

SOBRE UM POSSÍVEL DIÁLOGO ENTRE A CRÍTICA HERMENÊUTICA E A TEORIA DOS STANDARDS PROBATÓRIOS: NOTAS SOBRE VALORAÇÃO PROBATÓRIA EM TEMPOS DE INTERSUBJETIVIDADE

*A POSSIBLE DIALOGUE BETWEEN HERMENEUTICAL CRITICISM AND THE THEORY
OF STANDARD OF PROOF: NOTES ON EVALUATION OF PROOF IN TIMES
OF INTERSUBJECTIVITY*

*ACERCA DE UN POSIBLE DIÁLOGO ENTRE LA CRÍTICA HERMENÉUTICA Y LA TEORÍA
DE LOS ESTÁNDARES PROBATORIOS: NOTAS SOBRE VALORACIÓN PROBATORIA
EN TIEMPOS DE INTERSUBJETIVIDAD*

Lenio Luiz Streck¹

Igor Raatz²

William Galle Dietrich³

- 1 Doutor em Direito (UFSC); Pós-Doutor em Direito (FDUL). Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (RS) e Universidade Estácio de Sá – UNESA (RJ). Professor Visitante da Universidade Javeriana de Bogotá, Coimbra e Lisboa (PT). Coordenador do DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Procurador de Justiça (RS) aposentado. Advogado. E-mail: lenio@unisinis.br.
- 2 Pós-doutorando na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Doutor e mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Especialista em processo civil pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC. Membro do DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Professor do curso de graduação em Direito da Universidade FEEVALE (RS). Advogado. E-mail: igor@raatzanchieta.com.br.
- 3 Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, como bolsista CAPES/PROEX. Graduado em Direito pela Universidade FEEVALE. Membro do DASEIN - Núcleo de Estudos Hermenêuticos. E-mail: galledietrich@gmail.com.

Resumo: Partindo do método fenomenológico, pretende-se lançar um estudo sobre a teoria dos *standards* probatórios, a fim de estabelecer um diálogo entre ela e a Crítica Hermenêutica do Direito. Trata-se de uma teoria que considera a possibilidade de se admitir diferentes *standards* de prova, de acordo com as situações concretas postas em causa, a natureza do direito material e as regras processuais respectivas. Tal teoria, embora carente de aportes filosóficos mais robustos, tem o mérito não apenas de se afastar da obsessão pela busca da verdade no (e pelo) processo, mas também de construir critérios para evitar uma livre valoração da prova. Sob essa perspectiva, o presente ensaio busca oferecer um frutífero diálogo entre a Crítica Hermenêutica e a teoria dos *standards* probatórios, de modo que possam atuar em conjunto contra o protagonismo judicial e o fantasma do livre convencimento.

Palavras-Chave: Prova; Verdade; Redução do módulo da prova; Standards Probatórios; Crítica Hermenêutica do Direito.

Abstract: Based on the phenomenological method, this work conducts a study on the theory of standards of proof, seeking to establish a dialog between it and Hermeneutical Critics. This is a theory that considers the possibility of the admission of different standards of proof, depending on the concrete context of each case, the nature of the material right, and the respective procedural rules. This theory, although lacking strong philosophical support, has the virtue not only of moving away from an obsession with the truth in (and through) the process, but also of the construction of criteria to avoid a free evaluation of the proof. Based on this perspective, this essay seeks to offer a fruitful dialogue between Hermeneutical Critics and the theory of standards of proof, so that they can act together against judicial protagonism and the illusion of free conviction.

Key-words: Proof; Truth; Reduction of the proof module; Probationary Standards; Hermeneutical Critics of Law.

Resumen: Partiendo del método fenomenológico, el objetivo de este trabajo es lanzar un estudio sobre la teoría de los estándares probatorios a fin de establecer un diálogo entre la misma y la Crítica Hermenéutica del Derecho. Se trata de una teoría que considera la posibilidad de que se admitan diferentes estándares de prueba, de acuerdo con las situa-

ciones concretas puestas en cuestión, la naturaleza del derecho material y las reglas procesales respectivas. Tal teoría, aunque carente de aportes filosóficos más robustos, tiene el mérito no solo de alejarse de la obsesión por la búsqueda de la verdad en (y por) el proceso, sino también de construir criterios para evitar una libre valoración de la prueba. Desde esa perspectiva, el presente ensayo intenta ofrecer un fructífero diálogo entre la Crítica Hermenéutica y la teoría de los estándares probatorios, de modo que puedan actuar en conjunto contra el protagonismo judicial y el fantasma del libre convencimiento.

Palabras Clave: Prueba; Verdad; Reducción del módulo de la prueba; Estándares Probatorios; Crítica Hermenéutica del Derecho

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Há muito a *Crítica Hermenêutica do Direito* vem buscando combater o voluntarismo judicial presente no modo como juízes e Tribunais brasileiros decidem. Uma das maiores dificuldades para tanto reside no fato de que, na maioria dos casos, a postura subjetivista adotada pelo órgão julgador tende a ficar velada. O fenômeno torna-se mais delicado ainda quando se está diante do tema da “valoração da prova”, uma vez que exsurgem aí alguns desafios, notadamente o modo como se pode determinar aquilo que restou comprovado ou não no processo ou mesmo como impedir que o intérprete atribua livremente sentido aos elementos probatórios aportados ao processo.

Nesse sentido, a teoria sobre a redução do módulo probatório e, principalmente, a sua versão mais sofisticada, mediante a qual se intenta vincular o órgão julgador a determinados *standards* probatórios, surge como uma possível aliada à *Crítica Hermenêutica do Direito*. Isso porque referida teoria busca impor limites à valoração da prova, exigindo do órgão julgador diferentes ônus argumentativos conforme a natureza do litígio.

Diante desse quadro, o presente ensaio buscará de(s)mitificar a questão. Reivindicar-se-á, nesse sentido, uma superação das concepções metafísicas

(clássica e moderna) da verdade e a adoção do método fenomenológico para o enfrentamento do tema. Partindo desse ponto, será realizado um breve estudo da teoria da redução do módulo da prova de Gerhard Walter, bem como a versão estadunidense sobre o tema, encontrada na teoria dos *standards* probatórios, que é bastante utilizada no Direito americano. Feito isso, propondo-se um diálogo crítico entre a *Crítica Hermenêutica do Direito* e as teorias que prezam pela observância de *standards* probatórios para a valoração da prova, será colocada em xeque a aceção de verdade calcada no realismo filosófico, bem como a verdade como livre convencimento na valoração da prova. Com isso, pretende-se conferir ao tema da valoração da prova no processo civil aportes consentâneos com o Constitucionalismo Contemporâneo, no qual se deve dar por superadas as concepções que apostam na discricionariedade judicial e no livre convencimento do juiz.

DA SUPERAÇÃO DAS CONCEPÇÕES METAFÍSICAS A RESPEITO DA VERDADE

As discussões sobre as relações entre o processo civil e a verdade vêm de longa data sendo alvo das preocupações doutrinárias. Ocorre que muitas dessas discussões acabam se tornando inócuas, na medida em que não abordam o verdadeiro problema da questão, que é um problema essencialmente filosófico. Muitas das deliberações acabam sendo limitadas, no sentido de que apenas arranham a superfície do tema sem, entretanto, abordar os seus pontos essenciais. Com o presente tópico pretende-se, pois, aprofundar a questão e romper com o plano superficial de tratamento da matéria. O problema que se pretende enfrentar gira em torno da seguinte questão: quando é possível falar que determinado fato foi provado em um processo? Ou, se se quiser, quando a “verdade” foi alcançada?

