

Lirio Hoffmann Junior

***STANDARDS* DE PROVA NO PROCESSO**

**condições, pressupostos
e legitimidade**

2026

OS STANDARDS DE PROVA ENQUANTO REALIDADE ONTOLÓGICA

A já aqui mencionada insuficiência dogmática da prova judiciária ganha contornos ainda mais acentuados quando se direciona os olhos ao estudo dos standards de prova.

A ausência quase que completa de teorização, associada a um vácuo legislativo a respeito desta temática, tem-se convertido no calcanhar de Aquiles de uma conformação processual que se dedique a controlar arbitrariedades judiciárias.¹ E não há dúvidas de que a ausência de um sistema, ainda que pressuposto, que admita standards de prova é um sistema incompleto quanto à justificação das decisões.

Estabelecida a premissa de que entre prova e verdade se estabelece uma relação teleológica, no sentido de que a verdade assume no processo um objetivo institucional, e que por verdade se compreende um sentido de correspondência, em que o raciocínio probatório se dá em termos probabilísticos, é imperiosa uma teorização a este respeito, a fim de que possa compreender racionalmente outros tantos institutos relacionados à prova judiciária, como o ônus da prova e as presunções, por exemplo.²

Quando o juiz, à vista do material probatório construído no processo, não se utiliza das regras relativas ao ônus da prova para proceder ao julgamento, está implicitamente reconhecendo que aquele material é totalmente apto à formação de seu convencimento. Quando, ao contrário, tal material não lhe proporciona esse estado de espírito, aquelas regras lhe servem de esteio.

Já aqui o juiz não julga com base em um juízo de certeza, em particular porque a prova então produzida não teve o condão de lhe revelar de fato o

-
1. BELTRAN, Jordi Ferrer. **Valoração racional da prova**. 2ª. ed. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 241.
 2. MENDONÇA, Daniel. **Las claves del derecho**. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 229.

que se passou no domínio empírico. A ideia fundamental é que o juiz não pode utilizar como fundamento de sua decisão a existência de fatos que não lhe foram evidenciados.³

O juiz, portanto, reconhecendo a impossibilidade de assentar a verdade dos fatos, e pressupondo a prevalência de outros valores que, como se disse, por vezes se impõem em detrimento de uma exauriente análise empírica, se vale de tais regras que, sob este aspecto, funcionam como um farol seguro no dever de prestar a jurisdição.⁴

Algo semelhante se passa em relação às presunções, particularmente aquelas de natureza relativa. Em função delas, ao juiz impõe-se a aceitação de uma hipótese na ausência de prova suficiente em sentido contrário.⁵

Também aqui o papel dos standards de prova é fundamental. Qual deve ser a prova, por exemplo, apta a derruir a presunção de inocência que atua em favor de todo acusado na esfera penal, ou a presunção de legitimidade que de ordinário recobre os documentos públicos?⁶

Em síntese quanto a este ponto, diante de situações em que a verdade não se apresenta apta à percepção, ou mesmo quanto razões adicionais recomendam um juízo de verossimilhança, é fundamental a disposição de regras que indiquem algum grau de suficiência probatória, precisamente para que se possa garantir padrões mínimos de racionalidade e segurança jurídica.

2.1 O QUE É UM STANDARD PROBATÓRIO?

A incipiente investigação sobre os standards de prova, associada à dificuldade de se compreender a sua função no processo, se reflete também na titubeante tentativa de conceituá-lo.

Equivoca-se quem imagina que tal dificuldade se estabelece apenas entres os juristas de “civil law”, onde a temática assume ares de relativa no-

3. VERDE, Giovanni. *Onere della prova nel processo civile*. Napoli: Jovene, 1974, p. 118.

4. Como bem observa Ovídio Araújo Baptista da Silva, “ao juiz, mesmo em caso de dúvida invencível, não é lícito eximir-se do dever de decidir a causa. Se ele julgar igualmente sobre a existência de fatos a respeito dos quais não haja formado convicção segura, é necessário que a lei prescreva qual das partes haverá de sofrer as consequências de tal insuficiência probatória” (**Curso de processo civil**: processo de conhecimento. Vol. 1. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 327).

5. BELTRAN, Jordi Ferrer. **Valoração racional da prova**. 2ª. ed. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 244.

6. ULLMANN-MARGALIT, Edna. On presumption. In: **Jounal of Philosophy**, vol. 80, mar. 1983, p. 149.

vidade, em comparação aos sistemas de “common law”, já de certo modo habituados ao instituto, cuja dogmatização é anterior.⁷

Seja como for, a necessidade de se contar com padrões decisórios minimamente racionais, a partir dos quais seja possível a obtenção de graus variáveis de corroboração de uma hipótese fática, não é algo exclusivo do fenômeno jurídico,⁸ mas de todo contexto em que se imponha a necessidade de se proceder a um julgamento em condições de incerteza fática.⁹

Tal como sucede em qualquer área do conhecimento humano, também no Direito a estipulação desse grau mínimo de corroboração fática não se estabelece em bases epistemológicas, mas políticas,¹⁰ à base de escolhas racionalmente movidas pela experiência.

