da *altíssima probabilidade da hipótese acusatória*. Por outro lado, se houver alteração do tipo penal para um que tenha uma pena maior, como no caso do exemplo acima, haverá alteração da exigência probatória, passando da *alta probabilidade* para a *altíssima probabilidade*.

Outro instituto que merece o devido estudo quanto aos reflexos para a correta definição do estândar probatório é a *mutatio libelli*. Trata-se de autorização contida no art. 384 do CPP, para que o Ministério Público, ao fim da instrução probatória, em caso de surgimento de prova de elementar ou circunstância não contida na denúncia, possa aditar a peça acusatória. Nessa hipótese, diferentemente da *emendatio libelli*, de acordo com o art. 384, §2º, do CPP, o defensor do acusado será ouvido no prazo de cinco dias e, caso deferido o aditamento pelo juiz, caso quaisquer das partes venha a requerer, haverá

designação de dia e hora para inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado e realização de debates.

Por exemplo, caso o Ministério Público formule denúncia imputando ao acusado a prática do crime de furto simples, nos termos do art. 155 do CP e, durante a instrução probatória, seja possível identificar que houve o emprego de violência, será possível a alteração da denúncia para fazer referência ao crime de roubo (art. 157, CP). Nessa hipótese, haverá a reabertura da fase instrutória, caso requerido pelas partes.

O procedimento da *mutatio libelli* é consideravelmente diverso daquele verificado para a *emendatio libelli*, por *permitir a reabertura da fase instrutória*, bem como o diálogo entre as partes. Assim, no caso de alteração do tipo penal, mesmo que haja o aumento ou diminuição das penas máximas, é possível a alteração da suficiência probatória, seja porque tem-se um novo elemento surgido na instrução probatória, seja pela possibilidade da reabertura da fase instrutória.

Portanto, verificadas as consequências tanto da *emendatio libelli* quanto da *mutatio libelli*, pode-se chegar à seguinte conclusão: a princípio, o estandar probatório no direito penal terá por base a denúncia ou queixa apresentada. No entanto, face a instabilidade da demanda penal, caso realizada a *emendatio libelli*, a alteração da pena máxima não poderá prejudicar o acusado, porque não há qualquer abertura para o contraditório e porque o risco encontra-se com aquele que iniciou o processo. Por outro lado, no caso da *mutatio libelli*, como há abertura para o contraditório, bem como reabertura da fase instrutória, a alteração do tipo penal, caso gere mudança das penas abstratas contidas na peça acusatória, ela pode alterar para maior ou para menor o estandar probatório.

### 5.2.7 Standards de prova e a absolvição do réu

Um problema importante que surge com a introdução dos *standards* probatórios no funcionamento do processo penal brasileiro consiste na discussão sobre a diferenciação entre o *standard* probatório da decisão que deixa de condenar o réu por falta de provas e a decisão que reconhece a inexistência do fato, a ausência de participação do réu no tipo penal ou a presença de circunstâncias que excluam ou isentem o réu de



pena, que são capazes de vincular o juízo cível.<sup>671</sup> O problema ocorre principalmente nas hipóteses de defesas afirmativas, que acabam por ampliar o objeto de cognição do processo.

Parcela da doutrina afirma que mesmo os encargos probatórios das defesas afirmativas, que seriam as circunstâncias que excluem ou isentam o réu de pena, estão sob a responsabilidade da acusação.<sup>672</sup> Para Afrânio Silva Jardim, o crime é um todo indivisível e apenas seria possível o acolhimento da pretensão punitiva na hipótese da comprovação da prática de uma conduta típica, ilícita e culpável, o que incluiria a inexistência de excludentes da ilicitude, como o reconhecimento de que o ato foi praticado em legítima defesa, estado de necessidade etc. Reconhece, no entanto, que esse raciocínio aplica-se apenas para a hipótese das decisões sem efeitos civis, ou seja, nas quais há apenas o reconhecimento da ausência de provas. Para que a decisão tenha efeitos civis, como, por exemplo, com o reconhecimento de que o réu não concorreu com a prática da infração penal, haveria a imposição do ônus da prova para o acusado.<sup>673</sup>

No entanto, é mais adequada a imposição desse encargo probatório sobre o réu, embora a suficiência probatória seja menor do que a necessária para a condenação penal. Essa interpretação é reforçada pelo art. 156, *caput*, do CPP, segundo o qual, “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”.<sup>674</sup> A única forma de superar o texto normativo seria pela alegação da sua inconstitucionalidade, que não parecer existir.

Imagine-se um indivíduo que é réu em ação penal por crime de homicídio na qual alega-se que ele foi o atirador, tendo o crime ocorrido no dia x. Esse réu, no entanto, alega que atuou em legítima defesa. Não se nega, com isso, que o Estado deixe de ter o dever de provar, com *altíssima probabilidade*, que o réu foi o responsável pelo disparo, bem como que agiu com dolo. A sentença penal pode ser prolatada de três formas: a) condenatória; b) absolutória pela falta de provas, pois, com a alegação de legítima defesa,

---

<sup>671</sup> Esse é um problema de menor repercussão nos EUA, em que o veredito se limita a duas opções: culpado e não culpado (BRAY, Samuel. Not proven: introducing a third verdict. *The University of Chicago Law Review*, v. 72, n. 4, 2005, p. 1299-1300; PINILLA, Ana María López. Estándar de la prueba y defensas afirmativas en el proceso penal. Análisis con referencia al caso colombiano y español. *Revista Nuevo Foro Penal*, v. 12, n. 86, naj/jun.-2016, p. 170, nota n. 44). Não há uma decisão que declara a inocência do réu com efeitos cíveis, como pode ocorrer no direito brasileiro.

<sup>672</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal...* cit., p. 295-297.

<sup>673</sup> JARDIM, Afrânio da Silva. O ônus da prova na ação penal condenatória. *Revista de Processo*, n. 47, abr./jun.-1987, p. 265-266.

<sup>674</sup> No mesmo sentido: STF, 2ª T., HC 70.742, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 16/08/1994, DJ 30/06/2000; STF, 1ª T., HC 68.964, Rel. Min. Celso de Mello, j. 17/12/1991, DJ 22/04/1994.

não foi possível a obtenção da altíssima probabilidade da culpabilidade do réu; c) absolutória, *com a constatação de que o ato foi praticado em legítima defesa*.

É inegável que ao réu compete alguma espécie de ônus probatório, mesmo no processo penal, ao menos no que se refere às defesas afirmativas. Quando ele se limita a se contrapor à narrativa da acusação, por vezes, basta a ele indicar a fragilidade das provas acusatórias, com o objetivo de impedir o alcance do *standard* de prova necessário para a acusação, embora nada impeça uma postura ativa do réu na produção de provas.<sup>675</sup>

No entanto, na hipótese das defesas afirmativas, mesmo para a eventual absolvição por falta de provas, há necessidade da indicação de algum elemento probatório, não bastando a mera alegação, nos termos do que é exigido no direito italiano, como visto no capítulo 3. De toda forma, por meio da alegação e da indicação de elementos probatórios acerca dos fatos impeditivos da condenação penal, seu objetivo continua sendo basicamente o de fragilizar a força da hipótese acusatória, demonstrando haver um mínimo de probabilidade do fato impeditivo, ou seja, gerando alguma dúvida sobre sua existência. Essa, inclusive, parece ser a melhor interpretação do art. 386, VI, do CPP, que impõe a absolvição do réu caso exista *dúvida* sobre a presença de circunstâncias que excluam ou isentem o réu de pena. Cabe ao réu alegar e trazer algum elemento probatório sobre alguma dessas circunstâncias para impedir a condenação.

Impõe-se perceber que, por mais que seja possível reconhecer a presença do ônus da prova para o acusado, a suficiência aqui objetiva apenas impedir a obtenção da suficiência probatória apta para a condenação.

Uma questão interessante, percebida pela doutrina italiana, é de que, partindo da percepção de que ao acusado basta apresentar um mínimo de prova, mesmo nas defesas afirmativas, que ampliam o objeto de cognição do processo, no contexto da dinâmica processual, *a atividade do acusado acaba por ampliar o ônus da prova do órgão acusatório*.<sup>676</sup> *Afinal, ele precisará demonstrar com alta/altíssima probabilidade que o acusado é culpado, superando as eventuais defesas afirmativas por meio de uma alta exigência probatória. A única hipótese de desnecessidade de maior atuação do órgão*

---

<sup>675</sup> SILVA, Franklin Roger Alves. *Produção probatória defensiva: a possibilidade de exercício da investigação criminal defensiva e a sua repercussão no campo da avaliação dos standards no processo penal*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: UERJ, 2019.

<sup>676</sup> VARRASO, Gianluca. *Ragionevole dubbio e prova delle esimenti*. In: INCAMPO, Antonio; SCALFATI, Adolfo (ed) *Giudizio penale e ragionevole dubbio*. Bari: Cacucci Editore, 2017, p. 348.

acusador é quando essa defesa afirmativa não vem acompanhada de nenhum elemento probatório.

Em suma, ao órgão acusador incumbe a prova da *alta* ou *altíssima probabilidade* da hipótese acusatória; para evitar a condenação, ao réu incumbe a demonstração da existência de elementos probatórios acerca da hipótese de não culpabilidade,<sup>677</sup> embora com *standards* probatórios diversos.<sup>678</sup> Para evitar a condenação, basta que, nas defesas diretas, ele aponte fragilidades no conjunto probatório para impedir o alcance do *standard probatório* para a condenação penal e, no caso de defesas afirmativas que haja algum elemento probatório a ela favorável. No entanto, em quaisquer dessas hipóteses, para que haja a vinculação do juízo cível pela decisão do juízo penal, a suficiência de prova para o reconhecimento da hipótese defensiva é alterada, sendo exigido o mesmo *standard* que seria aplicado no processo cível, que é a *probabilidade da prova*.

#### 5.2.8 Standard probatório e absolvição sumária

No processo penal, além da decisão final na qual pode ser reconhecida a ausência de culpabilidade do réu na sentença, há a possibilidade da decisão de absolvição sumária, tanto no procedimento comum (art. 397, CPP), quanto no procedimento do júri (art. 415, CPP). Nessa situação, o procedimento é abreviado, sendo extinto com decisão favorável ao réu. Em itens posteriores, haverá a análise do juízo de admissibilidade da denúncia ou queixa, com verificação da justa causa, mas que é situação nitidamente diversa, uma vez que o juízo de admissibilidade implica extinção do processo sem exame do mérito, permitindo nova peça acusatória, caso sejam obtidas novas provas, enquanto na absolvição sumária há a produção da coisa julgada material, impedindo a repositura da ação.

---

<sup>677</sup> Como destaca Ronald Allen, “Incluso en los procesos penales donde se disse, erroneamente, que los acusados no tienen carga de persuasión sobre los elementos del delito, en realidad sí la tienen. Una vez más, la afirmación de que la acusación debe probar los elementos del delito más allá de toda duda razonable y la afirmación de que el acusado debe mostrar que há una duda razonable, son equivalentes” (ALLEN, Ronald J. Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico. In: VÁZQUEZ, Carmen (coord). *Estandáres de prueba y prueba científica* – ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 47).

<sup>678</sup> Note-se que essa também é a regra em vários outros países, a exemplo dos EUA e da Espanha, como vistos no capítulo 3.

Outra questão importante é a de que, no caso do art. 397 do CPP, a decisão ocorre após a apresentação da defesa pelo réu (art. 396-A, CPP) e, no caso do art. 415 do CPP, após a apresentação da defesa e da instrução probatória inicial. Portanto, já terá ocorrido, ao menos, a oportunização da produção de algum elemento probatório pela defesa.

É evidente que tanto o art. 397, quanto o art. 415, ambos do CPP, representam uma considerável abreviação do procedimento penal com a absolvição sumária do réu, possibilidade que não ocorre em sentido contrário, inexistindo a possibilidade de decisão de condenação antecipada.

De acordo com o art. 397 do CPP, o acusado deve ser absolvido caso o juiz possa verificar a “existência manifesta” de causa excludente da ilicitude do fato ou da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade, que o “fato narrado evidentemente não constitui crime” e caso extinta a punibilidade do agente.<sup>679</sup> O art. 415 do CPP permite a absolvição quando provada a inexistência do fato ou de que o acusado não é autor ou partícipe, caso o fato não constitua infração penal ou seja demonstrada causa de isenção de pena ou exclusão do crime. Na doutrina, há quem afirme que, embora o art. 397 do CPP não preveja a absolvição sumária na hipótese de inexistência do fato ou de que o acusado não é autor ou partícipe, tais hipóteses devem ser aplicadas por analogia.<sup>680</sup>

A dificuldade que se apresenta consiste na identificação de qual seria o padrão probatório a ser exigido para essa espécie de decisão, especialmente tendo em vista os termos utilizados pelo legislador, tais como “existência manifesta”, “prova” ou “provada” de que determinado fato não é crime ou que o acusado não é o autor.

Uma primeira questão a ser definida consiste na diferenciação entre a ausência de justa causa para a denúncia (art. 395, IV, CPP) e a impronúncia (art. 414, CPP), da absolvição sumária no que se refere aos padrões probatórios, pois, de certa forma, ambas analisam o mérito da denúncia ou queixa. Essa diferenciação pode advir da seguinte constatação: enquanto a ausência de justa causa e a impronúncia consistem na ausência de probabilidade da hipótese acusatória, a decisão de absolvição sumária deve

---

<sup>679</sup> Essa possibilidade é criticada doutrinariamente porque não se considera que, na hipótese de extinção da punibilidade do agente haveria propriamente uma absolvição, mas reconhecimento de que o Estado não tem mais condições de aplicar a sanção penal ao acusado. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Rejeição da denúncia ou queixa e absolvição sumária na reforma do Código de Processo Penal: atuação integrada de tais mecanismos na dinâmica procedimental. *Revista Brasileira de Ciência Criminais*, v. 76, jan./fev.-2009, versão digital, tópico 6).

<sup>680</sup> Idem, ibidem, tópico 6.

advir de um contexto no qual presente uma determinada probabilidade da hipótese de inocência/não culpabilidade do acusado. Em outros termos, *a decisão de justa causa e de impronúncia são decisões que não alcançam uma suficiência de provas e a absolvição sumária é uma decisão em que é atingida uma determinada suficiência de provas.*

No entanto, essa construção não resolve o problema da suficiência de prova necessária para a decisão de absolvição sumária. Afirma-se que a suficiência probatória necessária para o reconhecimento da absolvição sumária seja a presença da probabilidade prevalente das hipóteses fáticas contidas no art. 397 ou 415 do CPP.

A princípio, seria viável conceber que a exigência probatória seria maior do que uma eventual probabilidade pelos termos utilizados pelo legislador, no entanto, já se estabeleceu, em tópico anterior, que a maior suficiência probatória para a hipótese que leve à sentença absolutória ou de não culpabilidade seria a *probabilidade da prova*. Ter-se-ia uma grande contradição sistemática em exigir um estandar probatório maior para uma decisão que possui os mesmos efeitos da decisão final, mas tomada em momento anterior. Além disso, eventual utilização do estandar probatório da *alta probabilidade* igualaria a suficiência probatória para a prova da culpabilidade e da não culpabilidade/inocência, o que seria incompatível com a lógica do processo penal, que visa tutelar o acusado.

De fato, o sistema opta por assumir um risco na tutela do acusado, que é a de suprimir fases do processo (seja no procedimento ordinário, seja no júri, embora com menor intensidade), para permitir que seja prolatada sentença que não gere a condenação do réu mesmo que ainda seja possível posterior dilação probatória desde que, naquele momento do processo, alguma das hipóteses que impedem a condenação do réu já seja considerada como *provável* (*standard* probatório menos exigente para uma decisão de caráter definitivo), tendo por base os elementos probatórios disponíveis naquele momento. Em tese, seria possível que, com posterior dilação probatória, a hipótese que impede a condenação do acusado fosse desconstruída pela acusação, no entanto, o sistema opta por permitir uma abreviação do rito com uma sentença absolutória sumária caso nesse momento já seja possível detectar que a hipótese acusatória é pouco provável, diante da considerável probabilidade de alguma hipótese que impeça a condenação do acusado.

A título exemplificativo, o réu é acusado de estupro, mas em sua defesa apresenta documentação comprovando que sequer estava na mesma cidade em que o

crime ocorreu, a exemplo de passagem aérea e fotos em outra cidade. Caso o magistrado considere ser provável a hipótese fática de que o acusado não é o autor do crime, deverá absolvê-lo sumariamente, assumindo o risco – autorizado pelo direito - de que na dilação probatória pudesse ser demonstrada que essa hipótese não tinha um adequado suporte probatório.

### **5.3 Situações de direito material e estândar probatório da alta probabilidade**

#### 5.3.1 Processos judiciais punitivos não penais

O direito administrativo sancionador consiste em um amplo conjunto de previsões legais, abrangendo desde as sanções aplicáveis na lei de improbidade e de atos anticorrupção, que dependem de um processo judicial, até os processos administrativos disciplinares e sancionadores. Consoante relata a doutrina, há uma considerável discussão relativa ao efetivo conceito do que seria abrangido pela terminologia da sanção administrativa, pois há quem considere a existência de um critério formal, ou seja, relativo ao órgão aplicador, pois apenas seria administrativa a sanção aplicada pelo administrador, excluindo as situações nas quais há necessidade de um processo judicial. Por outro lado, outros autores consideram que tal divisão é irrelevante, inserindo, no direito administrativo sancionador, também as sanções não penais aplicadas pelo Poder Judiciário.<sup>681</sup>

Para os efeitos desta tese, opta-se por considerar que os ilícitos previstos na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção são ilícitos não penais e as sanções previstas nos diplomas normativos são sanções punitivas judiciais não penais, de forma a diferenciar das sanções que podem ser aplicadas pela própria administração pública.<sup>682</sup>

Para que se possa abordar os estândares probatórios, impõe-se uma visão geral das espécies de sanções passíveis de aplicação na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992) e na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2014).

---

<sup>681</sup> Ver essa análise doutrinária em: VARGAS, Sarah Merçon. *Teoria do processo judicial punitivo não penal*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 49-65. Adotando o segundo conceito: OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 192.

<sup>682</sup> VARGAS, Sarah Merçon. *Teoria do processo judicial punitivo não penal...* cit., p. 79.

A moralidade administrativa é um princípio basilar da atuação administrativa, sendo exigida pelo art. 37, *caput*, da CFRB, constando previsão expressa da punição por sua violação no §4º do mesmo artigo. De acordo com o texto normativo, o ato de improbidade administrativa possui, como consequência, a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, questão regulada pela Lei 8.429/1992.

A indisponibilidade de bens não é, por si só, uma sanção, mas mecanismo processual utilizado para assegurar a efetividade do pedido de natureza pecuniária. Da mesma forma, o pedido de ressarcimento ao erário também não tem natureza sancionatória, mas é apenas um mecanismo de compensação dos danos causados ao poder público. O que se tem é apenas uma escolha legislativa, buscando uma maior racionalidade na prestação jurisdicional, de permitir a cumulação simples do pedido da aplicação das sanções típicas e do pedido de ressarcimento em um mesmo processo.<sup>683</sup>

Para além das sanções mencionadas na Constituição, o art. 12 da Lei 8.429/1992 estipula sanções específicas para cada um dos tipos de atos de improbidade administrativa elencados na legislação. São possíveis as sanções de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, a multa civil, a proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

A Lei 12.846/2014, regulamentada pelo Decreto 8.420/2015, está inserida no contexto da defesa da moralidade administrativa, mas, diferentemente da Lei da Improbidade Administrativa, a chamada Lei Anticorrupção atua *apenas* na punição de pessoas jurídicas e não de agentes públicos. Essa legislação tem sido inserida dentro da sistemática do processo judicial punitivo não penal, com sanções de alta gravidade e com o exercício dos moldes de pretensão punitiva estatal nos moldes da Lei de Improbidade Administrativa.<sup>684</sup>

Os ilícitos tipificados pela legislação encontram-se no art. 5º e, no que se refere às possíveis sanções, o art. 19 afirma que, judicialmente, podem ser imputadas aos

---

<sup>683</sup> COSTA, Guilherme Recena. A ambivalência da ação de improbidade administrativa e a sua conformação processual. In: COSTA, Guilherme Recena; COSTA, Eduardo José da Fonseca; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coords). *Improbidade administrativa: aspectos processuais da lei n. 8.429/92*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 232, 244; VARGAS, Sarah Merçon. *Teoria do processo judicial punitivo não penal...* cit., p. 67.

<sup>684</sup> VARGAS, Sarah Merçon. *Teoria do processo judicial punitivo não penal...* cit., p. 75-76.

réus as seguintes consequências: i) perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; ii) suspensão ou interdição parcial de suas atividades; iii) dissolução compulsória da pessoa jurídica e iv) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 e máximo de 5 anos. Tal qual na ação de improbidade administrativa, o art. 21, parágrafo único, autoriza a cumulação simples com o pedido de ressarcimento dos danos causados, no entanto, como apontado anteriormente, não se trata propriamente de sanção e tal pedido deve seguir o processamento e requisitos de uma ação cível comum.

#### 5.3.1.1 *Standard* probatório nos processos judiciais punitivos não penais

A doutrina possui entendimentos variados no que se refere ao *standard* probatório necessário para a imputação das sanções aplicáveis em ambas as leis. Faz-se apenas uma pequena ressalva de que alguns autores analisam apenas a Lei de Improbidade ou mesmo apenas a Lei Anticorrupção, no entanto, entende-se que deve haver um tratamento unitário quanto ao *standard* probatório nas duas leis.

Uma corrente doutrinária afirma que a presunção de inocência é norma inteiramente aplicável aos processos punitivos não penais e que a incidência desse princípio exigiria a utilização do *standard* de *prova acima de qualquer dúvida razoável*.<sup>685</sup>

Outra parcela doutrinária chega à mesma conclusão, sob o fundamento de que, tendo em vista a gravidade das sanções presentes na Lei Anticorrupção, mesmo sem a natureza propriamente penal, tem-se a necessidade da observância de um devido processo legal afeto ao processo penal. E, dentre as garantias desse devido processo legal, estaria a exigência da *prova acima de qualquer dúvida razoável*, especialmente face o exercício do poder punitivo estatal, que insere a Lei Anticorrupção no Direito Administrativo Sancionador.<sup>686</sup>

---

<sup>685</sup> VARGAS, Sarah Merçon. *Teoria do processo judicial punitivo não penal...* cit., p. 223-224.

<sup>686</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Procedimento e sanções na lei anticorrupção (Lei 12.846/2013). *Revista dos Tribunais*, v. 947, set.-2014, versão digital, tópico 2.



Há ainda um outro posicionamento, segundo o qual haveria de ser aplicável o *standard* da decisão condenatória penal para as sanções típicas da Lei de Improbidade Administrativa, face o seu caráter “acentuadamente penal”. Por sua vez, em relação ao pedido de natureza indenizatória ou ressarcitória, seria exigível o *standard* intermediário.<sup>687</sup>

Uma outra visão sobre o *standard* na lei de improbidade administrativa propõe a utilização de uma suficiência probatória intermediária, que seria a *prova clara e convincente*. A justificativa seria a existência de um caráter diferenciado do direito material, por não envolver apenas questões materiais, com consequências que se aproximam, mas não se igualam ao direito penal. No direito penal, tem-se a possibilidade da privação da liberdade do acusado, o que insere esse ramo do direito em um patamar em que os riscos de erro em desfavor do acusado seriam mais graves e, por consequência, exige-se um *standard* probatório mais rigoroso. Assim, por estar entre o direito penal e o cível, as questões que envolvem a aplicação das sanções da Lei de Improbidade Administrativa demandariam a *prova clara e convincente*.<sup>688</sup>

Tendo em vista os critérios desenvolvidos no capítulo 2, os ilícitos não penais devem ter por base a exigência do *standard* de *alta probabilidade da prova* e não a *altíssima probabilidade da prova*, que foi adotado, no capítulo 4, como o mais robusto estandar probatório, em substituição à *prova acima de toda dúvida razoável*.

