

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

PEDRO REOLON NODARI

***STANDARDS* PROBATÓRIOS E CONVICÇÃO DO JUIZ**

A operacionalização do juízo de fatos mediante a adoção de *standards* de prova

Porto Alegre
2019

PEDRO REOLON NODARI

STANDARDS PROBATÓRIOS E CONVICÇÃO DO JUIZ

A operacionalização do juízo de fatos mediante a adoção de *standards* de prova

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Luís Wetzel de Mattos

Porto Alegre
2019

PEDRO REOLON NODARI

STANDARDS PROBATÓRIOS E CONVICÇÃO DO JUIZ

A operacionalização do juízo de fatos mediante a adoção de *standards* de prova

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Luís Wetzel de Mattos

Aprovada em 16 de dezembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Sérgio Luís Wetzel de Mattos
Orientador

Prof. Dr. Klaus Cohen Koplin

Prof. Dr. Daisson Flach

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe, Sílvia Reolon Nodari, por toda a sua compreensividade, por ter me ensinado o valor da honestidade e por ter sempre me incentivado à busca da felicidade. Agradeço ao meu pai, Mauro José Nodari Júnior, por sua incomparável fidelidade, por ter me ensinado que o caráter de uma pessoa se mede por suas ações e não palavras, e por sempre me fazer prestar mais atenção na realidade. Agradeço aos dois, em conjunto, por sempre terem me incentivado a estudar, ao desenvolvimento de habilidades, por apoiarem minhas escolhas, e, principalmente, pelo seu amor incondicional.

Agradeço à minha dinda, Susane Reolon, pela sua participação em minha criação e desenvolvimento, e, em especial, por toda a sua ajuda desde que me mudei para Porto Alegre.

Ao meu orientador, o Professor Sérgio Luís Wetzel de Mattos, agradeço pelo seu suporte no pouco tempo que lhe coube, por ter me apresentado ao tema deste trabalho, por suas correções e indicações de bibliografia. Ainda, agradeço pela liberdade de pesquisa a mim concedida, e por sua disposição. E mais importante, agradeço por sua dedicação e carisma como Professor, que, com certeza, fizeram com que o Processo Civil fosse minha matéria favorita dentro do Direito.

Agradeço ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região por ter me oportunizado um estágio durante a faculdade. Agradeço ao pessoal do Gabinete do Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira, onde estagiei, por terem me apresentado um ambiente de trabalho extremamente acolhedor. Em razão de conversas com os Senhores Zenone Szydoski e Felipe Scalabrin, fosse concordando ou discordando em opiniões, desenvolvi especial interesse pela prova no Processo Civil, e, certamente, essas discussões motivaram a escolha do assunto deste trabalho.

Finalmente, agradeço aos meus amigos, pela paciência e apoio durante a realização deste estudo. Em especial, a Bruna Dambros, Caio Wisniewski e Nicolau Lütz, agradeço pela fidelidade, por tornarem os dias alegres ainda mais alegres e me animarem em dias ruins. A João Martins, por ter me mostrado que se deve buscar a profissão dos sonhos, mesmo havendo pressões para não fazê-lo. Agradeço a Bruno Vieceli, que desde a segunda série do Ensino Fundamental me acompanha, e com nosso reencontro em Porto Alegre, tornou-se um grande parceiro

para momentos bons e ruins. Por último, mas não menos importante, agradeço ao João Rosa, e à Patrícia Zelmanovitz, pelo grande carinho e pela companhia durante as tardes de estudos e risadas ao longo da faculdade.

“It is a capital mistake to theorize before one has data. Insensibly one begins to twist facts to suit theories, instead of theories to suit facts.”

Sir Arthur Conan Doyle

RESUMO

O presente estudo examina a operacionalização do princípio do livre convencimento no âmbito do juízo de fatos. A partir da premissa teórica de que a relação entre prova e verdade não é ontológica, tem-se que a convicção embasa-se em probabilidades. Com a finalidade de prevenir arbitrariedades, é possível adotar *standards* probatórios como meios de balizar o convencimento judicial para a adoção da narrativa mais adequada ao contexto probatório. Surge, então, o questionamento de como deve ser a operacionalização no aspecto procedimental e substantivo do juízo de fatos com a adoção dos *standards*. Do contrário, em não havendo uma efetiva justificação da convicção, pouco adiantaria fazê-lo, ao passo que a não definição prévia do standard implicaria violação do direito ao contraditório. Posta essa problemática, caracterizam-se os *standards* probatórios, bem como expõem-se possíveis modos de operacionalização formal e material, com a análise de entendimentos consolidados do STJ quanto à prova de acordo com o direito material. Para verificar a utilidade teórica dos resultados da pesquisa, estes analisam-se a partir de sua adequação ao princípio do contraditório como direito à participação no processo.

Palavras-chave: Livre convencimento. *Standards* de prova. Operacionalização do juízo de fatos.

ABSTRACT

The present study examines the operationalization of the principle of free conviction in the context of the judgment of facts. From the theoretical premise that the nexus between proof and truth is not ontological, one has that the conviction is based on probabilities. In order to prevent arbitrariness, it is possible to adopt evidential standards as a means to guide the judicial conviction for the adoption of the narrative best suited to the evidential context. The question then arises of how operationalization should be in the procedural and substantive aspect of the judgment of facts with the adoption of standards. Otherwise, in the absence of an effective justification of the conviction, it would be of little use to do so, whereas failure to pre-define the standard would imply a violation of the right to contradiction. Given this problem, the evidential standards are characterized, as well as possible modes of formal and material operationalization are exposed, with the analysis of the STJ's consolidated understandings regarding the proof in accordance with material law. To verify the theoretical usefulness of the research results, they are analyzed from their suitability to the contradictory principle as the right to participate in the process.

Keywords: Free conviction. Standards of proof. Operationalization of judgment of facts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. A TEORIA DOS MODELOS DE CONSTATAÇÃO.....	10
1.1. Valoração da prova.....	10
1.1.1. Prova e verdade.....	10
1.1.2. O sistema de livre convencimento motivado.....	13
1.1.3. Separação de planos: admissibilidade, valoração e fundamentação.....	15
1.1.4. Valoração dos elementos de prova.....	17
1.2. Os Standards Probatórios.....	19
1.2.1. Origem no common law e pertinência com o civil law.....	19
1.2.2. Graus de justificação.....	20
1.3. Utilidade da teoria dos modelos de constatação: submissão ao contraditório e controlabilidade da decisão.....	23
1.4. Espécies de Modelos de Constatação.....	25
1.4.1. Prova além da dúvida razoável.....	26
1.4.2. Preponderância de provas.....	28
1.4.3. Prova clara e convincente.....	30
2. A OPERACIONALIZAÇÃO DOS MODELOS DE CONSTATAÇÃO NO ÂMBITO DO PROCESSO.....	32
2.1. A operacionalização formal dos modelos de constatação.....	32
2.1.1. Necessidade de submissão dos standards ao contraditório.....	33
2.1.2. Da definição em sentença.....	35
2.1.3. Organização do processo e saneamento compartilhado.....	36
2.2. Operacionalização dos standards no aspecto substantivo: valoração da prova ante o uso de standards probatórios.....	38
2.2.1. Da necessidade de coerência.....	38
2.2.2. A aplicação dos standards de acordo com a teoria explicativa da prova.....	39
2.2.3. Adequação com o modelo de tipos abertos: uma adequação ao sistema da livre convicção racional.....	40
2.2.4. A operacionalização substantiva de acordo com a teoria de Michele Taruffo.....	41
2.3. Recepção da Jurisprudência quanto à aplicação dos standards.....	43
2.3.1. Comprovação de atividade rurícola para obtenção de benefício previdenciário.....	43
2.3.2. Recusa do suposto pai à submissão do exame de DNA em ações de investigação de paternidade.....	46
2.3.3. Dispensa de apresentação de laudo médico para reconhecimento judicial de isenção do Imposto de Renda de Pessoa Física.....	49
CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS.....	55

INTRODUÇÃO

Não é novidade que a doutrina apresente sérias críticas ao princípio do livre convencimento do magistrado, argumentando que lhe permite o manejo da prova dos autos para atingir uma convicção pré-constituída. Uma das possíveis formas de impor limites ao magistrado para a realização do juízo de fatos é a adoção de *standards* de prova como limiares mínimos de convencimento a que o juiz deve chegar para formar a sua convicção de acordo com a verdade processual.

O estudo dos *standards* probatórios ganhou especial visibilidade no Brasil a partir da obra de Danilo Knijnik intitulada “A prova nos juízos cível, penal e tributário”, datado de 2007. Na obra, caracterizaram-se os modelos de constatação, bem como sua aplicação a diferentes processos.

O presente trabalho pretende responder à pergunta “como deve se dar a operacionalização do juízo de fato à luz das normas processuais brasileiras?”. Para isso, é preciso, antes, estabelecer algumas premissas teóricas tais como a relação entre verdade e prova, além de explicitar as principais características do sistema de livre convencimento, bem como caracterizar os *standards* probatórios individualmente. Na segunda parte do estudo, tratar-se-á do melhor momento para a escolha do *standard* aplicável dentro do processo civil, bem como fazer uma modesta descrição de teorias acerca da operacionalização do juízo de fatos à luz dos *standards* probatórios. Ao final desta parte, de modo a dar concretude e multidisciplinaridade ao estudo, abordar-se-ão alguns exemplos consolidados na jurisprudência do STJ quanto à análise de prova dentro de diferentes ramos do direito aos quais se aplicam os ritos do processo civil.

Desta forma, aspira-se trazer uma modesta contribuição para a gradativa adoção dos modelos de constatação no processo civil brasileiro, como meio de reduzir a ocorrência de vícios sentenciais quanto à motivação do acerto fático do processo. Concomitantemente, busca-se fazer exposição de teorias atualizadas a respeito da operacionalização do juízo de fatos.

1. A TEORIA DOS MODELOS DE CONSTATAÇÃO

Os *standards* probatórios (ou modelos de constatação) são critérios de julgamento que objetivam a formulação do adequado juízo de fatos. Para tanto, requer-se a persuasão, em algum grau, de que uma alegação de fatos é verdadeira.

Em geral, justifica-se essa persuasão com base no livre convencimento do magistrado, porém, como se sabe, esse pressuposto pode conduzir o juízo de fatos a arbitrariedades em razão de opiniões de caráter pessoal e preconceitos do juiz. Deste modo, para evitar esses subjetivismos, fala-se que o livre convencimento deve ser motivado de maneira racional. Porém, como pode dar-se a materialização dessa afirmativa?

Uma das possíveis soluções a esse problema é o uso dos *standards* probatórios no âmbito do processo. Atuantes como limiares mínimos para que se tenha uma alegação tida como verdadeira em meio às incertezas quanto aos fatos que ocorreram, os modelos de constatação trazem objetividade ao acerto fático.

Nesta parte do estudo, desenvolvem-se os seus pressupostos teóricos, tais como a relação entre os conceitos de prova e verdade, e a adoção do sistema de livre convencimento do julgador. Ademais, faz-se a diferenciação entre os planos admissibilidade e valoração da prova e fundamentação da decisão. A partir disso, no plano da valoração, desenvolve-se o tema dos *standards*, com sua conceituação e caracterização.

1.1. Valoração da prova

1.1.1. Prova e verdade

Verdade é um conceito sensível dentro do direito probatório, uma vez que é uma condição para a prolação de uma decisão justa, por mais “imperfeita” que seja a verdade obtida mediante os meios de prova. Deste modo, a prova objetiva fornecer subsídios para a reconstrução o mais completa possível dos fatos

verdadeiros¹. Por essa razão, para o estudo da valoração probatória à luz dos *standards*, faz-se necessária a compreensão da relação entre os conceitos de verdade e de prova, fundamental para o desenvolvimento deste estudo.

Na ciência do direito, há uma tendência de entender a verdade como correspondência. De acordo com essa concepção, uma afirmação é verdadeira somente se corresponder à realidade. Conceituação diversa é a que traz verdades relativas, a qual traz graus de probabilidade da verdade, na medida em que uma afirmação pode ser mais ou menos verdadeira. Entretanto, na realidade, o que é relativo é o nosso conhecimento acerca da verdade, pois este está embasado nas *razões de que uma crença seja provavelmente verdade*². Essa explicação pode ajudar no âmbito processual probatório, em especial quanto à descoberta da verdade.

Outrossim, a *descoberta* da verdade é um tema problemático na doutrina processual. Para esses fins, assume-se a posição de Michele Taruffo, a qual alude a um ceticismo quanto à possibilidade de se apreender a verdade, enquanto critica a pertinência de perseguir-se a verdade através do processo³, e também argumenta que não é possível fazê-lo através de instrumentos processuais⁴. Deste modo, o autor conclui que as verdades são, em sentido processual, sempre relativas⁵, em razão de os meios para buscar a verdade serem limitados⁶. Nesse mesmo sentido, conclui Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que a finalidade do processo não é a busca

1 TARUFFO, Michele. **La prueba**. Trad. Laura Manríquez; Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 19-25.

2 TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos**. Trad. Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 89-102.

3 Há uma incompatibilidade de finalidades em razão do conflito ideológico entre a busca da verdade e o processo, que busca solucionar conflitos e não tem como função fundamental a busca da verdade. O processo se presta a trazer ordem social, de modo que busca da verdade pode direcionar o processo a fins diversos e ser contraproducente. Ver: TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici. Trattato di diritti civile e commerciale**. Milano: Giuffrè, 1992. t. 2. v. 3. p. 16-24.

4 Nesse sentido, os instrumentos cognoscitivos são insuficientes para alcançar a verdade, ao passo que se deve prezar por uma duração razoável do processo, o que pode prejudicar a busca da verdade. Ver: TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici. Trattato di diritti civile e commerciale**. Milano: Giuffrè, 1992. t. 2. v. 3. p. 24-27.

5 Tendo-se em vista que o autor adota a concepção de verdade como correspondência, essa afirmação apenas se torna possível no âmbito do processo, pois o que é relativo não são as verdades, mas, sim, o conhecimento acerca da verdade. Isso porque esse conhecimento funda-se em bases probatórias objetivas e não em preferências pessoais do juiz, razão pela qual o autor também qualifica como *objetiva* a verdade no contexto do processo. A respeito do tema, ver: TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos**. Trad. Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 100.

6 TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici. Trattato di diritti civile e commerciale**. Milano: Giuffrè, 1992. t. 2. v. 3. p. 7-27.

da verdade, em razão da intangibilidade da verdade real e de outros princípios norteadores do processo, tais como a segurança e efetividade⁷.

Quanto à prova, seu objeto são as afirmações, isto é, relatos que, dos fatos ocorridos, as partes apresentam ao juiz^{8 9}. Isso porque, conforme Michele Taruffo, os fatos não são incorporados nos procedimentos judiciais em sua realidade empírica ou material, pois, em geral, os fatos já ocorreram e, desta forma, pertencem ao passado. Logo, os fatos não são perceptíveis pelo juiz. Por isso, o julgador deve reconstruí-los com base na prova disponível. Dito em outras palavras, os fatos são levados em conta “*na forma de enunciados acerca do que ocorreu faticamente*”¹⁰. Nesse contexto, é elucidativa a concepção de que o conhecimento acerca da verdade é relativo, porquanto há enunciados mais ou menos prováveis, e é desse modo que devem ser tomadas as alegações de fatos das partes.