Eis o busílis. Quando se fala em verdade no processo civil, não é preciso perquirir muito na dogmática para que sejam encontradas lições acerca da dicotomia entre verdade real e verdade processual. A verdade real seria aquela que não sofreu qualquer alteração do seu “real conteúdo”, que ainda não restou maculada com o “toque pessoal” do sujeito⁴. Ou seja, quem diz isso não sabe que, essencialmente,

4 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 253.

está prestando tributo à metafísica clássica, vale dizer, ao objetivismo filosófico. A verdade real é, pois – e a dogmática jurídica repete isso *ad nauseam* –, a ideia de que a coisa possui uma essência em si mesma, que “a verdade, quanto aos fatos, existe sempre que a ideia que o juiz forma a respeito deles coincide exatamente com a realidade”⁵. Ela é, pois, uma espécie de espelho da realidade⁶.

Geralmente a lição acerca da verdade real vem sempre acompanhada da explicação sobre a verdade processual. A rigor, a doutrina explica que a verdade real não pode ser alcançada pelo processo⁷. Lamenta que ela é utópica e mítica⁸. Que nunca poderia ser atingida. E, após isso, passa a explicar a verdade processual que, em traços gerais, é aquela que advém do processo. Contudo, a verdade real continua existindo como um ideal a ser perseguido, vale dizer, a doutrina sabe da impossibilidade de alcançar essa verdade ontológica (que aqui ganha contornos clássicos) – em que pese acredite que ela exista –, mas esta passa a ser um *norte* que deve ser trilhado no (e pelo) processo⁹. É nesse ponto que os problemas começam, mormente pelo fato de que a busca pela verdade real passa a ser um princípio para o senso comum teórico dos juristas.

Em primeiro lugar, para romper com a superfície, é imperioso que se esclareça que se tem aí um sério problema filosófico. Com efeito, a *Crítica Hermenêutica do Direito* precisamente apontou tal questão como sincretismo filosófico, uma vez que o princípio da busca pela verdade real exerce um *mix* de paradigmas metafísicos¹⁰, quais sejam, o objetivismo/realismo filosófico e o paradigma da filosofia da consciência.

Explica-se. O objetivismo filosófico é a ideia de que o objeto tenha uma essência em si mesmo, sendo o sujeito submetido a tal essência e, dentro da polaridade

5 DELLEPIANE, Antonio. **Nueva teoría general de la prueba**. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1919, p. 44.

6 STRECK, Lenio Luiz. Processo Judicial como Espelho da Realidade? Notas Hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo. **Sequencia**, v. 37, p. 115-136, dez. 2016.

7 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 245.

8 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. p. 254.

9 TARUFFO, Michele. Il concetto di “prova” nel diritto processuale. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 229, p. 75-87, mar. 2014, p. 81.

10 STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a verdade real? Uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de *terrae brasiliis*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 921, p. 359-392, jul. 2012, p. 366.

sujeito-objeto, o sentido existiria somente no objeto. Sob tal perspectiva, um objeto somente seria como *quê* (e não enquanto *como*) em decorrência de sua própria essência. A verdade real consistiria, pois, na descoberta de tal essência pelo sujeito. Diferente é o subjetivismo. Com o advento da modernidade, a questão a respeito do fundamento transporta-se para o sujeito. René Descartes inaugura a modernidade e inverte a polaridade sujeito-objeto, razão pela qual o sentido passa a estar no sujeito, e não mais no objeto. Assim, um objeto passará a ser o *quê* determinado pela consciência do sujeito-cognoscente, uma vez que o homem vai procurar unicamente em si mesmo uma base segura e um ponto de partida para o conhecimento filosófico¹¹. Entra em cena a questão do método, como caminho seguro para obtenção da verdade¹². A análise, a observação e o cálculo, ativados por qualquer indivíduo em direção a algum objeto, conferem a este o estatuto de *subjectum*, sujeito, fundamento do seu saber resultante do seu esforço de entendimento¹³.

Um dos principais problemas que decorre da busca pela verdade real é que ela exerce um *mix* entre estes dois paradigmas. Com efeito, a pretendida verdade real, que bem se enquadraria “na boca de um essencialista medieval, da filosofia clássica, objetivista”, também passa a ser utilizada como um álibi teórico, uma vez que parte na “busca de elementos de ‘convicção’ pelo juiz (a questão do gerenciamento da prova), quanto do argumento performático para motivar uma decisão que padece de coerência e integridade”¹⁴. Ou seja, quando se admite uma verdade real, se está assumindo compromisso com a metafísica clássica e com a acepção de *adaequatio intellectus et rei*, vale dizer, o sujeito se submete ao objeto.

11 ROHDEN, Luiz. **Interfaces da hermenêutica**: método, ética e literatura. Caxias do Sul: Educ, 2008, p. 66. Conforme Stein “quando, no começo da metafísica moderna, é procurado um *fundamentum inconcussum* e *absolutum*, que como ente verdadeiro bate para fundamentar a essência da verdade, com o sentido de *certitudo cognitionis humanae*, então se pergunta por um *subiectum*, que, em qualquer representação e para qualquer representação já subjaz e que, na esfera da representação indubitável, seja o constante subsistente, então surge a subjetividade humana como sendo este fundamento”. STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 99.

12 ROHDEN, Luiz. **Interfaces da hermenêutica**: método, ética e literatura. p. 73.

13 SCHNEIDER, Paulo Rudi. Experiência e linguagem. In: STRECK, Lenio Luiz; STEIN, Ernildo (Org.). **Hermenêutica e epistemologia**: 50 anos de Verdade e Método. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 26.

14 STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a verdade real? Uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de *terrae brasiliis*. p. 368.

Contudo, assim vista a problemática, a verdade real passa a ser um álibi para que o juiz possa transgredir as regras processuais respectivas para valorar a prova com base em seu livre convencimento. Ou seja, na busca de uma verdade ontológica clássica o julgador passa a valorar prova conforme sua consciência determina e, eventualmente, passa a transgredir regras processuais. Significa dizer que o juiz passa a determinar que sejam produzidas provas *ex officio* na busca por tal “verdade real” de forma arbitrária, na medida em que grande parte das vezes o julgador deveria se manter inerte, desrespeitando, assim, regras processuais. Isso, por certo, decorre do fato de que houve uma valoração do quadro probatório equivocada, uma vez que, conforme se verá, com as regras processuais e os *standards* probatórios há sempre um modo correto de que a prova posta aos autos seja valorada, não havendo o que se falar em busca pela “verdade real”. Para se ser mais simples: no interior desse *mix*, não se sabe se é a “verdade real” que está a serviço do subjetivismo ou o contrário: o subjetivismo está a serviço da verdade real (objetivismo). Só um senso comum teórico-jurídico que ignora os paradigmas filosóficos é que pode “explicar” essa algaravia significativa.

Isso é um grave problema, de cariz filosófico e democrático. Muitas vezes a prova já é suficiente sob uma perspectiva de *standard* probatório para, se quiser, falar em verdade. Mas o juiz ignora tal tradição e usa o argumento da busca pela verdade real, que serve como álibi teórico. O que ocorre é que os enunciados “verdade real” e “livre convencimento” foram transformados em enunciados performativos. Seria algo como o julgador assumir a seguinte postura: é reconhecido que intersubjetivamente tal fato já está suficientemente provado. Entretanto, sua “consciência” assujeita essa tradição e passa a não admitir tal questão como provada. Inverte-se a polaridade e o processo passa a ser o *locus* da *adaequatio rei et intellectum*. Vale dizer, o processo se submete à consciência do juiz. Eis o *locus* do instrumentalismo. Eis, portanto, a mixagem dos paradigmas bem denunciada pela CHD¹⁵. Desse modo, aqui reside o principal ponto a ser observado quando se fala em verdade no processo: a rigor, a doutrina está comprometida com paradigmas filosóficos já superados e indevidamente mixados.

15 STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a verdade real? Uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de *terrae brasilis*. p. 369.