Como visto anteriormente, no direito penal, não há exigência, por si só, da mais alta suficiência probatória, fazendo com que a tentativa de comparação, feita por

---

<sup>687</sup> KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário...* cit., p. 169. Curiosamente o mesmo autor, em outra passagem da obra, parece dar a entender que seria aplicável o *standard* intermediário à improbidade administrativa. Após fazer referência aos casos em que aplicável o *standard* cível, afirma que “tal modelo não esgota a realidade dos processos civis. Pense-se em determinados processos não-penais, cujos valores transcendam à dimensão meramente patrimonial, o que indica claramente que a utilização do modelo da mera *preponderância* é inadequado em algumas hipóteses. São os casos, por exemplo (...) que tenham até um certo caráter penal (v.g. improbidade administrativa). Por isso, a doutrina cuidou de formular um terceiro modelo de constatação, intermediário (inferior ao penal, superior ao não-penal). (KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário...* cit., p. 38).

<sup>688</sup> CARPES, Artur. O direito fundamental ao processo justo: notas sobre o modelo de constatação envolvendo as ações de improbidade administrativa. In: COSTA, Guilherme Recena; COSTA, Eduardo José da Fonseca; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coords). *Improbidade administrativa: aspectos processuais da lei n. 8.429/92*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 55; MARANHÃO, Clayton. *Standards de prova no processo civil brasileiro*. *Revista Judiciária do Paraná*, n. 17, mai.-2019, p. 242. Exigindo o mesmo *standard* probatório, afirmando se tratar de “direito “quase penal””. (ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: *standards* de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 282, ago.-2018, p. 118). Fazendo menção à exigência do *standard* intermediário no direito administrativo sancionador cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Questões processuais no julgamento do Mensalão: valoração da prova indiciária e preclusão para o juiz de matérias de ordem pública. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 933, jul.-2013, p. 145.

alguns autores, entre os ilícitos não penais e os ilícitos penais não imponha a aplicação automática do *standard* de *altíssima probabilidade da prova*. Nem sequer pode ser utilizado o argumento de que a presunção de inocência aplicar-se-ia aos ilícitos não penais e, por isso, haveria a exigência automática do mesmo *standard* da seara penal, eis que se trata de norma jurídica que não impõe a exigência do *standard* mais rigoroso. Haveria, no máximo, a existência de uma pressão normativa para que a decisão tenha um *standard* mais robusto, que levaria ao modelo de constatação intermediário.

Por outro lado, é inegável que as consequências jurídicas são consideravelmente gravosas, tais como a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, no caso da improbidade administrativa e a suspensão ou interdição parcial de suas atividades, bem como a dissolução compulsória da pessoa jurídica, previstos na lei anticorrupção. Isso faria com que não fosse possível a inserção de tais ilícitos no *standard* da *probabilidade prevalente*.

No entanto, as punições não podem ser equiparadas àquelas previstas para os casos de exigência da *altíssima probabilidade da prova*, que envolvem as penas restritivas de liberdade. Em resumo, há uma desigualdade em relação aos riscos de erros, pois, embora haja um interesse da sociedade em garantir a punição daqueles que cometem atos de improbidade, os riscos sofridos por um falso positivo são consideravelmente maiores, havendo a justificativa da inserção de tais atos no *standard* probatório intermediário.

Por fim, no que se refere ao pedido relativo ao pedido de ressarcimento pecuniário, o *standard* a ser aplicado deve ser aquele aplicável às demais searas cíveis e não aquele aplicável às sanções típicas da improbidade administrativa.<sup>689</sup>

### 5.3.2 Internação compulsória

No direito brasileiro, é possível a internação psiquiátrica de pacientes com transtornos mentais, a qual pode ser subdividida em três hipóteses, nos termos do art. 6º, da Lei 10.216/2001: i) internação voluntária, quando ocorre com o consentimento do usuário; ii) internação involuntária, quando ocorre sem o consentimento do usuário, mas

---

<sup>689</sup> CARPES, Artur. O direito fundamental ao processo justo: notas sobre o modelo de constatação envolvendo as ações de improbidade administrativa... cit., p. 56.

a pedido de terceiro e iii) a internação compulsória, que ocorre mediante determinação do Poder Judiciário.

A internação compulsória é determinada pelo juiz competente, nos termos do art. 9º, da Lei 10.216/2001, devendo levar em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários. De acordo com a cartilha do Ministério Público Federal, ela ocorre após pedido formal, feito por um médico, atestando que a pessoa não tem domínio sobre a própria condição psicológica e física.<sup>690</sup>

Trata-se de instrumento utilizado para casos de transtornos mentais, de acordo com a Lei 10.216/2001, e que, recentemente, foi ampliado para usuário de drogas, em que sequer há necessidade da atuação judicial, por meio do art. 23-A, da Lei 11.343/2006, incluído pela Lei 13.840/2019.

Um elemento importante a ser analisado no contexto da internação compulsória daqueles que possuem transtornos mentais advém de sua interpretação a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), que tem, por objetivo primordial, “promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania” (art. 1º, *caput*). Há, portanto, uma exigência de promoção da integração desses indivíduos na sociedade.<sup>691</sup>

Como destaca a doutrina, nos arts. 6º e 84, o Estatuto da Pessoa com deficiência reconhece a capacidade dos indivíduos com deficiência psíquica ou intelectual para exercerem seus direitos, protegendo sua autonomia para tomar decisões que irão refletir em sua personalidade e existência.<sup>692</sup>

A internação compulsória determinada judicialmente é medida que aponta no sentido diametralmente oposto ao proposto pela nova legislação, ao retirar esse indivíduo da convivência com as demais pessoas, impedindo sua inclusão social e o exercício da cidadania. Há uma evidente restrição ao direito de ir e vir (art. 5º, XV, da CFRB), em

---

<sup>690</sup> Cartilha Direito à Saúde Mental. Disponível em: [http://www.mpdft.mp.br/saude/images/saude\\_mental/cartilha-saude-mental-2012.pdf](http://www.mpdft.mp.br/saude/images/saude_mental/cartilha-saude-mental-2012.pdf), acessado em 23 de dezembro de 2019, p. 23.

<sup>691</sup> Com esse raciocínio: FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 21.

<sup>692</sup> SENA, Michel Canuto de; SILVA, Fernando Moreira Freitas da; MARTINS, Giuliano Máximo; BASTOS, Paulo Roberto Haidamus de Oliveira. Autonomia civil das pessoas com transtorno mental. *Revista de Direito e Medicina*, v. 4, 2019, versão digital, item 4.

condição análoga à sanção penal, sem que haja sequer um prazo máximo para nessa reclusão. Ao menos para a internação involuntária do usuário ou dependente de drogas, tem-se a previsão máxima de 90 dias (art. 23-A, §5º, III, da Lei 11.343/2006).

Portanto, o que se tem é uma consequência consideravelmente danosa para o indivíduo com transtornos mentais no caso de sua internação compulsória: restará confinado involuntariamente em uma instituição psiquiátrica, sem prazo limite para que possa voltar a conviver com a sociedade. Para além disso, ainda caminha em sentido contrário à tendência estabelecida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que propugna a inclusão de tais indivíduos na sociedade. As consequências à situação jurídica do indivíduo com transtornos mentais em caso de falso positivo são extremamente graves.

Por óbvio, do outro lado, o interesse estatal é o de realizar um tratamento adequado no indivíduo para que este possa ser reinserido na sociedade. No entanto, uma internação indevida, como já apontado, traz consequências extremamente gravosas para a pessoa com deficiência mental.

*Tendo em vista o tratamento normativo dado ao tema no Brasil, em que há uma pressão normativa no sentido da inclusão da pessoa com deficiência na sociedade, bem como pelas consequências danosas trazidas pela internação compulsória, impõe-se o aumento da exigência probatória em tais situações.* Não basta a comprovação, por uma prevalência das probabilidades de que há motivos suficientes para a sua internação, mas sim de que há uma alta probabilidade de que esse indivíduo é incapaz de conviver em sociedade e de que a única forma de tratamento é por meio de sua internação compulsória.<sup>693</sup>

### 5.3.3 Cassação do mandato e direito sancionador eleitoral

O direito sancionador eleitoral tem por objetivo o controle judicial da regularidade das eleições e possui características que o diferenciam dos demais mecanismos sancionatórios<sup>694</sup> abrangendo uma ampla gama de condutas vedadas e que

---

<sup>693</sup> Esse também é o entendimento da Suprema Corte dos EUA quanto ao *standard* probatório exigido em tal situação: *Addington v. Texas*, 441 U.S. 418 (1979).

<sup>694</sup> De acordo com Rodrigo López Zilio, o direito sancionador é autônomo, por exemplo, em relação à improbidade administrativa porque conta com as seguintes características: i) existência de uma justiça especializada; ii) um regime de responsabilidade específico, combinando a imputabilidade subjetiva e por ato de terceiro; iii) as múltiplas funções da justiça eleitoral; iv) a natureza das sanções eleitorais, combinando punições cíveis com outras de cunho político-eleitoral; v) a natureza dos bens jurídicos eleitorais, que são

podem levar a um sem número de sanções diferentes, a exemplo da multa, dentre outros motivos, pela propaganda irregular (art. 37, §§ 1º e 3º, art. 39, §8º, 43, §2º, 45, §2º, 57-B, §5º, 57-C, §2º, 57-D, §2º, 57-E, §2º, 57-G, parágrafo único, 57-H, §2º, todos da LE), da perda de tempo no horário eleitoral gratuito (art. 57-I da LE), a restauração do bem (art. 37, §1º, LE), a retirada da propaganda (art. 39, §8º, LE), a suspensão de acesso a conteúdo irregular na internet (art. 57-I da LE), a suspensão de repasse de cotas do fundo partidário (art. 25, parágrafo único, da LE), a exclusão da distribuição dos recursos do fundo partidário (art. 73, §9º, LE), a inelegibilidade (art. 22, XIV, da LC 64/1990), a cassação do registro do diploma ou mandato e mesmo a anulação da votação (art. 222, CE).

Para os propósitos desta tese, optamos por analisar o estândar probatório apenas nas principais ações eleitorais que possuem aptidão (seja como pedido principal ou efeito anexo) para a cassação do registro do diploma ou mandato e a inelegibilidade, tendo em vista que o TSE já vem abordando essa problemática. São diversas ações que podem ter essa consequência, como se verifica da ação de impugnação ao pedido de registro da candidatura, quando decidida após as eleições (art. 224, §3º, CE), a ação de investigação judicial eleitoral (art. 22, LC 64/1990), que tem propósito específico de produzir a inelegibilidade por 8 anos, bem como a cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pelo ilícito praticado, o recurso contra a expedição de diploma (art. 262, CE) e ainda a ação de impugnação de mandato eletivo (art. 14, §§ 10 e 11, CFRB).

Tal qual nos demais ramos do direito não há uma definição legislativa da suficiência probatória. Tem-se apenas menção à formação da “convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral” (art. 23, LC 64/1990). O texto normativo teria por objetivo consagrar o livre convencimento motivado,<sup>695</sup> ainda incentivando uma maior atuação inquisitória do magistrado, que pode buscar fatos e circunstâncias que sequer sejam indicados pelas partes,<sup>696</sup> mas não traz qualquer embasamento para a identificação dos estândares probatórios.

---

a regularidade das eleições e vi) a finalidade do contencioso judicial eleitoral (ZILIO, Rodrigo López. *Decisão de cassação de mandato*: um método de estruturação. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 88-89).

<sup>695</sup> ZILIO, Rodrigo López. *Decisão de cassação de mandato*: um método de estruturação... cit., p. 163-170.

<sup>696</sup> Essa possibilidade foi considerada constitucional pelo STF, sob o fundamento de que no processo eleitoral, tem-se direitos e interesses indisponíveis envolvidos, exigindo-se a devida motivação e a necessidade de permitir o contraditório entre as partes: STF, Tribunal Pleno, ADI 1.082, Rel. Min. Marco

Apesar da ausência de indicação legal do padrão probatório, o tema já foi debatido em algumas decisões pelo TSE.

Em recurso ordinário que alegava a inelegibilidade de candidato, consistente na ausência de desincompatibilização, no prazo de seis meses antes das eleições, de cargo de dirigente de empresa que mantinha contato de prestação de serviços com a Assembleia Legislativa do Estado (art. 1º, II, *i*, da LC 64/1990), a discussão envolveu a configuração da efetiva desincompatibilização. O acórdão afirmou que a prova seria contraditória e incapaz de demonstrar *além de dúvida razoável* que o réu poderia ser enquadrado na situação de inelegibilidade alegada.<sup>697</sup>

No RO 2246-61/AM, a discussão envolvia a prática de captação ilícita de sufrágio, prevista no art. 41-A da Lei 9.504/1997, pelos vencedores no pleito para governador do estado do Amazonas.<sup>698</sup> O relator, ministro Napoleão Nunes Maia Filho, afirmou que haveria a necessidade de “um suporte suficientemente denso e robusto, que se afigure apto a produzir na mente do julgador convicção próxima da certeza absoluta”, o que não ocorreria no caso concreto. A ministra Luciana Lossio adotou interpretação semelhante àquela do relator, afirmando não ser “possível aferir, além de qualquer dúvida razoável, a presença de ação dirigida ao fim específico de captar votos ilicitamente”. Do que se infere dos votos, embora existissem indicativos de que houve captação ilícita de sufrágio, não haveria indicação de participação direta dos candidatos, mas de uma terceira pessoa.

No entanto, o voto que veio a prevalecer foi o do ministro Luis Roberto Barroso, que embora tenha concordado ser possível uma comparação entre a certeza probatória exigida no processo penal e aquela exigida no processo eleitoral quando envolva violação direta à soberania popular, não poderia jamais ser superior, sendo o máximo exigível a *prova acima de qualquer dúvida razoável*. Tais considerações estão no contexto da afirmativa do ministro de que, tal qual no direito penal, também seria

---

Aurélio, j. 22/05/2014, DJe 2/10/2014. Tanto o dispositivo quanto a decisão vem sendo alvos de críticas doutrinárias. Para um panorama do tema, cf.: ANDRADE NETO, João. O art. 23 da LC nº 64/90 em face do dever de fundamentação no direito eleitoral. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (org.). *Direito Processual Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2018; ANDRADE, Luiz Felipe da Silva. A inaplicabilidade/revogação do “supertrunfo” do livre convencimento em matéria eleitoral, ante a vigência do Novo Código de Processo Civil. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (org.). *Direito Processual Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

<sup>697</sup> TSE, Recurso Ordinário nº 28770, Rel. Min. Henrique Neves Da Silva, j. 11/09/2014, DJE 11/09/2014.

<sup>698</sup> TSE, Recurso Ordinário nº 224661, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/acórdão Min Luis Roberto, DJE 01/06/2017.

possível a condenação do réu no processo eleitoral com base em indícios, os quais estariam devidamente presentes nos autos. Em seu voto, Barroso afirmou que, embora inexistissem provas da participação *direta* dos candidatos na captação ilícita de sufrágio, existiriam diversos indícios de que eles teriam conhecimento da prática.

Percebe-se, na contraposição entre os votos dos ministros, uma diferenciação entre o que seria exigido para a obtenção da suficiência probatória, já que, enquanto os primeiros exigem provas diretas entre os réus (governadores eleitos do Amazonas) e a captação ilícita de sufrágio, o ministro Luis Roberto Barroso afirmou claramente a possibilidade da condenação por meio de indícios. Destaque-se que acabou por prevalecer a posição do ministro Luis Roberto Barroso, por maioria.

Em agravo regimental no recurso especial eleitoral n. 461-69, afirmou o Ministro Edson Fachin que, para a comprovação da captação ilícita de sufrágio, haveria necessidade de uma considerável robustez probatória da finalidade de se obter votos. Mais ainda, “a prova testemunhal, para ser considerada apta a fim de fundamentar a condenação necessita que seja corroborada por outros elementos probantes que afastem dúvida razoável da prática do referido ilícito”, o que não estaria presente no caso.<sup>699</sup> A exigência de prova *além de dúvida razoável* não aparece necessariamente no contexto da suficiência probatória da hipótese acusatória, mas tão apenas quando o principal elemento probatório é a prova testemunhal.

Das decisões do TSE, pode-se inferir que há uma tendência de utilização do padrão de *prova além de dúvida razoável*, que, para essa tese, é compreendida como a necessidade de *altíssima probabilidade da hipótese acusatória* para as hipóteses em que é possível a cassação do mandato e a decretação de inelegibilidade. Não se concorda com a suficiência probatória adotada pelo TSE.

Uma primeira reflexão a ser feita de tais decisões é a de que, até onde se tem conhecimento, não há sequer discussão, nos tribunais superiores, acerca da existência de um padrão probatório intermediário. A questão praticamente se resume à utilização do padrão probatório de *prova além de dúvida razoável*. Portanto, já haveria uma primeira dificuldade para o TSE sequer eventualmente debater acerca da adoção do padrão probatório intermediário ou do mais robusto.

---

<sup>699</sup> TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 46169, Rel. Min. Edson Fachin, j. 28/03/2019, DJE 16/04/2019. De forma semelhante: TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 253, Rel. Min. Henrique Neves Da Silva, j. 04/10/2016, DJE 26/10/2016; TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 53067, Rel. Min. Henrique Neves Da Silva, j. 07/04/2016, DJE 02/05/2016.

Para essa tese, é mais adequada a utilização do estândar probatório intermediário, ou seja, da *alta probabilidade*.

No que se refere às sanções de cassação do mandato e a inelegibilidade, é inegável a possibilidade de comparação com a improbidade administrativa, que tem como sanções a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos com períodos variáveis a depender do ilícito. Nas duas situações, tem-se, para o réu, uma consequência drástica, que é a cassação do mandato/perda da função pública e, especialmente, no direito sancionador eleitoral, nos casos de eleição majoritária, a imposição de realização de novas eleições (art. 224, §3º, CE). Portanto, de certa forma, as consequências do direito sancionador eleitoral, do ponto de vista coletivo (anulação das eleições), podem ser até mais graves do que as previstas na improbidade administrativa, o que fortalecem a possibilidade de atuação, ao menos de um estândar probatório equiparável.

É inegável que o falso positivo traz graves consequências para o indivíduo e igualmente para a coletividade, pois os votos são indevidamente desconsiderados e ainda tem-se os consideráveis gastos financeiros do ente público com a realização de novas eleições.<sup>700</sup> Por outro lado, inegável que o falso negativo traz consequências, que é a manutenção de um indivíduo que juridicamente era inelegível, mas que permanece no cargo. No entanto, em termos comparativos, as consequências do falso positivo são mais gravosas, causando uma violação considerável dos direitos políticos do réu.<sup>701</sup>

Não parece, no entanto, justificável a utilização do estândar da *altíssima probabilidade*, tendo em vista que as consequências que ocorrem nos tipos penais que adotam essa suficiência probatória são consideravelmente mais gravosos do que no direito sancionador eleitoral. Note-se que, nos casos de aplicação da pena privativa de liberdade em prazo superior a 4 anos, além da maior rigidez no regime da pena privativa de liberdade (semi-aberto, art. 33, §2º, *b*, CP), sem ter acesso a várias formas de substituição da pena privativa de liberdade, a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo será um simples efeito da condenação (art. 92, I, *b*, CP). Mais ainda, a condenação

---

<sup>700</sup> Por mais que haja acordo entre TSE e AGU para a cobrança desses valores dos candidatos cassados, é inegável o dispêndio imediato de verbas que apenas serão eventualmente recuperadas. Sobre o acordo: POMPEU, Ana. *TSE e AGU cobrarão custos de eleições suplementares de candidatos cassados*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-13/tse-agu-cobrarao-custos-eleicoes-suplementares-cassados>, acessado em 17/02/2020.

<sup>701</sup> Para alguns autores, sempre que houver litígios acerca dos direitos políticos, a exemplo da improbidade administrativa, seria exigível a prova clara e convincente (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo código de processo civil comentado*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 480).



por diversos crimes, independentemente do tempo da pena, gera a inelegibilidade (art. 1º, I, e, da LC 64/1990). Portanto, o direito penal, nas hipóteses em que há necessidade de adoção do padrão de altíssima probabilidade, possui efeitos consideravelmente mais gravosos para o réu em eventual falso positivo do que o direito sancionador eleitoral.

#### 5.3.4 Direito ambiental, princípio da precaução e *standards* probatórios

O direito ambiental é marcado pela existência de diversos princípios setoriais, dentre os quais o princípio da precaução. Ele possui, como antecedentes, o *Vorsorgeprinzip*, utilizada na Alemanha, na década de 70 para prevenir a poluição do ar proveniente do desmatamento de florestas.<sup>702</sup> O princípio da precaução foi previsto, no princípio 15 da Declaração do Rio sobre o meio ambiente e o desenvolvimento, em 1992, com a conceituação inicial de que: “Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”. A sua afirmação com caráter geral, no entanto, foi produto da Declaração Ministerial sobre o desenvolvimento sustentável, adotada na conferência de Bergen, realizada em 1990, nos Estados Unidos.<sup>703</sup>

Ele ganhou importância maior a partir da década de 80, quando começou a inspirar diversos convênios internacionais.<sup>704</sup> A partir desse momento, a doutrina do direito ambiental começou a se sensibilizar no sentido da adoção de condutas mais cautelosas na análise dos empreendimentos. Por vezes, novas tecnologias não possuem uma análise precisa dos seus riscos de danos. Dessa forma, *a dúvida passou a pender para o lado do meio-ambiente*, direito fundamental difuso, que passou a ser protegido com maior efetividade.

---

<sup>702</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoría del derecho ambiental*. México: Editorial Porrúa, 2008, p. 81. Também fazendo referência à legislação alemã da década de 70 como a origem do princípio da precaução: TRENNEPOHL, Terence. O princípio da precaução e a apreciação das provas no processo coletivo ambiental. In: TRENNEPOHL, Terence; TRENNEPOHL, Curt (coords). *Direito ambiental atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 238.

<sup>703</sup> SELA, Pedro Luis López; NEGRETE, Alejandro Ferro. *Derecho ambiental*. México: Iure Editores, 2006, p. 97.

<sup>704</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 82; OLIVEIRA, Carina Costa de; FERREIRA, Fabrício Ramos; MORAES, Gabriela Garcia Batista Lima; BARBOSA, Igor da Silva. Os limites do princípio da precaução nas decisões judiciais brasileiras em matéria ambiental. *Veredas do Direito*, v. 15, n. 32, mai./ago.-2018, disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/index>, acessado no dia 23 de dezembro de 2019, p. 329

No Brasil, a construção desse princípio teria por base a adesão, ratificação e promulgação de diversas convenções internacionais, a previsão do art. 225 da CF e ainda o advento do art. 54, §3º, da Lei 9.605/98.<sup>705</sup>

A grande característica do princípio da precaução é a imposição de condutas de preservação ambiental e de responsabilização objetiva, mesmo sem a certeza científica dos riscos. Requer-se apenas a eventual probabilidade de determinada atividade gerar um risco, nas hipóteses em que desconhecidas as exatas repercussões da atividade no meio ambiente ou na saúde.<sup>706</sup> A ele se contrapõe o princípio da prevenção, que teria por objetivo evitar a ocorrência de danos ambientais irreversíveis e cientificamente comprovado.<sup>707-708</sup>

Consoante já afirmado pelo STJ, “O princípio da precaução, consagrado formalmente pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento - Rio 92 (ratificada pelo Brasil), a ausência de certezas científicas não pode ser argumento utilizado para postergar a adoção de medidas eficazes para a proteção ambiental”.<sup>709</sup> O desafio, na aplicação do princípio é a verificação das consequências do risco, tendo por base a sua magnitude ou gravidade, como a irreversibilidade do impacto ambiental, como se pode inferir do art. 57, §3º, da Lei 9.605/1998.