Contudo, como alude Danilo Knijnik, o fato de apenas existirem verdades relativas não pode “*levar ao abandono da relação entre prova e verdade; apenas, tal relação deixa de ser ontológica, para ser teleológica*”¹¹. Em outras palavras, o juízo de fato aproximar-se da verdade é algo positivo e desejável. Porém, não se pode ignorar que o que está provado pode ser falso e o que não foi provado pode ser verdadeiro, em razão da inexistência de relação ontológica, de modo que faz-se necessária uma forma de prevenir erros¹².

Por isso, conclui-se que a verdade é um objetivo do processo, porém, com um caráter mais instrumental do que finalístico, haja a vista a possibilidade de sua descoberta, por mais imperfeito que seja o resultado da reconstrução de fatos. De outro lado o objetivo das provas é produzir informações aptas a justificar as alegações de fato levantadas no processo.

7 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 145-148.

8 CARRATA, Antonio. “Funzione dimostrativa della prova”. *In: Rivista di Diritto Processuale*, Milano. Padova: Cedam, ano LVI, séc. Série, n. 1. genn.-mar. 2001. p. 73-74.

9 A propósito, o Código de Processo Civil brasileiro, em seu artigo 319, *caput c/c inc. VI*, estabelece que “*A petição inicial indicará: VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;*” (grifo nosso). Entendemos que há, pelos motivos aqui expostos, uma imprecisão teórica, sendo que as provas prestam-se a confirmar ou rechaçar as alegações de fatos levantadas.

10 TARUFFO Michele. **A prova**. Trad. João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 19.

11 KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 14.

12 KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 14.

Feitas essas considerações, passa-se à caracterização dos sistemas de valoração da prova, com a apresentação da problemática doutrinária quanto à liberdade judicial no que tange à apreciação da prova.

1.1.2. O sistema de livre convencimento motivado

Esse sistema recebe diversos nomes na doutrina, dentre eles, “persuasão racional” e “livre convicção”. Não é novidade que o princípio do livre convencimento pode acarretar em arbitrariedades por parte do julgador, como corrobora Massimo Nobili ao alertar para as suas possíveis “*degenerações patológicas*”¹³. Contudo, ainda assim, esse sistema pode ser considerado uma conquista histórica, tendo-se em vista o sistema anterior, o qual tarifava a prova.

Entre os Séculos XIII e XVIII, adotou-se o sistema da prova legal, no qual a lei tarifava previamente o valor da prova, através de técnicas como a da pontuação. Esse sistema substituiu os ordálios ou julgamentos de Deus, de modo que trouxe uma certa racionalidade à valoração da prova. Utilizou-se esse sistema como modo de atenuar a discricionariedade dos juízes, motivado na desconfiança em relação aos julgamentos¹⁴.

Ocorre que o Processo Civil moderno repudia o sistema do valor legal da prova, ainda que guarde consigo alguns resquícios¹⁵. Esse repúdio deve-se, principalmente, ao fato de que o Poder Judiciário passou a organizar-se de forma que o juiz é um funcionário do Estado com predicado de imparcialidade, em razão do princípio da impessoalidade¹⁶.

Ao adotar-se o sistema da livre convicção, observou-se o surgimento de duas interpretações, uma tendente à subjetivização da valoração, com a preponderância

13 NOBILI, Massimo. **Il principio del libero convincimento del giudice**. Milano: Giuffrè, 1974. p. 6.

14 TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici. Trattato di diritti civile e commerciale**. Milano: Giuffrè, 1992. t. 2. v. 3. p. 361-365.

15 Conforme Cândido Rangel Dinamarco, são exemplos de vínculos normativos à convicção do julgador: normas que estabelecem presunções legais relativas, normas que limitam a admissibilidade ou eficácia de um meio probatório e normas que afirmam ou disciplinam a eficácia anteriormente mencionada. Para aprofundamento, consultar: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3. p. 106-108.

16 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3. p. 105.

do julgamento íntimo do juiz, e outra ligada a uma leitura logicista¹⁷. Como afirma Danilo Knijnik, “a concepção positivista garantiu o predomínio da primeira, pois o jurista nada tinha a fazer com os fatos, que sequer diziam respeito ao seu saber tecnológico”¹⁸.

Contudo, nos últimos tempos, há uma tendência muito grande de questionar quanta liberdade o princípio do livre convencimento outorga ao juiz. Observa-se isso como uma tentativa de relativizar o livre convencimento e impedir os arbítrios a que dá azo, no sentido de afastar o subjetivismo¹⁹. É dizer que ainda que livre, o convencimento deve ser *racional e motivado à luz dos autos*^{20 21}. O convencimento deve ser racional em razão do princípio da impessoalidade, em repúdio a personalismos do juiz, seguindo os elementos dos autos (pois, do contrário, transgredir-se-iam os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal) e motivado, pois sem a motivação, de nada valeriam as exigências de racionalidade e de atenção ao que consta dos autos²². Como preconiza William Santos Ferreira, isso está fundado no fato de que esse princípio é uma conquista histórica, e, como tal, ainda guarda relação com o modelo anterior, de tarifamento legal, objetivando, também, um sistema dotado de racionalidade. Defende-se que não há critérios *a priori* para a valoração das provas, mas o juiz tem o dever de demonstrar claramente os motivos de seu convencimento²³. Nessa esteira, Fredie Didier Jr. observa que a valoração não é livre, existindo uma série de limitações²⁴.

17 NOBILI, Massimo. **Il principio del libero convincimento del giudice**. Milano: Giuffrè, 1974. p. 6.

18 KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 16.

19 KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 16.

20 Nesse mesmo sentido, TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici. Trattato di diritto civile e commerciale**. Milano: Giuffrè, 1992. t. 2. v. 3. p. 408-411.

21 O Código de Processo Civil brasileiro adotou esse sistema em seus arts. 371 (“O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”) e 479 (“O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito.”).

22 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3. p. 104-106.

23 FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 286-287.

24 Para aprofundamento a respeito do tema, ver: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 12. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. p. 118. O autor defende, inclusive, que esse foi o motivo de no CPC-2015 não mais constar que o juiz “*apreciará livremente a prova*”, como o fazia

Repare-se que a adoção de *standards* não se trata de uma tentativa de retomada do tarifamento justamente por isso: não há uma determinação legal apriorística acerca do valor atribuído a determinada prova. Sequer poderia sê-lo, uma vez que a valoração deve ser uma conclusão judicial, atendendo às circunstâncias concretas do caso em análise e seguindo o raciocínio natural. Conforme Jordi Ferrer Beltrán, esta é a chamada *anti-nomian thesis* de Bentham, a qual oferece uma imagem clássica da tradição racionalista da prova, resumida, em suma, como um sistema jurídico que não ofereça restrições a provas ou limitações ao raciocínio que não sejam próprias à razão prática²⁵.

Deste modo, o que se busca é um sistema em que haja liberdade para apreciação judicial da prova, porém não embasada na íntima convicção do juiz, e sim com base na razão prática. A adoção de critérios racionais de nenhum modo pode significar em adoção de critérios previamente definidos para a admissão e valoração de prova, pois isso seria lançar mão do tarifamento legal, abandonando-se a conquista histórica do sistema da apreciação livre e racional.

A partir disso, faz-se necessário separar os planos da admissibilidade, valoração e fundamentação, para que se trate da operacionalização do livre convencimento no âmbito da valoração da prova.

1.1.3. Separação de planos: admissibilidade, valoração e fundamentação

Como tratado por Danilo Knijnik, os planos de admissibilidade da prova, valoração das provas e fundamentação da decisão são “*diversos que devem ser separados com nitidez*”²⁶.

A admissibilidade da prova é uma questão de direito, alheia ao convencimento do juiz. Trata-se de competência legal, e não da discricionariedade do magistrado²⁷

no CPC-1973, o que defende ser uma das mudanças “*mais importantes do ponto de vista simbólico do novo CPC*”.

25 BELTRÁN, Jordi Ferrer. “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana”. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 23.

26 KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 19.

27 O inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal refere que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”. Trata-se de regra que exclui a admissibilidade de provas, de modo que o magistrado não tem o poder de admitir tais provas, em razão de vedação constitucional.

²⁸. Por tratar-se de uma questão preliminar, deve ser resolvida antes da valoração da prova e da fundamentação²⁹. Nesse sentido, conforme Michele Taruffo, Bentham defendeu que um direito probatório ideal seria enraizado unicamente no princípio da relevância inclusiva^{30 31}, de modo a admitir todas as provas. Obviamente, o plano da admissibilidade é fundamental para a valoração da prova, por trazer ao juízo de fatos o seu subsídio. No entanto, por mais que, em certa medida, a valoração dependa da admissibilidade, não se pode olvidar a diversidade da natureza de ambas as fases.

A valoração das provas, por sua vez, é uma questão de direito e de fato (mista). É neste momento que incidem os *standards* probatórios, empregados na formação do juízo de fato. Esses *standards* são questões de direito, e, conforme defender-se-á neste trabalho, devem ser definidos previamente como requisito de validade da decisão judicial³², para a apreciação do material probatório produzido, a ser apreciado sob o princípio do livre convencimento.

Por último, a fundamentação³³ trata-se de uma questão de fato quanto ao seu aspecto material³⁴, sendo o discurso justificativo da decisão judicial³⁵, inclusive

28 Como exemplo de regra que estatui, como regra, a admissibilidade de provas, cita-se o art. 442. do Código de Processo Civil, segundo o qual “*A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso.*” Logo, como regra, o magistrado não pode deixar de admitir prova testemunhal com base em seu livre convencimento, em virtude de ser uma matéria de competência legal.

29 KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 23-24.

30 TARUFFO, Michele. “La aplicación de estándares científicos a las ciencias sociales y forenses”. Trad. Maximiliano Aramburo. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 207. A propósito, Michele Taruffo supõe que, atualmente, Bentham mitigaria o princípio da relevância inclusiva quanto a provas obtidas por meios ilícitos.

31 Pode-se dizer que, como regra, o Código de Processo Civil adotou esse princípio em seu art. 369: “*As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.*”

32 KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 31-34.

33 A respeito do conceito de fundamentação, referem Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero que “*Fundamentar significa dar razões – razões que visam a evidenciar a racionalidade das opções interpretativas constantes da sentença (...) A fundamentação deve ser concreta, estruturada e completa: deve dizer respeito ao caso concreto, estruturar-se a partir de conceitos e critérios claros e pertinentes e conter uma completa análise dos argumentos relevantes sustentados pelas partes em suas manifestações.*” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 612.

34 Por outro lado, em razão da exigência constitucional de fundamentação de todas as decisões judiciais (art. 93, IX, CF), o aspecto formal da fundamentação trata-se de questão de direito. Sobre o assunto, ver: TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos**. Trad. Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 266-272.

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

quanto à valoração do material probatório devida e legitimamente produzido nos autos. Deste modo, é na motivação que o magistrado exporá a eficácia atribuída a cada meio de prova produzido, com a exposição de suas razões quanto à determinação da narrativa fática merecedora de sua convicção³⁶, de acordo com o *standard* definido.

Vencida a distinção entre os planos, passa-se a analisar com mais vagar o momento da valoração da prova, onde operam os *standards* de prova.

1.1.4. Valoração dos elementos de prova

Como salienta Jordi Ferrer Beltrán, se o sistema jurídico estabelece um regime de livre valoração da prova, então dever-se-á valorar o apoio que cada elemento de juízo aporta às hipóteses em conflito, de forma individual e em conjunto. Com isso, deve-se chegar a um resultado que nos permita saber o grau de confirmação do que dispõe cada uma destas hipóteses³⁷.

Nessa linha, Danilo Knijnik traz a diferenciação entre prova direta e indireta (circunstancial ou indiciária) e alude o gradativo abandono dessa distinção, em razão da inexistência de hierarquia entre provas no sistema do livre convencimento³⁸, adotada pelo Código de Processo Civil em seu art. 371³⁹. Até porque toda a prova é mais ou menos indireta, haja vista a irreversibilidade do tempo e que qualquer reconstrução do passado é uma aproximação⁴⁰. É nisso que se funda a construção jurisprudencial de que há igualdade entre os indícios e a prova direta quanto à formação da livre convicção judicial⁴¹.

23.

36 TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici. Trattato di diritti civile e commerciale**. Milano: Giuffrè, 1992. t. 2. v. 3. p. 408-411.

37 BELTRÁN, Jordi Ferrer. "La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana". In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 26.

38 KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 25-26.

39 Art. 371. "O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento."

40 MCCAULIFF, C.M.A. "Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitutional guarantees?". In: **Vanderbilt Law Review**, vol. 35. p. 1.295-1.296.

41 KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 27.

Deste modo, o resultado da valoração será contextual, e a exclusão, adição ou mudança de algum elemento probatório, o resultado poderá ser outro⁴². Ademais, o grau de apoio dos elementos probatórios às hipóteses nunca será conclusivo⁴³, de modo que a conclusão do magistrado basear-se-á em probabilidades⁴⁴. Por “probabilidades”, aqui, entende-se não a probabilidade pascaliana (ou matemática), segundo a qual os *standards* são limiares mínimos de probabilidade a serem alcançados. Segue-se a concepção proposta por Michael S. Pardo, segundo a qual os enunciados fáticos em disputa são valorados de acordo com como seriam suas explicações, se fossem assumidos verdadeiros, acerca dos elementos de prova e dos eventos quando comparados aos enunciados fáticos contrastantes. Deste modo, os *standards* estabelecem os limiares explicativos a serem alcançados⁴⁵. Trata-se de probabilidades lógicas como modelo de racionalidade perseguido pela atividade probatória judicial⁴⁶.

Ocorre que o juiz sempre decidirá em meio a incertezas em maior ou menor grau, em razão da inexistência de vínculo conceitual entre verdade e prova. Aliado a isso, está a vedação de *non liquet*⁴⁷, decorrente do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição⁴⁸, prevista no art. 140 do Código de Processo Civil⁴⁹ 50. Desta forma, é necessário exigir, ao menos, um certo grau de persuasão daqueles

42 BELTRÁN, Jordi Ferrer. “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana”. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 26.

43 BELTRÁN, Jordi Ferrer. “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana”. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 27.

44 *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970). p. 397 U.S. 370.

45 PARDO, Michael S. “Estándares de prueba y teoría de la prueba.” Trad. Gonzalo Seijas. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 99-100.

46 ROSITO, Francisco. A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. In: **Revista de Processo**, vol. 157/2008. p. 51-71 | Mar/2008. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, vol. 4. p. 245–270. Out/2011. DTR\2008\181.

47 KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. “A proibição do *non liquet* e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional”. In: **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270. p. 171-205, set/dez 2015. p. 172-176.

48 Constituição Federal, art. 5º. “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;*”.

49 Art. 140. “*O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.*”

50 KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. “A proibição do *non liquet* e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional”. In: **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270. p. 171-205, set/dez 2015. p. 172-176. Em verdade, o autor menciona o art. 126 do Código de Processo Civil de 1973: “*o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. (...)*”.

cujo dever é fazer um juízo de fatos. Essa exigência de é fundamental em um sistema jurídico sólido, para que se defina qual das partes tem um ônus de persuasão, e quais as penalidades de sua não-desincumbência⁵¹.

