

# **LIVRE CONVENCIMENTO E STANDARDS DE PROVA**

GUILHERME RECENA COSTA

Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo – Advogado em São Paulo

1. Introdução. 2. Delimitação do tema. 3. Prova e verdade – Premissas teóricas. 4. Livre apreciação da prova e racionalidade do juízo fático. 5. Construção racional dos standards de prova no common law. 6. Inadequação do estado da arte do processo de civil law no que tange aos standards de prova. 7. Notas conclusivas.

## **1. Introdução**

A elaboração de uma “teoria geral” é o resultado de um exercício intelectual de abstração. Por meio desse esforço metodológico são identificadas categorias gerais, comuns a uma série de elementos concretos, no intuito de oferecer uma visão panorâmica e uma explicação coerente de determinado objeto de estudo.

Para que se possa avaliar uma teoria geral – sobretudo no domínio essencialmente problemático do Direito –, devemos tomar em consideração fundamentalmente a sua *utilidade* enquanto síntese e orientação. Uma teoria geral deve ser capaz de fornecer sistematização clara, didática e consistente da matéria, sem, no entanto, pecar pelo excesso de abstração que a torne estéril e desvinculada da prática. *Praxis sine theoria est velut caecus in via; theoria sine praxi est velut currus sine axi.*

A *Teoria Geral do Processo* visa a condensar o fenômeno processual – expondo suas normas estruturantes (devido processo legal); descrevendo, agrupando e classificando seus institutos fundamentais (ação, jurisdição, defesa, coisa julgada etc.); e apontando semelhanças e diferenças existentes entre os diversos “tipos” de processo (segundo, por exemplo, o direito material que lhes dá substância – civil, penal, trabalhista etc.).

Dentre todos os institutos processuais, poucos se oferecem de maneira tão adequada a uma teorização geral quanto o direito probatório.

A matéria transcende o formalismo especificamente jurídico, inserindo-se dentro do problema maior do conhecimento humano e da verdade e, ao mesmo tempo, tratando daquilo que é individual e singular no caso concreto. Por isso, uma *Teoria Geral da Prova* acaba também transcendendo, em certa medida, as fronteiras entre o processo civil e o processo penal, escapando às objeções por vezes feitas à Teoria Geral do Processo *tout court*. Sintomaticamente, o ensino jurídico nos Países de *common law* – em sintonia com sua vocação para o estudo do plano fático e concreto do Direito – dedica ao direito probatório uma disciplina autônoma: ao lado dos cursos de *Civil Procedure* e *Criminal Procedure*, aos alunos é oferecido um semestre especificamente sobre *Evidence* durante a faculdade de Direito.

O presente ensaio visa a oferecer, em tom de homenagem, uma contribuição para a Teoria Geral do Processo, buscando subsídios justamente na experiência dos sistemas anglo-saxões no campo do direito probatório. Trata-se de preocupação com a racionalidade do juízo fático e com o estabelecimento de critérios para a valoração da prova (*standards* de prova) – tema que pode ser enquadrado, por isso, como um capítulo da Teoria Geral da Prova e, de forma mais ampla, da Teoria Geral do Processo. O ensaio propõe que se adote no processo civil brasileiro um *standard* de simples preponderância da prova, sem exigir uma convicção plena do juiz, tal como usualmente é entendida a máxima de livre convencimento, para que se julgue procedente a demanda. Seu propósito terá sido cumprido se puder fomentar no leitor uma reflexão crítica sobre o estado atual da doutrina e da prática forense brasileiras, à luz da comparação com sistemas estrangeiros.

## 2. Delimitação do tema

O Direito Norte-Americano costuma referir o problema da *sufficiency of evidence* ou *measure of persuasion*. Este é descrito, de maneira bastante pragmática, como a questão concernente a saber “quanta prova” deve ser produzida para que seja satisfeito o ônus probatório que recai sobre a parte.<sup>1</sup> Nos litígios civis em geral, o juiz (ou o Júri, instruído então pelo magistrado) deve contentar-se com uma “preponderância da prova” (*preponderance of evidence*) em favor de uma das partes.<sup>2</sup> No

1. Cf. Fleming James Jr., Geoffrey C. Hazard Jr. e John Leubsdorf, *Civil Procedure*, 5ª ed., Nova York, Foundation Press, 2001, §§ 7.14-7.15, pp. 416-417.

2. V., por exemplo, “*Grogan versus Garner*”, 498 U.S. 279, 111 S. Ct. 654, 112 L. Ed. 2d 755 (1991), em que a Suprema Corte estadunidense decidiu que o

outro extremo do espectro, as condenações penais dependem de prova além da dúvida razoável (*beyond reasonable doubt*), para expressar a altíssima probabilidade exigida para a procedência da acusação. Para casos específicos, como a discussão de direitos de paternidade,<sup>3</sup> existe o *standard* da “prova clara e convincente” (*clear and convincing*) ou da prova que seja “clara, precisa e inequívoca” (*clear, precise and indubitable*). Embora comumente designado sob ainda outros rótulos (*clear, satisfactory and convincing; clear, precise and indubitable; clear, cogent and convincing*), gerando certa confusão terminológica, o *standard* situa-se em patamar intermediário e geralmente é traduzido como “muito mais provável do que não” (*much more likely than not*).<sup>4</sup>

Apesar do destaque conferido ao estudo do direito à prova e dos poderes instrutórios do juiz, sobretudo por uma perspectiva constitucional,<sup>5</sup> pouca atenção recebeu na doutrina processual e na jurisprudência brasileiras o tema específico dos *standards* de prova.<sup>6-7</sup> Uma problematização objetiva em torno do *grau de suficiência da prova* exigido para que se

*standard* de *preponderance of evidence* (e não *clear and convincing evidence*), por implicar uma distribuição igualitária dos riscos de erro entre as partes, é aplicável, em princípio, a todos os litígios de natureza civil, a menos que direitos ou interesses particularmente relevantes estejam em jogo.

3. “*Santosky versus Kramer*”, 455 U.S. 745, 102 S. Ct. 1388, 71 L. Ed. 2d 599 (1982).

4. Kevin Clermont, “Procedure’s magical number three: psychological bases for standards of decision”, 72 *Cornell Law Review* 1.119-1.120, 1987 (destacando o debate continuado em torno do significado prático de *clear and convincing evidence*).

5. Sobre a perspectiva constitucional do direito à prova e o tema dos poderes instrutórios na doutrina brasileira, v. José Roberto dos Santos Bedaque, “Garantia da amplitude de produção probatória”, in José Rogério Cruz e Tucci (coord.), *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, São Paulo, Ed. RT, 1999, pp. 168 e ss., e *Poderes Instrutórios do Juiz*, 4ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2009, n. 1.3, pp. 22 ss.

6. A exceção é a obra, publicada em 2007, de Danilo Knijnik, *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*, Rio de Janeiro, Forense, 2007, ns. 1.5-1.6, pp. 16-24 (destacando a importância dos modelos e sua natureza de *quaestio iuris*); ns. 2.2-2.4, pp. 31-45 (desenvolvendo os três modelos da preponderância da prova, da prova clara e convincente e da prova além da dúvida razoável). O próprio autor salienta justamente a “marginalização doutrinária” do tema da prova, que teria como causas seu “caráter refratário ao discurso jurídico”, a “natural tendência ao subjetivismo” no seu estudo e o desprezo da ciência jurídica pelas questões de fato (n. 1.1, pp. 3 e ss.). Antes, ainda do mesmo autor, o ensaio “Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle”, *RF* 353, 2001.

7. Na jurisprudência há uma série de julgados do TRE/SP, todos de relatoria do professor Paulo Henrique dos Santos Lucon, em que os *standards* de prova foram empregados: Recurso 33.286, j. 8.6.2010, *DJe* 22.6.2010; Recurso 32.513, j. 27.5.2010, *DJe* 8.6.2010; Recurso 33.160, j. 27.5.2010, *DJe* 10.6.2010; Recurso

reconheça o pressuposto fático de uma norma jurídica é, em boa medida, estranha ao processo de inspiração continental.<sup>8</sup> Vê-se, por exemplo, que na célebre conferência proferida por Sentís Melendo – em que foram levantados, a título de síntese, os problemas da prova (o que é a prova; o que se prova; quem prova; como se prova; que valor tem a prova; com que se prova; para quem se prova) –, não se tratou, em nenhum momento, da questão *com quanto se considera provada* a alegação sobre os fatos.<sup>9</sup>

Nesse ponto, o desenvolvimento teórico do processo de *civil law* parece engessado pelo apego excessivo à noção vaga de “livre apreciação da prova”. “A prova é liberdade”, diz-se frequentemente, em tom dogmático.<sup>10</sup> A rebelião contra a prova tarifada, inicialmente representada pela *conviction intime* francesa, torna até hoje “suspeito” o debate em torno de parâmetros objetivos ou, pior ainda, probabilísticos para a avaliação da prova. Em geral, a cultura processual continental acaba por assimilar a valoração da prova a uma operação em boa medida arbitrária e acientífica, embora nossas decisões empreguem expressões como “verdade” ou “certeza” para justificar as conclusões alcançadas.