Com efeito, como bem reconhece Jordi Ferrer Beltrán, a epistemologia pode nos ajudar no delineamento de um determinado standard de prova, no sentido de que por ele se reflitam níveis seguros de grau de suficiência probatória pelo qual tenhamos que decidir alguma coisa; mas ela, em si mesma, nada diz a respeito de qual grau de suficiência é efetivamente adequado em cada situação.¹¹

O conhecimento proporcionado pela epistemologia pode não assumir qualquer significado referencial se, em função de uma escolha fundamental, não for levado em consideração aquilo que objetivamente se apura por conta da observação. É precisamente em razão do conhecimento, que se repete à luz da reprodução das condições necessárias, que o tomador de decisão adota um padrão objetivo de administração de erros.

Inúmeros são os fatores que podem ser levados em conta para a adoção de um critério variável de administração de erros, mas em todo caso se reconhece, por pressuposto, que situações mais cotidianas, que envolvam

7. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **Quaestio facti**: ensaios sobre prova, causalidade e ação. Tradução: Luiz Felipe Kircher. Revisão: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 141.

8. Consoante bem recorda Jordi Ferrer Beltran, também a farmacologia, a história, a epidemiologia e a astronomia necessitam de standards de prova claramente definidos (**Prova sem convicção**: standards de prova e devido processo legal. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 31).

9. LOEVINGER, Lee. Standards of proof in science and law. In: **Jurimetrics**, vol. 32, n.º 32, 1992, p. 331.

10. STEIN, Alex. **Foundations os evidence law**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 121

11. BELTRAN, Jordi Ferrer. **Prova sem convicção**: standards de prova e devido processo legal. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 31.

um diminuto valor jurídico do bem tutelado, exigem uma menor suficiência probatória. Evidentemente, essa estimativa também se rege por critérios de natureza política, sendo por definição variável de sistema para sistema.¹²

Seja como for, há certo consenso doutrinário de que qualquer ordem jurídica, seja de que natureza for, não pode ser tida por racional se prescindir em matéria probatória de um arcabouço mínimo que possibilite afirmar que grau de probabilidade é necessário para que se tenha por provado um enunciado fático.¹³ Como se disse, razões relativas ao devido processo legal, relacionas à segurança jurídica, mais do que recomendar, exigem sinalizações claras e seguras de tais exigências.¹⁴

Antes de partirmos para uma conceituação do que seja um standard de prova, é importante situarmos que sua natureza está vinculada a um critério de prova como raciocínio, isto é, como ponto de partida que se orienta a justificar determinada hipótese como premissa fática da decisão judicial. Sob esse aspecto, compreendemos que se tem por formado o raciocínio judicial não apenas pelos fatos que se pretende provar, mas também pelos fatos utilizados para essa prova.¹⁵

Cremos que essa racionalização é fundamental para a compreensão dos standards de prova, a partir de uma concepção relacional, segundo a qual seja possível se proceder a generalizações empíricas que correlacionem os fatos às descrições que deles são realizadas no processo.

-
12. PICINALI, Federico. Two meanings of ‘reasonableness’ dispelling the ‘floating’ reasonable doubt. In: **The modern law review**, vol. 77, 2013, n.º 5, p. 865. No mesmo sentido, Giovanni Tuzet: “Second question: why do systems differ in those respects? Here the answer stems from the development of different perspectives over time: there are historical, institutional and procedural differences that explain why some systems are more concerned with assessment criteria and others with standards of proof” (Evidence assessment and standards of proof: a messy issue. In: **Quaestio facti**: international journal on evidential legal reasoning, n.º 2, 2021, p. 104-105).
 13. Como salienta Marina Gascón Abellán, “desde una perspectiva epistemológica cabe decir que la racionalidad exige un grado de probabilidad mínimo del que ningún orden jurisdiccional debería abdicar, a menos que estemos dispuestos a concebir la decisión probatoria como irracional” (Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. In: **Doxa**: cuadernos de filosofía del derecho, n.º 28, 2005, p. 130).
 14. No sentido do texto, Humberto Ávila (Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. In: **Revista de Processo – RePro**, vol. 282, ago. 2018, p. 113-139).
 15. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **Quaestio facti**: ensaios sobre prova, causalidade e ação. Tradução: Luiz Felipe Kircher. Revisão: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 142.

Sob este aspecto, é possível se defender a operacionalização de inferências probatórias empíricas, próprias de generalizações, à vista de pelo menos de dois fatos, precisamente como sucede, por exemplo, com as máximas de experiência.¹⁶ Esse argumento será tratado com mais profundidade em tópico próprio, mas é fundamental que aqui se destaque ao menos um traço fundamental.