A valoração da prova é, basicamente, um juízo de aceitabilidade dos resultados produzidos pelos meios de prova⁵². Nesse contexto, ganham relevância os *standards* probatórios, pois atuam como pautas para estabelecer se os resultados da atividade probatória bastam para resultar no convencimento do juiz⁵³, de modo a prevenir o arbítrio ou erros judiciais.

1.2. Os Standards Probatórios

1.2.1. Origem no *common law* e pertinência com o *civil law*

Os *standards* probatórios são originários do *common law*, onde originalmente são um esforço doutrinário e jurisprudencial para orientar os jurados a respeito do grau de persuasão necessário para que se possa considerar uma alegação tida com provada. Repare-se que, no contexto anglo-saxão, grande parte dos processos é apreciada pelo Tribunal do Júri, tanto em matéria cível como em matéria criminal. Por essa razão, justificam-se as enunciações supostamente “simples” que denotam os *standards* probatórios.⁵⁴ Em decorrência do processo de “americanização” do mundo ocidental após a Segunda Guerra Mundial, tem-se falado a respeito de sua aplicação nos sistemas de matriz *civil law*⁵⁵.

Autores como Jordi Nieva-Fenoll criticam a adoção desses critérios nos países de matriz *civil law*, ao afirmar que os critérios de valoração não são mais que

51 MCBAINE, J. P. “Burden of Proof: Degrees of Belief”. In: **California Law Review**, vol. 32, 1944. p. 242.

52 ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 157.

53 ROSITO, Francisco. A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. In: **Revista de Processo**, vol. 157/2008. p. 51–71. Mar/2008. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, vol. 4. p. 245–270. Out/2011. DTR\2008\181.

54 COSTA, Maurício Amado da. **Livre convencimento e standards de prova: Porque um processo justo deve ser menos arbitrário e mais seguro**. Monografia de conclusão de curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. p. 29.

55 LUCCHESI, Guilherme Brenner. “O necessário desenvolvimento de *standards* probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro”. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 156/2019. pp. 165-188. Jun/2019. DTR\2019\31668.

orientações sugeridas pela jurisprudência, de modo que se oriente a livre valoração da prova pelos jurados no contexto do *common law*. Mas apesar da difusão dessa teoria nos países de *civil law*, não teria havido uma efetiva contribuição ao estudo da valoração da prova. Acrescenta, ainda, o autor, que “*É certo que orientaram os jurados para resolver um caso, mas desde logo não serviram para explicar por que um juiz julgou de um modo ou de outro.*”⁵⁶ Deste modo, a crítica reside no fato de os *standards* não eliminarem o subjetivismo decisório.

Contudo, os *standards* atuam na dimensão lógica, isto é, quanto às “*inferências entre provas e alegações e quanto ao grau de certeza exigido para que se tenha como provada determinada alegação e o fato seja considerado existente*”⁵⁷. Isso porque os *standards* são, antes de qualquer coisa, “*pautas objetivas, sujeitas ao controle e à discussão das partes, na constatação de fatos, e auxiliam na evitação do erro ou arbítrio.*”⁵⁸ Por isso, a teoria dos *standards* aplicada aos sistemas de *civil law* não apresenta falhas nesse sentido, “*haja vista não ser seu intento a resolução da questão na dimensão perceptiva (ou de pesagem das provas)*”⁵⁹.

1.2.2. Graus de justificação

Nos sistemas de matriz *common law*, há a diferenciação entre ônus probatório (*burden of proof*) e ônus de persuasão (*burden of persuasion*)^{60 61}, e dentro do qual

56 FENOLL, Jordi Nieva. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 87.

57 COSTA, Maurício Amado da. **Livre convencimento e standards de prova: Porque um processo justo deve ser menos arbitrário e mais seguro**. Monografia de conclusão de curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. p. 30.

58 KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 18.

59 COSTA, Maurício Amado da. **Livre convencimento e standards de prova: Porque um processo justo deve ser menos arbitrário e mais seguro**. Monografia de conclusão de curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. p. 30.

60 Conforme Jordi Nieva-Fenoll, o que são essas duas noções é bastante claro, embora a definição do ônus da prova possa parecer mais confusa em razão de diferenças em relação a seu conteúdo em ordenamentos jurídicos distintos. Para aprofundamento, consultar: FENOLL, Jordi Nieva. “Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: nociones que necesitan revisión”. *In: Justicia: Revista de derecho penal*, n. 3-4/2011. Nov. 2011. p. 91-93.

61 Por exemplo, José Pablo Descalzi defende que o ônus da prova envolve dois aspectos, um relacionado à atividade de apresentação de provas de cada prova, e outro relacionado à atividade do magistrado, como um imperativo que impede a abstenção de julgar sob o pretexto de obscuridade dos fatos ou convencimento insuficiente. Ver: DESCALZI, José Pablo. “La carga de la prueba en el Cód. Proc. Civ. De La Pampa.” *In: MORELLO, Augusto Mario. Prueba: cuestiones modernas*. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2007. p. 29.

são tratados os *standards* probatórios. Primeiramente, exige-se das partes que produzam provas ou que, do contrário percam alguma pretensão ou o litígio em sua totalidade. Produzidas essas provas, a parte desincumbe-se de seu *onus probandum*, de modo que o juiz deve decidir em meio a incertezas em maior ou menor grau, e o ônus de persuasão específico que norteará o processo decisório deve ser definido⁶². Deste modo, deve-se convencer o juiz acerca das alegações à luz do material probatório produzido, de acordo com o grau do ônus de persuasão em questão⁶³.

Em que pese o direito estrangeiro traga outros exemplos de *standards* probatórios, cada um com suas peculiaridades, para o desenvolvimento deste estudo, com o objetivo de trazer uma sistematização didática, optou-se pela classificação que considera três *standards* probatórios. Ordenam-se, aqui, do grau de persuasão mais exigente ao mais flexível em relação à exigência da probabilidade do direito: prova além de qualquer dúvida razoável⁶⁴ (*beyond a reasonable doubt*), prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*) e preponderância da prova (*preponderance of the evidence*)⁶⁵.

De acordo com Susan Haack, os *standards* probatórios devem ser entendidos como *graus de justificação*⁶⁶, de maneira que o julgador deve determinar se os

62 ALLEN, Ronald J. “Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico”. Trad. Diego Dei Vecchi; Carmen Vázquez. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 42.

63 Nesse sentido, “a parte sobre que recai o ônus tem de convencer o julgador acerca da existência desses elementos, de acordo com um standard ou grau de certeza, determinado pelo tipo de procedimento (...)” Ver: KNIJNIK, Danilo. “Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle”. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. 353, 2002. p. 22. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 07 set. 2019.

64 Embora haja, na doutrina, autores que usem a palavra “acima”, prefere-se, aqui, o uso da expressão “além”, por transmitir a noção de grau, pertinente com a de *standard*.

65 Acentua Danilo Knijnik que “Na verdade, há vários outros paradigmas semelhantes, como o ‘clear, convincing and satisfactory’, ‘clear and unequivocal’ e o ‘clear, cogent and convincing’. De uma forma geral, concebe-se tal standard intermediário como sendo uma ‘alta probabilidade’. Todavia, as cortes costumam, ainda segundo MCCORMICK, distinguir com um certo rigor esses diversos parâmetros, em princípio proporcionalmente à gravidade dos fatos cuja prova se pretende.” Ver: KNIJNIK, Danilo. “Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle”. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. 353, 2002. p. 23. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 07 set. 2019.

66 No original em inglês, a autora usa a palavra “warrant”, e na tradução para o espanhol, usou-se a palavra “ava”. Por esse motivo, “justificação” não pode ser entendida como uma noção categórica, que dá certeza, e sim como uma noção gradual. Também, deve ser entendida como um critério objetivo e não subjetivo. HAACK, Susan. “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”. Trad. María José Viana; Carlos Bernal. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 66, nota de rodapé “**”.

elementos probatórios apresentados atingem o grau de justificação requerido pelas proposições em questão, formuladas pelas partes⁶⁷. Em outras palavras, os *standards* devem ser entendidos como o quanto a prova justifica as proposições formuladas pelas partes, levando-se em conta a relevância lógica da proposição.

As proposições formuladas são avaliadas de acordo com a quantidade e qualidade das provas disponíveis a respeito de determinado enunciado, seu grau de confiabilidade e de coerência⁶⁸. Conclui-se, então, que o grau de justificação das provas depende da proposição levantada e de sua relevância lógica dentro do caso⁶⁹. Na hipótese em que a liberdade de uma pessoa dependa das provas de uma alegação, logicamente, exigir-se-á um grau de justificação maior do que em um caso em que direitos exclusivamente patrimoniais dependam das alegações⁷⁰.

Michele Taruffo entendeu por regras epistêmicas as que orientam-se à busca da verdade e trouxe, como exemplo, as regras dirigidas a proteger o jurado de seus próprios erros, além das destinadas a fornecer um método eficiente para a apresentação da prova oral^{71 72}. É nesta classificação que se inserem os *standards*

67 HAACK, Susan. "El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica". Trad. María José Viana; Carlos Bernal. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 66-75.

68 TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos**. Trad. Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 248.

69 Conforme a autora, o quão justificada está uma afirmação depende da qualidade das provas que dizem respeito a essa afirmação, e essa qualidade segue os seguintes critérios. "*Dito brevemente e de maneira aproximada, o grau de apoio outorgado pelas provas depende do aporte que estas realizam para a integração explicativa das provas-mais-a-conclusão (...) de quão bem encaixem as provas e a conclusão juntas em um relato explicativo. De acordo com isso, se um elemento de prova concreto apóia-se à conclusão e em que medida o faz depende se este contribui com a integração explicativa como um todo e em que grau o faz.*" Ver em: HAACK, Susan. "El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica". Trad. María José Viana; Carlos Bernal. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 79.

70 Inclusive, conforme o acórdão Winship, "*A razão para o uso de diferentes standards em casos cíveis e criminais é clara quando se faz esse tipo de avaliação. Em um caso cível entre privados em que se busca reparação por danos materiais, por exemplo, consideramos que não é mais séria, em geral, a existência de um veredicto errôneo em favor do acusado do que a existência de um veredicto errôneo em favor do demandante*", ao passo que "*a exigência de prova além da dúvida razoável em um caso criminal radica-se em um princípio fundamental de nossa sociedade de que é muito pior condenar um homem inocente do que libertar um homem culpado*". Essas considerações demonstram a maior preocupação com a liberdade e vida do indivíduo do que com interesses econômicos, de modo que o módulo probatório exigido em casos criminais é maior. Para aprofundamento, consultar: *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970).

71 TARUFFO, Michele. "La aplicación de estándares científicos a las ciencias sociales y forenses". Trad. Maximiliano Aramburo. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 206-207.

72 Por outro lado, pelas antiepistêmicas, entende as regras que excluem provas relevantes (por exemplo, a vedação de prova ilícita no direito brasileiro), e variam de acordo com os diferentes sistemas processuais. Essas regras podem existir em um sistema jurídico, desde que tutelem um valor ao qual se atribui mais importância do que uma decisão correta e verdadeira acerca dos

probatórios, uma vez que são entendidos como regras de decisão para que o julgador alcance um julgamento de fatos seguro^{73 74}.

Desta forma, os *standards* probatórios são graus de justificação para considerar a prova das alegações de fatos, entendidos como regras epistêmicas, cuja finalidade é auxiliar na formação da convicção do juiz quanto à matéria de fato.

1.3. Utilidade da teoria dos modelos de constatação: submissão ao contraditório e controlabilidade da decisão

Apesar do que se tratou no ponto anterior, o papel dos *standards* não se exaure no julgamento. Pelo contrário, conforme Danilo Knijnik, sua grande virtude é balizar o diálogo, “*ensejando, pois, a máxima submissão do convencimento judicial ao contraditório*”⁷⁵.

Em que pese seja fácil ordenar os *standards* probatórios em uma ordem decrescente de exigência de justificação, como feito anteriormente, nenhum deles tem uma definição precisa⁷⁶. É, inclusive, desejável deixar a delimitação de um *standard* para o magistrado, com a colaboração das partes, diante do caso concreto⁷⁷. Daí, surge a necessidade de submeter esse entendimento a

fatos do caso. Para aprofundamento, consultar: TARUFFO, Michele. “La aplicación de estándares científicos a las ciencias sociales y forenses”. Trad. Maximiliano Aramburo. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 206-207.

73 LAUDAN, Larry. “La elemental aritmética epistémica del derecho II: los inapropiados recursos de la teoría moral para abordar el derecho penal”. Trad. Maximiliano Aramburo. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 121.

74 Como observado por Larry Laudan no âmbito do processo penal, “*sem um standard de prova o veredicto mesmo não estará justificado e qualquer declaração de culpabilidade será injusta, a menos que se possa mostrar que as provas apresentadas contra o acusado satisfazem o standard probatório preestabelecido*”. Ver: BELTRÁN, Jordi Ferrer. “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana”. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 21.

75 KNIJNIK, Danilo. “Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle”. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. 353, 2002. p. 14. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 07 set. 2019.

76 HAACK, Susan. “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”. Trad. María José Viana; Carlos Bernal. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 70.

77 Circuitos dos EUA recomendam aos juízes que não definam o que é *standard*, deixando para o jurado delimitar o seu alcance. Para aprofundamento, consultar: HAACK, Susan. “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”. Trad. María José Viana; Carlos Bernal. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 70.

contraditório, para que as partes possam manifestar-se acerca do alcance de um *standard* (isto é, quanto ao grau de justificação exigido no caso) e também sobre a valoração dos fatos.

Os *standards* são, como acentua Danilo Knijnik, “*pautas móveis*” a serem permanentemente concretizadas em sua aplicação no caso concreto, e não regras conceituais às quais se possa efetuar a mera subsunção por meio do processo silogístico⁷⁸. Em outras palavras, “*os modelos de constatação não são lineares, variando conforme os reflexos do direito material.*”⁷⁹

Essa concretização deve ocorrer levando em conta os argumentos das partes, isto é, sob a égide do contraditório, uma vez que, conforme Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, não se pode entender como legítimo ou democrático o processo que priva alguém de participar. Isso deve-se ao fato de que a legitimação do exercício da jurisdição depende da participação, e essa ter importante expressão no princípio do contraditório⁸⁰.

Deste modo, embora sejam regras de decisão, os *standards* devem ter seus alcances definidos de acordo com as peculiaridades do caso a ser julgado. Para tanto, é preciso a submissão da análise ao contraditório, para que se faça uma adequada valoração do contexto probatório, em busca da verdade do processo⁸¹.

Como se depreende do que foi tratado no ponto anterior, por meio de um *standard*, analisam-se as inferências feitas no decorrer do processo para que se possa tomar uma conclusão acerca do juízo de fato. Deste modo, os *standards* criam um controle lógico do convencimento judicial, atuando na esfera do que Rosito chama de *errores in cogitando*. Acrescenta o referido autor que os *standards* não permitem, destarte, um controle perceptivo quanto ao peso, medida e constatação

78 KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. 353, 2002. p. 14. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 07 set. 2019.

79 KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 18.

80 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria do processo civil**, vol. 1. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 473-476.