Não se trata de simplesmente impedir o desenvolvimento de novas tecnologias, mas da aplicação do *in dubio pro* meio ambiente, pois, se estudos relacionados a um empreendimento não chegam a resultados *conclusivos*, não deve ser permitido. Ocorre aqui, um sopesamento que deve ser feito sempre à luz do caso concreto, entre a possibilidade de danos e a necessidade de progresso da sociedade<sup>710</sup>, de modo a se alcançar um desenvolvimento sustentável. Seria preferível errar no sentido de evitar uma atividade potencialmente danosa, por meio de um excesso de cautela do que assumir

---

<sup>705</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 87.

<sup>706</sup> OLIVEIRA, Carina Costa de; FERREIRA, Fabrício Ramos; MORAES, Gabriela Garcia Batista Lima; BARBOSA, Igor da Silva. Os limites do princípio da precaução nas decisões judiciais brasileiras em matéria ambiental... cit., p. 342

<sup>707</sup> NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 689.

<sup>708</sup> Afirmando como despicenda a diferenciação entre o princípio da prevenção e precaução, pois, para ele a precaução não teria conteúdo jurídico, mas sim político, cf.: FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*... cit., p. 114-118.

<sup>709</sup> STJ, REsp 1.285.463/SP, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, j. 28/02/2012, DJe 06/03/2012.

<sup>710</sup> GOMES, Eduardo Biacchi; BULZICO, Bettina Augusta Amorim. A efetividade dos direitos dos cidadãos na proteção ao meio ambiente: a existência de um direito fundamental. *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, nº 181, 2009, p. 144.

os riscos de gerar danos ao meio ambiente.<sup>711</sup>

De acordo com a doutrina, tendo como base o *leading case* que seria o recurso extraordinário 627.189, a aplicação do princípio da precaução teria por base os seguintes elementos: i) incerteza científica; b) a gravidade do risco; c) irreversibilidade do dano; d) a proporcionalidade ao nível de proteção escolhido e e) a razoabilidade da medida.<sup>712</sup> De acordo com a doutrina, uma de suas eficácias seria justamente a de impor aos entes estatais *um maior cuidado na autorização de atividades potencialmente danosas*. Um dos exemplos seria a exigência de elaboração de estudos de impacto ambiental pelos empreendedores, o que já altera o controle das informações.<sup>713</sup>

Por fim, é importante a reflexão de que esse princípio possui duas dimensões. Uma primeira seria gerar uma obrigação para os Estados no sentido de prevenir danos ambientais com certa previsibilidade, quando teria relação com os demais princípios da administração pública listados no art. 37 da Carta Magna. Outra questão seria o seu aspecto procedimental, interferindo na formação do convencimento e na atuação das partes a respeito das cargas probatórias acerca de um dano ambiental,<sup>714</sup> bem como na orientação de que o poder público deve intervir em casos de provas concretas de riscos graves e irreversíveis<sup>715-716</sup>

#### 5.3.4.1 O princípio da precaução e o direito probatório

<sup>711</sup> TROUWBORST, Arie. *Precautionary rights and duties of state*. Leiden: Brill, 2006, p. 196.

<sup>712</sup> OLIVEIRA, Carina Costa de; FERREIRA, Fabrício Ramos; MORAES, Gabriela Garcia Batista Lima; BARBOSA, Igor da Silva. Os limites do princípio da precaução nas decisões judiciais brasileiras em matéria ambiental... cit., p. 347.

<sup>713</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 120; STEVENS, Mary. The Precautionary Principle in the International Arena. *Sustainable Development Law and Policy*, Spring/Summer 2002, p. 15; TINKER, Catherine. State responsibility and the precautionary principle. In: FREESTONE, David, HEY, Ellen (ed). *The precautionary principle and international law: the challenge of implementation*. Haia: Kluwer Law International, 1996, p. 55.

<sup>714</sup> Fazendo essa análise da dupla atuação do princípio da precaução, cf.: DIAS, Jean Carlos. As cadeias prometidas: ainda o ônus da prova nas ações ambientais. *Revista de Processo*, n. 153, nov.-2007, p. 138.

<sup>715</sup> OLIVEIRA, Carina Costa de; FERREIRA, Fabrício Ramos; MORAES, Gabriela Garcia Batista Lima; BARBOSA, Igor da Silva. *Os limites do princípio da precaução nas decisões judiciais brasileiras em matéria ambiental...* cit., p. 331.

<sup>716</sup> Para um viés crítico da utilização do princípio no direito brasileiro, afirmando que ela é aleatória e panfletária, cf.: ANTUNES, Paulo de Bessa. Princípio da precaução no direito ambiental brasileiro. *Veredas do Direito*, v. 13, n. 27, set./dez.-2016, disponível em: <http://www.domholder.edu.br/revista/index.php/veredas/index>, acesso às 09h do dia 23 de dezembro de 2019. De forma semelhante, cf.: OLIVEIRA, Carina Costa de; FERREIRA, Fabrício Ramos; MORAES, Gabriela Garcia Batista Lima; BARBOSA, Igor da Silva. *Os limites do princípio da precaução nas decisões judiciais brasileiras em matéria ambiental...* cit.

Na processualização do direito ambiental, notam-se algumas particularidades relativas ao fenômeno probatório. Trata-se de um ramo do direito em que o dano, o risco de dano e o próprio nexos causal são fluídos e incertos. Em outras palavras, por vezes, há grande dificuldade na determinação se uma determinada poluição em um rio é danosa à fauna e à flora, quem a causou e exatamente que substâncias a provocaram. A todas essas características, soma-se a incidência do princípio da precaução, proveniente do direito material, que impõe a modificação do direito processual, a partir da sua adaptação à tutela do direito em juízo.

Uma primeira alteração, já conhecida e debatida no direito processual brasileiro está relacionada com a dinamização dos encargos probatórios (art. 373, §1º, CPC). Trata-se de técnica processual que pode ser utilizada primordialmente em que o acusado de causar danos ambientais está no polo passivo, cabendo ao autor da demanda a alegação dos danos ao meio ambiente. Nessa hipótese, como já reconhecido pelo STJ,<sup>717</sup> é possível a alteração do ônus da prova nas ações ambientais, muito embora essa questão não seja tão simples, não sendo adequada a simples resposta automática de que o princípio da precaução impõe a alteração dos encargos probatórios,<sup>718</sup> uma vez que a dinamização depende da análise do caso, ou seja, se há efetiva dificuldade de provar o dano ambiental pelo autor da demanda, bem como se há superioridade informacional do causador do dano ao meio ambiente.<sup>719</sup>

O estandar probatório não parece ser técnica relevante para essa situação processual, uma vez que a suficiência probatória mais baixa a ser aceita para a decisão com cognição exauriente e apta à formação da coisa julgada é a probabilidade da hipótese fática, que pertence ao autor da demanda. Por mais que se reconheça a incidência do princípio da precaução nesses processos, ele não terá aptidão de alterar o estandar probatório, mas de gerar uma pressão normativa no sentido da dinamização do ônus da prova.

Para o que se amolda ao objeto dessa tese, *o estandar probatório pode ser alterado nas hipóteses em que uma empresa objetiva impugnar judicialmente a*

---

<sup>717</sup> Cf. o enunciado da súmula n. 618 do STJ: A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental.

<sup>718</sup> Com esse raciocínio: STJ, 3ª T., AgInt no AREsp 1.311.669/SC, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 03/12/2018, DJe 06/12/2018; STJ, 2ª T., AgInt no AREsp 1.151.766/MS, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 21/06/2018, DJe 27/06/2018.

<sup>719</sup> Remetemos ao leitor a outra obra, na qual a problemática do ônus da prova no direito ambiental é tratada com maiores detalhes: PEIXOTO, Ravi; MACÊDO, Lucas Buril de. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 229-234.

*denegação de uma licença ambiental ou mesmo na hipótese de ser deferida a licença ambiental com medida mitigadoras dos impactos negativos da atividade*<sup>720</sup> (condicionantes da licença ambiental) e ocorra o embargo administrativo da atividade pelo descumprimento dessas medidas. Nessa situação, requerente do licenciamento ambiental atuará para comprovar que houve alguma incorreção na denegação da licença ambiental ou de que ele não descumpriu as medidas mitigadoras de impactos negativos.

O *standard probatório* para a prolação da sentença deve ter por base a atuação do princípio da precaução, que gera uma pressão normativa para a proteção do meio ambiente e, igualmente, as consequências da decisão. Se, por um lado, a sentença de improcedência errônea (falso negativo) pode impedir uma atividade econômica (art. 170, parágrafo único, CF), por outro lado, o falso positivo tende a gerar um dano ambiental irreversível (art. 225, CF), direito fundamental que tende a ter prevalência.

Parece possível exigir um estândar probatório de *alta probabilidade* por parte do autor da demanda que visa obter a licença ambiental em relação a uma atividade com potencial poluidor, no qual já houve constatação administrativa de que esta não pode ser realizada ou que esta não está obedecendo às medidas mitigadoras impostas administrativamente, causando danos ao meio ambiente. Essa maior exigência probatória decorreria tanto da pressão normativa do princípio da precaução, quanto da preferência, no contexto do direito ambiental, de prevalecer a tutela do meio ambiente equilibrado em detrimento de um desenvolvimento que gere riscos de danos ambientais.

#### **5.4 Casos de aplicação do *standard* da preponderância da prova**

Como visto no capítulo 2 desta tese, os estândares possuem uma função de distribuição de riscos de erros e o direito material atua como um elemento relevante no contexto de permitir que o intérprete analise de que forma um determinado ordenamento jurídico qualifica os riscos de uma determinada decisão.

A situação padrão da jurisdição cível consiste em uma obrigação de pagar quantia/obrigação de fazer, não fazer, de dar algo. Em tais situações comuns, a exemplo de uma ação de danos morais por uma batida entre veículos, uma ação de cumprimento ou descumprimento de um contrato etc, a noção básica é a de que haveria uma

---

<sup>720</sup> Art. 6º, II, da Resolução CONAMA n. 1/1986.

equivalência na distribuição dos riscos entre as partes. Enquanto na jurisdição penal, a avaliação é a de que seria muito mais danosa a condenação de um inocente do que a absolvição de um culpado, na grande maioria dos casos cíveis isso não ocorre. Em outros termos, para o ordenamento jurídico, não há uma maior valoração da situação jurídica de nenhuma das partes, então, por exemplo, em uma cobrança de dívida, o erro da falsa condenação seria equivalente ao erro do falso julgamento pela improcedência do pedido.

Assim, os valores envolvidos são equivalentes, não havendo justificativa para que se insira um estândar que venha a evitar um determinado tipo de erro em detrimento de outro.<sup>721</sup> A consequência é a inserção de um *standard* que almeje uma distribuição do risco de erro igualmente entre as partes. Em não havendo uma outra opção de suficiência probatória realizada pelo legislador pátrio, é plausível a imposição do *standard* da suficiência da prova.

É evidente que, a princípio, a própria existência de algum *standard* de prova é, de certa forma, favorável ao réu, afinal, para que haja uma decisão a ele contrária, exige-se a atuação probatória por parte do autor, pois o *status quo* lhe é favorável.

É inegável que há a proteção de uma situação jurídica já existente na realidade, que o direito protege ao impedir a utilização da força material daquele que se sente, de alguma forma, violado o seu direito. No entanto, a utilização do direito para a alteração do *status quo* deve ter por base elementos probatórios mínimos a justificar uma mudança. Assim, de certa forma, o *standard* cível funciona como uma exigência probatória mínima da racionalidade para justificar a alteração da realidade pelo direito.<sup>722</sup>

Em tais hipóteses, o *standard* aparece sob um modelo de preponderância da evidência,<sup>723</sup> tendo o objetivo de minimizar a quantidade de erros nos julgamentos de fatos. Isso porque, de acordo com a doutrina, a decisão que não tem a preferência por nenhum dos erros, no longo prazo, é a que maximiza o número de decisões corretas.<sup>724</sup>

---

<sup>721</sup> STEIN, Alex. *Foundations of evidence law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 148.

<sup>722</sup> De forma semelhante, cf.: Harvard Law Review Association. Appellate Review in the Federal Courts of findings requiring more than a preponderance of the evidence. *Harvard Law Review*, v. 60, n. 1, nov. 1946, p. 111.

<sup>723</sup> No mesmo sentido, especificamente em relação ao direito brasileiro: COSTA, Guilherme Recena. Livre convencimento e *standards* de prova. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 368, 377; SILVEIRA, Daniel Coutinho da. *Prova, argumento e decisão: critérios de suficiência para orientação dos juízos de fato no direito processual brasileiro*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP, 2011, p. 304.

<sup>724</sup> STEIN, Alex. *Foundations of evidence law...* cit., p. 143-144; CLERMONT, Kevin M. *Standards of decision in law...* cit., p. 18.

#### 5.4.1 A presunção de legitimidade e o *standard* de prova

Um dos atributos do ato administrativo é a sua presunção de legitimidade, que, segundo parcela da doutrina, deriva da interpretação do princípio da legalidade (arts. 5.º, II, 37 e 84, IV, da CF/1988), que impõe ao agente público atuar sempre conforme o direito,<sup>725</sup> tendo, portanto, natureza legal – especificamente constitucional no caso –, gerando o entendimento de que esses atos estariam, em princípio, em conformidade com o direito e que teriam, por si só, uma presunção de veracidade.

Há quem defenda que haveria uma espécie de inversão do ônus da prova nas demandas que versem sobre anulação de atos administrativos, cabendo à parte que sustenta a existência do vício a sua comprovação.<sup>726</sup> Esse posicionamento é insustentável e, de certa forma inútil, do ponto de vista do processo judicial. Isso porque seria ilógica a alegação da inversão do ônus da prova quando o ente público seja réu. O autor da pretensão já possui o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito, que seria exatamente a demonstração do defeito apto a gerar a anulação do ato administrativo.<sup>727</sup>

Em verdade, o que se poderia eventualmente ser interpretado a partir desse princípio é um eventual aumento da exigência probatória para a anulação do ato administrativo, como se houvesse uma presunção relativa de veracidade dos fatos por parte da administração pública. No entanto, ainda que assim o fosse, tal posição seria insustentável.

Consoante reconhece parcela da doutrina, essa suposta “presunção de veracidade” não deve ser admitida, pois, para o agir da administração pública, ter-se-ia

---

<sup>725</sup>Sobre a questão, com as devidas indicações bibliográficas, cf.: PIRES, Luis Manuel Fonseca. A presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos e o mito da inversão do ônus da prova em prejuízo dos administrados. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 54, 2006, versão digital, p. 1-4.

<sup>726</sup>Nesse sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 123. Há quem acolha esse entendimento, mas afirme que ele decorre da presunção de veracidade e não da presunção de legitimidade: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 201. Em sentido contrário, defendendo a inexistência dessa inversão do ônus probatório: DIDIER JR., Fredie. BOMFIM, Daniel Santos. Processo administrativo tributário: prova por amostragem e distribuição dinâmica do ônus da prova. in *Pareceres*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 201. O entendimento jurisprudencial é semelhante, já afirmando o STJ que “O auto de infração é ato administrativo que, enquanto tal, goza de presunção de veracidade e legitimidade, cabendo ao particular o ônus de demonstrar o que entende por vício.” (STJ, 2ª T., REsp 1.108.111/PB, Rel. Min. Eliana Carmon, j. 27/10/2009, DJe 03/12/2009). Com o mesmo raciocínio, cf.: STJ, 2ª T., REsp 1.172.088/SP, Rel. Min. Castro Meira, j. 07/10/2010, DJe 21/10/2010.

<sup>727</sup>Também com esse raciocínio: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Método, 2013, p. 284; PONTES, Daniel de Oliveira. A presunção de legitimidade e de veracidade dos atos administrativos e os seus reflexos no processo civil *Revista Síntese – direito administrativo*, n. 155, nov.-2018, p. 50.

uma “presunção de ilegalidade do particular” em qualquer hipótese de atuação punitiva do ente público.<sup>728</sup> Mais ainda, a atuação do devido processo legal, da publicidade e a exigência de fundamentação de suas atuações fariam com que não fosse admissível essa suposta presunção de veracidade dos fatos alegados pela administração pública.<sup>729</sup> Apenas seria compatível com a constituição de 1988 a presunção de compatibilidade com o direito dos atos estatais em geral, sob pena de se impedir a autoexecutoriedade dos atos administrativos.<sup>730</sup> Isso porque, em diversos casos, o poder público pode executar por si só diversos atos, que, visto do ponto de vista do particular, dependeriam de autorização judicial, como o de fechar um estabelecimento pela inexistência de um alvará de funcionamento.

Em outros termos, o que se deseja afirmar é que não deve haver qualquer particularidade em relação aos estândares de prova nos processos que envolvem a anulação de um ato administrativo. Não há uma presunção de veracidade que possa ser tida como uma pressão normativa para uma maior exigência probatória. Assim, o *standard* a ser aplicado na anulação de atos administrativos deve ser a *preponderância da prova*.

#### 5.4.2 Cabimento da prisão civil e a suficiência probatória

No direito brasileiro, é consolidado na jurisprudência o entendimento de que a prisão civil é admitida como medida executiva típica apenas nos casos de devedor de alimentos, nos termos do art. 5º, LXVII, CFRB.<sup>731</sup> Esse mesmo texto normativo autoriza a prisão civil do depositário infiel, no entanto, a Convenção Americana sobre Direito

---

<sup>728</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 259, 2012, p. 79. Com conclusão semelhante, cf.: GUEDES, Demian. A presunção de veracidade dos atos da administração pública e o processo administrativo: o dever de fiscalizar provando. *Interesse Público*, n. 35, jan./fev.-2006.

<sup>729</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos... cit., p. 78, 85.

<sup>730</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos... cit., p. 85; PONTES, Daniel de Oliveira. A presunção de legitimidade e de veracidade dos atos administrativos e os seus reflexos no processo civil... cit., p. 41. Há, por outro lado, entendimento no sentido de que essa presunção de legitimidade deixaria de existir quando questionada em juízo, salvo expressa disposição legal (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 423).

<sup>731</sup> Na doutrina, há a discussão sobre a utilização da prisão civil como medida atípica. Para um panorama da discussão, cf.: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, v. 5, p. 129-135.



Humanos, ratificada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 27/1992 e promulgada pelo Decreto n. 678/1992 dispõe sobre o mesmo tema vedando essa medida executiva (art. 7, n. 7). Da mesma forma, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Decreto Legislativo n. 226/1991 e promulgado pelo Decreto n. 592/1992. Com base nesses tratados internacionais, o STF firmou o entendimento, por meio da súmula vinculante n. 25, de que “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

Especificando a autorização constitucional, de acordo com o art. 528, §§ 3 a 7º, do CPC, a prisão civil pode ser decretada como medida coercitiva, com prazo de 1 a 3 meses, no regime fechado, para o débito alimentar que compreenda até as 3 prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.

Uma questão a ser estudada consiste no estandar probatório a ser aplicado para a decisão fática que condena à prestação de alimentos, tendo em vista a possibilidade de prisão civil em regime fechado pelo não pagamento da dívida como medida executória. A princípio, seria possível imaginar a utilização dos estandares probatórios da alta ou da altíssima probabilidade, tendo em vista que o processo envolve uma eventual prisão.

No entanto, alguns motivos indicam que, para essa situação, também deve ser utilizado o estandar civil da *preponderância das provas*. O primeiro deles é a distribuição dos riscos de erros, pois, mesmo que o processo envolva a possibilidade de prisão do réu, também precisa levar em conta os riscos de um falso negativo, que seria o de deixar um credor de alimentos sem aquelas verbas. Note-se que não é por acaso que a Constituição brasileira autoriza uma medida tão drástica para a efetivação da condenação em pagar alimentos, o que pode ser tido como um indicativo de uma valorização da situação jurídica do autor.

Além disso, a prisão, na execução de alimentos, não consiste em uma consequência automática para o devedor de alimentos, mas uma medida coercitiva<sup>732</sup> e que apenas será determinada se, no prazo de três dias após a intimação do executado, este não realizar o pagamento integral, não conseguir demonstrar a impossibilidade absoluta do adimplemento ou restar inerte (art. 528, *caput*, CPC). Portanto, a prisão civil apenas será decretada em caso de não satisfação voluntária da obrigação, não se classificando como sanção ou mesmo uma consequência inarredável da execução de alimentos. Em

---

<sup>732</sup> ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20 ed. São Paulo: RT, 2018, p. 1.400-1401.

outros termos, o executado apenas será preso em caso de aparente solvência e ausência de satisfação do crédito.

Por fim, não se tem, como ocorre no direito penal, a incidência da presunção de inocência e nem os demais efeitos da condenação penal, a exemplo das decorrências da reincidência e da existência de antecedentes criminais.

### **5.5 Standards probatórios e decisões fundadas em cognição sumária**

Até o momento os estândares probatórios tiveram por foco a decisão de mérito definitiva, o que pode ser tido como a maior suficiência probatória a ser exigida na fase de conhecimento, excluindo os *standards* de revisão. Ocorre que, durante o procedimento, até chegar à decisão de mérito definitiva, existem diversas decisões que também são baseadas em elementos probatórios, que seriam as decisões fundadas em cognição sumária, em especial as tutelas provisórias no processo civil e, no processo penal, o recebimento da denúncia e as cautelares, sendo igualmente importante o estudo da suficiência probatória para cada uma delas.

O estânder da decisão de mérito definitiva atuará como uma referência primordial ao que os demais *standards* probatórios de decisões a partir de uma cognição sumária devem se reportar.<sup>733</sup> Trata-se de uma suficiência probatória que atua como exigência máxima probatória *naquele mesmo processo*, não sendo adequado que haja um processo em que uma decisão fundada em cognição sumária requeira uma suficiência probatória maior do que a necessária para a prolação da decisão final de mérito, em cognição exauriente.

Uma reflexão necessária no que se refere à delimitação dos estândares probatórios nas decisões em cognição sumária é, de certa forma, óbvia e consiste na constatação de que se trata, naturalmente, de uma decisão de caráter potencialmente deficiente em relação ao desenvolvimento do contraditório e, por consequência, dos elementos probatórios disponíveis. Portanto, a probabilidade ou mesmo a alta probabilidade a ser exigida em cognição sumária é dependente dos elementos disponíveis naquele momento e contexto. Com o desenvolvimento do contraditório e da ampla defesa,

---

<sup>733</sup> Com raciocínio semelhante, muito embora sem referência ao termo estânder probatório: MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela da urgência e tutela da evidência*. São Paulo: RT, 2017, p. 131.

a formulação de novas hipóteses e a produção de elementos probatórios, uma alta probabilidade de uma hipótese fática pode deixar de existir.