Com o que foi desenvolvido até aqui, pode-se afirmar que o problema da verdade está intimamente vinculado com a questão envolvendo a valoração da prova. A grande questão, portanto, não é discutir se o processo atinge ou não verdades; a grande questão é perceber que o tema “verdade” vem sendo utilizado como álibi retórico quando o julgador assujeita a valoração da prova. Quando se está discutindo sobre a (im)possibilidade de que o processo atinja verdades, se está apenas arranhando a superfície, pois tal questão perpassa, muito mais, pela valoração da prova exercida pelo intérprete. As teorias da redução do módulo da prova e de *standards* probatórios podem ajudar a compreender melhor tal questão, conforme se passará a explicitar.

DA REDUÇÃO DO MÓDULO PROBATÓRIO À TEORIA DOS STANDARDS PROBATÓRIOS

Com o advento do atual Código de Processo Civil brasileiro, muitos processualistas brasileiros desenvolveram uma verdadeira adoração pelo tema da “dinamização do ônus da prova”. De modo deturpado, o instituto vem sendo utilizado não somente para facilitar a produção da prova em determinadas situações, prestigiando a igualdade processual, mas, principalmente, para desonerar o autor de provar, em claro prejuízo ao réu, e também para desonerar o juiz de analisar detidamente todas as provas dos autos.

Paradoxalmente, Gerhard Walter¹⁶ fazia, há muito tempo, uma crítica a respeito da confusão doutrinária entre os institutos tendentes à facilitação do ônus de provar, como a chamada “inversão ou dinamização do ônus da prova”, com a redução do módulo probatório. Juntamente com Erich Döhring¹⁷, foi um dos poucos a utilizar e desenvolver a expressão no âmbito dos sistemas de *civil law*¹⁸, buscando uma espécie de esquadro para medir as exigências

16 WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial. Bogota: Temis, 1985, p. 205.

17 DÖHRING, Erich. **La investigación del estado de los hechos en el proceso**: la prueba su practica y apreciacion. Traducción del alemán por Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1972, p. 423.

18 WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial. p. 179, nota 38.

para que a prova seja, em cada caso, considerada suficiente para fundamentar uma decisão judicial. Em ambos os autores houve uma preocupação em controlar a valoração da prova, estabelecendo, de acordo com circunstâncias específicas, os limites e as possibilidades para o juiz se afastar do “módulo legal” – que, segundo a ZPO, seria o da “verdade depurada” – e fundamentar sua decisão com um padrão probatório menos rígido, como seria o caso da “verossimilhança preponderante”.

Com efeito, a teoria da redução do módulo da prova consistiria, basicamente, na “redução dos requisitos processuais para a prova de um direito, que em princípio são rigorosos”, tendo em vista certos critérios decorrentes da própria natureza do direito material posto em causa¹⁹, e não de critérios de pura conveniência judicial tendentes a facilitar as coisas para uma das partes. Desse modo, o esquadro exigido pela lei para que o juiz pudesse fundamentar sua decisão com base nas provas produzidas nos autos sofreria uma redução tendo em vista as peculiaridades da relação de direito material. Isso, porém, deveria ser previamente informado às partes, de modo que ambas permaneceriam com seus ônus de provar intactos.

A propósito, dois exemplos, trabalhados por Walter, podem ajudar na compreensão do tema. No primeiro, um homem que, na guerra, havia sido ferido por um disparo na cabeça passa a sofrer, vinte anos mais tarde, ataques epiléticos e por consequência destes vem a morrer. A viúva desse homem reclama a concessão de uma pensão e os laudos médicos atestam que a causalidade é muito provável, mas que não podem excluir outras causas. No segundo, discute-se a situação envolvendo alguém que caiu e morreu em um pátio mal iluminado. Em jogo, estaria o descumprimento do dever de iluminação e o nexos causal, ou seja, saber se a queda do sujeito seria decorrência do descumprimento de um dever. Em ambos os casos, Walter defende a redução do módulo probatório, mas por razões distintas. No primeiro, diante da impossibilidade de tutelar o direito da viúva se um grau maior que a verossimilhança preponderante fosse exigida; no segundo, sob o fundamento de que as dúvidas acerca do

19 WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial. p. 207.

que ocorreu devem ser suportadas por aquele cujo descumprimento de uma normal legal veio a gerá-las²⁰.

A teoria da redução do módulo da prova, embora carente de um aporte filosófico mais robusto, teve o mérito de se afastar da obsessão pela busca da verdade, admitindo que a prova exigida em determinados casos seja aquela construída a partir de uma espécie de “verossimilhança preponderante”. Dito de outro modo, ela consagra a ideia de que uma decisão judicial pode estar legitimamente fundamentada em provas que não excluem outras possíveis narrativas acerca dos fatos alegados, mas que exsurtem de uma compreensão linguística e historicamente situada. Isso permite se aproximar muito mais de uma noção de verdade hermenêutica, que é construída sob os auspícios de um processo democraticamente gerido²¹. Um bom exemplo disso é o exame de DNA, que embora cientificamente não seja 100% preciso, é considerado, hoje, como meio de prova suficiente para comprovar o estado de filiação. Assim como a “verdade” acerca do estado de filiação era, outrora, construída linguisticamente a partir de um conjunto de outros fenômenos (como exemplo, o nascimento nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, que, inclusive, tem previsão no art. 1.597, II, do Código Civil de 2002), é possível que, no futuro, avanços tecnológicos coloquem em xeque o grau de “certeza científica” decorrente do exame do DNA, sem que isso faça com que se tenha que duvidar, de modo cartesiano, do quão fidedigno é tal meio de prova hoje.

Ademais, a teoria da redução do módulo da prova não deixa de ser uma versão menos sofisticada da teoria dos *standards* probatórios, há longa data desenvolvida no Direito estadunidense e que pouca atenção tem recebido no Direito brasileiro²². O seu estudo, no entanto, é bastante iluminador, na medida em que é capaz de servir não somente para um melhor controle acerca da

20 WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial. p. 276.

21 A noção de verdade hermenêutica deve ser tomada, aqui, como a possibilidade de se dizer que uma narrativa está ou não provada tendo as regras processuais e os *standards* probatórios como condição de possibilidade.

22 Uma rara exceção nesse sentido, é a obra de Danilo Knijnik, que defende a sua teoria dos “modelos de constatação” com base em uma razão de “ordem política” e democrática, na medida em que os modelos de constatação ou *standards* probatórios representam, na sua concepção, “uma forma de viabilizar não um mecanismo de controle numérico-quantitativo – o que seria, obviamente, irrealizável –, mas uma pauta ou critério à luz do qual o juízo de fato pode ser formado e submetido ao contraditório”. KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 37.

valoração da prova, mas, também, para explicar e justificar situações em que, por força de circunstâncias do direito material, admite-se um grau de exigência menor para que o material probatório acostado aos autos sirva, legitimamente, para fundamentar a decisão judicial.

No Direito norte-americano, o estudo dos *standards* probatórios parte do pressuposto de que o a prova pode induzir a diferentes graus de persuasão²³. Essa premissa relaciona-se diretamente a outra particularidade do Direito norte-americano, a qual não costuma receber muita atenção nos sistemas de *civil law*: a diferença entre ônus da prova (*burden of evidence*) e ônus de persuasão (*burden of persuasion*). Essa distinção, que tem seu germe na obra "*A Preliminary Treatise on evidence at the common law*", de James Bradley Thayer, publicada em 1898²⁴, visa demonstrar que, no processo judicial, não podem ser considerados iguais o risco da não persuasão (*the risk of non-persuasion*) e o ônus de produzir provas (*the burden of evidence*)²⁵. Essa divisão foi decisiva para que, naquele sistema, já se admitisse, há mais de um século, a inversão do ônus de produzir prova (*shifting of the burden*) sem que isso importasse uma manipulação do ônus de persuasão²⁶. Na verdade, as considerações sobre a igualdade-equanimidade (*fairness*) envolvem, no Direito americano, uma preocupação com o fato de uma das partes em um caso particular ter maior acesso a determinados fatos do que a outra, o que torna bastante aceitável uma realocação do ônus de provar, sem nenhuma necessidade de tornar o tema alvo de grandes controvérsias²⁷, tal qual ocorre no Direito brasileiro.