Se não se pode, em todo caso, prescindir de raciocínios inferenciais próprios, como aqueles relacionados às máximas de experiência ou às presunções, é forçoso reconhecer que as regras de valoração da prova são graduais em pelo menos dois aspectos.¹⁷

Em primeiro lugar, refere-se a critérios que são graduais, segundo o maior ou menor número de elementos de juízo, a maior ou menor confiabilidade destes elementos, e a maior ou menor coerência abstrata da hipótese a ser provada. Em segundo lugar, uma hipótese fática pode ser justificada à vista de um variado número de regras, o que impõe que um julgamento se dê à luz de uma valoração holística.¹⁸

Esse mecanismo permite, pois, determinar se uma hipótese é mais ou menos provável que outra, tomando-se em conta um sentido indutivo,¹⁹ mas não admite precisar o grau de probabilidade entre ambas. Consoante se verá adiante, os critérios de valoração da prova e os standards de prova têm princípios e finalidades diversos, algo já ressaltado quando apontamos a natureza eminentemente política dos últimos.

-
16. Parece-nos adequado, neste sentido, o raciocínio desenvolvido por Daniel Gonzáles Lagier, a título de exemplo: “1. Logo após o crime, o acusado foi detido nas imediações da casa em que foi praticado o roubo, levando consigo os objetos subtraídos da residência e, portanto, uma barra metálica (elementos de juízo). 2. Se alguém é surpreendido no local do fato criminoso ou na sua proximidade, imediatamente após o ocorrido, levando bens relacionados ao crime e/ou apetrechos necessários à sua prática, trata-se provavelmente dos autos do crime (máxima de experiência). 3. O acusado é o autor do crime (fato provado)” (*Ibid.*, p. 144).
 17. É pertinente, neste sentido, a compreensão de Willard van Orman Quine, segundo a qual, neste contexto, a epistemologia seria reduzida àquilo que nomina de “psicologia cognitiva”, sem a pecha, contudo, de antirracional (*Naturalización de la epistemología*. In: **La relatividad ontológica y otros ensayos**. Madrid: Editora Tecnos, 2002).
 18. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **Quaestio facti**: ensaios sobre prova, causalidade e ação. Tradução: Luiz Felipe Kircher. Revisão: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 153.
 19. COHEN, Laurence Jonathan. **The probable and the provable**. Oxford: Clarendon Press, 1977.

Já aqui necessita ficar claro que os standards de prova não se prestam a valorar a prova, algo já previamente desempenhado por regras lógico-indutivas, mas a avaliar o grau de justificação obtido pelo raciocínio do julgador. Isso se revela razoavelmente claro quando se aceita a diversidade de standards de prova – à luz dos diversos critérios que um sistema pode eleger – mas não os critérios de valoração que, em essência, são sempre os mesmos.

Assentas essas premissas, é possível agora determinar um conceito de standard de prova que, na linha do pensamento de Laudan, pode ser estabelecido como um mecanismo que permite distribuir os erros judiciais na declaração de fatos reconhecidamente provados.²⁰

Como é intuito, a conceituação dos standards de prova costuma variar segundo a concepção que se venha a adotar sobre a função da prova e, particularmente, das variáveis teses que abordam a sua sintonia com o tema da valoração do material probatório.²¹

Por vezes, confundindo-se os sentidos, atribui-se aos standards de prova uma função que não lhe é própria, como aquela que se preordena a afirmar que uma hipótese fática está ou não provada. Para nós, os standards de prova levam em consideração esse raciocínio como um elemento necessário, mas logicamente anterior ao prognóstico desempenhado pelo julgador.²²

Para nós, os standards de prova laboram com uma regra de julgamento, que toma em consideração elementos racionais de índole valorativa que o juiz utiliza ao considerar individualmente cada fato articulado no processo. Não tem ele próprio, convém enfatizar, a função de ditar os critérios que devem conduzir a um julgamento parcial sobre a verdade ou falsidade de uma proposição.

20. LAUDAN, Larry. **Truth, error, and criminal law**: an essay in legal epistemology. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 68. Um conceito semelhante pode ser lido na obra de Alex Stein (**Foundations of evidence law**. Oxford: Oxford University, 2005, p. 133).

21. Neste sentido, Kevin M. Clermont, segundo quem standard seria, em realidade, a íntima convicção do juiz (**Standards of decision in law**. Carolina do Norte: Carolina Academic Press, 2013, p. 221-272).

22. Por essa razão temos alguma dificuldade de aceitar a conceituação proposta por Ravi Peixoto, segundo quem standard de prova “seria o grau de suficiência probatória mínima exigida pelo direito, para que uma hipótese fática possa ser considerada provada” (**Standards probatórios no direito processual brasileiro**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021, p. 62). À primeira vista, parece que esse conceito colide com o propósito exposto pelo autor, segundo o qual a função dos standards de prova seria, em alguma medida, proceder ao controle da intersubjetividade judicial.

É claro que ao tomar em conta um standard de prova, desenvolve o juiz um raciocínio crítico de feição axiológica, mas esse juízo é orientado muito mais por razões de natureza prática do que empírica, variáveis em função do contexto em que é tomada a decisão.²³

A opção por um determinado standard de prova e, mais que isso, a formulação do próprio standard, leva sempre em consideração um determinado valor jurídico, que à luz de ponderações culturais, econômicas sociais, se impõe à vista destas considerações. São em essência variáveis não apenas porque os sistemas são orientados por valores diversos, mas porque as opções práticas que os indivíduos adotam em suas vidas levam em consideração as consequências mais ou menos graves destas decisões.²⁴

Quando assentimos ao termo “opção”, queremos com isso assentar, em um primeiro momento, que ao conceito de standards é ínsito um componente residual, que leva em consideração a existência de riscos.