81 Conforme Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, a verdade do processo não necessariamente será a versão constante na narrativa de uma ou outra parte, porém não pode ser desvinculada da participação dialética das partes. Ver em: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 304.

da prova, mas permitem exercer um possível controle sobre a fundamentação judicial, sobre a qual impera atualmente o princípio do livre convencimento racional, o que demonstra que a liberdade sofre limites racionais e lógicos. Deste modo, eles visam “*a tornar objetiva a análise do convencimento judicial à luz da razão prática, da lógica do discurso, da teoria da argumentação.*”⁸²

1.4. Espécies de Modelos de Constatação

Conforme tratado, todo o juízo de fato envolverá maior ou menor grau de probabilidade⁸³, e tudo o que as partes podem fazer é convencer o juiz, com determinado grau de certeza, de que um fato é provavelmente verdadeiro⁸⁴. Aqui, analisar-se-ão os diferentes *standards* probatórios exigidos casuisticamente para a constatação de fatos. Continuamente, com a diferenciação dos graus de justificação, trar-se-ão suas características gerais, de modo a tentar delimitar seus alcances (apenas para fins didáticos e teóricos, tendo-se em vista que são definidos conforme as peculiaridades do direito material em questão e o material probatório produzido).

Embora não se possa quantificar o grau de certeza, conforme Bentham, não se pode ignorar a suscetibilidade da convicção a diferentes graus, solidez ou intensidades⁸⁵. Nesse sentido, preconiza Danilo Knijnik que pode-se perfeitamente diferenciar enunciações do tipo: (i) *é provável que algo tenha ocorrido*; (ii) *é altamente provável que algo tenha ocorrido*; (iii) *é quase certo que algo tenha ocorrido*; (iv) *é quase impossível que algo não tenha ocorrido*, de modo que é próprio da razão humana esse tipo de enunciação⁸⁶, muito embora haja um certo repúdio

82 ROSITO, Francisco. A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. **Revista de Processo**, vol. 157/2008. p. 51–71. Mar/2008. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, vol. 4. p. 245–270. Out/2011. DTR\2008\181.

83 Conforme Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, seria inadequado “um princípio unitário, válido para todos os casos e procedimentos, segundo o qual deveria ser feita a constatação dos fatos”. Ver em MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 91.

84 MCCAULIFF, C.M.A. “Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitutional guarantees?”. In: **Vanderbilt Law Review**, vol. 35. p. 1.296.

85 MCBAIN, J. P. “Burden of proof: degrees of belief”. In: **California Law Review**. vol. 32, 1944. p. 242.

86 KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 36. grifos no original.

dogmático ao probabilismo matemático⁸⁷. Nesse contexto, avultam-se os modelos de constatação.

Em outras palavras, os *standards* têm uma função de distribuir os *riscos da prova*, de modo que o grau de probabilidade exigido varia de acordo com o direito material levado a discussão. Ora, tendo-se em vista a falibilidade humana, é a importância do direito material que deverá delimitar a possibilidade de incorrência em erros e quais as consequências disso⁸⁸.

1.4.1. Prova além da dúvida razoável

Esse *standard* é típico do processo penal, na medida em que se exige, para formação do juízo de fato, maior probabilidade, tendente a uma aproximação à certeza. Deste modo, em casos criminais, há a insuficiência apenas da alta probabilidade ou da certeza subjetiva do julgador⁸⁹.

Isso ocorre porque o grau de justificação subjacente em cada *standard* específico está fundado também em opções políticas. A exigência de que uma alegação no processo penal seja provada além de dúvidas razoáveis radica-se no ideal de que é pior condenar um inocente do que absolver um culpado^{90 91}. Desta forma, há uma política de proteção dos inocentes tornando-se mais difícil de

87 Sobre o tema, Susan Haack propõe o uso epistemológico e não probabilístico da palavra “provável”: “os usos epistemológicos e estatísticos de ‘provável’ são relevantemente diferentes; ademais, as probabilidades epistemológicas – é dizer, os graus de credibilidade racional ou de justificação – não seguem os axiomas de Kolmogorov sobre o cálculo padrão de probabilidades.” Ver: HAACK, Susan. “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”. Trad. María José Viana; Carlos Bernal. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 78.

88 COSTA, Maurício Amado da. **Livre convencimento e standards de prova: Porque um processo justo deve ser menos arbitrário e mais seguro**. Monografia de conclusão de curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. p. 37-38.

89 ROSITO, Francisco. A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. **Revista de Processo**, vol. 157/2008. p. 51–71. Mar/2008. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, vol. 4. p. 245–270. Out/2011. DTR\2008\181.

90 HAACK, Susan. “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”. Trad. María José Viana; Carlos Bernal. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 69.

91 Nesse mesmo sentido, a CF insculpiu em seu art. 5º, LVII a presunção de inocência (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), o que demonstra essa opção política no Brasil. Inclusive, há autores que defendem que o princípio da presunção de inocência exerce função de *standard de prova além da dúvida razoável* nos países de *civil law*. Ver em: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. “Standards probatórios no Processo Penal”. In: **Revista AJUFERGS**, vol. 04. p. 179.

condenar alguém, através de uma preferência aos erros favoráveis à absolvição de culpados⁹².

A respeito do conceito de “dúvida razoável” capaz de ensejar a absolvição por insuficiência de provas, Irene Merker Rosenberg observou o seguinte:

Alguns tribunais aprovaram o uso de sinônimos individuais ou coletivos, como (dúvida) 'verdadeira', 'justa', 'lógica', 'substancial' ou 'real', que requerem dos julgadores dúvidas mais fortes do que o necessário; outro grupo usa antônimos, estabelecendo, por exemplo, que uma dúvida razoável não é apenas uma dúvida possível, imaginária, especulativa, vaga ou caprichosa (...). Outros, ainda, invocam um estado subjetivo (...), declarando que a dúvida razoável deveria definir-se como um tipo de dúvida que levaria um homem prudente a hesitar em dar um passo em assuntos importantes.⁹³

Deste modo, para que se admita a condenação, a prova deve superar qualquer “*dúvida objetiva, concreta e relevante*”⁹⁴.

Por tratar-se de uma convicção consistente da culpabilidade⁹⁵, a lógica é que a sociedade procura evitar quase que totalmente o risco de erro⁹⁶. Saliente-se, ainda, que não basta, para a escolha desse *standard*, o objeto da discussão ser a prática de um delito. É necessário estar dentro do âmbito do processo penal, por ter sanções próprias e mais gravosas quando comparadas à discussão da ocorrência de crimes no âmbito do Processo Civil⁹⁷.

92 ALLEN, Ronald J. “Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico”. Trad. Diego Dei Vecchi; Carmen Vázquez. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 49.

93 ROSENBERG, Irene Merker *et al.* “Perhaps what we say is based only on conjecture - circumstantial evidence, then and now”. In: **Houston Law Review**. vol. 31, 1994-1995. p. 1.408.

94 ROSITO, Francisco. A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. **Revista de Processo**, vol. 157/2008. p. 51–71. Mar/2008. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, vol. 4. p. 245–270. Out/2011. DTR\2008\181.

95 A propósito, “*as instruções ao jurado por parte da Corte Suprema da Flórida a respeito do standard nos processos penais contrastam 'uma convicção consistente da culpabilidade' com uma convicção 'vacilante e titubeante'; no entanto, é claro que 'são as provas apresentadas em um processo, e somente a estas, às que se deve socorrer para ter algo como provado' e também que 'uma dúvida razoável a respeito da qualidade do demandado pode surgir das provas, com conflito entre as provas ou da falta de provas.' HAACK, Susan. “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”. Trad. María José Viana; Carlos Bernal. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 71.*

96 MCCAULIFF, C.M.A. “Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitutional guarantees?”. In: **Vanderbilt Law Review**, vol. 35. p. 1.320.

97 Quando se discute a prática de um delito na esfera civil, como no caso da ação de indignidade sucessória, as penalidades não envolvem a restrição à liberdade do “acusado”, mas tão somente direitos patrimoniais. A respeito disso, ver: KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. 353, 2002. p. 24. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 07 set. 2019.

1.4.2. Preponderância de provas

Opta-se por trabalhar este *standard* antes da prova clara e convincente (*standard* intermediário) por ser o modelo contraposto ao da prova além da dúvida razoável, o que traz vantagens didáticas, embora não se esteja seguindo a ordem decrescente de exigência de persuasão judicial. Trata-se da regra geral do processo civil no que tange aos casos ordinários⁹⁸, no extremo oposto do *standard* da prova acima da dúvida razoável⁹⁹. Este *standard* costuma ser apontado como o apropriado para questões meramente patrimoniais¹⁰⁰.

Consigna William Trickett que:

*os doutrinadores, geralmente, ensinam que, no processo civil, a decisão deve ser proferida conforme as provas preponderantes. A persuasão necessária, nesses casos, é concebida como o estado subjetivo no qual se reputa existir uma preponderância de provas em favor da proposição de uma das partes. (...) Assim, no processo civil, o julgamento deve dar-se em favor daquele favorecido pela preponderância de provas.*¹⁰¹

Deste modo, ter-se-á como provada uma proposição quando ela for “*mais provável que sua negação*”¹⁰².

Quanto à distribuição do risco de erro, a Suprema Corte americana consignou, no caso *Addington v. Texas* (1979), que o *standard* da preponderância de provas garante aos litigantes uma repartição de maneira mais ou menos uniforme do risco de erro¹⁰³. Isso é justificável pois, um “*julgamento equivocado para o*

98 HAACK, Susan. “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”. Trad. María José Viana; Carlos Bernal. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 69.

99 KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 37.

100 Nesse sentido, Francisco Rosito consigna que “*Trata-se de modelo apropriado às questões patrimoniais, destacando-se que o 'o quantum de prova é idêntico para o autor e para o réu'.*” ROSITO, Francisco. A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. **Revista de Processo**, vol. 157/2008. p. 51–71. Mar/2008. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, vol. 4. p. 245–270. Out/2011. DTR\2008\181.

101 TRICKETT, William. “Preponderance of evidence and reasonable doubt”. In: **The Forum**, vol. X. jan, 1905. p. 77.

102 HAACK, Susan. “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”. Trad. María José Viana; Carlos Bernal. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 69.

103 *Addington v. Texas*, 441 U.S. 423, 423-4 (1979), 90 S. Ct. 1804, 1808 (1979).

*demandante não é pior que o julgamento equivocado para o demandado*¹⁰⁴, dada a menor importância dada pela sociedade a casos em que interesses estritamente econômicos são discutidos do que os em que a vida e a liberdade estão em jogo¹⁰⁵.

Assinala Danilo Knijnik que esse *standard* significa pouco mais que a metade, sendo, assim, discutível se há de exigir-se uma crença efetiva do julgador ou apenas uma preferência objetiva pelo que se apresentar mais provável¹⁰⁶. Contudo, a preponderância não pode ser entendida em termos de que uma parte produz mais elementos probatórios do que outra¹⁰⁷, pois caso assim se fizesse, estar-se-ia adotando uma forma de tarifar a prova¹⁰⁸. Pelo contrário, é necessário que a parte à que incumbe o ônus probatório produza provas suficientemente robustas para atingir o grau de justificação exigido¹⁰⁹.

Repare-se que esse *standard* não estabelece uma proteção a uma das partes como ocorre no da prova além da dúvida razoável, de modo que entende-se que é perfeitamente aceito pelo primado da paridade de tratamento, prevista no art. 7º do Código de Processo Civil brasileiro¹¹⁰, uma vez que a distribuição de risco de erro é uniforme e que às partes recai um ônus de persuasão equitativo. Nesse mesmo

104 BROUN, Kenneth S. apud. SCHWARTZ, David L.; SEAMAN, Christopher B. "Standards of Proof in Civil Litigation: An Experiment from Patent Law". In: **Harvard Journal of Law & Technology**, vol. 26, n. 2. Spring 2013. p. 436, nota 46.

105 MONTEE, Karen Ann. "Sufficiency of circumstantial evidence on Nebraska civil cases: what is the test? *Danielsen v. Richards Manufacturing Co.*, 206 Neb. 676, 294 N.W.2d 858(1980)". In: **Nebraska Law Review**, vol. 60, 1981. p. 646.

106 O autor tomou essa conclusão após citar julgados norte-americanos com delimitações distintas do standard. Por um lado, falava-se que o "*termo probabilidade denota um elemento de dúvida ou incerteza e reconhece que onde há duas opções, não é necessário que o júri esteja absolutamente certo ou em dúvida, sendo suficiente que a escolha selecionada seja mais provável que a escolha rejeitada*". Por outro lado, há casos em que se repudia essa orientação de apoiar o julgamento em possibilidades e "*depois que a prova tiver sido sopesada, a proposição reputa-se provada por uma preponderância de provas se resultar mais provável no sentido de que uma verdadeira crença na sua verdade, decorrente da prova, existe na mente do Tribunal, não obstante algumas dúvidas que possam remanescer*." Ver: KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. 353, 2002. p. 23. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 07 set. 2019.

107 HAACK, Susan. "El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica". Trad. María José Viana; Carlos Bernal. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 81.

108 Muito embora não se possa chamar a isso de "prova legal", pois esse sistema decorre da lei, é, ainda assim, uma forma de definir aprioristicamente o valor das provas. Ver: TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici. Trattato di diritti civile e commerciale**. Milano: Giuffrè, 1992. p. 362.

109 HAACK, Susan. "El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica". Trad. María José Viana; Carlos Bernal. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 81.

110 Art. 7º. "*É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório*."

sentido, Cândido Rangel Dinamarco alude que no processo civil, nos casos ordinários, há conflitos de interesses de mesma ordem, inexistindo justificativa para privilegiar algum deles¹¹¹.

1.4.3. Prova clara e convincente

Em que pese o nome desse *standard* tenha variado conforme o tempo¹¹², ele é colocado como o intermediário entre o da prova além da dúvida razoável e o da preponderância de provas. Há casos que não envolvem o processo penal, porém, que transcendem a dimensão meramente patrimonial, de modo a tornar a mera preponderância de provas um critério insuficiente para a realização de juízos de fato.

É o caso de alegações que tenham por objeto, por exemplo, fraude, destituição de pátrio poder, anulação de testamento e alguns casos de improbidade administrativa¹¹³. Há também casos do direito norte-americano envolvendo *involuntary civil commitment due to mental illness*¹¹⁴, deportação por violação à lei de imigração e cassação dos direitos parentais, bem como direitos envolvendo patentes¹¹⁵. Como se pode observar, esses casos envolvem esferas sensíveis do indivíduo, envolvendo questões que abrangem mais do que a possibilidade de perda de dinheiro¹¹⁶, e, por essa razão, a persuasão da prova deverá ser maior, sob pena de improcedência da demanda¹¹⁷.

111 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 307.

112 Há, também, o uso das expressões “clara”, “cogente”, “inequívoca” e “convincente”. A respeito do tema, ver: SCHWARTZ, David L.; SEAMAN, Christopher B. “Standards of Proof in Civil Litigation: An Experiment from Patent Law”. In: **Harvard Journal of Law & Technology**, vol. 26, n. 2. Spring 2013. p. 436, nota 54.

113 Para aprofundamento, verificar: KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 38.

114 Trata-se de um processo em que há o recolhimento involuntário de indivíduos a sanatórios devido a “doença mental”, nos casos em que o indivíduo representa perigo para si ou para outrem. Em termos processuais, todos os Estados dos EUA preveem o direito a uma audiência, a um advogado e à revisão judicial periódica. Para aprofundamento, consultar: MEYERS, Barton A. “Standards for Involuntary Civil Commitment in Pennsylvania Note”. In: **University of Pittsburgh Law Review**, vol. 38. p. 535 e ss.