No que diz respeito ao tema do presente ensaio, interessa destacar que, ao dar especial atenção ao ônus da persuasão, a doutrina americana costuma

23 LEUBSDORF, John. The surprising history of the preponderance standard of civil proof. **Florida law review**, Gainesville, v. 67, p. 1569-1619, issue 5, mar. 2016, p. 1595.

24 Em especial, o capítulo IX, no qual Thayer faz uma profunda análise do conceito de "*burden of proof*" a partir das decisões dos Tribunais no *common law* e as concepções a respeito da matéria no Direito Romano. Nesse sentido, ver THAYER, James Bardley. **A preliminary treatise on evidence at the common law**. Boston: Little, brown, and company, 1898, p. 358-389.

25 JAMES JR., Fleming. Burdens of proof. **Virginia law review**, Charlottesville, v. 47, p. 51-70, jan. 1961, p. 51.

26 JAMES JR., Fleming. Burdens of proof. p. 62.

27 SPRUNG, Marshall. Taking sides: the burden of proof switch in *Dolan v. City of Tigard*. **New York university law review**, NY, v. 71, p. 1301-1337, nov. 1996, p. 1307.

surpreender a sua análise a partir de dois componentes, quais sejam, o risco da não persuasão e o *standard* probatório²⁸. Este último acaba servindo para atender a diferentes propósitos, dentre eles determinar como alocar os riscos entre os litigantes e indicar a importância que acompanha a decisão final, na medida em que não é comum estabelecer um *standard* probatório mais pesado quando direitos fundamentais ou liberdades estão em causa²⁹. No entanto, talvez a principal referência que é feita diante dos *standards* probatórios reside na necessidade de “controlar os processos mentais do júri”, estabelecendo uma medida necessária de persuasão³⁰, notadamente em razão de, no Direito americano, a atuação do júri ocorrer tanto em causas cíveis, quanto em causas penais.

Esse detalhe é decisivo para compreender a existência de diferentes *standards* probatórios e o seu longo desenvolvimento no Direito americano. É que, diante da diferença existente entre os direitos que estão em jogo nas causas cíveis e penais, torna-se necessário estabelecer também uma diferença quanto ao grau de persuasão exigido para cada uma dessas causas. Nesse sentido, os *standards* probatórios acabam servindo como espécies de regras de decisão tendentes a instruir o júri (e também os juízes) em casos de incerteza³¹. Essas regras, no entanto, pressupõem um controle racional e intersubjetivo do convencimento que se dá a partir de uma interpretação das narrativas fáticas da causa. Não se trata, pois, de perseguir a verdade metafísica ontoteológica (clássica com contornos modernos), como ocorre normalmente nos sistemas de *civil law*, na medida em que uma vez preenchido o *standard* necessário, tem-se uma verdade sobre um fato, vale dizer, tem-se um fato provado.

Nessa perspectiva, costuma-se adotar para as causas cíveis o *standard* da preponderância de provas, enquanto que, para as causas de natureza penal, o *standard* da prova além da dúvida razoável. O *standard* da preponderância de provas, que também pode ser traduzido como “mais provável que não” (*more likely*

28 SCHWARTZ, David L. SEAMAN, Christopher. Standards of proof in civil litigation: an experiment from patent law. **Harvard journal of law & technology**, Cambridge v. 26. n. 2, p. 429-480, mar-jun. 2013, p. 434.

29 SCHWARTZ, David L. SEAMAN, Christopher. Standards of proof in civil litigation: an experiment from patent law. p. 435.

30 JAMES JR., Fleming. Burdens of proof. p. 53.

31 ALLEN, Ronald J.; STEIN, Alex. Evidence, probability, and the burden of proof. **Arizona law review**, Tucson, v. 55, p. 557-602, set-nov. 2013, p. 559.

than not), atua para minimizar o custo esperado de erro, na medida em que um erro contra o autor é tão caro quanto um erro contra o réu. Enquanto isso, o *standard* da prova, além da dúvida razoável, significa um alto grau de probabilidade e serve para minimizar a expectativa do custo de erro, uma vez que o custo de condenar um inocente é especialmente caro³². Gradualmente, foram sendo desenvolvidos, para determinadas causas, outros *standards* probatórios, como o da "prova clara e convincente" (*clear and convincing proof*), cuja aplicação teria vez em processos que poderão ocasionar privações especialmente pesadas ou com um aspecto punitivo quase criminal³³. Trata-se de uma espécie de *standard* intermediária, que ficaria entre a prova além da dúvida razoável e a preponderância de provas, para o qual órgão julgador deve acreditar que é altamente provável que os fatos ocorreram³⁴.

É interessante notar que, apesar de os sistemas de *common law* adotarem os referidos *standards* probatórios, eles não o fazem com vistas a uma busca quase que obsessiva pela verdade. A teorização acerca do tema está muito mais voltada ao estabelecimento de mecanismos de controle do convencimento do júri e dos juízes e à necessidade de exigir provas mais robustas em processos que poderão atingir determinados direitos fundamentais como a liberdade. Essa distinção foi muito bem notada por Kevin Clermont, o qual refere que, na tradição da *civil law*, costuma-se adotar nas causas cíveis o *standard* da íntima convicção, que corresponderia a uma espécie de prova, além da sombra de dúvida (*proof beyond a shadow of a doubt*), sacrificando-se qualquer tipo de erro em prol de uma suposta legitimação das decisões assentada no mito de que as cortes do *civil law* atuam apenas diante de fatos realmente verdadeiros e não diante de meras probabilidades³⁵. Essa é uma constatação fulcral. Embora o texto de Kevin Clermont tenha sido alvo de duras críticas por parte de Michele Taruffo³⁶, não

32 CLERMONT, Kevin M. Standards of proof revisited. **Vermont law review**, Royalton, v. 33, p. 469-487, 2009, p. 469.

33 LEUBSDORF, John. The surprising history of the preponderance standard of civil proof. p. 1618. Também podem ser mencionados, no que diz respeito à prova do nexo causal em casos de negligência profissional, os standards "*but for*", "*lost opportunity*" e "*lost substantial possibility of reconvery*". A respeito, ver JENSEN, Erik M. Standard of proof of causation in legal malpractice cases. **Cornell law review**, Ithaca, v. 63, p. 666-681, 1978.

34 MCBAIN, J. P. Burden of proof: degrees of belief. **California law review**, Berkeley, v. 32, p. 242-268, mar. 1944, p. 262-263.

35 CLERMONT, Kevin M. Standards of proof revisited. p. 473.

36 Conforme Taruffo, Clermont teria reduzido toda a sua análise ao direito francês, numa espécie de "France-is-all or France-or-nothing". TARUFFO, Michele. Rethinking the Standards

há como negar que ele identifica de forma muito precisa essa característica tão marcante na processualística moderna no âmbito da *civil law*, bem como o fato de que essa mística redução de erros decorrente de um forte *standard* probatório acaba conferindo ao juiz uma rocha para se esconder atrás (*high standard gives the judge a rock to hide behind*)³⁷.

Superadas as equivocadas noções de que o processo deve buscar uma espécie de verdade metafísica (no sentido ontoteológico³⁸ da palavra), cabe verificar em que medida a teoria dos *standards* probatórios – que na tradição da *civil law*, recebeu certo desenvolvimento a partir da teoria do módulo de prova de

of Proof. **The American Journal of Comparative Law**, Oxford, Vol. 51, n. 3, p. 659-677, 2003, p. 662.

