

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

MAURÍCIO AMADO DA COSTA

LIVRE CONVENCIMENTO E *STANDARDS* DE PROVA
Porque um processo justo deve ser menos arbitrário e mais seguro

PORTO ALEGRE
2018

MAURÍCIO AMADO DA COSTA

LIVRE CONVENCIMENTO E *STANDARDS* DE PROVA
Porque um processo justo deve ser menos arbitrário e mais seguro

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

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Scarparo

PORTO ALEGRE
2018

MAURÍCIO AMADO DA COSTA

LIVRE CONVENCIMENTO E *STANDARDS* DE PROVA
Porque um processo justo deve ser menos arbitrário e mais seguro

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

Aprovada em 12 de Janeiro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Eduardo Kochenborger Scarparo
Orientador

Prof. Dr. Klaus Cohen Koplin

Prof. Dr. Daisson Flach

RESUMO

A presente pesquisa examina o âmbito do convencimento judicial acerca da matéria de fato. Norteado pelo princípio do livre convencimento, o principal questionamento decorrente de tal modelo refere-se à possibilidade de controle da decisão judicial a partir de determinados critérios. Do contrário, em não havendo qualquer possibilidade de pauta a partir da qual a convicção judicial pudesse ser analisada, o processo restaria vulnerável ao arbítrio do julgador. Com isso, partindo da análise sobre a possibilidade de controle, é apresentada a teoria dos *standards* probatórios como critérios para que o juiz esteja apto a valorar as provas de maneira racional tendo em vista as exigências de um processo justo. A fim de que se verifique a utilidade teórica dos modelos de constatação dos fatos, será analisada a ideia geral por eles preceituada, seu funcionamento e suas espécies. Quanto às vantagens práticas de sua utilização, serão analisadas decisões judiciais à luz dos critérios apresentados no presente trabalho, de modo a demonstrar, como mecanismo eficaz, uma tentativa de controle do arbítrio judicial e de auxílio ao juízo na formação da convicção de fato.

Palavras-chave: Livre convencimento judicial. *Standards* probatórios. Critérios para formação do juízo de fato.

RESUMEN

La presente investigación examina el alcance del convencimiento judicial acerca de la materia de hecho. Norteado por el principio del libre convencimiento, el principal cuestionamiento derivado de tal modelo se refiere a la posibilidad de control de la decisión judicial a partir de determinados criterios. De lo contrario, en no habiendo ninguna posibilidad de pauta a partir de la cual la convicción judicial pudiera ser analizada, el proceso quedaría vulnerable al arbitrio del juzgador. Con ello, partiendo del análisis sobre la posibilidad de control, se presenta la teoría de los estándares probatorios como criterios para que el juez sea apto para valorar las pruebas de manera racional teniendo en vista las exigencias de un proceso justo. A fin de que se verifique la utilidad teórica de los modelos de constatación de los hechos, se analizará la idea general por ellos preceptuada, su funcionamiento y sus especies. En cuanto a las ventajas prácticas de su utilización, se analizarán decisiones judiciales a la luz de los criterios presentados en el presente trabajo para demostrar, como mecanismo eficaz, un intento de control del arbitrio judicial y de ayuda al juicio en la formación de la convicción de hecho.

Palabras-clave: Libre convencimiento judicial. Estándares probatorios. Criterios para la formación del juicio de hecho.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO JUDICIAL	11
2.1 DISTINÇÃO ENTRE PLANOS DE ADMISSIBILIDADE, VALORAÇÃO DAS PROVAS E FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO	11
2.2 CONTEXTO HISTÓRICO	13
2.2.1 Livre convencimento	14
2.2.2 "Ordálios" ou juízos de Deus	15
2.2.3 Valoração legal da prova	17
2.3 DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO	18
2.3.1 Motivos de sua retomada	18
2.3.2. Conceito	20
2.3.3 Problema	23
3 STANDARDS PROBATÓRIOS	25
3.1 POSSIBILIDADE DE SOLUÇÃO	25
3.1.1 Dicotomia entre fato e direito e possibilidade de controle da convicção judicial	25
3.1.2 Standards probatórios	27
3.2 ORIGEM: DIREITO ESTRANGEIRO.....	29
3.3 IDEIA GERAL E VANTAGENS DE SUA APLICAÇÃO	31
3.3.1 Máxima submissão do princípio ao contraditório	31
3.3.2 Motivos para aplicação do contraditório	32
3.3.2.1 Do processo justo	33
3.3.2.2 Falibilidade do conhecimento humano e chance de erro.....	34
3.3.3 Vantagens de sua aplicação	35
3.3.3.1 Importância do diálogo na formação do juízo de fato	35
3.3.3.2 Da sistematização do erro.....	37
3.4 COMO FUNCIONAM OS <i>STANDARDS (LATO SENSU)</i>	38
3.4.1 Plano da validade das decisões judiciais: necessidade de definição prévia do <i>standard</i> a ser aplicado	39
3.4.2 Critérios para formação do juízo de fato e submissão ao contraditório	40
3.4.3 Ressalva	44
4 STANDARDS EM ESPÉCIE	45

4.1 DIVISÃO ENTRE MODELOS: ESCALONAMENTO DE GRAUS DE PROBABILIDADES E SUBDIVISÃO DOS <i>STANDARDS</i>	45
4.2 ANÁLISE TEÓRICA.....	47
4.2.1 Prova acima da dúvida razoável	48
4.2.1.1 Do direito material e da alocação de riscos	48
4.2.1.2 Dos níveis de atuação do <i>standard</i>	50
4.2.2 Preponderância de provas	54
4.2.2.1 Do tipo de processo, da alocação de riscos e do ônus da prova	55
4.2.2.2 Dos níveis de atuação	56
4.2.2.2.1 Valoração individual e conjunta ou grau particular de confirmação	57
4.2.2.2.2 Valoração da estória mais provável ou grau global de confirmação	59
4.2.3 Prova clara e convincente	60
4.3 APLICAÇÃO PRÁTICA	63
4.3.1 Decisão I	63
4.3.1.1 Relatório	63
4.3.1.1.1 Dados sobre a decisão	64
4.3.1.1.2 Resumo do conflito e das alegações	64
4.3.1.1.3 Resumo da decisão	65
4.3.1.2 Análise da decisão	66
4.3.2 Decisão II	67
4.3.2.1 Relatório	67
4.3.2.1.1 Dados sobre a decisão	68
4.3.2.1.2 Resumo do conflito e das alegações	68
4.3.2.1.3 Resumo da decisão	70
4.3.2.2 Análise da decisão	70
4.3.3 Decisão III	72
4.3.3.1 Relatório	72
4.3.3.1.1 Dados sobre a decisão	72
4.3.3.1.2 Resumo do conflito e das alegações	72
4.3.3.1.3 Resumo da decisão	74
4.3.3.2 Análise da decisão	77
5 CONCLUSÃO.....	79
REFERÊNCIAS	81

ANEXO A - DECISÃO I.....	84
ANEXO B - DECISÃO II	94
ANEXO C - DECISÃO III.....	100

1 INTRODUÇÃO

No universo das histórias em quadrinhos, seria possível afirmarmos, tal qual fôssemos um narrador onisciente, que Clark Kent é, com toda a certeza, o super-homem. Contudo, ao transferirmos essa situação para a nossa realidade, e especialmente para a realidade processual, deparamo-nos com um problema: como provar que a afirmativa feita é verdadeira? Se a resolução de um determinado caso concreto dependesse da comprovação de que Clark Kent é o super-homem, como proceder para que o juízo forme seu convencimento quanto à matéria de fato neste sentido?

No âmbito processual, o juiz é um sujeito imparcial quanto à relação estabelecida entre as partes. Assim, por não ter presenciado os fatos e ter a obrigação de decidir quanto a eles, faz-se necessária a reconstituição do ocorrido. Entretanto, será que essa tarefa é possível? Em outras palavras, será que o processo é apto a buscar a verdade tal qual ela ocorreu? Ou será que a verdade buscada pelo processo é própria às suas peculiaridades e às dificuldades na obtenção das provas?

Considerado esse contexto, é possível afirmarmos que o processo trabalha com uma ideia de probabilidades na reconstituição do passado. Desta forma, em havendo a obrigatoriedade de que o juiz decida, à luz de seu livre convencimento, o caso concreto, deve ele poder formar a convicção de fato com base nos elementos que estiverem à sua disposição. E, aqui, surge a questão principal: afinal, há critérios para que o juiz decida as questões de fato ou ele está livre para decidi-las como bem entender? Em sendo a resposta positiva, quais seriam esses critérios e como eles funcionariam para atingir o fim pretendido? Estamos falando, portanto, de critérios para a formação do convencimento de fato.

No presente trabalho, para que possamos verificar a possibilidade de controle e auxílio ao juízo na construção da convicção quanto à matéria de fato, analisaremos, em um primeiro momento, o princípio que norteia tal tarefa (livre convencimento motivado), perpassando, antes de adentrarmos em seu conceito, pelo contexto histórico que possibilitou seu surgimento.

Após, definida a base pela qual será construído o juízo de fato, será possível verificarmos problemas inerentes a essa concepção, notadamente o risco de arbítrio na decisão judicial, de modo que, com isso, possamos buscar uma melhor aplicação desse sistema.

Neste sentido, a solução apresentada no presente trabalho quanto à dificuldade verificada na aplicação do livre convencimento judicial, tomando como ponto de partida a

teoria trabalhada por Danilo Knijnik, será a dos modelos de constatação (ou *standards* probatórios). Assim, de modo a demonstrarmos sua adequação à solução do problema encontrado, analisaremos a dicotomia entre fato e direito e, após, a ideia geral e vantagens da utilização dos *standards* de prova.

Apresentada a parte geral dos modelos de constatação e seu funcionamento, o passo seguinte será a análise das três principais espécies de *standards* (prova além da dúvida razoável, preponderância de provas e prova clara e convincente) e possibilidades de definição para os enunciados por eles propostos.

Com isso, trabalhados os conceitos na teoria, na sequência, verificaremos sua aplicabilidade em casos práticos, de modo a estudarmos a adequação de tais modelos com a finalidade por eles proposta. Assim, teremos condições de responder se, apresentados critérios para a formação do juízo de fato, eles são capazes de evitar o arbítrio na decisão judicial, orientando, também, o julgador na processo de seu convencimento.

2 PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO JUDICIAL

Ao estudarmos a temática do convencimento judicial, é necessário tratarmos de uma questão prévia ao seu conceito, propriamente. Aqui, referimo-nos à sua contextualização. Afinal, em que plano se situa o livre convencimento? Segundo Danilo Knijnik, trata-se de uma "distinção fundamental, sem a qual nenhuma segurança jurídica seria possível"¹. Então, façamos essa análise.

2.1 DISTINÇÃO ENTRE PLANOS DE ADMISSIBILIDADE, VALORAÇÃO DAS PROVAS E FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO

São três os planos que devemos diferenciar: o da admissibilidade das provas, o de sua valoração e o da fundamentação da decisão judicial. Danilo Knijnik distinguiu tais planos segundo dois critérios: quanto ao objeto e quanto à natureza. Refere o autor que, enquanto o plano da admissibilidade trata de questão preliminar, a valoração ocorreria em momento posterior², em que, selecionadas as provas que poderão ser acessadas pelo juiz e pelas partes, seria realizada a sua valoração³. Quanto à fundamentação, esta seria o discurso justificativo da decisão⁴, tendo natureza de questão de fato. Desta forma, não seria possível chegar a um plano posterior sem que, antes, fosse resolvido, autônoma e adequadamente, o anterior⁵.

Portanto, o plano da admissibilidade das provas trata-se de uma questão de direito, porquanto não cabe à discricionariedade do magistrado admitir ou deixar de admitir prova, uma vez que tal competência é legislativa⁶. Aqui, importante distinguirmos, também, esta admissibilidade legal (ou normativa) das provas daquela que se refere às provas necessárias ao julgamento do mérito de um caso concreto. Neste caso, trata-se do saneamento do

¹ KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 19.

² O próprio art. 371, CPC, ao referir que "o juiz apreciará a prova constante dos autos...", demonstra que a valoração judicial ocorrerá somente após a seleção das provas e o exame quanto à sua admissibilidade.

³ Jordi Nieva Fenoll define a valoração da prova como "la actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso", acrescentando que definir-se-ia pelo "juicio racional del juez sobre dicha percepción" em contraposição com, em suas palavras, "la extracción de esos resultados (de la actividad probatoria)". Em tradução livre: "A atividade de percepção por parte do juiz dos resultados da atividade probatória que se realiza em um processo, definindo-se pelo juízo racional do juiz sobre dita percepção em contraposição com a extração destes resultados (da atividade probatória)". Ver em: FENOLL, Jordi Nieva. La valoración de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 34.

⁴ No art. 371, CPC, consta que "o juiz apreciará a prova constante dos autos (...) e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento".

⁵ KNIJNIK, *op. cit.*, p. 23-24.

⁶ Como exemplo, o art. 5º, LVI, CF, refere que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". Ou seja, não pode o juiz admitir provas obtidas por meios ilícitos, pois tal prática é vedada pela Constituição Federal.

processo, com definição dos pontos controvertidos e, com isso, das provas necessárias à elucidação destes pontos⁷. Quando referimos que a admissibilidade das provas é questão de direito, estamos tratando de um momento posterior à definição dos pontos controvertidos, tratando-se de uma questão geral, que engloba todos os casos de maneira teórica: são os tipos de provas que o Direito admite, e não aquelas necessárias para a elucidação dos fatos em determinado caso concreto (ou seleção das provas necessárias)⁸.

Quanto ao plano da valoração da prova, sua natureza seria de questão mista, ou seja, englobando questões de fato e de direito. Como se poderá depreender ao final do presente trabalho, tal definição está baseada na ideia dos *standards* probatórios (ou modelos de constatação), que devem ser definidos previamente pelo juiz para que seja empregado no processo de formação do juízo de fato⁹. E esses modelos de constatação tratar-se-iam de questão de direito, sendo requisito de validade para a decisão judicial a sua prévia definição, ao passo que as questões de fato seriam, logicamente, as provas trazidas a juízo e valoradas à luz do princípio da livre convicção.

Por sua vez, a fundamentação (ou motivação) da decisão diferencia-se dos demais planos na medida em que se trata da "manifestação, normalmente por escrito, da percepção feita pelo juiz ao valorar os resultados obtidos da atividade probatória realizada em determinado processo"¹⁰. O seu objeto, desta forma, seria a própria decisão tomada pelo juiz ao valorar as provas obtidas no processo, tendo como finalidade a justificativa da decisão, permitindo, inclusive, seu controle¹¹. Ainda, como analisaremos mais adiante, tendo em vista a relatividade da verdade alcançada por meio do processo, a fundamentação seria a legitimação da decisão tomada pelo juiz¹². Assim, trata-se de questão de fato¹³, uma vez que

⁷ O CPC, em seu artigo 370, define esta admissibilidade das provas no caso concreto, em que o juiz é livre para decidir quais provas são necessárias: "Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito". Ainda, conforme parágrafo único do mesmo artigo, "o juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias".

⁸ Sobre o assunto, ver: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *PROVA*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 283.

⁹ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 31-34.

¹⁰ Segundo Jordi Nieva Fenoll, "diferente de la valoración será la motivación, que será la puesta de manifiesto, normalmente por escrito, de esa percepción". Em tradução livre, "diferente da valoração será a motivação, que será a materialização, normalmente por escrito, desta percepção". Ver em: FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 34.

¹¹ Neste sentido, refere William Ferreira Santos que a "fundamentação não é uma forma de garantir a liberdade judicial na apreciação das provas, mas mecanismo eficiente de controlá-la, buscando inclusive evitar o arbítrio judicial". Ver em: FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 292.

¹² Sobre essa ideia de legitimidade, referem Marinoni e Arenhart que "Como a verdade processual é sempre relativa (...) aflora a necessidade de o juiz dar legitimidade à sua tarefa, uma vez que a tão decantada "verdade" já está longe de aí ter uma participação que possa satisfazer. É quando aparece a necessidade da motivação ou da justificação judicial da formação da convicção (quanto aos fatos). A motivação, nesse sentido, é a explicação da

está diretamente relacionada com os elementos probatórios do caso concreto, ao menos no que se refere ao seu conteúdo (aspecto material)¹⁴.

Feitas essas breves distinções, resta terminologicamente preciso¹⁵ que, ao nos referimos ao princípio do livre convencimento voltado à formação do convencimento judicial quanto à matéria de fato, estamos tratando não de uma questão de direito (preliminar à valoração judicial das provas), mas de um momento posterior em que as provas necessárias (assim definidas pelo julgador, tendo como base os fatos controvertidos) serão produzidas, observadas as previsões normativas quanto à sua admissibilidade (questão de direito), e colocadas à disposição das partes e do juiz para, neste momento, serem avaliadas pelo julgador¹⁶ à luz de sua livre convicção. Deste processo, resultará a narrativa conclusiva dos fatos da causa, que se trata da materialização no texto referente à fundamentação da decisão¹⁷. Assim, contextualizado o plano de atuação do princípio da livre convicção judicial, poderemos trabalhar seu conceito de maneira mais segura.

2.2 CONTEXTO HISTÓRICO

Neste ponto, analisaremos as "soluções apresentadas ao longo da história do direito processual em relação ao problema da eficácia das provas na formação do convencimento jurisdicional"¹⁸ até chegarmos ao momento contemporâneo, analisando o princípio do livre convencimento motivado tendo em vista uma consciência histórica sobre os motivos pelos

convicção e da decisão. Ou melhor: o juiz deve explicar, na sentença, a origem e as razões da sua convicção, demonstrando, ainda, que ela é bastante ou não para a procedência do pedido". Ver em: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *PROVA*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 282.

¹³ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 23.

¹⁴ Quanto ao aspecto formal da fundamentação, trata-se de questão de direito, haja vista a existência de fundamentação em decisões judiciais ser objeto de norma constitucional, vide art. 93, IX, CF. Sobre o assunto, ver: TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 274.

¹⁵ Segundo Luis Alberto Reichelt, "somente com a definição do conteúdo dos valores ou ideias que se pretende tutelar é que se faz possível construir ferramentas jurídicas que efetivamente sejam capazes de garantir a vigência da livre apreciação da prova e do livre convencimento do juiz. A imprecisão terminológica torna iminente o perigo de surgimento de decisões nas quais a arbitrariedade e a irracionalidade sejam mascaradas, tornando tais noções em simples eufemismos". Ver: REICHELTL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 188.

¹⁶ Em outras palavras, Danilo Knijnik definiu o livre convencimento como sendo "a livre valoração do material probatório relativo ao fato controvertido, que tenha sido legitimamente admitido e colhido na forma processual". Ver em: KNIJNIK, *op. cit.*, p. 21-24.

¹⁷ Aponta Michele Taruffo que "essa construção (da narrativa conclusiva dos fatos da causa) é materializada em um texto em que os fatos da causa são narrados: esse texto é representado por aquela parte da motivação da sentença que diz respeito aos fatos e às razões pelas quais esses resultam provados e - consequentemente - apurados". Ver em: TARUFFO, *op. cit.*, p. 270.

¹⁸ REICHELTL, *op. cit.*, p. 187.

quais ele foi adotado. Assim, poderemos entender, também, seus eventuais problemas e, desta forma, buscarmos uma possibilidade de solução mais adequada para eles.

2.2.1 Livre convencimento

Dentre os sistemas de valoração da prova que surgiram ao longo da história, o primeiro a ser utilizado, segundo Jordi Nieva Fenoll, foi o da livre valoração. E, muito embora não haja documentos que atestem a primazia do referido sistema, mesmo assim, segundo o autor, por questões lógicas, é possível chegar a essa conclusão.

Primeiramente, considerando o surgimento dos processos jurisdicionais e da figura de um terceiro em relação às partes para proceder ao julgamento de seus litígios, na ausência de outros meios (ou orientações) para valorar as provas - estamos tratando de um momento histórico muito remoto, em que foi concebido o *actus trium personarum*¹⁹ ²⁰- este julgador utilizaria somente de sua racionalidade para decidir as demandas levadas a seu crivo²¹. Inclusive, neste sentido, assevera Jordi Nieva Fenoll que "cuestionarse sobre si el hombre primitivo utilizaba su intelecto para tomar decisiones (en este caso jurisdiccionales), sería tanto como poner en tela de juicio si bebía agua"²².

Ademais, um segundo argumento que embasa a afirmativa de que a livre valoração foi, efetivamente, o primeiro sistema adotado na apreciação das provas refere que somente como reação aos excessos na utilização deste sistema é que poderiam ter surgido outras formas de valorar a prova, como as normas de prova legal e outros métodos no intento de limitar a discricionariedade do julgador²³. Neste sentido, inclusive, refere Taruffo que "toda a história do direito probatório (...) poderia ser lida como a história das tentativas do legislador

¹⁹ *Judicium est actus trium personarum: judicis, actoris et rei*. Traduzindo, "A existência de um processo depende de três pessoas: o juiz, o autor e o réu". Disponível em: <<https://jb.jusbrasil.com.br/definicoes/100010404/judicium-est-actus-trium-personarum-judicis-actoris-et-rei>>. Acesso em: 05 de Setembro de 2017.

²⁰ De acordo com Jordi Nieva Fenoll, "Lo lógico es que esta forma de resolver conflictos naciera en uno o varios pueblos del mundo en diferentes tiempos y en épocas muy remotas, puesto que no de otra manera se explica que, por ejemplo, en las civilizaciones precolombianas también se conociera el *actus trium personarum*, igual que en las euroasiáticas". Em tradução livre: "O lógico é que essa forma de resolver conflitos nasceu em um dos vários povos do mundo em diferentes tempos e em épocas muito remotas, uma vez que não de outra maneira se explica que, por exemplo, nas civilizações pré-colombianas também se conheceu o *actus trium personarum*, da mesma forma que nas civilizações euro-asiáticas". Ver em: FENOLL, Jordi Nieva. La valoración de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 38. Então, tomando como referência as civilizações pré-colombianas, como a Asteca, remonta-se, no mínimo, aos "séculos XIV a XVI", demonstrando tratar-se de um momento histórico muito remoto. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Astecas>>. Acesso em: 05 de Setembro de 2017.

²¹ FENOLL, *op. cit.*, p. 39.

²² Em tradução livre: "Questionar sobre se o homem primitivo utilizava seu intelecto para tomar decisões (neste caso, jurisdicionais) seria tanto quanto questionar se ele bebia água". Ver em: FENOLL, loc. cit.

²³ *Ibidem.*, p. 40.

ou da Doutrina para prevenir ou, ao menos, limitar a arbitrariedade do juiz que decide sobre os fatos na valoração das provas"²⁴.

Então, considerando esses apontamentos, é possível definir este livre convencimento na valoração das provas, ao menos no contexto histórico em que surgiu, como um "julgamento *secundum conscientiam*, permitindo que o magistrado (ou julgador) julgasse como melhor lhe aprouvesse, como acreditava ser o correto, sem sequer ter de fundamentar sua decisão"²⁵. Desta forma, "el juzgador no tuviera otro remedio que fallar utilizando simplemente su razón personal, es decir, su leal saber y entender, atribuyendo credibilidad a quien más le convenciera de las partes a través de sus argumentos o de los medios de prueba que le presentara"²⁶.

Como se pode observar, a utilização deste método na valoração das provas resultou em inevitáveis excessos, haja vista não haver, em um primeiro momento, qualquer limitação à discricionariedade do julgador. Desta forma, tratando-se do objeto de estudo dos juristas da época, surgiram reações ao sistema então vigente. O paradigma passou a ser o da desconfiança na figura do julgador e do uso desenfreado de sua liberdade na valoração das provas. Com isso, surgiu o sistema da prova legal, como se analisará mais adiante.

2.2.2 "Ordálios" ou juízos de Deus

Contudo, antes de analisarmos o segundo sistema de valoração da prova desenvolvido historicamente, é necessário fazermos uma breve observação sobre os "ordálios". Michele Taruffo entendia tratarem-se de um meio de prova racional²⁷ em que, não tendo outros meios de prova ordinários (como oitiva de testemunhas e apresentação de documentos) sido

²⁴ Tradução livre. No original, "toda la historia del derecho de las pruebas (...) podría leerse como la historia de los intentos del legislador o de la doctrina por prevenir o, al menos, limitar la arbitrariedad del juez que decide sobre los hechos en la valoración de las pruebas". Ver em: TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Espanha: Editorial Trotta, 2005. p. 421.

²⁵ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 288.

²⁶ Em tradução livre: o julgador não teve outra alternativa senão falhar utilizando simplesmente sua razão pessoal, ou seja, seu leal saber e entender, atribuindo credibilidade a quem mais lhe convencia das partes por meio de seus argumentos e dos meios de prova que lhe apresentaram". Ver em: FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 39.

²⁷ Segundo Michele Taruffo, "os ordálios podem parecer culturalmente racionais, pois eram coerentes com a cultura dos contextos sociais circundantes". Desta forma, não poderiam ser considerados como meios de prova irracionais, mesmo que fundados em um ato de fé relativo à intervenção divina. Ver em: TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 20.

suficientes para resolver as dúvidas sobre os fatos da lide, seria utilizado para pôr fim ao procedimento²⁸.

Por outro lado, Jordi Nieva Fenoll defende que os "ordálios" não devem ser entendidos como meio de prova e tampouco como um sistema de valoração da prova. Para esse autor, o "juízo de Deus" nada mais seria do que "um simples mecanismo de resolução de conflitos que depende da intensidade da fé dos povos que a praticam"²⁹ e que sequer foi sistematizado em determinado período histórico (somente era utilizado, como também defendia Taruffo, em casos muito duvidosos de quase impossível prova)³⁰.

De fato, sendo os "ordálios" caracterizados por práticas como duelos judiciais, provas do fogo e outras técnicas de juízo divino³¹, a sua utilização parecia muito mais voltada à busca de um desfecho para a lide - tendo em vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição³² hoje consagrado na CF/88 - do que um meio ou orientação quanto ao modo como se deveria proceder ao avaliar as provas produzidas pelas partes.

De qualquer maneira, sendo ou não considerado um meio de prova, ambos os autores concordam (mesmo que não expressamente - ao menos quanto Taruffo -, mas pelas ideias por eles defendidas) que os "ordálios" não constituem uma fase da história da valoração da

²⁸ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 22.

²⁹ FENOLL, Jordi Nieva. La valoración de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 43.

³⁰ *Ibidem*, p. 44.

³¹ "A noção geral de ordálio inclui uma grande variedade de técnicas utilizadas em diferentes situações, de acordo com as tradições particulares e com base nas escolhas feitas pelos juízes ou pelas partes: o ordálio mais comum e duradouro foi provavelmente, o duelo judicial, em que as partes ou seus campeões combatiam perante os juízes. Entretanto, outras formas foram muito populares, como a prova d'água, a prova do caldeirão fervente, a prova do ferro incandescente, a prova do fogo, e diversas versões dessas técnicas fundamentais. Todavia, nem todos os ordálios eram assim cruéis: um instrumento de uso bastante comum era o juramento de uma das partes (*compurgatio*), e outra forma, amplamente utilizada, era o juramento prestado por um grupo de pessoas (chamados geralmente de conjuradores) em auxílio de uma parte. Todos esses meios de prova eram vulgarmente chamados de juízos divinos, visto que se fundavam na premissa de que Deus, devidamente requerido a assistir as partes, deveria determinar diretamente o êxito da prova, tornando evidente a inocência ou a culpabilidade do sujeito que a ela se submetera. Consequentemente, depois da conversão das tribos germânicas à religião católica, um sacerdote deveria assistir ao ordálio e consagrar os instrumentos que deveriam ser utilizados para realizá-lo. Eram previstos procedimentos específicos e muito detalhados para a celebração dos ordálios: a observância pontual desses procedimentos assegurava sua validade e, portanto, a justiça e a aceitação do resultado que delas derivava". Ver em: TARUFFO, *op. cit.*, p. 19-20.

³² "Uma vez provocado, o órgão jurisdicional não pode eximir-se de decidir a questão submetida a sua apreciação, havendo sempre de manifestar-se sobre os pedidos que lhe sejam endereçados, sob pena de violação ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, com insculpido na Carta Magna no artigo anteriormente mencionado (art. 5º, XXXV, CF)". BIGAL, Valmir. A obrigatoriedade das decisões judiciais. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2794/A-obrigatoriedade-das-decisoes-judiciais>>. Acesso em: 07 de Setembro de 2017.

prova³³, razão pela qual não nos ateremos a uma análise mais detalhada desta técnica residual de resolução de controvérsias concebidas pelos povos bárbaros³⁴.

2.2.3 Valoração legal da prova

Com o intuito de controlar os excessos cometidos pelos julgadores ao valorarem as provas produzidas no processo - à luz de um sistema que não impunha qualquer limitação à sua liberdade neste intento -, surgiu o segundo sistema de valoração das provas: o de sua valoração legal³⁵. Este sistema consistia na "positivação de exigências na convicção dos juízes, as quais derivavam da prática jurisprudencial"³⁶. Em outras palavras, tratava-se da atribuição prévia de valores às provas, o que possibilitaria um maior controle dos excessos da livre valoração e reduziria, também, a incidência da aplicação dos "ordálios"³⁷.

As primeiras normas que positivaram o sistema da prova legal remetem ao Código de Hamurabi, referindo-se à necessidade da existência de testemunhas para dar por provado um determinado fato³⁸. No mesmo sentido, refere William Santos Ferreira tratar-se de "autêntico tarifamento das provas"³⁹ ao, por exemplo, determinarem que dois testemunhos em um sentido teriam maior valor do que um testemunho em outro sentido.

Ao determinar que "cada prova tem um valor certo e constante, predeterminado pelo legislador, sendo defeso ao juiz valorar as provas de acordo com seus critérios pessoais e subjetivos, que afronte o que foi determinado pela lei"⁴⁰, muitos autores criticam tal sistema, referindo que ele "engessava o juiz, impedindo sua análise crítica"⁴¹. Neste sentido, ainda, talvez a crítica mais relevante seja referente à consequência desta situação: a possibilidade de

³³ FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 44.

³⁴ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 22.

³⁵ Contudo, importante ressaltar que o princípio da livre valoração sempre foi mantido, em que pese o número de normas de prova legal ter aumentado em determinado momento histórico. Ver em: FENOLL, *op. cit.*, p. 52.

³⁶ *Ibidem*. p. 46-47.

³⁷ FENOLL, loc. cit. Neste ponto, todavia, há autores que entendem o contrário, como refere William Santos Ferreira, apontando que, ao impedir a análise crítica do juiz ao impor valores às provas, o sistema da prova legal, justamente, teria permitido a aplicação dos "ordálios". Ver em: FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 284.

³⁸ FENOLL, loc. cit.