Uma questão importante que deve ser desmistificada é a de que a decisão fundada em cognição exauriente é sempre qualitativamente melhor do que a decisão em cognição sumária.<sup>734</sup> Na verdade, a principal diferença entre as duas está na presença da maior oportunidade do contraditório na cognição exauriente, o que nem sempre implica melhor qualidade argumentativa e nem produção e exame de novos elementos probatórios.<sup>735</sup> Basta imaginar hipótese na qual é concedida tutela provisória (decisão com cognição sumária) após a defesa do réu e, posteriormente, não há produção de provas. É plausível que a decisão de mérito definitiva seja proferida no mesmo contexto probatório e argumentativo da decisão fundada em cognição sumária,<sup>736</sup> a exemplo da tutela provisória concedida na sentença.

Nos próximos itens, objetiva-se analisar as principais decisões em cognição sumária no processo penal e no processo civil.

### 5.5.1 Estânder probatório nas decisões penais fundadas em cognição sumária

No contexto da investigação penal, embora seja possível também fazer referência a um eventual estânder probatório para a instauração do inquérito policial pela autoridade policial, esse tema foge aos propósitos desta tese, que objetiva a análise da suficiência probatória no âmbito do processo judicial.

---

<sup>734</sup> Com preocupação semelhante, cf.: SILVA, Beclate Oliveira. *A cognição no mandado de segurança sob o prisma dialógico de Mikhail Bakhtin*. Tese de Doutorado. Recife: UFPE, 2011, p. 239-244.

<sup>735</sup> De forma semelhante, destacando que a diferença entre cognição exauriente e sumária está na oportunidade do contraditório e da ampla defesa e não na qualidade ou na racionalidade da decisão com cognição exauriente: GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 10, n. 10, 2012, disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20351/14692>, acessado em 03/03/2020, p. 285-287. SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 148; PISANI, Andrea Proto. *La tutela jurisdiccional*. Trad. Renzo Cavani *et alli*. Lima: Palestra, 2014, p. 324-325; SICA, Heitor. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: RT, 2017, p. 152-153, nota n. 59. Importa destacar a presença de posições divergentes, pois há que compreenda que, nessa diferenciação, estaria a presença de uma exigência diversa em relação aos graus de probabilidade exigidos para a prolação da decisão, destacando, por exemplo que, para a decisão provisória em cognição sumária bastaria o juízo de probabilidade, enquanto, para a decisão definitiva, com cognição exauriente, seria necessário um juízo de verdade (MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória* 4ª ed. São Paulo: RT, 2019, versão digital, tópico 3).

<sup>736</sup> De forma semelhante: VOGT, Fernanda Costa. *Uma teoria da cognição judicial: flexibilização e dinamismo dos fenômenos cognitivos*. Dissertação de mestrado. Rio de Janeiro: UERJ, 2020, p. 253-257.

Para que se possa analisar os estândares probatórios, há necessidade de verificação dos textos normativos, das consequências jurídicas de cada uma das decisões em cognição sumária e, igualmente, da suficiência probatória para a decisão de mérito em cognição exauriente. Importa recordar, nesse momento, que para essa tese, a depender da pena máxima do tipo penal, o estândar probatório para a prolação da decisão penal condenatória pode ser o da *alta probabilidade* ou da *altíssima probabilidade*.

Como será visto no decorrer deste tópico, o Código de Processo Penal não diferencia as suficiências probatórias para as diferentes decisões, por exemplo, utilizando o termo “indícios” (arts. 126, 134, 312 e 413) de forma diversa daquela conceituada pela mesma legislação no art. 239 e para decisões consideravelmente diferentes.<sup>737</sup> Por tais omissões legislativas, tem-se a necessidade de uma organização das decisões proferidas em cognição sumária no processo penal, para que se possa identificar a suficiência probatória de cada uma delas, tendo por base os elementos utilizados para a definição dos estândares probatórios no item 2.7.6, em especial, as consequências jurídicas.

Seguindo a lógica para as decisões de mérito definitivas, optou-se por uma graduação entre as diferentes decisões, mas evitando uma excessiva diferenciação entre os diversos *standards probatórios*, de forma a evitar que estes se tornem excessivamente artificiais e, por fim, inúteis, havendo apenas uma mera mudança de nomenclatura. Como visto anteriormente (item 4.1), há indicativos de que os seres humanos possuem limites cognitivos para a diferenciação de probabilidades, não havendo um ganho no controle decisório pela excessiva diferenciação de estândares probatórios com nomenclaturas diversas, mas incapazes de serem percebidos pelos julgadores.

Optou-se pelo estudo das decisões que requerem um menor patamar de suficiência probatória para as maiores. Uma observação é a de que não importa a

---

<sup>737</sup> O CPP, no art. 239, conceitua o indício como “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. O conceito de indício ora utilizado é o de *fato provado*, mais especificamente de fato indireto. Como destaca Barbosa Moreira “Ele é, ao mesmo tempo, ponto de chegada e novo ponto de partida: o órgão judicial vem a conhece-lo com base no documento ou no testemunho, e vale-se dele, num segundo passo, para formar a presunção”. O indício não é meio de prova e nem presunção, é o próprio *thema probandum* (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: *Temas de direito processual* – primeira série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 55-59). Também não é, nesse conceito utilizado pelo art. 239 do CPP uma qualificação da prova. Ocorre que, ao se utilizar do termo “indício” para permitir determinadas decisões, o seu objetivo não é o de apontar a necessidade da prova do fato indireto, mas de uma determinada suficiência probatória, em geral tida como baixa. Esse é, de acordo com Taruffo, um outro conceito de indício, que seria referente a elementos de prova mais frágeis, tendo apenas valor probatório mínimo (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2ª ed. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madri: Marcial Pons, 2005, p. 479) e que podem ser relativos tanto ao fato principal quanto aos fatos secundários, que, por presunção, permitem a constatação da ocorrência do fato principal.

cronologia do provimento jurisdicional no *iter* do processo,<sup>738</sup> mas a relação entre a afirmação fática e os elementos probatórios, eis que, por exemplo, uma decisão que determina a prisão preventiva ocorre antes mesmo do juízo de admissibilidade da denúncia ou queixa, mas, mesmo assim, necessitará de um estândar probatório mais robusto.

#### 5.5.1.1 Decisão de recebimento da denúncia, queixa e a pronúncia

O primeiro pronunciamento decisório sobre a suficiência probatória dá-se no momento do recebimento da denúncia, onde é incumbido ao magistrado a verificação da presença da justa causa (art. 395, III, CPP).<sup>739</sup>

A denúncia ou queixa-crime deve ser portadora de elementos probatórios acerca da autoria e materialidade que sejam capazes de justificar a admissão da acusação e o custo que representa a instauração de uma ação penal em termos de estigmatização do acusado.<sup>740</sup> Tanto o STF quanto o STJ afirmam que a justa causa consiste na exigência tão apenas um “lastro probatório mínimo”<sup>741</sup> ou “indícios mínimos de autoria e materialidade”<sup>742</sup> para justificar o recebimento da ação penal. Na ação penal 897, a Corte Especial afirmou que o suporte probatório mínimo é alcançado por meio da existência de um “suporte legitimador que revele de *modo satisfatório e consistente*, a materialidade

<sup>738</sup> MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela da urgência e tutela da evidência...* cit., p. 34.

<sup>739</sup> Quanto ao momento do recebimento da denúncia, discutiu a doutrina se essa decisão deve ocorrer antes ou depois da apresentação da defesa pelo acusado, ou mesmo se haveria a necessidade de dois juízos de admissibilidade, tendo em vista o conflito existente entre o art. 396, *caput*, e o art. 399 do CPP. Sobre essa divergência, com as devidas indicações doutrinárias, cf.: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Rejeição da denúncia ou queixa e absolvição sumária na reforma do Código de Processo Penal: atuação integrada de tais mecanismos na dinâmica procedimental. *Revista Brasileira de Ciência Criminas*, v. 76, jan./fev.-2009, versão digital, tópico n. 5. No entanto, como reconhece Badaró, prevaleceu a primeira posição, ou seja, que deve ser recebida antes da apresentação da defesa pelo acusado: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2019, versão digital, tópico 13.2.2, nota n. 11.

<sup>740</sup> BADARÓ, Gustavo. As condições da ação penal. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 408-409; LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, versão digital, capítulo V, tópico 3.4.1.

<sup>741</sup> No STJ são várias decisões que se utilizam dessa formulação: STJ, 5ª T., RHC 83.578/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 03/09/2019, DJe 06/09/2019; STJ, 6ª T., RHC 111.278/RS, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 17/12/2019, DJe 19/12/2019; STJ, 6ª T., AgRg no RHC 113.490/MT, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 17/09/2019, DJe 26/09/2019. A mesma coisa ocorre no STF, 1ª T., Inq 2340, Rel. Min. Rosa Weber, j. 27/02/2018, DJe 17/04/2018; STF, 1ª T., Inq 3.508, Rel. Min. Alexandre De Moraes, j. 20/02/2018, DJe 21/09/2018; STF, 1ª T., Inq 3719, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12/08/2014, DJe 30/10/2014.

<sup>742</sup> STF, 2ª T., Inq 4.458, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11/09/2018, DJe 01/10/2018.

do fato delituoso e a existência de *indícios suficientes* de autoria do crime, a respaldar a acusação, de modo a tornar esta plausível”.<sup>743</sup>

Nesse mesmo contexto, é importante fazer referência à decisão de pronúncia do Júri, que, embora mais estável, também é uma decisão de admissibilidade processual. De acordo com o art. 413 do CPP, para a decisão de pronúncia do acusado, o juiz deve estar “*convencido* da materialidade do fato e da existência de *indícios* suficientes de autoria e de participação”. Há no texto normativo linguagem semelhante aos requisitos exigidos para a determinação da prisão preventiva (art. 312, CPP)<sup>744</sup>, em que estão presentes dois patamares de suficiência probatória, um mais exigente em relação a materialidade do fato e outro mais singelo, para a constatação da autoria ou participação.

O STF teve a oportunidade de se manifestar sobre o padrão probatório a ser exigido nessa decisão, prevalecendo o posicionamento de que não haverá a necessidade da mesma suficiência probatória da condenação penal, mas um patamar inferior, que consistiria na preponderância de provas incriminatórias, baseada na “existência de lastro probatório consistente no sentido da tese acusatória”.<sup>745</sup> Não se acolhe aqui a tese de que, na decisão de pronúncia incidiria o princípio do *in dubio pro societate*, segundo a qual, em caso de dúvida, deve ocorrer a pronúncia,<sup>746</sup> eis que se trata de princípio sem aparente embasamento jurídico, bem como por estar em desacordo com o próprio texto normativo do CPP, que exige a superação de uma determinada suficiência probatória pela acusação para a decisão de pronúncia no Júri.<sup>747</sup>

<sup>743</sup> STJ, Corte Especial, APn 897/DF, Rel. Min. Felix Fischer, j. 13/06/2019, DJe 18/06/2019.

<sup>744</sup> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver *prova da existência do crime e indício suficiente de autoria* e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (grifos nossos).

<sup>745</sup> STF, 2ª T., ARE 1.067.392, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 26/03/2019, DJE 03/04/2019, info. n. 935.

<sup>746</sup> Nesse sentido: BONFIM, Edilson Mougenot. *Júri: do inquérito ao plenário*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, versão digital, capítulo 4, tópico 5. Acolhendo a validade do princípio do *in dubio pro societate*: STJ, 5ª T., REsp 1.279.458-MG, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 4/9/2012, info. n. 410; STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1.832.692/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 06/02/2020, DJe 12/02/2020.

<sup>747</sup> De forma semelhante: RANGEL, Paulo. *Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, versão digital, tópico 4.3.B.2; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal...* cit., tópico 13.5.4 Essa também foi a versão que prevaleceu no STF, no seguinte caso: STF, 2ª T., ARE 1.067.392, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 26/03/2019, DJE 03/04/2019, info. n. 935. No STJ, também há decisão em sentido semelhante, prevalecendo a posição de que não seria possível admitir a decisão de pronúncia baseada apenas em provas produzidas no inquérito, sem elementos probatórios produzidos em juízo, por representar violação ao art. 155 do CPP, sendo exigido que a segunda fase do Tribunal do Júri seja submetida a uma cognição judicial antecedente, que esteja munida de “estrutura mínima a proteger o cidadão”. No caso, restou vencido o Ministro Felix Fischer que defendia a incidência do princípio do *in dubio pro societate* (STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1.740.921/GO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 06/11/2018, DJe 19/11/2018).

Para esta tese, o primeiro patamar de suficiência probatória deve ser o recebimento da denúncia ou queixa, caso em que se analisa a presença da justa causa, em que se requer tão apenas a presença de um patamar menor de suficiência probatória acerca da autoria e materialidade. Em relação à autoria, esse patamar pode ser compreendido como um mínimo de probabilidade da prova.

Note-se que, ao menos em tese, não há formalmente uma defesa apresentada antes do recebimento da denúncia, não existindo uma hipótese da defesa a ser confrontada, mas apenas a hipótese acusatória. Assim, basta que, diante dos elementos probatórios haja um mínimo de probabilidade da autoria do acusado. No que se refere à materialidade, é possível exigir um patamar um pouco maior, consistente na probabilidade de ocorrência de crime, que seria uma maior exigência probatória, de que o fato narrado é efetivamente um crime.<sup>748</sup>

Verifica-se que é comum a referência à existência de indícios na jurisprudência, bem como no próprio art. 413 do CPP, no entanto, não é adequada essa nomenclatura, pois o termo indício possui um significado específico no processo penal, nos termos do art. 239, como já destacado. Trata-se de basicamente da definição da prova de fato indireto e não à qualidade de qualquer um dos meios de prova. Ao que parece, a utilização do termo “indícios” no art. 413 deve ser compreendido apenas como referência a um suporte probatório mínimo.

No que se refere à decisão de pronúncia do júri, haveria necessidade de um juízo de probabilidade prevalente acerca da autoria, mas o mesmo não pode ser dito no que se refere à materialidade, pois a legislação exige expressamente a presença de “convencimento”, o que parece fazer referência a um maior patamar de suficiência probatória, o qual pode ser compreendido como a existência da alta probabilidade.<sup>749</sup> Recorde-se que, na hipótese do recebimento da pronúncia, a decisão é prolatada após a fase instrutória inicial (arts. 410 e 411 do CPP).

---

<sup>748</sup> Para Gustavo Badaró, também haveria uma diferenciação entre a exigência probatória referente a autoria e a materialidade, embora haja divergência quanto a esse patamar, pois parece exigir o autor a prova *acima de toda dúvida razoável* acerca da existência do crime (BADARÓ, Gustavo. *As condições da ação penal...* cit., p. 410).

<sup>749</sup> Para Gustavo Badaró, seria necessária a “prova plena” da materialidade, a mesma necessária para a condenação e a alta probabilidade da autoria para a pronúncia, o que parece ser um patamar excessivamente rigoroso (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal...* cit., tópico 13.5.4).

### 5.5.1.2 Decisões cautelares penais

Para que se faça referência às tutelas cautelares no processo penal, sendo elas consideravelmente variadas e espalhadas de forma atécnica pela legislação, tem-se o desafio de organizá-las para que sejam compreendidas adequadamente, partindo de uma ordem na suficiência probatória.

Uma primeira observação é a de que não serão analisadas todas as cautelares penais,<sup>750</sup> mas tão apenas aquelas inseridas no CPP e a prisão temporária (Lei 7.960/1989).

#### 5.5.1.2.1 Cautelares probatórias

A primeira espécie de cautelar a ser analisada são as relativas à produção de prova, em geral, utilizadas para evitar o seu perecimento. Tem-se como exemplos a busca domiciliar e pessoal, prevista nos arts. 240 e seguintes do CPP e a produção antecipada de prova testemunhal, no arts. 225 e 366 do CPP. Há ainda a cautelar probatória que consta do art. 19-A, parágrafo único, da Lei 9.807/1999, com a redação dada pela Lei 12.483/2011, permitindo a antecipação do depoimento das pessoas incluídas nos programas de proteção da legislação supramencionada.

Acerca das cautelares probatórias, é inegável a necessidade da presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*. No que se refere ao *fumus comissi delicti* para a busca e apreensão, este pode ser identificado no art. 240 e 244 do CPP. O art. 240 faz referência aos casos em que há necessidade do mandado judicial, exigindo, no art. 243, III, que este apresente os motivos da diligência, os quais, de forma resumida, consistem em “fundadas razões” para prender criminosos, instrumentos envolvidos na prática de crimes, apreensão de vítimas ou de elementos probatórios.

Aponta a doutrina que as fundadas razões, especialmente no que se refere à busca e apreensão domiciliar, por implicar ponderação com o direito fundamental presente no art. 5º, XI, CFRB, exige a presença de “fortes indícios da existência de elementos de convicção (...) que se possam achar na casa” e de “indícios graves da

---

<sup>750</sup> Fazendo menção a várias outras medidas cautelares da legislação extravagante: POLLASTRI, Marcellus. *A tutela cautelar no processo penal*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 100-101, 309-331.



culpabilidade do incriminado”.<sup>751</sup> O art. 244 dispensa o mandado para a busca pessoal quando houver “fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito”.

Uma questão que merece reflexão na busca e apreensão consiste no fato de que ela também pode ser requerida pelo indiciado/acusado, tornando sem sentido a exigência do *fumus comissi delicti*, ao menos no sentido positivo. Para tal hipótese, apenas pode ser exigida a presença da necessidade da medida, a urgência em sua utilização e uma espécie de *fumus comissi delicti* em sentido negativo.

No que se refere à produção da prova testemunhal de forma antecipada, a única preocupação da legislação consiste no *perigo da demora*, que se refere ao “receio de que ao tempo da instrução já não exista” (art. 225, CPP) a disponibilidade da prova.

Não há aqui qualquer preocupação com a existência de alguma suficiência probatória, por não haver qualquer restrição de direitos fundamentais do acusado, mas apenas a preocupação com a produção de um elemento probatório, envolvendo basicamente o direito à prova do requerente da antecipação da prova. Importa ainda destacar que essa prova testemunhal pode ser requerida pelo próprio acusado, não fazendo sentido que haja uma análise, pelo magistrado, para o deferimento dessa antecipação da prova, de alguma espécie de *fumus comissi delicti*. A probabilidade do direito, nessa situação, refere-se apenas ao direito à produção da prova, não dependendo da demonstração do *fumus comissi delicti*<sup>752</sup>, somado à urgência que torna necessária a antecipação probatória.

O mesmo patamar de suficiência probatória exigido para a decisão de admissibilidade da denúncia ou queixa pode ser aplicado para a utilização das cautelares probatórias, em especial no caso da busca e apreensão, uma vez que, embora o seu objetivo seja a produção probatória, requer-se a probabilidade da hipótese acusatória acerca da autoria e materialidade – além dos demais requisitos específicos – para a sua concessão.

---

<sup>751</sup> PITOMBO, Cleunie Valentim Bastos. Licitude da prova obtida por meio da busca e apreensão. In: VILARD, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coords). *Direito penal econômico: crimes econômicos e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008, versão digital, item 2.5.3.1.

<sup>752</sup> Muito embora fazendo referência ao processo civil, tem-se esse raciocínio na seguinte obra, no sentido de que a probabilidade do direito se refere não ao direito material, mas ao direito à produção da prova: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 199.

#### 5.5.1.2.2 Cautelares patrimoniais

As cautelares de natureza patrimonial estão relacionadas à reparação do dano e ao perdimento de bens como efeito da condenação. O CPP, por meio dos arts. 125 a 144-A, autoriza a utilização de diversos mecanismos, tais como o sequestro de bens móveis e imóveis, o arresto, o registro da hipoteca legal e a alienação antecipada. Opta-se por fazer menção ao registro da hipoteca legal, embora esta não seja propriamente uma tutela cautelar, mas definitiva,<sup>753</sup> mas que, de qualquer forma, irá ter requisitos e objetivos semelhantes às demais medidas cautelares patrimoniais.

As medidas assecuratórias, que objetivam a garantia da futura indenização ou reparação do dano à vítima da infração penal, o pagamento das despesas processuais ou das penas pecuniárias ao Estado estão relacionadas a um interesse primordialmente patrimonial. Não se tem uma interferência na liberdade do acusado, mais se assemelhando a uma tutela cautelar típica do processo civil, relacionada a uma obrigação de pagar.

Para a concessão de tais medidas cautelares, impõe-se a presença de uma espécie de probabilidade de ocorrência do crime e dos riscos de alteração da situação patrimonial do acusado, impedindo a frustração da reparação do dano causado pelo delito.

O art. 126 do CPP, por exemplo, exige a presença de “indícios veementes da proveniência ilícita dos bens” para a utilização do sequestro, ao que a doutrina afirma consistir em uma “elevada probabilidade de que os bens sejam de proveniência ilícita, não bastando a mera suspeita e, ao mesmo tempo, não se confundindo com a certeza.”<sup>754</sup> Note-se que, nessa hipótese, a exigência probatória não é voltada especificamente a autoria, mas à materialidade, por exigir proveniência ilícita do bem.

O art. 132 do CPP é mais claro acerca da suficiência probatória, ao fazer referência, na hipoteca legal, sobre imóveis, requerendo a presença da “certeza da infração e indícios suficientes da autoria”.

Para as cautelares patrimoniais, pode se ter como referência dos requisitos gerais o art. 132 do CPP, que se refere aos pressupostos para a concessão da hipoteca legal, que consistem na certeza da infração e indícios da autoria, linguagem semelhante a

---

<sup>753</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Medidas cautelares patrimoniais do processo penal. In: VILARD, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coords). *Direito penal econômico: crimes econômicos e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008, versão digital, item 5.3.4.

<sup>754</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Medidas cautelares patrimoniais do processo penal... cit., item 5.3.1; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal...* cit., tópico 18.3.1.1.2.

presente no art. 413 do CPP. Assim, embora a certeza não possa ser compreendida como um *standard probatório* que possa ser adequadamente controlado intersubjetivamente, por remeter a um estado subjetivo do juiz, é possível a sua substituição pela *alta probabilidade*, que consiste em uma rigorosa suficiência probatória. Em relação aos indícios suficientes da autoria, é possível a compreensão da referência à probabilidade da prova, ou seja, de que o conjunto probatório da hipótese acusatória é melhor e, além disso, também é provável, nos moldes do que foi defendido para o *standard* de prova mínimo para as decisões com cognição exauriente, mas aqui exigido para decisões com cognição sumária. Assim, haveria a exigência da alta probabilidade probatória acerca da materialidade e da probabilidade da prova para a autoria.

Isso porque, nesse caso, já se tem uma restrição direta do patrimônio do acusado, o que impõe a presença de uma certa suficiência probatória. De toda forma, não há aqui nenhum tipo de restrição ao direito de ir e vir, como ocorre nas cautelares pessoais, sendo uma espécie de restrição patrimonial passível que poderia ser utilizada em qualquer espécie de ação patrimonial cível.

#### 5.5.1.2.2 Cautelares pessoais

Nas cautelares de natureza pessoal, as medidas possuem um caráter de restrição ou privação da liberdade de locomoção, podendo ser utilizadas tanto durante a investigação policial, quanto após a instauração do processo, por fundamentos variados, seja para garantir a adequada investigação policial, a ordem pública, a aplicação da lei penal etc. Varia consideravelmente em intensidade, pois pode consistir na monitoração eletrônica (art. 319, IX, CPP), até a determinação da prisão preventiva ou temporária.