Quem age impelido por um estado mental de completa segurança, seja em que contexto for, não toma como critério de ação o perigo ao sacrifício de um bem jurídico. Quem salta de paraquedas, por exemplo, presume-se compreender que os mecanismos de segurança têm aptidão total e absoluta de impedir qualquer incidente que ponha em risco a sua vida.

Assim também atua o juiz. Quando está completamente convencido de que os fatos deduzidos pela parte vencedora se passaram exatamente segundo as alegações correspondentes, não intento o julgador um juízo de

23. GRIMALTOS, Tobies. Creencia, aceptación y conocimiento. In: **Episteme**, vol. 29, n.º 1, 2009, p. 35-36.

24. Um outro exemplo de Daniel Gonzáles Lagier ilustra bem esse ponto: “Contexto 1: Miguel e sua esposa vão ao banco, na sexta-feira, para depositar uma quantia em espécie. Como há uma longa fila, Miguel diz: ‘voltarei sozinho amanhã’. E sua esposa lhe diz: ‘talvez o banco não abra amanhã. Muitos bancos fecham aos sábados’. Miguel responde: ‘não, eu sei que estará aberto, pois eu vim em um sábado, há duas semanas, e eles abrem até o meio-dia’. Contexto 2: Dessa vez, é necessário é necessário depositar o dinheiro antes de segunda-feira, pois, nesta data, serão descontados alguns cheques; se os valores não caírem antes de segunda-feira, eles terão grandes problemas. Como no contexto 1, há uma longa fila, e Miguel diz que voltará no dia seguinte. Sua esposa lembra-lhe de que, se não depositarem o dinheiro até segunda-feira, terão problemas e diz: ‘os bancos mudam de horário. Você sabe se o banco vai abrir amanhã? Miguel, que está convencido quanto antes de que o banco abre no sábado, responde: ‘bem, não. É melhor ficarmos e depositarmos o dinheiro hoje’” (**Quaestio facti**: ensaios sobre prova, causalidade e ação. Tradução: Luiz Felipe Kircher. Revisão: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 156-157).

ponderação para sub-rogar o bem jurídico almejado. Os riscos relacionados a um eventual julgamento incorreto, que existem na precisa e objetiva medida da falibilidade humana, não são representáveis mentalmente, ao menos não como uma realidade passível de consideração jurídica.

Só faz sentido considerar a existência e aplicabilidade de standards de prova como um mediador de riscos quando há concretamente uma projeção hipotético- racional de probabilidade contrária ao que declarado pelo juiz.²⁵

Queremos com isso ressaltar que o elemento central do standard probatório atina a um componente de natureza política, que toma como pressuposto uma dúvida não totalmente colmatada por elementos epistemológicos, e que aceita a projeção do erro dentro de padrões racionais. A verdade fática, subjacente ao julgamento que a consagra, passa a ser vista como uma aceitação do que é verdadeiro, tem em mira os elementos de prova previa e racionalmente avaliados.²⁶

Não faz sentido, à vista disso, supor um standard de prova que não reflita um caráter essencialmente objetivo, porque objetiva é a estrutura de qualquer norma jurídica. Importa acentuar que a sua formulação não se dê de modo vago e impreciso, cuja compreensão demande uma acentuada estimativa subjetiva do juiz.²⁷

25. Como bem assevera COHEN, “aceitar que *p* é ter ou adotar a política de julgar, afirmar ou postular que *p*, ou seja, de incluir essa proposição ou regra entre as próprias premissas para decidir o que fazer ou pensar em um determinado contexto, seja sentindo-se que *p* é verdadeiro ou não”. (COHEN, L. Jonathan. **Belief and acceptance**. Oxford: Clarendon Pressa, 1992, p. 4).

26. Como assevera Daniel Gonzáles Lagier, essa aceitação da verdade se orienta por um componente normativo objetivo, que projeta o erro como possível, mas não provável: “Não posso *crer* em algo que sei ser falso. Por outro lado, posso aceitar algo sobre o qual tenho dúvidas – ou, até mesmo, que creio ser falso – e agir como se fosse verdadeiro. Assim sendo, aceitar é uma atitude proposital que também está relacionada à verdade, porém de forma diferente da crença. Isso porque, aquele que crê em algo tem a pretensão de que sua crença seja verdadeira; essa pretensão, por outro lado, não está necessariamente presente na aceitação. Aquele que aceita algo, pode somente pretender que existam razões para agir como se afirmação fosse verdadeira, mesmo que não seja”. (**Quaestio facti**: ensaios sobre prova, causalidade e ação. Tradução: Luiz Felipe Kircher. Revisão: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 158).

27. É enfático, neste sentido, Juan Carlos Bayón, segundo quem os standards de prova não devem ser subjetivos, nem de modo expresse, nem de modo oculto (Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano. In: **Analisi e diritto**, 2008, p. 15-38).