³⁹ FERREIRA, *op. cit.*, p. 288.

⁴⁰ HARTMANN, Érica de Oliveira. Os sistemas de avaliação da prova e o processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/1749/1446>>. Acesso em 06 out. 2017. p. 111.

⁴¹ FERREIRA, *op. cit.*, p. 284-288.

que o juiz, mesmo tendo certeza quanto a uma direção, tivesse que decidir pelo sentido oposto, pois a lei assim determinava⁴².

Assim, em que pese a boa intenção dos legisladores da época em tentar combater os problemas advindos da utilização do sistema da livre valoração na formação da convicção judicial quanto à matéria de fato, a "solução" encontrada no sistema da prova legal apresentou certas dificuldades intransponíveis, porquanto, se, de um lado, a livre valoração sem limites permitia o máximo subjetivismo do juiz ao avaliar as provas (levando ao risco da arbitrariedade), a prova legal retirava qualquer racionalidade do magistrado, confiando cegamente todas as decisões a um senso comum institucionalizado⁴³.

Na sequência, voltou-se a recorrer ao princípio da livre convicção, buscando aperfeiçoar um sistema que possuía suas qualidades, mas que necessitava de limites que impedissem excessos em sua utilização - possibilitando seu controle - e orientações que permitissem um melhor uso da racionalidade ensejada na aplicação do princípio.

2.3 DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

A próxima etapa no contexto histórico sobre os sistemas de valoração da prova remonta ao princípio do livre convencimento, mas traz um acréscimo a essa expressão: a necessidade de sua motivação.

2.3.1 Motivos de sua retomada

Se o sistema de valoração legal da prova estabelecia uma natureza absoluta a uma regra de experiência, trazendo, assim, uma margem de erro por meio da aplicação das normas

⁴² Segundo Ovídio Baptista da Silva, "o juiz, segundo este sistema, deverá decidir rigorosamente com base no que foi alegado e provado pelas partes..., embora sua convicção pessoal sobre aquilo que fora provado nos autos lhe indique que a prova produzida não retrata a verdade". Ver em: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Curso de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2000, p. 349. No mesmo sentido, refere Taruffo que esse tipo de norma (tarifa legal) "obriga o juiz a considerar verdadeiros fatos sobre cuja veracidade não se sabe (e não se pode saber) coisa alguma. É também verdade que essas simplificam a decisão sobre os fatos, mas o fazem a custo de um *deficit* de verdade cuja gravidade não é nem mesmo determinável. Ver em: TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 193.

⁴³ Refere Taruffo que "as normas em questão operam como mecanismos de simplificação da decisão, tornando absoluta uma regra de experiência que parece racional, mas que na realidade não tem amplitude realmente geral...". Ver em: TARUFFO, *op. cit.* p. 191.

de prova legal⁴⁴, a preocupação dos juristas da época (século XVIII), segundo Jordi Nieva Fenoll, passou a ser, justamente, o combate a esse modelo que aceitava, como regra, a prolação de decisões baseadas em uma verdade meramente fictícia, "podendo coincidir com a realidade ou não"⁴⁵.

Em outras palavras, se o sistema da prova legal propugnava que, independente de qualquer circunstância, determinada alegação dar-se-ia por provada, por exemplo, pelo simples fato de haver mais testemunhas defendendo determinada posição em detrimento da posição contrária, resta notório que o seu objetivo não é um processo judicial voltado para uma decisão de mérito justa, estando seu maior intento voltado para a simples prolação de uma decisão, seja ela baseada em alegações suficientemente comprovadas (no sentido material, de correspondência com a realidade) ou não.

Então, a busca pela verdade no processo foi o fato propulsor e que permitiu a retomada do princípio da livre convicção judicial na valoração das provas⁴⁶. Contudo, como se pode depreender, em decorrência dessa busca pela verdade, tal princípio não poderia, neste contexto, ser aplicado segundo sua concepção primitiva, qual seja, aquela voltada completamente para um aspecto subjetivo do julgador e impassível (em sua decisão) de ser controlada. Se o que é almejado é a verdade - e, aqui, adotamos, como pressuposto teórico, o conceito de verdade formal (ou processual), como melhor analisaremos ao longo da presente

⁴⁴ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 191.

⁴⁵ "Sin embargo, percibieron la injusticia derivada de que en el proceso, verdaderamente, se daba cauce a una verdad completamente ficticia, que podía coincidir con la realidad o no. Poco importaba mientras se pudiera dictar la sentencia y despachar burocráticamente el asunto". Em tradução livre: "Sem dúvida, perceberam a injustiça derivada de que, no processo, verdadeiramente, dava-se causa a uma verdade completamente fictícia, que poderia coincidir com a realidade ou não. Pouco importava enquanto se pudesse prolatar a sentença e despachar burocraticamente o assunto". Ver em: FENOLL, Jordi Nieva. La valoración de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 73.

⁴⁶ Neste sentido, afirma Jordi Fenoll que "La reflexión sobre la libre valoración de la prueba no hubiera existido nunca si no se hubiera pensado al menos en que el objetivo de la prueba habría de ser la búsqueda de la verdad, o al menos de algo parecido a la misma ante la evidente imposibilidad ontológica, en muchas ocasiones, de obtenerla. Surge un movimiento a favor de la recuperación de la búsqueda de la verdad. La reflexión sobre la libre valoración de la prueba surge como reacción a los excesos que había provocado el sistema de valoración legal durante la Edad Media y la Edad Moderna. Y ello, como se puede suponer, había provocado situaciones tremendamente injustas, porque el juez ya no hacía de juez, sino que su labor hubiese podido ser substituida hoy en día por un ordenador que tuviera en su disco duro las reglas legales de valoración probatoria, habiendo creído el programador que esas reglas legales eran omnicomprensivas". Em tradução livre: "A reflexão sobre a livre valoração da prova não teria existido nunca se não se tivesse pensado ao menos que o objetivo da prova deveria ser o da busca da verdade, ou, ao menos, de algo parecido com a mesma ante a evidente impossibilidade ontológica, em muitos casos, de obtê-la. Surge um movimento a favor da recuperação da busca da verdade. A reflexão sobre a livre valoração da prova surge como reação aos excessos que haviam sido provocados no sistema da valoração legal durante a Idade Média e a Idade Moderna. E isso, como se pode supor, havia provocado situações tremendamente injustas, porque o juiz já não atuava como juiz, senão que seu trabalho poderia ser substituída hoje em dia por um computador que tivesse em seu disco rígido as regras legais de valoração probatória, tendo acreditado o programador que essas regras legais eram omnicomprensivas". Ver em: *Ibidem*, p. 69.

pesquisa -, ela deve poder ser demonstrada de maneira racional, na medida em que as provas produzidas no processo devem demonstrar a veracidade das alegações feitas pelas partes⁴⁷. Desta forma, surge o sistema do livre convencimento motivado.

2.3.2. Conceito

Tendo em vista as origens e justificativas da aplicação do princípio do livre convencimento motivado, passaremos a analisar seu conceito. O ponto de partida para esta análise recai sobre a seguinte pergunta: o quão livre é o princípio? Após termos apontado as justificativas históricas para a implementação do sistema em comento, podemos concluir que essa liberdade não é absoluta. Contudo, tal afirmação não é suficiente. Qual a medida desta liberdade? Ela recai sobre quais aspectos da valoração? Segundo William Santos Ferreira, por tratar-se de uma "conquista histórica", guardando relação, obviamente, com o modelo anteriormente utilizado (valoração legal), a liberdade preceituada pelo princípio refere-se ao fato de que o juiz "não tem critérios predeterminados para determinação de emprego dos meios de prova ou para valoração das provas produzidas, mas deve demonstrar claramente os motivos de seu convencimento"⁴⁸.

Então, o livre convencimento motivado não se exaure na medida de sua liberdade, permitindo ao juiz que analise as provas sem necessitar obedecer a critérios rígidos de tarifa legal (ação negativa de evitar o engessamento do julgador), mas preceitua, também, um aspecto positivo: para evitar o arbítrio na decisão ⁴⁹sobre a matéria de fato, o juiz é obrigado a

⁴⁷ "Sin embargo, no tardaron en surgir autores que recordaron, simplemente, que la convicción es también una labor de reflexión y que, por tanto, también se le aplican las reglas de la lógica, y que es esencialmente motivable. Con la libre valoración, se había convertido en una actividad mucho más compleja para el juez que en el pasado del sistema legal, puesto que con el nuevo sistema el juez debía averiguar la realidad de los indicios aportados por las partes, así como comprobar que efectivamente conducían a las conclusiones reclamadas por las mismas, lo que obligaba, no sólo a intentar averiguar la verdad, sino también a utilizar la lógica del pensamiento". Em tradução livre: "Sem dúvida, não demoraram a surgir autores que recordaram, simplesmente, que a convicção é, também, um trabalho de reflexão e que, portanto, também se aplicam regras da lógica, o que é essencialmente passível de motivação. Com a livre valoração, havia-se convertido em uma atividade muito mais complexa para o juiz que no passado do sistema legal, posto que, com o novo sistema, o juiz deveria averiguar a realidade das provas produzidas pelas partes, assim como comprovar que efetivamente conduziam às conclusões reclamadas pelas mesmas, o que obrigava não somente a tentar buscar a verdade como também a utilizar a lógica do pensamento". Ver em: FENOLL, Jordi Nieva. La valoración de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 83 - 84.

⁴⁸ FERREIRA, William Santos. Princípios fundamentais da prova cível. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 286 - 287.

⁴⁹ Neste sentido, refere Danilo Knijnik que "a medida da liberdade do convencimento judicial retoma o curso de sua vertente lógica, consistente precisamente numa oposição ao subjetivismo, ao emocionalismo, à arbitrariedade e à violência dos vários sujeitos processuais no que diz respeito ao fato". Ver em: KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro,

motivar sua decisão⁵⁰ a partir dos elementos que foram sujeitos ao contraditório⁵¹. E é nesta materialização da narrativa conclusiva dos fatos, expressa pela fundamentação ou motivação da decisão judicial, que poderá ser verificada a racionalidade da decisão⁵².

Neste sentido, inclusive, a própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 93, IX, determina a obrigatoriedade de que as decisões judiciais sejam fundamentadas, sob pena de nulidade⁵³. E mais: segundo William Santos Ferreira, "nas perspectivas constitucionais (art. 93, IX, CF) e processual civil (art. 371, NCPC) é inadmissível o livre convencimento sem motivação, logo o emprego de generalismos não é fundamentação, mas afronta direta à lei"⁵⁴.

Seguindo essa linha de pensamento, podemos apontar, também, outros limites existentes quanto à livre valoração motivada da prova, tais quais o condicionamento do convencimento às alegações das partes e às provas dos autos⁵⁵ - afinal, o juiz é livre na apreciação das provas, mas não independente delas⁵⁶ - , a observância de critérios legais sobre provas e sua validade (arts. 375 e 361, NCPC) e a utilização de regras de experiência na falta de normas legais sobre prova⁵⁷.

vol. 353, 2002. Disponível em: < <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 06 out. 2017.

⁵⁰ FERREIRA, William Santos. Princípios fundamentais da prova cível. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 288.

⁵¹ "No es casualidad que se tienda a sostener el principio según el cual la decisión debería basarse únicamente en los elementos discutidos por las partes en el curso del proceso". Em tradução livre, "Não é casualidade que haja a tendência de se sustentar o princípio segundo o qual a decisão deveria basear-se unicamente nos elementos discutidos pelas partes no curso do processo". Ver em: TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Espanha: Editorial Trotta, 2005. p. 428.

⁵² Segundo Taruffo, "A existência da motivação não é somente formal, determinada pela presença de palavras que acompanham o dispositivo afirmando que os fatos principais verificaram-se assim e assim, mas é, sobretudo, material, determinada pela presença de um real raciocínio justificativo idôneo a mostrar que aqueles enunciados podem ser considerados verdadeiros com base nas provas que os confirmam". Ver em: *Idem*. Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 274.

⁵³ Art. 93, IX, CF: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...".

⁵⁴ FERREIRA, *op. cit.*, p. 291.

⁵⁵ Sem que isso implique a necessidade de que o juiz adote ou a narração feita pelo autor ou a narração feita pelo réu como sendo a oficial do juízo para fins de aplicação do direito ao caso concreto; afinal, pode o juiz construir a sua própria versão sobre os fatos, mas sempre condicionado às provas. Sobre o assunto, ver: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. PROVA. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 303.

⁵⁶ DA COSTA NETO, José Wellington Bezerra. Vinculação a precedentes e livre convencimento judicial. Revista de Processo | vol. 266/2017 | p. 447 - 480 | Abr / 2017 | DTR\2017\613.

⁵⁷ Esses outros limites ao livre convencimento foram referidos por Danilo Knijnik ao tratar analiticamente do tema: "a) embora livre o convencimento, este não pode ser arbitrário, pois fica condicionado às alegações das partes e às provas dos autos; b) a observância de certos critérios legais sobre provas e sua validade não pode ser desprezada pelo juiz (arts. 335 e 336, bem como das presunções legais); c) o juiz fica adstrito às regras de experiência, quando faltam normas legais sobre as provas; d) as sentenças devem ser sempre fundamentadas, o que impede julgamentos arbitrários da prova dos autos". Ver em: KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 353, 2002. Disponível em: < <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 06 out. 2017. Sobre limites ao caráter pessoal da decisão e combate ao arbítrio judicial, ver também:

Contudo, devemos fazer uma ressalva: conforme expôs William Santos Ferreira, atualmente, "o que rege o sistema probatório é a irrelevância do responsável pela produção da prova, destacando-se apenas a sua existência para consideração judicial, sendo possível a determinação de provas, inclusive *ex officio*"⁵⁸. Desta forma, imperando os princípios da aquisição e comunhão da prova, não seria coerente a utilização da expressão "persuasão racional" como sinônimo do livre convencimento motivado do juiz, haja vista, segundo o mesmo autor, aquela expressão ter sido empregada para demonstrar, em contexto no qual a iniciativa probatória competia somente às partes litigantes, o esforço persuasivo das mesmas no intento de convencer o juiz da veracidade de suas alegações⁵⁹.

Assim, resumidamente, poderíamos conceituar o princípio do livre convencimento motivado como aquele em que, (a) não estando o juiz imposto a prévias amarras pelo legislador⁶⁰ (valoração legal), como decorrência, ele deve (b) valorar as provas com discricionariedade (c) vinculada a regras de racionalidade⁶¹, (d) sendo possível o controle desta decisão pela obrigatoriedade de sua fundamentação quanto à matéria de fato - estamos tratando do livre convencimento voltado à valoração das provas - demonstrando o raciocínio justificativo idôneo a mostrar que os enunciados considerados verdadeiros são logicamente inferidos com base nas provas que os confirmam⁶², (e) observados os demais limites existentes para controle da decisão, haja vista previsões constitucionais e infraconstitucionais.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 218.

⁵⁸ FERREIRA, William Santos. Princípios fundamentais da prova cível. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 287.

⁵⁹ Segundo William Santos Ferreira, o princípio da persuasão racional surgiu com duas ideias básicas: a primeira, de que às partes competiria a produção das provas com o objetivo de convencer o juiz da veracidade de suas alegações, à qual se integrava o princípio do livre convencimento motivado, em que o juiz não teria critérios predeterminados para valoração das provas produzidas, devendo demonstrar claramente os motivos de seu convencimento. Portanto, em não mais competindo às partes, com exclusividade, a iniciativa probatória, tecnicamente, seria mais adequado utilizar-se a expressão livre convencimento motivado. Ver em: *Ibidem*. p. 286 - 287.

⁶⁰ "Dizer que as atividades de apreciação da prova e de formação do convencimento do juiz devem ser exercidas de maneira livre é, nesse sentido, dizer que não é lícito ao legislador impor prévias amarras rígidas ao julgador". Ver em: REICHEL, Luis Alberto. A prova no direito processual civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 188.

⁶¹ Segundo Taruffo, "...o juiz é, sim, dotado de poder discricionário na valoração das provas, mas não está realmente desvinculado das regras de racionalidade. Consequentemente, não há qualquer antítese entre liberdade de convencimento e emprego de critérios racionais de valoração. Aliás, a discricionariedade da valoração que o juiz deve formular lhe impõe a aplicação de regras da razão para chegar a uma decisão intersubjetivamente válida e justificável. É ... epistemicamente válida a concepção racional do livre convencimento do juiz, já que admite - e, aliás, requer - que a valoração das provas seja orientada no sentido da apuração da verdade dos fatos". Ver em: TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 188.

⁶² *Ibidem*. p. 270 - 278.

Entretanto, como se verá na sequência, nem mesmo o sistema idealizado para prevenir o arbítrio do julgador, ensejando, para tanto, a observância de regras de lógica e racionalidade na fundamentação de sua decisão, foi capaz, por si, de possibilitar, na prática, a concretização de tal concepção.

2.3.3 Problema

Ao analisarmos o princípio do livre convencimento motivado, dissemos que a utilização do princípio prevê a valoração discricionária das provas aliada à observância de regras de racionalidade. Portanto, a possibilidade de controle da valoração judicial - e que é a grande inovação advinda da criação deste novo sistema (livre convencimento motivado) - está no cumprimento deste segundo aspecto⁶³.

E essa ideia, na teoria, parece ser perfeita para permitir o controle das decisões judiciais - ao menos no que se refere à matéria de fato - , evitando, assim, o arbítrio e o subjetivismo excessivo⁶⁴ por parte do julgador. A própria obrigatoriedade de que a decisão seja fundamentada - no sentido de que "um enunciado pode ser aceito como verdadeiro desde que tenha sido adequadamente confirmado pelas provas disponíveis, devendo-se indicar as inferências probatórias que atribuem graus adequados de confirmação a esses enunciados⁶⁵" - reforça essa concepção.

Contudo, ao voltarmos nossa análise para a prática, surgem algumas dificuldades: qual o grau adequado de confirmação para que os enunciados, na fundamentação da decisão, sejam

⁶³ Ensina Danilo Knijnik que "a problemática toda exige que desde logo se distinga, na assim chamada questão-de-fato, a existência de pelo menos dois níveis fundamentais de trabalho: um, de caráter mais subjetivo, de peso, contagem, medida; outro, de caráter mais lógico, inferencial, indutivo. Com SERGI GUASCH FERNÁNDEZ, 'em todo juízo de fato, devemos diferenciar, portanto, o aspecto que corresponde à imediação do órgão jurisdicional com respeito aos meios de prova praticados pela decisão e, de outro lado, o raciocínio inferencial que permite a justificação da decisão". Ver em: KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 353, 2002. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 06 out. 2017.

⁶⁴ Neste ponto, utilizamos a expressão "subjetivismo excessivo" na medida em que o subjetivismo está presente no sistema, de forma que ele não seja considerado um problema em si. Nas palavras de Jordi Nieva Fenoll, "Pero de todos modos, como reconoce la doctrina, esa subjetividad no se abandona nunca, porque no se deja de confiar en el buen criterio del juez en la formación de su convicción. De hecho, el subjetivismo es la base del sistema...". Em tradução livre: "De todo modo, como reconhece a Doutrina, essa subjetividade não se abandona nunca, porque não se deixa de confiar no bom critério do juiz na formação de sua convicção. De fato, o subjetivismo é a base do sistema...". Ver em: FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 93. No mesmo sentido, refere Karl Larez que "Não é de admitir, nem sequer de desejar, que esta margem de livre apreciação, que a Jurisprudência se esforça permanentemente em reduzir, haja de desaparecer totalmente". Ver em: LAREZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 3ª Edição, 1997. p. 416.

⁶⁵ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 273.

considerados verdadeiros e, portanto, racionais sob o ponto de vista do princípio do livre convencimento motivado⁶⁶? Basta que a fundamentação seja coerente sob o ponto de vista lógico para que a decisão seja considerada racional ou é necessário algo mais? Em se tratando de processos de natureza civil e penal, o grau de confirmação exigido será o mesmo ou o juiz deverá fazer uma diferenciação? De que ferramentas dispõe o juiz para ser auxiliado neste intento? E mais: o estabelecimento desses graus de confirmação deve ocorrer antes de o juiz valorar as provas ou somente deve ser aferido por ocasião da fundamentação da decisão, possibilitando eventual manifestação de contrariedade somente em hipótese recursal?

Assim, a questão do controle da decisão, que fora tão almejado e, enfim, preceituado pelo novo sistema do livre convencimento motivado, carece de um estudo mais aprofundado quanto às suas possibilidades. Se a função do Direito é de orientar condutas, sendo as teorias mapas voltados para sua utilização prática, não é suficiente dizermos que a decisão sobre a matéria de fato deve ser fundamentada; é preciso estudarmos uma possibilidade de solução (ferramenta) que auxilie o julgador na atividade de valoração das provas.

⁶⁶ Essa questão também foi levantada por Karl Larenz ao analisar a comprovação dos fatos no processo. Assim: "Qual o grau de probabilidade necessário e suficiente para a fundamentação de um tal convencimento os juristas falam aqui de uma «probabilidade que roça a certeza» - é algo que não pode ser indicado de modo exacto, por exemplo, através de um número percentual. O juiz, que segundo o Direito Processual actual tem de apreciar «livremente» as provas, deve sem dúvida formar o seu convencimento em consciência, com exclusão de tudo o que sabe serem fontes de erro. Tão-pouco se pode renunciar aqui, uma vez mais, à contribuição da personalidade humana, a um modo cuidadoso de julgamento cunhado pelo *ethos* judicial". Ver em: LAREZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 3ª Edição, 1997. p. 431-432.

3 STANDARDS PROBATÓRIOS

Neste capítulo, apresentaremos uma possibilidade de solução para o problema constatado ao analisarmos a aplicabilidade prática do princípio do livre convencimento judicial, o qual, embora não tenha solucionado todas as dificuldades atinentes à temática em análise, ainda assim, consiste na base do debate sobre novas teorias que possibilitam um controle racional da decisão judicial quanto à matéria de fato.

3.1 POSSIBILIDADE DE SOLUÇÃO

Se o objetivo almejado pelo princípio do livre convencimento é o controle da valoração judicial, um primeiro questionamento que necessitamos fazer é sobre de que tipo de controle estamos tratando. Afinal, o que é possível fazer neste âmbito? Seria possível, apenas, renovar o juízo de fato por meio de via recursal, buscando a prevalência de uma convicção sobre a outra? Ou também seria viável o debate acerca da convicção em si⁶⁷?

3.1.1 Dicotomia entre fato e direito e possibilidade de controle da convicção judicial

Para respondermos a esse questionamento, precisaremos, como questão prejudicial, analisar, brevemente, a questão da dicotomia entre fato e direito⁶⁸. Embora se tratem de planos distintos, haja vista, segundo Luis Alberto Reichelt, corresponder a cada uma dessas dimensões uma modalidade de fundamentação e de regime jurídico processual⁶⁹, não se pode desconsiderar a relação de dependência (recíproca) existente entre esses planos⁷⁰.

⁶⁷ "Nesse sentido, VITTORIO DENTI põe em evidência duas abordagens teóricas frente à questão: (a) ou se exclui a possibilidade mesma de um controle puramente lógico do juízo de fato, resolvendo esse controle na mera renovação do próprio juízo ou (b) se recorre a parâmetros lógicos, originários do valor de probabilidade em que se fundam as inferências probatórias para efetuar-lo". Ver em: KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 353, 2002. Disponível em: < <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 06 out. 2017.

⁶⁸ Segundo Danilo Knijnik, "somente o seu enfrentamento (dicotomia entre questão de fato e de direito), ainda que sucinto, permitirá fixar os pressupostos da construção de um possível modelo de controle". Ver em: KNIJNIK, loc. cit.

⁶⁹ REICHELDT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 49.

⁷⁰ Sobre a dicotomia entre fato e direito, refere Danilo Knijnik que "desaparece, portanto, a idéia de independência entre *quaestio facti* e *quaestio juris*, que resultam em estreita conexão, no sentido de progressiva e

Partamos de suas definições. Questão de fato seria aquela atinente aos acontecimentos do mundo exterior, considerando tanto as manifestações da vontade humana (atos) quanto as manifestações independentes dela (fatos em sentido estrito), incluindo, também, as representações mentais e estados anímicos das pessoas. Assim, sendo esta a premissa menor (fatos e sua comprovação no processo), a questão de direito faria referência à aplicação do Direito aos fatos⁷¹.

Contudo, tais definições apresentam-se problemáticas, afinal, o fato a ser debatido e provado em determinado processo é aquele que o Direito, em primeira análise, definiu como relevante juridicamente, e o objetivo de todo este processo em razão do fato é a aplicação da norma ao caso concreto.

Portanto, tendo em vista essa premissa (relação de dependência entre fato e direito), não se pode considerar a solução das questões de fato como menos importante do que a das questões de direito. Neste sentido, segundo William Santos Ferreira, não devem ser as questões de fato reduzidas a simples afirmação sobre a ocorrência ou não de determinada alegação, ou a referência genérica às provas⁷². Assim, o que se pode depreender é que, tendo ambos os planos uma grande relevância no âmbito jurídico, também as questões de fato

reciprocamente determinarem-se: a aplicação da norma ao fato consiste na determinação (na descoberta) da sua coincidência, através de um movimento circular de compreender, que procede a uma pluralidade de níveis sucessivos: 'é o direito que define e determina aquilo que no processo constitui o fato'. Ver em: KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 353, 2002. Disponível em: < <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knjnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 06 out. 2017.

⁷¹ Neste sentido, refere Latorre: "Una consecuencia importante de esta forma de concebir la actividad judicial era la clara distinción entre los hechos y el Derecho. Por hechos se entiende aqui los acontecimientos del mundo exterior, tanto si son manifestaciones de la voluntad humana (actos) como si son independientes de ella (hechos em sentido estrito). Y se incluyen también em esta amplia acepción de hechos las representaciones mentales y estados anímicos de las personas como la buena fe o la premeditación. Em quanto estos constituían la premissa menor, la distinción con el Derecho era clara. La misión de los tribunales era aplicar el Derecho a los hechos". Em tradução livre: "Uma consequência importante dessa forma de conceber a atividade judicial era a clara distinção entre os fatos e o direito. Por fatos se entende, aqui, os acontecimentos do mundo exterior, tanto se são manifestações da vontade humana (atos) como se são independentes dela (fatos em sentido estrito). E se incluem também nessa ampla concepção de fatos as representações mentais e estados anímicos das pessoas, como a boa-fé ou a premeditação. Enquanto esses constituíam a premissa menor, a distinção com o Direito era clara. A missão dos tribunais era aplicar o Direito aos fatos". Ver em: LATORRE, Ángel. *Introducción al derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 2003, p. 76 apud MUNIZ, Francisco Arthur de Siqueira. *As retóricas na história da (in)distinção conceitual entre questão de fato e questão de direito: análise do juízo de cognição do conceito indeterminado de improbidade administrativa dolosa nos recursos especiais – Recife: O Autor, 2013. Orientador: João Maurício Leitão Adeodato. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2013.* Disponível em: <<http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/10650/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado%20-%20Francisco%20Arthur%20de%20Siqueira%20Muniz.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 15 dez. 2017. p. 22.

⁷² FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 292.

exigem um instrumental para sua verificação. Se os fatos importam para o processo, a teoria jurídica não deve permanecer neutra quanto ao tratamento de critérios para a sua apreciação⁷³.

Desta forma, é inevitável que a resposta à pergunta a qual ensejou a análise da dicotomia entre fato e direito seja no sentido de que, sim, é possível a análise da convicção judicial em si, buscando enunciações fáticas capazes de ensejar seu controle. Claro, com a ressalva de que esse controle incidiria, apenas, - considerando a distinção de planos na questão de fato -, sobre a dimensão lógica (ou inferencial) de análise⁷⁴, que seria aquela que permitiria a justificação da decisão. Por outro lado, a dimensão perceptiva, de pesagem das provas, esta sim, somente permitira um controle por meio da renovação do juízo.

3.1.2 *Standards* probatórios

Apresentado o princípio do livre convencimento e a problemática atinente a um efetivo auxílio ao julgador quanto à valoração das provas, além da possibilidade real de seu controle, deparamo-nos com outra dúvida: seria possível o controle da convicção sobre a matéria de fato em si ou somente essa análise poderia ser feita a partir da renovação do juízo? A resposta a este questionamento perpassou pelo breve exame da dicotomia entre questão de fato e de direito, ao que chegamos à conclusão de que, haja vista se tratarem de questões reciprocamente dependentes, a análise dos fatos e sua valoração não poderia restar alheia a um regramento próprio. Assim, faz-se necessária a busca por parâmetros ou critérios capazes de auxiliarem o juiz na atividade de valoração das provas, considerando, também, o aspecto de controle da decisão.

Neste sentido, a solução que apresentamos para a questão principal são os *standards* probatórios (critérios ou modelos de constatação), que poderiam ser definidos como os níveis de confiança ou tipo de evidência necessários para decidir um caso de uma maneira ou de outra⁷⁵, ou, em outras palavras, como o *quantum* de evidência que deve ser apresentado

⁷³ Neste sentido, refere Danilo Knijnik que "O abandono da idéia subsuntivista reclama, como contrapartida necessária, um instrumental novo de verificação dos fatos, pois, vinculadas agora as duas questões, tem de cessar a posição marginal e a neutralidade dos fatos perante a teoria jurídica". Ver em: KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 353, 2002. Disponível em: < <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 06 out. 2017.

⁷⁴ "No encaminhamento da questão de fato, pelo juiz, há pelo menos uma dupla dimensão (diríamos, lógica – relativa às inferências e conclusões – e a perceptiva, atinente, apenas, ao peso, medida e contagem da prova), desde logo assinala que esses standards jamais poderão, nem deverão, precisar estritamente o controle da convicção. Isso não é possível". Ver em: KNIJNIK, loc. cit.

⁷⁵ Nas palavras de Fredrick Vars, "A primary guide is the standard of proof--the level of confidence or type of evidence required to decide a case one way or another". Ver em: VARS. Fredrick E. ARTICLE: TOWARD A

perante um juízo ou Tribunal antes que um fato possa ser tomado como existente ou não existente⁷⁶. Afinal, os *standards* probatórios voltam-se para a comprovação das alegações de fato, sendo estes meios - sob o ponto de vista dos modelos de constatação - para a resolução da controvérsia (*standards* de prova como critérios para a formação do convencimento do órgão judicial com base na suficiência da prova).