- 37 CLERMONT, Kevin M. Standards of proof revisited. p. 473. Tal aspecto está fortemente vinculado com o paradigma racionalista, possível de se verificar na medida em que os juízos baseados em verossimilhança são tidos previamente como equivocados: “O núcleo de resistência oferecida pelo sistema à ideia de que o Direito seja uma ciência da *compreensão*, apóia-se no mesmo *paradigma* racionalista, em sua luta contra os juízos de *verossimilhança* que, como dissera Descartes, haverão de ter-se liminarmente como falsos”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: O paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 97.
- 38 É importante distinguir a metafísica como ontoteologia (que passa a ser alvo de todas as críticas do presente ensaio) e a metafísica no sentido do segundo caminho de Aristóteles, por ele denominado de “epísteme zetouméne”, ou seja, ciência procurada. Para tanto, parte-se da lição de Ernildo Stein: “Assim se, por um lado, a ontoteologia nos impõe a teoria do conhecimento para poder continuar a questionar o problema do saber na Filosofia, podendo este, no entanto, multiplicar-se indefinidamente, sempre trazendo novos argumentos de fundamentação; por outro, a ontoteologia nos impede uma Filosofia da finitude, na qual pudesse ser recuperada uma nova tarefa de pergunta pelo ser. Assim sendo, não é tão inocente essa manobra que nos impõe a ontoteologia pela teoria do conhecimento. [...]. Quando se fala em metafísica hoje, não se falamos num regresso a um nicho protetor numa atitude regressiva. Apenas é preciso ter o cuidado para saber de que metafísica fazamos. É por isso que convém repetir o mote de Heidegger: ‘A superação da metafísica não é o fim da metafísica’. Com ele, o filósofo salvara a grande metafísica de Aristóteles do platonismo, mantendo-a certamente num movimento de abertura como ciência procurada sob dois aspectos. Primeiro, como uma ciência incompleta, na medida em que não podia se desenvolver a partir do discurso humano da predicação de que faziam uso as Ciências Naturais, ou então como as outras formas de conhecimento. Como o ser continuava aí, entretanto, ele também não se podia desenvolver por meio de uma experiência direta, mas implicada no discurso humano. O segundo aspecto pelo qual ela permanecia incompleta era porque sempre se moveria numa situação paradoxal ou antitética. A metafísica era, por outro lado, necessária, porque a questão do ser como ser acompanhava toda a experiência, e, por outro, era impossível, porque não há uma teoria do ser como a teoria das ciências, o ser é uno, e da unidade não se pode fazer um discurso científico. Aristóteles, porém, sustenta essa impossível necessidade, e essa necessária impossibilidade, na medida em que lança essa questão da ciência procurada do ser quanto ser no *ideal*. Mesmo que seja impossível uma ciência una do ser, a ideia de tal ciência subsiste, contudo, como um desejo, como uma exigência sempre presente. É por isso que Aristóteles afirma que o ideal da ciência una do ser é o ideal de uma ciência ‘procurada’, ou melhor, ‘eternamente procurada’”. STEIN, Ernildo. **Às voltas com a metafísica e a fenomenologia**. Ijuí: Unijuí, 2014, p. 48-50.

Gerhard Walter – pode servir de elemento para (i) reforçar o controle sobre a valoração da prova e com isso legitimar democraticamente as decisões judiciais e (ii) contribuir para um rompimento com a obsessão pela busca da verdade, revigorando, assim, os limites e as possibilidades para a redução do módulo probatório, estabelecendo-se antecipadamente que certas causas sejam julgadas com exigências probatórias mais brandas tendo em vista suas peculiaridades.

Na tentativa de transpor o instituto para o Direito do *civil law*, Maria Gascón Abellán refere que os *standards* de prova são “los criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho, los criterios que indican cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe”³⁹. Desse modo, a construção de diferentes *standards* de prova teria por objetivo “encontrar fórmulas ou critérios intersubjetivos para reconstruir a justificação da decisão probatória”⁴⁰. No final das contas, o que se verifica nessa formulação do tema é uma tentativa de controlar racionalmente a valoração da prova, extirpando do ambiente probatório o fantasma do livre convencimento, corolário do paradigma da subjetividade⁴¹, que foi eliminado do novo Código de Processo Civil⁴².

39 ABELLÁN, Marina Gascón. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. In: GOMERO, Santiago Ortega. (Org.). **Proceso, prueba y estándar**. Perú: Ara Editores, 2009, p. 18.

40 ABELLÁN, Marina Gascón. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. p. 25.

41 Lembrando que o paradigma da subjetividade no Direito é uma vulgata: “Para que entendamos o sentido do uso das expressões ‘livre convencimento’, ‘discricionariedade’, ‘livre apreciação da prova’ e sua ligação com o paradigma da filosofia da consciência, é necessário ter claro alguns pontos. A primeira questão é se dar conta de que a discricionariedade (e suas perigosas derivações, que todos conhecemos!) está ligada umbilicalmente ao paradigma da subjetividade, isto é, ao esquema sujeito-objeto. Nesse paradigma, o sujeito (intérprete, juiz, tribunal) é ‘senhor dos sentidos’. Ele ‘assujeita’ as ‘coisas’ (se, se quiser, ele é o dono ‘das provas’, do ‘andar do processo’ etc.). Isso é facilmente perceptível por meio da produção da prova *ex officio* e da prevalência de princípios (*sic*) como o do ‘livre convencimento do juiz’. Atenção: aqui, cabe uma ressalva que já fiz alhures: o que se tem visto no plano das práticas jurídicas nem de longe chega a poder ser caracterizado como ‘filosofia da consciência’; trata-se de uma vulgata disso. É verdade que, em meus textos, tenho falado que o solipsismo judicial, o protagonismo e a prática de discricionariedades se enquadram no ‘paradigma epistemológico da filosofia da consciência’. Advirto, porém, que é evidente que esse *modus decidendi* não guarda estrita relação com o ‘sujeito da modernidade’ ou até mesmo com o ‘solipsismo kantiano’. Esses são muito mais complexos. Venho apontando essas ‘aproximações’ para, exatamente, poder fazer uma *anamnese* dos discursos, até porque não há discurso que esteja ‘em paradigma nenhum’, por mais sincrético que seja. Aliás, estou sendo generoso ao falar de ‘discricionariedades’... O que temos visto vai muito além daquilo que, na tradição, tem sido epitetado de ‘discricionariedade’. Basta ver o que fazem com a ‘ponderação’.”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 283

42 Isso fica bastante evidente na medida em que novo Código de Processo Civil extirpou todas as expressões que se relacionavam com a ideia de uma livre apreciação da prova. Trata-se

No entanto, a adoção de *standards* probatórios sem uma superação das noções metafísicas de verdade constitui uma empreitada fadada ao insucesso. Isso quer dizer que, embora o art. 369 do novo Código de Processo Civil fale que as partes têm o direito de empregar todos os meios de prova legais e legítimos para “provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz” isso não significa que se trate de uma verdade como correspondência (*adaequatio intellectus et rei*) ou de uma verdade subjetiva fruto do livre convencimento do sujeito cognoscente (*adaequatio rei et intellectum*). A prova produzida no processo, repita-se, é condição de possibilidade para dar sentido a determinado fenômeno e, conseqüentemente, legitimar a decisão judicial.

Assim, o processo não deve servir de instrumento para a busca de uma verdade fora do processo, pois na medida em que se é permeado pela linguagem, somente é verdadeiro aquilo que o próprio contexto linguístico permite afirmar⁴³. O juiz não é (e não deve ser) um historiador que busca estabelecer a veracidade dos fatos em sua pureza ontológica. Por isso não se reconstroem fatos no processo, mas sim narrativas sobre fatos. Pode-se chamar a isso de “reconstrução da história institucional do fenômeno sob exame”. Não há uma busca pela essência dos fatos e muito menos uma “verdade real” como linha de chegada para a valoração probatória.