Por outro lado, compreendemos que afirmar que um standard de prova demanda uma formulação objetiva não implica reconhecer que sua formulação deva ignorar um esquema hipotético.

Queremos como isso afirmar que os efeitos naturais de um standard de prova só devem incidir se preenchido um elemento condicional, do tipo: só se tem por provado determinado elemento fático, condicionante ao sucesso da causa, se houver elementos de prova suficientes que admitam dizer que “x” é verdadeiro.

Na linha que já defendido, um raciocínio desta natureza só caminha em ambiente onde não se enfrente barreiras à convicção do juízo, e aqui duas ordens de consideração são particularmente relevantes.

Em primeiro lugar, é incompatível com uma pretensa racionalidade probatória um sistema que tome em conta os pressupostos ideológicos que inspiraram os sistemas da prova de prova legal ou tarifada.²⁸ Por conta de uma absoluta atuação legislativa em termos assim, não se cogita da possibilidade de se contar com standards de prova.²⁹

À base deste pensamento legalista está uma explícita desconfiança nos juízes, a quem restaria um curto espaço discricionário em termos de valoração da prova, e a quem caberia apenas a tarefa de somar os valores das provas positivas ou negativa relativas a cada fato, mediante uma espécie de cálculo algébrico.³⁰

Potencialmente apto a reduzir valorações arbitrárias, e tendo o mérito de ter sepultado a irracional estrutura dos ordálios,³¹ este método probatório sucumbiu diante da necessidade de se coibir generalizações que nem sempre, ou quase nunca, atendiam à justiça do caso concreto. Em termos filosóficos, o influxo do iluminismo, cujas ideias acabaram por moldar a figura de um

28. SALVIOLI, Giuseppe. **Storia della procedura civile e criminale**. Milano: Hoepli, 1927, p. 413.

29. CLERMONT, K. M.; SHERWIN, E. A Comparative View of standards of proof. In: **American Journal of Comparative Law**, n.º 50, 2002, p. 243. No mesmo sentido, Daniel González Lagier: “Nos sistemas de prova tarifada ou legal, não se coloca o problema de determinar o standard de prova (ou, se se preferir, pode-se dizer que o legislador já estabeleceu um standard de prova rígido para cada caso) (**Quaestio facti**: ensaios sobre prova, causalidade e ação. Tradução: Luiz Felipe Kircher. Revisão: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 160).

30. TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução: João Miguel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 131.

31. MONTERO AROCA, Juan. **La prueba en el proceso civil**. 3ª. ed. Madrid: Civitas, 2002, p. 421.

juiz neutro e responsável, atenuou sobremaneira o receio de uma relativa discricionariedade judicial na análise de fatos.³²

O sistema da livre apreciação da prova, concebido como a superação dialética da tarifação, permite que, mediante juízos lógicos de ponderação, se admita uma valoração fora do esquadro abstrato imposto pelo legislador, a partir do que faz sentido se falar em standards de prova, tendo por ponto de partida uma valoração crítica do material probatório construído no processo.³³

Por fim, ao conceito de standard probatório há de se incorporar um componente – em si igualmente variável – que reflita o propósito de reduzir o número de erros judiciais em termos fáticos.

Não se dedicará neste momento demasiada atenção aos critérios que, de ordinário, têm dividido a atenção dos especialistas neste aspecto, uma vez que deles se tratará em momento próprio.

A variação relativa ao critério utilizado para a conformação conceitual guarda em si mesmo um componente valorativo, e, portanto, não tem o influxo de desqualificar um intento definitório. Pode-se, a partir disso, afirmar que um standard é bom ou ruim – algo em si também tangencial – mas ainda assim não se lhe nega um componente constitutivo.

Marina Gascón Abellán, por exemplo, entende adequado um critério que leve em consideração um critério relativo ao grau, no sentido de que quanto mais exigente for o standard de prova, menor será o risco de erro.³⁴

32. Uma análise minudente sobre o sistema da prova tarifada, e principalmente de seus aspectos políticos e filosóficos, pode ser encontrada na obra de Massimo Nobili (**II principio del libero convincimento del giudice**. Milano: Giuffrè, 1974, p. 122-145).

33. Assim não pensa, por exemplo, Lênio Luiz Streck, que ao defender o fim do princípio do livre convencimento motivado, crê viáveis, se supõem, obstáculos legislativos de feição cognitivos à análise judicial de fatos pelo juiz: “O CPC apenas passou a lhe exigir responsabilidade política e suspensão de seus prejuízos sobre o mundo e os fatos a interpretar-julgar. Todos temos pré-compreensões. Mas isso não significa que somos reféns delas. E, como fica claro em Verdade e Consenso, pré-compreensão (Vorverständnis) não é igual a preconceitos no sentido vulgar. O que o legislador do novo CPC quer é que as decisões judiciais sejam ditadas segundo o direito e não conforme o pensar individual dos julgadores. E o que é direito? Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões e ele relativas encontra, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador” (As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento. In: **Direito probatório**: coleção grandes temas do novo CPC. Coordenadores: Marco Félix Jobim e William Santos Ferreira. 3ª. ed., vol. 5, 2018, p. 117).

34. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. In: **Doxa**: cuadernos de filosofía del derecho, n.º 28, 2005, p. 130. Uma radical oposição à essa compreensão

Se este não deve ser, em qualquer hipótese, o único fator apto a se evitar a ocorrência de erros, cremos que esse critério se apresenta com um bom ponto de partida a colmatar o propósito de um standard de prova. Desde já se pode adiantar a assertiva de que standards menos rigorosos, sob determinadas condições de aplicabilidade, podem igualmente garantir um resultado inferencial satisfatório.

Com isso, cremos que podemos formular um conceito próprio de standard de prova como sendo o mecanismo de natureza processual que permite distribuir, mediante a eleição de critérios axiológicos, os erros judiciais na declaração de fatos reconhecidamente provados.

É a partir deste conceito que poderão ser estabelecidas não apenas as condições necessárias à formulação objetiva de regras de standards de prova, como também à compreensão do contexto em que elas podem auxiliar o juiz como uma regra racional de julgamento.

2.2 PROPÓSITO(S) DOS STANDARDS DE PROVA

Ao estabelecermos no tópico acima o conceito de standards probatórios e os elementos que os compõem, enfatizamos a necessidade de que fosse ressaltado um componente de caráter funcional. Dissemos, assim, que os standards de prova estão ordenados a concretizar uma ponderação envolvendo valores contrários, mediante uma análise de riscos.

Certamente esse componente não deve excluir outras funções de máxima importância no contexto de decisões probatórias, sobretudo se se tenha por desejo justificar o processo como um “locus” democrático.

Compreendemos que a tarefa de distribuir entre as partes do processo os riscos de uma avaliação fática equivocada assume no processo uma função imediata. No entanto, outros tantos valores de similar envergadura se revelam afins, mas que dele se afastam por projetarem para uma realidade mais abrangente.³⁵

é lida em Jordi Ferrer Beltrán, por exemplo (**Prova sem convicção**: standards de prova e devido processo. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 202).

35. Jordi Ferrer Beltrán, a despeito de reconhecer a independência entre as funções, principia por situar suas particularidades a partir de um critério de natureza ontológica: “As duas primeiras funções dos standards de prova (i.e., aportar critérios de justificação das decisões e servir de garantia para as partes) não dependem do nível de exigência probatória concreto que cada standard impuser: cumprem-se pelo mero fato de sua existência, desde que se cumpram os requisitos metodológicos para sua formulação”

Em regra, a escassa doutrina que se ocupa do tema atribui aos standards de prova também a função de (ii) servir de garantia para as partes, e de (iii) apontar critérios de justificação de/para decisões.

Antes de darmos um passo à frente, faz-se necessário um aprofundamento do intento relacionado à composição de riscos, que ao menos na doutrina anglo-saxã tem monopolizado a atenção.³⁶

Fiéis às premissas deste trabalho, temos que a decisão sobre fatos no processo se dá em um ambiente de incerteza, sobretudo quando o juiz, valendo-se das regras sobre o ônus da prova, reconhece não haver elementos probatórios suficientes que lhe admita a construção de um componente mental que se apoie na certeza.³⁷

É natural, portanto, que diante deste cenário, o juiz se veja premido pela presença viva do erro, aparentando-se lhe representativa a possibilidade de uma avaliação equivocada a respeito da ocorrência dos fatos em que se apoia o direito alegado pela parte.

Cremos ser fundamental esse ponto. Uma vez que a função institucional da prova, segundo uma teoria racionalista aqui defendida, diz respeito à descoberta da verdade, estar-se-á diante do erro toda vez que se declarar provado um fato cuja ocorrência não tenha se verificado no contexto empírico.

Como adiantado anteriormente, o antídoto natural para contornar esse inconveniente seria a elevação do grau do standard, no sentido de que quanto mais exigente ele fosse, menores seriam as chances de se incorrer em erro do tipo “falsos positivos”.³⁸

(**Prova sem convicção**: standards de prova e devido processo. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 197).

36. Neste sentido, Larry Laudan, para quem a razão de ser de um standard de prova é justamente a disposição de uma regra de julgamento que distribua os diferentes resultados de acordo com seus respectivos custos (**The law's flaws: rethinking trial and erros?** Milton Keynes: College publications, 2016, p. 103).
37. BELTRAN, Jordi Ferrer. **Prova sem convicção**: standards de prova e devido processo. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 199.
38. Essa é, segundo Sebastian Molina Reyess, a concepção tradicional dos standards de prova (Standards of proof as competence norms. In: **Legal interpretation and standards of proof: essays in philosophy of law and evidence law theory**. Uppsala: Uppsala University, 2020, p. 5). Em sentido similar, Marina Gascón Abellán (Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. In: **Doxa: cuadernos de filosofía del derecho**, n.º 28, 2005, p. 130).