Para além da explicitação do juízo, pois os *standards* vão definir critérios para a valoração judicial - e que, conseqüentemente, deverão ser seguidos pelo juiz e expressos na fundamentação de sua decisão -, a ideia precípua desses modelos de constatação é, como se verá neste capítulo, a possibilidade de discussão acerca do acerto, razoabilidade, racionalidade e justiça desse juízo⁷⁷. Dito de outra forma, esses modelos de constatação não visam somente a auxiliar na prevenção do erro, mas a propiciar as vantagens do contraditório na formação da convicção judicial sobre a matéria de fato⁷⁸, pois, ao definir critérios para a valoração das provas, está se determinando um ponto em comum a partir do qual as partes e o juiz poderão debater sobre a convicção a ser formada⁷⁹, de modo que uma das vantagens decorrentes deste debate seja a maior possibilidade de que o erro seja evitado ou corrigido.

Contudo, antes de analisarmos, propriamente - ainda que em termos gerais -, o funcionamento desses *standards* de prova, é necessário contextualizarmos tais critérios com a

GENERAL THEORY OF STANDARDS OF PROOF. The Catholic University Law Review, 2010. Disponível em: < <https://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3225&context=lawreview>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

⁷⁶ "The standard of proof, in essence, can be loosely defined as the quantum of evidence that must be presented before a Court before a fact can be said to exist or not exist. Ver em: LAW TEACHER. Criminal or civil standard of proof". Disponível em: < <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/criminal-law/criminal-or-civil-standard-of-proof-law-essays.php#ftn41>>. Acesso em: 03 de dez. 2017.

⁷⁷ "Então, partindo da experiência do direito comparado, colhem-se os critérios, standards ou modelos de constatação, sempre alternativos e desprovidos de qualquer pretensão de exclusividade ou rigorismo, capazes de permitir, aos partícipes do debate judicial, não apenas a efetiva explicitação desse juízo, mas, sobretudo, a discussão a respeito de seu acerto, razoabilidade, racionalidade e justiça". Ver em: KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 353, 2002. Disponível em: < <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 06 out. 2017.

⁷⁸ "Aceitando-se abertamente a contingência da falibilidade do conhecimento humano - largamente "dissimulada" pela ostensiva difusão do racionalismo de tipo cartesiano - e, no que diz respeito à prova, soterrada pela substituição do conceito clássico pelo conceito moderno de prova - demonstrou-se, cientificamente, a necessidade e a vantagem de serem formulados critérios, instrumentos, modelos de constatação ou, mais propriamente, standards jurídicos capazes, não apenas de auxiliar na evitação do erro, com o, igualmente, de comunicar as vantagens do contraditório ao próprio processo de formação da convicção judicial, doravante não mais concebida como 'equivalente a cerrado e inabordable criterio personal y íntimo del juzgador', mas como 'una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo'". Ver em: KNIJNIK, loc. cit.

⁷⁹ Danilo Knijnik refere-se a esse "ponto em comum" como sendo uma "pauta ou critério à luz do qual o juízo de fato pode ser formado e submetido ao contraditório". Ver em: *Idem*. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 37.

sua origem. Afinal, de onde surgiram essas enunciações teóricas capazes - ou, ao menos com o intento de - auxiliar o juiz e as partes na formação da convicção sobre a matéria de fato?

3.2 ORIGEM: DIREITO ESTRANGEIRO

Os modelos de constatação aqui tratados surgiram no contexto da *common law* como uma tentativa da Doutrina e Jurisprudência locais de orientar os jurados sobre o grau de certeza que eles - leigos em matéria jurídica - deveriam ter para que pudessem considerar uma alegação de fato como provada. E tais enunciações - supostamente "simples" - justificavam-se no contexto anglo-saxão na medida em que grande parte dos processos (sejam de natureza civil ou penal) eram decididos pelo Tribunal do Júri⁸⁰.

Todavia, a busca - pelos países da *civil law* - de tais modelos ou critérios no direito comparado recebeu críticas justamente pelo contexto em que surgiram. Se a ideia era de orientar jurados na atividade de valoração das provas - mesmo que fossem leigos julgando, não se poderia permitir o arbítrio total de sua decisão sem quaisquer orientações -, essas mesmas diretrizes, segundo Jordi Nieva Fenoll, não seriam úteis para o estudo da valoração da prova pelo juiz, uma vez que seguiria sem resposta a pergunta sobre o motivo pelo qual um determinado juiz decidiu um caso de uma maneira e não de outra⁸² - ao menos quanto à matéria de fato.

⁸⁰ Segundo Jordi Nieva Fenoll, "(...) desde antiguo los juristas del *common law* están experimentando con frases orientadoras que permitan saber hasta qué punto se tiene que estar seguro de un hecho para darlo por probado. En los países anglosajones tiene bastante sentido buscar estas sencillas orientaciones, porque la mayor parte de los procesos penales, y no pocos civiles en EEUU, son con jurado, por lo que se trata de crear expresiones sencillas que guían al jurado en la valoración de la prueba, para que sepan intuitivamente qué grado de certeza deben alcanzar para dar por probado un hecho". Em tradução livre: "(...) desde a antiguidade, os juristas do *common law* têm experimentado frases orientadoras que permitam saber até que ponto deve-se estar seguro de um fato para que ele seja considerado como provado. Nos países anglo-saxões, faz sentido procurar essas diretrizes simples, porque a maioria dos processos penais, e não poucos civis, nos EUA, são decididos por jurados, de forma que se justifica a criação de expressões simples que guiem os jurados na valoração da prova para que saibam intuitivamente qual o grau de certeza que devem alcançar para dar por provado um fato". Ver em: FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 85 - 86.

⁸¹ Atribuir aos jurados o condão de valorar a prova exigiu a designação de critérios de julgamento para tanto. Nesse passo, foram elaboradas enunciações teóricas, chamadas de *standards* de prova, tais quais "prova acima da dúvida razoável", "prova clara e convincente" ou "preponderância de provas", como modos de garantir uma orientação para a valoração das provas de maneira adequada aos desígnios valorativos próprios ao julgamento a se realizar.

⁸² Segundo o autor, "Todas estas frases, por tanto, no son más que guías surgidas de la jurisprudencia, a fin de orientar la libre valoración de la prueba. Pero a pesar de su difusión debe destacarse con el máximo respeto que no han aportado mucho al estudio de la valoración de la prueba. Es cierto que han orientado a los jurados para resolver un caso, pero desde luego no han servido para explicar por qué un juez ha resuelto de un modo u otro, que es lo auténticamente importante". Em tradução livre: "Todas essas frases, portanto, não são mais do que guias surgidos da Jurisprudência, a fim de orientar a livre valoração da prova. Mas, apesar de sua difusão, deve-

E mesmo no contexto alemão, onde surgiram - como tentativa de orientações superiores ao juiz, com critérios científicos, na valoração das provas - os "graus ou medidas de prova", também houve críticas no mesmo sentido⁸³. A ideia básica dessa crítica reside no entendimento de que o subjetivismo continua sendo a base do sistema, de modo que não se poderia abandoná-lo - e essa subjetividade é que não seria controlada pelo sistema dos modelos de constatação.

Contudo, desde logo, é possível compreender a crítica feita aos *standards* de prova segundo o viés apresentado anteriormente quanto à separação da questão de fato em duas dimensões (lógica e perceptiva). Se o âmbito de atuação dos *standards* é na dimensão lógica, de inferências entre provas e alegações e o grau de certeza exigido para que se tenha como provada determinada alegação e o fato seja considerado existente, não há que se falar em falha do referido sistema, haja vista não ser seu intento a resolução da questão na dimensão perceptiva (ou de pesagem das provas).

Portanto, tendo aplicabilidade no contexto brasileiro (*civil law*) - mesmo que tenha surgido no âmbito da *common law* - por tratar de enunciações teóricas capazes de auxiliar o juiz e as partes na construção da convicção sobre a matéria de fato⁸⁴, e considerando sua finalidade de atuar na dimensão que seria a única passível de controle - ao menos no contexto do princípio do livre convencimento motivado -, a inferencial, analisaremos, com maior grau de profundidade do que o abordado neste ponto, a seguir, a ideia geral e vantagens da aplicação da teoria dos *standards* probatórios para, na sequência, estudarmos seu funcionamento também em aspecto geral.

se destacar, com o máximo respeito, que não contribuiram muito com o estudo da valoração da prova. É verdade que elas orientaram os jurados na resolução de um caso, mas não serviram para explicar por que um juiz decidiu de uma ou outra forma (sobre a matéria de fato), o que é realmente importante". Ver em: FENOLL, Jordi Nieva. La valoración de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 87.

⁸³ Segundo Jordi Nieva Fenoll, "en realidad, las frases construidas por la doctrina alemana en nada se diferencian de los estándares de prueba anglosajones. No orientan a jurados, sino a jueces, pero su finalidad es exactamente la misma". Em tradução livre: "Na realidade, as frases construídas pela Doutrina alemã em nada se diferenciam dos *standards* probatórios anglo-saxões. Não orientam os jurados, mas os juízes; contudo, sua finalidade é, exatamente, a mesma". Ver em: *Ibidem*, p. 91 - 93.

⁸⁴ Tal aplicabilidade demonstra-se na medida em que se tratam de regras do pensar, lógicas. Nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, "Essas razões justificam a necessidade de um controle também endógeno, incidente sobre o próprio raciocínio desenvolvido pelo órgão judicial no apreciar a prova e os elementos de fato relevantes para a decisão. Não se cuida aqui de examinar a questão com preconceitos de caráter iluminístico, mas de adaptar o discurso aos valores fundamentais da sociedade hodierna, que de uma forma ou de outra aspira a domesticar o poder. Trata-se, porém, de exigência intrínseca a qualquer valoração humana, impossível de ser afastada pela só circunstância de não constar de regra de lei, mormente porque, enquanto fenômeno do pensamento, a lógica não é regulada por leis formais ou jurídicas". Ver em: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 220.

3.3 IDEIA GERAL E VANTAGENS DE SUA APLICAÇÃO

Neste ponto, analisaremos a ideia geral por meio da qual atuam os *standards* probatórios e, a partir disso, as vantagens decorrentes dessa noção.

3.3.1 Máxima submissão do princípio ao contraditório

Se os *standards* probatórios têm a incumbência de definir o grau de certeza exigido para que, em determinado processo, um fato seja considerado existente, porquanto provado segundo tais critérios, a sua finalidade reside no auxílio ao juízo na obtenção da convicção sobre a matéria de fato. Convicção esta que, haja vista a dicotomia entre questão de fato e de direito, repercutirá na decisão final do processo. Contudo, o modo como esse auxílio concretizar-se-á, em que pese seu objetivo seja o auxílio ao magistrado, não se exaure na atividade do próprio julgador; a grande "inovação" dos *standards* probatórios refere-se ao fato de que "sua maior missão é fundar um código balizador do diálogo, ensejando, pois, a máxima submissão do convencimento judicial ao contraditório"⁸⁵.

Contudo, é necessário fazermos uma distinção quanto aos âmbitos que se submeterão ao princípio do contraditório. Como se verá mais adiante, a participação das partes na formação do convencimento de fato é necessária tanto no debate acerca do critério a ser utilizado pelo juízo para formar sua convicção de fato quanto neste segundo processo⁸⁶. Em outras palavras, tratamos da definição do *standard* a ser utilizado, implicando contraditório das partes acerca do entendimento quanto ao seu significado, e sua consequente utilização na valoração das provas para formação do juízo de fato⁸⁷.

Desta forma, quanto aos dois âmbitos em que atua o contraditório na formação do juízo de fato, embora se possa imaginar que o princípio do livre convencimento motivado

⁸⁵ KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 353, 2002. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 06 out. 2017.

⁸⁶ E esse debate acerca dos standards e seus significados seria considerada uma questão de direito, ao passo que a valoração, uma questão de fato. Nas palavras de Danilo Knijnik, "(...) modelo de constatação a ser adotado pelo julgador, enquanto questão jurídica prévia à valoração". Ver em: *Idem*. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 44.

⁸⁷ Afinal, "se cada julgador pudesse julgar com base em seu entendimento individual do que é se deva entender por 'dúvida razoável' ou por 'preponderância de provas', não haveria como assegurar um mínimo de objetividade". Ver em: DIAMOND, Henry. "Reasonable doubt: to define or not to define". In: *Columbia Law Review*, vol. 90, p. 1,728, 1990 apud KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 33.

requeria, para possibilitar efetivo controle de sua decisão, um critério lógico e de aplicação subsuntiva pelo procedimento silogístico, o que se apresenta viável diante das circunstâncias analisadas é a efetivação de um controle por meio de ferramentas semelhantes a princípios jurídicos, "envolvendo, pois, abertura, polissemia, alta flexibilidade"⁸⁸.

Assim, o "casuísmo"⁸⁹ inerente aos modelos de constatação baseia-se, justamente, na principal ideia veiculada por esses critérios, qual seja, o do princípio do contraditório. Claro, se a pesagem das provas é feita com base no subjetivismo do julgador e as inferências construídas, como se verá na sequência, com base no contraditório - tendo como ponto balizador o critério do *standard* adotado⁹⁰ -, não se poderia supor que o resultado de tal aplicação seria decorrente de um processo meramente lógico (em sentido objetivo, silogístico, dedutivo), mas do enfrentamento da lógica de cada parte - e mesmo da lógica do juiz - na busca de uma "verdade do processo"⁹¹.

3.3.2 Motivos para aplicação do contraditório

Mas, afinal, por qual motivo e qual a importância de se basear a aplicação dos *standards* probatórios no princípio do contraditório, considerando seus dois âmbitos de atuação? Nos tópicos seguintes, analisaremos as causas e as vantagens decorrentes da submissão do livre convencimento motivado ao contraditório.

⁸⁸ "Os standards 'não são, como acertadamente observa STRACHE, regras configuradas conceptualmente, às quais se possa efectuar simplesmente a subsunção por via do procedimento silogístico, mas pautas 'móveis', que têm de ser inferidas da conduta reconhecida como 'típica', e que têm que ser permanentemente concretizadas ao aplicá-las no caso a julgar". Ver em: KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 353, 2002. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 06 out. 2017.

⁸⁹ Inclusive, por trazer essa característica de casuísmo em seu procedimento, Jordi Nieva Fenoll criticou a aplicação dos standards probatórios como úteis no processo de formação do convencimento judicial. Assim: "Como se ve, las definiciones adolecen de una gran imprecisión, especialmente, las del *beyond a reasonable doubt*. Por eso, como no podía ser de otra forma, el grado de certeza realmente exigido en cada caso concreto hace que el criterio generalista caiga en un casuismo impresionante, existiendo gran número de excepciones y concreciones en la jurisprudencia y hasta en las leyes". Em tradução livre: "Como se percebe, as definições sofrem de grande imprecisão, especialmente a definição do standard "além de uma dúvida razoável". Portanto, como não poderia ser de outra forma, o grau de certeza realmente exigido em cada caso concreto faz com que o critério geral caia em um casuísmo impressionante, existindo um grande número de exceções na aplicação desses standards nos casos concretos na Jurisprudência e, até, na lei". Ver em: FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 86 - 87.

⁹⁰ Por "standard adotado", referimo-nos ao modelo de constatação definido e construído em seu significado com base, também, no princípio do contraditório.

⁹¹ "(...) a 'verdade do processo' não precisa estar em uma das narrativas, mas evidentemente jamais vai alcançar um status que seja diferente da "verdade processual", que não pode se desligar da participação dialética das partes". Ver em: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *PROVA*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 304.

3.3.2.1 Do processo justo

Um primeiro motivo que surge - e, talvez, o mais importante - é o da busca pela legitimação do processo⁹². O raciocínio, aqui, é simples (embora suas consequências sejam de suma importância): se o princípio do contraditório é visto como essencial - sob o ponto de vista constitucional e federal⁹³ -, de forma que a sentença final só possa resultar do trabalho conjunto de todos os sujeitos do processo, é necessário que seja estabelecido um ponto de equilíbrio nesta relação⁹⁴. No caso do juízo de fato, tendo como base os *standards* probatórios, seria possibilitado o debate, primeiramente, acerca dos próprios critérios (e seus significados enquanto questão de direito) a balizarem a valoração das provas, além de permitir, por consequência, a discussão acerca das provas produzidas no processo, de modo que as partes tenham condições de influenciar o juiz nesses dois aspectos de sua decisão⁹⁵.

E é possível percebermos a importância prática de tal obrigatoriedade, porque, conforme analisado, se há uma relação de dependência entre questões de fato e de direito, não se poderia admitir que a valoração das provas fosse feita de forma abstrata única e exclusivamente pelo julgador, sob pena de se incorrer em um juízo arbitrário⁹⁶, ainda mais quando consideramos o direito de as partes influírem diretamente na decisão do juiz tendo em vista a ideia do contraditório forte⁹⁷.

⁹² Segundo Marinoni e Arenhart, "A participação das partes é imprescindível para a formação do convencimento judicial, ainda que, em alguns casos, o juiz possa atuar de ofício, ou melhor: a consciência de que a atuação do juiz, em tais casos, é supletiva evidência que a oportunidade de participação é fundamental à legitimação do processo". Ver em: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *PROVA*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 87.

⁹³ Conforme se pode depreender da leitura do art. 5º, LV, CF; art. 7º, CPC; e art. 155, CPP.

⁹⁴ Refere Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que "revela-se inegável a importância do contraditório para o processo justo, princípio essencial que se encontra na base mesma do diálogo judicial e da cooperação. Na perspectiva judicial, semelhante compreensão implica que a sentença final só pode resultar do trabalho conjunto de todos os sujeitos do processo. A ideia de cooperação, além de exigir, sim, um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo, pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Ver em: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 191 e 192.

⁹⁵ Embora seja possível referirmos os dois âmbitos de atuação do contraditório na formação do significado do standard e sua aplicação enquanto, respectivamente, questão de direito e questão de fato, não podemos nos esquecer da ideia de que fato e direito mantêm relação quase que indissociável no âmbito jurídico.

⁹⁶ "A verdade é que, em face da tomada de consciência quanto ao inafastável caráter dialético do processo, modificou-se de forma significativa o alcance do antigo brocardo da *mihi factum, dabo tibi ius*. Antes de nada, afigura-se algo arbitrário valorizar abstratamente a disquisição ou o juízo sobre o fato, como se totalmente divorciados do juízo de direito". Ver em: ALVARO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 210.

⁹⁷ Sobre o direito fundamental ao contraditório, devemos considerar duas dimensões: contraditório fraco e contraditório forte. Enquanto aquele refere-se à situação em que as partes têm o direito de saber tudo o que se passa no processo, sem exercerem, portanto, influência sobre o convencimento do juiz, o contraditório forte envolve um direito de influência. Ou seja, nesse caso, as partes, a partir de suas argumentações, irão colaborar para a formação do convencimento do juiz, na medida em que elas têm o direito de colaborar para a decisão democrática do juízo. Desta forma, o juiz deve dar oportunidade às partes de se manifestarem antes de qualquer

Ademais, considerando os dois âmbitos de atuação do contraditório, se as partes têm o direito de influenciar o juiz na sua decisão e esta é tomada - ao menos quanto à matéria de fato - com base nos critérios dos *standards*, fica mais evidente ainda a necessidade de que elas participem, também, da formação de tais critérios. Do contrário, estar-se-ia partindo de uma base arbitrariamente definida pelo julgador para que, somente depois, as partes pudessem participar da formação do convencimento de fato.

O contraditório forte, assim, enquanto legitimador da decisão judicial, refere-se à aplicação do Direito como um todo: considerando, com isso, a participação das partes tanto em relação às questões de direito quanto sobre as questões de fato.

3.3.2.2 Falibilidade do conhecimento humano e chance de erro

Por fim - embora não haja, neste trabalho, a pretensão de exaurimento quanto aos motivos de aplicação do contraditório -, outra causa que se pode apontar como justificativa para a submissão do livre convencimento motivado ao contraditório - por meio dos *standards* - refere-se a um tema um pouco mais complexo que o anterior: a verdade processual.

Se a verdade é inatingível⁹⁸, de forma que se possa alcançar, no máximo, uma convicção de verdade baseada nos elementos probatórios possíveis de serem obtidos⁹⁹ - a depender do caso concreto e de sua dificuldade prática -, não se pode desconsiderar essa dificuldade inerente ao conhecimento humano e, muito especialmente, ao conhecimento obtido pelo processo, na construção da convicção judicial quanto à matéria de fato.

Se a verdade é relativa, não constituindo um fim em si mesmo, "senão simples meio para aplicação do direito ao caso concreto, tão somente colaborando para que o processo alcance sua finalidade"¹⁰⁰, tal premissa não pode ser, simplesmente, ignorada ao se pleitear

decisão, mesmo nas decisões que o juiz possa tomar de ofício. Sobre o assunto, ver: RUBIN, Fernando. O contraditório na visão cooperativa do processo, 2013. Disponível em: <<https://fernandorubin.jusbrasil.com.br/artigos/121943628/o-contraditorio-na-visao-cooperativa-do-processo>>. Acesso em: 06 de dez. 2017.

⁹⁸ "Quando se afirma que a prova não pode traduzir a verdade, alude-se a uma ideia que há muito tempo está presente na filosofia. O que se quer dizer, mais precisamente, é que a essência da verdade é inatingível". Ver em: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. PROVA. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 84.

⁹⁹ Neste sentido, referem Marinoni e Arenhart que "É evidente que a impossibilidade de o juiz descobrir a essência da verdade dos fatos não lhe dá o direito de julgar o mérito sem a convicção da verdade. Estar convicto da verdade não é o mesmo que encontrar a verdade, até porque, quando se requer a convicção de verdade, não se nega a possibilidade de que 'as coisas não tenham acontecido assim'. Em resumo: o juiz, para pôr fim ao conflito, deve estar convicto, dentro das suas limitações, a respeito da verdade, uma vez que a sua essência é impenetrável". Ver em: *Ibidem*, p. 85 - 86.

¹⁰⁰ Nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o que também iria ao encontro da tese segundo a qual a verdade real é inatingível, sendo a verdade do processo um meio para se aplicar o direito ao caso concreto, é a

um julgamento de mérito justo do caso concreto. E essa ideia fica mais evidente na medida em que consideramos dificuldades práticas na construção de uma verdade processual, tais qual, como referido, a problemática envolvida na investigação judicial acerca da matéria de fato¹⁰¹.

Assim, conciliando as ideias de (i) problema na busca pela verdade (verdade relativa), (ii) falibilidade do conhecimento humano, e (iii) a necessidade de pacificação do conflito (ideia de administração da justiça)¹⁰², urge que sejam concebidos e aplicados critérios que possibilitem sistematizar tais concepções. E, no caso, os critérios adotados (*standards* probatórios) atuam por meio do princípio do contraditório. Neste sentido, como refere Danilo Knijnik, os *standards* probatórios nada mais seriam do que a reação do próprio sistema contra a sua falibilidade na determinação do juízo fático, tratando-se, em suas palavras, "de um dado extra-sistemático com a decorrente formulação de uma lógica intra-sistemática de controle"¹⁰³. E essa lógica intra-sistemática, a qual possibilitaria a submissão da valoração da prova ao contraditório, também requereria, na sua formação, da participação das partes.

3.3.3 Vantagens de sua aplicação

Consideradas essas duas justificativas para aplicação do princípio do contraditório tanto na definição dos modelos de constatação quanto na formação do convencimento judicial sobre matéria de fato (valoração das provas), respectivamente, façamos a análise das vantagens decorrentes da utilização desse princípio em cada um desses âmbitos.

3.3.3.1 Importância do diálogo na formação do juízo de fato

Se há a necessidade, para que o processo seja considerado justo, de que a decisão judicial resulte da participação de todos os sujeitos do processo, tal regra demonstra-se adequada à finalidade almejada, uma vez que, aqui, "apresenta-se-nos relevante não apenas o

existência das "regras de julgamento pertinentes ao ônus da prova", haja vista o dever de o juiz dar uma solução para o caso. E a aplicação dessas regras poderia levar a uma decisão "nem sempre com exata correspondência na realidade dos fatos". Sobre o assunto, ver: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 202.

¹⁰¹ ALVARO DE OLIVEIRA, loc. cit.

¹⁰² Sobre a necessidade de pacificação do conflito e limites à duração da investigação sobre a verdade, ver: *Ibidem*. p. 203.

¹⁰³ KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 353, 2002. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 06 out. 2017.

resultado da convicção, mas o processo inferencial, a infraestrutura lógico-argumentativa pela qual ela fora atingida"¹⁰⁴.

E esse instrumento fundamental - conferido pelo contraditório - pode ser visualizado como vantajoso principalmente ao ser comparado à sua antítese, que seria, justamente, o convencimento formado (somente) a partir da atividade do julgador. Afinal, a cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes tende a permitir uma conclusão muito mais científica no que tange ao enfrentamento de opiniões diversas e à busca de uma síntese logicamente aceitável de todo esse debate, seja quanto à prévia definição do significado dos *standards* ou mesmo na sua aplicação ao valorar as provas.

Pensemos em termos lógicos: por exemplo, ao permitir a participação das partes com o intuito de influenciarem o juiz em sua decisão quanto às questões de fato, está-se estabelecendo que, produzidas as provas necessárias, cada parte defenderá a sua versão sobre os fatos, de modo que a outra parte tente refutar as incoerências da versão oposta. E, havendo um juiz como sujeito imparcial desta relação, ele poderia extrair desse debate uma síntese tendo em vista não somente o seu ponto de vista sobre o que foi afirmado, como também as manifestações das partes sobre o assunto. E as próprias partes, ao tomarem conhecimento de uma síntese preliminar formada pelo julgador, poderiam apontar eventuais inconsistências desse entendimento¹⁰⁵.

Com isso, tendo em vista a busca de uma convicção de verdade por meio de um processo justo, a cooperação entre os sujeitos processuais - no que diz respeito à questão de fato - só traria benefícios quanto ao método de formação da convicção e - embora não necessariamente, pois devemos considerar a hipótese de erros eventuais - seu efetivo resultado.

Claro, diante das vantagens advindas de um método dialético na formação da convicção judicial, o mesmo poderia ser dito quanto à questão de direito referente ao prévio estabelecimento do modelo de constatação a ser utilizado. Assim, o seu significado (do *standard*) poderia ser construído de maneira mais adequada a partir do diálogo, e não de uma atividade isolada do julgador.

¹⁰⁴ KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 353, 2002. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knjnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 06 out. 2017.

¹⁰⁵ Quanto à possibilidade de as partes, a partir de uma síntese preliminar formada pelo julgador, poderem apontar eventuais inconsistências, essa situação fica ainda mais evidente se considerarmos a definição e fundamentação do julgador quanto ao modelo de constatação a ser utilizado. Claro, feita essa definição, as partes poderiam exercer o contraditório no sentido de precisarem um melhor significado do *standard* a ser adotado.

Como refere Carlos Alberto Alvaro de Oliveira,

(...) o monólogo pouca necessariamente a perspectiva do observador e em contrapartida o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado¹⁰⁶.

Como decorrência, o exercício do direito ao contraditório, consubstanciado na efetiva cooperação das partes para com o juiz na formação de seu convencimento, permitirá que as partes insurjam-se contra a definição jurídica ou fática da causa efetuada pelo órgão judicial, de modo que o processo de cooperação possa suprir as lacunas ou insuficiências da cognição judicial¹⁰⁷¹⁰⁸.

Desta forma, tendo em vista a importância do processo de formação do convencimento judicial, estar-se-ia garantindo a cientificidade da decisão, na medida em que as inferências estabelecidas pelo juiz seriam, em contraditório, "testadas e verificadas por modelos e *standards* que permitam submetê-las a um juízo crítico comum".¹⁰⁹

Resumindo, considerando a importância do processo de construção da convicção (meio pelo qual ela será atingida), o contraditório propicia que o juízo alcance uma decisão justa, seja em seu viés formal - porque seguidora dos preceitos normativos constitucionais e federais - como em seu aspecto material, tendo em vista a garantia de sua cientificidade no que tange a um processo mais aberto ao diálogo para formação do convencimento judicial e seu inegável ganho em relação ao sistema contraposto.

3.3.3.2 Da sistematização do erro

Quanto à chance de erro decorrente da falibilidade do conhecimento humano e do conhecimento obtido por meio do processo, a vantagem percebida pela utilização do princípio do contraditório na formação do convencimento judicial residiria na sistematização,

¹⁰⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 193.

¹⁰⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, loc. cit.

¹⁰⁸ Taruffo também refere essa possibilidade como "garantía procedimental previa a la decisión, es decir, como posibilidad para las partes de intervenir y defenderse preventivamente sobre todos los aspectos de la controversia que resultan de alguna forma relevantes para la decisión". Em tradução livre, "garantia procedimental prévia à decisão como possibilidade para as partes de intervirem e defenderem-se preventivamente quanto a todos os aspectos da controvérsia que resultem de alguma forma relevantes para a decisão". Ver em: TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Espanha: Editorial Trotta, 2005. p. 431.

¹⁰⁹ KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 353, 2002. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 06 out. 2017.

regramento e administração dessa margem de erro pelo próprio processo, "sob pena de restar dissimulada, disfarçada, escamoteada no processo, gerando indesejável arbitrariedade"¹¹⁰.

Contudo, façamos uma ressalva: analisando sob o enfoque da divisão de dimensões na valoração das provas (lógica e perceptiva), podemos perceber que a ideia de sistematização refere-se, claro, à sua dimensão lógica, uma vez que os *standards* probatórios - critérios que possibilitam a aplicação do contraditório a partir da determinação de pontos comuns para debate - também irão atuar neste âmbito.

Assim, a administração da margem de erro - e aqui fazemos um paralelo com o subitem anterior -, a partir do estabelecimento de regras (*standards*), estaria relacionada, justamente, ao processo de formação do convencimento a partir de um método dialético. Isso porque a atuação exclusiva do juiz resultaria, invariavelmente, em um maior índice de equívocos, seja na estabelecimento do modelo de constatação ou em sua aplicação, principalmente se comparada ao constante exercício do direito de defesa pelas partes ao não se sujeitarem, passivamente, à definição jurídica ou fática efetuada pelo juiz de maneira isolada.

Eventuais erros ainda existentes - mesmo diante do método colaborativo na formação do convencimento judicial quanto à sua dimensão lógica - parafraseando Luis Alberto Reichelt, seriam "tratados como 'falhas humanas do sistema, que é humano e não poderá mesmo ser perfeito'"¹¹¹. O mesmo se poderia dizer - com ainda mais ênfase - quanto a erros decorrentes da valoração das provas em sua dimensão perceptiva, pois, aqui, sequer se poderia conferir maior objetividade à análise.

3.4 COMO FUNCIONAM OS *STANDARDS* (*LATO SENSU*)

Analisada a ideia geral veiculada pelos modelos de constatação e as vantagens decorrentes de sua aplicação, o passo seguinte é estudarmos o modo como tais ideais serão concretizados. Então, neste tópico, analisaremos o funcionamento dos *standards* probatórios.

¹¹⁰ KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 353, 2002. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 06 out. 2017.

¹¹¹ REICHELTL, Luis Alberto. A prova no direito processual civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 189.