115 A respeito do tema, ver: SCHWARTZ, David L.; SEAMAN, Christopher B. “Standards of Proof in Civil Litigation: An Experiment from Patent Law”. In: **Harvard Journal of Law & Technology**, vol. 26, n. 2. Spring 2013. p. 437.

116 SCHWARTZ, David L.; SEAMAN, Christopher B. “Standards of Proof in Civil Litigation: An Experiment from Patent Law”. In: **Harvard Journal of Law & Technology**, vol. 26, n. 2. Spring 2013. p. 437. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1435&context=wluface>>. Acesso em 28 out. 2019.

117 ROSITO, Francisco. A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. **Revista de Processo**, vol. 157/2008. p. 51–71. Mar/2008. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, vol. 4.

Conforme Susan Haack, as instruções da Suprema Corte da Flórida nos EUA, destinadas a jurados, definem prova clara e convincente como provas “*precisas, explícitas, não confusas e de peso tal que produzem uma crença firme ou a convicção, sem dúvida, do caso em questão.*”¹¹⁸ Por sua vez, as instruções federais aos jurados dos EUA estabelecem a exigência de que o jurado “*esteja persuadido pelas provas de que a alegação muito provavelmente (...) é verdadeira.*”¹¹⁹

Saliente-se que, segundo George Reardon, “*o grau de prova (aqui) reclamado é mais do que uma 'preponderância de prova' e menos do que o 'além da dúvida razoável'*”¹²⁰. Deste modo, a alocação de risco de erro não é tão uniforme como o é na preponderância de provas. Conforme C. M. A. McCauliff, no critério da prova clara e convincente, o autor suporta um risco maior do que o réu.¹²¹

Consoante Danilo Knijnik, no direito norte-americano há diversos outros *standards* semelhantes ao da prova clara e convincente, os quais costumam ser distinguidos com rigor nas cortes, variando de acordo com a gravidade dos fatos cuja prova se pretende, de modo que o *standard* escolhido reflete o valor que a sociedade atribui à liberdade individual em questão¹²². Conforme defender-se-á na segunda parte deste trabalho, a importância do contraditório reside não somente na definição do grau de importância atribuído ao objeto do litígio, mas também na definição do próprio *standard* em decorrência disso, bem como na concretização do alcance do *standard* eleito.

p. 245–270. Out/2011. DTR\2008\181.

118 HAACK, Susan. “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”. Trad. María José Viana; Carlos Bernal. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 71.

119 HAACK, Susan. “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”. Trad. María José Viana; Carlos Bernal. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 72.

120 REARDON, George. “Evidence: proof beyond a reasonable doubt in civil cases”. In: **University of Florida Law Review**, vol. XXVII, p. 261.

121 MCCAULIFF, C.M.A. “Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitutional guarantees?”. In: **Vanderbilt Law Review**, vol. 35. p. 1.320. Em verdade, o autor refere que no critério da prova clara e convincente, o *Estado* suporta um risco maior do que o *indivíduo*.

122 KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. 353, 2002. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 07 set. 2019.

2. A OPERACIONALIZAÇÃO DOS MODELOS DE CONSTATAÇÃO NO ÂMBITO DO PROCESSO

Nessa parte, procura-se trabalhar o tratamento a ser dispensado pelo processo civil aos modelos de constatação. Em um primeiro momento, tenta-se estabelecer um modelo ideal para o tratamento formal dos *standards*, isto é, como deve se dar a adoção deles dentro do processo. Em um segundo momento, será feita uma análise acerca do seu uso. Dito de outra forma, procurar-se-á cuidar de quais os aspectos substantivos do uso proposto dos *standards* no processo decisório. Por último, far-se-á uma análise de entendimentos consolidados do STJ acerca do tema de direito probatório, tentando tratar do uso dos modelos de constatação à luz dos julgados.

2.1. A operacionalização formal dos modelos de constatação

Primeiramente, é necessário esclarecer alguns aspectos dos *standards*, para que se estabeleça a importância do contraditório no seu uso. A partir disso, defender-se-á qual o melhor momento, no decorrer do processo, para a definição do *standard* pertinente ao juízo de fatos.

Como observa Danilo Knijnik, os *standards* envolvem elevado grau de abertura e flexibilidade¹²³. Ora, é perceptível pela própria linguagem em que operam: “dúvida razoável”, “clara e convincente” e a “preponderância” se tratam de conceitos indeterminados¹²⁴. É nesse sentido que se fala que o modelo de constatação é “*decerto um tipo real, mas é, ao mesmo tempo, um tipo ideal axiológico. Certamente, não no sentido de um tipo de totalidade, ou tipo configurativo, mas de um tipo de frequência, tipo médio, elevado à norma*”¹²⁵.

123 KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 45.

124 Neste último caso, é importante lembrar que não se trata de uma preponderância matemática, mas sim epistêmica, de modo que prevalece a indeterminação do conceito de “preponderância”. Nesse sentido: HAACK, Susan. “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”. Trad. María José Viana; Carlos Bernal. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 65-83.

125 KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 46.

Susan Haack, inclusive, refere que não há definição precisa para essa linguagem dos *standards*, e questiona se isso é desejável¹²⁶, o que corrobora com a tese de serem critérios abertos, sob pena de inutilidade¹²⁷. Ademais, conforme K. F. O'Malley, J. E. Grenig e W. C. Lee, é desejável dar ao jurado (no caso do direito brasileiro, ao juiz) uma margem para a concretização do conteúdo dessas expressões¹²⁸.

Saliente-se que, conforme Danilo Knijnik, não se pode permitir que os *standards* substituam o processo de convicção como tal, devendo servir apenas como mais um ponto de vista para analisar-se o problema judicial. Assevera o autor que:

Eles (os *standards*) são verdadeiros momentos argumentativos, ângulos ou enfoques de observação, devendo ser testados e utilizados sucessivamente, de tal modo que o observador (o juiz, as partes, o tribunal) possa ou seja, inclusive, obrigado a mudar seu ponto de vista e experimentar outra abordagem, consoante é da essência do pensamento problemático, que, haja vista, 'amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo aberto e ponderado'¹²⁹.

Os *standards* não devem, pois, exaurir o controle da convicção, e sim fundar um critério que subordine o juízo de fato ao contraditório¹³⁰.

2.1.1. Necessidade de submissão dos *standards* ao contraditório

Como se sabe, o processo é um instrumento político relevante de participação no âmbito da democracia participativa¹³¹. No mesmo sentido, afirma-se que a

126 HAACK, Susan. "El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica". Trad. María José Viana; Carlos Bernal. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 70.

127 KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 46.

128 O'MALLEY, K. F.; GRENIG, J. E., e LEE, W. C. **Federal Jury Practice and Instructions: Civil**. vol. 3. 5. ed. Eagan: West Group, 2000. p. 164.

129 KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. 353, 2002. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 07 set. 2019.

130 KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 46.

131 GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Coords.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 412.

legitimação das decisões dá-se mediante o contraditório^{132 133}. Desta forma, para os fins deste estudo, adota-se o conceito moderno de contraditório, o qual não se trata de apenas um direito à informação e à possibilidade de reação, mas mais abrangente do que isso, de modo a consubstanciar poderes de participação no desenvolvimento e, também, no resultado do processo, “*da forma mais paritária possível, influenciando de modo ativo e efetivo a formação de pronunciamentos jurisdicionais.*”¹³⁴ Desta forma, como meio para legitimar o julgamento a respeito da matéria de fato, deve-se oportunizar às partes para que se manifestem quanto ao *standard* probatório a ser usado, bem como sua aplicação em termos práticos.

Nessa esteira, adota-se a posição de Danilo Knijnik de que o *standard* deve ser definido como questão de direito antecedente, tendo-se em vista que a escolha de um ou outro critério pode implicar em juízos de fato diversos, levando-se, assim, a julgamentos diversos. Por isso, deve-se submeter a possibilidade de adoção de um critério ao contraditório, em respeito ao art. 10 do Código de Processo Civil¹³⁵, haja vista a definição do *standard* fundar o juízo de fatos, sendo matéria a respeito da qual o juiz deve decidir de ofício.

Ademais, a adoção desse critério deve ser justificada objetivamente, de modo a prevenir que a escolha se dê com base na subjetividade do juiz¹³⁶. Na discussão acerca do modelo de constatação a ser usado, as partes poderão argumentar pela importância da pretensão em pauta, isto é, se trata-se de uma questão meramente patrimonial ou se envolve direitos mais sensíveis, implicando no estabelecimento do *standard* da preponderância de prova ou o da prova clara e convincente.

132 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria do processo civil**, vol. 1. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 473-476

133 Nesse mesmo sentido, o princípio do contraditório é preceituado através do aforismo romano *aldiatur et altera pars*. Está expresso, ainda, em um provérbio da Alemanha medieval: “*eines mannes red ist keine red, der richter soll die deel verhoeren beed*”, traduzido como “*a alegação de um só homem não é alegação; o juiz deve ouvir ambas as partes*”. Ver em: MILLAR, Robert Wyness. **Los Principios Formativos del Procedimiento Civil**. Trad. Catalina Grossmann. Buenos Aires: Ediar, 1945. p. 47.

134 OLIVEIRA, Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo civil e parte geral do direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 36. Acrescentam, ainda, os autores que “*Este último elemento (pronunciamentos jurisdicionais) não se circunscreve ao ato que resolve a controvérsia, mas compreende todas as decisões do órgão judicial, digam respeito ao mérito da controvérsia, às chamadas condições da ação, aos pressupostos processuais ou à prova. Estende-se, ademais, à matéria fática ou de puro direito, e em qualquer fase do processo (...)*”.

135 Art. 10. “*O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.*”

136 KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 32-33.

Ainda, defende-se que, também, o alcance do conceito do *standard* deve ser submetido a contraditório, de modo a assegurar um mínimo de objetividade ao julgamento^{137 138}.

Feitas essas considerações, passa-se à análise do momento pertinente para a definição do *standard* probatório, de acordo com o direito brasileiro posto em matéria de processo civil.

2.1.2. Da definição em sentença

A definição do *standard* probatório em sede de sentença encontra óbice no art. 10 do Código de Processo Civil. O sistema legal brasileiro veda, destarte, decisões surpresa, como corolário lógico da compreensão do contraditório como direito à influência nos pronunciamentos judiciais¹³⁹.

Deste modo, antes de decidir o *standard* aplicável, o magistrado tem o dever de informá-lo às partes, e possibilitar-lhes manifestação acerca do tema, de modo a satisfazer o contraditório. Por esse motivo, não seria adequada a definição do modelo de constatação diretamente na sentença, por violar o contraditório e sendo que, nessa hipótese, as partes apenas poderiam manifestar sua irresignação mediante embargos de declaração nas hipóteses dos incisos do art. 1.023 do Código de Processo Civil¹⁴⁰ ou apelação, com fulcro no art. 1.009 do mesmo diploma legal¹⁴¹.

Não é forçoso afirmar, então, que a definição do *standard* em sede de sentença esvazia o contraditório, tornando-o um mero discurso legal, o que não se admite. Na linha de Danilo Knijnik, entende-se que a definição do modelo de

137 DIAMOND, Henry. "Reasonable doubt: to define or not to define". In: **Columbia Law Review**, vol. 90, 1990. p. 1.725.

138 Corroborando com esse posicionamento, está Henry Diamond: "*em razão de dúvida razoável ser um termo impreciso e haver mais de um jeito de defini-lo, (...) as definições devem ser feitas conforme o caso concreto*". DIAMOND, Henry. Reasonable doubt: to define or not to define. In: **Columbia Law Review**, vol. 90, 1990. p. 1.725.

139 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. pp. 181-185.

140 Art. 1.022. "*Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III - corrigir erro material.*"

141 Art. 1.009. "*Da sentença cabe apelação.*"

constatação é um requisito de validade para a decisão judicial¹⁴², de modo que a inexistência de definição prévia eivaria a sentença de vício processual.

Repare-se que não é que o *standard* escolhido não deva constar da sentença. Pelo contrário, como tratou-se anteriormente, enquanto fundamentos para um adequado juízo de fatos, os critérios de valoração probatória devem constar da fundamentação da sentença. O que se defende é que haja prévio debate acerca do tema, antes do pronunciamento judicial, motivo pelo qual entende-se que o momento adequado para a formulação da proposta de um *standard* é durante o saneamento do processo.

2.1.3. Organização do processo e saneamento compartilhado

Observa-se que, no Código de Processo Civil, adota-se o modelo defendido por Candido Naves, em que há um “*saneamento antecipado da prova*”, em revivescência da fórmula romana^{143 144}. Deste modo, na decisão de saneamento, há a organização do processo também no sentido prospectivo, de modo a condensar o litígio para sua adequada instrução¹⁴⁵. Em que pese haver discussões doutrinárias acerca do nome da coisa, para os fins deste estudo, entende-se que “saneamento” e “organização do processo” são sinônimos e designam a etapa do processo em que há o saneamento propriamente dito das nulidades processuais e a organização prospectiva do processo.

A partir do princípio da cooperação, estabelece-se a ideia de saneamento compartilhado, de modo que incumbe aos sujeitos do processo, sob a iniciativa do magistrado, a organização prospectiva da causa, o que implica na preparação da

142 KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 31-34.

143 LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990. p. 96.

144 Dispõe o art. 357 do CPC: “*Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: I - resolver as questões processuais pendentes, se houver; II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.*”

145 Quanto à organização em sentido respectivo, trata-se do saneamento propriamente dito, no qual procura-se sanar atos do processo e eventuais vícios processuais. Ver: MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Alvaro de. **Curso de processo civil: volume 2: processo de conhecimento**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 39-40.

instrução e do julgamento¹⁴⁶. Resta claro que o ônus probatório é distribuído neste momento, bem como a delimitação das questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, consoante incisos II e III do art. 357 do Código de Processo Civil. Pois, defende-se, aqui, que é juntamente com esses pontos que se deve definir o *standard* a ser utilizado para a realização do juízo de fatos, porquanto trata-se de questão de direito¹⁴⁷ relevante para a decisão de mérito, o que se enquadra no inciso IV do art. 357 do Código de Processo Civil.

Deste modo, conforme referido anteriormente, como a iniciativa da organização do processo pertence ao juiz, defende-se que incumbe ao juiz propor às partes o *standard* que entende pertinente com o tipo de direito discutido, fundamentadamente¹⁴⁸, em sede de decisão de saneamento. Não obstante, em cumprimento do princípio do contraditório, deve oportunizar às partes para que possam manifestar-se quanto a essa escolha, bem como para argumentarem quanto à concretização do critério a ser definido, isto é, a respeito de qual é o alcance dos termos indeterminados da linguagem própria dos *standards*¹⁴⁹. Com isso, a distribuição do ônus de persuasão realiza-se mediante a cooperação, de modo que estar-se-á legitimando o juízo de fatos a ser feito¹⁵⁰.

Feitas as considerações das partes, a proposta de *standard* inicialmente formulada pelo juízo poderá ser revista ou ratificada em sede de sentença. Isso porque é nesse momento em que o juiz fundamentará o seu juízo de fatos, incluindo, nisso, a conclusão a que chegou, após a submissão a contraditório, a respeito do

146 MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 131-147.

147 A respeito da natureza de questão de direito prévia, ver: KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos civil, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 31-34

148 A respeito da imprescindibilidade, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero afirmam que “*A fundamentação das decisões judiciais é ponto central em que se apoia o Estado Constitucional, constituindo elemento inarredável de nosso processo justo (art. 5º, LIV, CF)*”. Ver: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 612.