Nestes casos, elas atingem diretamente o réu, atuando de modo mais ou menos intenso em relação à privação da liberdade do acusado. O CPP estabelece uma série de medidas cautelares diversas da prisão no art. 319,<sup>755</sup> tendo ainda a prisão

---

<sup>755</sup> Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua

preventiva e a temporária como opções a serem utilizadas na hipótese de as outras medidas não terem aptidão para serem eficazes (art. 282, §6º, CPP).<sup>756</sup>

Primeiramente, a legislação penal não faz referência aos requisitos para a decretação das medidas cautelares pessoais para além da prisão. No entanto, mesmo que sejam medidas menos restritivas do que a prisão, ainda assim, geram uma restrição do direito de ir e vir do acusado, sendo evidente a necessidade da presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*.<sup>757</sup> Quanto ao *fumus commissi delicti*, ele seria o mesmo exigido para as cautelares patrimoniais, ou seja, um pouco abaixo do necessário para a concessão da prisão preventiva.<sup>758</sup>

A legislação processual penal exige para a determinação da prisão preventiva que se demonstre que ela seja necessária para a “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal”, desde que presente “*prova* da existência do crime e *indício suficiente* de autoria” e ainda “de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado” (art. 312, *caput*, CPC).

Essa espécie de prisão apenas pode ser determinada em crimes dolosos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos (art. 313, I, CPP), o acusado já tiver sido condenado por outro crime doloso, com trânsito em julgado, exceto na hipótese do art. 64, 1, do CPC (art. 313, II, CPP) e se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (art. 313, III, CPP).

A prisão temporária possui requisitos diversos, eis que, de acordo com o art. 1º da Lei 7.960/1989, ela pode ser decretada quanto i) “imprescindível para as investigações do inquérito policial”; ii) o “indicado não tiver residência fixa ou não

---

utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.

<sup>756</sup> Não há análise da prisão em flagrante porque esta é realizada diretamente pela autoridade policial, sendo considerada como pré-cautelar, apenas ocorrendo a participação do Poder Judiciário em um segundo momento, caso em que o juiz, de acordo com o art. 310 do CPP, pode relaxar a prisão, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva ou conceder liberdade provisória com ou sem fiança. Assim, para que seja autorizada judicialmente a prisão em flagrante, devem estar presentes os requisitos para a determinação da prisão preventiva. Nesse sentido: FERNANDES, Antonio Scarance. As medidas cautelares pessoais no Código de Processo Penal. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 106-108.

<sup>757</sup> No mesmo sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal...* cit., tópico 18.2.6.3.

<sup>758</sup> Em sentido contrário, apontando que os requisitos devem ser os mesmos da prisão preventiva: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal...* cit., tópico 18.2.6.3.

fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade” e /ou iii) “houver *fundadas razões*, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado” em uma lista taxativa de tipos penais.<sup>759-760</sup> Há uma considerável variação doutrinária acerca da forma de interpretar os requisitos para a prisão temporária, mas adota-se o entendimento de que, sempre é impositiva a presença do *fumus comissi delicti*, representado pela necessidade de fundadas razões, baseadas em elementos probatórios, de autoria ou participação do indiciado e a urgência, representada pela sua imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial.<sup>761</sup>

Enquanto a prisão cautelar pode ser utilizada em qualquer momento do processo, inclusive durante as investigações do inquérito policial, a prisão temporária está limitada ao período do inquérito policial (art. 1º, I, da Lei 7.960/1989). Essa situação já denota uma situação curiosa, pois tanto a prisão preventiva quanto a temporária podem ser determinadas no período do inquérito policial, para garantir a investigação policial (art. 282, I, CPP e art. 1º, I, da Lei 7.960/1989). Além disso, a prisão temporária apenas será possível de ser utilizada em uma lista de tipos penais bem menor do que a prisão preventiva.

Para o que interessa aos propósitos desta tese, para a decretação, seja da prisão temporária, seja da prisão preventiva, dentre outros requisitos, é necessária a presença do *fumus comissi delicti*, que consiste na presença de “indício suficiente” (no caso da prisão preventiva) e “fundadas razões” (no caso da prisão temporária) acerca da autoria ou participação do acusado no crime. Por outro lado, impõe-se a presença da “prova da existência do crime” (na prisão preventiva), o que parece indicar um patamar de suficiência maior. Essa suficiência probatória não consta da prisão temporária, mas

<sup>759</sup> POLLASTRI, Marcellus. A tutela cautelar no processo penal... cit., p. 211.

<sup>760</sup> Art. 3º (...)III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986). p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.

<sup>761</sup> Nesse sentido: CRUZ, Rogerio Schietti. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 243; LOPES JR., Aury. *Direito processual penal...* cit., item 6.2.

parece possível a sua imposição também neste caso, eis que evidente que a probabilidade do direito para a concessão da cautelar exige a presença de elementos probatórios sobre a existência do crime e há uma situação semelhante no caso da prisão temporária e da prisão preventiva que justifica a aplicação por analogia do mesmo requisito de suficiência probatória.

Não há a exigência expressa do *fumus comissi delicti* para a concessão das medidas cautelares diversas da prisão, mas é evidente que, no contexto da concessão de medidas cautelares que interferem na liberdade do acusado, ela também deve estar presente, mesmo que em menor suficiência probatória. Inclusive, com a Lei 13.964/2019, foi inserido o §1º do art. 315 do CPP, que exige, para a decretação da prisão preventiva ou qualquer outra cautelar, que o juiz indique “concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”, reforçando os deveres de justificação que já constavam do art. 282, §§ 5º e 6º, do CPP. A justificação da aplicação da medida, dentre outros motivos, é a presença do *fumus comissi delicti*.

Para essas cautelares, é possível a diferenciação de estândares probatórios diversos, face a intensidade de restrição dos direitos fundamentais do indiciado/acusado e de alguns indicativos normativos presentes na legislação.

Para as cautelares diversas da prisão é possível a utilização de estândar probatório semelhante àquele existente para a concessão das medidas cautelares patrimoniais. Como visto, a própria legislação exige, para a decretação da prisão a prova da existência do crime e indício suficiente da autoria, que podem ser interpretados, no contexto das consequências jurídicas – alguma restrição do direito de ir e vir – como a necessidade de *probabilidade* da hipótese acusatória e alta probabilidade da existência do crime.

Por fim, a decretação da prisão, seja da preventiva ou da temporária, devem ser os mais altos estândares para as decisões com cognição sumária. Como indicado anteriormente, o art. 312 do CPP impõe a presença da “prova da existência do crime” e “indício suficiente da autoria” para a prisão preventiva e “fundadas razões” da participação do acusado (art. 1º Lei 7.960/1989) e prova da existência do crime por analogia para a prisão temporária. Essas são as medidas cautelares com as mais graves consequências jurídicas, com forte restrição do direito de ir e vir. No que se refere à materialidade do crime, é exigível a *alta probabilidade*, no entanto, acerca da autoria do acusado/indiciado, deve ser realizada uma diferenciação, até para que se conceda

racionalidade a duas espécies de prisões que podem ser determinadas no momento da investigação policial.

Como se verifica, para a prisão temporária, apenas alguns crimes a admitem, o que parece ser uma escolha do legislador no sentido de classificar tais tipos penais como mais graves, permitindo a prisão temporária com a admissão de uma menor suficiência probatória. Por conta disso, é possível afirmar que, para a concessão da prisão temporária exige-se a probabilidade da autoria do indiciado e, para a prisão preventiva, exige-se a alta probabilidade da autoria do acusado/indiciado.

De toda forma, importa destacar que, diferentemente da prisão preventiva, pode ocorrer em qualquer momento processual, a prisão temporária apenas pode ser realizada durante a investigação policial. Portanto, mesmo que a suficiência probatória seja menor, como ela só pode ocorrer ainda antes do próprio ajuizamento da ação penal, trata-se de uma considerável exigência probatória, que depende de uma considerável presença de elementos probatórios, seja sobre a materialidade, seja sobre a autoria do crime.

#### 5.5.2 Tutela provisória e estândares probatórios: noções gerais

O CPC/2015 regula a tutela provisória, espécie de decisão fundada em cognição sumária, que traz como espécies a tutela de urgência, subdividida em tutela de urgência antecipada e tutela de urgência cautelar e a tutela da evidência. O art. 300 do CPC optou por uma tentativa de unificar os requisitos para a concessão da tutela de urgência, a qual, para ser concedida, requer a presença de “elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

Ainda no contexto da tutela provisória de urgência, tem-se a possibilidade da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, hipótese em que a legislação exige a demonstração da urgência que seja “contemporânea à propositura da ação” (art. 303, *caput*, CPC). O art. 311 do CPC, ao regular a tutela da evidência, dispensa o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, requerendo apenas a evidência do direito.

Como se percebe, então, o regime da tutela provisória no processo civil faz menção a diversos pressupostos para a sua concessão: i) a “probabilidade do direito” (art. 300); ii) a evidência (art. 311); iii) “o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” (art. 300); iv) a “urgência (...) contemporânea à propositura da ação”.

Opta-se pelo tratamento do tema em dois blocos, primeiro a análise da probabilidade do direito e a evidência e, posteriormente, o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo em conjunto com a *urgência contemporânea à propositura da ação* por fazerem, cada bloco, referência a elementos probatórios diversos, de forma resumida, ao *fumus boni iuris* e à urgência.

#### 5.5.2.1 Probabilidade do direito na tutela de urgência

A probabilidade do direito e a evidência consistem em requisitos para a concessão de tutela provisória que envolve dois elementos, quais sejam, o direito e os fatos. Isso porque, por vezes, não há qualquer controvérsia quanto aos fatos, mas apenas uma discussão jurídica, bastando pensar em hipótese de requerimento de tutela provisória em ação ordinária em matéria tributária, no qual a única discussão envolve alguma tese jurídica. Para a tutela de evidência do art. 311, II, do CPC, nota-se que o foco não está propriamente na demonstração dos fatos, que devem depender apenas da prova documental, mas requer-se um forte embasamento jurídico, que consiste no suporte em algumas espécies de precedentes vinculantes. O eventual *standard* para a decisão jurídica foge aos propósitos desta tese, que objetiva analisar apenas o tema dos estândares probatórios.<sup>762</sup> A preocupação neste momento refere-se ao estândar probatório acerca da comprovação dos fatos relevantes para a concessão da tutela provisória.

Parte da doutrina afirma que a probabilidade do direito na tutela provisória consiste na exigência da presença da verossimilhança preponderante, que consiste na necessidade de que o “material trazido ao processo indique que o direito do autor é mais provável do que o do réu”, o que não seria admitido para a decisão final de mérito, a qual

---

<sup>762</sup> É interessante a reflexão de Clayton Maranhão, ao criticar a redação do texto normativo, afirmando que “O que é provável é o fato, não o direito. O direito é aparente, em se tratando de tutela urgente fundada em cognição sumária, vertical, não exauriente. Assim, a referência é a aparência do direito, não a probabilidade do direito”. (MARANHÃO, Clayton. *Standards de prova no processo civil brasileiro... cit.*, p. 230).



iria requerer a convicção de verdade.<sup>763-764</sup> Pelo que se pode compreender, basta ao autor ser detentor de elementos probatórios suficientes para a comprovação da probabilidade prevalente, enquanto, na decisão definitiva de mérito, seria exigido um juízo de verdade.<sup>765</sup>

Uma crítica a ser feita a esse posicionamento doutrinário consiste no fato de que ele não leva em conta a possibilidade da existência de duas hipóteses fáticas frágeis, tanto do autor como do réu e, apesar de o direito do autor ser melhor que o do réu, ele permanece sendo detentor de um suporte probatório frágil (cf. item 2.6.2.3).

Há, ainda, posicionamento que diferencia a probabilidade necessária para a concessão da tutela cautelar, como sendo de baixa a média e, para a concessão da tutela antecipada, de média a alta, sob o fundamento de que a tutela antecipada tem um maior grau de lesividade à parte contrária.<sup>766</sup> Esse posicionamento possui diversos problemas. Primeiro, ele opta por uma diferenciação da lesividade artificial, pois a cautelar não é, necessariamente, menos lesiva ao réu, dependendo do caso concreto. Além disso, mesmo

---

<sup>763</sup> MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela da urgência e tutela da evidência...* cit., p. 147. Em outra obra, há uma tentativa de definição do que seria a convicção de verdade: MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao código de processo civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2018, v. I, p. 181. Ocorre que esse conceito não parecer ser útil, para além da afirmativa da impossibilidade do alcance da verdade absoluta. De acordo com os autores, “o juiz chega à convicção de verdade a partir da consciência da impossibilidade da descoberta da sua essência, uma vez que é aquela que demonstra a falibilidade do processo para tanto. Dessa tomada de consciência, para a conclusão de que o processo, apesar de tudo isso, não pode impedir a eliminação dos conflitos, é um passo. Em resumo: o juiz, para pôr fim ao conflito, deve estar convicto, dentro das suas limitações, a respeito da verdade – o que não significa, obviamente, que chegou à verdade” (p. 181). Posição semelhante também é a de Dinamarco, segundo o qual, para a tutela provisória é exigida a probabilidade do direito e, para o julgamento definitivo, seria necessária a certeza (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, p. 875).

<sup>764</sup> Em outra obra, Daniel Mitidiero em outro escrito qualifica a probabilidade como a probabilidade lógica, “que é aquela que surge da confrontação das alegações e provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos” (MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao art. 300*. In: DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno (coords). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 782). Importa ainda salientar que, em outros textos, Daniel Mitidiero objetiva diferenciar a verossimilhança da probabilidade. A primeira seria uma aparência de “conformidade da afirmação àquilo que normalmente acontece” e probabilidade como a “existência de razões válidas para tomá-la (a hipótese) como correspondente à realidade” (MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória...* cit., versão digital, parte II, tópico 3). De qualquer forma, o principal ponto de conexão dessa corrente doutrinária é a necessária diferenciação entre o grau de probabilidade exigido para a decisão em cognição sumária e exauriente.

<sup>765</sup> MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória...* cit., versão digital, parte II, tópico 3.

<sup>766</sup> FERREIRA, William Santos; HOLZMEISTER, Verônica Estrella V. Tempo, ideologia e graus de probabilidade nas tutelas de urgência. Requisitos para concessão e métodos de aplicação da correlação probabilidade, riscos, adequação e utilidade. *Revista de Processo*, n. 296, out.-2019, p. 170-176.

que haja alguma diferença no potencial lesivo, isso não parece justificar uma diferença entre os graus de suficiência probatória para a sua concessão.

No entanto, o problema mais significativo consiste na dificuldade de compatibilização desse posicionamento com o ordenamento jurídico como um todo. Afinal, se, aparentemente, para os autores a tutela antecipada pode ser concedida em grau menor de probabilidade do que o exigido para a o julgamento definitivo do pedido formulado,<sup>767</sup> é possível supor que, para essa posição doutrinária, o julgamento definitivo do mérito teria por estândar probatório, no mínimo, uma altíssima probabilidade do direito. Assim o sendo, e supondo que esse é o estândar probatório de maior exigência probatória possível, uma vez que a verdade é um estândar probatório inalcançável, isso faria com que toda e qualquer decisão de mérito no ordenamento jurídico estivesse regida pelo mesmo estândar probatório, do cível ao penal. Afinal, se uma demanda cível requer uma altíssima suficiência probatória, não haveria nenhuma outra espécie de demanda em que a distribuição dos riscos seja menos danosa para o réu, igualando-a, por exemplo, ao estândar para a sentença condenatória penal.

Por fim, há quem aponte ser o critério mais adequado a inferência da melhor explicação.<sup>768</sup> No entanto, essa não nos parece justificável, uma vez que, como visto anteriormente (item 2.6.2.3.2), esse modelo de raciocínio pode gerar o problema da escolha entre duas hipóteses com pouco suporte probatório, o que não justificaria a concessão da tutela de urgência.

O que deve ser compreendido como requisito legal de suficiência de prova, especialmente tendo por base o próprio texto normativo é a *probabilidade da hipótese fática*, nos moldes do que, em tese, exige-se para a sentença de mérito definitiva nos processos cíveis.<sup>769</sup> Em outros termos, a hipótese fática do autor deve ser superior à do

---

<sup>767</sup> Idem, ibidem, p. 171. Note-se que o problema da tese não é com essa afirmativa isolada, mas com as consequências para essa corrente doutrinária em relação ao julgamento definitivo do pedido.

<sup>768</sup> MARANHÃO, Clayton. *Standards de prova no processo civil brasileiro...* cit., p. 232.

<sup>769</sup> Com raciocínio semelhante, eis que, para o autor, em regra, as decisões cíveis terão por base o estândar probatória da preponderância da evidência, que seria a mesma suficiência probatória requerida para a concessão da tutela de urgência (PONZONI, Christian. *Standards de prova no processo civil brasileiro*. Dissertação de mestrado. Porto Alegre: PUCRS, 2020, p. 144). O que se pode discutir, em relação ao posicionamento do autor é a afirmativa de que “o *standard* de prova há de ser o da preponderância de provas, independentemente de o pedido final requerer eventualmente o standard da prova clara e convincente”, pois é uma situação que irá depender do caso concreto. Por exemplo, na ação de improbidade administrativa, em que se requer o estândar da alta probabilidade da prova, é possível a determinação da indisponibilidade dos bens do indiciado, que consiste em medida de caráter patrimonial (art. 7º, da Lei 8.429/1992), o estândar probatório adequado pode ser tido como a probabilidade da hipótese acusatória. Por outro lado, uma tutela provisória que determine, em ação de cassação de mandado eletivo, o afastamento do candidato do cargo eletivo seria uma hipótese de tutela provisória na qual seria justificável

réu, bem como deve ser provável de ter ocorrido, de acordo com os elementos probatórios disponíveis. A diferença, nesse caso, parece ser a de que se trata de uma decisão em cognição sumária, portanto cabe ao requerente da tutela antecipada de urgência, a demonstração de sua hipótese fática com base na probabilidade do direito.

Consoante o posicionamento adotado por esta tese, *a diferença entre a cognição sumária e a cognição exauriente não está na qualidade da decisão, mas na oportunização do contraditório.*

Não há nenhum impedimento lógico a que se exija um estândar probatório semelhante para uma decisão fundada em cognição sumária e uma em cognição exauriente, pois, a diferença entre *standards* probatórios está na *qualidade dos elementos probatórios* e, no que se refere à diferenciação entre cognição exauriente e sumária, ela existe *em relação ao contraditório.*

É justificável que se exija um mesmo estândar probatório para uma decisão de tutela provisória, em cognição sumária, tendo em vista que ela consiste em um adiantamento do pedido final/acautelamento para assegurar a fruição do direito antes do desenvolvimento pleno do contraditório, gerando um risco de modificação maior que acaba por recair sobre o réu. As consequências de um falso positivo são iguais em uma decisão interlocutória que defere uma tutela provisória e uma sentença, e, no primeiro caso, tem-se um risco maior para o réu, pois há uma alteração da situação jurídica do réu sem o pleno desenvolvimento do contraditório.

Além disso, não se pode ignorar que o estândar probatório da probabilidade da prova é o menos exigente para efeitos de uma decisão em cognição exauriente. Não se trata de um estândar muito exigente e que, para os autores que abordam os requisitos fáticos para o preenchimento da probabilidade do direito exigida pelo CPC, já era exigido um estândar probatório assemelhado. A diferença ocorre porque o estândar probatório necessário para a decisão final defendido por esta tese é menor.

#### 5.5.2.2 Probabilidade do direito na tutela de evidência

A probabilidade do direito necessária para a concessão da tutela da evidência costuma ser conceituada de forma diversa do que a exigida para a tutela da urgência. É

---

a exigência de uma probabilidade maior da hipótese fática acusatória, chegando ao patamar da alta probabilidade.

possível afirmar que, de forma geral, para a doutrina, a evidência requer que as alegações do autor sejam detentoras de “alto grau de verossimilhança” que revele “improvável o sucesso do réu em fase mais avançada do processo”<sup>770</sup>, em um patamar probatório acima do necessário para a concessão da tutela provisória de urgência.<sup>771</sup> Essa característica seria uma forma de compensar a ausência da urgência, mas, ainda assim, a tutela da evidência consiste em decisão fundada em cognição sumária.<sup>772</sup>

Não concordamos com essa diferenciação entre a probabilidade existente para a tutela de urgência e de evidência. A diferenciação entre elas consiste no fato de que a tutela da evidência apenas foi autorizada em situações típicas e mediante a presença de um outro pressuposto, que consiste na necessidade da presença da *probabilidade do direito do autor somada com a presença de uma defesa frágil/inconsistente do réu*.<sup>773-774</sup> *A diferenciação está no elemento comparativo entre as versões das partes e não na probabilidade isolada da hipótese fática do requerente da tutela da evidência.*

Uma primeira observação é a de que o CPC não inseriu uma tutela da evidência de caráter genérico, inexistindo uma permissão de concessão da tutela provisória em caso de demonstração da evidência. A opção da legislação foi a de tipificar expressamente os casos em que ela poderá ser concedida, nos termos do art. 311 do CPC e, do ponto de vista probatório, houve uma espécie de restrição cognitiva dos meios de

---

<sup>770</sup> BODART, Bruno V. da Rós. *Tutela de evidência*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 111. Para Araken de Assis a questão é mais complexa. Conforme se infere do raciocínio do autor, no caso do art. 311, I e III, do CPC, há juízo de verossimilhança, no caso do art. 311, II, há juízo de certeza e, no caso do art. 311, IV, há uma alta probabilidade que deriva da probabilidade trazida com a prova pré-constituída somada ao teor inidôneo da contestação (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2015, v. II, t. II, p. 496-507).

<sup>771</sup> FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência* (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1994, p. 305.

<sup>772</sup> Em sentido contrário, muito embora em análise do tema muito antes da promulgação do CPC/2015, afirmando que a tutela da evidência é decisão com cognição exauriente, cf.: FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência* (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1994, p. 310. Para Luiz Guilherme Marinoni, “o juiz, ao conceder a tutela da evidência, tem cognição exauriente sobre a alegação dos fatos constitutivos e cognição sumária em relação ao fato impeditivo, modificativo ou extintivo” (MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela da urgência e tutela da evidência...* cit., p. 285-286).

<sup>773</sup> MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela da urgência e tutela da evidência...* cit., p. 282-283.

<sup>774</sup> A utilização desse pressuposto, com o qual se concorda, acaba por conduzir ao raciocínio da incompatibilidade com o parágrafo único do art. 311 do CPC, que permite a concessão da tutela da evidência liminarmente. Defende-se que o texto normativo é inconstitucional, pela violação do contraditório, ampliada defesa e por ser uma tutela desproporcional, tendo em vista que inexistente a ameaça de perecimento do direito do autor (MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela da urgência e tutela da evidência...* cit., p. 338-340; COSTA, Eduardo José da Fonseca. Comentários ao art. 300. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; NUNES, Dierle; STRECK, Lenio; FREIRE, Alexandre. *Comentários ao código de processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 465; MACÊDO, Lucas Buril de. Antecipação da tutela por evidência e os precedentes obrigatórios. *Revista de Processo*, n. 242, abr.-2015, p. 543-545. Em sentido contrário, sem vislumbrar inconstitucionalidade: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 2, p. 659-660).

prova aptos a permitir da tutela da evidência. Como se infere dos incisos II, III e IV, apenas por meio da prova *documental* é que a evidência pode ser preenchida, não se admitindo qualquer outra espécie de meio probatório. Isso significa que o CPC realizou uma restrição cognitiva permitindo que apenas a prova documental possa ser utilizada para a demonstração da evidência, exceto na hipótese do inciso I. Houve, no geral, uma opção de permitir apenas a prova documental, sendo possível interpretar que o legislador a considerou, para efeitos de concessão da tutela provisória, como um meio de prova mais seguro.