3.4.1 Plano da validade das decisões judiciais: necessidade de definição prévia do *standard* a ser aplicado

Ao tratarmos da ideia geral e vantagens da aplicação dos *standards* probatórios na formação do juízo de fato, referimos que, visando ao auxílio do julgador neste intento, o principal meio proposto pelos modelos de constatação é o da máxima submissão ao contraditório. Contudo, antes de tratarmos da aplicação dos modelos de constatação na valoração das provas, devemos referir, como questão prévia, a necessidade de que seja definido, pelo juiz, o *standard* probatório a ser utilizado no seu processo de convicção. Afinal, se o contraditório preceituado por esses critérios atua em dois âmbitos, primeiramente, devemos analisar sua aplicação quanto à questão jurídica.

Como não poderia ser diferente, tal necessidade decorre, justamente, do meio de que se pretende valer o julgador ao aplicar os *standards* probatórios. Se eles são entendidos como um critério objetivo de análise a partir do qual as partes poderiam debater em contraditório - entre elas e com o julgador - sobre o grau de evidência necessário para que determinada prova seja considerada suficiente para se afirmar que um fato é existente e, assim, o caso possa ser decidido, o prévio estabelecimento sobre qual critério será utilizado faz-se igualmente necessário.

E tal necessidade se afigura em duas perspectivas: a primeira, conforme analisado no ponto anterior, refere-se à necessidade de legitimação da decisão a partir da participação das partes. Se o critério fosse definido sem o prévio debate para com as partes, deixaria de ser objetivo (ao menos quanto àquele determinado caso concreto). E a segundo, prévia à definição do significado do *standard*, refere-se ao próprio modelo a ser utilizado (se é o modelo próprio para casos civis ou penais e, dentro daqueles, se a natureza da questão envolvida é meramente patrimonial ou considerada socialmente mais grave).

Claro, considerando que há diferentes tipos de *standards* - porque diferentes são as naturezas dos casos concretos, sendo exigidos diferentes graus de evidência para cada um (analisaremos mais adiante essa temática) -, o emprego de um ou outro modelo de constatação afetaria diretamente o processo de formação do juízo de fato. Assim, para que o contraditório seja efetivamente exercido pelas partes (com condições de que elas possam influenciar o juiz na sua convicção), deve o julgador informá-las sobre qual *standard* (e qual o seu significado) ele pretenderá pautar o seu convencimento para aquele determinado processo. Isso porque, mesmo que o juiz não o fizesse, ainda assim estaria baseando seu entendimento em algum

critério, com a diferença de que, neste contexto, a base da formação do convencimento judicial utilizada restaria obscura para aqueles que mais interesse têm na solução da controvérsia¹¹².

Então, considerado esse contexto, parece-nos lógico que, para que um *standard* probatório seja utilizado de modo a atingir ao máximo sua finalidade, submetendo a discussão sobre a matéria de fato ao princípio do contraditório e alcançando, assim, as vantagens decorrentes desta utilização, é necessário que o *standard* a ser utilizado seja previamente definido pelo julgador e informado às partes, possibilitando o exercício do contraditório também quanto a esta questão de direito. Do contrário, embora fosse aplicado o *standard* - porque "necessariamente um modelo seja implicado no decidir"¹¹³ -, este poderia não proporcionar todas as vantagens por ele idealizadas, pois as partes, possivelmente, não teriam conhecimento do critério a partir do qual exerceriam, de maneira plena, o contraditório (na valoração das provas)¹¹⁴.

3.4.2 Critérios para formação do juízo de fato e submissão ao contraditório

Estabelecido, como questão de direito antecedente¹¹⁵, o "ponto de encontro entre posições opostas"¹¹⁶, o passo seguinte, no que se refere ao funcionamento dos *standards* probatórios, é, justamente, a submissão da valoração da prova ao contraditório, a fim de que

¹¹² Sobre o assunto, ver: KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 31 - 34.

¹¹³ *Ibidem*, p. 32.

¹¹⁴ Mesmo neste contexto seria possível as partes exercerem o contraditório. Contudo, seus argumentos poderiam restar comprometidos na medida em que não teriam conhecimento do critério utilizado pelo julgador na definição do *standard* e na formação do juízo de fato. Por isso, dissemos que o contraditório poderia não ser exercido de forma plena. Entretanto, considerando a possibilidade de que, mesmo sob essas circunstâncias, a parte, talvez supondo o critério utilizado pelo julgador, formulasse seus argumentos considerando esse hipotético *standard* utilizado, ela estaria exercendo o contraditório nos mesmos moldes que o faria na hipótese de o juiz tê-la informado previamente sobre o *standard* utilizado. Então, quando referimos a necessidade de prévia definição do *standard* para que o contraditório seja plenamente exercido, não estamos nos referindo ao pleno exercício prático pelas partes - pois, bem ou mal, poderia ser exercido o contraditório -, mas à plena possibilidade de exercício por elas. Ou seja, se elas forem exercer o contraditório ou não, a base para que elas possam exercer o contraditório deve ser informada, sob pena de que a possibilidade de pleno exercício dependa de suposições das partes sobre o modelo aplicado.

¹¹⁵ KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 31.

¹¹⁶ Nas palavras de Danilo Knijnik, "Essa 'visão procedimental', que, em filosofia, dá lugar à altamente problemática 'ética procedimental', oferece, dentre outras vantagens, o estabelecimento de pontos de encontro entre posições opostas, atenuando o confronto, viabilizando o discurso leal, aberto, franco, ensejando o pluralismo de idéias, convidando à síntese racionalizável". Ver em: *Idem*. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 353, 2002. Disponível em: < <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 06 out. 2017.

seja possível ao processo valer-se dos benefícios desse método (auxílio na construção do convencimento judicial sobre matéria de fato e prevenção do erro). Mas como ocorre, dentro da valoração, este processo?

Na área da valoração das provas, basicamente, podemos distinguir dois âmbitos em que ela atua: (i) valoração individual da prova e (ii) valoração do conjunto probatório. Explicando brevemente, enquanto aquela pode ser entendida como o esforço no sentido de viabilizar "a constatação de que uma prova demonstra o fato em determinado sentido e grau"¹¹⁷, a valoração conjunta refere-se à "construção de uma estória racional para a qual é fundamental a atenção às provas e às presunções"¹¹⁸.

Ainda, considerando, a partir desses dois âmbitos, a construção de uma estória aceitável, há um terceiro nível em que será necessária a valoração para se descobrir a "versão oficial" sobre a matéria de fato: trata-se da hipótese de mais de uma estória ser viável a partir da análise das provas e conjunto probatório¹¹⁹. Diante desse contexto, podemos questionar: onde e como atuam os *standards* probatórios?

Para responder à pergunta anterior, voltemos à definição dos modelos de constatação. Se eles são considerados como "o *quantum* de evidência que deve ser apresentado perante um juízo ou Tribunal antes que um fato possa ser tomado como existente ou não existente" - conforme analisado no tópico 3.1.2 -, tendo em vista sua finalidade de resolução de um conflito¹²⁰, no contexto apresentado quanto à valoração das provas, a princípio, eles somente poderiam se encaixar na ideia de valoração individual das provas.

Contudo, considerando os modelos de constatação como "pautas móveis" que atuam sobre a valoração das provas no âmbito do livre convencimento¹²¹, é evidente que, além de seus reflexos emanarem para os demais âmbitos da valoração - haja vista, por exemplo, a estória construída a partir da valoração do conjunto probatório basear-se, fundamentalmente,

¹¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. PROVA. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 300 - 301.

¹¹⁸ *Ibidem*. p. 302.

¹¹⁹ Taruffo trata desses três níveis de valoração das provas como (i) confirmação sobre determinado fato; (ii) enunciado relativo ao fato; e (iii) várias hipóteses sobre a mesma circunstância. Sobre o assunto, ver: TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 254 - 256.

¹²⁰ "uma vez que o juiz tenha proferido a sua decisão de acordo com o grau de probabilidade requerido (...), o (fato) é verdadeiro, para fins de resolver o conflito". MCCAULIFF, C. M. A. "Burdens of proof...", p. 1.296, apud KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 35 - 36.

¹²¹ "Os standards 'não são, como acertadamente observa STRACHE, regras configuradas conceptualmente, às quais se possa efectuar simplesmente a subsunção por via do procedimento silogístico, mas pautas 'móveis', que têm de ser inferidas da conduta reconhecida como 'típica', e que têm que ser permanentemente concretizadas ao aplicá-las no caso a julgar". Ver em: KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 353, 2002. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 06 out. 2017.

nas provas -, em cada um dos níveis da valoração das provas os *standards* poderão ser aplicados para a formação do juízo de fato.

Ademais, se o princípio da livre convicção judicial motivada, que propiciou a aplicação dos *standards*, teve como ponto de partida a "busca (ou retomada) pela verdade", considerando, também, que, aqui, tratamos da verdade possível de ser alcançada por meio do processo, como poderíamos considerar que os *standards* atuariam somente de maneira reflexa na construção da verdade processual?

Considerada sua aplicação no âmbito da valoração individual, na hipótese de mais de uma estória ser viável, deve o juiz buscar a melhor versão, seja ela proveniente das alegações de uma das partes ou mesmo uma construção feita pelo juízo¹²². Neste contexto, se dissemos que a ideia geral do contraditório, que é o meio pelo qual atuam os *standards*, é o debate na busca pela solução do caso concreto - ao menos no que tange ao juízo de fato -, também nesta hipótese atuarão os modelos de constatação, portanto.

Solucionado, previamente, esse questionamento, passemos a analisar o funcionamento dos *standards* probatórios em cada nível de valoração judicial.

A ideia é, basicamente, a seguinte: fixados os "pontos de encontro", as partes poderão discutir acerca da comprovação ou não de determinada alegação de fato. Como? Toma-se como ponto de partida a valoração feita por uma das partes¹²³. A partir dela, por meio da análise das inferências realizadas para se chegar àquela conclusão, os sujeitos processuais, segundo Danilo Knijnik, discutirão o "como", "por que meios" e "por que maneira" atingiu-se uma certa convicção. Assim, podem indicar a existência de erros, desvios lógico-inferenciais, arbitrariedades e outros¹²⁴.

¹²² Segundo Marinoni e Arenhart, "essa 'verdade' não precisa ser uma das propostas das partes, uma vez que o juiz pode construir a sua, sem ter a necessidade de optar por uma das narrativas dos conflitantes, pois nada impede - e até mesmo é comum - que o juiz aceite apenas parte da narrativa do autor e parte da narrativa do réu". Sobre o assunto, ver: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *PROVA*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 303 - 304.

¹²³ Tal valoração, tendo em vista a regra do ônus da prova, vai depender do tipo de fato alegado (se constitutivo do direito ou impeditivo, modificativo ou extintivo), podendo-se partir da valoração feita pelo autor ou pelo réu. Isso no caso do processo civil. No caso do processo penal, tendo em vista a presunção de inocência, a valoração a ser analisada à luz dos modelos de constatação seria a feita pela acusação. Sobre ônus da prova, ver: MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 7ª ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Curso de processo civil; v. 1. p. 331 - 335.

¹²⁴ Nas palavras de Danilo Knijnik, "Nesse contexto, os standards podem colaborar na denúncia de desvios lógico -inferenciais, no sentido de indiciar a ocorrência de erros, subjetivismos, arbitrariedades, a partir do exame lógico do "como", do "por que meios", do "por que maneira" etc. atingiu-se uma certa convicção". Ver em: KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 353, 2002. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 06 out. 2017.

Desta análise, surgirá a "síntese racionalizável" sobre determinada prova que demonstra ser existente determinado fato relevante para a causa. E, aqui, devemos diferenciar a versão sobre o fato da versão sobre a narrativa como um todo. Os *standards* vão atuar na busca pela verdade da versão sobre o fato, verificando se ele existiu ou não de acordo com as alegações feitas e as provas produzidas (avaliação individual). Quanto à versão sobre a narrativa (como resultado da avaliação conjunta), o fato considerado será relevante para se determinar o destino da história; contudo, o *standard*, também aqui, irá atuar, e não apenas emanar seus reflexos com o intento de resolver o conflito. Seria o caso, por exemplo, de o fato considerado existente - a partir do debate, tendo como ponto de partida o critério previamente estabelecido - não ser suficiente para se dizer se o autor tem razão em suas alegações. Então, o juiz deveria, ainda considerando o critério definido (aplicação do *standard* no âmbito da avaliação conjunta), fazer uma avaliação sistemática com outras provas e as presunções para construir uma história racional a ser aplicada ao caso e, conseqüentemente, ver uma norma jurídica incidindo sobre a hipótese fática considerada. Em outras palavras, a história só será viável se ela mesma atingir o nível de exigência requerida pelo *standard* aplicado ao caso. Trata-se da análise da versão com ela mesma e sua suficiência¹²⁵.

Quanto ao terceiro nível em que atuam os modelos de constatação, no caso de mais de uma história ser viável a partir da avaliação conjunta, para a determinação de qual a melhor versão, poderão (e deverão) ser aplicados outros critérios que não somente os *standards*, como os critérios da coerência e congruência apresentados por Marinoni e Arenhart¹²⁶. Contudo, mesmo nesses casos, além de permanecerem como pautas a partir das quais o juízo deverá aplicar os demais critérios¹²⁷, deve-se atentar para a possibilidade de os *standards* já,

¹²⁵ Sobre o assunto, Taruffo refere, como critério a partir do qual é possível aferir, ao menos quanto a este ponto, se a decisão judicial acerca da matéria de fato é racional ou não, a necessidade de que o juiz, para chegar a determinado juízo de fato, utilize adequadamente todos os dados empíricos disponíveis. Claro, se o julgador não se utilizar de todos os dados, corre-se o risco de que ele considere comprovada determinada alegação de fato a qual tenha, contra si, prova em sentido contrário. Assim, em outras palavras, a própria versão considerada seria menos provável que a sua negação. E isso deve ser aferido com base no modelo de constatação adequado ao tipo de processo. Nas palavras de Taruffo, "no es racional la valoración que no toma en cuenta esos datos (empíricos disponibles) o que se opone a ellos". Em tradução livre: "Não é racional a avaliação que não considera esses dados (empíricos disponíveis) ou que se opõe a eles". Ver em: TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Espanha: Editorial Trotta, 2005. p. 423.

¹²⁶ Sobre o assunto, ver: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. PROVA. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 303 - 308..

¹²⁷ Um exemplo seria na hipótese de se avaliar, entre duas versões viáveis, a que apresenta maior grau de congruência, o que, segundo Marinoni e Arenhart, seria um método para se escolher a melhor história quanto ao critério da narração que melhor reflete o conjunto dos fatos ou, em outras palavras, "a que estabelece uma ligação com o conjunto dos fatos provados". Trata-se de "um teste de verificação da correspondência entre a narrativa judicial e os fatos provados". Neste caso, o critério da congruência seria utilizado; contudo, teria como pauta o *standard* adotado, no sentido de que tal correspondência entre narrativa judicial e fatos provados deveria, também, pautar-se pelo grau de certeza exigido pelo *standard* aplicado. Sobre o critério da congruência, ver:

previamente, resolverem o caso (quando, por exemplo, pelas provas, não é possível a construção de mais de uma estória viável). E isso vai depender, também, do tipo de processo e, conseqüentemente, da espécie de *standard* aplicado, pois, dependendo de qual modelo de constatação for utilizado, como critério de decisão - tendo em vista o direito material -, pode ser que a simples existência de mais de uma estória viável já resolva o caso (se for exigida, por exemplo, certeza além da dúvida razoável, a existência de mais de uma estória poderia favorecer o réu no intento de sua absolvição).

3.4.3 Ressalva

Quando tratamos, neste capítulo, sobre o funcionamento dos *standards*, devemos fazer uma ressalva: neste trabalho, estamos tratando da aplicação dos *standards* probatórios na construção do juízo de fato no âmbito não recursal. Trata-se do controle da convicção sobre a matéria de fato em si (considerando, também, a prévia definição, como questão de direito antecedente, do modelo de constatação a ser aplicado), e não a partir da mera renovação do juízo. Com isso, queremos dizer que, em que pese essas questões de fato e de direito sejam passíveis de, também em nível recursal, nova análise no sentido de se rediscutir a convicção firmada pelo julgador a partir do critério estabelecido previamente¹²⁸, na presente pesquisa, atemo-nos ao estudo da possibilidade de se controlar a formação do convencimento judicial em um mesmo juízo.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. PROVA. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 304 - 306.

¹²⁸ Taruffo refere-se a esses dois âmbitos de controle como sendo duas formas pelas quais se poderia explicar a função da racionalidade. Segundo o autor, haveria a forma(a) *ex ante*, referente ao controle efetuado, com base nos critérios de racionalidade, pelo próprio juiz sobre o fundamento de seu raciocínio sobre as provas; e (b) a *ex post*, que diria respeito à verificação da validade do raciocínio do juiz por outros sujeitos, mediante os mesmos critérios, por meio do controle sobre a motivação do juízo de fato. Quanto à primeira forma, diríamos nós, não seria somente o juiz a controlar sua racionalidade na construção do juízo de fato, mas as partes também por meio do contraditório permitido pelo estabelecimento dos modelos de constatação. Importante dizermos que Taruffo também reconhece a atuação das partes no controle da valoração das provas; contudo, refere-se a tal situação não ao tratar da racionalidade do juízo de fato, mas ao tratar do contraditório exercido pelas partes como "la posibilidad para las partes de intervenir preventivamente en todo aquello que pueda influir sobre la decisión de la controversia". Em tradução livre, "a possibilidade para as partes de intervirem preventivamente quanto a tudo o que possa influir sobre a decisão da controvérsia". Inclusive, o autor refere que esse controle efetuado pelas partes por meio do contraditório ocorreria, também, na fase *ex ante* da valoração da prova, "desenvolvendo argumentos quanto à eficácia que lhe deve ser atribuída". No original, "las partes tienen que poder controlar *ex ante* la valoración de la prueba desarrollando argumentaciones sobre la eficacia que le debe ser atribuida". Sobre as formas de explicação da racionalidade referidas e o princípio do contraditório entre as partes, ver em: TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Espanha: Editorial Trotta, 2005. p. 422 - 435.

4 STANDARDS EM ESPÉCIE

Tendo em vista o funcionamento dos *standards* como critérios para a formação do juízo de fato, trata-se de parte essencial, analisados os modelos de constatação em um aspecto geral, o estudo de suas espécies. Por isso, neste capítulo, analisaremos os diferentes graus de probabilidade exigidos, a depender do caso concreto, para que um fato seja tido como existente. E, a partir dessa premissa (diferenciação de graus de probabilidades para cada modelo de constatação), apresentaremos possibilidades de definições para os *standards* em espécie. Afinal, se o contraditório a ser exercido pelas partes na valoração das provas é essencial para a legitimação da decisão judicial, o mesmo se pode dizer quanto à necessidade de definição dos modelos de constatação a serem utilizados neste intento.

4.1 DIVISÃO ENTRE MODELOS: ESCALONAMENTO DE GRAUS DE PROBABILIDADES E SUBDIVISÃO DOS STANDARDS

Ao longo da presente pesquisa, trabalhamos com a ideia de que, na construção do juízo de fato, trabalham as partes e o juiz segundo a óptica da verdade relativa, e não na busca por uma verdade real ou absoluta. Assim, tendo em vista a impossibilidade de se reconstruir inteiramente o passado, a solução do caso concreto perpassa pela dimensão das probabilidades¹²⁹.

Ainda, inadequado também seria afirmarmos que a constatação dos fatos seguiria pensamento segundo o qual haveria "um princípio unitário, válido para todos os casos e procedimentos, segundo o qual deveria ser feita a constatação dos fatos"¹³⁰. Claro, se o processo não constitui um fim em si mesmo, mas serve para a promoção de direitos materiais, como consequência, o próprio processo deverá estar adaptado ao direito material. E, no mesmo sentido, o convencimento do juiz deverá estar adaptado às peculiaridades do caso concreto.

Seguindo nessa linha de pensamento, se o processo trabalha com a ideia de probabilidades - porque impossível é a reconstrução exata do passado - e deve estar adaptado

¹²⁹ Nas palavras de Danilo Knijnik, "(...) é inviável reconstruir-se inteiramente o passado. Por melhores que sejam as provas produzidas em determinado feito, ainda assim se estará no terreno das probabilidades". Ver em: KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 34.

¹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. PROVA. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 91

ao direito material, os *standards* probatórios, por sua vez, terão dupla função: (i) determinar como alocar os riscos de erro entre os litigantes¹³¹ (ii) tendo em vista a importância que a sociedade e o ordenamento jurídico atribuem ao direito material discutido em juízo e que será objeto da decisão judicial¹³².

Com isso, fazendo uma síntese das conclusões preliminares a que chegamos acima, temos que, na construção do juízo de fato, trabalha-se com o plano das possibilidades aliado às particularidades do direito material. O que queremos dizer com isso? A ideia, em suma, é a de que os *standards* probatórios, como modelos de constatação dos fatos, trabalham com determinado grau de certeza exigido para que um fato seja considerado existente, tendo em vista a resolução do conflito. Contudo, esse grau de certeza exigido irá variar dependendo da natureza do direito material - e, conseqüentemente¹³³, de processo - discutido em juízo¹³³,

¹³¹ Neste sentido, referem David Schwartz e Christopher Seaman que "The standard of proof serves multiple purposes. First, it determines how to allocate the risk of error between litigants. In litigation, there is always some risk the decision maker will reach an erroneous conclusion. As Justice Harlan explained in *In re Winship*, 'in a judicial proceeding in which there is a dispute about the facts of some earlier event, the factfinder cannot acquire unassailably accurate knowledge of what happened. Instead, all the factfinder can acquire is a belief of what *probably* happened.' The standard of proof thus attempts to balance the risk between so-called Type I errors (i.e., false positives), such as an erroneous finding of liability in a civil case or the conviction of an innocent person, and Type II errors (i.e., false negatives), such as the denial of a meritorious claim in a civil case or an erroneous acquittal of a criminal defendant". Em tradução livre: "O padrão de prova serve para múltiplos propósitos. Primeiro, ele determina como alocar o risco de erro entre os litigantes. Em litígios, sempre há algum risco para o julgador de chegar a uma conclusão errônea. Como o juiz Harlan explicou em *In re Winship*, 'Em um processo judicial em que há uma disputa sobre os fatos de algum evento anterior, o julgador não pode adquirir uma precisão indiscutível de conhecimento sobre o que aconteceu. Em vez disso, todo o julgador pode adquirir uma crença sobre o que provavelmente aconteceu'. O padrão de prova, assim, tenta equilibrar o risco entre os chamados erros de Tipo I (isto é, falso positivos), como uma declaração errada de responsabilidade em caso civil ou a convicção de que uma pessoa é inocente e erros de Tipo II (isto é, falso negativos), como a negação de uma reivindicação meritória em um caso civil ou uma absolvição equivocada de um acusado criminal". Ver em: SCHWARTZ, David L.; SEAMAN, Christopher B. *Standards of Proof in Civil Litigation: An Experiment from Patent Law*, 26 Harv. J. L. & Tech. 429 (2013). Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1435&context=wlufac>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

¹³² Neste sentido, "(..) Second, the standard of proof is used to 'indicate the relative importance attached to the ultimate decision'. In particular, the Supreme Court has recognized that a heightened standard of proof — i.e., something greater than a mere preponderance of the evidence — is required when fundamental rights or important liberty interests are at issue". Em tradução livre: "Em segundo lugar, o padrão de prova é usado para 'indicar a importância relativa ligada à decisão final'. Em particular, a Suprema Corte reconheceu que um padrão de prova elevado - isto é, algo maior do que uma mera preponderância da evidência - é necessário quando os direitos fundamentais ou os interesses importantes da liberdade estão em questão". Ver em: SCHWARTZ; SEAMAN, loc. cit.

¹³³ Neste sentido, referem Marinoni e Arenhart que "Comparando a convicção judicial no processo penal e no processo civil, afirma Walter que, se a presunção de inocência que emana do princípio do Estado de Direito não deve ser desvirtuada apenas por ser muito verossímil a culpabilidade do acusado, o princípio do Estado Social seria invalidado se, para a prova de um acidente de trabalho ou do direito a uma pensão, fosse exigido o mesmo grau de certeza que no processo penal. Nessa linha, conclui que, quando se determina o 'módulo de prova', não há como deixar de levar em conta a matéria subjacente ao direito processual, sob pena de os fins do próprio direito material serem desvirtuados, ou ainda de se entrar em choque com outros importantes princípios do direito". MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *PROVA*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 91 - 92.

porque os custos dos erros cometidos em determinado tipo de processo e as consequências desses resultados devem ser alocados tendo em vista a importância do direito material.

Portanto, falamos, aqui, no escalonamento de graus de probabilidades (ou possibilidades), estando os *standards* probatórios divididos entre modelos de constatação. E, sobre o assunto, importante delimitarmos o escopo da análise sobre as espécies de *standards* que serão trabalhadas neste capítulo: estudaremos os três principais *standards* probatórios que surgiram no contexto da *common law*. São eles: (a) prova acima da dúvida razoável, (b) preponderância de provas, e (c) prova clara e convincente.

Basicamente, há dois modelos de constatação extremos ("a" e "b") a partir dos quais é agregado um terceiro modelo intermediário ("c"). E esses modelos exigirão graus de probabilidades maiores ou menores a depender da natureza do direito material subjacente e dos valores a ele atribuídos pela sociedade e pelo ordenamento jurídico.

Mas como escalonar esses graus de probabilidade? Se não é possível fazê-lo quantitativamente¹³⁴, o meio pelo qual se buscará auxiliar o juízo na formação e controle da convicção de fato são expressões que, em que pese pareçam simples à primeira vista, carregam importantes diferenças nos graus de certeza exigidos para que os *standards* sejam concretizáveis na prática.

4.2 ANÁLISE TEÓRICA

Neste tópico, analisaremos os três principais *standards* a partir dos seguintes critérios: tipo de processo em que atuam e ideia veiculada pelas expressões que os definem, tentando compreender, assim, seu funcionamento. Desta forma, apresentaremos possibilidades de definição dos modelos de constatação com base em estudos realizados no direito estrangeiro.

¹³⁴ Essa mesma ressalva foi feita por Danilo Knijnik ao analisar a natureza do controle possível da convicção judicial quanto às expressões caracterizadoras dos modelos de constatação, ao que o autor referiu importante ensinamento de Raffaello Lupi sobre o assunto: "A visão probabilística da demonstração probatória não exclui, por isso, a racionalidade das decisões, nem abre a porta, ainda que a probabilidade das várias hipóteses não seja formalizável segundo critérios numérico-quantitativos, ao subjetivismo do julgador. O controle numérico-quantitativo não é a única forma de controle do raciocínio, e a demonstração indutiva (plano da relação entre premissas e conclusões), não obstante a margem de apreciação presente, poderá ser racionalmente analisada nos seus diversos momentos reconstitutivos". Ver em: LUPU, Raffaello. *Método induttivi e presunzioni nell'accertamento ributário*. Milano: Giuffrè, 1988, p. 111 apud KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 36.

Afinal, uma maior precisão no uso dos *standards* de prova existentes tende a contribuir para uma melhor tomada de decisões e um maior respeito à integridade do sistema judicial¹³⁵.

4.2.1 Prova acima da dúvida razoável

O primeiro modelo de constatação que iremos analisar é aquele aplicável a casos de natureza penal: o *standard* da prova acima da dúvida razoável.

4.2.1.1 Do direito material e da alocação de riscos

Confirmando a tese segundo a qual não há identidade de tratamento entre questões civis e penais, houve, em determinado momento histórico, a construção das teorias da verdade real e verdade formal. Embora criticáveis a partir do atual conceito de verdade judicial (ou verdade possível de se obter no processo)¹³⁶, tais concepções acabaram sendo precursoras de uma diferenciação atinente ao convencimento judicial.

Se o *standard* probatório a ser aplicado em determinado processo dependerá do direito material subjacente e, conseqüentemente, do procedimento a ele aplicado, de modo a graduar o nível de certeza exigido para que uma alegação de fato seja tida como verdadeira, na seara penal, tendo em vista suas peculiaridades, a exigência será a maior se compararmos com a exigência no processo civil¹³⁷. Senão, vejamos.

¹³⁵ Segundo McCauliff, "Greater precision in the use of currently existing burdens (...) only can contribute to better decisionmaking and greater respect for the integrity of the judicial system". Em tradução livre, " Uma maior precisão no uso dos *standards* atualmente existentes (...) só pode contribuir para uma melhor tomada de decisões e um maior respeito pela integridade do sistema judicial". Claro, quanto a este segundo aspecto, somente seria possível, de maneira mais eficaz, por meio de decisões das Cortes de Vértice, haja vista sua função de dar unidade ao direito. Contudo, quanto à melhor tomada de decisões, é inegável que a melhor definição dos modelos de constatação existentes só traria benefício à formação do juízo de fato, possibilitando, além de um auxílio ao julgador, um controle mais efetivo pelas partes no exercício do contraditório. Ver em: MCCAULIFF, C. M. A. "Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitutional guarantees". In: Vanderbilt Law Review, vol. 35.

¹³⁶ "Tradicionalmente, afirma-se que no processo penal busca-se a *verdade real*, enquanto no processo civil seria suficiente a *verdade formal*, dicotomia rechaçada por doutrina mais recente, que se refere à *verdade judicial*, como a verdade possível de se obter no processo". Ver em: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *STANDARDS PROBATÓRIOS NO PROCESSO PENAL*. Revista AJUFERGS / 04. Disponível em: < <https://core.ac.uk/download/pdf/79069754.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2017.

¹³⁷ Neste sentido, refere Rosito que "O modelo da 'prova acima da dúvida razoável', originário da *common law* ('evidence beyond a reasonable doubt'), tem aplicação em casos criminais, na medida em que se exige, para formação do juízo de fato, a maior aproximação a certeza alcançada, não sendo suficientes a 'alta probabilidade' ou a 'certeza subjetiva do julgador'. Ver em: ROSITO, Francisco. A PROVA E OS MODELOS DE CONSTATAÇÃO NA FORMAÇÃO DO JUÍZO DE FATO. Revista de Processo | vol. 157/2008 | p. 51 - 71 | Mar / 2008. Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 245 - 270 | Out / 2011 | DTR\2008\181.

No subtópico anterior, vimos que os *standards* probatórios têm a função de alocar os riscos de erro entre os litigantes, considerando a importância atribuída pela sociedade e ordenamento jurídico ao direito material discutido em juízo. No caso, os direitos tutelados no processo penal são, basicamente, atinentes à vida e à liberdade. E esses direitos são consagrados, na Constituição Federal, como fundamentais (art. 5º, caput, CF/88). Como decorrência, o erro referente a uma decisão neste âmbito pode trazer consequências nefastas¹³⁸.