Ademais, pense-se, por exemplo, em uma situação na qual um documento fundamental que extinguiria o pedido do autor é desentranhado dos autos por ter sido juntado com a contestação de forma intempestiva pelo réu. Em uma situação como esta, o processo chegará claramente a uma não verdade sob uma perspectiva extraprocessual, na medida em que ocorrerão os efeitos da revelia.

de uma mudança paradigmática. Como diz Lenio Streck, o jurista que mais combateu o livre convencimento na tramitação do projeto do Código, “com a retirada do livre convencimento do CPC, o legislador encerrou um ciclo. Desde o socialismo processual (Menger, Klein, Bülow) se pensava que o juiz era o protagonista e que tinha livre convencimento. Em outras palavras, ele era livre para decidir, desde que, depois, justificasse, como se a justificação ou motivação conseguisse suprir o problema fulcral que residia, exatamente, no livre atribuir de sentidos, corolário do paradigma da subjetividade (hoje, é inegável que o ovo da serpente do solipsismo judicial está em Bülow)” STRECK, Lenio Luiz. Art. 371. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (Org.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 552.

43 SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Entre produzir provas e confirmar hipóteses: o risco do argumento da ‘busca da verdade real’ na instrução e fundamentação das decisões. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n. 250, p. 91-117, dez. 2015, p. 98.

Veja-se que, em tal exemplo, claramente não é possível falar em uma verdade no processo, salvo se estiver falando de uma verdade hermenêutica, que nada mais é do que o reconhecimento de que uma narrativa foi considerada válida tendo as regras processuais e os *standards* probatórios como sua condição de possibilidade. Não se olvide que o Direito é um fenômeno imputacional e não causal. Daí o acerto de Eduardo José da Fonseca Costa⁴⁴ em afirmar que a ambivalência estrutural a que está condenado o direito probatório institucionaliza (i) o alcance da verdade; (ii) o não alcance da verdade e, conseqüentemente, (iii) a aceitação da não verdade.

Nessa perspectiva, a aceitação de diferentes *standards* probatórios, tendo em vista as peculiaridades de cada causa e, portanto, a tipologia do direito material em discussão, ao mesmo tempo em que busca evitar uma livre atribuição de sentidos pelo órgão julgador, controlando sua valoração, igualmente supera a noção de que exista uma verdade fora do processo a ser perquirida na essência das coisas (verdade ontológica clássica). Bem compreendida a discussão acerca dos *standards* probatórios, ela se coloca como uma cadeira entre a “verdade real” e o assujeitamento das provas, podendo contribuir para que se possa falar da prova no processo sem recorrer à nenhuma espécie de noção metafísica de verdade.

Veja-se que no processo penal em que vige o princípio constitucional da presunção de inocência, é acertado falar em ampla defesa, bem como exigir, para condenar alguém, elementos probatórios muito mais robustos que aqueles exigidos em uma demanda de natureza cível. Há um sentido prévio e compartilhado de que num Estado Democrático de Direito é necessário mais para interferir na liberdade de um sujeito que para atingir o seu patrimônio. É a natureza do direito posto em litígio que se pronuncia. Isso que autoriza diferenças no tocante à robustez do material probatório em uma ação penal e numa ação cível.

Com efeito, é possível aproveitar parte das lições desenvolvidas pela doutrina brasileira acerca do tema, notadamente a ideia de que, conforme as circunstâncias do direito material, é possível ditar o “grau de certeza necessário” (módulo da

⁴⁴ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Direito deve avançar sempre em meio à relação entre prova e verdade. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 20 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-20/direito-avancar- sempre-meio-relacao-entre-prova-verdade>>. Acesso em: 09 fev. 2017.

prova/standard probatório) a ser adotado para a solução da causa e que esse “*standard*” seja previamente enunciado, justificado e submetido ao contraditório⁴⁵. A admissão de que, em diferentes casos, é possível que o “módulo da prova” seja distinto nada mais é do que, com outras palavras, o reconhecimento de que o processo quando lida com uma verdade, lida com uma verdade hermenêutica, construída linguisticamente e historicamente situada.

É nesse sentido, por sinal, que Ovídio A. Baptista da Silva⁴⁶ criticava a obsessão pela verdade presente no imaginário processual e que decorria diretamente do paradigma racionalista que tanto combateu. A verdadeira ojeriza da doutrina processual pela sumarização das demandas nada mais era do que um reflexo do mito da verdade real e da mixagem entre a metafísica clássica e moderna. Como apontava o jurista gaúcho, a sumarização de uma demanda teria como pressuposto que o juiz estivesse autorizado a fundamentar o julgamento num juízo de verossimilhança, numa “verdade possível naquele momento processual”, tendo em vista a supressão de certas provas (como ocorre no mandado de segurança) ou a eliminação de certas áreas do conflito (como ocorre nas demandas possessórias), não dispondo de todos os elementos possíveis para formar com “a plenitude que seria desejável” o seu convencimento.

Aliás, é por isso que é equivocada a afirmação de Marinoni e Arenhart⁴⁷ de que o “juiz que se omite em decretar a produção de uma prova relevante para o processo estará sendo parcial ou mal cumprindo sua função”. Ora, essa afirmação claramente está ancorada na noção subjetivista (filosofia da consciência) de que o processo somente produz verdades (aqui claramente o *mix* do qual se fala anteriormente: o processo somente produz verdade e essa verdade é detectada pelo sujeito cognoscente). Ocorre que o processo não é isso. Ressalvadas situações pontuais em que o juiz deve (e não pode) incorrer em uma instrução probatória *ex officio* caso seja necessário, como, por exemplo, questões envolvendo direitos indisponíveis, o julgador não deve sair em busca de provas para atingir uma verdade. As regras sobre o ônus da prova e os *standards* probatórios servem

45 KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. p. 44-45.

46 SILVA, Ovídio A. Baptista da. Verdade e significado. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**, Porto Alegre. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ov%C3%ADdio%20Baptista\(3\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ov%C3%ADdio%20Baptista(3)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em: 10 ago. 2016.

47 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. p. 286.

justamente para isso: para guiar a decisão do julgador em face ao quadro probatório que lhe é apresentado. E a “verdade real” acaba justamente por confundir esse quadro, entregando-o à subjetividade do intérprete. Afinal de contas, quem dirá que o conjunto probatório atingiu a “verdade real” senão a própria consciência do julgador?

Além desses resvalos filosóficos, há um problema de democracia aqui também. Se o autor da ação é negligente na instrução do processo ou se o réu não produz uma prova essencial para sua defesa, há com isso, antes de tudo, exercício da plena liberdade das partes. É preciso dizer o óbvio: é, sim, uma opção do litigante exercer uma instrução insuficiente. Ora, isso ocorre de forma extrajudicial diariamente. Se o credor simplesmente não tiver o interesse de cobrar seu devedor, seja qual for o motivo, existe algum impedimento? À evidência que não. Então por qual razão no processo não se admite que, seja por negligência ou por opção (liberdade) dos litigantes, a “verdade real” não venha aos autos, quando provavelmente os maiores interessados na verdade são os próprios litigantes? Por isso, exatamente ao contrário da dogmática, afirma-se: *o juiz que se omite em decretar a produção de uma prova relevante para o processo, na maior parte dos casos, estará bem cumprindo sua função.*

É necessário que se abandone essa obsessão por verdades, que, ao fim e ao cabo, apenas esconde o voluntarismo judicial. As regras que dispõem sobre o ônus da prova e os *standards* probatórios não são meros ornamentos. São regras/padrões de julgamento. O julgador que recorre ao uso do princípio da “verdade real”, para determinar a produção de mais provas, *provavelmente* estará cometendo um equívoco na valoração da prova, e *certamente* estará cometendo um equívoco sob a perspectiva da teoria do Direito. A admissão pela lei de que o juiz possa decidir com base em “elementos que evidenciem a probabilidade do direito” (art. 300, NCPC) e o reconhecimento pela Constituição de que o mandado de segurança poderá ser concedido para proteger “direito líquido e certo” (art. 5º., LXIX, CF) também são sintomas de tudo isso que se desenvolveu. É justamente esse ponto de vista que permite que narrativas a respeito dos “mesmos fatos” possam ser reconstruídas de modo distinto no processo penal e no processo civil, chegando-se a resultados diferentes em cada um deles. Veja-se que toda a questão perpassa

pela valoração probatória e não por uma verdade extraprocessual, pois como seria possível falar em verdade real em um mandado de segurança, se este só admite a utilização de prova documental? Ou existiria uma verdade real para o mandado de segurança e outra para as demais demandas?