149 Nesse mesmo sentido, Susan Haack afirma que nenhum dos *standards* é “*completamente transparente*” Ver: HAACK, Susan. “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”. Trad. María José Viana; Carlos Bernal. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 72.

150 Ainda, a definição de um *standard* em sede de organização do processo carrega uma carga de adequação do procedimento às particularidades do caso concreto. Desse modo, o processo legitima-se como meio idôneo à tutela de direito, através da adequação do procedimento pelo juiz e pelas partes, na linha de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. Para aprofundamento, consultar: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria do processo civil**, vol. 1. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 486-488.

alcance do critério ratificado. Essa fundamentação dada permitirá o controle judicial, em casos limítrofes, para a “*correção dos erros cometidos e, principalmente, evitar que os sujeitos processuais sejam expostos a qualquer forma de arbítrio no terreno probatório e no uso do princípio do livre convencimento.*”¹⁵¹

2.2. Operacionalização dos standards no aspecto substantivo: valoração da prova ante o uso de standards probatórios

Como assinala Michele Taruffo, quando não há normas ou princípios que determinem o *standard* necessário para a produção de certos efeitos, a decisão de considerar um enunciado fático como suficientemente provado deve ser tomada de acordo com critérios racionais¹⁵². Agora, o estudo volta-se a como essa decisão pode valorar as provas e ter um enunciado como verdadeiro à luz do processo.

2.2.1. Da necessidade de coerência

Michele Taruffo trata da construção da verdade processual a partir da avaliação da coerência narrativa¹⁵³. De acordo com o autor, o juiz deve balizar o juízo de fato nas narrações “verdadeiras”, ainda que incoerentes, em detrimento de narrativas falsas e consistentes.

Partindo-se da premissa inicial adotada neste estudo de que a busca da verdade pode ser imperfeita por meios processuais – embora busque-se uma aproximação da verdade –, o autor salienta que a verdade construída no processo pode ser a de uma narrativa produzida pelo magistrado, não estando adstrito este à aceitação integral da narrativa de uma das partes. Deste modo, ante a problemática da busca da verdade, admitem-se incoerências nas narrativas, na medida que o juízo de fato deve se fundar em provas e pode haver provas contraditórias. Pelo mesmo motivo, o juiz não pode adstringir-se a uma narrativa coerente e que contrarie alegações provadas.

151 KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 46.

152 TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos**. Trad. Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 249-250.

153 TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici. Trattato di diritti civile e commerciale**. Milano: Giuffrè, 1992. t. 2. v. 3. p. 287-296

Para que haja coerência narrativa, pressupõe-se a concatenação lógica do juízo de fato, de modo que as inferências devem demonstrar coerência lógica entre si¹⁵⁴ e não podem ser contraditórias¹⁵⁵. Deve, também, existir congruência na motivação do juiz, de modo que a narração deve estar vinculada ao conjunto de fatos provados.

Como adverte o autor, a coerência e a congruência têm um caráter gradativo¹⁵⁶. Evidencia-se, pois, a necessidade de analisar a operacionalização substantiva dos *standards* probatórios, para fins de estabelecer os graus de coerência e congruência exigidos no juízo de fatos ante o uso de um modelo de constatação.

2.2.2. A aplicação dos *standards* de acordo com a teoria explicativa da prova

Primeiramente, considere-se que a valoração da prova é o juízo de aceitabilidade dos resultados produzidos pelos meios de prova¹⁵⁷. Para a valoração a doutrina contemporânea propõe o uso de *standards*, de modo a estabelecer o grau de justificabilidade das provas. Agora, explicar-se-á como isso deveria acontecer de acordo com a teoria explicativa da prova proposta por Michael S. Pardo.

Em um caso no qual há discussão acerca de fatos de um evento pretérito, uma investigação é inexoravelmente incapaz de descobrir o que aconteceu. Em vez disso, tudo o que o investigador consegue é “*uma crença do que provavelmente ocorreu*”¹⁵⁸. Ignorando-se, aqui, o sentido matemático da palavra “provavelmente”, a teoria de Michael S. Pardo propõe que os *standards* satisfaçam o *Story Model* como modelo empírico¹⁵⁹.

No *standard* da preponderância por exemplo, o julgador, ao fazer o juízo de fatos, deveria inferir a melhor explicação aos fatos. A parte que tem o ônus

154 A justificação do raciocínio integrativo de fatos diretos e indiretos para a formação de uma narrativa deve ser coerente logicamente, caracterizada pela compatibilidade das inferências.

155 Uma inferência não pode contrariar outra.

156 TARUFFO, Michele. “Funzione della prova: la funzione dimostrativa.” *In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1997. p. 568.

157 ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 140.

158 *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970). p. 397 U.S. 370.

159 PARDO, Michael S. “Estándares de prueba y teoría de la prueba.” Trad. Gonzalo Seijas. *In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 113-116.

probatório deveria ganhar se essa explicação inclui seus elementos probatórios e perder se a melhor explicação não incluir um ou mais de seus elementos. Deste modo, as melhores explicações são mais provavelmente verdadeiras de acordo com esse *standard*. Dito em outras palavras, quando há igualdade de condições, uma explicação consistente é melhor que uma contraditória; uma explicação que envolva maior quantidade de provas e elementos de provas mais importantes será melhor que aquela que não possa explicar ou dar conta delas. A isso, o autor chamou de *Story Model* como modelo empírico.

Quanto a *standards* mais altos, como o da prova clara e convincente, não basta apenas a explicação incluir mais elementos probatórios e, por isso, ser a mais provavelmente verdadeira. A explicação no *Story Model* apenas leva vantagem se for substancialmente melhor que as explicações alternativas. Quanto ao *standard* da prova além da dúvida razoável, a explicação estaria satisfeita se incluir os elementos probatórios produzidos e não haver outra explicação plausível compatível com a inocência.

2.2.3. Adequação com o modelo de tipos abertos: uma adequação ao sistema da livre convicção racional

É necessário ter parcimônia quanto à aplicação desta teoria, visto que os *standards* devem ser vistos como “*pautas móveis*”¹⁶⁰. Sobretudo no *standard* da preponderância, a teoria engessa o juízo de fatos a um certo processo de valoração. Isso contraria o caráter aberto dos *standards*, aproximando-os de conceitos determinados.

De acordo com Danilo Knijnik, no encaminhamento da questão de fato, as dimensões lógica – que diz respeito às inferências e conclusões – e perceptiva – a qual trata do peso, da medida e da contagem da prova – impedem que os modelos de constatação exauram o controle da convicção¹⁶¹.

No entanto, a teoria explicativa é, de veras, útil enquanto fornecedora das bases para a formação do juízo de fato. Explica-se: ao adotar as premissas dessa

160 KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 45-46.

161 KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 46.

teoria no sistema da livre convicção motivada, o juiz é obrigado a contrastar as narrativas factuais das partes e estabelecer a qual delas o contexto probatório oferece mais apoio de acordo com o *standard* probatório, a partir da atribuição de um valor concreto a cada elemento probatório produzido nos autos, isto é, a valoração probatória propriamente dita. Em razão da aplicação do princípio do contraditório, o juiz apenas pode fazer isso após oportunizar a manifestação às partes acerca do juízo de fatos, argumentando em favor de suas versões de fatos.

Às partes, essa teoria também fornece boas premissas, uma vez que as partes poderão defender as alegações de fato formuladas na etapa inicial do processo. É possível, pois, que autor e réu argumentem pelo valor probatório das provas que produziram, bem como pela persuasibilidade que os elementos formais devem e não devem acarretar à luz de um *standard* para a formação da convicção judicial.

2.2.4. A operacionalização substantiva de acordo com a teoria de Michele Taruffo

Michele Taruffo apresenta situações em que os enunciados acerca de fatos são ou não são provados verdadeiros, enquanto contrastados com a prova ou não de sua falsidade¹⁶². Seguindo a linha do autor, tome-se o enunciado relativo ao fato X, que, de acordo com o contexto probatório, pode ser tido como verdadeiro (VX) ou falso (FX). Observe-se que é conceitual que VX é a negação de FX e vice-versa. No entanto, a confirmação de ambos não necessariamente é excludente, por tratar-se do grau de justificação aportado pelas provas aos enunciados. A partir disso, os enunciados formulados pelas partes (tanto em favor de VX como em favor de FX) podem receber um grau de confirmação alto, frágil ou nulo, nas hipóteses que seguem.

No caso de VX receber um alto grau de confirmação probatória, as possibilidades são que, concomitantemente a isso, FX: (i) não recebeu confirmação, (ii) recebeu confirmação frágil, ou (iii) recebeu, também, um alto grau de confirmação. Nos casos (i) e (ii), obviamente, é racional eleger a prevalência de VX.

162 TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos**. Trad. Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 246-252.

O caso (iii) somente seria resolúvel casuisticamente, a partir da comparação dos respectivos graus de confirmação, e determinando se prevalece o de VX ou FX¹⁶³.

Quando VX recebe uma confirmação frágil, FX pode (i) receber uma confirmação forte, (ii) receber, também, uma confirmação frágil, ou (iii) não receber confirmação. Obviamente, na hipótese (i), a eleição racional é a de eleger FX em detrimento de VX, por ter recebido uma confirmação probatória maior. Quanto a (ii) e (iii), ambos os casos ensejam incertezas, e, por isso, não permitem a determinação da veracidade ou falsidade do enunciado de X. Para a solução do caso, é possível tomar uma decisão recorrendo às regras relativas ao ônus da prova.

Finalmente, quando VX não receber confirmação probatória, FX pode receber confirmação (i) alta, (ii) frágil, ou (iii) nula, também. Claramente, na hipótese (i), prevalecerá FX sobre VX. No entanto, paira incerteza sobre o caso (ii), porque FX não recebeu uma confirmação suficiente à luz de nenhum *standard*, e também sobre o (iii), pois nenhuma das hipóteses VX e FX recebeu algum grau de confirmação. Para a eleição de VX ou FX, também aqui, pode-se buscar auxílio em regras de distribuição do ônus probatório¹⁶⁴.

Esta teoria parece ser mais razoável do que o modelo explicativo proposto por Pardo para o modelo brasileiro, por não engessar tanto a conclusão do juiz a elementos específicos. O que essa teoria traz é uma articulação do juízo de fatos através de possibilidades, não discutindo o valor do que se provou, mas sim as conclusões às quais se pode chegar através do que se provou e das inferências, em atividade de valoração.

Conclui-se que, aqui, mostra-se importante o contraditório, de modo que as partes podem desenvolver seus raciocínios e argumentar que suas hipóteses recebem uma forte comprovação e por que motivos, ao passo de que podem fazer prevalecer suas versões dentro do *story model*. Ademais, de acordo com essa teoria, o juiz não estará motivando seu convencimento apenas nas provas convergentes em direção à hipótese vencedora¹⁶⁵.

163 O autor traz, como exemplo desta hipótese, casos em que testemunhos atestam VX do mesmo modo que há testemunhos que atestam FX.

164 Para aprofundamento, o autor também trata dos casos em que sobre uma circunstância recai uma multiplicidade de hipóteses. Por mais que se faça a mesma espécie de análise, a valoração, obviamente, será mais complexa. Ver em: TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos**. Trad. Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 251-252.

165 Caso o juiz motive seu convencimento apenas com base nas provas convergentes à hipótese

Explicada a operacionalização de uma perspectiva teórica, passa-se à análise de alguns exemplos dentro da jurisprudência dos Tribunais Superiores, em matéria de processo civil, para a concretização dos conceitos anteriormente tratados.

2.3. Recepção da Jurisprudência quanto à aplicação dos standards

2.3.1. Comprovação de atividade rurícola para obtenção de benefício previdenciário

Para elucidar a matéria objeto de prova nesse caso, faz-se necessário traçar um breve panorama sobre o direito material aplicável. Trata-se do caso dos chamados segurados especiais, os quais desenvolvem atividade rural em regime de economia familiar¹⁶⁶. A aposentadoria desses segurados se dá na modalidade por idade¹⁶⁷, de modo que devem implementar o requisito de carência¹⁶⁸, entendida como o “*número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício*”¹⁶⁹. Acontece que, por vezes, em procedimentos administrativos, o INSS acaba por não considerar que essas contribuições não se deram no exercício de atividade rural em regime de economia familiar. E é

vencedora, não estará justificando as suas razões, mas sim as razões de uma das partes, o que é um vício de diversas sentenças. Também, ao justificar o convencimento em todas as provas decorre do direito à prova, uma vez que o direito a provar não se resume à produção de prova, mas abrange, também, o direito a ter essa prova produzida valorada. Ver em: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 288-291.

166 A Lei n. 8.213/91 traz as condições para considerar o trabalhador rural como segurado especial, classificando-o como segurado obrigatório em seu art. 11, VII, nos seguintes termos: “*como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de: a) produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade: 1. agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais; (...)c) cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 (dezesesseis) anos de idade ou a este equiparado, do segurado de que tratam as alíneas a e b deste inciso, que, comprovadamente, trabalhem com o grupo familiar respectivo.*”

167 Conforme o § 7º do art. 201 da Constituição Federal, “*É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: (...) II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.*”

168 Conforme o art. 25, caput e inc. II da Lei n. 8.213/91, “*A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no art. 26: (...) II - aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de serviço e aposentadoria especial: 180 contribuições mensais.*”

169 Definição no art. 24 da Lei n. 8.213/91.

justamente sobre isso que recai a atividade probatória nos processos envolvendo esses casos: ao comprovar a atividade rural em regime de economia familiar, o segurado será enquadrado como especial, fazendo jus à aposentadoria por idade se preencher os requisitos de carência e de idade mínima.

Agora, trata-se da questão probatória desses casos. Estabelece a Lei n. 8.213/91 a regra de que “*A comprovação do tempo de serviço para os fins desta Lei (...) só produzirá efeito quando for baseada em início de prova material contemporânea dos fatos, não admitida a prova exclusivamente testemunhal (...)*”¹⁷⁰. Ocorre que, ao falar-se de rurícola em regime de economia familiar, deve-se considerar que há uma grande dificuldade em conseguir prova material, contudo, ainda assim, prevalece o entendimento de que é necessário o início de prova material¹⁷¹. Inclusive, esse posicionamento jurisprudencial consolidou-se através da edição da Súmula n. 149 do STJ, a qual dita que “*A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário*”¹⁷².

Percebe-se, desta forma, que há a imposição de um ônus de produção de prova aos segurados para a comprovação da atividade rural. Isso se deve ao fato de que o STJ, no mesmo sentido que a Lei n. 8.213/91, considera que a prova exclusivamente testemunhal não é suficiente para a persuasão do magistrado acerca da existência da atividade rural¹⁷³, em razão da desconfiança em relação a esse meio de prova¹⁷⁴.