O presente ensaio procurará demonstrar que é necessária uma revisão de paradigma, e, nessa medida, uma reflexão crítica de nossos pressupostos culturais. Primeiramente, para que se possa intentar discutir a valoração da prova sobre bases intersubjetivas, situando critérios externos à convicção do julgador para o controle da racionalidade do juízo fático. Em segundo lugar, para demonstrar o que parece óbvio: é irracional exigir no processo civil comum (isto é, nos litígios de feição patrimonial, típicos dos conflitos societários) qualquer grau de convicção diverso da mera probabilidade preponderante em favor da confirmação de uma hipótese fática.

33.465, j. 15.4.2010, *DJe* 29.4.2010; Recurso 2.053, j. 29.9.2009, *DOE* 6.10.2009, p. 20.

8. A fim de não cometer generalizações injustas, deve-se referir o estudo profundo do tema desenvolvido por Michele Taruffo, *La Prueba de los Hechos*, (original italiano: *La Prova dei Fatti Giuridici*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán), Madri, Trotta, 2002, especialmente pp. 183 e ss., 292 e ss. e 387 e ss. Os *standards* também foram objeto de larga análise pela doutrina escandinava (cujo sistema processual, com alguma imprecisão, pode ser reconduzido ao *civil law*), a que serão feitas algumas referências ao longo do ensaio, e pela doutrina alemã, da qual há uma resenha crítica feita por Gerhard Walter, *Libre Apreciación de la Prueba*, Bogotá, Temis, 1985, pp. 161 ss.

9. Santiago Sentís Melendo, “Naturaleza de la prueba: la prueba es libertad”, *RT* 462/11 e ss., Ano 63, São Paulo, Ed. RT, abril/1974.

10. *Idem*, *ibidem*.

### 3. Prova e verdade – Premissas teóricas

As ideias avançadas neste artigo pressupõem a tomada de posição quanto a algumas premissas teóricas básicas. Trata-se de defender – contra os ataques cétricos dos “pós-modernistas” e as propostas das teorias consensuais ou discursivas – as noções tradicionais de verdade por correspondência e a função demonstrativa da prova judiciária. Com isso, continua-se por vislumbrar a aquisição de conhecimentos empíricos como um dos objetivos do processo, ao qual se volta justamente o procedimento probatório, ainda que se tenha consciência da natureza contextual ou relativa da verdade e dos limites de nossos meios cognitivos. Sem que se compartilhem tais noções parece inviável ou, pelo menos, pouco útil discutir parâmetros objetivos para a valoração da prova.

Desde logo, cabe descartar a radical disjunção entre linguagem e realidade proposta por algumas vertentes ditas “pós-modernistas”. Como bem ressaltado em doutrina, é óbvio que essas teorias não se prestam sequer a explicar a atividade dos *fact-finders* no processo, que pressupõe sempre um mundo além da linguagem (*world beyond language*).<sup>11</sup>

A falibilidade de nossos métodos de apreensão dos fatos também não deve conduzir à adoção de teorias comunicativas, dialéticas ou consensuais da verdade. Estas devem ser rejeitadas, ao menos no âmbito processual. Ainda que o consenso possa produzir resultados satisfatórios no debate quanto a regras ou valores, ele não se presta como método válido para o juízo fático.<sup>12</sup> O consenso quanto aos fatos, antes de atingir a verdade, pode representar distorcidas soluções de compromisso entre

11. Mirjan Damaška, “Truth in Adjudication”, *Hastings Law Journal* 49/290, 1997-1998. Qualificando tal modo de pensar como “inimigo da verdade”, Michele Taruffo, “Verità e probabilità nella prova dei fatti”, *RePro* 154/207 e ss., São Paulo, Ed. RT, 2007 (fazendo referência a críticas que demonstram a substancial inconsistência das teorias ditas pós-modernistas – v., especialmente, nota 6).

12. Não se ignora a artificialidade de uma distinção entre *fato* e *direito*. É sabido que a própria relevância dos fatos no processo depende da norma a aplicar e que a incidência desta, por sua vez, é resultado do preenchimento de seu suporte fático. Além disso, o uso corrente de normas vagas exige uma análise em grande medida ligada aos fatos e particularidades do caso concreto. No entanto, o objetivo da prova, como método para estabelecer os aspectos individuais do caso concreto, geralmente de forma retrospectiva, não se confunde com a formulação de parâmetros e critérios gerais para a tomada de decisões presentes e futuras. Para considerações mais aprofundadas sobre a distinção entre *questões de fato* e *questões de direito*, com amplas referências, v. Guilherme Recena Costa, *Superior Tribunal de Justiça e Recurso Especial: Análise da Função e Reconstrução Dogmática*, dissertação de Mestrado/USP (Orientador: professor Paulo Henrique dos Santos Lucon), 2011, n. 7.3, pp. 172 e ss.

os participantes do discurso.<sup>13</sup> Ademais, a estrutura do processo é, em muitos níveis, incompatível com as teorias consensuais. É revelador, nesse sentido, que o próprio Habermas – talvez o mais influente teórico da “verdade como consenso” – tenha manifestado seu ceticismo quanto à aplicação de sua teoria ao Direito.<sup>14</sup>

É possível e desejável, assim, que a verdade – entendida como a correspondência entre as alegações das partes e os fatos juridicamente relevantes – seja tratada como um dos fins ou escopos do processo. Trata-se de *pressuposto essencial para a resolução de conflitos* por meio de decisões justas (isto é, pela correta aplicação do direito material).<sup>15</sup> Por óbvio, isso não implica afirmar que a prova se reveste de caráter demonstrativo no sentido axiomático-dedutivo, típico das ciências matemáticas. No entanto, não se pode relegar o juízo fático apenas a uma dimensão retórico-persuasiva.<sup>16</sup> Pelo contrário, a decisão quanto aos fatos deve fundar-se, tanto quanto possível, sobre critérios intersubjetivos e racionais quanto à credibilidade e validade de suas conclusões.<sup>17</sup>

13. Mirjan Damaška, “Truth in adjudication”, cit., *Hastings Law Journal* 49/294 e ss.

14. Idem, pp. 295-296, especialmente nota 15.

15. Como parece evidente, as posições jurídicas subjetivas são sempre efeitos de fatos jurídicos (Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, (de 1973), t. IV, Rio de Janeiro, Forense, 1974, p. 209). A incidência de uma norma exige, por isso, a caracterização de seu suporte fático. Admitindo-se, para efeitos didáticos, a redução do raciocínio jurídico a um silogismo, tem-se o suporte fático (hipótese legal, *fattispecie*, *Tatbestand*) como premissa menor e a norma como premissa maior; quando aquele ocorre, esta incide, concluindo por ordenar, permitir ou conferir poder ou competência a um sujeito (Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 3ª ed., Coimbra, Arménio Armado Editor, 1974, p. 22.). A situação de direito material assim descrita – causa de pedir (fato jurídico) e pedido (efeito jurídico pretendido) – constitui o objeto litigioso (*Streitgegenstand*) do processo. Sobre ela recairão as atividades das partes e do juiz nas diversas fases do procedimento (Elio Fazzalari, *Note in Tema di Diritto e Processo*, Milão, Giuffrè, 1957, p. 138), culminando com o acolhimento ou a rejeição, pelo órgão judicial, da pretensão do demandante (e de eventuais pretensões contrapostas formuladas pelo demandado).

16. Ainda que o aspecto retórico domine a atividade dos advogados e das partes no processo, ao narrarem versões essencialmente *parciais* dos fatos, tudo dentro de uma estratégia processual pré-concebida.

17. Michele Taruffo, “Funzione della prova: la funzione dimostrativa”, in *Sui Confini — Scritti sulla Giustizia Civile*, Bolonha, Il Mulino, 2002, pp. 305-328 (concluindo, em síntese, que “a prova judiciária desenvolve uma função demonstrativa enquanto fornece um fundamento cognoscitivo e racional para a escolha que o juiz realiza, individualizando uma versão confiável e verdadeira dos fatos relevantes da causa, e justificando racionalmente tal escolha” – p. 328). Tais critérios e fundamentos de racionalidade apenas reforçam que não há uma correspondência automática

Em síntese, há de se reconhecer a ideia de *contextualidade da verdade*, ou seja, de sua relatividade em razão do contexto.<sup>18</sup> Essa relatividade coloca a “verdade absoluta” com um dos extremos de um espectro, ao qual se coordena funcionalmente o direito probatório.<sup>19</sup> A incerteza inerente ao juízo fático, no processo judicial, deve impulsionar como contrapartida a sua racionalização e a explicitação das escolhas tomadas pelo juiz. O problema, pois, passa ser o de “definir critérios racionais para verdades necessariamente relativas”.<sup>20</sup> É o que se procurará fazer, ainda que em pequena medida, neste ensaio.