Há boas razões, amparadas em estudos experimentais, que atestam o sucesso deste método construtivo, quando pelas mais variadas razões se pretende obstar, por exemplo, condenações indevidas. Mas são procedentes, sob determinadas condições, as críticas que se levantam contra esse critério, quando o que se busca evitar são falsos negativos que embasam absolvições indevidas, algo que pode se verificar tanto em processos criminais, quanto em julgamentos civis.³⁹

Parece-nos que essa crítica se legitima em parte, mas reflete, em verdade, muito mais um problema de política processual do que de índole metodológica, precisamente porque a margem de erro em prol de determinada posição é justamente o resultado que se espera da utilização de um tipo em particular de standard.

É presumida – e, em certa medida, esperada – a maior frequência de erros se se tem por prevalente uma determinada posição jurídica favorecida, como normalmente o é aquela que privilegia, por exemplo, a absolvição de um culpado à condenação de um inocente.

Alterado o padrão de prova, mediante exigências de menor grau, como sucede, por exemplo, com o standard da “preponderância da prova”, é presumida a diminuição de desacertos⁴⁰, mas nem sempre o sistema se importa com isso, ou verdadeiramente almeja essa situação de correspondência.

Evidentemente, a relação entre o nível de exigência do standard de prova e a redução de erros é contingente, de modo que o coeficiente de erros poderá variar, segundo compreendemos, segundo o grau de probabilidade alcançado pelas diferentes hipóteses sobre os fatos.⁴¹ Abordaremos de modo mais aprofundada essa questão quando relacionarmos os standards de prova com os mecanismos que garantem uma racional avaliação dos fatos.

Seja como for, a ponderação de erros que se pressupõe imanente aos standards de prova há de refletir uma distribuição que se estime socialmente aceitável.

39. BELTRAN, Jordi Ferrer. **Prova sem convicção**: standards de prova e devido processo. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 201.

40. Neste sentido: CLERMONT, K.M.; SHERWIN, E. A Comparative View of standards of proof. In: **American Journal of Comparative Law**, n.º 50, 2002, p. 243; HAMER, D. Probabilistic standards of proof, their complements and the errors tha are expected fo flow from them. In: **University of New England law jornal**, n.º 1, vol. 1, 2004, p. 75.

41. ALLEN, R.J. Burdens os proof. In: **Law, probability and risk**, vol. 13, n.º 3, 2014, p. 210.

Embora se reconheça nesta afirmação um caráter circunstancial, na doutrina anglo-saxã essas condicionantes axiológicas são tradicionalmente formuladas de modo aritmético, que expressam verdadeiros termos probabilístico-matemáticos.⁴²

Temos que estas considerações de índole probabilísticas assumem importância meramente referencial,⁴³ quando e se estipularem em termos matemáticos o reflexo de escolhas que se deduzem idealmente em termos de probabilidade.⁴⁴ Se há, e reconhecemos que realmente existe, uma disparidade de conceitos relacionados à probabilidade,⁴⁵ cremos que esta há de se estabelecer em termos indutivos, variáveis segundo o tipo de standard que apresenta adequado a cada situação concreta.

Voltaremos a este tema quando da abordagem de cada standard de prova, e de seus respectivos pressupostos.

Outra função relevante dos standards de prova diz respeito à salvaguarda de posições processuais das partes. Quanto estabelecidos de maneira adequada e objetiva, os standards de prova servem como guia de atuação, um

42. Vide, neste sentido, a conhecida “teoria da desutilidade” de Kaplan, segundo a qual a “desutilidade”, também compreendida como o custo esperado pelo erro, seria o resultado da multiplicação do custo do erro pela probabilidade de ele ocorrer (Decision theory and the factfinding process. In: **Stanford law review**, n.º 6, vol. 20, 1968, p. 1071).

43. Assim compreende L. J COHEN, segundo quem há um elemento comum a todos os métodos de aferição de probabilidades, todos vinculados à demonstrabilidade mediante ponderações inferenciais (**The probable and the provable**. Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 13).

44. Segundo Michele Taruffo, em crítica direcionada aos métodos de Bayes, “disso resulta o hábito difundido de atribuírem-se valores numéricos (em números decimais ou percentuais) aos graus de confirmação que as provas atribuem aos enunciados fáticos carece de fundamento. Esse funda-se na ilusão (totalmente falaciosa) de que tudo pode ser quantificado numericamente, e que o que se traduz em números (geralmente sem qualquer fundamento) é mais exato e, portanto, mais racional do que aquilo que não é ‘contado’. Nada impede, em realidade, que sejam usados números decimais ou percentuais também para indicar graus de confirmação probatória, ainda que reste claro que se trata somente de símbolos que exprimem diferenças de grau (como ocorreria se alguém se expressasse usando tons de cores, notas musicais, ou qualquer outro método de comunicação): essas expressões numéricas, por conseguinte, não correspondem a determinações quantitativas precisas, não se sujeitando a qualquer tipo de cálculo” (**Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 252).

45. BLACK. Max. **Induction and probability**. New York: Macmillan Publishing Company, 1984, p. 104.

norte por meio do qual as partes podem estabelecer, com previsibilidade, estratégias quanto à defesa de seus interesses no processo.⁴⁶

Tudo isso se manifesta de maneira multiforme. Em primeiro lugar, tendo ciência do umbral de suficiência necessário, as partes podem decidir escolher quais fatos podem levar a conhecimento do juiz, tomando em consideração justamente os elementos de evidência de que dispõem.