Com efeito, nessa perspectiva que é possível compreender a adoção de diferentes *standards* probatórios para processos cujo resultado pode levar a consequências distintas, mas que podem, eventualmente, lidar com narrativas a respeito dos mesmos fatos, como, por exemplo, é o caso do processo penal e do processo civil. Cai por terra, assim, o mito de que os Tribunais de *Civil Law* atuam apenas diante de fatos realmente verdadeiros.

DIÁLOGO CRÍTICO ENTRE TEORIA DOS STANDARDS PROBATÓRIOS E A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

Como pode ser percebido até aqui, a teoria dos *standards* probatórios se desvela como importante aliada da *Crítica Hermenêutica do Direito* no combate à discricionariedade judicial na valoração probatória. Vê-se que os *standards* probatórios não são outra coisa senão a própria ideia de tradição que “amarra” o intérprete. E a tradição lega que num Estado Democrático de Direito são necessários muito mais “vestígios” para interferir na liberdade de um sujeito que para atingir o seu patrimônio.

Para explicar isso melhor, partir-se-á de dois exemplos. No primeiro caso pensa-se na situação em que um condutor de veículo automotor colide na traseira de outro; no segundo caso, pensa-se no condutor de um veículo que se nega a prestar o teste do bafômetro. Imagine, agora, que nos autos de ambos os processos constam apenas essas informações: no caso do ilícito civil apenas a informação de que o réu colidiu na traseira do veículo do autor, sem que haja qualquer outra prova de quem foi o culpado pelo abalroamento; no segundo caso, a mesma situação, vale dizer, não há nenhuma prova de que o condutor estava embriagado, constando apenas a sua negativa em prestar o teste do bafômetro.

Com base em tais exemplo, pode-se perceber a incidência da questão envolvendo os *standards* probatórios. No primeiro caso é admissível considerar

que aquele que colidiu atrás foi o culpado do acidente na medida em que a tradição diz que usualmente aquele que colide atrás de qualquer veículo é o motorista que não atentou como deveria para o trânsito. Somado a isso, ainda que essa valoração da prova não seja capaz de excluir outras causas, existe a necessidade de que uma decisão seja prolatada. Existe a proibição do *non liquet* e o juiz não pode quedar-se em inércia. Assim, o patrimônio do condutor não é um bem tão pesado quanto a liberdade de alguém e, portanto, ainda que outras causas do acidente não estejam excluídas, o juiz deve, em princípio, julgar no sentido de considerar culpado o condutor que colidiu atrás, tendo em vista o *standard* da preponderância de provas.

No entanto a adoção de um modelo argumentativo para controlar a valoração da prova não faz com que o juiz possa se esconder em conceitos sem coisas, como as chamadas “regras da experiência”, limitando-se a afirmar que “é culpado quem colide na traseira”. Pelo contrário, deverá, no caso em questão, argumentar no sentido da preponderância de provas, analisando todo o conjunto probatório dos autos. Deve ser feita, como condição de possibilidade, a reconstrução da história que envolveu o evento.

Ademais, com a adoção de um *standard probatório* predeterminado de acordo com o caso concreto, não se está facultado ao julgador que escolha entre responsabilizar o réu ou ele mesmo produzir mais provas de ofício para buscar uma “verdade”. Muito pelo contrário, a redução de tal *standard* impõe que o juiz tenha aquele fato como provado. Gadamerianamente significa que o julgador não pode ser surdo para aquilo que a tradição fala⁴⁸ e, no caso, a tradição fala que nesta situação é compartilhado intersubjetivamente que a responsabilização deve recair sobre o condutor que colidiu na traseira do veículo. Há uma tradição autêntica que aponta para o enunciado “quem bate atrás está errado”. A quebra dessa tradição somente vingará com a submissão do evento a uma reconstrução que aponte para outra possibilidade. Mas esse ônus será daquele que pretende demonstrar uma quebra na cadeia argumentativa, uma espécie de *distinguishing* epistêmico.

Por outro lado, vê-se a situação do condutor que se nega a prestar o teste do bafômetro. A simples negativa de prestar tal teste não tem o condão de excluir

48 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 359.

outras causas, da mesma forma que no caso do abalroamento no ilícito civil. Entretanto, aqui se aplica o *standard* da prova além da dúvida razoável. Trata-se de um *standard* mais pesado, uma vez que o direito à liberdade está em jogo, de forma que o julgador não poderá condenar o réu. A CHD dirá que a tradição lega que, não podendo ser excluídas outras hipóteses, presume-se que o réu é inocente e, portanto, tal prova é insuficiente para uma condenação. Assim que *deve ser*.

Por essas razões, é preciso cuidado. Observa-se, por exemplo, o que afirma Joaquim José Miranda Júnior⁴⁹, que equipara a presunção de paternidade no caso de negativa de prestação de exame de DNA com a negativa de realização do teste do bafômetro: “se tal presunção poderá ser feita em casos de filiação, incoerente seria rejeitá-la na esfera penal, que visa punir os condutores alcoolizados que colocam em risco a vida da população”. É verdade que Miranda Júnior não considera tal negativa em prestar o teste do bafômetro com força probatória sozinha. Contudo, não se pode sonegar o fato de que ao propor uma equiparação entre as duas situações, procede de maneira temerária, retirando do órgão julgador qualquer amarra para valorar a prova. Afinal, uma coisa é Direito Civil; outra é Direito Penal. Se não é possível com o conjunto de provas constantes no processo excluir outras causas, não é possível que o réu seja condenado uma vez que a liberdade de um inocente, em um Estado Democrático de Direito, é um preço especialmente caro a ser pago. Nesse sentido, o exemplo trazido por Miranda Jr. é muito elucidativo, pois em ambos os casos há a negativa em se prestar um exame (de DNA e o bafômetro), mas a valoração de tal prova depende da espécie de direito que está em jogo para que se condene ou absolva o réu.

Os exemplos são intermináveis, não sendo desiderato das presentes reflexões aprofundar tal questão. Quer-se, por outro lado, esclarecer o papel da tradição para a valoração da prova e, para isso, a teoria dos *standards* probatórios traz importantes contributos, demonstrando compatibilidades com a *Crítica Hermenêutica do Direito* na medida em que a exigência de observância de *standards* probatórios nada mais é do que escutar o que a tradição (prejuízos que abarcam a faticidade e a historicidade do ser-no-mundo⁵⁰) fala ao intérprete. Exatamente

49 MIRANDA JR., Joaquim José. Recusa ao bafômetro e presunção legal de embriaguez. **Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Minas Gerais. Disponível em: <www-antigo.mpmg.mp.br/portal/public/interno/arquivo/id/25792>. Acesso em: 11 fev. 2017.

50 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 225.

por isso que, ao valorar uma prova, o juiz não pode ser surdo para tais *standards* (tradição), julgando com base no seu livre convencimento. Tradição é entrega. Deve-se sempre se perguntar acerca do modo e em que condições a tradição está entregando os sentidos acerca de uma narrativa. Existem, assim, critérios para que se diga se algo está provado ou não no processo. E como tais critérios se dão de forma intersubjetiva na (e pela) linguagem, com Wittgenstein pode-se dizer que não existem critérios privados (livre convencimento). Os critérios privados não podem subsistir/sobreviver face aos constrangimentos epistêmicos provocados pela intersubjetividade (linguagem pública, para usar, novamente, um conceito wittgenstaineano).