Então, com a consciência dessas peculiaridades, acrescentando à noção de presunção de inocência (*in dubio pro reo*), os riscos devem ser "alocados no sentido de que somente os efetivamente culpados devem sofrer condenação criminal, sendo preferível que muitos culpados venham a ser absolvidos do que condenado um inocente"¹³⁹. Desta forma, para que uma pessoa seja considerada culpada, no que tange ao juízo de fato, deve-se provar os elementos do crime "acima de toda a dúvida razoável", de modo a aumentar o grau de exigência da prova, barrando "quase que totalmente o risco de um erro"¹⁴⁰.

Mas uma ressalva: não é somente o direito material subjacente, como objeto de determinado processo, que pautará o *standard* a ser aplicado; o procedimento também é importante para essa finalidade, haja vista ter o condão de trazer consequências diversas no que tange às penalidades aplicadas em cada tipo de processo. Tal visão pode ser aferida na medida em que, por exemplo, "o modelo da prova acima da dúvida razoável não deve ser utilizado em casos não criminais, ainda que o fato nele versado seja um delito, ou seja, quando houver multi-incidência"¹⁴¹.

¹³⁸ Rosito reforça tal entendimento ao fazer um paralelo com o bem jurídico tutelado em casos civis. Assim: "Percebe-se, portanto, no modelo da 'prova acima da dúvida razoável', que a exigência de prova é altamente elevada. Isso porque no processo penal são tutelados os direitos fundamentais da vida e da liberdade. Por conseguinte, se houver erro na condenação do réu, as consequências são nefastas, diferentemente quando se trata de uma questão patrimonial, hipótese em que a sociedade, de um modo geral, tem uma preocupação menor com o resultado desse litígio privado. Não é por outra razão que se diz comumente que é mais prejudicial condenar um inocente do que absolver um culpado". Ver em: ROSITO, Francisco. A PROVA E OS MODELOS DE CONSTATAÇÃO NA FORMAÇÃO DO JUÍZO DE FATO. Revista de Processo | vol. 157/2008 | p. 51 - 71 | Mar / 2008. Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 245 - 270 | Out / 2011 | DTR\2008\181.

¹³⁹ "Fletcher atribui ao princípio de presunção de inocência (*présomption d'innocence*, *Unschuldvermutung*) nos países de *civil law* o papel desempenhado pelo *standard* da prova acima de dúvida razoável nos países de *common law*, ambas fornecendo a afirmação retórica da tradicional preocupação ocidental no sentido de que somente os efetivamente culpados devem sofrer condenação criminal, sendo preferível que muitos culpados venham a ser absolvidos, do que condenado um inocente". Ver em: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. STANDARDS PROBATÓRIOS NO PROCESSO PENAL. Revista AJUFERGS / 04. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79069754.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2017.

¹⁴⁰ MCCAULIFF, C. M. A. "Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitutional guarantees?". In: Vanderbilt Law Review, vol. 35, p. 1.320. apud KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 45.

¹⁴¹ "Quando uma acusação de crime está em causa numa ação cível, as consequências ameaçadoras (...) desta acusação, embora incomumente prejudiciais (...) não são tão sérias quanto num processo criminal pelo crime".

4.2.1.2 Dos níveis de atuação do *standard*

Se a alta exigência do *standard* de prova acima da dúvida razoável é tal que concretiza o princípio da presunção de inocência do acusado (art. 5º, LVII, CF), sendo o réu presumivelmente inocente, a menos que se prove o contrário¹⁴², a aplicação do *standard* probatório para o processo penal na formação do convencimento de fato pode ser dividida em dois níveis: preliminarmente, atingido o convencimento de acordo com o grau de suficiência exigido, o passo seguinte é examinar os elementos que podem afastar a convicção formada¹⁴³.

Quanto à formação preliminar da convicção - chamamos de preliminar por ainda estar condicionada ao enfrentamento de dúvidas razoáveis, como se verá na sequência, para que seja possível o convencimento judicial no sentido da condenação do acusado em processo penal, aceitando-se como verdadeira a alegação de fato feita pela acusação -, as inferências que devem ser pautadas segundo um grau elevado de probabilidade referem-se, primeiramente, a todos os elementos constitutivos do crime, de modo que eventuais contraprovas não afetem seu núcleo essencial. Afora esses aspectos, também se deve considerar a necessidade de que a hipótese sustentada pela acusação seja coerente segundo uma lógica interna, buscando evitar contradições, e que tal hipótese seja a única plausível (ou congruente) a partir dos fatos apurados, explicando-os racionalmente¹⁴⁴.

Um exemplo que poderíamos referir, nesse sentido, é o da ação de indignidade (direito das sucessões) em que se discute a prática de um crime contra o falecido para a finalidade de se excluir da sucessão a pessoa que praticou tal crime. Ver em: KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 353, 2002. Disponível em: < <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 06 out. 2017.

¹⁴² Nas palavras de Rosito, "A alta exigência desse modelo vem ao encontro da presunção de inocência do acusado (*in dubio pro reo*), a qual é tutelada no art. 5.º, LVII, da CF/1988 (LGL\1988\3). Disso resulta que o réu é presumivelmente inocente, a menos que se prove o contrário". Ver em: ROSITO, Francisco. A PROVA E OS MODELOS DE CONSTATAÇÃO NA FORMAÇÃO DO JUÍZO DE FATO. *Revista de Processo* | vol. 157/2008 | p. 51 - 71 | Mar / 2008. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil* | vol. 4 | p. 245 - 270 | Out / 2011 | DTR\2008\181.

¹⁴³ Tomando como referência os *standard* trabalhados no direito alemão, é possível referir o funcionamento do *standard* da prova além da dúvida razoável a partir desses dois níveis. Como refere Danilo Knijnik ao analisar os *standards* probatórios no direito alemão, "(...) dever -se-á, primeiramente, verificar se a convicção foi atingida, para, logo após, examinar os elementos que dela afastam, ou seja, as dúvidas". Ver em: KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 353, 2002. Disponível em: < <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 06 out. 2017.

¹⁴⁴ Tais requisitos foram trabalhados por Andrea Pellegrino ao analisar quando a hipótese da acusação deve ser considerada provada. Assim: "Sintetizando de alguma forma o que fica dito, ANDREA PELLEGRINO afirma que a hipótese da acusação deve ser considerada como provada desde que reúna os seguintes requisitos: 1. Deve ser sustentada por provas atinentes sobre todos os seus elementos constitutivos; 2. As contraprovas não devem estilhaçar o seu núcleo essencial; 3. As contra-hipóteses devem revelar-se ou indemonstradas ou implausíveis; 4. A hipótese deve ter uma interna coerência lógica, não podendo ser autocontraditória; 5. A hipótese deve ser a única congruente com os factos, ou seja, deve ser a única com condições de respeitar os factos fundamentais

Contudo, como se pôde perceber, o grande diferencial do *standard* aplicado no processo penal não reside apenas na maior exigência de certeza quanto à comprovação dos elementos constitutivos do crime em um primeiro nível (confirmação dos fatos e formação preliminar do convencimento); o que torna o grau de exigência mais elevado refere-se à possibilidade de refutação da convicção preliminarmente formada¹⁴⁵ a partir de determinados elementos. Mas em que consistiriam esses elementos? Tal qual é possível depreender da análise da enunciação do *standard* aplicável ao processo penal, tratam-se das "dúvidas razoáveis". Então, façamos a análise dessa concepção.

A Doutrina norte-americana valeu-se de expressões, de certo modo, vagas ou imprecisas para explicar tal concepção. Assim, a definição de dúvida razoável era explicada como sendo não uma "mera possibilidade de dúvida; porque tudo relacionado a assuntos humanos, e dependendo da prova moral, está aberto a alguma possibilidade de dúvida imaginária"¹⁴⁶. Contudo, com o intuito de densificar o que se entende por dúvida razoável, é possível recorrermos a conceitos trabalhados pelo direito alemão e italiano neste fim.

Partamos da análise dos conceitos de dúvidas concreto-positivas e abstrato-negativas formulados no direito alemão. No que tange à valoração das dúvidas, há, aqui, a ideia fundamental de que "a possibilidade meramente teórica ou abstrata de que o acusado não haja sido autor não pode impedir a sua condenação"¹⁴⁷. Assim, o direito alemão trabalha, no processo penal, com "um alto grau de verossimilhança a que não corresponda nenhuma dúvida concreta"¹⁴⁸. Portanto, partindo desse pressuposto, deve-se diferenciar, para que ele tenha aplicabilidade prática, as dúvidas abstratas (ou negativas) das dúvidas concretas (ou positivas).

apurados e de explicá-los com racionalidade". Ver em: SOUSA, Luís Filipe Pires de. O *STANDARD DE PROVA NO PROCESSO CIVIL E NO PROCESSO PENAL*. Antecipando o livro *Prova por Presunção no Direito Civil*, 3ª edição, Revista e ampliada, Almedina. Janeiro de 2017. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:PINzGxi5Y5IJ:www.trl.mj.pt/PDF/O%2520standard%2520de%2520prova%25202017.pdf+%cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 06 out. 2017.

¹⁴⁵ "Cremos que a diferença essencial entre o *standard* do processo civil e do processo penal reside essencialmente no *requisito da não refutação*, o qual é mais exigente no processo penal. A prova para além de toda a dúvida razoável exige uma comprovação qualificada e contundente em função do material probatório cognoscitivo carreado para o processo, não só em sede de coerência interna da hipótese da acusação (*erradicação das dúvidas internas*) como sobretudo em relação às versões apresentadas de modo concorrente com a acusação (*erradicação das dúvidas externas*), evidenciando firme resistência a contraprovas. De todo o modo, estamos sempre a sedimentar uma verdade construída com base num esforço de razoabilidade e ancorada numa probabilidade necessariamente lógica". Ver em: SOUSA, *op. cit.*

¹⁴⁶ *Commonwealth v. Webster*, 59 Mass 295 (1850) apud KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 40.

¹⁴⁷ KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 353, 2002. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 06 out. 2017.

¹⁴⁸ KNIJNIK, loc. cit.

Diz-se das dúvidas abstrato-negativas como sendo aquelas que não são "apenas creditadas à imperfeição do conhecimento humano, mas, também, 'os escrúpulos de um juiz que, estando ele mesmo convencido, estima que outro juiz ou algum terceiro poderia haver chegado a uma conclusão distinta"¹⁴⁹. Ou seja, tratam-se de dúvidas meramente teóricas, não tendo fundamento em um fato real.

Neste sentido, inclusive, o direito italiano auxilia o entendimento ao afirmar que tais dúvidas seriam aquelas que "cuja efetiva realização no caso concreto se afigura desprovida do mínimo respaldo nas manifestações processuais, colocando-se fora da ordem natural das coisas e da normal racionalidade humana"¹⁵⁰. Em outras palavras, ainda segundo a Doutrina italiana, tratar-se-ia da dúvida meramente lógica, "derivada da possibilidade de conjeturar uma explicação alternativa independentemente das provas reunidas no processo"¹⁵¹.

E essas dúvidas abstratas, negativas ou meramente lógicas é que deverão ser desprezadas pelo julgador ao formar sua convicção quanto à matéria de fato em um processo penal¹⁵².

De outro lado, há as dúvidas concretas ou positivas, as quais, se não superadas pelo julgador, impedirão que se repute formado seu convencimento. Estamos falando, aqui, das dúvidas fundadas em fatos reais, que viciarão a convicção judicial, caracterizando dúvida razoável "capaz de ensejar a absolvição no processo penal por insuficiência de provas"¹⁵³.

¹⁴⁹ KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 353, 2002. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 06 out. 2017.

¹⁵⁰ Refere Luís Filipe Pires de Sousa que, "Na densificação do conceito, o Supremo Tribunal tem afirmado repetidamente que, para que possa ser proferida uma sentença condenatória, é necessário que os dados probatórios adquiridos no processo deixem de fora somente eventualidades remotas, apesar de abstratamente formuláveis e conjeturáveis como possibilidades *in rerum natura*, mas cuja efetiva realização no caso concreto se afigura desprovida do mínimo de respaldo nas manifestações processuais, colocando-se fora da ordem natural das coisas e da normal racionalidade humana". Ver em: SOUSA, Luís Filipe Pires de. O *STANDARD DE PROVA NO PROCESSO CIVIL E NO PROCESSO PENAL*. Antecipando o livro *Prova por Presunção no Direito Civil*, 3ª edição, Revista e ampliada, Almedina. Janeiro de 2017. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:PINzGxi5Y5IJ:www.trl.mj.pt/PDF/O%2520standard%2520de%2520prova%25202017.pdf+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 06 out. 2017.

¹⁵¹ SOUSA, loc. cit.

¹⁵² Segundo Danilo Knijnik, "A propósito, sob o enfoque da suficiência da valoração, a doutrina alemã desenvolveu o conceito de dúvida em complementação às próprias idéias da "prova acima da dúvida razoável". Distinguem-se, assim, "dúvidas abstratas" e "dúvidas concretas" ou "dúvidas positivas" ou "dúvidas negativas". As dúvidas abstrato-negativas são teóricas e devem ser desprezadas, enquanto as dúvidas concreto-positivas (reais) referem-se a fatos e viciam a convicção judicial. Desse modo, o requisito da suficiência deve repousar sobre os elementos concreto-positivos, pouco importando não terem sido extirpadas as dúvidas abstrato-negativas. Ver em: KNIJNIK, *op. cit.*

¹⁵³ ROSITO, Francisco. A PROVA E OS MODELOS DE CONSTATAÇÃO NA FORMAÇÃO DO JUÍZO DE FATO. *Revista de Processo* | vol. 157/2008 | p. 51 - 71 | Mar / 2008. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil* | vol. 4 | p. 245 - 270 | Out / 2011 | DTR\2008\181.

Novamente, valemo-nos da Doutrina italiana para explicarmos, com maior grau de densificação, o que se entende por dúvidas concretas. A *contrario sensu* do que se definiu por dúvidas abstratas, as concretas seriam aquelas que, invocadas para construir hipóteses explicativas, compatíveis com a inocência do acusado, são elucubrações prováveis faticamente, com respaldo nos elementos cognoscitivos concretos reunidos no processo, tendo como patamar mínimo uma situação em que uma prova crie uma inferência contrária suscetível de quebrar os anéis da cadeia indutiva que estriba a hipótese da acusação¹⁵⁴.

A lógica é a seguinte: se houver a plausibilidade de se construir mais de uma história viável a partir dos elementos probatórios, incluindo, aqui, presunções (avaliação individual, conjunta e mais de uma história viável - ver ponto sobre funcionamento dos *standards*), o que se daria a partir da existência de dúvidas razoáveis (concretas, positivas ou reais), pelo *standard* da prova acima da dúvida razoável, a alocação do erro deveria recair sobre quem acusa, inocentando-se o réu por não se ter atingido o grau de exigência necessário para sua condenação¹⁵⁵. Tudo isso, podemos concluir, é reflexo da alocação de consequências relativas aos erros cometidos nesse tipo de processo (penal). Em outras palavras, busca-se a maior certeza possível para que se possa evitar, ao máximo, eventuais erros contra o acusado, sobre o qual o *standard* da prova além da dúvida razoável busca retirar o ônus do erro judicial¹⁵⁶.

¹⁵⁴ O pensamento que deu origem ao que foi afirmado, *a contrario sensu*, no presente trabalho é o seguinte: "Excetuando a lógica dedutiva e a demonstração matemática, a prova de uma proposição é sempre logicamente compatível com a dúvida sobre a verdade da conclusão. Assim, não é razoável a dúvida de tipo meramente lógico, derivada da possibilidade de conjecturar uma explicação alternativa independentemente das provas reunidas no processo. Ou seja, a exclusão da dúvida razoável ocorre quando as máximas da experiência invocadas para construir hipóteses explicativas, compatíveis com a inocência, são elucubrações improváveis faticamente, sem respaldo experiencial no processo. Só pode equacionar-se a razoabilidade da dúvida se esta encontrar respaldo nos elementos cognoscitivos concretos reunidos no processo, tendo como patamar mínimo uma situação em que uma prova crie uma inferência contrária suscetível de quebrar os anéis da cadeia indutiva que estriba a hipótese da acusação". Ver em: SOUSA, Luís Filipe Pires de. O *STANDARD DE PROVA NO PROCESSO CIVIL E NO PROCESSO PENAL*. Antecipando o livro *Prova por Presunção no Direito Civil*, 3ª edição, Revista e ampliada, Almedina. Janeiro de 2017. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:PINzGxi5Y5IJ:www.trl.mj.pt/PDF/O%2520standard%2520de%2520prova%25202017.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 06 out. 2017.

¹⁵⁵ Refere Luís Filipe Pires de Sousa que "Se o acervo probatório reunido no processo sustentar e for compatível com duas explicações concretas igualmente satisfatórias para explicar a prova indiciária alcançada no processo, impõe-se a absolvição do arguido por força do princípio *in dubio pro reo*. Ou seja, os indícios não são valorados em abstrato, em função das conclusões logicamente infinitas que são compatíveis com os factos conhecidos, mas exigem uma valoração reportada ao efetivo contexto do processo: às diversas histórias alternativas que, efetivamente, emergem do concreto confronto das partes envolvidas no processo. A hipótese vertida na acusação deve ser a única, em função da prova concretamente reunida, a dar um sentido à "história" que se propõe para a reconstrução da factualidade sob averiguação". Ver em: SOUSA, loc. cit.

¹⁵⁶ Neste sentido, referem David Schwartz e Christopher Seaman que "In terms of allocation of risk, the beyond a reasonable doubt standard places almost all risk upon the government rather than the criminal defendant. In other words, it strongly prefers Type II errors (erroneous acquittals) instead of Type I errors (erroneous convictions). This is exemplified by Blackstone's famous formulation that "it is better that ten guilty persons escape, than that one innocent suffer." The preference for Type II errors embodied in the beyond a reasonable doubt standard is due to the severe consequences of a conviction — the loss of liberty as well as the stigma and

Assim, sendo a hipótese apresentada pela acusação "a única explicação plausível para os elementos probatórios reunidos no processo"¹⁵⁷, mantendo, ainda, a ideia de racionalidade na coerência interna, deverá o juiz, refutando quaisquer dúvidas concretas fundadas em fatos considerados existentes pela produção probatória realizada ao longo do processo, formar a convicção do juízo no sentido de considerar a versão acusatória como sendo a mais provável, correta ou verdadeira. Claro, sempre restará um grau de subjetividade nesse processo, de modo que expressões como "deverá" sejam condicionadas a um entendimento próprio de cada julgador quanto à dimensão perceptiva das questões de fato, mas no que se refere às dúvidas concretas eventualmente apresentadas ao longo do processo - e essa é a grande novidade do *standard* em análise -, o julgador - aí, sim - deverá enfrentar essa situação para poder formar a convicção judicial, necessariamente.

Com isso, podemos perceber a importância desse *standard* aplicado no processo penal para a concretização do princípio da presunção da inocência. Por outro lado, no processo civil, inexistente regra semelhante, de modo que o modelo de constatação aplicável seja diferente.

4.2.2 Preponderância de provas

O segundo modelo de constatação que iremos estudar é aplicável aos casos de natureza civil, considerando, para fins do *standard* em análise, o processo civil que trata de questões meramente patrimoniais. Referimo-nos, portanto, ao *standard* da preponderância de provas.

collateral consequences that accompany a criminal record". Em tradução livre: "Em termos de alocação de risco, o *standard* probatório da prova além de uma dúvida razoável coloca quase todo o risco sobre o governo, em vez de alocá-lo sobre a defesa criminal. Em outras palavras, prefere fortemente os erros de Tipo II (absoluções errôneas) em vez de erros de Tipo I (convicções errôneas). Isto é exemplificado pela famosa formulação de Blackstone, que diz "É melhor que dez pessoas culpadas sejam inocentadas do que que um inocente seja injustamente condenado". A preferência pelos erros de Tipo II incorporados no *standard* de prova além de uma dúvida razoável é devida às graves consequências de uma convicção - a perda de liberdade, bem como o estigma e as consequências colaterais que acompanham um registro criminal". Ver em: SCWARTZ, David L.; SEAMAN, Christopher B. *Standards of Proof in Civil Litigation: An Experiment from Patent Law*, 26 Harv. J. L. & Tech. 429 (2013). Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1435&context=wlufac>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

¹⁵⁷ SOUSA, Luís Filipe Pires de. O *STANDARD* DE PROVA NO PROCESSO CIVIL E NO PROCESSO PENAL. Antecipando o livro *Prova por Presunção no Direito Civil*, 3ª edição, Revista e ampliada, Almedina. Janeiro de 2017. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:PINzGxi5Y5IJ:www.trl.mj.pt/PDF/O%2520standard%2520de%2520prova%25202017.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 06 out. 2017.

4.2.2.1 Do tipo de processo, da alocação de riscos e do ônus da prova

Se nós dissemos que no processo penal, tendo em vista o princípio da presunção de inocência e os bens jurídicos por ele tutelados, o grau de exigência da prova é mais elevado, de modo que os riscos de eventual erro judicial não recaiam sobre a pessoa do acusado, no processo civil, por outro lado, tal lógica não está presente.

O *standard* da preponderância de provas, aplicado à maioria das questões em litígios civis, "resulta em uma alocação aproximadamente igual do risco de erro entre os litigantes"¹⁵⁸. E isso se justifica na medida em que "os custos de um julgamento equivocado para o demandante não são piores do que um julgamento equivocado para o réu"¹⁵⁹.

Tal afirmação parece mais clara ao compararmos com as consequências advindas de um erro judicial em se tratando de questões penais. Neste caso, para o réu, significaria a privação de sua liberdade, ao passo que a acusação não teria problemas de mesma natureza advindos de uma absolvição equivocada. No âmbito civil, se estamos tratando de questões meramente patrimoniais, o erro judicial, seja para autor ou réu, significará prejuízos de mesma natureza¹⁶⁰. Assim, não há razões para que o ordenamento jurídico confira a prevalência de uma parte em relação à outra no que tange ao *quantum* de prova exigido¹⁶¹.

¹⁵⁸ Afirmando David Schwartz e Christopher Seaman, no original: "Preponderance of the evidence is the standard of proof for most issues in civil litigation, reflecting the legal system's assumptions that the standard 'results in a roughly equal allocation of the risk of error between litigants' and the costs of a 'mistaken judgment for the plaintiff is no worse than a mistaken judgment for the defendant'". Em tradução livre: "A preponderância de provas é o padrão de prova para a maioria das questões em litígios civis, refletindo os pressupostos do sistema jurídico em que o padrão 'resulta em uma alocação aproximadamente igual do risco de erro entre os litigantes' e os custos de um julgamento equivocado para o demandante não são piores do que um julgamento equivocado para o réu". Ver em: SCWARTZ, David L.; SEAMAN, Christopher B. *Standards of Proof in Civil Litigation: An Experiment from Patent Law*, 26 Harv. J. L. & Tech. 429 (2013). Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1435&context=wlfac>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

¹⁵⁹ SCWARTZ; SEAMAN, loc. cit.

¹⁶⁰ Neste sentido, refere Cândido Dinamarco que: "(...) diferentemente do que se dá no processo criminal, no civil defrontam-se ordinariamente dois interesses da mesma ordem em conflito, e razão alguma existe para que o Estado-legislador ou o Estado-juiz manifeste preferência por algum deles. Impor pena ao inocente traz o sentido da injustiça e truculência impostas a uma pessoa sem vantagem alguma para a parte contrária, até porque ao Estado nada favorece o alijamento de um membro presente e não nocivo à sociedade. Atribuir um filho ao réu que não foi biologicamente responsável pela geração do autor, todavia, é injustiça de igual teor da consistente em negar ao autor, que realmente seja filho, a condição jurídica decorrente do nexo de filiação. Do mesmo modo, condenar a pagar o réu que não deve ou privar o verdadeiro credor do seu crédito, constituem injustiças de igual natureza e teor." Ver em: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v. 3, p. 307 apud ROSITO, Francisco. A PROVA E OS MODELOS DE CONSTATAÇÃO NA FORMAÇÃO DO JUÍZO DE FATO. Revista de Processo | vol. 157/2008 | p. 51 - 71 | Mar / 2008. Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 245 - 270 | Out / 2011 | DTR\2008\181.

¹⁶¹ Neste sentido, refere Rosito que "Trata-se de modelo apropriado às questões patrimoniais, destacando-se que o 'o *quantum* de prova é idêntico para o autor e para o réu'. Pressupõe-se, assim, uma igualdade, de modo que os

Desta forma, tanto para o autor da demanda quanto para o réu, a exigência para que suas alegações sobre questões de fato sejam consideradas verdadeiras é a mesma (preponderância de prova de uma em relação à outra), não havendo qualquer tipo de proteção conferida pelo sistema a uma das partes.

No caso de o juiz não se convencer quanto à veracidade da versão sobre os fatos (pela aplicação do *standard* da preponderância de provas), será "sempre sobre a parte onerada com a prova dos factos que recaem as consequências da falta ou insuficiência de prova, ou seja, (...) o julgador decide como se estivesse provado o facto contrário"¹⁶². Claro, essa insuficiência será aferida a partir da análise das alegações e das provas à luz do modelo de constatação aplicado.

Trata-se, em outras palavras, da regra de julgamento do ônus da prova (art. 373, CPC), que é aplicada subsidiariamente na hipótese de a valoração das provas resultar em dúvida acerca da comprovação de determinada alegação de fato¹⁶³. No caso, claro, estamos tratando da situação em que a parte não comprovou, com preponderância de provas, suas alegações sobre fatos. Mas o que significa, afinal, essa enunciação teórica? Esse é o tema do tópico seguinte.

4.2.2.2 Dos níveis de atuação

Ao analisar o *standard* da preponderância de provas, Danilo Knijnik definiu-o como sendo encontrado "quando o juiz acredita na preponderância, ainda que haja dúvida a respeito"¹⁶⁴. Para tanto, recorreu à jurisprudência norte-americana para citar a ideia segundo a qual "o termo probabilidade denota um elemento de dúvida ou incerteza e reconhece que onde

litigantes suportam igualmente o risco de um julgamento equivocado". Ver em: ROSITO, Francisco. A PROVA E OS MODELOS DE CONSTATAÇÃO NA FORMAÇÃO DO JUÍZO DE FATO. Revista de Processo | vol. 157/2008 | p. 51 - 71 | Mar / 2008. Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 245 - 270 | Out / 2011 | DTR\2008\181.

¹⁶² SOUSA, Luís Filipe Pires de. O *STANDARD* DE PROVA NO PROCESSO CIVIL E NO PROCESSO PENAL. Antecipando o livro *Prova por Presunção no Direito Civil*, 3ª edição, Revista e ampliada, Almedina. Janeiro de 2017. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:PINzGxi5Y5IJ:www.trl.mj.pt/PDF/O%2520standard%2520de%2520prova%25202017.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 06 out. 2017.

¹⁶³ Sobre o assunto, refere Rosito que "Se persistir a dúvida, não havendo 'preponderância de prova', o julgador deve socorrer-se das regras de distribuição do ônus da prova, decidindo contra quem esta incerteza prejudica, ou seja, resolverá em desfavor de quem cumpria o ônus de provar o fato cuja prova é dúbia ou inexistente, nos termos do art. 333, I e II, do CPC (LGL\1973\5)". Ressalvamos que o artigo correspondente ao indicado, no NCPC, é o 373. Ver em: ROSITO, *op. cit.*

¹⁶⁴ KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 353, 2002. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 06 out. 2017.

há duas opções, não é necessário que o júri esteja absolutamente certo ou em dúvida, sendo suficiente que a escolha selecionada seja mais provável que a escolha rejeitada"¹⁶⁵.

Claro, em se tratando de uma reconstrução de fatos passados a partir da produção de provas, estamos falando sobre probabilidades, porquanto a busca por uma verdade real é dita impossível. Então, sendo o *standard* da preponderância de provas, considerada uma escala entre os modelos de constatação analisados, o de menor exigência, o que se pretende é, pela lógica, um mínimo de certeza quanto à alegação de fato considerada para tê-la como verdadeira (no âmbito processual). Tanto é assim que se convencionou dizer que o *standard* em análise significaria "pouco mais que a metade"¹⁶⁶ em matéria de certeza quanto a versões conflitantes no processo.

Contudo, ainda é possível buscarmos maior densificação desse *standard*. Neste sentido, inclusive, Danilo Knijnik referiu haver uma discussão acerca da exigência de que, para além de uma preferência objetiva entre versões conflitantes, fosse necessária "uma crença efetiva do julgador"¹⁶⁷ sobre a verdade da proposição considerada preponderante. Ou seja, estamos tratando, aqui, da proposição em si, e não em comparação com outra versão conflitante para se estabelecer qual a mais provável.

Em que pese haja dúvidas sobre a aplicabilidade desse último requisito para que seja formada a convicção judicial em um processo civil cuja discussão seja meramente patrimonial, para fins de sistematicidade e melhor compreensão do âmbito de atuação da preponderância de provas, façamos uma análise desses dois níveis de atuação do *standard*.

4.2.2.2.1 Valoração individual e conjunta ou grau particular de confirmação

É possível estabelecermos dois níveis em que atua o modelo de constatação da preponderância de provas, ou, nas palavras de Luis Filipe Pires de Sousa, duas regras fundamentais em que ele se consubstancia. São elas: (i) valoração individual e conjunta; e (ii) valoração quanto à estória mais viável dentre as possíveis.

Basicamente, esses dois níveis podem ser definidos como sequenciais, haja vista a necessidade de que se passe pela valoração individual, estabelecendo-se a relação de

¹⁶⁵ KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 353, 2002. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 06 out. 2017.

¹⁶⁶ KNIJNIK, loc. cit.

¹⁶⁷ KNIJNIK, loc. cit.

suficiência entre prova e fato, para que, analisando o conjunto probatório, seja viável a construção de mais de uma história e, com isso, tenha o julgador que escolher a mais viável.

No que se refere ao primeiro nível, "deve preferir-se aquela hipótese que seja 'mais provável que não', ou seja, aquela hipótese que é mais provável que seja verdadeira do que falsa"¹⁶⁸. Trata-se da relação da hipótese com um "grau particular de confirmação", sendo "um limite mínimo de probabilidade a partir do qual opera a probabilidade lógica prevalecente"¹⁶⁹.

Todavia, é necessário analisarmos um pouco mais detidamente a noção de probabilidade requerida ("mais provável que não"). Não se trata de uma "frequência estatística, mas sim como grau de confirmação lógica que um enunciado detém a partir das provas disponíveis"¹⁷⁰.