170 Redação integral do art. 55, § 3º da Lei n. 8.213/91: “*A comprovação do tempo de serviço para os fins desta Lei, inclusive mediante justificativa administrativa ou judicial, observado o disposto no art. 108 desta Lei, só produzirá efeito quando for baseada em início de prova material contemporânea dos fatos, não admitida a prova exclusivamente testemunhal, exceto na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, na forma prevista no regulamento.*”

171 “*A valoração da prova exclusivamente testemunhal, da atividade de trabalhador rural, só é válida se apoiada em indício razoável de prova material.[...] Embora manifesta a dificuldade do rurícola na obtenção de prova escrita do exercício de sua profissão, no caso dos autos, o único documento apresentado foi uma carteira de trabalho e previdência social, onde a recorrida é qualificada apenas civilmente, não existindo prova material da atividade como trabalhadora rural, exigida pela Lei n. 8.213/1991.*” (REsp 65095/SP, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/1995, DJ 11/09/1995, p. 28845) Grifo nosso.

172 STJ, Súmula 149, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 07/12/1995, DJ 18/12/1995 p. 44864.

173 “*Conforme jurisprudência iterativa da Eg. 3ª Seção deste Tribunal, a comprovação de atividade rural, para fins de aposentadoria do obreiro, deverá assentar-se em inícios materiais, pois insuficiente, nos termos da legislação previdenciária, a prova exclusivamente testemunhal.*” (REsp 75120/SP, Rel. Ministro WILLIAM PATTERSON, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/1995, DJ 18/12/1995, p. 44700).

174 “*A prova da existência da relação de trabalho como empregado rural não pode limitar-se a meros testemunhos pois, geralmente, em casos tais, prestados por favor recíproco. No caso, entretanto, a certidão de casamento registra o exercício dessa atividade pelo cônjuge varão, o que o beneficia, o mesmo não ocorrendo com sua esposa, dada como doméstica.[...] A qualificação*

Entende-se que, durante a atividade de valoração da prova, o juízo deve levar em conta o contexto probatório como um todo, não podendo ater-se à prova material apresentada. Ademais, há o entendimento consolidado de considerar carências anteriores à prova material mais antiga acostada aos autos, caso haja suficiente robustez da prova testemunhal¹⁷⁵.

Por isso, a valoração da prova, considerando um *standard* eleito levará em conta as provas testemunhais apresentadas, à luz da prova material para se chegar a um juízo de fatos. Defende-se que a escolha de um *standard*, como tratado anteriormente, depende da prévia submissão da matéria a contraditório. Porém, assume-se aqui, somente para fins científicos, que se elege o da preponderância de provas, dado o caráter exclusivamente patrimonial do litígio. Desta forma, caso o magistrado entenda que as testemunhas e os documentos acostados corroboram as alegações de que houve o efetivo trabalho rural em regime de economia familiar com mais força do que justificam a inexistência deste trabalho, o juízo de fato deverá ser em favor do segurado, considerando-o um segurado especial.

De outro lado, caso não se comprove a atividade rural, ou caso INSS apresente testemunhas que atestem a inexistência do trabalho em preponderância de provas, o juízo de fatos se dará em desfavor do segurado, não podendo, o magistrado, considerá-lo um segurado especial.

Observe-se, finalmente, que a exigência de início de prova material é uma regra relativa ao ônus de produção de provas, pois a não apresentação de documentos é prejudicial ao juízo de fatos, sendo que enseja a improcedência dos pedidos ou a extinção do processo sem julgamento do mérito¹⁷⁶. Contudo, como

profissional de lavrador ou agricultor em atos do registro civil constitui razoável início de prova da atividade rurícola." (REsp 71730/SP, Rel. Ministro JESUS COSTA LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/1995, DJ 16/10/1995, p. 34689) Grifo nosso.

175 Fixou-se a tese de que "Mostra-se possível o reconhecimento de tempo de serviço rural anterior ao documento mais antigo, desde que amparado por convincente prova testemunhal, colhida sob contraditório" no julgamento do Tema 638 do STJ, julgado sobre o rito de recursos repetitivos. Ver: REsp 1348633/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, Primeira Seção do STJ, DJe 05/12/2014.

176 Há uma tendência, nesses casos, em não se julgar o mérito por inexistência de início de prova material: "PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. BOIA-FRIA. AUSÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. 1. Inexistência nos autos de início de prova material hábil a comprovar o exercício da atividade laborativa rurícola na condição de segurada especial da autora. 2. A prova exclusivamente testemunhal é insuficiente para comprovação da atividade desempenhada pelo trabalhador rural, sendo indispensável que ela venha corroborada por razoável início de prova material, inclusive para os trabalhadores do tipo boia-fria. 3. A ausência de conteúdo probatório válido a instruir a inicial, implica a carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, impondo a sua extinção sem o julgamento do mérito. Dessa forma, possibilita-se que a parte autora ajuíze nova ação, caso obtenha prova material hábil a demonstrar o exercício do labor rural

exposto anteriormente, isso é fundado em uma questão de valoração de prova, relativa à desconfiança que recai sobre a prova testemunhal. Por isso, é possível afirmar que há uma sensível restrição à atividade valorativa, impondo-se ao juiz a consideração de uma prova documental para a sua persuasão. Por isso, o *standard* atua no grau de convencimento dos documentos à luz do contexto probatório. Por isso, embora seja uma exigência, a apresentação escassa de documentos não pode ser suficiente para qualificar o trabalho rural. Ademais, é assegurado o contraditório de modo que nada impede prova em contrário desses documentos, podendo ter um valor probatório menor que testemunhos e documentos apresentados pelo INSS, de modo que, apresentados os documentos pelo segurado, abrir-se-á espaço para uma valoração de provas de acordo com um modelo de constatação.

2.3.2. Recusa do suposto pai à submissão do exame de DNA em ações de investigação de paternidade

Inicialmente, nesses casos, saliente-se que, conforme Danilo Knijnik, caso realizada a perícia através de exame de DNA, o grau de certeza contido no resultado goza de uma posição de prestígio ante os demais elementos probatórios, por ter um alto grau de certeza¹⁷⁷, funda, de regra, uma prova clara e convincente. Isso justifica-se na medida em que o sistema de livre convencimento não garante uma liberdade absoluta ao magistrado, e sendo que é impossível a busca de uma verdade absoluta. O que se pode questionar é a confiabilidade do resultado da prova pericial, desde que haja razões fundadas para fazê-lo no caso concreto¹⁷⁸.

No entanto, em caso de recusa, algumas questões problemáticas podem ser suscitadas. De acordo com o art. 2º-A da Lei n. 8.560/92, para provar as alegações

durante o período de carência necessário para a concessão da aposentadoria pleiteada. Precedente do STJ.” (TRF-4, AC 5000701-33.2019.4.04.9999, Rel. LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DO PR) Grifo nosso.

177 Sobre os exames de DNA, Michele Taruffo afirma que “nas últimas décadas se converteram em ‘standard de ouro’ da fiabilidade científica, simplesmente porque apóiam-se em um corpo de investigações científicas que existem como base de análises genéticas. (...) Ademais, os exames de DNA determinaram a crise de muitas outras técnicas, agora é claro que centenas ou até mesmo milhares de casos de falsas condenações (cuja falsidade descobriu-se mediante exames de DNA) estavam baseadas em diversas técnicas forenses que levaram aos julgadores a decisões equivocadas.” TARUFFO, Michele. “La aplicación de estándares científicos a las ciencias sociales y forenses”. Trad. Maximiliano Aramburo. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 210-211.

178 KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pp. 190-192.

de fato, aceitam-se todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos. No entanto, institui o parágrafo único do mencionado dispositivo que a recusa do réu quanto à submissão ao exame de DNA gera uma presunção, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório¹⁷⁹. Trata-se, também, de matéria sumulada pelo STJ, sendo classificada como presunção *juris tantum*¹⁸⁰. Com efeito, de regra, considera-se suprida a prova em contrário do suposto pai no caso de recusa quanto à realização da perícia¹⁸¹.

Faz-se necessário, no entanto, analisar o sentido adotado para os fins deste estudo quanto ao tema, sendo que a presunção de paternidade deve “*ser apreciada em conjunto com o contexto probatório*”. Adota-se, destarte, o posicionamento do STJ de que não se trata propriamente uma presunção de veracidade dotada de peremptoriedade, mas sim de um elemento que não vincula o Judiciário a uma conclusão em caso de recusa do réu¹⁸². Em outras palavras, para o juízo de fatos, a presunção deve ser considerada de acordo com justificativas, alegações e os demais elementos de prova apresentados, para que se chegue à conclusão de que foi – ou não foi – satisfeito o *standard* probatório.

179 Redação integral dos mencionados dispositivos legais: “Art. 2^o-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.”

180 “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.” (STJ, Súmula 301, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 18/10/2004, DJ 22/10/2004 p. 425).

181 KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 192.

182 "(...) Como evidencia Theotônio Negrão, com apoio em escorreita jurisprudência: Ninguém pode ser coagido ao exame ou inspeção corporal, para prova do cível. Mas aplica-se a presunção do art.359 no caso de recusar-se a parte, sem motivo justificado, o exame na sua pessoa. Desta forma, com fulcro no art.130-CPC, determino a realização do exame do DNA.' (...) É que há uma diferença considerável entre presumir-se a recusa como prova a favor do investigador, contra a defesa do investigado, e a automática presunção de que os fatos articulados na inicial são verdadeiros, tal como decretado pelo juízo singular. A mera recusa à submissão ao exame não leva diretamente à conclusão de que o investigado é o pai, absolutamente. Serve como mais um elemento para tanto, porém não é definitivo. Faz-se necessário cotejá-lo com os demais dados coligidos nos autos, sob pena de vincular-se o Judiciário, cegamente, tanto ao resultado do teste de DNA, como à recusa do réu em fazê-lo. Portanto, está errado o despacho de fl. [...], em advertir o réu no sentido de que 'este juízo presumirá verdadeiros os fatos articulados na vestibular' (sic). O correto, como se viu, é apenas presumir a recusa como elemento probatório a favor do investigador e contra o investigado, mas sem o caráter peremptório emprestado no aludido despacho. E, na espécie em comento, há mais uma razão, por uma particularidade, a ser melhor apreciada no curso da lide, pelas instâncias ordinárias. É que, segundo o réu, a genitora do autor teria mantido relações com o próprio pai do recorrente, pelo que o exame de DNA poderia não refletir a realidade [...], por coincidência das identidades genéticas." (REsp 409285/PR, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 07/05/2002, DJ 26/08/2002, p. 241).

Também aqui, com fins meramente científicos, assume-se que o *standard* eleito seja o da prova clara e convincente. Isso porque o litígio transcende o caráter exclusivamente patrimonial, envolvendo uma questão de direito de família. Ora, considera-se, para o desenvolvimento deste estudo, uma ação envolvendo direitos sensíveis a de reconhecimento da paternidade, gozando o réu de certo privilégio probatório. Isso se deve ao fato de que o risco de se ter um reconhecimento de paternidade é mais grave do que o do não reconhecimento, razão pela qual o autor deve suportar um ônus de persuasão superior ao da preponderância de provas. Contudo, é sempre válido ressaltar que, como defendido no decorrer deste estudo, a eleição do *standard* deve levar em consideração os argumentos das partes, devendo a matéria submeter-se a contraditório.

Desta forma, as partes terão a oportunidade de argumentar, durante o saneamento do processo, sobre o alcance do *standard* adotado. Com isso, poderão debater a manutenção da presunção ou se é o caso de considerá-la precária, apresentando-se uma justificativa para a sua não aplicação¹⁸³. Em outras palavras, as partes poderão definir o que é “prova clara e convincente” no caso concreto, para fins de delimitar a necessidade, ou não, o peso da recusa na atividade de valoração probatória à luz de justificativas ou de provas que a enrobustecem ou que a enfraqueçam.

Ao final, durante o juízo de fatos, caso o magistrado chegue a um convencimento, em razão da presunção de paternidade aliada ao contexto probatório, de que há prova clara e convincente da relação de filiação, deverá ser reconhecida a paternidade. Caso contrário, a filiação não deve ser reconhecida, ensejando a improcedência da demanda.

183 A respeito do tema, José Diogo Bastos Neto afirma que, “*após cognição, caso obtida demonstração ao menos indiciária da paternidade, a recusa do réu ao exame de DNA permitirá, em tese, procedência da ação, devendo tal negativa ser apreciada conjuntamente com a prova então colhida. Em situação inversa, caso a prova indique impossibilidade da paternidade pela desincumbência do autor de realizar a prova mínima, o caminho adequado será o desacolhimento do pleito, injustificando submissão do réu a exame de DNA.*” Ver em: BASTOS NETO, José Diogo. **Exame de DNA e investigação de paternidade**. Migalhas. ago./2010. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI115413,31047-Exame+de+DNA+e+investigacao+de+paternidade>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

2.3.3. Dispensa de apresentação de laudo médico para reconhecimento judicial de isenção do Imposto de Renda de Pessoa Física

Conforme as normas de direito tributário aplicáveis, são isentos do Imposto de Renda de Pessoa Física os proventos de aposentadoria ou reforma e valores recebidos a título de pensão quando o beneficiário for portador de alguma das doenças tidas como graves pela Lei n. 7.713/88¹⁸⁴. Para a obtenção da isenção, a Lei n. 9.250/95 exige comprovação da doença por laudo pericial emitido por serviço médico oficial¹⁸⁵. Entretanto, o STJ fixou entendimento, através de súmula, no sentido de dispensar a apresentação desse laudo para o reconhecimento judicial da isenção, caso haja demonstração suficiente da doença grave por outros meios de prova¹⁸⁶.

Adotando-se as premissas desse estudo, a leitura dessa súmula merece parcimônia, pois esse entendimento judicial é aceitável na medida em que atenua um ônus específico de produção de prova, podendo este ser entendido como uma forma de tarifamento da prova. Conforme fixa a lei, o contribuinte deve apresentar o laudo oficial, sob pena de indeferimento da isenção, ao menos, na instância administrativa, estabelecendo-lhe um ônus quanto à produção probatória.

A súmula retira, do contribuinte, desta forma, esse encargo. Aceita-se, então, a dispensa da produção *a priori* dessa prova em processos judiciais, em razão do entendimento jurisprudencial de que a perícia oficial deve ser exigida como condição à concessão da isenção somente na esfera de procedimentos

184 Conforme o art. 6º, caput c/c incs. XIV e XXI da Lei, “*Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas: (...) XIV – os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma; (...) XXI - os valores recebidos a título de pensão quando o beneficiário desse rendimento for portador das doenças relacionadas no inciso XIV deste artigo, exceto as decorrentes de moléstia profissional, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída após a concessão da pensão.*”

185 Redação integral do caput do art. 30 da Lei: “*A partir de 1º de janeiro de 1996, para efeito do reconhecimento de novas isenções de que tratam os incisos XIV e XXI do art. 6º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, com a redação dada pelo art. 47 da Lei nº 8.541, de 23 de dezembro de 1992, a moléstia deverá ser comprovada mediante laudo pericial emitido por serviço médico oficial, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.*”

186 “É desnecessária a apresentação de laudo médico oficial para o reconhecimento judicial da isenção do imposto de renda, desde que o magistrado entenda suficientemente demonstrada a doença grave por outros meios de prova” (STJ, Súmula 598, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/11/2017, DJe 20/11/2017).

administrativos¹⁸⁷. Contudo, no decorrer do processo, caso a Fazenda Pública requeira a realização da perícia oficial – e caso demonstre que esta não é uma diligência inútil ou protelatória ante a realização de uma perícia judicial^{188 189}, o que, de certa forma, é difícil, tendo em vista que os resultados da prova científica baseiam-se prevalentemente em estatísticas¹⁹⁰ –, o juízo deverá deferir-lhe. Isso se deve ao fato de que a admissibilidade da prova está em plano diverso da valoração, como já tratado na primeira parte deste estudo.