Alguém poderia acusar a teoria dos *standards* probatórios de possuir pretensões “geométricas”, na medida em que busca delinear esquadros para o controle da valoração da prova. Por isso, poderia possuir um viés “antihermenêutico”. Ora, é verdade que tais teorias não desenvolvem aportes filosóficos com maior sofisticação. Entretanto, como pode ser visto ao longo do presente ensaio, estão preocupadas em contrapor justamente o cerne da (vulgata da) filosofia da consciência que se manifesta no Direito, ou seja, possuem a ambição de conter o “livre convencimento” na valoração da prova e tentam estabelecer um meio para tanto. Aliás, McBaine⁵¹ já refutou tal argumento, o que reforça a ideia de que imaginar que tais teorias tentam reipristinar a prova tarifada ou algo do gênero não aparenta ser uma leitura sob sua melhor luz.

De mais a mais, parece inegável que a teoria dos *standards* probatórios não despreza a finitude compreensiva do juiz, pois reconhece que a valoração dos fatos, na excelente colocação de Eduardo José da Fonseca Costa⁵², “perpassa pela recomposição historial do passado a partir dos seus vestígios sobreviventes, ou seja, a partir daquilo que Krónos [Kpóvoç] não engoliu”. Justamente por isso estabelece os *standards*, pois é consciente de que a busca pela verdade em estado de pureza bruta é uma empreitada fadada ao insucesso⁵³. Daí a certa

51 MCBAIN, J. P. Burden of proof: degrees of belief. p. 247.

52 COSTA, Eduardo José da Fonseca. Direito deve avançar sempre em meio à relação entre prova e verdade.

53 COSTA, Eduardo José da Fonseca. Finitude compreensiva do juiz é um dos desafios do Direito Processual. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-28/eduardo-costa-finitude-compreensiva-juiz-desafio-direito-processual>>. Acesso em 07 fev. 2017.

crítica – e sua compatibilidade com a *Crítica Hermenêutica do Direito* – de que é um mito pensar que juízes da *civil law* atuam somente diante de fatos “verdadeiros” e que, justamente por isso, é necessário estabelecer critérios para a valoração probatória.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constatação de que o processo não é palco para a busca de uma verdade metafísica e que, do mesmo modo, a valoração da prova perpassa por um constrangimento intersubjetivo legado pela tradição abrem portas para uma possível superação da obsessão pela verdade no processo. Só existe uma verdade no processo: a verdade hermenêutica, que é (re)construída sob os auspícios de um processo democraticamente gerido, que nada mais é do que a possibilidade de se dizer que uma narrativa está ou não provada tendo as regras processuais e os *standards* probatórios como condição de possibilidade para a adequada valoração do conjunto probatório. Assim, a teoria dos *standards* probatórios apresenta-se como uma importante aliada nesse ataque ao livre convencimento. Tais *standards* servem, em outras palavras, para amplificar a voz da tradição no controle da discricionariedade do julgador ao valorar as provas submetidas ao litígio.

Por tais motivos, tal teoria é digna de alvíssaras. Seu foco principal é exatamente o mesmo da *Crítica Hermenêutica do Direito* no que tange à valoração da prova. Assim como a CHD, a teoria dos *standards* probatórios coloca em xeque a sapiência do sujeito protagonista, reforçando-se o caráter intersubjetivo ao qual o intérprete deve prestar contas no momento em que valora provas afastando, assim, a problemática concepção de que o processo lida apenas com “verdades”.

REFERÊNCIAS DE FONTES CITADAS

ABELLÁN, Marina Gascón. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. In: GOMERO, Santiago Ortega. (Org.). **Proceso, prueba y estándar**. Perú: Ara Editores, 2009.

ALLEN, Ronald J.; STEIN, Alex. Evidence, probability, and the burden of proof. **Arizona law review**, Tucson, v. 55, p. 557-602, set-nov. 2013.

CLERMONT, Kevin M. Standards of proof revisited. **Vermont law review**, Royalton, v. 33, p. 469-487, 2009.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Direito deve avançar sempre em meio à relação entre prova e verdade. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 20 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-20/direito-avancar-sempre-meio-relacao-entre-prova-verdade>>. Acesso em 09 fev. 2017.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Finitude compreensiva do juiz é um dos desafios do Direito Processual. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-28/eduardo-costa-finitude-compreensiva-juiz-desafio-direito-processual>>. Acesso em 07 fev. 2017.

DELLEPIANE, Antonio. **Nueva teoria general de la prueba**. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1919.

DÖHRING, Erich. **La investigación del estado de los hechos en el proceso**: la prueba su practica y apreciacion. Traducción del alemán por Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1972.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

JAMES JR., Fleming. Burdens of proof. **Virginia law review**, Charlottesville, v. 47, p. 51-70, jan. 1961.

JENSEN, Erik M. Standard of proof of causation in legal malpractice cases. **Cornell law review**, Ithaca, v. 63, p. 666-681, 1978.

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

LEUBSDORF, John. The surprising history of the preponderance standard of civil proof. **Florida law review**, Gainesville, v. 67, p. 1569-1619, issue 5, mar. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MCBAINE, J. P. Burden of proof: degrees of belief. **California law review**, Berkeley, v. 32, p. 242-268, mar. 1944.

MIRANDA JR., Joaquim José. Recusa ao bafômetro e presunção legal de embriaguez. **Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Minas Gerais. Disponível em: <www-antigo.mpmg.mp.br/portal/public/interno/arquivo/id/25792>. Acesso em 11 fev. 2017.

ROHDEN, Luiz. **Interfaces da hermenêutica**: método, ética e literatura. Caxias do Sul: Educs, 2008.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Entre produzir provas e confirmar hipóteses: o risco do argumento da 'busca da verdade real' na instrução e fundamentação das decisões. **Revista de Processo**, São Paulo, v.40, n. 250, p. 91-117, dez. 2015.

SCHNEIDER, Paulo Rudi. Experiência e linguagem. In: STRECK, Lenio Luiz; STEIN, Ernildo (Org.). **Hermenêutica e epistemologia**: 50 anos de Verdade e Método. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SCHWARTZ, David L. SEAMAN, Christopher. Standards of proof in civil litigation: an experiment from patent law. **Harvard journal of law & technology**, Cambridge v. 26. n. 2, p. 429-480, mar-jun. 2013.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: O paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Verdade e significado. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**, Porto Alegre. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ov%C3%ADdio%20Baptista\(3\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ov%C3%ADdio%20Baptista(3)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em: 10 ago. 2016.

SPRUNG, Marshall. Taking sides: the burden of proof switch in *Dolan v. City of Tigard*. **New York university law review**, NY, v. 71, p. 1301-1337, nov. 1996.

STEIN, Ernildo. **Às voltas com a metafísica e a fenomenologia**. Ijuí: Unijuí, 2014.

STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Art. 371. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (Org.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a verdade real? Uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de *terrae brasilis*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 921, p. 359-392, jul. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Processo Judicial como Espelho da Realidade? Notas Hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo. **Sequência**, v. 37, p. 115-136. dez. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TARUFFO, Michele. Il concetto di "prova" nel diritto processuale. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 229, p. 75-87, mar. 2014.

TARUFFO, Michele. Rethinking the Standards of Proof. **The American Journal of Comparative Law**, Oxford, Vol. 51, n. 3, p. 659-677, 2003.

THAYER, James Bardley. **A preliminary treatise on evidence at the common law**. Boston: Little, brown, and company, 1898.

WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial. Bogota: Temis, 1985.

Recebido em: mar/2017

Aprovado em: abr/2017