#### 4. *Livre apreciação da prova e racionalidade do juízo fático*

A liberdade na apreciação da prova, hoje largamente consagrada nos sistemas de inspiração continental (*intime conviction, freie Beweiswürdigung, prudente apprezzamento*),<sup>21-22</sup> surgiu como reação revolucionária às regras de prova legal tarifada do Antigo Regime. Estas regras, típicas

entre alegações e fatos, ou uma descoberta imediata da verdade, mas, sim, a averiguação de correspondência segundo processos normativos de justificação e inferência (cf. Zenon Bankowski, “The value of truth: fact scepticism revisited”, in *Legal Studies – The Journal of The Society of Legal Scholars*, vol. 1, 1981, pp. 257 e ss.).

18. Michele Taruffo, *La prueba de los Hechos*, cit., n. I.4.3, pp. 74 e ss.

19. Idem, n. III.1, p. 179.

20. Idem, ibidem.

21. No Brasil, v. o art. 131 CPC: “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. Em senso análogo: Alemanha (“§ 286. *Livre valoração da prova*. 1. O Tribunal tem que decidir de acordo com seu livre convencimento levando em consideração o conteúdo do processo e o resultado da realização das provas, para assim considerar uma alegação de fato verdadeira ou falsa. Na sentença devem detalhar-se os motivos sobre a base dos quais se alcançou o convencimento judicial”); Itália (*art. 116 c.p.c.*: “Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti”); Japão (*art. 272 do CCP*, “*Principle of free determination*. When making a judgment, the court, in light of the entire import of the oral argument and the result of the examination of evidence, and based on its free determination, shall decide whether or not the allegations on facts are true”).

22. No *common law* a ideia de *free proof* é bastante diferente. Com efeito, não se trata de construir um sistema refratário a parâmetros objetivos para o juízo fático, mas, sim, apenas de garantir a intangibilidade, salvo erros grosseiros, das conclusões do *fact-finder* (cf. Mirjan Damaška, “Free proof and its detractors”, *American Journal of Comparative Law* 43/346-347, 1995, ressaltando justamente como exemplo dessa diferença, a adoção de *standards* objetivos de suficiência da prova, ao contrário da ênfase colocada sobre a convicção subjetiva pelo *civil law*).

do processo romano-canônico, atribuíam pesos específicos aos meios de prova e determinavam de antemão a prova necessária para a constatação de certos fatos (por exemplo: a prova plena de um fato requeria duas testemunhas; uma testemunha sozinha em nada adiantaria à parte – *testis unus, testis nullus*).

À base da adoção do princípio da livre apreciação, como reação à prova legal, a doutrina costuma apontar duas ordens de motivos.<sup>23</sup> De um lado, a crença de que a análise da prova é essencialmente contextual, impossível de ser aprisionada por regras previamente definidas. Daí a necessidade de conferir liberdade ao julgador. Do ponto de vista epistemológico, no entanto, esta opção é antes uma resignação diante da falta de uma alternativa melhor (*faute de mieux*) do que uma solução que se impõe pelos seus próprios méritos. Acaso se entendesse possível elaborar um método seguro de valoração objetiva da prova, este teria sido certamente preferível, e não poderia ser descartado.

De outro lado, a eliminação da prova tarifada era vista como pressuposto para uma escolha de ordem política: a adoção do Júri no processo penal. Isso possibilitaria a substituição de juízes de carreira – vistos com extrema desconfiança pelos revolucionários – pela participação de pessoas leigas nos julgamentos.

A simples rejeição da tarifação legal e a correlata adoção do princípio da livre apreciação da prova, no entanto, não representam a solução para as dificuldades inerentes ao juízo fático. Deve-se evitar “o maniqueísmo habitual que parte de um imputar a um, [*sistema de apreciação da prova*] o da prova legal, todas as aberrações imagináveis e a outro, o da prova livre, todas as perfeições deste mundo”.<sup>24</sup> A livre apreciação da prova, por si só, tem apenas um conteúdo negativo: excluir a prova tarifada, em que a valoração das hipóteses fáticas se dava com base em operações de peso e conta fundadas em generalizações grosseiras. Ela não revela, por outro lado, *como e dentro de quais limites* se deve desenvolver o juízo fático, carecendo, portanto, de dimensão positiva.

Essa liberdade não é e não pode ser apreciação arbitrária, mas, sim, valoração dentro de *parâmetros racionais objetivos e controláveis*.<sup>25</sup>

23. Mirjan Damaška, “Free proof and its detractors”, cit., *American Journal of Comparative Law* 43/344-345.

24. Juan Montero Aroca, *La Prueba en el Proceso Civil*, 2ª ed., Madri, Civitas, 1998, p. 310.

25. Per Olof Ekelöf, “Free evaluation of evidence”, *Scandinavian Studies in Law* 8/48, 1964.



Bem destaca a legislação espanhola, nesse sentido, que a apreciação do material probatório será feita conforme as *reglas de la sana crítica*, ou seja, conforme regras de experiência e inferências válidas, cujo emprego deve ser devidamente justificado na motivação.

Convém lembrar que ainda se mantêm alguns casos – embora pouco numerosos, se comparados com as *exclusionary rules of evidence* típicas do Direito Norte-Americano<sup>26</sup> – de prova legal.<sup>27</sup> Seja como for, esta já não deve ser hoje identificada com um sistema de prova apriorística, tal qual o conjunto de regras sobre provas plenas e semiplenas do processo romano-canônico. Trata-se apenas de, sabendo que o juízo fático deve ser governado por máximas da experiência, objetivar algumas destas últimas em normas legais.<sup>28</sup> Com isso se busca, em certos campos, reduzir a margem de discricionariedade deixada ao juiz, maximizando a segurança jurídica e evitando distorções cognitivas que tendem a afetar indivíduos, ainda que estes sejam juízes profissionais.

Mais importante, no entanto, é perceber que a livre apreciação cede hoje espaço diante do avanço tecnológico e dos novos meios de prova científica.<sup>29</sup> Exames de DNA, por exemplo, tiveram um impacto revolucionário sobre as demandas de investigação de paternidade, cuja importância é reconhecida pelas próprias regras de direito material.<sup>30</sup> Em tais

26. Rudolph Schlesinger, Ugo Mattei, Teemu Ruskola e Antonio Gidi, *Schlesinger's Comparative Law: Cases, Text, Materials*, 7ª ed., Foundation Press, 2009, pp. 758-759 (destacando que as regras de exclusão de determinados meios de prova servem para garantir a racionalidade da decisão do Júri, evitando que leigos tomem em consideração indevida elementos pouco confiáveis de prova).

27. No Direito Brasileiro persistem certas restrições quanto aos meios admissíveis para a prova de determinados fatos, sendo comumente invocado como exemplo didático o art. 401 do CPC (“A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário-mínimo vigente no País, ao tempo em que foram celebrados”).

28. Juan Montero Aroca, *La Prueba en el Proceso Civil*, cit., 2ª ed., pp. 312-314 (destacando que “as regras legais de valoração da prova não são mais que máximas de experiência que o legislador objetiva, sem deixar que seja o juiz quem determina a máxima de experiência que há de aplicar-se no caso. É dizer, as regras legais de valoração da prova são máximas de experiência legais”).

29. Mirjan Damaška, “Free Proof and its Detractors”, p. 352 ss. (destacando a *scientization of inquiry* e alertando que o processo continental, ao contrário do processo de *common law*, não estaria apto a absorver de modo evolutivo e natural as nascentes provas científicas, mas estaria fadado a uma mudança abrupta e revolucionária).

30. V., nesse sentido, o art. 231 do CC: “Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa”.

casos seria irracional deixar a liberdade de apreciação do juiz conduzir a desfecho contrário ao resultado altamente confiável da prova técnica. Na prática, a decisão judicial – empregando-se o termo com sabida imprecisão – passa a ser meramente “homologatória” de um elemento externo ao processo.

A conclusão parcial a ser retida, portanto, é a de que a evolução de nossos meios cognitivos gradualmente impõe a necessidade de revisão dos paradigmas da prova – sobretudo do princípio do livre convencimento –, revelando uma tendência irreversível em favor da objetivação do juízo fático.

### 5. Construção racional dos standards de prova no common law

O processo é orientado para a solução de conflitos, por meio de decisões que se colocam inevitavelmente em um universo de incertezas – seja porque muitas vezes são controversas as próprias normas jurídicas a aplicar, seja porque, no que aqui interessa, não há certeza absoluta quanto aos fatos relevantes.<sup>31</sup> Destacou-se, bem por isso, a natureza contextual da verdade como ponto de partida do estudo (*supra*, n. 3).