Não obstante, observa-se a tendência jurisprudencial no sentido de dispensar a realização da perícia oficial com fulcro no livre convencimento do juiz¹⁹¹, em

187 “Com base no referido preceito legal, o ora agravante alega que, mesmo na via judicial, não pode ser concedida isenção ao portador da moléstia grave, sem que antes tenha sido a doença diagnosticada por médico oficial. Entretanto, *consoante a jurisprudência pacífica desta Corte, a disposição contida no art. 30, caput, da Lei 9.250/95 está voltada para a Administração Pública e não para o magistrado*, que pode formar a sua convicção com base no acervo probatório dos autos, por força do princípio da persuasão racional, insculpido no art. 131 do CPC. Assim, quando existentes outros elementos probatórios nos autos, que permitam ao magistrado concluir pela existência da moléstia grave, afigura-se dispensável a comprovação da doença mediante laudo expedido por médico oficial, para fins de concessão da isenção, em Juízo, do Imposto de Renda ao contribuinte.” (STJ, AgRg no AREsp 556281/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Segunda Turma, julgado em 17/11/2015, Dje 30/11/2015) Grifo nosso.

188 Caso não demonstre, o juiz poderá indeferir sua realização, porém não com base em seu livre convencimento, e sim no comando legal do parágrafo único do art. 370 do Código de Processo Civil: “*Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.*”

189 A respeito do tema, há uma certa polêmica teórica quanto à possibilidade de o juiz ter uma função de *gatekeeper* no plano da admissibilidade da prova científica. A princípio, cumpre referir que, por um lado, não se precisa de um controle específico de admissibilidade científica da prova junto com o controle de admissibilidade processual, de modo que todas as provas científicas relevantes devem ser admitidas, deixando a discussão de sua validade científica para a valoração, como ocorre em grande parte da Europa. Porém, seguindo o modelo norte-americano conhecido como teste Daubert, também é possível sustentar que, junto ao controle processual de admissibilidade da prova, deve haver um de admissibilidade científica diferente daquela feita na fase de valoração. Esse último posicionamento nos parece mais razoável, haja vista o primeiro deles confundir a confiabilidade da prova científica com o seu valor probatório. Contudo, a admissibilidade da prova científica deve ser pautada na satisfação de *standards* de prova científica (os quais não se confundem com os *standards* probatórios), de modo que se objetivize o juízo de admissibilidade, não sendo este deixado inteiramente nas mãos do convencimento do magistrado. Deste modo, deve-se levar em consideração, juntamente com a aceitação geral pela comunidade científica da teoria utilizada no teste, a efetiva validade científica da técnica aplicada. Para aprofundamento acerca do tema, ver em: ABELLÁN, Marina Gascón. “Prueba científica. Un mapa de retos”. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 191-194.

190 ABELLÁN, Marina Gascón. “Prueba científica. Un mapa de retos”. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 183.

191 “TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IRPF. ISENÇÃO. PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE. LAUDO PERICIAL. SERVIÇO MÉDICO OFICIAL. PRESCINDIBILIDADE. LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA DO MAGISTRADO. AGRAVO REGIMENTAL DO ENTE PÚBLICO DESPROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo ser *desnecessária a apresentação de laudo médico oficial para o reconhecimento da isenção de Imposto de Renda no caso de moléstia grave, tendo em vista que a norma prevista no art. 30 da Lei 9.250/1995 não vincula o Juiz, que, nos termos dos arts. 131 e 436 do CPC, é livre na apreciação das provas*. Precedentes: AgInt no REsp. 1.598.765/DF, Rel. Min. HERMAN

verdadeira confusão do plano de admissibilidade com o de valoração^{192 193}. O que não se pode fazer é indeferir a produção de prova sob a justificativa de que o magistrado já está convencido dos fatos, sob pena de prejudicar-se a demanda¹⁹⁴.

Afirma Danilo Knijnik que, diante da legislação brasileira posta, não se infere a existência de um microsistema probatório específico do direito tributário, porquanto as categorias reconduzem-se, de forma geral, à lei processual geral¹⁹⁵. Por tratar-se de caso em que a legislação exige prova direta, não fixando tipos presuntivos¹⁹⁶, a solução do litígio dependerá da valoração probatória à luz de um *standard* probatório. Desta forma, considerando-se que a dispensa da perícia oficial, em um caso concreto, dê-se regularmente e de acordo com critérios científicos, restará, ao magistrado, a tarefa de considerar os demais elementos para a formação de seu convencimento (em geral, mediante prova pré constituída ou perícia judicial).

BENJAMIN, DJe 29.11.2016; AgRg no AREsp. 540.471/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 27.3.2015. 2. Agravo Regimental do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL desprovido.” (STJ, AgRg no AREsp 533874/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, julgado em 16/05/2017, DJe 23/05/2017) Grifo nosso.

192 A propósito, a valoração da prova pericial é, em geral, precária, fundada na errônea ideia de que o sistema de livre convencimento confere uma liberdade valorativa absoluta ao juiz. Na linha de Danilo Knijnik, em um sistema de *civil law*, para valorar a prova pericial à luz dos demais elementos probatórios produzidos nos autos, o juiz pode valer-se dos mesmos critérios de admissibilidade de prova científica instituídos em *Daubert*. Isso porque os juízos de admissibilidade e de valoração estão concentrados no mesmo órgão jurisdicional, tanto em caso de juízes singulares como em Tribunais. Para aprofundamento, ver: KNIJNIK, Danilo. **Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 67-72.

193 “PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. MOLÉSTIA GRAVE. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. SÚMULA 83/STJ. INCIDÊNCIA.I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.II – É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual a *imposição de comprovação da existência de moléstia grave por meio de laudo pericial emitido por serviço médico oficial para efeito de isenção do Imposto de Renda é aplicável apenas à Administração Pública, não se exigindo do Magistrado uma vez que cabe a ele a livre apreciação motivada das provas*. III - O recurso especial, interposto pela alínea a e/ou pela alínea c, do inciso III, do art. 105, da Constituição da República, não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência dessa Corte, a teor da Súmula 83/STJ.IV – O Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada. V – Agravo Interno improvido.” (AgInt no REsp 1581095/SC, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Primeira Turma, julgado em 19/05/2016, DJe 27/05/2016) Grifo nosso.

194 KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 189.

195 KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 132.

196 A respeito destes, aplicam-se quanto aos elementos do fato gerador, como presunções de valoração vinculadas. Para aprofundamento, consultar: KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 142-165.

Em se tratando de um litígio que envolva apenas questões patrimoniais, e que, como dito anteriormente, o direito tributário não tem um microsistema probatório próprio, entende-se que o *standard* aplicável é o da preponderância de provas. Desta forma, diante do contexto probatório, o juiz fará o juízo de fatos, deferindo a isenção do Imposto de Renda de Pessoa Física caso demonstre-se que a existência de doença grave é mais provável do que a sua não existência.

CONCLUSÃO

De modo a evitar arbítrios no exercício do livre convencimento do julgador, sua convicção deve estar dotada de predicados de racionalidade. Essa racionalidade exige a adoção de critérios objetivos para a formulação do adequado juízo de fatos, ante a falibilidade humana e a impossibilidade de se obter a verdade mediante meios processuais.

Desta forma, é necessária a adoção de um método que permita o juiz a decidir em meio a probabilidades, entendidas não de modo matemático, mas como graus de segurança com que se pode esperar que uma inferência está correta à luz da prova dos autos. Para isso, o juiz deve analisar as narrativas trazidas pelas partes à luz do contexto probatório, e os modelos de constatação ditarão o grau de convencimento a que deve chegar o magistrado para que possa considerar uma afirmação como provada.

Merecem realce os seguintes pontos quanto à operacionalização do juízo de fatos:

- 1) O melhor momento para se determinar o *standard* a ser adotado é durante o saneamento e organização do processo. Esta conclusão está alinhada com o princípio do contraditório como direito à participação, de modo que a discussão quanto à adoção de *standards* no caso concreto corrobora com a noção de saneamento compartilhado.
- 2) Muito embora a adoção da teoria explicativa da formação do juízo de fatos à luz de *standards* proposta por Pardo deva ser ponderada ante a imprecisão proposital dos *standards*, essa sistematização contribui com importantes noções para o entendimento da atuação do contraditório no âmbito da formação da convicção do magistrado.
- 3) De outro lado, a proposta de Michele Taruffo parece ser a que melhor se adequa ao contexto brasileiro, por analisar o juízo de fatos através das possibilidades de inferências provadas em atividade de valoração.
- 4) Os juízos de fatos dos casos concretos, em geral, carecem de uma motivação que satisfaça os critérios de apreciação probatória, não podendo

ser fundados no livre convencimento judicial, sob pena de permitir arbitrariedades no processo.

REFERÊNCIAS

ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

ABELLÁN, Marina Gascón. “Prueba científica. Un mapa de retos”. *In*: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 181-202.

ALLEN, Ronald J. “Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico”. Trad. Diego Dei Vecchi; Carmen Vázquez. *In*: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 41-64.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. “Standards probatórios no Processo Penal”. *In*: **Revista AJUFERGS**, vol. 04. p. 161-185.

BASTOS NETO, José Diogo. **Exame de DNA e investigação de paternidade**. Migalhas. ago./2010. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI115413,31047-Exame+de+DNA+e+investigacao+de+paternidade>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana”. *In*: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 21-40.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **D.O.U.** 191-A de 5 de outubro de 1988. p. 1.

BRASIL. Lei n. 7.713, de 22 de dezembro de 1988. **D.O.U.** de 23 de dezembro de 1988. p. 25283

BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. **D.O.** de 25 de julho de 1991. p. 14809.

BRASIL. Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992. **D.O.** De 30 de dezembro de 1992. p. 18417.

BRASIL. Lei n. 9.250, de 26 de dezembro de 1995. **D.O.** De 27 de dezembro de 1995, p. 22304.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **D.O.U.** De 17 de março de 2015, p.1.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial n. 1581095. **DJe**. 27 maio 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 556281. **DJe**. 30 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 533874. **DJe**. 23 maio 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1348633. **DJe**. 05 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 409285. **DJ**. 26 ago. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 65095. **DJ**. 11 set. 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 75120. **DJ**. 18 dez. 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 71730. **DJ**. 16 out. 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 149. **DJ**. 18 dez. 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 301. **DJ**. 22 out. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 598. **DJe**. 20 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível n. 5000701-33.2019.4.04.9999. 30 jul. 2019.

CARRATA, Antonio. “Funzione dimostrativa della prova”. *In*: *Rivista di Diritto Processuale*, Milano. Padova: Cedam, ano LVI, séc. Série, n. 1. genn.-mar. 2001.p. 73.

COSTA, Maurício Amado da. **Livre convencimento e standards de prova: Porque um processo justo deve ser menos arbitrário e mais seguro**. Monografia de conclusão de curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

DESCALZI, José Pablo. “La carga de la prueba en el Cód. Proc. Civ. De La Pampa.” *In*: MORELLO, Augusto Mario. **Prueba: cuestiones modernas**. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2007.

DIAMOND, Henry. "Reasonable doubt: to define or not to define". *In: Columbia Law Review*, vol. 90, 1990. p. 1716-1736.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 12. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US Supreme Court. Addington v. Texas, 441 U.S. 418. 1979.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US Supreme Court. In re Winship. , 397 U.S. 358. 1970.

FENOLL, Jordi Nieva. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 87.

FENOLL, Jordi Nieva. "Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: nociones que precisan revisión". *In: Justicia: Revista de derecho penal*, n. 3-4/2011. Nov. 2011.

FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Coords.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

HAACK, Susan. "El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica". Trad. María José Viana; Carlos Bernal. *In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 65-98.

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

KNIJNIK, Danilo. "Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle". *In: Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 353, 2002. Disponível

em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 07 set. 2019.

KNIJNIK, Danilo. **Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. “A proibição do *non liquet* e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional”. In: **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270. set/dez 2015. p. 171-205.

LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

LAUDAN, Larry. “La elemental aritmética epistémica del derecho II: los inapropiados recursos de la teoría moral para abordar el derecho penal”. Trad. Maximiliano Aramburo. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 119-134.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. “O necessário desenvolvimento de *standards* probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro”. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 156/2019. Jun/2019. DTR\2019\31668. p. 165-188.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011.

MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Curso de processo civil: volume 2: processo de conhecimento**. São Paulo: Atlas, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil: teoria do processo civil, vol. 1. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MCBAINE, J. P. “Burden of Proof: Degrees of Belief”. In: California Law Review, vol. 32, 1944. p. 242-268.

MCCAULIFF, C.M.A. “Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitutional guarantees?”. *In: Vanderbilt Law Review*, vol. 35. p.1293-1335.

MEYERS, Barton A. “Standards for Involuntary Civil Commitment in Pennsylvania Note”. *In: University of Pittsburgh Law Review*, vol. 38.

MILLAR, Robert Wyness. **Los Principios Formativos del Procedimiento Civil**. Trad. Catalina Grossmann. Buenos Aires: Ediar, 1945.

MONTEE, Karen Ann. “Sufficiency of circumstantial evidence on Nebraska civil cases: what is the test? *Danielsen v. Richards Manufacturing Co.*, 206 Neb. 676, 294 N.W.2d 858(1980)”. *In: Nebraska Law Review*, vol. 60, 1981. p. 636-655.

NOBILI, Massimo. **Il principio del libero convincimento del giudice**. Milano: Giuffrè, 1974.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo civil e parte geral do direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

O'MALLEY, K.F.; GRENIG, J. E., e LEE, W.C. **Federal Jury Practice and Instructions: Civil**. vol. 3. 5. ed. Eagan: West Group, 2000.

PARDO, Michael S. “Estándares de prueba y teoría de la prueba.” Trad. Gonzalo Seijas. *In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p.97-118.

REARDON, George. “Evidence: proof beyond a reasonable doubt in civil cases”. *In: University of Florida Law Review*, vol. XXVII. p. 261 e ss.

ROSENBERG, Irene Merker *et al.* “Perhaps what we say is based only on conjecture - circumstantial evidence, then and now”. *In: Houston Law Review*. vol. 31, 1994-1995. p. 1390 e ss.

ROSITO, Francisco. A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. **Revista de Processo**, vol. 157/2008. p. 51-71. Mar/2008. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, vol. 4. p. 245–270. Out/2011. DTR\2008\181.

SCHWARTZ, David L.; SEAMAN, Christopher B. “Standards of Proof in Civil Litigation: An Experiment from Patent Law”. *In: Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 26, n. 2. Spring 2013. p. 430-480.

TARUFFO Michele. **A prova**. Trad. João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. “Funzione della prova: la funzione dimostrativa”. *In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1997.

TARUFFO, Michele. “La aplicación de estándares científicos a las ciencias sociales y forenses”. Trad. Maximiliano Aramburo. *In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 203-214.

TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici. Trattato di diritti civile e commerciale**. Milano: Giuffrè, 1992. t. 2. v. 3.

TARUFFO, Michele. **La prueba**. Trad. Laura Manríquez; Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008.

TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos**. Trad. Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010.

TRICKETT, William. “Preponderance of evidence and reasonable doubt”. *In: The Forum*, vol. X. Jan, 1905. p. 75-86.