Assim, o julgador, ao analisar uma hipótese viável, deve analisar se ela mesma é mais possível de ter ocorrido do que não com base nos elementos de prova conjuntamente disponíveis. Em outras palavras, deve ter a crença de que essa versão é a verdadeira, e não, simplesmente, mais provável do que a outra. Claro, isso é uma decorrência da possibilidade de o juiz não ser obrigado a aceitar a versão de uma das partes, podendo-se construir uma terceira versão sobre os fatos.

E o controle efetuado pelas partes ao discutirem em contraditório sobre a aplicação desse *standard* residirá, neste nível de atuação, na análise das inferências feitas pelo julgador ao determinar que a versão eleita é mais provável de ter ocorrido do que sua negação¹⁷¹ (valoração individual e conjunta). Se houver provas contraditórias a essa versão e elas forem suficientes para que se repute mais provável a sua negação, tendo o julgador não as levado em consideração, as partes poderão alegar que a convicção, neste âmbito, não respeita o parâmetro mínimo de exigência¹⁷². A partir daí, discutirão em contraditório sobre se efetivamente as provas não valoradas viciariam a convicção ou não.

¹⁶⁸ SOUSA, Luís Filipe Pires de. O *STANDARD DE PROVA NO PROCESSO CIVIL E NO PROCESSO PENAL*. Antecipando o livro *Prova por Presunção no Direito Civil*, 3ª edição, Revista e ampliada, Almedina. Janeiro de 2017. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:PINzGxi5Y5IJ:www.trl.mj.pt/PDF/O%2520standard%2520de%2520prova%25202017.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 06 out. 2017.

¹⁶⁹ SOUSA, loc. cit.

¹⁷⁰ SOUSA, loc. cit.

¹⁷¹ "Pelo que para que um enunciado sobre os factos possa ser escolhido como a versão relativamente melhor é necessário que, além de ser mais provável que as demais versões, tal enunciado em si mesmo seja mais provável que a sua negação. Ou seja, é necessário que a versão positiva de um facto seja em si mesma mais provável que a versão negativa simétrica". Ver em: SOUSA, loc. cit.

¹⁷² Segundo Taruffo, "Una de esas condiciones es que la valoración tome en consideración todos los elementos de prueba disponibles y relevantes para la determinación positiva o negativa del hecho; resultaría, en efecto, irracional no tener en cuenta algunos elementos, especialmente, cuando éstos sean contrarios a la conclusión que

Enfrentado esse primeiro nível, o segundo passo é, em havendo mais de uma estória viável, escolher a mais provável.

4.2.2.2 Valoração da estória mais provável ou grau global de confirmação

Neste nível de atuação, se as provas produzidas permitem a enunciação de mais de uma estória viável, "deve preferir-se e considerar-se como verdadeira aquela que conte com um grau de confirmação relativamente maior face às demais"¹⁷³. Aqui, estamos falando da procedência ou improcedência do pedido (porque indissociáveis as questões de fato das questões de direito) como sujeita ao grau de probabilidade superior em relação à tese adversária¹⁷⁴.

Portanto, em que pese a exigência, em um primeiro momento, seja a mínima para que se dê por provada uma alegação de fato, sendo a versão mais provável do que sua negação, em um segundo momento, essa versão deve ser mais provável do que a versão adversa. E isso pode implicar um grau de exigência maior quanto melhor e mais suporte probatório tiver a versão adversária. Também não podemos deixar de referir que outros critérios podem auxiliar o julgador na escolha da versão mais provável, como o da coerência e congruência, mas sempre tendo como base a ideia de suporte nas provas produzidas.

Claro, não estamos tratando da exigência de que não haja dúvidas razoáveis sobre uma das versões para que ela seja considerada a oficial, mas ele deve ser mais provável do que a outra, e essa exigência pode ser maior quanto mais bem elaborada e fundamentada for a outra versão.

el juez quiere conseguir". Em tradução livre, "Uma dessas condições é que a valoração leve em consideração todos os elementos de prova disponíveis e relevantes para a determinação positiva ou negativa sobre o fato; resultaria, assim, irracional não levar em consideração alguns elementos, especialmente quando eles sejam contrários à conclusão que o juiz quer conseguir". Claro, o fato de o juiz levar em consideração ou não todos os elementos de prova refere-se a um controle racional da decisão de fato além da aplicação do modelo de constatação. Contudo, em sendo levados em consideração todos os elementos de prova a partir desse controle racional, aí, sim, será aplicado o *standard* para se verificar se o nível de prova exigido para que o fato seja considerado existente foi respeitado (ao menos, quanto à valoração individual e conjunta da prova). Ver em: TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Espanha: Editorial Trotta, 2005. p. 425.

¹⁷³ SOUSA, Luís Filipe Pires de. O *STANDARD DE PROVA NO PROCESSO CIVIL E NO PROCESSO PENAL*. Antecipando o livro *Prova por Presunção no Direito Civil*, 3ª edição, Revista e ampliada, Almedina. Janeiro de 2017. Disponível em:

<<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:PINzGxi5Y5IJ:www.trl.mj.pt/PDF/O%2520standard%2520de%2520prova%25202017.pdf+%cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 06 out. 2017.

¹⁷⁴ Nas palavras de Rosito, "Desse modo, a procedência ou improcedência do pedido está sujeita ao grau de probabilidade superior à tese adversária". Ver em: ROSITO, Francisco. A PROVA E OS MODELOS DE CONSTATAÇÃO NA FORMAÇÃO DO JUÍZO DE FATO. Revista de Processo | vol. 157/2008 | p. 51 - 71 | Mar / 2008. Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 245 - 270 | Out / 2011 | DTR\2008\181.

Contudo, não são todas as questões cíveis que se submetem a uma exigência mínima de certeza para que se repute provada determinada alegação de fato. Se o que importa para a adequação do modelo de constatação ao direito material são os valores a ele inerentes e as consequências de eventual erro judicial, há casos em que "a utilização do modelo da mera preponderância é inadequado. (...) Por isso, a doutrina cuidou de formular um terceiro modelo de constatação, intermediário"¹⁷⁵. Estamos falando do *standard* da prova clara e convincente, o qual analisaremos a seguir.

4.2.3 Prova clara e convincente

Tratando-se, ainda, de casos de natureza civil, o *standard* da prova clara e convincente, tal qual o modelo da preponderância de provas, também não visa a concretizar um princípio parecido com o da presunção de inocência. No caso em análise, embora a parte não tenha que comprovar, acima da dúvida razoável, sua versão sobre os fatos para que o julgador forme sua convicção, também não será exigido grau mínimo de prova¹⁷⁶.

Em outras palavras, "consequentemente, no critério da prova 'clara e convincente', o autor deve realizar a prova com maior intensidade, sob pena de assumir o risco de a demanda vir a ser julgada improcedente"¹⁷⁷.

Assim, por não tratar de processos em que são discutidas questões meramente patrimoniais, mas "casos civis considerados socialmente mais graves"¹⁷⁸, a exigência da prova é maior do que a mera preponderância de provas.

Ao analisarmos o escalonamento de graus de probabilidades para fixação do *standard* adequado, vimos que ele deverá ocorrer com base no direito material subjacente e na importância atribuída pela sociedade e pelo ordenamento jurídico a essa decisão, devendo haver maior cuidado quanto mais grave for o efeito do erro judiciário¹⁷⁹. Desta forma, no que

¹⁷⁵ KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 38.

¹⁷⁶ "Assim, 'a parte tem que convencer o julgador de que a verdade de sua proposição é altamente provável, mais do que simplesmente 'mais provável do que não''. Ver em: "Horner v. Flinn: a preponderance of clear and convincing evidence". In: Maine Law Review, vol. 28, p. 242, 1976 apud KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 39.

¹⁷⁷ ROSITO, Francisco. A PROVA E OS MODELOS DE CONSTATAÇÃO NA FORMAÇÃO DO JUÍZO DE FATO. Revista de Processo | vol. 157/2008 | p. 51 - 71 | Mar / 2008. Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 245 - 270 | Out / 2011 | DTR\2008\181.

¹⁷⁸ Segundo Rosito, "O modelo clássico, examinando anteriormente, não pode ser aplicado à toda universalidade de processos civis, pois há diversos casos em que não são discutidas questões meramente patrimoniais. Imaginem-se casos, exemplificativamente, de ação de improbidade administrativa, destituição ou suspensão de poder familiar, alegação de fraude etc". Ver em: ROSITO, loc. cit.

¹⁷⁹ Nas palavras de Danilo Knijnik, "Quanto mais grave o efeito do erro judiciário, maior deve ser o cuidado". Ver em: KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 45.

se refere à alocação do ônus de eventual erro judicial, nesses ditos casos civis especiais¹⁸⁰, em não havendo equivalência entre consequências para as partes, deve haver maior rigor na prova contrária aos interesses daquele que tiver sobre si a consequência mais grave em eventual erro judicial¹⁸¹¹⁸².

Com isso, temos que o *standard* da prova clara e convincente trata-se de um modelo intermediário em que se exige mais do que a preponderância de prova e menos do que a prova além da dúvida razoável¹⁸³. "De uma forma geral, concebe-se tal *standard* intermediário como sendo uma 'alta probabilidade'¹⁸⁴. Dito de outra forma, a convicção de fato deve ser formada quando for possível afirmar ser "altamente provável que algo tenha ocorrido", e não na hipótese de ser meramente "provável que algo tenha ocorrido" ou somente quando for "quase certo que algo tenha ocorrido"^{185 186}.

¹⁸⁰ Como exemplos, referem David Schwartz e Christopher Seaman "For example, the Court has held that clear and convincing evidence is required for involuntary civil commitment due to mental illness, deportation for violation of immigration law, and the termination of parental rights". Em tradução livre: "Por exemplo, o Tribunal de Justiça declarou serem necessárias provas claras e convincentes para o compromisso civil involuntário devido a doença, deportação por violação da lei de imigração, e a destituição dos direitos dos pais". Ver em: SCWARTZ, David L.; SEAMAN, Christopher B. *Standards of Proof in Civil Litigation: An Experiment from Patent Law*, 26 Harv. J. L. & Tech. 429 (2013). Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1435&context=wluface>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

¹⁸¹ Diferentemente ocorre nos casos civis meramente patrimoniais, em que "O *standard* da prova preponderante visa preservar a igualdade e simetria entre os litigantes, incidindo sobre relações jurídicas em que os bens jurídicos envolvidos merecem igual consideração". No caso da prova clara e convincente, o réu costuma ter consequências mais graves no que tange a uma condenação errônea do que o Poder Público em uma absolvição errônea. De certa forma, segue-se a mesma lógica que para os casos penais; contudo, a consequência no âmbito penal segue sendo mais grave, consubstanciando-se tal entendimento na figura da presunção de inocência. Ver em: SOUSA, Luís Filipe Pires de. O *STANDARD DE PROVA NO PROCESSO CIVIL E NO PROCESSO PENAL*. Antecipando o livro *Prova por Presunção no Direito Civil*, 3ª edição, Revista e ampliada, Almedina. Janeiro de 2017. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:PINzGxi5Y5IJ:www.trl.mj.pt/PDF/O%2520standard%2520de%2520prova%25202017.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 06 out. 2017.

¹⁸² Danilo Knižnik refere, nesse sentido, que "No critério da prova clara e convincente, o (autor) suporta um risco maior (...)." Ver em: KNIJNIK, *op. cit.*, p. 45.

¹⁸³ Neste sentido, afirmam David Schwartz e Christopher Seaman que os "Jury instructions often explain that it is higher than a preponderance of evidence standard, but it does not require proof beyond a reasonable doubt". Em tradução livre: "As instruções do júri frequentemente explicam que é maior do que um padrão de preponderância de provas, mas não requer prova além da dúvida razoável". Ver em: SCWARTZ, David L.; SEAMAN, Christopher B. *Standards of Proof in Civil Litigation: An Experiment from Patent Law*, 26 Harv. J. L. & Tech. 429 (2013). Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1435&context=wluface>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

¹⁸⁴ KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 353, 2002. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knižnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 06 out. 2017.

¹⁸⁵ *Idem*. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 43.

¹⁸⁶ Ainda, outra definição possível é a referido por Luís Filipe Pires de Sousa: " Em certos casos civis exige-se uma '*clear and convincing evidence*', prova clara e convincente, também explicitada com recurso à expressão '*much-more-likely-than-not*' (muito mais provável do que improvável). É o que ocorre designadamente nos casos de restrição dos direitos parentais". Ver em: SOUSA, Luís Filipe Pires de. O *STANDARD DE PROVA NO PROCESSO CIVIL E NO PROCESSO PENAL*. Antecipando o livro *Prova por Presunção no Direito Civil*, 3ª

E esse *standard* pode variar em sua exigência "proporcionalmente à gravidade dos fatos cuja prova se pretende"¹⁸⁷. Neste sentido, o direito do Reino Unido trabalha com o conceito de "*balance of probabilities*", de modo que, quanto mais séria for a alegação, mais forte terá de ser a prova. Além dessa situação, também se admite, no caso do direito do Reino Unido, a maior exigência para situações em que o fato alegado for mais improvável, devendo ser mais forte a prova necessária a fixá-lo¹⁸⁸.

Entretanto, na busca por uma maior densificação desse *standard*, há uma certa dificuldade, haja vista a equivocidade e vagueza da linguagem, ainda mais em se tratando de um modelo intermediário. Apesar disso, tomando como parâmetros os dois demais *standards* analisados, é possível partirmos, pelo menos, da noção de que o *standard* da prova clara e convincente será operado de modo a não se exigir os outros parâmetros analisados. Então, partindo dos mesmos níveis de atuação do *standard* da preponderância de prova, será aplicado o modelo da prova clara e convincente, diferenciando-se quanto ao grau de exigência mais elevado neste caso (nos dois níveis de atuação do *standard*). Mas, uma ressalva: sem que essa exigência se eleve a tal ponto que seja necessária a inexistência de dúvidas razoáveis para se aceitar como verdadeira determinada alegação de fato.

Claro, a dificuldade é maior quando comparado com o *standard* da preponderância de prova, restando certo grau de subjetividade do julgador ao reputar determinada prova como "altamente provável" ou, simplesmente, "mais provável que não". Contudo, quanto ao *standard* da prova além da dúvida razoável, a diferença parece mais evidente, haja vista não ser necessário, para os casos civis especiais, que somente seja julgada procedente a demanda na hipótese de não haver dúvida concreta quanto à hipótese de o réu ter razão em suas alegações.

edição, Revista e ampliada, Almedina. Janeiro de 2017. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:PINzGxi5Y5IJ:www.trl.mj.pt/PDF/O%2520standard%2520de%2520prova%25202017.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 06 out. 2017.

¹⁸⁷ KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 353, 2002. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 06 out. 2017.

¹⁸⁸ Como exemplo, cita Luís Filipe Pires de Sousa: "Abrangem-se designadamente as seguintes situações: a prova da intenção de uma parte mudar de domicílio tem de ser clara e inequívoca; os vícios da vontade na celebração do casamento têm de ser provados de forma forte, distinta e satisfatória; nos casos de abusos de crianças no âmbito do poder paternal, quanto mais séria ou improvável foi a alegação de abuso, mais forte terá de ser a prova quer do abuso quer da identidade do abusador; a imposição de tratamento médico pelo tribunal a um inimputável exige uma prova convincente de que o tratamento é medicamente necessário". Ver em: SOUSA, *op. cit.*

4.3 APLICAÇÃO PRÁTICA

Analisados os *standards* probatórios em seus aspectos teóricos e apresentadas possibilidades de definições para cada uma de suas espécies (três principais modelos de constatação estudados), demonstra-se pertinente a análise da aplicabilidade prática de tais concepções. Entretanto, devemos deixar claro que, em que pese tenhamos apresentado a questão dos modelos de constatação quanto à possibilidade de construção do juízo de fato, nesta análise prática que estamos propondo, por outro lado, somente será possível averiguarmos a fundamentação ou, em outras palavras, a justificativa da decisão tomada. Assim, não analisaremos, propriamente, o processo de formação da decisão. Contudo, por já se tratar de um modo capaz de ilustrar a aplicabilidade dos *standards* probatórios, fazemos a análise de três decisões judiciais, sendo uma para cada *standard* trabalhado ao longo da presente pesquisa.

4.3.1 Decisão I¹⁸⁹

A primeira decisão que iremos analisar refere-se à aplicação do *standard* da preponderância de provas. Portanto, tratamos de um caso em que se discutem, no âmbito do processo civil, questões meramente patrimoniais.

4.3.1.1 Relatório

Na sequência, para que possamos analisar a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça/RS, é necessário, como questão prejudicial, que façamos um relatório sobre os principais dados da decisão, sobre o conflito e as alegações das partes e, propriamente, sobre a decisão. Assim, teremos melhores condições de, tendo conhecimento acerca da base sobre a qual incidirá o modelo de constatação, aplicar o *standard* de maneira mais adequada.

¹⁸⁹ Ver "ANEXO A".

4.3.1.1.1 Dados sobre a decisão

a) **Partes:** Apelante: Maria José de Souza Lagaggio e Apelado: Rômulo Rodrigo Marchi da Silva

b) **Tribunal:** TJ/RS, 17ª Câmara Cível. Relator: Des. Giovanni Conti

c) **Data de julgamento:** 14/12/2017

d) **Processo:** APELAÇÃO CÍVEL Nº 70075741066

4.3.1.1.2 Resumo do conflito e das alegações

Maria José ajuizou, perante a 4ª Vara Cível de Santa Maria/RS, ação de cobrança em face de Rômulo. Alegou ter realizado com o demandado contrato de compra e venda de um estabelecimento comercial de "porteira fechada", incluindo todos os bens móveis, utensílios, marca e exploração comercial. Disse que o valor pactuado era de 120.00,00 reais e que o réu teria pago, somente, 3.952,00 reais, restando inadimplente quanto ao valor restante. Alegou, ainda, que o réu teria fechado o estabelecimento comercial e informado à autora que não iria mais fazer o pagamento do valor restante.

Em contestação, Rômulo não contestou a existência do contrato, mas alegou que, por não dispor de capital de giro para movimentar o negócio, tentou vender o estabelecimento. Não obtendo êxito, alega ter, em comum acordo com a parte autora, fechado o negócio, recebendo quitação dos valores do contrato pela devolução dos bens que diziam respeito ao contrato. A repactuação da forma de pagamento prevista no contrato teria se dado de forma verbal com a autora.

Em sentença, foi julgado improcedente o pedido da autora, que, contra essa decisão, apelou ao TJ/RS.

Em razões de Apelação, reiterando o que já havia dito por ocasião da ação de cobrança perante o 1º grau, disse não ter recebido qualquer mobília e que tampouco haveria prova por parte do réu quanto ao fato alegado de que a autora teria aceitado receber os móveis como forma de pagamento do valor devido. Assim, requereu o provimento do apelo para julgar procedente a ação e condenar o apelado no valor descrito na inicial.

Em contrarrazões, o apelado apenas reforçou sua versão de que teria resolvido o contrato verbalmente, referindo haver prova neste sentido (testemunha dizendo que um casal

teria ido retirar os móveis de garagem onde o apelado teria depositado os bens à espera de retirada por parte da apelante, restando quitado o contrato com essa devolução dos bens).

4.3.1.1.3 Resumo da decisão

Em seu voto, o relator Giovanni Conti disse ser incontroversa a contratação realizada pelas partes, bem como a ausência de pagamento do preço ajustado pelas partes contratualmente.

O réu, por sua vez, alegando ter fechado o estabelecimento por dificuldades financeiras, não comprovou ter quitado a dívida, da mesma forma como não fez prova de que tenha resolvido o contrato de forma verbal com a entrega dos móveis e utensílios.

Desta forma, entendeu que a afirmação da testemunha no sentido de que teria visto um casal buscado os móveis em depósito não comprovaria as alegações feitas em contestação e contrarrazões de apelação¹⁹⁰.

Assim, entendeu o desembargador que não seria possível afirmar, por insuficiência de provas, que a retirada dos objetos se deu pela parte autora. Da mesma forma não seria possível reconhecer a repactuação verbal do contrato e a consequente quitação.

Então, com base nas regras de julgamento previstas pelo art. 373, II, CPC, sendo incontroversa a existência do contrato de compra e venda, caberia ao apelado comprovar o ajuste da relação (cumprimento do contrato com a devolução dos bens móveis e utensílios).

Como referiu o desembargador, "demonstrado o fato constitutivo do direito da autora, ao demandado era imprescindível contrapor o alegado, o que não fez nem de forma mínima". Portanto, votou o relator, no que foi acompanhado pelos demais desembargadores, pelo provimento do apelo, julgando procedente a ação de cobrança, condenado o réu ao pagamento da quantia inadimplida no contrato.

¹⁹⁰ "A única testemunha ouvida por ocasião da instrução (fl. 87), apenas confirmou que o demandado encerrou as atividades comerciais e que os móveis e utensílios foram depositados em uma garagem emprestada, sendo que um casal retirou tais materiais algumas semanas após, nada mais". Ver em: "ANEXO A" (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do RS. Apelação Cível nº 70075741066 - Rio Grande do Sul. Relator: Des. Giovanni Conti. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 14 dez. 2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main_res_juris>. Acesso em: 17 dez. 2017).

4.3.1.2 Análise da decisão

No que se refere à matéria de fato, que é o objeto de análise da presente pesquisa, o Tribunal de Justiça/RS formou a convicção no sentido de tornar oficial a versão alegada pela parte apelante. Assim, havendo um contrato de compra e venda ajustado entre as partes, feita a entrega do estabelecimento com todas as formalidades necessárias, não houve o pagamento integral do valor previsto no contrato como contraprestação.

O *standard* probatório aplicado a casos civis meramente patrimoniais, como é o caso de um contrato de compra e venda, é o da preponderância de prova. Neste caso, a análise a ser feita pelo julgador dá-se em dois níveis: (i) quanto à maior probabilidade de existência do fato do que a sua negação; e (ii) em havendo mais de uma estória viável a partir dos fatos, a escolha daquela que tivesse maior grau de certeza (a mais provável, em outras palavras).

Fazendo a análise do *standard* a partir de seu primeiro nível de atuação, parece-nos que, já aqui, seria possível firmar o entendimento no sentido de que a hipótese alegada pelo réu não poderia subsistir, haja vista não haver um mínimo probatório quanto aos fatos alegados (de que teria sido dada a quitação do contrato pela entrega dos bens). No caso, apenas uma testemunha afirmava terem sido encerradas as atividades do estabelecimento e que os bens teriam sido guardados em um depósito e, posteriormente, retirados por um casal, não havendo prova direta sobre o ajuste verbal do contrato.

Assim, não havendo base probatória, sequer seria possível falarmos em valoração do conjunto probatório para construção de uma estória viável no sentido do que foi alegado pelo réu. Considerando que a versão da autora sobre os fatos constitutivos de seu direito (existência de contrato válido e não pagamento do valor previsto no contrato) era incontroversa e que o réu não se desincumbiu de seu ônus ao apresentar provas insuficientes quanto a fato extintivo do direito da autora (suposta quitação verbal do contrato), foi decidida a demanda pela regra de julgamento do ônus da prova.

Contudo, antes disso, para que se pudesse chegar a esse estágio, foi valorada a prova produzida no processo sobre a versão do réu. Todavia, tal versão não alcançou o nível de exigência do critério da preponderância de provas, razão pela qual, não havendo outras provas, o Tribunal valorou "a prova contra a parte a quem incumbia o respectivo ônus da prova"¹⁹¹.

¹⁹¹ SOUSA, Luís Filipe Pires de. O *STANDARD* DE PROVA NO PROCESSO CIVIL E NO PROCESSO PENAL. Antecipando o livro *Prova por Presunção no Direito Civil*, 3ª edição, Revista e ampliada, Almedina. Janeiro de 2017. Disponível em:

A atuação do *standard* da preponderância de prova é melhor visualizada na medida em que imaginamos, por exemplo, o julgamento deste mesmo caso à luz do *standard* da prova além da dúvida razoável. Neste caso, em que pese a autora tivesse como incontroversos os fatos constitutivos de seu direito, isso não bastaria para que o recurso fosse julgado procedente, haja vista a subsistência de dúvidas concretas quanto à possibilidade de a versão do réu ser verdadeira (de que teria havido quitação verbal dos valores do contrato). Claro, a investigação dos fatos, se fosse aplicado o *standard* próprio de casos penais, deveria ser maior, verificando quem, de fato, retirou os bens do depósito, por exemplo.

Ao menos, com a análise dessa decisão, é possível percebermos o nível mínimo de exigência, para casos civis meramente patrimoniais, para que o juízo forme a convicção de fato em determinado sentido. No caso, verificamos a insuficiência das provas apresentadas pelo réu para comprovação de suas alegações. Em que pese o processo não tenha sido decidido pela aplicação do *standard* da preponderância de provas, tal modelo de constatação foi imprescindível para que a questão fosse julgada, em um segundo momento, pela regra do ônus da prova.

4.3.2 Decisão II¹⁹²

A segunda decisão a ser analisada refere-se, ainda, a um caso de natureza civil. Todavia, neste caso, não se trata de questões meramente patrimoniais, mas de um caso considerado socialmente mais grave, ensejando a aplicação de um critério mais rígido. Estamos tratando do *standard* da prova clara e convincente.

4.3.2.1 Relatório

Da mesma forma como procedemos na análise da primeira decisão, a fim de que possamos estudar a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça/RS, é necessário, como questão prejudicial, que façamos um relatório sobre os principais dados da decisão, sobre o conflito e as alegações das partes e, propriamente, sobre a decisão. Assim, teremos melhores condições de, tendo conhecimento acerca da base sobre a qual incidirá o modelo de constatação, aplicar o *standard* de maneira mais adequada.

<<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:PINzGxi5Y5IJ:www.trl.mj.pt/PDF/O%2520standard%2520de%2520prova%25202017.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 06 out. 2017.

¹⁹² Ver "ANEXO B".

4.3.2.1.1 Dados sobre a decisão

- a) **Partes:** Apelante: E.S.M. e Apelado: M.P.
- b) **Tribunal:** TJ/RS, 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Rui Portanova
- c) **Data de julgamento:** 27/04/2017
- d) **Processo:** APELAÇÃO CÍVEL Nº 70073041154

4.3.2.1.2 Resumo do conflito e das alegações

O Ministério Público ajuizou ação de destituição do poder familiar em face de Elisângela em relação à sua filha, Caroline.

Alegando ser a mãe biológica inapta para o exercício da função parental, de forma responsável e protetiva, em relação à filha Caroline, referiu o Ministério Público ter a suspeita dos fatos iniciado em 2011, quando o Conselho Tutelar de Camaquã/RS informou ter identificado uma situação de risco envolvendo Caroline e suas irmãs. A alegação era de que as crianças estariam sendo negligenciadas pela genitora, apresentando falta de higiene e alimentação precária. Na ocasião, Elisângela teria sido advertida, mas a situação piorou com o passar do tempo.

Ainda, referiu que a mãe da menina foi residir com um companheiro em outro imóvel, deixando as filhas com um tio materno, o qual pouco se comprometeu com as sobrinhas. Após, convocada para comparecer no Conselho Tutelar, Elisângela disse não ter condições de cuidar das filhas, uma vez que seu companheiro não permitiria a presença delas em sua casa. Após, alegou ter sido dada a guarda de Caroline para a tia, que referiu, depois de determinado período, não ter mais interesse na guarda da menor. O mesmo teria acontecido com relação à filha de sua tia, que também teria rejeitado a guarda da menor.

Para embasar suas alegações, o Ministério Público juntou relato social elaborado pelo CREAS (Centro de Referência Especializado de Assistência Social), no qual constava que as crianças teriam sido encontradas sozinhas na casa, sem um responsável encarregado de cuidá-las. Ademais, o local não apresentaria condições mínimas de higiene, não tendo saneamento básico e apresentando infraestrutura precária. O grupo familiar foi considerado de extrema pobreza. Diante dessa situação e tendo recebido denúncias de maus tratos e abandono, foi

sugerido o abrigamento das crianças para avaliação psicológica e posterior encaminhamento para a rede de proteção e inserção socio-assistencial.

Outro documento juntado aos autos para provar suas alegações foi um novo estudo social realizado em 2012, no qual consta que Elisângela voltou a morar com seu irmão, mas que, ao ser entrevistada, referiu não ter como acomodá-las na pequena moradia. Ainda, disse ter realizado tratamento psiquiátrico e ter passado por internação para tratar seu quadro de depressão. Ao final, o laudo apontou que não teria como reinserir as crianças no convívio com a mãe, considerando, também, ser o ambiente permeado de drogas e brigas.

Ainda, foram ouvidas duas testemunhas para comprovar as alegações feitas pelo Ministério Público. A primeira testemunha, que era assistente social do abrigo, referiu que a mãe visitava as crianças, mas que apresentava "deficiência mental moderada ou até mais grave". Ademais, corroborou com o que estava descrito nos documentos juntados aos autos quanto às condições de moradia da mãe das crianças e demais situações descritas.

A segunda testemunha, coordenadora do SAICA (serviço de Acolhimento Institucional à Criança e ao Adolescente - abrigo que acolheu Caroline após tentativa de conferir sua guarda à filha de sua tia), fez relatos no mesmo sentido que a primeira testemunha, acrescentando que a genitora não possuiria as mínimas condições de cuidar das meninas, referindo que Elisângela não teria aceitado qualquer tratamento.

Julgando procedente o pedido de destituir Elisângela do poder familiar, a então demandada, representada pela Defensoria Pública, interpôs recurso de Apelação contra a sentença. O Ministério Público apresentou contrarrazões, manifestando-se pelo não provimento do apelo.

Nas razões da apelação, alegou Elisângela ter sempre visitado a filha no abrigo. Ainda, referiu não ter deixado de promover os cuidados da filha e que entregou a menor aos cuidados do irmão por não ter condições, à época, de sustentar a filha por problemas de saúde. Por fim, disse que a legislação confere preferência à manutenção ou reintegração das crianças e adolescentes à família biológica.

Em contrarrazões, o Ministério Público reforçou o que já havia apontado por ocasião do ajuizamento da ação em primeiro grau de jurisdição.

4.3.2.1.3 Resumo da decisão

Valendo-se de fundamentação *per relationem*¹⁹³, votou o relator, no que foi acompanhado pelos demais desembargadores, pelo não provimento do apelo, considerando suficientemente demonstrado nos autos, "por farta e consistente prova testemunhal e documental", que a genitora não se revela apta a dispensar à filha o mínimo necessário à formação de uma personalidade saudável, sem traumas. Ademais, considerando não haver alteração nas atitudes desta mãe na tentativa de recuperar a guarda da filha, julgou inadmissível que a menor fosse exposta, novamente, à situação de risco junto à apelante.

4.3.2.2 Análise da decisão

Tratando-se de um caso civil considerado socialmente mais grave, não se discutindo questões meramente patrimoniais, o *standard* probatório adequado à formação do juízo de fato é o da prova clara e convincente.