Diferentemente de outras atividades, todavia, o resultado do processo não pode ser incerto. Uma pesquisa científica na área da Medicina, por exemplo, pode apresentar resultados inconclusivos; o juiz, ao contrário, tem de necessariamente decidir em favor de uma das partes. A necessidade de resolver o litígio, de maneira definitiva, é apontada como a nota característica do contexto processual com relação a outros contextos cognitivos.<sup>32</sup> Consagrou-se, em atenção ao escopo de pacifica-

31. O modo como lidamos com esses diferentes tipos de incerteza é, evidentemente, diverso. Embora o sistema pressuponha que o juiz conheça o Direito (*iura novit curia*), não se pode desconhecer certa dose constitutiva ou criativa inerente à atividade de interpretação/aplicação dos textos normativos. Por isso, a fim de garantir estabilidade e previsibilidade na aplicação normativa – isto é, valores ligados ao Estado de Direito e à segurança jurídica –, a organização judiciária institui órgãos de cúpula. A tais tribunais é atribuída a função *objetiva* e *prospectiva* de unificação do Direito (*nomofilaquia*), atuando eles em um plano geral (sobre o tema, v. Guilherme Recena Costa, *Superior Tribunal de Justiça e Recurso Especial: Análise da Função e Reconstrução Dogmática*, cit., §§ 4-5, pp. 67-135.) Já, a incerteza quanto aos fatos é problema que corre sobre eixo inteiramente diverso, inclusive por ser o juízo fático – na maior parte das vezes – retrospectivo e vinculado a dados essencialmente individuais dos *cases and controversies*.

32. Michele Taruffo, “Elementi per un’analisi del giudizio di fatto”, in *Sui Confini – Scritti sulla Giustizia Civile*, Bolonha, Il Mulino, 2002, n. 5, p. 269 (destacando que, enquanto a sequência de estados epistêmicos na busca pela verdade é

ção e resolução de conflitos, a vedação do *non liquet*. Isso significa que “o tribunal tem de resolver o litígio, muito embora não possa resolver a *dúvida*”.<sup>33</sup>

Confrontado com essa realidade, o sistema “busca facilitar a ótima tomada de decisões diante da incerteza. Uma missão central do processo, então, é especificar o grau de certeza ou probabilidade requerido para apoiar uma decisão particular”.<sup>34</sup> Trata-se justamente do problema do *quantum of evidence*; ou, para usar o termo correlato alemão, de *Beweismaße*. Como resposta, ao grau de certeza ou probabilidade requerido para dar apoio a uma decisão atribui-se justamente a denominação de *standard da prova* ou modelo de constatação dos fatos (*standard of proof; measure of persuasion; degree of belief; degree of evidence*).

A parte onerada pela prova deverá, para se desincumbir do encargo, atingir esse patamar mínimo, sob pena de suportar o resultado desfavorável decorrente da falta de confirmação da hipótese fática. As regras sobre o ônus da prova<sup>35</sup> e a medida de suficiência da prova constituem, assim,

tendencialmente infinita no campo do conhecimento científico, o processo impõe que se alcance um desfecho da lide dentro de certo marco temporal, sendo esta “a diferença mais relevante entre conhecimento científico e conhecimento judiciário”).

33. Karl Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 9ª ed., trad. de J. Baptista Machado, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 103.

34. Kevin Clermont, “Procedure’s magical number three”, cit., 72 *Cornell Law Review* 1.117.

35. O processo civil brasileiro conjuga os critérios da *posição* da parte em juízo e da *natureza do fato* a provar para distribuir o ônus da prova. Segundo o art. 333 e seus incisos do CPC, ao autor caberá fazer a prova dos fatos constitutivos de seu direito; ao réu, quando ofereça defesa de mérito indireta, a prova dos fatos impeditivos, extintivos e modificativos daquele direito. As disposições legais seguem, quanto ao ponto, a exposição doutrinária de Chiovenda (*Instituições de Direito Processual Civil*, 2ª ed., vol. 2, trad. da 2ª ed. italiana, São Paulo, Saraiva, 1965, § 45, pp. 374 e ss.). O autor enuncia como síntese: “O autor deve provar os fatos constitutivos, isto é, os fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos; o réu deve provar os fatos impeditivos, isto é, a falta daqueles fatos que normalmente concorrem com os fatos constitutivos, falta que impede a estes produzir o efeito que lhes é natural” (ob. cit., § 45, n. 277, p. 382). Trata-se, em largas linhas, de variante da teoria das normas (*Normentheorie*), decantada por Leo Rosenberg e seguida, em substância, por Micheli: caberá à parte provar os pressupostos fáticos das normas cujos efeitos são por ela invocados (Leo Rosenberg, *La Carga de la Prueba*, trad. de Ernesto Krotoshin, Buenos Aires, EJE, 1996; Gian Antonio Micheli, *La Carga de la Prueba*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Bogotá, Temis, 1985). Essa doutrina destaca a estreita relação do ônus da prova com o direito material. Com efeito, as regras sobre o encargo probatório reagem à situação substancial, o que explica, por exemplo, a influência das presunções legais relativas sobre o objeto da prova no processo.

uma *unidade funcional*,<sup>36</sup> que regula a “distribuição de riscos” quanto ao juízo fático.<sup>37</sup> Ainda que a relação entre ônus da prova e *standard of persuasion* seja fluida e intimamente relacionada, entende-se geralmente que se deve recorrer diretamente às regras de julgamento apenas quando inexista no processo qualquer hipótese sobre os fatos relevantes dotada de um grau mínimo de aceitabilidade.<sup>38</sup>

A pergunta que agora se coloca é: como foram construídos tais modelos no *common law* e por qual razão deve haver diferentes *standards* para diferentes tipos de situações litigiosas? Em grosseira síntese, pode-se responder que o *standard* da prova deve ser consentâneo, nos diversos tipos de litígio, com uma valoração dos interesses em jogo, sobretudo do impacto negativo de uma possível decisão injusta ou de uma variante específica de decisão injusta. O estabelecimento de diversos *standards* de prova tem por função *minimizar os custos* decorrentes de erros esperados na tomada de decisões sobre os fatos (seja para evitar um tipo de erro particularmente gravoso, seja para reduzir, de uma maneira geral, erros igualmente custosos).<sup>39</sup>

A afirmação pode ser aclarada quando se pensa no processo penal. Parece-nos hoje intuitivo e de senso comum que será preferível absolver muitos culpados a condenar um inocente. O correlato princípio da presunção da inocência, a que se vincula a noção de prova *além da dúvida razoável* (*proof beyond reasonable doubt*), é, assim, uma “escolha fundamental de caráter ético”.<sup>40</sup> O processo penal revela-se, nessa medida, *assimétrico* quanto ao valor atribuído ao conteúdo de verdade de suas

36. Klami, Hatakke e Sorvettula, “Burden of proof. Truth or law?”, *Scandinavian Studies in Law* 34/118, 1990. Não por acaso, Gerhard Walter afirma que a ideia de preponderância da prova “tem seu centro de gravidade na teoria do ônus da prova” (*Libre Apresiasión de la Prueba*, cit., § 7, pp. 160-161).

37. José Carlos Barbosa Moreira, “Julgamento e ônus da prova”, in *Temas de Direito Processual – Segunda Série*, São Paulo, Saraiva, 1980, p. 75.

38. Michele Taruffo, *La Prueba de los Hechos*, cit., pp. 301-302, nota 157. Isso explica a possibilidade de julgamento improcedente mesmo nos casos de revelia: por óbvio, não havendo versão alguma oferecida pelo réu sobre o ocorrido, a hipótese avançada pelo autor é, do ponto de vista do processo, a mais provável. Contudo, naqueles casos em que a causa de pedir não for dotada de plausibilidade mínima não há que cogitar de uma preponderância; em tais casos o juiz deverá julgar com base em regra do ônus da prova (art. 333, I, do CPC), rejeitando a pretensão formulada pelo demandante.

39. Kevin Clermont, “Standards of proof revisited”, *Vermont Law Review* 33/469-488. Vermont Law School, 2009, pp. 482-483.

40. Michele Taruffo, “Verità e probabilità nella prova dei fatti”, cit., *RePro* 154, nota 52 e texto que a acompanha.

decisões: não se preocupa em minimizar a quantidade de erros fáticos em geral, mas em evitar, com grande energia, um tipo de erro específico: a condenação injusta (um “falso positivo”).<sup>41</sup>

Essa assimetria não pode ser transplantada, no entanto, para o processo civil – sobretudo quando o objeto litigioso diz respeito a pretensões de cunho eminentemente patrimonial, envolvendo partes substancialmente iguais. Nesse caso, como se procurará demonstrar, a preferência por uma mera *probabilidade prevalente* (*preponderance of evidence*) é a única alternativa racional para o julgador. Isso porque a avaliação dos interesses em jogo é neutra (um falso positivo não é pior que um falso negativo) e o objetivo perseguido deve ser o de minimizar erros *tout court*.