O inciso I não faz qualquer referência a uma suficiência probatória específica, mas sim à conduta do réu, que atua com “abuso do direito de defesa” ou “manifesto propósito protelatório da parte”. O que permite o preenchimento da evidência do direito não é propriamente a presença de uma maior suficiência probatória do requerente da tutela provisória, mas a conduta abusiva da outra parte.<sup>775</sup> Uma forma de interpretar a suficiência probatória exigida para essa espécie de tutela da evidência é a presença da probabilidade do direito, independentemente dos meios probatórios disponíveis, somada com uma defesa que não é apenas infundada, mas que atinge o suporte fático para que se considere se tratar de uma postura abusiva ou com objetivo meramente protelatório. Assim, há probabilidade da hipótese fática do autor e uma defesa infundada, o que não significa uma maior exigência acerca da hipótese fática autoral, mas que a presença de uma defesa abusiva ou protelatória justificam que possa ser dispensada a urgência, permitindo a alteração da distribuição do tempo do processo.

No inciso II, o que se tem é uma exigência acerca das provas necessárias à demonstração das alegações de fato do autor, que seriam apenas as documentais, de forma análoga à existente para a admissão do mandado de segurança, somada com a presença de embasamento em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante. Assim, tem-se a soma de fatos que dependem apenas de prova documental e do suporte jurídico em precedentes vinculantes.

O inciso III atua de forma semelhante, no qual em termos probatórios, exige tão apenas a prova documental *adequada* do contrato de depósito. Assim, o que se requer é a presença de probabilidade da hipótese fática do requerente da tutela provisória, mas que pode ser preenchida apenas por meio da prova documental. Há um recorte cognitivo do que pode ser tido como suporte fático para o preenchimento da tutela da evidência em

---

<sup>775</sup> De forma semelhante: BODART, Bruno V. da Rós. *Tutela de evidência...* cit., p. 115.

hipóteses avaliadas previamente pelo legislador, que optou por considerar que justificariam a alteração da distribuição do tempo do processo mesmo sem a presença da urgência.

O inciso IV é o que tem maior potencial para gerar dificuldades para efeitos de verificação do estândar probatório, por se utilizar de conceitos jurídicos indeterminados e que já possuem uma carga de significação prévia. De acordo com o texto normativo, para a concessão da tutela da evidência, cabe ao autor instruir a petição inicial “com prova documental suficiente dos fatos constitutivos” e o réu não deve ser capaz de opor “prova capaz de gerar dúvida razoável”.

Note-se que não há uma definição do que consiste é prova suficiente, para além da limitação cognitiva em relação às provas documentais. É possível interpretar que se trata da exigência de que haja probabilidade da hipótese fática do requerente a tutela provisória, desde que ela seja obtida por meio de documentos.

A outra dificuldade consiste na definição da incapacidade de o réu opor “prova capaz de gerar dúvida razoável”. Tem-se a utilização de um conceito que é semelhante ao utilizado para impedir a prolação da decisão penal condenatória. Isso ocorre porque, como visto no capítulo 3, para a prolação da decisão penal condenatória, em vários países, exige-se a *prova acima de toda dúvida razoável*. Assim, ao autor da ação penal incumbe a obtenção de uma prova de altíssima probabilidade e ao réu apenas ser capaz de gerar dúvida razoável. Para um processo cível, no art. 311, IV, do CPC, houve a inserção apenas do elemento da dúvida razoável, como uma espécie de estândar probatório a ser alcançado pela defesa para impedir a obtenção do estândar da “prova documental suficiente”.

Do ponto de vista do estândar probatório, é possível compreender que a prova documental *suficiente* consiste na existência de documentos que permitem a obtenção do estândar da probabilidade do direito do autor, que, somado a uma defesa infundada do réu, permitem que seja adiantada a tutela final a despeito da inexistência da urgência. Para o réu, são várias as possibilidades de gerar a dúvida razoável, cabendo a ele alegar a falsidade do documento ou apresenta defesa direta ou indireta devidamente fundada.<sup>776</sup>

---

<sup>776</sup> Importa aqui esclarecer que, ao contrário do que afirma Marinoni, do conceito de prova documental, não decorre necessariamente o fato, como se a única maneira de “negar o fato representado em documento é a alegação da sua falsidade” (MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela da urgência e tutela da evidência...* cit., p. 337). Essa interpretação parece ignorar que o documento, seja ele uma imagem ou texto, é passível de interpretação. O réu pode, sem alegar falsidade ou defesa indireta, indicar que a imagem não comprova os fatos constitutivos do autor.

É possível afirmar que o estândar probatório necessário para a concessão da tutela da evidência não é maior do que o necessário para a concessão da tutela de urgência. *A particularidade que está presente na tutela da evidência é a de que a suficiência probatória alcançada pela hipótese do requerente deve ser consideravelmente melhor do que a do requerido. Em outros termos, o autor deve ter elementos probatórios para que sua hipótese seja tida como provável e, ao mesmo tempo, sua hipótese fática deve ser consideravelmente melhor do que a do réu, tendo em vista que sua defesa deve ser infundada para a concessão da tutela da evidência.*

O patamar de suficiência probatória da hipótese do autor, de um ponto de vista isolado, não precisa ser maior do que aquele exigido para a tutela provisória de urgência. No entanto, a diferenciação entre elas, no que se refere à probabilidade do direito está no elemento comparativo, pois não basta apenas que ela seja provável, mas que a hipótese fática do réu seja comparativamente mais frágil/infundada. Na tutela de urgência, mesmo que as hipóteses divergentes tenham uma probabilidade assemelhada, basta que a hipótese do requerente seja uma pouco melhor, sendo o adiantamento da tutela final justificado na presença do elemento da urgência, elemento não presente na tutela da evidência.

### 5.5.2.3 Constatação da urgência e suficiência probatória

O gênero da urgência, que pode ser subdividido em perigo de dano, risco ao resultado útil do processo e urgência contemporânea à propositura da ação, no que se refere aos estândares probatórios, são mais simples. Isso porque o objetivo aqui não é o de definir no que consiste cada um deles,<sup>777</sup> que são pressupostos autônomos para a concessão da tutela provisória. Uma analogia que pode ser feita é a de que o perigo da demora é suporte fático para a concessão da tutela provisória, assim como são o nexo de causalidade, o dano e a culpa para a configuração da responsabilidade civil. Para essas duas espécies de suporte fático, o propósito dessa tese não é a de identificar no que

---

<sup>777</sup> Sobre o tema, com as devidas indicações bibliográficas, cf.: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Teoria da ação cautelar. In: *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 67-69; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2003, v. 1, p. 141-142; MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória...* cit., versão digital, parte I, tópico II; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto Campos. Ação material e tutela cautelar. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria quinaria da ação*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 582-585.

consistem cada um deles, *mas a suficiência probatória necessária para que eles possam ser tidos como provados.*

Perceba-se que, de certa forma, a análise do perigo da demora existe apenas na análise da tutela provisória de urgência. Não se trata de suporte fático que será obrigatoriamente analisado no momento da decisão de mérito definitiva, sendo um pressuposto que é autônomo e específico da tutela provisória. Embora não se possa afirmar tratar-se de cognição exauriente, visto que muitas vezes a tutela provisória de urgência é concedida antes da citação do réu, a cognição sumária do juiz sobre esse tema não possui um referencial ao qual se reporta, como ocorre em relação à probabilidade do direito. Na tutela provisória de urgência, a cognição é sumária, porque não há o direito ao amplo contraditório, mas, ao mesmo tempo, é uma cognição *final* porque não há obrigatoriamente uma decisão posterior sobre o tema. A sua revogação por eventual decisão final de mérito não ocorre pela revisão do perigo da demora, mas pela substituição da análise quanto à probabilidade do direito, que, em cognição exauriente, substitui a decisão em tutela provisória.<sup>778</sup>

Essa digressão foi realizada apenas para demonstrar que a cognição sobre a urgência é *autônoma* em relação aos demais requisitos para a tutela provisória e mesmo em relação à decisão de mérito definitiva. Ainda assim, por se tratar de pressuposto avaliado necessariamente em conjunto e no mesmo momento da probabilidade do direito, os elementos probatórios que demonstrem o perigo da demora devem atingir um mínimo de suficiência probatória que consiste na probabilidade da hipótese fática.

Em outros termos, *o requerente da tutela provisória deve ser capaz de demonstrar que é provável a situação de urgência.* Por exemplo, em ação que requer a realização de procedimento cirúrgico de urgência negado pelo plano de saúde, em que se alega existir perigo de dano na não concessão da tutela provisória consistente na provável morte do paciente, cabe ao autor trazer elementos probatórios que indiquem ser provável o evento morte em caso de não realização do procedimento denegado. Esse cenário não se altera mesmo nos casos em que há pedido de liminar. A questão é que o perigo da demora, independente da espécie, deve estar relacionado com uma situação fática que

---

<sup>778</sup> O réu pode, no mesmo procedimento, ou mesmo pela via recursal, impugnar o requisito da urgência, no entanto trata-se de uma *possibilidade* que depende da autonomia da vontade da parte. Em não havendo questionamento, não haverá necessidade de reanálise da questão da urgência no momento da decisão final de mérito. A situação é diferente na hipótese da probabilidade do direito, que será necessariamente reanalisada no momento da decisão final de mérito.



seja demonstrada, de forma provável, e que essa situação tornará inútil a tutela final caso haja necessidade de esperar a prévia manifestação da outra parte.

#### 5.5.2.3.1 Compensação entre a urgência e a probabilidade do direito

Em importante obra, Eduardo Fonseca da Costa constatou que a prática cotidiana criou uma ligação de complementaridade entre a probabilidade do direito e a urgência exigidas para a concessão da tutela provisória. Sob esse ponto de vista, esses dois requisitos acabam eventualmente realizando uma compensação mútua, fazendo com que uma situação de uma grande urgência acabe compensando uma probabilidade do direito frágil e vice versa.<sup>779</sup> Por exemplo, nos casos em que há concessão de liminar determinando a internação do autor, apesar da presença de cláusula contratual excluindo a cobertura requerida. Assim, eles acabam sendo analisados em conjunto e os requisitos para a concessão da tutela provisória são considerados de forma global.

A tutela da evidência pura já se encontra prevista expressamente no CPC, mas nada impede que uma tutela provisória requerida de forma genérica, sem estar sob o rótulo da tutela da evidência típica seja concedida pela presença de uma *alta probabilidade* da hipótese fática do autor sem que haja uma urgência relevante. Pela sistemática da eventual compensação entre os requisitos da tutela provisória, trata-se de uma combinação possível. Da mesma forma, é também possível vislumbrar tutelas de urgências extremadas, com uma emergência crítica, em que há concessão da tutela provisória apesar da fragilidade da hipótese fática da parte.

Mesmo que não seja uma situação desejável do ponto de vista da segurança jurídica, trata-se de uma realidade que não pode ser ignorada e precisa ser absorvida pelos *standards* probatórios. Não sem tem, nessas situações, uma alteração do *standard* da decisão final, que permanece o mesmo, mas tão apenas da tutela provisória, que é vocacionada para situações particulares, por implicar um desvio procedimental, sendo uma mudança de menores consequências para a segurança jurídica por ser uma decisão naturalmente instável.

---

<sup>779</sup> COSTA, Eduardo Fonseca da. *O direito vivo das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 147-148. No mesmo sentido, já sob a égide do CPC/2015: COSTA, Eduardo Fonseca da. Comentários ao art. 294. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; NUNES, Dierle; STRECK, Lenio Luiz (orgs.). FREIRE, Alexandre (coord.). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 414-416.

Portanto, os *standards* probatórios indicados nos itens acima são dirigidos para as hipóteses típicas. No entanto, como constatado, o dia a dia do foro revela uma situação consideravelmente complexa, em que os requisitos para a concessão das tutelas provisórias podem ser compensados entre si, com uma possível alteração casuística das suficiências probatórias a serem exigidas.

Inicialmente, importa lembrar que, analiticamente, a probabilidade do direito representa, na verdade, a soma da probabilidade da hipótese fática com a aparência do direito. Assim, eventual representação da obtenção de uma maior probabilidade do direito para efeitos de compensação de uma frágil urgência ocorreria pela junção dos dois requisitos representados pela probabilidade do direito. Para além das hipóteses típicas, é possível vislumbrar a concessão da tutela provisória no caso de presença de uma *alta probabilidade* do direito

Ao se fazer referência à situação contrária, de uma maior urgência, a situação não é tão simples quando observada do ponto de vista dos *standards* de prova. Isso porque quando há compensação por uma maior urgência não é pela melhor corroboração da hipótese fática de sua existência, mas sim pelo grau de irreversibilidade da situação fática, da importância do bem jurídico afetado em caso de não concessão da tutela requerida<sup>780</sup> e, naturalmente, pela maior urgência em si. Dessa forma, a eventual compensação de uma maior urgência em relação a uma menor probabilidade do direito, por exemplo, mediante a simples exigência da inferência para melhor explicação, não requer necessariamente uma maior probabilidade da hipótese fática de urgência, mas sim de que as consequências da não concessão sejam particularmente relevantes e de maior urgência.

## CONCLUSÃO

Após percorridos os cinco capítulos desta tese, parece possível afirmar ser possível e necessária a construção de padrões probatórios com critérios minimamente objetivos, que permitam o devido controle intersubjetivo e adequados ao ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>780</sup> Acerca da urgência: COSTA, Eduardo Fonseca da. *O direito vivo das liminares...* cit., p. 178.

Para que se chegue a essa conclusão, imprescindível a compreensão da importância da adoção de um modelo objetivo dos *standards* de prova, que impõe ao direito probatório o desenvolvimento de instrumentos para a obtenção de uma decisão sobre os fatos que seja o mais racional possível.

O estandar probatório consiste no *grau de suficiência probatória mínima exigida pelo direito, para que uma hipótese fática possa ser considerada provada*, sendo um componente necessário no momento de avaliação dos fatos, por se tratar do critério de decisão sobre a situação de provada ou não de uma determinada hipótese fática. Consoante verificado, trata-se de um elemento que, para além de um interesse teórico, tem aptidão de alterar a forma de julgamento das questões de fato a depender do *standard* probatório exigido.

A sua construção por cada ordenamento jurídico depende de uma valoração dos bens jurídicos em disputa, distribuindo os riscos de erros (falsos positivos e falsos negativos) nas decisões sobre os fatos pelo aumento ou diminuição das suficiências probatórias, decisão essa que deve ser tomada prioritariamente pelo legislador, atuando o Poder Judiciário apenas nos casos de omissão, que é ainda uma situação de prevalência nos países do *civil law*.

No direito brasileiro, esses critérios não foram pré-fixados pelo legislador, impondo a atuação da doutrina e da jurisprudência na construção de critérios objetivos que auxiliem o processo decisório sobre os fatos, a partir dos indicativos normativos traçados pelo direito positivo. Dentro dos limites dessa convenção processual, também é importante destacar a possibilidade da delimitação convencional dos *standard* de prova no direito brasileiro.

Através da atuação da epistemologia, torna-se possível a construção de *standards* objetivos, que permitam um adequado controle intersubjetivo e que levem em conta as consequências das decisões, as pressões normativas de cada ordenamento e o potencial de estabilização decisório.

A experiência estrangeira, seja no *common law*, seja no *civil law*, em especial no segundo caso, aponta no sentido do aumento da preocupação dos países com o desenvolvimento de critérios decisórios para a decisão dos fatos, por meio da alteração legislativa (Itália, Chile e Colômbia) e atuação jurisprudencial (Espanha). Além disso, há indicativos de que a inserção da suficiência probatória pode auxiliar no controle da decisão sobre os fatos.

Com base na experiência estrangeira, foi possível o desenvolvimento de estândares probatórios aplicáveis ao direito brasileiro (*altíssima probabilidade*, *alta probabilidade* e *probabilidade prevalente*), partindo dos critérios desenvolvidos no segundo capítulo, que são distribuídos no ordenamento jurídico a partir da análise das normas jurídicas atinentes a cada decisão, as consequências jurídicas aplicáveis e o potencial de estabilização decisória.

A utilização desses critérios permitiu a construção de estândares probatórios que possam ser aplicados para as decisões condenatórias penais, com uma diferenciação a partir da pena máxima abstrata cominada pelo tipo penal em altíssima probabilidade e alta probabilidade. A alta probabilidade, por sua vez, para além de algumas hipóteses do direito penal, também é a suficiência probatória a ser utilizada nos processos judiciais punitivos não penais (Lei de improbidade administrativa e a Lei Anticorrupção), internação compulsória, as decisões de cassação de mandatos no direito eleitoral e ainda no direito ambiental, nas hipóteses em que o pretensão judicial tem por objeto impugnar a não concessão do licenciamento ambiental ou ainda na hipótese de ocorrer o embargo da atividade quando ela seja concedida com medidas mitigadores que estejam sendo descumpridas. Por sua vez a probabilidade prevalente seria utilizada para as demais hipóteses em que os riscos decisórios devem ser arcados de forma igualitária pelas partes, a exemplo de ações patrimoniais.

No que concerne às decisões com cognição sumária analisadas nesta tese, um pressuposto básico foi a de que a diferenciação não ocorre necessariamente pela alteração da qualidade da decisão, mas pelas restrições quanto ao contraditório. Quanto aos *standards* de prova, a questão se mostrou especialmente complexa no processo penal, tendo em vista a considerável variabilidade de termos utilizados no direito positivo, bem como a quantidade de decisões diferentes que exigem uma análise pormenorizada das hipóteses fáticas da acusação. Propôs-se uma gradação das suficiências probatórias a depender das consequências jurídicas envolvidas em cada uma delas, partindo da decisão de admissibilidade da denúncia ou queixa até as decisões que determinam as prisões cautelares. Do ponto de vista do processo civil, na análise das tutelas provisórias, no que se refere à probabilidade do direito, a hipótese fática do requerente deverá, ao menos ser provável, de acordo com os elementos probatórios disponíveis.

## REFERÊNCIAS

- ABEL LLUCH, Xavier. La dosis de prueba: entre el *common law* y el *civil law*. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 35, 2012.
- \_\_\_\_\_. *La valoración de la prueba en el proceso civil*. Madri: La Ley, 2014.
- ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial*. São Paulo: RT, 2014.
- ACCATINO, Daniela. Atomismo e holismo en la justificación probatoria. *Isonomía*, n. 40, abr.-2014.
- \_\_\_\_\_. Certezas, dudas e propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v. XXXVII, jul./dez.-2011.
- \_\_\_\_\_. Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora? *Revus*, v. 39, 2019, disponível em: <https://journals.openedition.org/revus/5559>, acessado em 22 de janeiro de 2020.
- ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- AGUIAR, Julio Cesar de; MOREIRA, Leandro Lara. Presunção de inocência: panorama internacional e jurisprudência brasileira. *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 102, abr./jun-2018.
- ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2014, p. 146-147.
- AGUILERA GARCÍA, Edgar R.. El concepto de estándar de prueba. *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, v. 4, n. 6, 2008, disponível em: [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx), acessado em dia 06 de fevereiro de 2019.
- \_\_\_\_\_. Jordi Ferrer y la tradición racionalista de la prueba jurídica: una mirada crítica. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 44, abr.-2016.
- ALLEN, Ronald J. Los estándares de prueba y los limites del análisis jurídico. In: VÁZQUEZ, Carmen (coord). *Estandáres de prueba y prueba científica – ensayos de epistemología jurídica*. Madri: Marcial Pons, 2013.
- \_\_\_\_\_. The nature of juridical proof: probability as a tool in plausible reasoning. *The International Journal of Evidence & Proof*, v. 21, (1-2), 2017.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Proceso y república: crítica a las tendencias actuales del derecho procesal*. Lima: Grijley, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Proceso y verdad*. *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 103, jul./set.-2018.

AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: RT, 2015.

ANDRADE, Luiz Felipe da Silva. A inaplicabilidade/revogação do “supertrunfo” do livre convencimento em matéria eleitoral, ante a vigência do Novo Código de Processo Civil. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). *Direito Processual Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ANDRADE NETO, João. O art. 23 da LC nº 64/90 em face do dever de fundamentação no direito eleitoral. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). *Direito Processual Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ANSCOMBE. G. E. M. On brute facts. TWINING, William; STEIN, Alex (ed). *Evidence and proof*. Nova Iorque: New York University Press, 1992.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Princípio da precaução no direito ambiental brasileiro. *Veredas do Direito*, v. 13, n. 27, set./dez.-2016, disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/index>, acesso às 09h do dia 23 de dezembro de 2019.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 259, 2012.

ARAYA NOVOA, Marcela Paz. *El controle ex post de la calidad de los enunciados probatorios en materia penal en Chile. De la epistemología a la praxis*. Tese de Doutorado. Girona: Universidade de Girona, 2016.

ASSIS, Araken de. *Eficácia civil da sentença penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000.

\_\_\_\_\_. *Manual da execução*. 20 ed. São Paulo: RT, 2018.

\_\_\_\_\_. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2015, v. II, t. II.

\_\_\_\_\_. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2015, t. III.

ATAÍDE JÚNIOR, J. R.. Negócios jurídicos materiais e processuais - existência, validade e eficácia - campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. *Revista de Processo*, v. 244, 2015.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. *Teoria da segurança jurídica*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

\_\_\_\_\_. Teoria da prova: *standards* de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. *Revista de Processo*, n. 282, ago.-2018.

AVENA, Norberto. *Processo penal*. 11 ed. São Paulo: Método, 2019, versão digital.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. As condições da ação penal. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. *Correlação entre acusação e sentença*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2019.

\_\_\_\_\_. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 4, n.1, jan./abr.-2018, disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/index>, acessado em 02 de novembro de 2019.

\_\_\_\_\_. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: RT, 2019.

\_\_\_\_\_. Medidas cautelares patrimoniais do processo penal. In: VILARD, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coords). *Direito penal econômico: crimes econômicos e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008, versão digital.

\_\_\_\_\_. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. *Processo penal*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2019, versão digital.

\_\_\_\_\_. Rejeição da denúncia ou queixa e absolvição sumária na reforma do Código de Processo Penal: atuação integrada de tais mecanismos na dinâmica procedimental. *Revista Brasileira de Ciência Criminais*, v. 76, jan./fev.-2009, versão digital.

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

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. *in Temas de direito processual – sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. As presunções e a prova. In: *Temas de direito processual – primeira série*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988

\_\_\_\_\_. Apontamentos para um estudo sobre a reparação do dano causado pelo crime e os meios de promovê-la em juízo. In: *Temas de direito processual – segunda série*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BAYES, John. An Essay towards solving a Problem in the Doctrine of Chances. By the late Rev. Mr. Bayes, communicated by Mr. Price, in a letter to John Canton, M. A. and F. R. S. in *Philosophical Transactions of the Royal Society of London*, v. 53.

BAYON, Juan Carlos. Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano. *Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo*, v. 2, n. 4, 2010, disponível em: <https://revistas.unicartagena.edu.co>, acessado em 25 de julho de 2019.

BENNET, Bryant. M. Clear and convincing proof: appellate review. *California Law Review*, v. 32, n. 1, mar.-1944.

BENTO, Ricardo Alves. *Presunção de inocência no processo penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BERMAN, Mitchell N. Replay. *California Law Review*, v. 99, 2011.

BLACKSTONE, Sir William. *Commentaries on the Laws of England in Four Books*. Notes selected from the editions of Archibald, Christian, Coleridge, Chitty, Stewart, Kerr, and others, Barron Field's Analysis, and Additional Notes, and a Life of the Author by George Sharswood. Philadelphia: J.B. Lippincott Co., 1893, vol. 2, disponível em: <https://oll.libertyfund.org/titles/blackstone-commentaries-on-the-laws-of-england-in-four-books-vol-2/simple>, acessado em 29 de maio de 2019.