Sendo esse *standard* um modelo intermediário, não é possível concebê-lo nem como uma mera preponderância de prova tampouco como uma prova além da dúvida razoável. Contudo, há um ponto de partida para sua análise: a mesma base a partir da qual opera o *standard* da preponderância de prova, com a diferença de que a exigência requerida para se considerar como oficial a alegação de fato da parte autora é a alta probabilidade.

Assim, no caso, incumbindo ao MP a prova dos fatos alegados para destituição do poder familiar (art. 373, I, CPC), devemos verificar os dois âmbitos em que atua o *standard*, adequando-o quanto à alta probabilidade requerida em seus dois níveis de atuação, mas sem que isso implique a exigência de uma prova acima da dúvida razoável.

Quanto à hipótese ser mais provável que a sua negação (no caso, altamente mais provável que não), amparando tal compreensão na "confirmação lógica que um enunciado detém a partir das provas disponíveis"¹⁹⁴, as provas juntadas pelo MP, sejam testemunhais ou

¹⁹³ Fredie Didier Jr. refere tratar-se de uma "decisão em que o magistrado se reporta, em seus fundamentos, a um outro ato do processo (uma outra decisão ou um parecer, por exemplo). É a chamada motivação *per relationem*". Ver em: DIDIER JR, Fredie. Sobre a fundamentação da decisão judicial. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

¹⁹⁴ SOUSA, Luís Filipe Pires de. O *STANDARD* DE PROVA NO PROCESSO CIVIL E NO PROCESSO PENAL. Antecipando o livro *Prova por Presunção no Direito Civil*, 3ª edição, Revista e ampliada, Almedina. Janeiro de 2017. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:PINzGxi5Y5IJ:www.trl.mj.pt/PDF/O%2520standard%2520de%2520prova%25202017.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 06 out. 2017.

documentais, parecem permitir que se proceda à análise do segundo nível de atuação do *standard*, haja vista haver relatos oficiais sobre a situação em que as crianças viviam e a falta de cuidados. Ademais, as provas contrárias resumem-se a alegações por parte da apelante de que nunca teria deixado de promover os cuidados da filha.

Tendo um limite mínimo probatório¹⁹⁵, passemos a analisar se, em comparação com a versão da outra parte, a hipótese do MP contém grau de confirmação maior (com alta probabilidade). Para fazer essa análise, partamos de uma ideia de mera preponderância. Neste caso, não havendo provas, por parte da apelante, no sentido de que mantinha todos os cuidados necessários para as filhas, se o MP comprovasse minimamente suas alegações com, por exemplo, provas testemunhais, seria possível julgar procedente o pedido de destituição.

Contudo, o nível de exigência, no caso da prova clara e convincente, é maior. Assim, não seria possível considerar como desincumbido de seu ônus o MP ao provar a mera preponderância de sua tese em relação às alegações da apelante. Neste sentido, o MP juntou provas documentais e testemunhais referentes a todo o período em que o Conselho Tutelar investigou a situação das crianças, embasando sua versão em relatos oficiais, testemunhas de assistente social e coordenadora do abrigo onde as crianças ficaram recolhidas, laudos de psicólogo sobre a situação psicológica da menina e muitos outros.

Desta forma, é possível percebermos que a exigência requerida pelo *standard* e adotada pelo relator ao proferir seu voto foi maior do que a mera preponderância. E isso pode ser verificado pelas expressões utilizadas na ementa, como "farta e consistente prova testemunhal e documental". Todavia, devemos verificar se não chegou ao patamar do *standard* próprio dos casos penais.

É possível percebermos que, diante das provas, embora suficientemente embasando a versão apresentada pelo MP, seria possível questionar se a genitora da menor, ao momento da apelação, teria condições de cuidar da menina, porquanto não há uma avaliação de sua aptidão mental (temos que considerar que esse foi um dos argumentos para se negar provimento ao apelo - "a genitora não se revela apta a dispensar à filha o mínimo necessário à formação de uma personalidade saudável, sem traumas") e sobre a atual residência da mesma (se teria condições de receber a menor em um ambiente com higiene, infra-estrutura, etc).

Entretanto, em que pese haver dúvidas concretas, baseadas nas provas (ou falta de provas) quanto a esses determinados aspectos, no contexto da prova clara e convincente, é possível formar a convicção de fato no sentido apontado pelas provas. Assim, respeitados os

¹⁹⁵ Ressalte-se que o "limite mínimo probatório" aqui exigido requer, também, alta probabilidade. Ou seja, a hipótese considerada deve ser altamente provável em relação à sua negação.

limites do *standard*, demonstra-se adequada a decisão sob o ponto de vista dos modelos de constatação.

4.3.3 Decisão III¹⁹⁶

Por fim, a terceira decisão a ser analisada refere-se a um caso de natureza penal. Com isso, tendo em vista as consequências mais graves da aplicação das penalidades em seara criminal, o *standard* em foco, no caso, trata de uma prova acima da dúvida razoável.

4.3.3.1 Relatório

Na sequência, para que possamos aplicar as noções trabalhadas acerca do modelo de constatação da prova acima da dúvida razoável, é necessário, como questão prejudicial, que façamos um relatório sobre os principais dados da decisão, sobre o conflito e as alegações das partes e, propriamente, sobre a decisão. Assim, teremos melhores condições de, tendo conhecimento acerca da base sobre a qual incidirá o modelo de constatação, aplicar o *standard* de maneira mais adequada.

4.3.3.1.1 Dados sobre a decisão

- a) **Partes:** Apelante: Alexandre Golzer Farias e Apelado: Ministério Público
- b) **Tribunal:** TJ/RS, 3ª Câmara Criminal. Relator: Des. Sérgio Miguel Achutti Blattes
- c) **Data de julgamento:** 06/12/2017
- d) **Processo:** APELAÇÃO CRIMINAL Nº 70075460709

4.3.3.1.2 Resumo do conflito e das alegações

O MP denunciou Alexandre, na Comarca de Santa Maria, como incurso no art. 33, caput, da L. 11.343/06, c/c art. 61, I, CP. A prática do delito foi descrita como uma situação na qual Alexandre estaria portando 4 tijolos pequenos, pesando 16,47 g, e um tijolo pesando 101,56 g, todos de *cannabis sativa linneu*, vulgarmente conhecida por maconha, sem

¹⁹⁶ Ver "ANEXO C".

autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme auto de apreensão e laudo de constatação da natureza da substância.

Após todo o procedimento legal, a denúncia foi recebida. Durante a instrução, foram ouvidas testemunhas e interrogado o réu, que foi representado pela Defensoria Pública.

Na ocasião, foi referido pela acusação que os policiais militares foram até o local para atender a uma ocorrência de perturbação do sossego. Contudo, o denunciado teria atirado uma meia para cima do telhado de uma residência. Dentro dela, alegam ter encontrado um tijolo de maconha, pesando 101,56 g, e uma balança de precisão.

Em revista pessoal, refere a acusação terem encontrado (os policiais) os outros 4 tijolos de maconha. Refere que o fim comercial da droga ficou evidente pela quantia de entorpecentes, bem como pela balança de precisão apreendida.

Quanto ao material probatório sobre os fatos alegados, presentes nos autos, há o interrogatório do réu (feito ao final da instrução), o depoimento de três policiais e a oitiva de quatro informantes, arrolados como testemunhas de defesa.

No que se refere à tese da acusação, as provas que a embasam são os depoimentos dos policiais militares. Em síntese, referem que foram despachados pela sala de operação para atender a uma ocorrência de perturbação do sossego.

Chegando no local, alegam ter visto que havia indivíduos fazendo algazarra e ouvindo som alto. Sentindo forte cheiro de maconha, disseram ter realizado revista pessoal nos presentes.

Disseram que, quando foram revistar o réu, este teria jogado um volume no telhado da casa. Apreendido o volume, referiram tratar-se de grande quantidade de maconha e uma balança de precisão.

Ainda em revista pessoal do réu, disseram ter encontrado outras porções da droga. Segundo os relatos, o dono da residência teria autorizado a entrada no local.

Por outro lado, a versão defensiva tem suporte probatório no depoimento de quatro informantes e no próprio interrogatório do réu. Em síntese, alegam que não havia drogas na residência e que estavam fazendo um churrasco em comemoração a um aniversário.

Disseram que os policiais foram até o local em virtude do som alto e que os agentes teriam a intenção de ingressar na residência sem mandado. Referiram que um policial ingressou no local para fazer revista, supostamente retornando com porção de maconha e balança de precisão.

No interrogatório, Alexandre negou que a droga fosse sua e negou ter arremessado um volume para o telhado da casa. Ainda, disse que um policial teria solicitado a entrega de uma arma por conta de uma dívida por ele contraída, referindo que iria liberar todos se entregassem uma arma.

Os informantes confirmaram essa tese, reforçando, inclusive, que os policiais teriam saído de dentro da casa com a porção de drogas e a balança de precisão após a recusa em entregarem uma arma para eles.

Na sentença, o juiz de 1º grau julgou procedente a denúncia, condenando o réu como incurso no art. 33, caput, da Lei 11.343/06. Foi imposta pena de 7 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado e cumulada com pena de multa de 600 dias-multa.

A defesa interpôs recurso de Apelação. Nas razões, postulou a absolvição do acusado. Subsidiariamente, pediu a desclassificação para posse de droga com o intuito de consumo pessoal. Ainda, pleiteou a redução da pena e multa aplicadas e readequação do regime inicial de cumprimento de pena.

Quanto ao pedido de absolvição, sustentou a insuficiência probatória para a condenação do recorrente pelo delito descrito na denúncia, haja vista terem sido observadas supostas incongruências na versão das declarações dos policiais.

Apresentadas contrarrazões pelo MP e tendo a Procuradoria de Justiça opinado pelo conhecimento e desprovemento do recurso, os autos foram conclusos para julgamento.

4.3.3.1.3 Resumo da decisão

No seu voto, o relator referiu que Alexandre interpôs apelação contra sentença que o condenou por tráfico de drogas, postulando absolvição por insuficiência de provas, apontando contradições entre os depoimentos dos policiais. Assim, negou o réu a traficância e alegou enxerto da droga por parte dos policiais.

Referiu o relator que, com base nas provas, havia duas versões antagônicas nos autos. De um lado, os policiais confirmaram a apreensão da droga, nas circunstâncias descritas na denúncia. De outro, as testemunhas arroladas pela defesa corroboraram a tese de defesa pessoal, de negativa da traficância e enxerto da droga.

Assim, aplicando o *standard* da prova além da dúvida razoável ao caso, referiu que o dito pelos policiais não possuía valor probatório suficiente para julgar improcedente o recurso unicamente em razão da função pública exercida pelos policiais, assim como a palavra da

vítima tampouco tem valor probatório por si só. Em suas palavras, "a prova oral deve ser submetida a um exame racional a partir do cotejo entre os depoimentos de cada uma das testemunhas".

No caso, disse que o juiz *a quo* partiu do pressuposto de que a palavra dos policiais possuiria valor probatório em razão da função pública atribuída e exercida por eles. Efetivamente, referiu não haver, nos autos, elementos concretos a indicar que os policiais tivessem interesse de incriminar falsamente o réu.

Contudo, referiu o relator que, em sentido antagônico ao dito pelos policiais, há os relatos de quatro pessoas que estavam no local e presenciaram a abordagem policial e a prisão do réu. Nesses relatos, todos narraram os fatos da mesma maneira, com os mesmos detalhes, isentando o acusado e afirmando que os milicianos ingressaram na residência sem mandado judicial e dela saíram com uma porção de maconha e uma balança de precisão, imputando sua propriedade ao acusado.

Desta forma, disse não ser possível atribuir preponderância ao dito pelos policiais apenas em razão da função por eles exercida. Nas suas palavras, "Há, inequivocamente, duas vertentes de prova igualmente consistentes e verossímeis, de modo que a opção pelo dito pelos policiais, unicamente em razão da função pública por eles desempenhada, afigura-se arbitrária".

Ademais, afirmou ser pouco crível que o réu tenha jogado uma porção de 100 g de maconha e uma balança de precisão no telhado da casa tendo em vista as circunstâncias narradas pelos policiais em seus depoimentos¹⁹⁷.

Assim, havendo persistente dúvida acerca da efetiva existência do crime, de modo a reconhecer que o conjunto probatório é insuficiente para esclarecer se a droga apreendida efetivamente pertencia ao réu e se era, de fato, destinada ao consumo de terceiros, o relator votou pela sua absolvição. Em suas palavras, "Voto, pois, por dar provimento ao apelo

¹⁹⁷ Nas palavras do relator, "Ademais, observo ser pouco crível que o acusado fosse jogar sobre o telhado uma meia com 100g de maconha e uma balança de precisão, justo no momento em que, acompanhado pelos policiais, saía da residência. Se no local havia uma festa com várias pessoas, como narraram os policiais, e se entre a chegada da primeira viatura e da outra chamada para dar apoio se passaram cinco minutos, sendo que neste interregno os primeiros policiais permaneceram do lado de fora da casa aguardando o reforço, mais lógico seria que o acusado, caso efetivamente estivesse na posse da droga, tivesse escondido a substância no interior da residência. Não aguardaria o início das buscas pessoais para se desfazer da droga, e sequer permaneceria com porções menores no seu bolso". Ver em: "ANEXO C" (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do RS. Apelação Crime nº 70075460709 - Rio Grande do Sul. Relator: Des. Sérgio Miguel Achutti Blattes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 06 dez. 2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main_res_juris>. Acesso em: 17 dez. 2017).

defensivo, ao efeito de absolver o réu da imputação de tráfico, com base no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Expeça-se alvará de soltura ao réu, por este processo". Tendo sido acompanhado pelos demais desembargadores, o recurso foi provido por unanimidade.

Destaca-se, por fim, a ementa da decisão, a qual evidencia a aplicação do *standard* da prova além da dúvida razoável para formação do juízo de fato.

APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO.

1. Presentes duas versões probatórias nos autos, a opção por uma ou outra deve observar o *standard probatório* exigido para fins de procedência da pretensão acusatória. Embora *livre* o juiz para formar o seu *convencimento*, certo é que essa liberdade não se confunde com *discricionariedade*. Aliás, a exigência de *motivação* se justifica justamente para que possa ser verificada a racionalidade e a razoabilidade do convencimento formado pelo juiz. A decisão condenatória será adequada quando fundada em elementos de prova que conformem um juízo de certeza, ou de alta probabilidade, *além da dúvida razoável*. Do contrário, a persistir dúvida fundada acerca dos elementos do crime ou da autoria, impõe-se a absolvição, fundada essa no *in dubio pro reo*. A diferença entre um e outro desses *standards* está atrelada à preponderância de razões para crer ou de razões para descrever em determinada versão probatória. Destarte, impõe-se o exame do acervo probatório na sua completude, confrontando todos os seus elementos de modo a extrair a versão mais verossímil, assim compreendida aquela formada por elementos convergentes e coerentes, que em razão disso se sobrepõe aos elementos em sentido contrário. Observada essa metodologia de formação do convencimento, o dito pelos policiais não possui valor probatório unicamente em razão da função pública exercida pelos mesmos. A prova oral, e dentre elas também o dito pelos policiais, deve ser submetida a um exame racional a partir do cotejo entre os depoimentos de cada uma das testemunhas.

2. No caso concreto, do exame da sentença condenatória se verifica que o magistrado a quo, após síntese da prova, partiu do pressuposto de que a palavra dos policiais possui valor probatório em razão da função pública atribuída e exercida pelos agentes de polícia, em razão da ausência elementos a indicar que os policiais tivessem interesse de incriminar falsamente o réu. Efetivamente não há elementos nesse sentido. Não obstante isso, em sentido antagônico ao dito pelos policiais há os relatos de quatro pessoas que estavam no local e presenciaram a abordagem policial e a prisão do réu, sendo que todas narraram os fatos da mesma maneira, com os mesmos detalhes, isentando o acusado e afirmando que os milicianos ingressaram na residência sem mandado judicial e dela saíram com uma porção de maconha e uma balança de precisão, imputando sua propriedade ao acusado. Neste cenário, não é possível atribuir preponderância ao dito pelos policiais, apenas em razão da função por eles exercida. Há, inequivocamente, duas vertentes de prova igualmente consistentes e verossímeis, de modo que a opção pelo dito pelos policiais, unicamente em razão da função pública por eles desempenhada, afigura-se arbitrária. Constatado nível equivalente de verossimilhança entre as distintas versões de prova, permanece insuperada a dúvida acerca da existência do crime, impondo-se, como consequência, o juízo absolutório fundado no *in dubio pro reo*. Sentença condenatória reformada.

RECURSO PROVIDO.

4.3.3.2 Análise da decisão

Tratando-se de caso de natureza penal, o *standard* probatório aplicável é o da prova além da dúvida razoável. Neste caso, considerando os cinco requisitos para que a acusação seja considerada provada, conforme Andrea Pellegrino¹⁹⁸, fazemos a análise da decisão.

Quanto à formação da convicção, sendo este um primeiro nível em que atua o *standard* da prova além da dúvida razoável (o outro nível trata do enfrentamento de eventuais dúvidas concretas), a versão acusatória deve ser sustentada por provas atinentes a todos os elementos constitutivos do crime e da respectiva autoria. No caso, tendo os policiais apreendido, conforme auto de prisão em flagrante, as substâncias entorpecentes junto ao acusado, restaria provado, preliminarmente, este primeiro requisito.

Contudo, logo na análise de um segundo elemento, qual seja, quanto à necessidade de que as contraprovas não atinjam seu núcleo essencial, encontramos alguns problemas. Havendo, no caso, contraprova por parte dos depoimentos dos informantes, definindo versão antagônica à apresentada pelos policiais militares, caberia ao julgador definir o peso (dimensão perceptiva das questões de fato) de tais provas frente ao depoimento dos policiais. Conforme voto do relator, foram ambas as provas consideradas de igual peso ou equivalência de verossimilhança. Com isso, já seria possível dizer que a formação da convicção judicial quanto à matéria de fato restaria comprometida no sentido de julgar a versão da acusação como a oficial ou verdadeira. Mas, para fins de pesquisa, fazemos a análise dos demais requisitos.

Como decorrência da existência de provas de mesma envergadura (assim consideradas pelos julgadores), a contra-hipótese não se apresenta implausível, de modo que também pelo terceiro requisito a versão acusatória não possa ser aceita como verdadeira. Assim, sequer há que se falar em hipótese da acusação como sendo a única congruente com os fatos, em que pese apresente coerência lógica interna.

¹⁹⁸ Refere Luís Filipe Pires de Sousa que "Sintetizando de alguma forma o que fica dito, ANDREA PELLEGRINO afirma que a hipótese da acusação deve ser considerada como provada desde que reúna os seguintes requisitos: 1. Deve ser sustentada por provas atinentes sobre todos os seus elementos constitutivos; 2. As contraprovas não devem estilhaçar o seu núcleo essencial; 3. As contra-hipóteses devem revelar-se ou indemonstradas ou implausíveis; 4. A hipótese deve ter uma interna coerência lógica, não podendo ser autocontraditória; 5. A hipótese deve ser a única congruente com os factos, ou seja, deve ser a única com condições de respeitar os factos fundamentais apurados e de explicá-los com racionalidade". Ver em: SOUSA, Luís Filipe Pires de. O *STANDARD DE PROVA NO PROCESSO CIVIL E NO PROCESSO PENAL*. Antecipando o livro *Prova por Presunção no Direito Civil*, 3ª edição, Revista e ampliada, Almedina. Janeiro de 2017. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:PINzGxi5Y5IJ:www.trl.mj.pt/PDF/O%2520standard%2520de%2520prova%25202017.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 06 out. 2017.

Assim, em outras palavras, não foi superada a barreira da dúvida razoável para que se pudesse reputar provada a versão proposta pela acusação, de modo que permaneça possível, após a análise do conjunto probatório, "outra explicação diversa da da culpabilidade"¹⁹⁹.

Com isso, tomando-se como parâmetro a definição apresentada para o *standard* da prova além da dúvida razoável, não restou outra alternativa, à luz de uma análise lógica da valoração sobre os fatos, que não a absolvição do réu. Ou, segundo a decisão do Tribunal, dito de outra forma, pelo princípio da presunção de inocência.

¹⁹⁹ "Na pictórica expressão de WITTGENSTEIN, a culpa além da dúvida razoável significa que 'se chegou a um ponto, nunca determinável *a priori*, em que a enxada da dúvida, que deve sempre munir o juiz, encontrou a camada dura da rocha, representada pelas provas, e dobrou-se, resultando implausível outra explicação diversa da da culpabilidade.' Compete à acusação demonstrar que há razões objetivas para concluir que a sua hipótese é a única explicação plausível para os elementos probatórios reunidos no processo". Ver em: SOUSA, Luís Filipe Pires de. O *STANDARD DE PROVA NO PROCESSO CIVIL E NO PROCESSO PENAL*. Antecipando o livro *Prova por Presunção no Direito Civil*, 3ª edição, Revista e ampliada, Almedina. Janeiro de 2017. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:PINzGxi5Y5IJ:www.trl.mj.pt/PDF/O%2520standard%2520de%2520prova%25202017.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 06 out. 2017.

5 CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho, partindo do questionamento acerca da existência de critérios para o auxílio e controle do julgador na formação do juízo de fato, verificamos que tal processo ocorre a partir do livre convencimento motivado do magistrado quanto à valoração das provas. Assim, em que pese o juiz não esteja adstrito a tarifas legais, nada impede que a construção de sua convicção se dê à luz de pautas racionais as quais deverão ser por ele observadas. Se o processo deve estar voltado para uma decisão de mérito justa e efetiva, a adequação do procedimento às peculiaridades do direito material faz-se necessária. E quanto à valoração das provas, sendo as questões de fato indissociáveis das questões de direito, igualmente será requerido um tratamento adequado a essa questão.

Neste intento, foram apresentados os três principais *standards* probatórios originados no sistema da *common law*, quais sejam, prova além da dúvida razoável, prova clara e convincente e preponderância de provas. E, a partir da análise de sua teoria geral e espécies, foi possível observarmos que os modelos de constatação são adequados à finalidade por eles proposta: de auxiliar o juízo na formação da convicção quanto à matéria de fato, buscando adequar o procedimento ao direito material subjacente, e de conferir uma forma de controle por meio do contraditório (além de legitimar a decisão tomada pelo julgador com a efetiva participação das partes).

Contudo, mesmo diante do contexto positivo de sua aplicação, os modelos de constatação poderiam ser criticados sob o ponto de vista de que não propiciam um controle mais efetivo quanto à subjetividade ainda existente na valoração das provas (seja quanto ao plano perceptivo ou quanto à dificuldade de definição dos enunciados dos modelos de constatação). Igualmente, a tarefa do julgador seguiria o mesmo raciocínio (embora haja critérios estabelecendo diferenças importantes para guiá-lo na valoração das provas, tal processo seguiria dependente da subjetividade do juiz quanto à pesagem das provas e definição dos *standards*).

Tal posição, entretanto, não nos persuade quanto à opinião inicial. Primeiramente, devemos reiterar que os *standards* de prova demonstram-se adequados à finalidade por eles proposta (de auxílio e controle quanto ao plano inferencial da valoração das provas). Mas mesmo que se desconsiderasse essa premissa, avaliando os modelos de constatação como inadequados à finalidade por eles proposta (pela dificuldade de definição de seus

significados), seria possível referirmos que, apesar de não se tratar de uma teoria perfeita, ela alcança resultados que devem ser considerados.

Analogamente falando, não é porque o sistema policial é ineficiente que devemos abrir mão desse ramo do Estado. Da mesma forma, em não possibilitando uma ferramenta plenamente instrutiva ao julgador (e de controle pelas partes), mesmo assim são aptos os *standards* a auxiliarem o juízo de alguma forma, haja vista estabelecerem diferenças importantes quanto aos tipos de processo e a adequação necessária da valoração das provas a essas peculiaridades. Neste sentido, inclusive, o direito estrangeiro formulou teorias no intento de conferir maior densidade às orientações propostas pelos modelos de constatação.

Claro, uma melhor aplicação desses critérios seria possível a partir do estabelecimento claro das definições acerca de seus enunciados, o que poderia ocorrer com o exercício do contraditório pelas partes quanto a essa questão de direito antecedente, conforme analisado ao tratarmos do funcionamento dos *standards*. Agora, tal possibilidade não eliminaria o risco de que as definições adotadas fossem diferentes de juiz para juiz. Contudo, sobre esse tema, somente a partir de precedentes formados pelas Cortes de Vértice que seria possível buscar, neste sentido, maior unidade do Direito.

Com isso, em sendo possível a existência de critérios e havendo uma teoria capaz de apresentá-los, verificada sua eficácia quanto à finalidade proposta, qual seja, a de conferir alguma orientação ao julgador e às partes na formação do juízo de fato, meio este que também seria útil para fins de controle da decisão tomada, demonstra-se pertinente a utilização de tais modelos de constatação a partir do estabelecimento de um procedimento adequado, também, à legitimação da decisão judicial. Melhor do que não ter orientação nenhuma é conferir alguma orientação, ainda mais se esta se demonstrar adequada, ainda que com certas dificuldades, aos fins propostos.

REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *STANDARDS PROBATÓRIOS NO PROCESSO PENAL*. Revista AJUFERGS / 04. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79069754.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2017.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Curso de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2000

BIGAL, Valmir. A obrigatoriedade das decisões judiciais. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2794/A-obrigatoriedade-das-decisoes-judiciais>>. Acesso em: 07 de Setembro de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do RS. Apelação Cível nº 70075741066 - Rio Grande do Sul. Relator: Des. Giovanni Conti. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 14 dez. 2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main_res_juris>. Acesso em: 17 dez. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do RS. Apelação Cível nº 70073041154 - Rio Grande do Sul. Relator: Des. Rui Portanova. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 27 abril 2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main_res_juris>. Acesso em: 17 dez. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do RS. Apelação Crime nº 70075460709 - Rio Grande do Sul. Relator: Des. Sérgio Miguel Achutti Blattes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 06 dez. 2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main_res_juris>. Acesso em: 17 dez. 2017.

DA COSTA NETO, José Wellington Bezerra. Vinculação a precedentes e livre convencimento judicial. Revista de Processo | vol. 266/2017 | p. 447 - 480 | Abr / 2017 | DTR\2017\613.

DIDIER JR, Fredie. Sobre a fundamentação da decisão judicial. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

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

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

HARTMANN, Érica de Oliveira. Os sistemas de avaliação da prova e o processo penal brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/1749/1446>>. Acesso em 06 out. 2017.

JUS BRASIL. Relação jurídica processual. Definições. Disponível em: <<https://jb.jusbrasil.com.br/definicoes/100010404/judicium-est-actus-trium-personarum-judicis-actoris-et-rei>>. Acesso em: 05 de Setembro de 2017.

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

KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 353, 2002. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 06 out. 2017.

LAREZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 3ª Edição, 1997.

LAW TEACHER. "Criminal or civil standard of proof". Disponível em: <<https://www.lawteacher.net/free-law-essays/criminal-law/criminal-or-civil-standard-of-proof-law-essays.php#ftn41>>. Acesso em: 03 de dez. 2017.

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

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

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 7ª ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Curso de processo civil; v. 1.

MUNIZ, Francisco Arthur de Siqueira. As retóricas na história da (in)distinguição conceitual entre questão de fato e questão de direito: análise do juízo de cognição do conceito indeterminado de improbidade administrativa dolosa nos recursos especiais – Recife: O Autor, 2013. Orientador: João Maurício Leitão Adeodato. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2013. Disponível em: <<http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/10650/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado%20-%20Francisco%20Arthur%20de%20Siqueira%20Muniz.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

REICHELDT, Luis Alberto. A prova no direito processual civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ROSITO, Francisco. A PROVA E OS MODELOS DE CONSTATAÇÃO NA FORMAÇÃO DO JUÍZO DE FATO. *Revista de Processo* | vol. 157/2008 | p. 51 - 71 | Mar / 2008. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil* | vol. 4 | p. 245 - 270 | Out / 2011 | DTR\2008\181.

RUBIN, Fernando. O contraditório na visão cooperativa do processo, 2013. Disponível em: <<https://fernandorubin.jusbrasil.com.br/artigos/121943628/o-contraditorio-na-visao-cooperativa-do-processo>>. Acesso em: 06 de dez. 2017.

SCWARTZ, David L.; SEAMAN, Christopher B. *Standards of Proof in Civil Litigation: An Experiment from Patent Law*, 26 Harv. J. L. & Tech. 429 (2013). Disponível em:

<<http://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1435&context=wlufac>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

SOUSA, Luís Filipe Pires de. O *STANDARD DE PROVA NO PROCESSO CIVIL E NO PROCESSO PENAL*. Antecipando o livro *Prova por Presunção no Direito Civil*, 3ª edição, Revista e ampliada, Almedina. Janeiro de 2017. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:PINzGxi5Y5IJ:www.trl.mj.pt/PDF/O%2520standard%2520de%2520prova%25202017.pdf+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 06 out. 2017.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Espanha: Editorial Trotta, 2005.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

VARS, Fredrick E. ARTICLE: TOWARD A GENERAL THEORY OF STANDARDS OF PROOF. *The Catholic University Law Review*, 2010. Disponível em: <<https://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3225&context=lawreview>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

WIKIPÉDIA. *Astecas*. Disponível em: < <https://pt.wikipedia.org/wiki/Astecas>>. Acesso em: 05 de Setembro de 2017.

ANEXO A - DECISÃO I

APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. INADIMPLENTO CONTRATUAL POR PARTE DO COMPRADOR. PROVA. DANOS MORAIS. CARACTERIZADOS. INSCRIÇÃO EM CADASTROS PROTETIVOS DE CRÉDITO.

As provas produzidas são suficientes para amparar os argumentos da parte autora. É incontroversa a relação jurídica havida entre as partes, bem como da falta de pagamento dos valores ajustados. Os argumentos trazidos pelo contestante não restaram demonstrados, uma vez que ausente prova da resolução verbal do contrato. Ônus da prova do fato impeditivo, extintivo ou modificativo ao direito da parte adversa é do réu, nos termos do inciso II do artigo 373 do Código de Processo Civil, ônus do qual não se desincumbiu. Devida a cobrança dos valores contratados e inadimplidos pelo réu, acrescidos da correção e da multa pelo inadimplemento. Danos morais caracterizados, considerando que a parte autora teve seu nome cadastrado em órgãos restritivos de crédito em razão de dívida de responsabilidade da ré. Sentença modificada.

APELO PROVIDO. UNÂNIME.