Algumas hipóteses específicas de processos de natureza civil mas que versem direitos individuais de particular importância (v.g., relações de parentesco ou a aplicação de sanções por ato de improbidade administrativa) exigem avaliação intermediária. Em tais casos, uma espécie de decisão equivocada será mais custosa que outra, ainda que essa assimetria não seja tão acentuada quanto aquela identificada no processo penal. Surge, então, a noção de “prova clara e convincente” (*clear and convincing evidence*), identificada com um juízo equivalente ao “muito mais provável do que não”, superior à mera preponderância mas menos exigente que a prova além da dúvida razoável.

Deixando-se, por ora, de lado o problema relativo ao emprego de noções quantitativas de probabilidade na prova judiciária, o *standard* da prova pode ser analiticamente decomposto. Recorre-se, então, a uma função da valoração negativa atribuída às decisões injustas, ou seja, a decisões fundadas sobre uma equivocada percepção dos fatos relevantes. Por “falsos resultados” devem ser entendidos tanto o *falso positivo* (isto é, a errônea procedência ou condenação) quanto o *falso negativo* (isto é, a errônea improcedência ou absolvição).

Esse equacionamento foi traduzido em termos numéricos por alguns doutrinadores. O grau de convencimento exigido para uma condenação – segundo equação empregada, no contexto judicial, primeiro por Kaplan<sup>42</sup> – corresponderá justamente à correlação entre o custo ou

41. Mirjan Damaška, “Free proof and its detractors”, cit., *American Journal of Comparative Law* 43/355, e “Truth in adjudication”, cit., *Hastings Law Journal* 49/305.

42. J. Kaplan, “Decision-making theory and the factfinding process”, *Stanford Law Review* 20/1.072 e ss., 1968; Klami, Hatakke e Sorvettula, “Burden of proof. Truth or law?”, *Scandinavian Studies in Law* 34/133 (partindo da mesma fórmula).

desvalor atribuído a um falso negativo e o custo ou desvalor atribuído a um falso positivo. Graficamente, a fórmula pode ser assim representada (onde o *standard* de prova será maior que a probabilidade resultante da operação com a fração em que “DFNeg” representa o desvalor atribuído a um falso negativo e “DFPos” é o desvalor atribuído a um falso positivo):

$$\text{Standard} > \frac{1}{1 + \frac{\text{DFNeg}}{\text{DFPos}}}$$

Retomemos os exemplos dados acima, para colocar em prática a equação. Viu-se que no processo penal, em razão de uma escolha ética, o princípio da presunção de inocência traduz a noção de que um falso positivo (isto é, a condenação de um inocente) é muito pior que um falso negativo (isto é, a absolvição de um culpado). Sobrelevam, em outras palavras, os interesses do acusado – liberdade, propriedade, honra – sobre os interesses da sociedade na aplicação da pena e na prevenção (geral e especial) do ilícito. Ilustrativamente, em uma escala de custos ou de desvalor de 0 a 100, poder-se-ia afirmar que a primeira hipótese (errônea absolvição) enseja um custo social de 10, enquanto a segunda (errônea condenação) implica um desvalor de 100. A atribuição numérica é, por óbvio, em alguma medida arbitrária; no entanto, o próprio jargão comum costuma enunciar que condenar 1 inocente será tão ou mais grave que absolver 10 culpados. Da fórmula exposta resultaria, então, valendo-se de tais variáveis, um *standard* mínimo a exigir uma probabilidade representada matematicamente por 90,9%. Este número – ainda que de forma meramente ilustrativa – se pode facilmente associar à ideia de prova *além da dúvida razoável*.

Já, no caso do processo civil comum, isto é, de natureza acima de tudo patrimonial (*e.g.*, os processos societários envolvendo conflitos entre acionistas), não há diferença quanto ao desvalor atribuído a um resultado injusto. Nas demandas buscando indenização em razão de quebra contratual, por exemplo, tanto a improcedência (decorrente da falta de prova do inadimplemento, que, no entanto, efetivamente se verificou) quanto a procedência (apesar do efetivo cumprimento, que, contudo, não foi demonstrado pelos elementos dos autos) errôneas geram desvalor idêntico. Do ponto de vista do custo social, cada 1 Real pago em contraste com o direito material pelo réu equivale a 1 Real de prejuízos não indenizados ao autor – inexistente, aqui, prevalência de

interesses. A utilizar uma escala numérica, há de se atribuir, portanto, a mesma intensidade para ambas as hipóteses.<sup>43</sup> O resultado, aplicando-se a fórmula de Kaplan, será, como racionalmente se poderia esperar, 50%. Ou seja: basta uma probabilidade prevalente (acima de 50%) para que o litigante se sagra vitorioso, porquanto essa será a solução ótima do ponto de vista da minimização de erros e custos associados à falibilidade do juízo fático.<sup>44</sup>

Por óbvio, o formalismo da equação simplifica o problema em demasia. Outros fatores podem influenciar a definição dos mecanismos ligados ao controle do juízo fático. Assim, por exemplo, são também variáveis que devem ser devidamente sopesadas a possibilidade de produção da prova pelas partes, a finalidade subjacente às normas de direito material aplicáveis e, ainda, a consequência da decisão sobre a esfera jurídica das partes.<sup>45</sup> No entanto, parece que há outros mecanismos mais adequados, para contornar tais obstáculos, do que a instituição de outra medida de suficiência da prova. Assim, por exemplo, para contornar a *probatio diabolica* lança-se mão da técnica da dinamização do ônus da prova, sem que se tenha de alterar o respectivo *standard*. Esta consiste “na superação, pelo juiz, das regras legais sobre o ônus da prova, de modo a fazer recair o encargo de comprovar determinado fato sobre a parte que tem mais facilidade na produção da prova, embora não estivesse ela inicialmente onerada”.<sup>46</sup> Ademais, o próprio direito material prevê

43. Por exemplo, 10 e 10, 20 e 20 ou 30 e 30. Aqui, pouco importa o valor nominal, pois se trata de grandezas relativas de uma escala predeterminada (de 0 a 100) e não se exige que a soma dos números tenha um resultado constante. O que é importante é que, não havendo motivo para privilegiar o autor ou o réu, o valor seja idêntico.

44. Conforme, amplamente, David Kaye, “The limits of the preponderance of the evidence standard: justifiably naked statistical evidence and multiple causation”, *American Bar Foundation Research Journal* 488/496 e ss. especialmente, 1982 (comparando a preponderância da prova com a *expected value rule* e concluindo por ser aquela a melhor forma de minimizar erros).

45. Klami, Hatakke e Sorvettula, “Burden of proof. Truth or law?”, *Scandinavian Studies in Law* 34/138 e ss. (destacando os diversos fatores e propondo um modelo para sua definição hierárquica – *analytic hierarchy process*).

46. Paulo Henrique Lucon e Guilherme Recena Costa, “Formalismo processual e dinamização do ônus da prova”, in Daniel Mitidiero e Guilherme R. Amaral (orgs.), *Processo Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*, São Paulo, Atlas, 2012, especialmente n. 4 (expondo os pressupostos que autorizam a dinamização – isto é, a especificidade da situação e a igualdade das partes – bem como o modo pelo qual esta deve ocorrer – mediante decisão prévia que oportunize à parte por ela onerada a produção da prova).

uma série de presunções que alteram o encargo de provar no processo, promovendo, com isso, finalidades subjacentes às suas normas.

#### 6. *Inadequação do estado da arte do processo de civil law no que tange aos standards de prova*

Como já dito (*supra*, n. 2), o tema dos *standards* de prova é em larga medida desconhecido no processo civil brasileiro. Intrigantes estudos comparativistas sugerem – sem que, no entanto, com a generalização não se incorra em alguma imprecisão<sup>47</sup> – que o *civil law* como um todo é refratário a esse tipo de indagação. A falta de devida teorização, associada à possível primazia conferida a escopos processuais diversos, conduziria à aplicação irrefletida de um *standard* particularmente alto (assemelhado à prova além da dúvida razoável e referido genericamente sob o rótulo da *intime conviction* francesa) para todos os litígios, inclusive os civis. Segundo tais ensaios, os processualistas continentais “acreditam que eles estão aplicando um *standard* unitário de ‘verdade’. Esta crença, mesmo que ilusória, retira a sua atenção de questões de prova e os impede de desenvolver estratégias para administrar a incerteza”.<sup>48</sup>

Em boa medida, a crítica formulada por Clermont e Sherwin é fundada. Será certamente correto reconhecer a falta de teorização adequada sobre o tema dos *standards* em alguns sistemas processuais do *civil law*. Já se mencionou, ao propósito, a escassez de seu trato no Brasil. Por sua vez, a “indiferença” dos juristas franceses com relação ao tema da prova foi apontada por ninguém menos que René David, que a atribuiu à importância desmesurada conferida ao princípio da convicção íntima (*principe d'intime conviction*).<sup>49</sup>

47. Michele Taruffo, “Rethinking Standards of Proof”, p. 659 ss. (criticando o ensaio de Clermont & Sherwin ao nele identificar três principais inconsistências: uma falácia reducionista, uma falta de informações específicas adequadas e um grupo de inadequações teóricas. Este autor reconhece, contudo, que a tese central do ensaio – de que nos litígios civis os juízes devem aplicar um *standard* de prova baseado na preponderância de prova ou na probabilidade prevalente – é fundada).