À vista disso, podem decidir, inclusive, se lhes parece vantajosa eventual proposta de acordo formulada pela parte contrária, ou, em caso ainda mais radical, se o material probatório de que dispõem suporta os riscos financeiros de uma demanda que, ao cabo, pode revelar-se malsucedida.

Também em função da orientação própria de uma regra de julgamento, os standards de prova cumprem uma importante função de controle quanto à correção das decisões judiciais. Ao terem em mira um referencial seguro, podem as partes, convencidos da falta de justificação da decisão, ou do equívoco na identificação dos standards, manejar o recurso competente.

Por outro lado, os standards probatórios também cumprem uma função heurística e justificativa.⁴⁷ Diferentemente do propósito anterior, aqui a razão é direcionada à figura do julgador.

Em função da primeira, é oferecido aos juízes um guia objetivo sobre quais critérios devem ser prestigiados no momento da valoração da prova, tido e avaliado como elemento essencial da decisão final.⁴⁸ Pela segunda, são providos os critérios que estabelecem o umbral de suficiência probatória, segundo o qual se pode considerar provada uma hipótese fática.⁴⁹

Reputamos que, ostentando a qualidade de norma jurídica, mais precisamente de norma de decisão, a definição dos standards de prova

46. ALLENDE SÁNCHEZ, Fernando. **El hecho que la ley señala como delito y estándar probatorio en el razonamiento probatorio**. Ciudad de México: Editorial Juventud, 2021, p. 156.

47. GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. In: **Doxa**: cuadernos de filosofía del derecho, n.º 28, 2005, p. 137. No mesmo sentido: TWINING, William; SCHUM, David; ANDERSON, Terence. **Analys of evidence**. 2ª ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 225.

48. BELTRAN, Jordi Ferrer. **Prova sem convicção**: standards de prova e devido processo. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 188.

49. Semelhantemente, Michele Taruffo, segundo quem tais nomenclaturas fazem referência aos termos controle de racionalidade “ex ante” e “ex post”. (**La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992, p. 422).

e de seu correlato grau de suficiência probatória não pode se intentada pelo juiz.⁵⁰

Mais à frente, em tópico relativo ao tema da competência para o estabelecimento dos standards de prova, argumentaremos por que, em situação de vácuo legislativo absoluto, não se revela apropriado ao juiz se afastar de um standard pressuposto, que exija simplesmente “uma preponderância da evidência”.

Até aqui, no entanto, parece-nos suficiente assentar que ao juiz se revela impossível justificar racionalmente a análise de qualquer arcabouço probatório – e, por consequência, de fundamentar qualquer decisão – que não tenha como referencial um ponto central de suficiência probatória.⁵¹

Em resumo, parece adequado assentar que todas as funções que se atribuem aos standards de prova têm em si mesmas um traço tonificante da segurança jurídica, na medida em que permitem aos sujeitos de processo, cada um a seu modo, desenvolver suas atividades baseadas em um mínimo de calculabilidade.⁵²

Retornaremos a essa temática mais à frente, quando da análise relativa à correlação que se presume inata a cada um dos fundamentos que compõem a segurança jurídica.

50. Reforçando a compreensão de que os standards de prova devem, primordialmente, ser fruto da atuação legislativa, Sebastián Reyes Molina (Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: reflexiones sobre el caso chileno. In: **Revista de derecho**, n.º 2, vol. XXV, dez. 2012, p. 231). Em sentido similar, Paula Viale de Gil (La prueba es suficiente cuando es suficiente? Aproximación a la construcción de la decisión de suficiente de la prueba en materia penal. In: **Pensar en derecho**, n.º 4, ano 3, disponível em: <https://catalogo.unpaz.edu.ar/opac_css/index.php?lvl=notice_display&id=8324>. Acesso em: 25 de março de 2024).

51. Em sentido contrário, apontado uma pseudocientificidade aos standards de prova, Jordi Nieva Fenol: “Quiero decir con ello que no hay nada realmente científico detrás de esos estándares, en el sentido de que no describen la realidad, sino un mero desideratum psicológico que no va a ser comprobado. De todo modos, aunque sí se procediera a esa comprobación y confirmación a cargo de un juez, el resultado podría ser finalmente el mismo. Pese a que ha habido muy apreciables esfuerzos para dotar de contenido científico a esos estándares, lo cierto es que esos esfuerzos sólo sirven para intentar guiar al juez más en su motivación que en su convicción, en el sentido de que tendrá –teóricamente– que ajustarse al contenido de los estándares a la hora de redactar sus razonamientos” (Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado. In: **Estudios de derecho**, n.º 170, vol. 77, 2020, p. 133-134).

52. Uma análise profunda a respeito da calculabilidade – fator constitutivo da segurança jurídica – pode ser encontrada na obra de Humberto Ávila (**Teoria da segurança jurídica**. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2019).