BODART, Bruno V. da Rós. *Tutela de evidência*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2015.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. \_\_\_\_\_ . *Júri: do inquérito ao plenário*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, versão digital.

BORGO, Maria Celia Nogueira Pinto e. *Convenções processuais em matéria de prova: interações do autorregramento da vontade das partes e dos poderes instrutórios do juiz no contexto do Processo Civil Democrático*. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2019.

BRANDOM, Robert B. *Tales of the mighty dead – historical essays in the metaphysics of intentionality*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

BRAY, Samuel. Not proven: introducing a third verdict. *The University of Chicago Law Review*, v. 72, n. 4, 2005.

BRINKMANN, Moritz. The synthesis of common and civil law standard of proof formulae in the ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure. *Uniform Law Review*, n. 4, 2004.

BROOK, James. Inevitable errors: the preponderance of the evidence standard in civil litigation. *Tulsa Law Journal*, v. 18, n. 1, 1982.



BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, versão digital.

BUSTAMANTE RÚA, Mónica; PALOMO VÉLEZ, Diego. La presunción de inocência como regla de juicio y el estándar de prueba de la duda razonable em el processo penal. Una lectura desde Colombia y Chile. *Revista Ius et Praxis*, n. 3, 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015.

\_\_\_\_\_. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 2, n.2, 2005.

\_\_\_\_\_. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. O valor mínimo da indenização cível fixado na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, inv. IV, do CPP. *Revista Forense*, v. 406, nov./dez.-2013.

\_\_\_\_\_. Questões processuais no julgamento do Mensalão: valoração da prova indiciária e preclusão para o juiz de matérias de ordem pública. *Revista dos Tribunais*, v. 933, jul.-2013.

\_\_\_\_\_. Os efeitos processuais da audiência pública. *Revista de Direito do Estado*, n. 2, abr./jun.-2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: 1988.

CARBONNEAU, Thomas E. The survival of civil law in North America: the case of Louisiana. *Law Library Journal*, v. 84, 1992.

CARMONA, Carlos Alberto. Negócios jurídicos processuais em matéria probatória: a influência da arbitragem no processo civil judicial brasileiro. In: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo; ABDALLA, Letícia; LESSA NETO, João Luiz. *Negócios jurídicos processuais na arbitragem*. São Paulo: Ciesp, 2017.

CARPES, Arthur Thompsen. *A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil*. São Paulo: RT, 2016.

\_\_\_\_\_. O direito fundamental ao processo justo: notas sobre o modelo de constatação envolvendo as ações de improbidade administrativa. In: COSTA, Guilherme Recena; COSTA, Eduardo José da Fonseca; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coords).

*Improbidade administrativa*: aspectos processuais da lei n. 8.429/92. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CATALANO, Elena Maria. *Ragionevole dubbio e logica della decisione*: alle radici del giusnaturalismo processuale. Milão: Giuffrè, 2016.

CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual*: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Trad. Sergio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

\_\_\_\_\_. *Law, culture and ritual*: disputing systems in cross-cultural context. Nova Iorque: New York University Press, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Trad. de José Casais y Santalo. Madri: Editorial Reus, 1925.

CHIZZINI, Augusto. Konventionalprozess e poteri delle parti. *Rivista di Diritto Processuale*, v.70, n.1, 2015.

CICCHINI, Michael D. Reasonable doubt and relativity. *Washington and Lee Law Review*, v. 76, n. 4, 2019.

CICCHINI, Michael; WHITE, Lawrence T. Is reasonable doubt self-defining? *Villanova Law Review*, v. 64, n. 1, 2019.

CLERMONT, Kevin M. *Standards of decision in Law*. Carolina do Norte: Carolina Academic Press, 2013.

\_\_\_\_\_. Staying faithful to the standards of proof. *Cornell Law Review*, v. 104, 2019.

CLERMONT, Kevin M.; SHERWIN, Emily. A comparative view of standards of proof. *The American Journal of Comparative Law*, v. 50, 2002.

COHEN, L. Jonathan. *The probable and the provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977.

COLOMA, Rodrigo. Dos es más que uno, pero menos que tres. El voto disidente en decisiones judiciales sometidas al estándar de prueba de la «duda razonable». *Política Criminal*, v. 9, n. 18, dez.-2014, disponível em: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_09/n\\_18/Vol9N18A4.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18A4.pdf), acessado em 07 de agosto de 2019.

COSTA, Eduardo Fonseca da. Comentários ao art. 294. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; NUNES, Dierle; STRECK, Lenio Luiz (orgs.). FREIRE, Alexandre (coord.). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017

\_\_\_\_\_. Comentários ao art. 300. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; NUNES, Dierle; STRECK, Lenio; FREIRE, Alexandre. *Comentários ao código de processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. *Garantia: dois sentidos, duas teorias*. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/44-garantia-dois-sentidos-duas-teorias>, acessado em 21 de janeiro de 2020.

\_\_\_\_\_. *Levando a imparcialidade a sério*. Salvador: Juspodivm, 2018.

\_\_\_\_\_. *O direito vivo das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Presunção de inocência civil: algumas reflexões no contexto brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 100, out./dez.-2017.

COSTA, Guilherme Recena. A ambivalência da ação de improbidade administrativa e a sua conformação processual. In: COSTA, Guilherme Recena; COSTA, Eduardo José da Fonseca; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coords). *Improbidade administrativa: aspectos processuais da lei n. 8.429/92*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. Livre convencimento e *standards* de prova. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª ed. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958.

CRUZ, Rogerio Schietti. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

CUERDA RIEZU, Antonio. La prueba de las eximentes em el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación? *InDret – Revista para el análisis del derecho*, n. 2, 2014, disponível em: [www.indret.com](http://www.indret.com), acessado em 04 de abril de 2020.

DAVID, Marian, The correspondence theory of truth. In: Edward N. Zalta (ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2016 Edition), Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/truth-correspondence/>, acessado em 08 de outubro de 2018.

DAMAŠKA, Mirjan R. *El derecho probatorio a la deriva*. Trad. de Joan Picó i Junoy. Madri: Marcial Pons, 2015.

\_\_\_\_\_. *Evaluation of evidence: pre-modern and modern approaches*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

\_\_\_\_\_. Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 121, 1978.

DALIA, Gaspare. *Convincimento giudiziale e ragionevole dubbio*. Padova: Cedam, 2018.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DEI VECCHI, Diego. La prueba judicial como conocimiento: una caracterización poco persuasiva. In: BELTRÁN FERRER, Jordi; VÁZQUEZ, Carmen (coords). *Debatendo com Taruffo*. Madri: Marcial Pons, 2016.

DEI VECCHI, Diego; CUMIZ, Juan. *Estándares de suficiência probatória y ponderación de derechos: una aproximación a partir de la jurisprudência de la Corte Penal Internacional*. Madri: Marcial Pons, 2019.

DEKAY, Michael L. The difference between Blackstone-like error ratios and probabilistic standard of proof. *Law & Social Inquiry*, v. 21, n. 1, 1996.

DELLA TORRE, Jacopo. Il lungo cammino della giurisprudenza italiana sul “oltre ogni ragionevole dubbio”. *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 de junho de 2014, disponível em: <https://www.penalecontemporaneo.it/d/3161-il-lungo-cammino-della-giurisprudenza-italiana-sull--oltre-ogni-ragionevole-dubbio>, acessado em 20 de dezembro de 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DIAS, Jean Carlos. As cadeias prometéticas: ainda o ônus da prova nas ações ambientais. *Revista de Processo*, n. 153, nov.-2007.

*Curso de direito processual civil*. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniel Santos. Processo administrativo tributário: prova por amostragem e distribuição dinâmica do ônus da prova. in *Pareceres*. Salvador: Juspodivm, 2012.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael A. de. *Curso de direito processual civil*. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 2

\_\_\_\_\_;\_\_\_\_\_;\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil*. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2018, v. 2.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, v. 5.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. A verdade como objetivo do devido processo legal. in DIDIER JR., Fredie (org). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III.

EKELÖF, Per Olof. Free evaluation of evidence. TWINING, William; STEIN, Alex (ed). *Evidence and proof*. Nova Iorque: New York University Press, 1992.

ENGEL, Christoph. Preponderance of evidence versus *intime conviction*: a behavioral perspective on a conflict between american and continental european law. *Vermont Law Review*, v. 33, 2009.

ESSEX, Ryan; GOODMAN-DELAHUNTY, Jane. Judicial directions and the criminal standard of proof: improving juror comprehension. *Journal of Judicial Administration*, v. 24, n. 2, dez.-2014.

FANTL, Jeremy; MCGRATH, Matthew. Evidence, pragmatics and justification. *The Philosophical Review*, v. 111, n. 1, jan.-2002.

FARIA, Marcela Kolbach de. Vinculación del juez a las convenciones de las partes em materia de prueba em el nuevo código de processo civil brasileño. In: CAVANI, Renzo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Orgs.). *Convenciones procesales - estudios sobre negocio jurídico y proceso*. Lima: Raguel, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FERDICO, John N.; FRADELLA, Henry F.; TOTTEN, Christopher. *Criminal procedure for the criminal justice professional*. 10ª ed. Nova Iorque: Delmar Cengage, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. As medidas cautelares pessoais no Código de Processo Penal. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. La decisión judicial sobre hechos favorables al acusado (una reflexión crítica sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la insuficiencia de las pruebas de descargo). In: BUJOSA VADELL, Lorenzo-Maeto (Dir.). GONZÁLEZ PULIDO, Irene; REIFARTH MUÑOZ, Walter (Coords.). En torno a la prueba y al proceso. Granada: Comares, 2019.

\_\_\_\_\_. *Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal*. Tese de doutorado. Alicante: Universidad de Alicante, 2004.

FERREIRA, William Santos. Comentários ao art. 371. In: DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno (coords). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

FERRER BELTRÁN, Jordi. La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana. In: VÁZQUEZ, Carmen (coord). *Estandáres de prueba y prueba científica – ensayos de epistemología jurídica*. Madri: Marcial Pons, 2013.

\_\_\_\_\_. *La valoración racional de la prueba*. Madri: Marcial Pons, 2007.

\_\_\_\_\_. Los estándares de prueba en el proceso penal español. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n. 15, 2007, disponível em: <https://www.uv.es/CEFD/15/ferrer.pdf>, acessado em 12 de dezembro de 2019.

\_\_\_\_\_. Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n 36, 2017.

\_\_\_\_\_. Prefácio a la edición en castellano. In: LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal – un ensayo sobre epistemología jurídica*. Trad. Carmen Vásquez e Edgard Aguilera. Madri: Marcial Pons, 2013.

\_\_\_\_\_. Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El *test case* de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. In: PAPAYANNIS, Diego M.; FREDES, Esteban Pereira (eds.). *Filosofía del derecho privado*. Madri: Marcial Pons, 2018.

\_\_\_\_\_. Prolegômenos para uma teoria sobre os *standards* probatórios. Tradução de Daniel de Resende Salgado e Luís Felipe Schneider Kircher. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; KIRCHER, Luís Felipe Schneider (coords). *Altos estudos sobre a prova no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2020.

\_\_\_\_\_. *Prueba y verdad en el derecho*. 2ª ed. Madri: Marcial Pons, 2005.

\_\_\_\_\_. Sobre el deber de motivación de las decisiones probatorias y el juicio por jurados. La sentencia V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua de la corte IDH. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, v. 1, 2020.

\_\_\_\_\_. *Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 4, n.1, jan.-abr.-2018, disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP>, acessado em 17 de setembro de 2019.

FERRER BELTRÁN, Jordi; TUZET, Giovanni. Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali. *Diritto & Questione Pubbliche*, n. 2, dez.-2018.

FERRUA, Paolo. La prova nel processo penale. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 4, n. 1, jan./abr.-2018, disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP>, acessado em 29 de agosto de 2019.

FINKELSTEIN, Michael O.; FAIRLEY, William B. A bayesian approach to identification evidence. *Harvard Law Review*, v. 83, n. 3, jan.-1970.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FORZA, Antonio; MENEGON, Giulia; RUMIATI, Rino. *Il giudice emotivo - la decisione tra ragione ed emozione*. Bolonha: Il Mulino, 2017.

FUSELLI, Stefano. Al di là di ogni ragionevole dubbio: profili logici ed epistemologici. In: INCAMPO, Antonio; SCALFATI, Adolfo (ed) *Giudizio penale e ragionevole dubbio*. Bari: Cacucci Editore, 2017.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência (fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1994.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentários ao art. 190. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Teoria geral do processo – parte geral – comentários ao CPC de 2015*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2019.

GALANTER, Marc. Afterword: explaining litigation. *Law and Society*, v. 9, 1975.

\_\_\_\_\_. *Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change*. Disponível em: <http://marcgalanter.net/Documents/papers/WhytheHavesComeOutAhead.pdf>. Acesso em 09 de maio de 2020.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos*. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

GASCON ABELLÁN, Marina. Concepciones de la prueba. Observación a propósito de “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdade”. *Discusiones: Prueba y conocimiento*, n. 3, 2003.

\_\_\_\_\_. *Los hechos en el derecho*. 3ª ed. Madri: Marcial Pons, 2010.

\_\_\_\_\_. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 28, 2005.

GODINHO, Robson. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015.

\_\_\_\_\_. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015.

GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a social world*. Oxford: Clarendon Press, 1999.

GOMES, Eduardo Biacchi; BULZICO, Bettina Augusta Amorim. A efetividade dos direitos dos cidadãos na proteção ao meio ambiente: a existência de um direito fundamental. *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, nº 181, 2009.

GOMES Luiz Flávio. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. *Revista dos Tribunais*, v. 729, jul.-1996, versão digital.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: Moraes, Maurício Zanoide de; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba*. Disponível em: [https://www.academia.edu/37549075/\\_Es\\_posible\\_formular\\_un\\_est%C3%A1ndar\\_de\\_prueba\\_preciso\\_y\\_objetivo\\_Algunas\\_dudas\\_desde\\_un\\_enfoque\\_argumentativo\\_de\\_la\\_prueba](https://www.academia.edu/37549075/_Es_posible_formular_un_est%C3%A1ndar_de_prueba_preciso_y_objetivo_Algunas_dudas_desde_un_enfoque_argumentativo_de_la_prueba), acessado em 22 de novembro de 2019.

\_\_\_\_\_. Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial. *Quaestio facti (ensayos sobre prueba, causalidad y acción)*. Disponível em: [https://www.academia.edu/24429680/Quaestio\\_facti\\_Ensayos\\_sobre\\_prueba\\_causalidad\\_y\\_acci%C3%B3n](https://www.academia.edu/24429680/Quaestio_facti_Ensayos_sobre_prueba_causalidad_y_acci%C3%B3n), acessado em 13 de dezembro de 2019.

\_\_\_\_\_. Presunción de inocencia, verdad y objetividad. GARCÍA AMADO, Juan Antonio; RAÚL BONORINO, Pablo (coords). *Prueba y razonamiento probatorio en derecho – debates sobre abducción*. Granada: Editorial Comares, 2014.

GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 10, n. 10, 2012, disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20351/14692>, acessado em 03/03/2020.



\_\_\_\_\_. Conceito de prova. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord). *Estudos de direito processual civil* – homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (coord). *Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2013.

GUEDES, Demian. A presunção de veracidade dos atos da administração pública e o processo administração: o dever de fiscalizar provando. *Interesse Público*, n. 35, jan./fev.-2006.

GUERRA, Marcelo Lima. *Prova judicial: uma introdução*. Fortaleza: Boulesis Editora, 2016.

HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. In: VÁZQUEZ, Carmen (coord). *Estandáres de prueba y prueba científica* – ensayos de epistemología jurídica. Madri: Marcial Pons, 2013.

\_\_\_\_\_. *Evidence and enquiry: towards reconstructions in epistemology*: Oxford: Blackwell Publishers, 1993.

\_\_\_\_\_. *Evidence matters: Science, proof and truth in the law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

\_\_\_\_\_. La justicia, la verdad y la prueba: no tan simple, después de todo. In: FERRER BELTRÁN, Jordi; VÁZQUEZ, Carmen (coords). *Debatiendo con Taruffo*. Madri: Marcial Pons, 2016.

\_\_\_\_\_. Proof, probability and statistics: the dangers of << delusive exactness >>. In: *La prueba en el proceso* – II Conferencia internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2018.

\_\_\_\_\_. “Scientific inference” vs. “legal reasoning”? —not so fast! *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, n. 13, jan./dez.-2019.

\_\_\_\_\_. The embedded epistemologist: dispatches from the legal front. *Ratio Juris*, v. 25, n. 2, jun-2012.

- HAAG, Ernest Van Den; REIMAN, Jeffrey. On the common saying that it is better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer: *pro* and *con*. *Social and Philosophy & Policy*, n. 2, 1990.
- HACKINGS, Ian. *The emergence of probability*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- HALL, Daniel E. *Criminal law and procedure*. 6ª ed. Nova Iorque: Delmar Cengage, 2012.
- HARMAN, Gilbert H. Inference to the best explanation. *The Philosophical Review*, v. 74, n. 1, 1965.
- Harvard Law Review Association. Appellate Review in the Federal Courts of findings requiring more than a preponderance of the evidence. *Harvard Law Review*, v. 60, n. 1, nov. 1946.
- HO, Hock Lai. *A philosophy of evidence law: justice in the search for truth*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- HOROWITZ, Irwin. A.; KIRKPATRICK, Laird. C. A concept in search of a definition: the effects of reasonable doubt instructions on certainty of guilt standards and jury verdicts. *Law and Human Behavior*, v. 20, n. 6, dez.-1996.
- HUNTER AMPUERO, Iván. Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta. *Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte*, n. 1, 2015.
- HURLEY, Patrick. *A concise introduction to logic*. 11 ed. Boston: Wadsworth, 2012.
- IGARTUA SALAVERRIA, Juan. Verosimilitud y vs. Prueba (lecciones de uma historia judicial italiana). *Revista Iberoamericana de Argumentación*, n. 13, 2016.
- INGRAM, Jefferson L. *Criminal evidence*. 10ª ed. Ohio: Anderson Publishing, 2009.
- IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, n. 3, v. 1, 2011, disponível em <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/733/1757>, acessado em 21 de janeiro de 2020.
- JARDIM, Afrânio da Silva. O ônus da prova na ação penal condenatória. *Revista de Processo*, n. 47, abr./jun.-1987.
- JOSEPHSON, Susan G. *Abductive inference: computation, philosophy, technology*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.

KAGEHIRO, Dorothy K.; STANTON, W. Clark. Legal vs. quantified definitions of standards of proof. *Law and Human Behavior*, v. 9, n. 2, 1985.

KAHNEMAN, Daniel. *Thinking fast and slow*. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2011, ebook.

\_\_\_\_\_.

KEANE, Adrian; MCKEOWN, Paul. *The modern law of evidence*. 9ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

KERR, Norbert; ATKIN, Robert S.; STASSER, Garold; MEEK, David; HOLT, Robert W.; DAVIS, James H. Guilt beyond reasonable doubt: effects of concept definition and assigned decision rule on the judgments of mock jurors. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 34, n. 2, 1976.

KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2013.

\_\_\_\_\_. O caráter alucinatório da evidência e o sentido da atividade probatória: rompendo com a herança inquisitória e a filosofia da consciência. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (coord). *Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

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

\_\_\_\_\_. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um direito probatório. in KNIJNIK, Danilo. *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6ª ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

LAUDAN, Larry. Aliados extraños: La inferencia a la mejor explicación y el estándar de prueba penal. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, n. 1, 2007, disponível em: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/problema/article/view/25417>, acessado em 06 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. Is it finally time to put “proof beyond reasonable doubt” out to pasture? *The Routledge Companion to Philosophy of Law Routledge*, 21 de março de 2012, disponível em: <https://www.routledgehandbooks.com/doi/10.4324/9780203124352.ch21>, acessado em 12 de novembro de 2019.

\_\_\_\_\_. Is reasonable doubt reasonable? *Legal Theory*, v. 9, n. 4, dez.-2003.

\_\_\_\_\_. *Legal epistemology: the anomaly of affirmative defenses*. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1183363](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1183363), acessado em 31 de março de 2020.

\_\_\_\_\_. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 28, 2005.

\_\_\_\_\_. *The law's flaws: rethinking trial and errors*. Milton Keynes: College Publications, 2016.

\_\_\_\_\_. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Trad. Carmen Vázquez e Edgar Aguilera. Madri: Marcial Pons, 2013.

LAUX, Francisco de Mesquita. Relações entre o princípio da eficiência e as normas sobre prova. *Revista de Processo*, n. 292, jun.-2019.

LE ROUX-KEMP, Andra, Standards of Proof: Aid or Pitfall? *Obiter*, v. 3, n. 10, jan.-2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 13 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LENNON, María Inés Horvitz; MASLE, Julián López. *Derecho procesal penal chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, t. II.

LEONARDO SUAREZ, José. Inferencia razonable, probabilidade de verdade y conocimiento más allá de toda duda razonable. *Revista Principia Iuris*, n. 16, 2011, disponível em: <http://revistas.ustatunja.edu.co>, acessado em 26 de julho de 2019.

LEUBSDORF, John. The surprising history of the preponderance standard of civil proof. *Florida Law Review*, v. 65, 2015.

LILLQUIST, Erik. Recasting reasonable doubt: decision theory and the virtues of variability. *U. C. Davis Law Review*, v. 85, 2002.

LIMA, Matheus Carneiro. *Standards de prova no direito brasileiro*. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2018.

LIPTON, Peter. *Inference to the best explanation*. 2ª ed. Londres: Routledge, 2004.

LOEVINGER, Lee. Standards of proof in Science and law. *Jurimetrics*, v. 32, n. 32, 1992.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, versão digital.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria del derecho ambiental*. México: Editorial Porrúa, 2008.

- LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- LUCCHESI, Guilherme Brenner. O necessário desenvolvimento de standards probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 156, jun.-2019, versão digital.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Procedimento e sanções na lei anticorrupção (Lei 12.846/2013). *Revista dos Tribunais*, v. 947, set.-2014, versão digital.
- LYNCH, Michael P. Introduction: the mystery of truth. in MICHAEL P. Lynch (ed). *The nature of truth: classic and contemporary perspectives*. Cambridge: MIT, 2001.
- \_\_\_\_\_. *What ever happened to the correspondence theory of truth?* Disponível em: <https://uconn.academia.edu/MichaelLynch>, acessado em 08 de outubro de 2018.
- MACCORMICK, Charles Tilford. *MacCormick on evidence*. 3ª ed. Revisor geral Edward W. Clearly. St. Paul: West Publishing, 1984.
- MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2005.
- MACEDO, Charles R.; CAPASSO, Jessica. ‘Clear and convincing’ evidence standard still applies to US patent validity challenges. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2011, v. 6, n. 10.
- MACÊDO, Lucas Buriel de. Antecipação da tutela por evidência e os precedentes obrigatórios. *Revista de Processo*, n. 242, abr.-2015.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Direito ambiental brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *O direito e sua ciência: uma introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MADDISON, David; TONKING, Simon; WAIT, John; ORMEROD, David. *The Crown Court Compendium*, dez.-2018, disponível em: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/06/crown-court-compendium-part1-jury-and-trial-management-and-summing-up-dec2018.pdf>, acessado em 05 de junho de 2019.
- MAFFESSIONI, Behlúa Ina Amaral. *Convenções processuais em matéria probatória e poderes instrutórios do juiz*. Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte: UFMG, 2020.

- MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do *standard* de prova “para além de toda a dúvida razoável no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 156, jun.-2019.
- MCKEOWN, Paul. Commentary - R. v JL [2017] EWCA Crim 621. *Criminal Law Review*, n. 184, 2018.
- MACKONIS, Adolfas. Inference to the best explanation, coherence and other explanatory virtues. *Synthese*, v. 190, n. 6, 2013.
- MARANHÃO, Clayton. *Standards* de prova no processo civil brasileiro. *Revista Judiciária do Paraná*, n. 17, mai.-2019.
- MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela da urgência e tutela da evidência*. São Paulo: RT, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Prova e convicção*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2015.
- MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao código de processo civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2018, v. I.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sergio Cruz. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015, v. 2.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Novo código de processo civil comentado*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2017.
- MARINONI, Marina. Clause probatorie nella pratica commerciale e civile. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 15, n. 1, 1938.
- MCBAINE, J. P. Burden of proof: degrees of belief. *California Law Review*, v. 32, 1944.
- MCCAULIFF, C. M. A. Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence, or constitutional guarantees. *Vanderbilt Law Review*, v. 35, 1982.
- MAUREIRA, Claudio Fuentes. *El manejo de la incertindumbre judicial: la construcción de la duda razonable en el sistema procesal penal*. Disponível em: <https://udp.academia.edu/CFuentes>, acessado em 08 de agosto de 2019.
- MELIM, Mafalda. *Standards* de prova e grau de convicção do julgador. *Revista de concorrência e regulação*, n. 16, out./dez.-2013.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

- MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO. *The civil law tradition*. 3<sup>a</sup> ed. Stanford: Stanford University Press, 2007.
- MEYERS, Alaya B. Rejecting the clear and convincing evidence standard for proof of incompetence. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 87, n. 3, 1997.
- MINNAMEIER; Gerhard. Peirce-suit of truth – why inference to the best explanation and abduction ought not to be confused. *Erkenntnis*, v. 60, n. 1, jan.-2004.
- MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Ônus da prova no direito processual público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; LEAL, Stela Tannure; SOUZA, Thiago Serrano P. Responsabilidade Civil em virtude de doenças associadas ao tabagismo. *Revista Científica Virtual da ESA*, v. 17, 2014.
- MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória* 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: RT, 2019, versão digital.
- \_\_\_\_\_. Comentários ao art. 300. In: DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno (coords). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.
- MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015, v. 2.
- MOLINA, Sebastián Reyes. Presunción de inocência y estándar de prueba en el processo penal: reflexiones sobre el caso chileno. *Revista de Derecho*, v. XXV, n. 2, dez.-2012.
- MONTERO AROCA, Juan. Prova e verdade no processo civil – contributo para o esclarecimento da base ideológica de certas posições pretensamente técnicas. Trad. Glauco Gumerato Ramos. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (coords). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.
- MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- MUÑOZ GARCÍA, Miguel Ángel. *Prolegómenos para una interpretación epistemológica del estándar de prueba en el proceso penal*. Bogotá: Universidad Manuela Beltrán, 2018.
- NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *A prova no tribunal do júri: uma abordagem racionalista*. Salvador: Juspodivm, 2019.

\_\_\_\_\_. *Presunção de inocência, standards de prova e racionalidade das decisões sobre os fatos no processo penal*. Disponível em [www.academia.edu](http://www.academia.edu), acessado em 23 de setembro de 2019.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008.

NIEVA FENOLL, Jordi. La razón de ser de la presunción de inocencia. *InDret*, n. 1, 2016, disponível em: [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1203\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1203_es.pdf), acessado em 06 de fevereiro de 2020.

\_\_\_\_\_. *La valoración de la prueba*. Madri: Marcial Pons, 2010.

NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: RT, 1998.

NOVOA, Marcela Paz Araya. *El controle ex post de la calidad de los enunciados probatorios en materia penal em Chile. De la epistemología a la praxis*. Tese de Doutorado. Girona: Universidade de Girona, 2016.

Nota. Standard and burden of proof in mental commitment and release proceedings, *William Mitchell Law Review*, v. 3, n. 1, artigo 6, disponível em <https://open.mitchellhamline.edu/wmlr/vol3/iss1/6>, acessado em 03 de dezembro de 2019.

NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*. Salvador: Juspodivm, 2018.

OLIVEIRA, Carina Costa de; FERREIRA, Fabrício Ramos; MORAES, Gabriela Garcia Batista Lima; BARBOSA, Igor da Silva. Os limites do princípio da precaução nas decisões judiciais brasileiras em matéria ambiental. *Veredas do Direito*, v. 15, n. 32, mai./ago.-2018, disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/index>, acessado no dia 23 de dezembro de 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Método, 2013.

OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. Comentários ao art. 371. OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre



- Vasconcelos. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença* – comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2016.
- ORMEROD, Hooper David (gen. ed.). *Blackstone's criminal practice*. 22<sup>a</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: RT, 2013.
- PACCELI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2019, versão digital.
- PARDO, Michael. Estándares de prueba y teoría de la prueba. in VÁZQUEZ, Carmen (coord). *Estandáres de prueba y prueba científica* – ensayos de epistemología jurídica. Madri: Marcial Pons, 2013.
- \_\_\_\_\_. The field of evidence and the field of knowledge. *Law and Philosophy*, v. 24, n. 4, jul.-2005.
- PARDO, Michael S.; ALLEN, Ronald J. Juridical proof and the best explanation. *Law and Philosophy*, v. 27, n. 3, mai.-2008.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Relative plausibility and its critics. *The international Journal of Evidence & Proof*, 2019.
- PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de derecho probatório*. 16 ed. Bogotá: Libreria Ediciones del Profesional LTDA, 2007.
- PAULSEN, Leandro. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 4<sup>a</sup> ed. Salvador: Juspodim, 2019.
- PEIXOTO, Ravi; MACÊDO, Lucas Buriel de. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2<sup>a</sup> ed. Salvador: Juspodim, 2016.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Negocios procesales sobre la distribución de la carga de la prueba. In: CAVANI, Renzo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Orgs.). *Convenciones procesales - estudios sobre negocio jurídico y proceso*. Lima: Raguel, 2015.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. *Revista de Processo*, v. 241, mar.-2015.
- PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fundamentação das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2019.

PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Negócios jurídicos processuais sobre presunções*. Salvador: Juspodivm, 2020.

PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto Campos. Ação material e tutela cautelar. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria quinaria da ação*. Salvador: Juspodivm, 2010.

PICINALI, Federico. Can the reasonable doubt standard be justified? A reconstructed dialogue. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, v. XXXI, n. 2, ago.-2018.

\_\_\_\_\_. Is “proof beyond a reasonable doubt” a self-evident concept? Considering the US and the Italian legal cultures towards the understanding of the standard of persuasion in criminal cases. *Sistema Penal & Violência*, v. 2, n. 1, 2010. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/7473>. acessado em dia 15 de junho de 2019.

\_\_\_\_\_. The threshold lies in the method: Instructing jurors about reasoning beyond reasonable doubt. *The International Journal of Evidence & Proof*, v. 19, n. 3, 2015.

PICÓ I JUNOY, Joan. Repensando los pactos procesales probatórios desde las garantías constitucionales del proceso. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 21, n. 1, mai./ago.-2020, disponível em: [www.redp.uerj.br](http://www.redp.uerj.br), acessado em 10 de maio de 2020.

PINILLA, Ana María López. Estándar de la prueba y defensas afirmativas en el proceso penal. Análisis con referencia al caso colombiano y español. *Revista Nuevo Foro Penal*, v. 12, n. 86, naj/jun.-2016.

PINTAÚDE, Gabriel. Acerca da verifobia processual. in MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coords). FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (org). *Processo civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paul: Atlas, 2012.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. A presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos e o mito da inversão do ônus da prova em prejuízo dos administrados. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 54, 2006, versão digital.

PISANI, Andrea Proto. *La tutela jurisdiccional*. Trad. Renzo Cavani *et alli*. Lima: Palestra, 2014.

PITOMBO, Cleunie Valentim Bastos. Licitude da prova obtida por meio da busca e apreensão. In: VILARD, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coords). *Direito penal econômico: crimes econômicos e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008, versão digital.

- POLLASTRI, Marcellus. *A tutela cautelar no processo penal*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atualização de Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, t. I.
- PONZONI, Christian. *Standards de prova no processo civil brasileiro*. Dissertação de mestrado. Porto Alegre: PUCRS, 2020.
- POLI, Roberto. Gli standard di prova in Italia. *Revista de Processo*, n. 280, jun.-2018.
- \_\_\_\_\_. Standard of proof in Italy. . In: TICHÝ, Luboš (ed.). *Standard of proof in Europe*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.
- PONTES, Daniel de Oliveira. A presunção de legitimidade e de veracidade dos atos administrativos e os seus reflexos no processo civil *Revista Síntese – direito administrativo*, n. 155, nov.-2018.
- POSNER, Richard A. An economic approach to the law of evidence. *Stanford Law Review*, v. 51, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Fronteiras da teoria do direito*. Trad. Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo e Pedro Sette-Camara. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- PSILLOS, Stathis. Simply the best: A case for abduction. in KAKAS, Antonis C.; SADRI, Fariba (Ed). *Computational logic: Logic programming and beyond*. Essay in honour of Robert A. Kowalski. Berlim: Springer, 2002, t. II.
- \_\_\_\_\_. Two meanings of 'reasonableness' dispelling the 'floating' reasonable doubt. *The Modern Law Review*, v. 77, n. 5, 2013.
- PUNZI, Carmine. Clausole contrattuali in previsione di future controversie e innovazione finanziaria. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 1, 988.
- RAMOS, Vitor de Paula. As duas faces do erro da decisão sobre os fatos no processo penal, ou quantos culpados absolvidos valem um inocente condenado. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; KIRCHER, Luís Felipe Schneider (coords). *Altos estudos sobre a prova no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- RAMOS, Vitor de Paula. Direito Fundamental à Prova. *Revista de Processo*, v. 224, out.-2013.
- \_\_\_\_\_. O procedimento probatório no novo CPC. Em busca da interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas. In: JOBIM, Marco

Félix; FERREIRA, William Santos (coords). *Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015.

\_\_\_\_\_. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: RT, 2015.

RANGEL, Paulo. *Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, versão digital.

RASMUSSEN, Joshua. *Defending the correspondence theory of truth*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

RASSIN, Eric; EERLAND, Anita; KUIJPERS, Ilse. Let's find the evidence: an analogue study of confirmation bias in criminal investigations. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*, n. 7, 2010.

RAVAGAN, Shamini K. An intermediate standard of proof in serious cases in England and Wales. *Northern Ireland Legal Quarterly*, v. 65, n. 1, 2014.

RAVAGNANI, Giovani dos Santos. *Convenções processuais em matéria probatória no direito processual civil*. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2019.

RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

REDWYANE, Mike. Standard of proof in civil litigation. *The Modern Law Review*, v. 62, 1999.

REYES MOLINA, Sebastián. Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: reflexiones sobre el caso chileno. *Revista de Derecho*, v. XXV, n. 2, dez.-2012.

\_\_\_\_\_. Sobre derecho y la averiguación de la verdad. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 40, 2017.

RIBEIRO, Gustavo. The case for varying standards of proof. *San Diego Law Review*, v. 56, n. 1, 2019.

RIVERA MORALES, Rodrigo. *La prueba: un análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2ª ed. São Paulo: Fórum, 2009.

RODRÍGUEZ, Raúl Carnevali; VAL, Ignacio Castillo. El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente. *Revista Ius et Praxis*, n. 2, 2011.

RUÇO, Alberto Augusto Vicente. *Prova e formação da convicção do juiz*. Coimbra: Almedina, 2016.

SAKS, Michael J.; SPELLMAN, Barbara A. *The psychological foundations of evidence law*. Nova Iorque: New York University Press, 2016.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao código de processo civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. IV.

\_\_\_\_\_. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. I.

SANTOS, Tomás J. Aliste. *Sistema de common law*. Salamanca: Ratio Legis, 2013.

FERREIRA, William Santos; HOLZMEISTER, Verônica Estrella V. Tempo, ideologia e grau de probabilidade nas tutelas de urgência. Requisitos para concessão e métodos de aplicação da correlação probabilidade, riscos, adequação e utilidade. *Revista de Processo*, n. 296, out.-2019.

SCARPARO, Eduardo. Inferência para melhor explicação (IME) e persuasão racional: ferramentas e critérios de adequada valoração probatória. *Revista de Processo*, n. 300, fev.-2020.

SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHITTAR, Domenico Carponi. *Al di là del ragionevole dubbio e oltre: un tentativo di chiarezza sui principi*. Milão: Giuffrè, 2008.

SCHMITZ, Leonardo Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2015.

\_\_\_\_\_. *Raciocínio probatório por inferências: critérios para o uso e controle das presunções judiciais*. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: 2018.

SCHUM, David A. *Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico*. Trad. Orión Vargas V. Bogotá: Orión Vargas, 2016.

SCHWEIZER, Mark. Standard of proof as decision threshold. In: TICHÝ, Luboš (ed.). *Standard of proof in Europe*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.

SCOTT, Robert E; TRIANTIS, George G. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, v. 115, 2006.

SELA, Pedro Luis López; NEGRETE, Alejandro Ferro. *Derecho ambiental*. México: Iure Editores, 2006.

SENA, Michel Canuto de; SILVA, Fernando Moreira Freitas da; MARTINS, Giuliano Máximo; BASTOS, Paulo Roberto Haidamus de Oliveira. Autonomia civil das pessoas com transtorno mental. *Revista de Direito e Medicina*, v. 4, 2019.

SHAPIRO, Barbara. *Beyond reasonable doubt and probable cause: historical perspectives on the Anglo-American Law of evidence*. Berkeley: University of California Press, 1991.

SHERWIN, Emily. Clear and convincing evidence of testamentary intent: the search for a compromise between formality and adjudicative justice. *Connecticut Law Review*, v. 34, 2001-2002.

SICA, Heitor. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: RT, 2017.

SILVA, Ana Paula Rocha Coelho de Figueiredo. *Metarmofoses do conceito de abdução em Peirce. O exemplo de Kepler*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Lisboa: 2007.

SILVA, Beclaute Oliveira. *A cognição no mandado de segurança sob o prisma dialógico de Mikhail Bakhtin*. Tese de Doutorado. Recife: UFPE, 2011.

\_\_\_\_\_. *A garantia fundamental à motivação da decisão judicial*. Salvador: Juspodivm, 2007.

SILVA, Franklin Roger Alves. *Produção probatória defensiva: a possibilidade de exercício da investigação criminal defensiva e a sua repercussão no campo da avaliação dos standards no processo penal*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: UERJ, 2019.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2003, v. 1.

\_\_\_\_\_. Teoria da ação cautelar. In: *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2009.

SILVA, Marcos Rodrigues. Paul Thagard e a inferência da melhor explicação. *Cognitio*, São Paulo, v. 18, n. 1, jan./jun.-2017.

SILVEIRA, Daniel Coutinho da. *Prova, argumento e decisão: critérios de suficiência para orientação dos juízos de fato no direito processual brasileiro*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP, 2011.

SILVEIRA, Marcelo Pichioli da. *Um debate com adeptos do garantismo processual*. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-93-um-debate-com-adeptos-do-garantismo-processual>, acessado em 20 de setembro de 2019.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 46, 2004.

SOBA BRACESCO, Ignacio M.. La predeterminación normativa de los estándares de prueba (um derivado de la seguridad jurídica). *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 21, n. 2, mai./ago.-2020, disponível em: [www.redp.uerj.br](http://www.redp.uerj.br), acessado em 10 de maio de 2020.

SOLAN, Lawrence. Refocusing the burden of proof in criminal cases: some doubt about reasonable doubt. *Texas Law Review*, v. 78, 1999.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos*. Tese de Doutorado. Florianópolis: UFSC, 2010.

STEIN, Alex. *Foundations of evidence law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

STEVENS, Mary. The Precautionary Principle in the International Arena. *Sustainable Development Law and Policy*, Spring/Summer 2002.

STRECK, Lenio Luiz. As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (coords). *Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. Comentários ao art. 371. In: STRECK, Lenio Luiz; CUNHA, Leonardo Carneiro da; NUNES, Dierle (orgs). FREIRE, Alexandre (coord). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SUMMERS, Robert S. Formal legal truth and substantive truth in judicial fact-finding. *in Essays in legal theory*. Londres: Springer, 2000.

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. 16 ed. São Paulo: RT, 2016, v. 2.

TALEB, Nicolas Nassim. *A lógica do cisne negro*. Tradução de Marcelo Schild. São Paulo: Best Seller, 2008.

TARSKI, Alfred. The semantic conception of truth and the foundation of semantics. In: ROTA, Gian-Carlo (ed). *Alfred Tarski – collected papers*. Basel: Birkhauser, 1986, v. 2.

TARUFFO, Michele. Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad. *Discusiones: Prueba y conocimiento*, n. 3, 2003.

\_\_\_\_\_. Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba. *Discusiones: Prueba y conocimiento*, n. 3, 2003.

\_\_\_\_\_. Considerações sobre prova e motivação. In: *Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre processo civil e justiça civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

\_\_\_\_\_. Inferences in judicial decisions about facts. *Revista Ítalo-Española de derecho procesal*. Madri: Marcial Pons, 2018, v. 1.

\_\_\_\_\_. *La prueba de los hechos*. 2ª ed. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madri: Marcial Pons, 2005.

\_\_\_\_\_. O fato e a interpretação. In: *Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre processo civil e justiça civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017

\_\_\_\_\_. Opinioni a confronto. Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio). *Criminalia*, 2009.

\_\_\_\_\_. Rethinking the standards of proof. *The American Journal of Comparative Law*, v. 51, 2003.

\_\_\_\_\_. Statistics: notes about statistical evidence. In: MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz (coords). DOTTI, Rogéria (org). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos – estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: RT, 2017.

\_\_\_\_\_. Tres observaciones sobre “por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan. *DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 28, 2005.

\_\_\_\_\_. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

\_\_\_\_\_. Verdade e processo. In: *Processo civil comparado: ensaios*. Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, t. I.

TINKER, Catherine. State responsibility and the precautionary principle. In: FREESTONE, David, HEY, Ellen (ed). *The precautionary principle and international law: the challenge of implementation*. Haia: Kluwer Law International, 1996.



- TOOBIN, Jeffrey. *American Cryme Story: o povo contra O. J. Simpson*. Tradução de Lucas Magdiel. São Paulo: DarkSide, 2016.
- TORRES, Jorge Laurroucau. Hacia un estándar de prueba civil. *Revista Chilena de Derecho*, v. 39, n. 3, dez.-2012.
- TRENNEPOHL, Terence. O princípio da precaução e a apreciação das provas no processo coletivo ambiental. In: TRENNEPOHL, Terence; TRENNEPOHL, Curt (coords). *Direito ambiental atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- TRENTO, Simone. *As cortes supremas diante da prova*. São Paulo: RT, 2018.
- \_\_\_\_\_. Os standards e o ônus da prova: suas relações e causas da variação. *Revista de Processo*, n. 226, dez.-2013.
- TRIBE, Lawrence. Trial by mathematics. *Harvard Law Review*, v. 84, n. 6, abr.-1971.
- TROUWBORST, Arie. *Precautionary rights and duties of state*. Leiden: Brill, 2006.
- TUCCI, Rogério Lauria. Sentença penal. *Revista de Processo*, n. 23, jul./set.-1981.
- TUZET, Giovanni. Abudction, IBE and standards of proof. *The International Journal of Evidence & Proof*, 2018.
- \_\_\_\_\_. Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification. *Artificial Intelligence and Law*, out.-2018.
- \_\_\_\_\_. *Filosofia della prova giuridica*. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2016.
- \_\_\_\_\_. Legal abduction. *Cognitio*, v. 6, n. 2, jul./dez.-2005, disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/cognitiofilosofia/article/viewFile/13610/10122>, acesso às 12h, do dia 31 de janeiro de 2019.
- \_\_\_\_\_. Usos jurídicos de la abducción. In: AMADO, Juan Antonio García; BONORINO, Pablo Raúl (coords.). *Prueba y razonamiento probatório em derecho: debates sobre abducción*. Granada: Comares, 2014.
- TVERSY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. *Judgment under uncertainty: heuristic and biases*. In: TVERSY, Amos; KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul (eds.). *Judgment under uncertainty: heuristic and biases*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Judgment of and by representativeness. In: TVERSY, Amos; KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul (eds.). *Judgment under uncertainty: heuristic and biases*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- TWINING, William. Debating probabilities. In: TWINING, William; STEIN, Alex (ed.). *Evidence and proof*. New York University Press, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Rethinking evidence*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

- TWINING, William; SCHUM, David; ANDERSON, Terence. *Analysis of evidence*. 2<sup>a</sup> ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- UBERTIS, Giulio. Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio). *Criminalia*, 2009.
- \_\_\_\_\_. Truth, evidence and proof in criminal proceedings. *International Journal of Procedural Law*, v. 4, n. 1, 2014.
- VALENZUELA S., Jonatan. El juez y la prueba: sobre una comprensión del derecho procesal basada en la actividad probatoria. In: VIAL-DUMAS, Manuel; ZORRILLA, David Martínez (coords). *Pensando al juez*. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- VARGAS, Sarah Merçon. *Teoria do processo judicial punitivo não penal*. Salvador: Juspodivm, 2018.
- VARRASO, Gianluca. Ragionevole dubbio e prova delle esimenti. In: INCAMPO, Antonio; SCALFATI, Adolfo (ed) *Giudizio penale e ragionevole dubbio*. Bari: Cacucci Editore, 2017.
- VÁZQUEZ, Carmen. A modo de presentación. In: VÁZQUEZ, Carmen (coord). *Estandáres de prueba y prueba científica – ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis. *Revista de Processo*, v. 251, jan.-2016.
- VIALE DE GIL, Paula A.. *¿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, n. 4, 2014, disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revista-4.php>, acesso às 18h, do dia 29 de dezembro de 2019.
- VITORELLI, Edilson. Raciocínios probabilísticos implícitos e o papel das estatísticas na análise probatória. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 296, nov.-2019.
- VOGT, Fernanda Costa. *Uma teoria da cognição judicial: flexibilização e dinamismo dos fenômenos cognitivos*. Dissertação de mestrado. Rio de Janeiro: UERJ, 2020.
- VOLOKH, Alexander. *N guilty men*. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 146, n. 2, 1997.
- WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial. Santiago: Olejnik, 2019.

- WALTON, Douglas. *Abductive reasoning*. Tuscaloosa: The University of Alabama Press, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Argument evaluation and evidence*. Nova Iorque: Springer, 2016.
- WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: SAFE, 1995.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Perfil, 2005.
- WHITMAN, James Q. *The origins of reasonable doubt: theological roots of the criminal trial*. Londres: Yale University Press, 2008.
- YARSHELL, Flávio Luiz. Antigas e novas reflexões sobre a distribuição do ônus da prova no processo eleitoral. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (coord.). PECCININ, Luiz Eduardo (org.). *Direito Processual Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- ZILIO, Rodrigo López. *Decisão de cassação de mandato: um método de estruturação*. Salvador: Juspodivm, 2019.
- ZIMMER, Alf C. Verbal vs. numerical processing of subjective probabilities. In: SCHOLS, Roland W. (ed.). *Decision making under uncertainty*. 2ª ed. Amsterdã: Elsevier, 1987.
- ZUCKERMAN, Adrian; ROBERTS, Paul. *Criminal evidence*. Oxford: Oxford University Press, 2004.