48. Kevin Clermont e Emily Sherwin, “A comparative view of standards of proof”, *The American Journal of Comparative Law* 50-2/263, American Society of Comparative Law, 2002 (no original: “Civilians believe they are applying a unitary standard of ‘truth’. This belief, even if illusory, deflects their attention from the questions of proof and prevents them from developing strategies for management of uncertainty”). V., ainda, Kevin Clermont, “Standards of proof revisited” cit., *Vermont Law Review* 33, *passim*.

49. René David, *French Law: its Structure, Sources, and Methodology*, trad. de Michael Kindred, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1972, p. 147 (criti-



Em geral, a ineficácia dos precedentes como fontes de Direito no *civil law* conduziu à preservação da pureza do ideal de liberdade na apreciação da prova, porquanto não se formaram claramente *standards* sobre a adequação do juízo fático.<sup>50</sup> Ou seja: não se desenvolveu, no âmbito recursal, a ideia dos *standards*, mas meramente uma vaga noção de racionalidade que prestigia a convicção íntima do julgador. Uma aproximação com esse viés excessivamente subjetivo ao tema da apreciação da prova – focada na íntima convicção do julgador – conduzirá inevitavelmente a uma espécie de *black box*, impermeável a qualquer sindicância.<sup>51</sup>

Contudo, outros setores da doutrina continental – sobretudo na Alemanha – enfrentaram diretamente nosso tema. Em sua clássica obra sobre a livre apreciação da prova (*freie Beweiswürdigung*), Gerhard Walter distinguiu três modelos diversos de constatação de fatos.<sup>52</sup> O primeiro é o *modelo da convicção da verdade* – a exigir firme convicção pessoal do juiz ou probabilidade próxima da certeza. Trata-se do enfoque tradicional emprestado ao princípio da livre apreciação da prova, adotado, com algumas particularidades, pelos vários sistemas processuais de *civil law*. O segundo é o *modelo de controle por terceiros*, por meio do qual o essencial é que outra pessoa – outro juiz ou qualquer pessoa razoável – possa alcançar o mesmo juízo fático, aprovando, assim, fictamente a conclusão. O terceiro é um modelo de preponderância – segundo o qual basta uma probabilidade prevalente para embasar o juízo fático nos litígios civis. Trata-se justamente do modelo discutido neste ensaio.

Para Gerhard Walter a teoria da probabilidade preponderante não seria aceitável na Alemanha. Após passar em revista os argumentos de seus defensores, conclui pela sua incompatibilidade com o § 286 da *ZPO* e combate veementemente o *standard da preponderância da prova* enquanto forma de “redução geral do módulo da prova” no processo civil. Para ele, a teoria teria um ponto de partida inadequado, seria de realização duvidosa e geraria efeitos negativos sobre o ordenamento como um todo.<sup>53</sup>

cando que o princípio da íntima convicção, tal como concebido em França, diminui a importância de variadas questões probatórias).

50. Mirjan Damaška, “Free proof and its detractors”, cit., *American Journal of Comparative Law* 43/345.

51. Michele Taruffo, “Rethinking the standards of proof”, *American Journal of Comparative Law* 51/667, 2003.

52. Gerhard Walter, *Libre Apreciación de la Prueba*, cit., § 6, pp. 166-167.

53. Idem, § 8, pp. 194-211.

Quanto ao ponto de partida da teoria da preponderância da prova, afirma Walter que, se todo juízo não passasse de um balanço de probabilidades, então, não haveria sentido em a lei falar de “verossimilhança”, “probabilidade” e “plausibilidade” em diversos contextos específicos, em contraponto à regra geral da plena convicção. Ademais, ao recorrer à probabilidade, renunciar-se-ia à convicção de verdade que deve nortear o juiz. Voltando sua atenção para o plano da efetiva realização do *standard*, aduz que seria impossível constatar objetivamente valores – seja de certos meios de prova (v.g., a credibilidade de uma testemunha), seja da prova como um todo. A empreitada seria, assim, inexequível. Por fim, no que tange aos seus efeitos, a teoria seria de pouco valor, por admitir uma enorme série de exceções e, acima de tudo, por subverter o ordenamento jurídico ao permitir que demandas infundadas sejam julgadas procedentes, afetando a moral jurídica do povo e banalizando as facilitações excepcionais da prova. Para o autor, ao invés de se propugnar por um critério geral de preponderância, deve-se identificar grupos de casos em que se deve “reduzir o módulo da prova” ou inverter o ônus de provar. Nas suas palavras: “Somente enquanto se tenha de estimar justificada a necessidade de reduzir o módulo da prova nestes fenômenos, dever-se-ia admiti-los como exceções ao princípio da convicção da verdade”.<sup>54</sup>

Que juízo se deve fazer de tais considerações?

Em primeiro lugar, parece confirmar-se que, no atual estado da arte do processo civil de *civil law*, o juiz haveria de se guiar por mais que uma mera preponderância de provas. Em teoria, a liberdade de convencimento significaria que nenhum modelo vincula o juiz, não sendo possível igualar o modelo de constatação dos fatos no *civil law* com a prova *beyond reasonable doubt* do *common law*.<sup>55</sup> No entanto, na prática, a posição examinada de Walter revela que a noção de uma simples probabilidade prevalente é vista como medida demasiadamente frágil para embasar a convicção do juiz, mesmo nos feitos civis. Segundo a doutrina majoritária, o § 286 da ZPO exigiria uma probabilidade elevada (*hohe Wahrscheinlichkeit*), o que acaba por aproximar e confundir os *standards* utilizados no processo civil e no processo penal.

Em reforço dessa constatação, pode-se aduzir a prática francesa da *partie civile*. Esta consiste na intervenção de uma parte privada em um feito penal, buscando obter, ali, compensação pecuniária pelos pre-

54. Idem, § 8, p. 206 (realizando, adiante, um estudo de grupos de casos aos quais se deve aplicar a redução do módulo da prova – § 10, pp. 229 e ss.).

55. Michele Taruffo, “Rethinking Standards of Proof”, p. 666.

juízos causados pelo mesmo ato que é objeto de persecução criminal.<sup>56</sup> A reunião de demandas e o julgamento conjunto demonstram que o juiz forma uma convicção única sobre o *thema probandum* – sem distinção, portanto, entre os graus de prova utilizados no processo civil e no processo penal.<sup>57</sup>

Como já visto (*supra*, n. 5), no entanto, exigir alta probabilidade – ou qualquer probabilidade acima daquela representada pela preponderância de provas – é uma solução contraproducente. Por óbvio, admitir a simples preponderância de prova como *standard* não implica renunciar à busca pela verdade no processo, mas apenas ter ciência dos limites cognitivos inerentes ao contexto processual (*supra*, n. 3). Deve-se lembrar que a exigência de “convicção” do juiz continental, segundo alguns doutrinadores, pretende meramente conferir legitimidade – ou uma impressão de legitimidade – à atividade judicial.<sup>58</sup> A íntima convicção que modula o livre convencimento não serve, assim, aos propósitos de um juízo verdadeiramente racional e orientado para a verdade, não passando de boa dose de formulação verbal.

A escolha efetuada pela tradição processual de *civil law* será, portanto, se infundadas também as demais críticas de Walter, inadequada para atingir o objetivo de resolução justa dos conflitos. Cumpre, então, passar suas objeções em revista.

56. Sobre a cumulação da demanda civil no processo penal (*partie civile*), v. Rudolph Schlesinger, Ugo Mattei, Teemu Ruskola e Antonio Gidi, *Schlesinger's Comparative Law: Cases, Text, Materials*, cit., 7ª ed., pp. 855 e ss.

57. Kevin Clermont, “Standards of proof revisited”, cit., *Vermont Law Review* 33/471; Kevin Clermont e Emily Sherwin, “A comparative view of standards of proof”, cit., *The American Journal of Comparative Law* 50-2/263-264 (nota 92).

58. Essa a hipótese avançada por Kevin Clermont, “Standards of proof revisited”, cit., *Vermont Law Review* 33/472-473 (afirmando: “O *civil law* busca os benefícios legitimantes do mito de que seus juízes agem apenas sobre a base de fatos verdadeiramente verdadeiros e não sobre meras probabilidades”). Parece ela encontrar confirmação nos argumentos desenvolvidos em favor da manutenção do *standard* da *convicção de verdade* por Gerhard Walter, *Libre Apreciación de la Prueba*, cit., § 8, pp. 194 ss. (afirmando que “um sistema bem ordenado, que exija para o reconhecimento de uma pretensão, em princípio, a prova plena de seus pressupostos e que se contente apenas excepcionalmente – tanto em formulações processuais como em formulações de direito material – com requisitos menores, se veria sacudido em suas fundações se se generalizasse essa aceitação da probabilidade preponderante. Não somente o temor prático de que se estendam as pretensões por responsabilidade, mas também objeções de ordem ético-jurídica se opõem a que uma pretensão seja reconhecida somente por ser preponderantemente provável” – pp. 210-211).

Para Walter, se todo juízo não passasse de um mero balanço de probabilidades, então, não haveria sentido em a lei falar de “verossimilhança”, “probabilidade” e “plausibilidade” em diversos contextos específicos. A afirmação é infundada. Não se deve confundir a noção de uma *probabilidade preponderante* como critério racional de julgamento com a noção de *verossimilhança* no campo das tutelas sumárias ou da apreciação de outros fatos acessórios (e.g., a admissibilidade de uma testemunha como fonte relevante de prova).

Como já demonstrou Michele Taruffo, traduzir o ambíguo vocábulo alemão *Wahrscheinlichkeit* sempre por *verossimilhança* constitui equívoco que confunde esta acepção do termo com aquela que lhe é mais importante e frequente – equivalente à noção de *probabilidade*.<sup>59</sup> A *verossimilhança* diz respeito à plausibilidade das alegações, segundo critérios daquilo que usualmente acontece; a *probabilidade*, por sua vez, tem a ver com o grau de confirmação de uma hipótese à luz das provas dos autos. Aquela, como se vê, é aplicável aos casos de limitação da cognição e da participação das partes na tomada de uma decisão (tutela sumária); esta, ao juízo fático do processo, entendida a verdade dentro dos limites desse contexto.

A objeção de que o *standard* da preponderância não é aplicável, na prática, porquanto não se poderia medir matematicamente o valor da prova, é mais séria, e merece maior reflexão. No entanto, parte ela de uma concepção demasiadamente restritiva de *probabilidade*, que não pode ser compartilhada.

Em primeiro lugar, deve-se sublinhar a existência de casos em que o apelo à *probabilidade* em configuração estatística (*naked statistical evidence*) é a única forma de angariar elementos de convicção no processo. Pode-se invocar, nesse sentido, o paradigmático caso “*Sindell versus Abbott Laboratories*”.<sup>60</sup> Nesse litígio a demandante demonstrara que sua mãe havia consumido determinado produto farmacêutico. Soube-se anos

59. Michele Taruffo, *La Prueba de los Hechos*, cit., pp. 183 ss. (distinguindo *verossimilhança* e *probabilidade*, nos termos que foram resumidos no texto). Na obra *A Verossimilhança no Processo Civil e sua Aplicação Prática* (São Paulo, Ed. RT, 2009), Daisson Flach, embora refutando uma distinção nítida entre *verossimilhança* e *probabilidade* tal como proposta no texto, ao identificar certa sinonímia “aceitável” entre os termos (pp. 66-73), propõe interessante concepção da *verossimilhança* como “conceito integral com função decisória” a orientar as tutelas sumárias (pp. 128-140) e como modelo de constatação auxiliar do *standard* da prova de referência (pp. 122-123).

60. 26 Cal. 3d 588, 163 Cal. Rptr. 132, 607 P.2d 924 (1980).

depois que o produto causara danos aos filhos das mães que o haviam ingerido durante a gravidez – situação na qual se encontrava justamente a demandante, que, por isso, pedia indenização. No entanto, não lhe foi possível confirmar qual laboratório havia fabricado as cartelas específicas adquiridas por sua mãe, até porque em muitos casos o remédio era vendido sob denominação genérica. A demanda foi ajuizada, então, contra as várias indústrias que fabricavam a droga à época do consumo. Em primeira instância a ação foi rejeitada, devido à circunstância de que a demandante não havia identificado qual companhia havia produzido a dosagem específica em questão. Em grau de recurso, no entanto, a Suprema Corte da Califórnia reformou a sentença; utilizou, então, raciocínio essencialmente estatístico para condenar as litisconsortes passivas – cada empresa foi responsabilizada na medida de suas vendas e participação de mercado na região à época do evento.<sup>61</sup> O recurso à *naked statistical evidence*, em tal caso, parece ser justificável, desautorizando a rejeição, pura e simples, de todo e qualquer uso de probabilidade estatística no processo judicial.

Seja como for, deve-se ter em mente que as concepções de probabilidade não se limitam a versões quantitativas ou estatísticas (utilizáveis, como visto, apenas em casos excepcionais). Inegável que, não obstante o grande prestígio de que gozam as construções quantitativas na doutrina de *common law* e da Escandinávia (sobretudo aquelas de índole subjetiva – v.g., o Teorema de Bayes ou o *evidentiary value model*), estas teorias se sujeitam a uma série de críticas. Seria despropositado e até mesmo inviável reproduzir, aqui, considerações desse gênero – como a desvinculação de tais fórmulas dos elementos concretos de prova, diante de seu apego a probabilidades recolhidas no passado (*prior probabilities*), ou a ausência das quantificações de partida do cálculo na maior parte dos casos.<sup>62</sup> O argumento central em favor da adoção de um *standard* de probabilidade preponderante não é este, mas, sim, o de que o grau de confirmação de uma hipótese à luz das provas dos autos pode ser aferido sem o (quicá inviável) rigor matemático das teorias quantitativas. Foram amplamente desenvolvidos, nesse sentido, outros métodos, fundados

61. Há ampla literatura na doutrina norte-americana sobre o caso. Para uma descrição e análise completa, bem como ulteriores referências, cf. David Kaye, “The limits of the preponderance of the evidence standard: justifiably naked statistical evidence and multiple causation”, cit., *American Bar Foundation Research Journal* 488/489 ss. e notas.

62. Para uma ampla resenha das críticas, v. Michele Taruffo, *La Prueba de los Hechos*, cit., pp. 190 e ss.

na probabilidade lógica e na *fuzzy logic*, por exemplo.<sup>63</sup> Partindo dessa perspectiva, é viável acolher a hipótese fática com base na probabilidade lógica prevalecente.

Afora isso, ainda que se admita que a valoração da prova seja feita sem contornos probabilísticos de qualquer natureza, é possível admitir que, em uma fase subsequente, o julgador possa estimar subjetivamente probabilidades e compará-las com uma escala aproximada de graduações.<sup>64</sup> Essa segregação não retira os benefícios pretendidos com os *standards*: submeter a valoração da prova a parâmetros objetivos e racionais que visam a minimizar os custos ligados aos desacertos fáticos.

## 7. Notas conclusivas

As considerações precedentes indicam que devemos, ao menos, iniciar amplo debate sobre a possibilidade de adoção de *standards* de prova ou modelos de constatação no processo civil brasileiro. Propõe-se especificamente um critério em que a mera *preponderância de provas* ou *probabilidade prevalente* conduzirá o juízo fático no processo civil de cunho patrimonial. Na falta de críticas fundadas em contrário, a prática é mais racional – à luz de uma adequada ponderação dos escopos do processo, dos interesses em jogo nos diferentes tipos de litígio e da minimização dos custos do erro judiciário – do que a insistência na noção vaga de uma convicção íntima do juiz, muitas vezes confundida com a ilusão de uma verdade absoluta. Ao mesmo tempo, abrem-se portas para trazer para dentro do juízo fático noções científicas e balizas objetivas.

A instituição de um *standard* de preponderância também auxiliaria o sistema brasileiro diante da falta de mecanismos eficazes para a obtenção de provas antes do ajuizamento da demanda.<sup>65</sup> Inexistindo amplo

63. V., novamente, Michele Taruffo, *La Prueba de los Hechos*, cit., pp. 223 e ss. e 298 e ss.

64. Kevin Clermont, "Standards of proof revisited", cit., *Vermont Law Review* 33/482-483 (refutando, assim, uma aproximação ao tema dos *standards* da prova baseada em noções de confiança, e não em probabilidade).

65. Tem-se destacado, no entanto, uma tendência dos Países de *civil law* rumo a formas (limitadas) de *discovery* (cf. Rudolph Schlesinger, Ugo Mattei, Teemu Ruskola e Antonio Gidi, *Schlesinger's Comparative Law: Cases, Text, Materials*, cit., 7ª ed., pp. 763-764). Essa diferença, como se sabe, é relevantíssima no âmbito dos litígios transnacionais, sendo um dos principais critérios para a *choice of forum*. Muitas vezes as partes iniciam um procedimento nos Estados Unidos da América apenas com o propósito de fazer valer o *discovery* – com todas as vantagens e desvantagens estratégicas decorrentes. Entre nós, defende a ideia de um direito au-

*discovery*, mas apenas ações “cautelares” de alcance limitado, a parte não tem ao seu alcance todos os meios de prova relacionados com os fatos controversos. Tanto mais importante, pois, que sua demanda possa ser acolhida diante das provas preponderantes de que pôde efetivamente dispor, sem que se gere uma distorção em favor do demandado.

Ademais, os *standards* contribuem para o controle do acerto do juízo fático. Sabendo-se que muitas vezes o juiz chegará à sua decisão intuitivamente, uma análise discursiva do juízo fático pode oferecer eficiente mecanismo de teste,<sup>66</sup> à luz do qual, inclusive, pode ser mais bem realizada sua revisão em grau recursal.

### **Bibliografia**

- AMARAL, Guilherme R., e MITIDIÉRO, Daniel (orgs.). *Processo Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo, Atlas, 2012.
- BANKOWSKI, Zenon. “The value of truth: fact scepticism revisited”. In: *Legal Studies – The Journal of The Society of Legal Scholars*. vol. 1. 1981.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Julgamento e ônus da prova”. In: *Temas de Direito Processual – Segunda Série*. São Paulo, Saraiva, 1980.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Garantia da amplitude de produção probatória”. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo, Ed. RT, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 4ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2009.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ª ed. (trad. da 2ª ed. italiana), vol. 2. São Paulo, Saraiva, 1965.
- CLERMONT, Kevin. “Standards of proof revisited”. *Vermont Law Review* 33/469-488. Vermont Law School, 2009.
- \_\_\_\_\_. “Procedure’s magical number three: psychological bases for standards of decision”. *72 Cornell Law Review* 1.115. 1987.
- \_\_\_\_\_, e SHERWIN, Emily. “A comparative view of standards of proof”. *The American Journal of Comparative Law* 50-2/243-275. American Society of Comparative Law, Spring/2002.
- tônomo à prova, já *de lege lata*, Flávio Luiz Yarshell, *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova* (São Paulo, Malheiros Editores, 2009). Especificamente sobre a possibilidade de introdução de mecanismos semelhantes ao *discovery* entre nós, v. Flávio Luiz Yarshell, “O projeto de novo Código Comercial e a proposta de permuta de documentos entre as partes: *discovery* brasileira?”, in Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti Júlio Pereira (orgs.), *Processo Societário*, vol. 1, São Paulo, Quartir Latin, 2012, pp. 203 ss.
66. Per Olof Ekelöf, “Free evaluation of evidence”, cit., *Scandinavian Studies in Law*, vol. 8, pp. 60-61.

- DAMAŠKA, Mirjan. "Free proof and its detractors". *American Journal of Comparative Law* 43/343 e ss. 1995.
- \_\_\_\_\_. "Truth in adjudication". *Hastings Law Journal* 49. 1997-1998.
- DAVID, René. *French Law: its Structure, Sources, and Methodology*. Trad. de Michael Kindred. Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1972.
- EKELÖF, Per Olof. "Free evaluation of evidence". *Scandinavian Studies in Law*. vol. 8. 1964.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 9ª ed., trad. de J. Baptista Machado. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- FAZZALARI, Elio. *Note in Tema di Diritto e Processo*. Milão, Giuffrè, 1957.
- FLACH, Daisson. *A Verossimilhança no Processo Civil e sua Aplicação Prática*. São Paulo, Ed. RT, 2009.
- GIDI, Antonio, MATTEI, Ugo, RUSKOLA, Teemu, e SCHLESINGER, Rudolph. *Schlesinger's Comparative Law: Cases, Text, Materials*, 7ª ed. Foundation Press, 2009.
- HATAKKE, KLAMI, e SORVETTULA. "Burden of proof. Truth or law?". *Scandinavian Studies in Law* 34. 1990.
- HAZARD JR., Geoffrey C., e JAMES JR., Fleming, LEUBSDORF, John. *Civil Procedure*. 5ª ed. Nova York, Foundation Press, 2001.
- JAMES JR., Fleming, HAZARD JR., Geoffrey C., e LEUBSDORF, John. *Civil Procedure*. 5ª ed. Nova York, Foundation Press, 2001.
- KAPLAN, J. "Decision-making theory and the factfinding process". *Stanford Law Review* 20. 1968.
- KAYE, David. "The limits of the preponderance of the evidence standard: justifiably naked statistical evidence and multiple causation". *American Bar Foundation Research Journal* 488. 1982.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3ª ed. Coimbra, Arménio Armado Editor, 1974.
- KLAMI, HATAKKE e SORVETTULA. "Burden of proof. Truth or law?". *Scandinavian Studies in Law* 34. 1990.
- KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro, Forense, 2007.
- \_\_\_\_\_. "Os standards do convencimento judicial: paradigmas para seu possível controle". *RF* 353.
- LEUBSDORF, John, JAMES JR., Fleming, e HAZARD JR., Geoffrey C. *Civil Procedure*. 5ª ed. Nova York, Foundation Press, 2001.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos, e RECENA COSTA, Guilherme. "Formalismo processual e dinamização do ônus da prova". In: MITIDIERO, Daniel, e AMARAL, Guilherme R. (orgs.). *Processo Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo, Atlas, 2012.
- MICHELÌ, Gian Antonio. *La Carga de la Prueba*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Bogotá, Temis, 1985.



- MITIDIERO, Daniel, e AMARAL, Guilherme R. (orgs.). *Processo Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo, Atlas, 2012.
- MONTERO AROCA, Juan. *La Prueba en el Proceso Civil*. 2ª ed. Madrid, Civitas, 1998.
- PEREIRA, Guilherme Setoguti Júlio, e YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). *Processo Societário*. vol. 1. São Paulo, Quartir Latin, 2012.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil (de 1973)*. t. IV. Rio de Janeiro, Forense, 1974.
- RECENA COSTA, Guilherme. *Superior Tribunal de Justiça e Recurso Especial: Análise da Função e Reconstrução Dogmática*. Dissertação de Mestrado/USP (Orientador: professor Paulo Henrique dos Santos Lucon). 2011.
- \_\_\_\_\_, e LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Formalismo processual e dinamização do ônus da prova”. In: MITIDIERO, Daniel, e AMARAL, Guilherme R. (orgs.). *Processo Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo, Atlas, 2012.
- ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. Trad. de Ernesto Krotoshin. Buenos Aires, EJEA, 1996.
- SENTÍS MELENDO, Santiago. “Naturaleza de la prueba: la prueba es libertad”. *RT* 462/11-22. Ano 63. São Paulo, Ed. RT, abril/1974.
- SHERWIN, Emily, e CLERMONT, Kevin. “A comparative view of standards of proof”. *The American Journal of Comparative Law* 50-2/243-275. American Society of Comparative Law, Spring/2002.
- SORVETTULA, HATAKKE e KLAMI. “Burden of proof. Truth or law?”. *Scandinavian Studies in Law* 34. 1990.
- TARUFFO, Michele. “Elementi per un’analisi del giudizio di fatto”. In: *Sui Confini – Scritti sulla Giustizia Civile*. Bolonha, Il Mulino, 2002.
- \_\_\_\_\_. “Funzione della prova: la funzione dimostrativa”. In: *Sui Confini – Scritti sulla Giustizia Civile*. Bolonha, Il Mulino, 2002.
- \_\_\_\_\_. *La Prueba de los Hechos* (original italiano: *La Prova dei Fatti Giuridici*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán). Madrid, Trotta, 2002.
- \_\_\_\_\_. “Rethinking the standards of proof”. *American Journal of Comparative Law* 51/667. 2003.
- \_\_\_\_\_. “Verità e probabilità nella prova dei fatti”. *RePro* 154. São Paulo, Ed. RT, 2007.
- WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la Prueba*. Bogotá, Temis, 1985.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*. São Paulo, Malheiros Editores, 2009.
- \_\_\_\_\_. “O projeto de novo Código Comercial e a proposta de permuta de documentos entre as partes: *discovery* brasileira?”. In: YARSHELL, Flávio Luiz, e PEREIRA, Guilherme Setoguti Júlio (orgs.). *Processo Societário*. vol. 1. São Paulo, Quartir Latin, 2012.
- \_\_\_\_\_, e PEREIRA, Guilherme Setoguti Júlio (orgs.). *Processo Societário*. vol. 1. São Paulo, Quartir Latin, 2012.