APELAÇÃO CÍVEL

DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

Nº 70075741066 (Nº CNJ: 0338221-76.2017.8.21.7000)

COMARCA DE SANTA MARIA

MARIA JOSE DE SOUZA LAGAGGIO

APELANTE

ROMULO RODRIGO MARCHI DA SILVA

APELADO

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. GELSON ROLIM STOCKER (PRESIDENTE) E DES.^a MARTA BORGES ORTIZ.**

Porto Alegre, 14 de dezembro de 2017.

DES. GIOVANNI CONTI,

Relator.

RELATÓRIO

DES. GIOVANNI CONTI (RELATOR)

Trata-se de apelação cível interposta por MARIA JOSÉ DE SOUZA LAGAGGIO contra a sentença das fls. 92/94, a qual julgou improcedente a ação de cobrança movida contra RÔMULO RODRIGO MARCHI DA SILVA, perante a 4ª Vara Cível de Santa Maria.

Consta do relatório da sentença:

MARIA JOSE DE SOUZA LAGAGGIO ajuizou a presente **ação de cobrança** contra **RÔMULO RODRIGO MARCHI DA SILVA**, alegando ter realizado com o demandado contrato de compra e venda de um estabelecimento comercial, que compreendia as mercadorias, os móveis e utensílios, televisor, ar condicionado, marca e exploração comercial, destacando que a referida loja funcionada em imóvel alugado de terceiro. Disse que pelo contrato o demandado obrigou-se ao pagamento de R\$ 120.000,00, conforme determinado na cláusula sétima do referido contrato, tendo pactuado a incidência de multa de 10% do valor da venda, em caso de inadimplemento. Aduziu que do valor pactuado o réu efetuou o pagamento de apenas R\$ 3.952,00, restando inadimplente com o valor restante, inclusive tendo fechado o estabelecimento comercial e informado à autora que não iria mais fazer o pagamento do valor restante, o que acarreta o vencimento antecipado da dívida. Argumentou que o descumprimento do contrato gerou a inscrição do nome da autora em cadastros de restrição ao crédito, pois o réu não cumpriu a obrigação assumida de saldar cheques pendentes da autora, causando abalo de crédito indenizável, requerendo seja fixada indenização por dano moral, no valor de R\$ 12.000,00. Pediu a concessão da gratuidade. Requereu a citação e final procedência (fls. 02/05). Juntou documentos (fls. 06/11).

A inicial foi recebida e deferida a gratuidade (fl. 14).

Citado, o réu contestou, alegando ter sido procurado pela autora, no final do ano de 2011, quando ela lhe ofereceu para compra a loja de roupas de sua propriedade, tendo de fato assumido a loja na segunda metade do mês de dezembro de 2011, oportunidade em que investiu o valor aproximado de R\$ 15.000,00 em reformas e compra de mercadorias, o que acarretou aumento do movimento e da clientela, sendo então, no final de fevereiro de 2012, procurado pela autora para assinar o contrato, que se referia unicamente aos itens descritos na cláusula primeira. Aduziu que em seguida a loja voltou a dar prejuízo e como não dispunha de capital de giro para movimentar o negócio, procurou a autora e ofereceu a loja de volta, com desfazimento do contrato, o que ela não aceitou, alegando que também não tinha condições de reassumir o empreendimento. Referiu ter tentado vender a loja, sem êxito, razão pela qual, em comum acordo com a autora fechou a loja, efetuando o pagamento dos locativos e, quanto aos bens, a autora, em um primeiro momento, não quis recebê-los, alegando que não dispunha de espaço em sua residência, razão pela qual o contestante levou parte dos bens para a residência do seu pai, e parte para uma garagem que alugou e o restante para a garagem de um conhecido. Argumentou que duas semanas depois, a autora e seu companheiro estiveram nos locais onde armazenados os bens e recolheram tudo. Disse que com o recolhimento dos bens que diziam respeito ao contrato, a autora deu quitação dos valores constantes no contrato, sendo indevida a cobrança do valor relativo a venda dos mesmos. Requereu a concessão da gratuidade e a improcedência da ação (fls. 41/44).

Em sede de réplica, a autora apenas disse não serem verídicas as alegações do demandado, que teria usado o estabelecimento comercial, procedendo a venda das mercadorias, sem pagar os compromissos, que tiveram de ser quitados pela autora. Reiterou pedido de procedência (fl. 47). Juntou documentos (fls. 48/79).

Intimadas as partes sobre o interesse na dilação probatória, somente o demandado se manifestou, requerendo a ouvida de testemunha, cujo depoimento consta na folha 86/87.

Oportunizada a apresentação de memoriais, somente a parte demandada os trouxe aos autos, afirmando ter demonstrado que a autora recolheu todos os materiais que eram objeto do contrato, pedindo a improcedência da ação (fls. 90/91).

O dispositivo sentencial se deu nos seguintes termos:

*Por todo o exposto, **JULGO IMPROCEDENTE** o pedido formulado por **Maria José de Souza Lagaggio** em desfavor de **Rômulo Rodrigo Marchi da Silva**, com base no artigo 487, I, do Código de Processo Civil.*

Condeno a autora ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios ao procurador da parte adversa, que fixo em 15% sobre o valor atualizado da causa, com base no artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil. Resta suspensa a exigibilidade, por ser a autora beneficiária da gratuidade.

Em razões (fls. 96/103), alegou ter vendido ao apelado o estabelecimento comercial, uma loja de roupas multibrands Hórus Store que compreendia a venda das mercadorias, os móveis e utensílios, televisor, ar-condicionado, marca e exploração comercial. Referiu que a venda se deu através de “porteira fechada” pelo valor de R\$ 120.000,00, conforme cláusula sétima do contrato. Sustentou que o apelado efetuou o pagamento de apenas R\$ 3.952,00, restando inadimplente o restante do valor contratado. Relatou que após vender todas as mercadorias da loja o apelado fechou o estabelecimento. Disse também que não recebeu qualquer mobília, contrariando as alegações do apelado, conforme se depreende das provas dos autos, sendo que as testemunhas não informaram que o apelante retirou os móveis depositados em um imóvel por parte do demandado. Salientou a ausência de prova por parte do réu de que o autor aceitou receber os móveis como forma de pagamento do valor devido. Requereu o provimento do apelo para julgar procedente a ação e condenar o apelado no valor descrito na inicial, representado por danos materiais e morais.

Oferecidas as contrarrazões.

Subiram os autos a este Tribunal de Justiça e vieram-me conclusos para julgamento.

Registro terem sido cumpridas as formalidades dos artigos 931 e 934 do Código de Processo Civil, considerando a adoção do sistema informatizado.

É o relatório.

V O T O S

DES. GIOVANNI CONTI (RELATOR)

Eminentes colegas.

Conheço do recurso porquanto preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

A parte autora ajuizou a ação de cobrança em face do demandado, representado pelo contrato de compra e venda de estabelecimento comercial (fls. 07/09). Sustentou que ajustaram o valor de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil) em razão do contrato de “porteira fechada”, no entanto a parte ré pagou somente a quantia de R\$ 3.952,00, restando inadimplente o restante dos valores. Postulou também a incidência da multa de 10% por inadimplemento e indenização por danos morais em razão de seu nome ter sido inscrito em cadastros restritivos de crédito em razão de pendências financeiras em relação ao negócio realizado por eles.

O demandado contestou a demanda, alegando que rescindiu o contrato de forma verbal com a autora, e que teria ajustado a devolução dos móveis e utensílios que integraram o contrato, não restando nenhum débito a ser pago.

Sobreveio sentença de improcedência da ação, contra a qual se insurgiu a autora/apelante.

Pois bem.

Em que pese a conclusão dada pela sentença, tenho que procede a apelação.

Segundo se observa do grampo dos autos, é incontroversa a contratação realizada pelas partes, bem como da ausência de pagamento do preço ajustado pelas partes contratualmente.

Consta da cláusula sétima do contrato (fl. 08):

“Cláusula 7ª. Por força deste instrumento, o COMPRADOR pagará ao VENDEDOR a quantia de 120.000,00 (cento e vinte mil reais) a serem pagos da seguinte forma:

R\$ 84.000,00 (oitenta e quatro mil reais) em 24 vezes de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) a partir de 10 de Março de 2012.

R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais) em cheques e boletos a serem pagos aos fornecedores a partir de 1º de janeiro 2012, com suas devidas datas de vencimentos.”

O autor alegou não ter recebido tais valores, postulando sua cobrança.

O réu, por sua vez, apenas alegou ter fechado o estabelecimento por dificuldades financeiras em manter seu funcionamento, porém não comprovou ter quitado a dívida, tampouco fez prova de que tenha resolvido o contrato de forma verbal (com a entrega dos móveis e utensílios).

A prova testemunhal produzida pelo demandado não comprova os fatos articulados na contestação.

A única testemunha ouvida por ocasião da instrução (fl. 87), apenas confirmou que o demandado encerrou as atividades comerciais e que os móveis e utensílios foram depositados em uma garagem emprestada, sendo que um casal retirou tais materiais algumas semanas após, nada mais.

Não há como reconhecer que a retirada dos objetos depositados na garagem pelo réu, se deu pela parte autora, não havendo qualquer demonstração a respeito. Tampouco há como reconhecer que as partes ajustaram a rescisão de forma verbal.

Cabia a parte demandada a prova segura do ajuste da relação, ou de fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor, disposição do artigo 373, II, do CPC/15.

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, *in* “Processo de Conhecimento”, volume 2, 1981, 2ª edição, p. 520:

“De tal sorte, às partes não basta simplesmente alegar os fatos. ‘Para que a sentença declare o direito, isto é, para que a relação de direito litigiosa fique definitivamente garantida pela regra de direito correspondente, preciso é antes de tudo que o juiz se certifique da verdade do fato alegado’, o que se dá através das provas.”

E segue o autor, a pág. 524, asseverando, *in verbis*:

“Assim, se a parte não cuida de usar das faculdades processuais e a verdade real não transparece no processo, culpa não cabe ao juiz de não ter feito a justiça pura, que, sem dúvida, é a aspiração das partes e do próprio Estado. Só às partes, ou às contingências do destino, pode ser imputada semelhante deficiência. Ao juiz, para garantia das próprias partes, só é lícito julgar segundo o alegado e provado nos autos. O que não se encontra no processo para o julgador não existe.”

Assim, demonstrado o fato constitutivo do direito da autora, ao demandado era imprescindível contrapor o alegado, o que não fez nem de forma mínima.

Calha ao caso em apreço a lição de MOACYR AMARAL SANTOS,²⁰⁰ em relação à divisão dos encargos da demonstração da prova dos fatos alegados.

Transcrevo os argumentos do emérito processualista, *in verbis*:

“Toda pretensão tem por fundamento um ponto de fato. É com fundamento num fato, e dele extraindo conseqüências jurídicas, que o autor formula o pedido sobre o qual o juiz irá decidir na sentença. O autor, assim, faz afirmação de um fato, que poderá ou não corresponder à verdade. Se a essa afirmação se opõe a afirmação do réu, a qual também poderá ou não corresponder à verdade, quer negando aquele fato ou revestindo-o de outros caracteres, ou consistente num outro fato, cuja existência importe na negação daquele, ou do qual deduza conseqüências obstativas à pretensão do autor, se esbatem afirmações igualmente respeitáveis, mas que igualmente não subsistem por si mesmas em relação ao juiz. Este, a quem as

²⁰⁰ Santos; Moacyr Amaral: Comentários ao Código de Processo Civil, IV Volume, Forense, 1986, pags. 1/2.

afirmações são dirigidas, para considerá-las na sentença e, por sua vez, fazer a sua afirmação quanto aos fatos deduzidos pelas partes, precisa convencer-se da existência dos mesmos. Porque a afirmação do juiz necessariamente deverá corresponder à verdade. Para o juiz, não bastam as afirmações de fatos, mas impõe-se a demonstração da sua existência ou inexistência. Por outras palavras, o juiz quer e precisa saber da verdade em relação aos fatos afirmados pelos litigantes. A exigência da verdade, quando à existência ou inexistência dos fatos, se converte na exigência da prova destes".

Não destoa deste entendimento a jurisprudência:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO PARTICULAR DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. PRESCRIÇÃO NÃO CONFIGURADA. INADIMPLENTO DO DÉBITO RECONHECIDA. SALDO DEVEDOR DO AJUSTE. PERÍCIA EM AÇÃO ANTERIOR. SENTENÇA MANTIDA. PRESCRIÇÃO: É caso de se rejeitar a arguição de prescrição, pois restou interrompida quando da interposição, em julho de 2003, da ação declaratória de quitação de contrato movida pelos réus da presente cobrança, a qual foi julgada improcedente e transitou em julgado em 2015, enquanto que a presente de cobrança foi ajuizada em 2013. Não calha a alegação dos réus de que o feito estaria prescrito em decorrência da ação revisional por eles ajuizada, em 1999, julgada parcialmente procedente, transitada em julgado em 2003, pois ao caso concreto deve ser considerada a interrupção da prescrição decorrente da ação declaratória de quitação de contrato, pois foi nela que os réus requereram a declaração de quitação da dívida, tendo em vista o resultado da ação revisional, cuja perícia da ação declaratória demonstrou, ao final, a existência de diferenças pagas a menor e a inadimplência do ajuste, inexistindo saldo em favor dos promitentes compradores. DÉBITO: Deve ser mantida a sentença da ação de cobrança que condenou os promitentes compradores, ora réus, ao pagamento da quantia de R\$ 307.569,02, tendo em vista o resultado da perícia realizada na ação declaratória. Não veio aos autos prova do fato impeditivo, modificativo e extintivo do direito do autor, deixando os réus de atentarem ao que dispõe o art. 373, inc. II, do CPC/15. Ademais, a inadimplência das parcelas do contrato de compra e venda, desde 1999, fez majorar o saldo devedor, considerando a conversão da moeda, a incidência de juros, a correção monetária e multa de 10% pelo inadimplemento, o que poderia ter sido evitado pelos réus se tivessem pago pontualmente as prestações ajustadas. Sentença de procedência mantida. SUCUMBÊNCIA RECURSAL: Sucumbência recursal reconhecida e honorários fixados em prol do procurador Da parte autora majorados. Aplicação do art. 85, §11º, do CPC/15. Suspensa a exigibilidade face assistência judiciária gratuita aos réus. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70073579567, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo João Lima Costa, Julgado em 28/09/2017).”

“APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. DEFEITOS DE CONSTRUÇÃO IRREPARÁVEIS. OCORRÊNCIA. I. Comprovado, por prova pericial, a existência de vícios construtivos no imóvel da autora, mantém-se a sentença que condenou a Construtora ao pagamento de indenização por danos materiais. No caso, deferida a inversão do ônus da prova, cabia a parte ré fazer prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora (Art. 373, II do CPC/16), ônus que não se desincumbiu. II. A existência de vícios construtivos não recuperáveis em imóvel adquirido novo, caracteriza o dever de indenizar, havendo claro nexo de causalidade entre os defeitos construtivos e os danos extrapatrimoniais sofridos pela parte requerente. Manutenção do valor fixado. RECURSO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70074768292, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 26/09/2017).”

“APELAÇÕES CÍVEIS. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO. PEDIDOS CUMULADOS DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL E DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ÔNUS DA PROVA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA MANTIDA. I - Aos recursos interpostos contra decisões publicadas após o dia 18/03/2016, conforme enunciado o administrativo número 3, do STJ, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015). II - Havendo provimento de parcial procedência do pedido subsidiário, não há falar em prolação de sentença extra petita. III - Nos termos do art. 373, incisos I e II, do CPC/2015, ao autor incumbe o ônus da prova quanto aos fatos constitutivos de seu direito. Por outro lado, ao réu cabe comprovar a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito autoral. Caso concreto em que a requerente logrou êxito em comprovar, como lhe incumbia, a celebração de contrato verbal, mediante o qual a demandada se comprometeu a pagar a quantia adicional de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), totalizando R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) pelo imóvel objeto do litígio. Assim, tendo em vista que o conjunto probatório dos autos confere verossimilhança às alegações autorais, deve ser mantida, no ponto, a sentença de parcial procedência ora apelada. IV - Os incômodos decorrentes do inadimplemento contratual, por si só, não caracterizam dano moral. Hipótese em que não prospera o pedido de compensação, porquanto os fatos, da forma como descritos na inicial, não configuram a ocorrência de danos extrapatrimoniais. V - Ante o resultado do julgamento, devem ser majorados os honorários sucumbenciais, em observação ao disposto no artigo 85, §11º, do CPC/2015. Apelações cíveis desprovidas. Unânime. (Apelação Cível Nº 70075002402, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dilso Domingos Pereira, Julgado em 13/09/2017).”

“APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL. IMÓVEL NA PLANTA. ATRASO NA ENTREGA. 1. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA RÉ. Não merece respaldo o pedido de suspensão da ação diante do deferimento da recuperação judicial das empresas demandadas, tendo em vista que não se trata de quantia líquida, mas irresignação tendente a processo de conhecimento. 2. LEGITIMIDADE PASSIVA. Depreende-se da leitura do contrato e tratando-se de relação de consumo, que ambas as demandas, devem responder pelos prejuízos causados à autora, pois integram a cadeia de fornecedores, na forma do art. 3º e 7º do CDC. Ademais, ambas participaram do negócio jurídico, não se mostrando cabível a exclusão da ré Viver Incorporadora e Construtora S/A da lide. 3. RESCISÃO CONTRATUAL. Pelo conjunto fático-probatório dos autos, não foram demonstrados os alegados fatos extraordinários e imprevisíveis capazes de serem enquadrados como caso fortuito ou força maior, o que seria ônus da construtora demandada, nos termos do art. 373, II, do CPC/2015 (art. 333, II do CPC/1973). Inexistindo causa impeditiva, modificativa ou extintiva do direito da parte adquirente do imóvel e diante da inadimplência contratual da vendedora, inclusive em relação ao prazo de entrega do imóvel, cabível a rescisão do contrato por culpa desta. Responsável as rés pela inadimplência, tem compradora o direito de retorno da situação anterior ao contrato, com a devolução integral dos valores pagos, devidamente corrigidos e com juros a partir da citação. 4. DANO MATERIAL. ALUGUÉIS. Comprovado documentalmente o pagamento de aluguéis no período de inadimplência da ré, faz jus a autora ao reembolso dos valores a este título. 5. DANO MORAL. Conquanto de regra o ilícito contratual não enseje a concessão de indenização por danos morais, o atraso ocorrido na entrega do imóvel evidencia os transtornos causados, mormente quando se cuida de imóvel residencial, não se descurando da sensação de insegurança e ansiedade geradas pela legítima expectativa no recebimento de imóvel próprio para habitação. Não se despreze que a parte demandada valeu-se do prazo de entrega da obra como inegável atrativo para que ocorresse a venda das unidades condominiais, razão por que não se mostra razoável venha furtar-se do cumprimento das disposições contratuais. PRELIMINARES AFASTADAS. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70073816688, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marta Borges Ortiz, Julgado em 27/07/2017).”

Ajustado o pagamento do valor pela aquisição do estabelecimento comercial, cabe ao devedor o dever de pagar o valor descrito no contrato.

Nestas circunstâncias, cabe ao demandado o pagamento do valor ajustado no contrato (R\$ 120.000,00), descontado o valor reconhecido pelo autora de R\$ 3.952,00. Os valores deverão ser corrigidos pelo IGPM e juros moratórios de 1% ao mês a contar do débito inadimplido de cada parcela, uma vez que não há previsão do vencimento antecipado no contrato. É devida também a multa de 10% ajustada no contrato na cláusula 6ª.

No tocante aos danos morais, sorte também socorre a parte autora.

Postulou na inicial a condenação do demandado ao pagamento de indenização a danos morais pelo motivo de que seu nome foi inscrito junto aos órgãos de proteção ao crédito por débito assumido pelo réu no contrato ora discutido.

Inicialmente, destaco que, nas práticas comerciais e nos contratos, deve haver a harmonia das relações de consumo, que é um princípio básico, onde deve ser sempre buscado o Equilíbrio Contratual e os Fins Sociais dos Contratos, como bem demonstram as disposições do art. 39, incisos, V, X e art. 51, incisos IV, XXIII, XV e parágrafo 1º, incisos I, II e III.

O demandado não nega o débito que originou a inscrição do nome da autora nos cadastros protetivos de crédito, sequer questiona sua responsabilidade para tanto.

Desta forma, tendo havido a inscrição de nome da vendedora do estabelecimento comercial junto aos órgãos de proteção ao crédito por dívida que não era de sua responsabilidade, resta suficientemente demonstrado que a responsabilidade foi exclusiva do réu.

Por conseqüência, quanto aos danos morais, entendo que houve ilicitude por parte do réu, conforme acima referido, impondo-se a condenação do apelado ao pagamento de indenização por danos morais, pois é sabido que são grandes os transtornos de quem tem seu nome inscrito em cadastro de maus pagadores e o crédito abalado perante o comércio de bens.

O dano moral decorre só pelo fato da indevida inscrição negativa, ou seja, é *in re ipsa*, sendo desnecessária prova do prejuízo dela advindo.

A propósito do tema, os seguintes precedentes:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA. **INSCRIÇÃO** EM CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. DÍVIDA NÃO COMPROVADA. 1. Não havendo prova da contratação, revela-se irregular a **inscrição** do nome da parte nos cadastros restritivos. Falha na prestação do serviço que se evidencia. 2. A **inscrição indevida**

do nome da parte autora em órgão de proteção ao crédito, em razão de dívida não comprovada, causou efetivo **dano moral**, pois é sabido que são grandes os transtornos de quem tem seu nome inscrito em cadastro de maus pagadores e o crédito abalado perante o comércio de bens. Desnecessidade de comprovação do prejuízo advindo da **inscrição indevida**. 3. Revela-se adequada a manutenção do valor da indenização a título de **dano** morais, eis que fixada em patamar próximo do usualmente adotado por este Colegiado em situações análogas. Esta quantia assegura o caráter repressivo e pedagógico da indenização e, também, não pode ser considerada elevada a configurar enriquecimento sem causa da parte autora. 4. Juros moratórios. Hipótese em que o marco inicial da incidência dos juros de mora é a data da ocorrência do evento danoso (Súmula 54 do STJ). Correção monetária. Termo inicial. Data do arbitramento da indenização. Súmula 362 do STJ. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70058176603, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 25/03/2015)

RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. TELEFONIA. COBRANÇA DE VALORES ALÉM DO CONTRATADO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE DAS COBRANÇAS. INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO RECONHECIDA, POR SERVIÇO NÃO CONTRATADO. **INSCRIÇÃO INDEVIDA. DANO MORAL IN RE IPSA**. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO. Não restou comprovada a regularidade das faturas emitidas, que indicam valores diversos do contratado, ônus que competia à ré, nos termos do art. 333, II, do CPC. Ausente a prova da contratação do serviço de internet, correta a decisão que reconheceu a inexigibilidade do débito e desconstituição das cobranças. A **inscrição** do nome do autor nos órgãos de proteção ao crédito em razão de um débito indevido gera o **dano moral in re ipsa**. Quantum indenizatório que deve ser mantido, pois adequado ao caso concreto. RECURSO DESPROVIDO. (Recurso Cível Nº 71005335278, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ana Cláudia Cachapuz Silva Raabe, Julgado em 18/03/2015)

Assim, tenho que assiste à parte autora o direito à reparação pelo dano moral, com base no art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal e art. 186 do Código Civil.

Penso que o valor a indenização de danos morais deve garantir, à parte lesada, uma reparação que lhe compense o abalo sofrido, bem como cause impacto suficiente para desestimular a reiteração do ato por aquele que realizou a conduta reprovável. Assim, analise a condição econômica das partes, a repercussão do fato, bem como a conduta do agente para a fixação da indenização, com o propósito de evitar o enriquecimento indevido da parte autora, sem perder de vista que a quantia não pode se tornar inexpressiva.

A propósito do assunto:

Em conclusão, após a Constituição de 1988 não há mais nenhum valor legal prefixado, nenhuma tabela ou tarifa a ser observada pelo juiz na tarefa de fixar o valor da indenização pelo dano moral, embora deva seguir, em face do caso concreto, a trilha do bom senso, da moderação e da prudência, tendo sempre em mente que se, por um lado, a indenização deve ser a mais completa possível, por outro, não pode tornar-se fonte de lucro indevido. A dor da mãe que perde o filho não é a mesma daquele que tem seu nome indevidamente lançado no rol dos mal pagadores (SPC) – o que está a indicar que o juiz não pode se afastar dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, hoje tidos como princípios constitucionais. Afinal de contas, jurisprudência – a obra-prima do juiz – é a junção

*de duas palavras: juris + prudência – vale dizer, na base de todas as decisões judiciais há de estar a prudência.*²⁰¹

A partir dessas considerações, tenho que a indenização a título de dano moral deve ser fixada em R\$ 8.000,00 (oito mil reais), devidamente corrigido pelo IGP-M a contar desta sessão de julgamento, e juros moratórios a contar da citação. Valor que não desborda significativamente do patamar comumente fixado em ações semelhantes por esta Câmara Cível. Tal quantia não pode ser considerada elevada a configurar enriquecimento sem causa da parte autora.

Ante o exposto, **voto por dar provimento ao apelo**, a fim de julgar procedente a ação de cobrança, condenar o réu ao pagamento da quantia inadimplida no contrato, corrigido pelo IGPM e juros moratória de 1% ao mês desde o vencimento de cada parcela, além da multa prevista e indenização por danos morais de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), corrigido pelo IGP-M a contar desta sessão de julgamento e juros moratórios de 1% a.m. a contar da citação.

Diante do resultado da demanda, condeno o réu ao pagamento integral das custas processuais e honorários advocatícios ao patrono da autora os quais fixo em 15% sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do art. 85, §§ 2º e 11º do CPC/15.

É o voto.

DES.^a MARTA BORGES ORTIZ - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. GELSON ROLIM STOCKER (PRESIDENTE) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. GELSON ROLIM STOCKER - Presidente - Apelação Cível nº 70075741066, Comarca de Santa Maria: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: TRAUDELI IUNG

²⁰¹ CAVALIERI FILHO, Sergio, *Programa de Responsabilidade Civil*, 9ª ed., rev. e amp. SP: Atlas, 2010, p.100.

ANEXO B - DECISÃO II

APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR.

A prova dos autos demonstrou suficientemente a inaptidão da mãe biológica para o exercício da função parental, de forma responsável e protetiva, à filha. Nesse passo, havendo farta e consistente prova testemunhal e documental no sentido do abandono materno em relação aos cuidados da filha, impõe-se a destituição dos poderes/deveres inerentes ao poder familiar. Sentença mantida.

NEGARAM PROVIMENTO AO APELO.

APELAÇÃO CÍVEL

OITAVA CÂMARA CÍVEL

Nº 70073041154 (Nº CNJ: 0068230-94.2017.8.21.7000)

COMARCA DE CAMAQUÃ

E.S.M.

APELANTE

..

M.P.

APELADO

..

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, [à unanimidade, em negar provimento ao apelo.](#)

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS E DES. RICARDO MOREIRA LINS PASTL.**

Porto Alegre, 27 de abril de 2017.

DES. RUI PORTANOVA,

Relator.

RELATÓRIO

DES. RUI PORTANOVA (RELATOR)

Ação de destituição do poder familiar proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO contra ELISÂNGELA em relação filha Caroline.

A sentença julgou procedente o pedido para destituir ELISÂNGELA do poder familiar sobre Caroline.

Apelou a ré ELISÂNGELA, representada pela Defensoria Pública. Pediu a improcedência do pedido inicial.

Vieram contrarrazões.

O Ministério Público neste grau de jurisdição manifestou-se pelo improvimento do apelo.

Registro que foi observado o disposto nos artigos 931 e 934 do Código de Processo Civil, tendo em vista a adoção do sistema informatizado.

É o relatório.

VOTOS

DES. RUI PORTANOVA (RELATOR)

A apelante alegou que sempre visitou a filha no abrigo. Disse que, ao contrário do alegado pelo Ministério Público na inicial, não deixou de promover os cuidados da filha. Sustentou que entregou a menor ao seu irmão, pois não possuía condições momentâneas de sustentar a filha, em razão de problemas de saúde. Alegou que tal motivo é insuficiente para a destituição do poder familiar. Aduziu que inexistem nos autos qualquer demonstração de efetiva tentativa de auxílio social prestado em seu favor. Por fim, referiu que a legislação confere preferência à manutenção ou reintegração das crianças e adolescentes à família biológica.

“Data venia”, estou mantendo a sentença no rumo do parecer do Ministério Público neste grau de jurisdição (fls. 101v/103v):

[...]. In casu, tem-se que restou suficientemente demonstrado nos autos a inaptidão da mãe biológica para o exercício da função parental, de forma responsável e protetiva, à filha CAROLINE, nascida em 25/06/2006 (fl. 13), contando, atualmente, com 10 anos de idade.

Compulsando os autos, infere-se que a suspeita dos fatos iniciou-se em 2011, por meio de informação fornecida pelo Conselho Tutelar de Camaquã (fl. 11), o qual identificou a situação de risco envolvendo CAROLINE e suas irmãs, as quais seriam negligenciadas pela genitora, pois apresentavam falta de higiene e alimentação precária. Ressaltou-se que embora advertida, o quadro teria piorado com o passar do tempo. Além disso, narrou-se que a mãe das meninas foi residir com um companheiro no interior do município, deixando-as com um tio materno, o qual pouco se comprometeu com as sobrinhas. Posteriormente, a Sra. Elisângela foi convocada a comparecer ao Conselho Tutelar, ocasião em que informou não ter condições de levar as filhas consigo, pois “seu companheiro toma remédios para os nervos e não permite”. Embora tenha sido mais uma vez advertida e orientada para que acomodasse as filhas, o Conselho informou sobre a manutenção da situação (fl. 11v).

Conforme o Relato Social elaborado pelo CREAS (fl. 15), as meninas Gabriela, Samanta, Aline e Juliana foram encontradas sozinhas na casa, sem um cuidador especial. Foi constatado em visita domiciliar que o local não apresentava condições mínimas de higiene, não tendo saneamento básico e apresentando infraestrutura precária, sendo o grupo familiar considerado de extrema pobreza. Destacou-se, outrossim, o descaso da genitora em relação aos cuidados com as filhas. Ao final, diante da situação de alta vulnerabilidade e risco social apresentada pelo grupo familiar e por existirem denúncias de maus tratos e abandono, sugeriu-se o abrigamento das crianças para avaliação psicológica e posterior encaminhamento para a rede de proteção e inserção socioassistencial.

Em meados de setembro de 2012, quando elaborado novo Estudo Social, verificou-se que a genitora das crianças voltou a morar com o seu irmão. Contudo, noticiou-se que as crianças permaneceriam abrigadas desde janeiro de 2011. Segundo mencionado pela mãe destas, ela não teria como acomodá-las na pequena moradia em que viviam. Esclareceu que seu irmão realizou tratamento contra as drogas e trabalharia como “freteiro”, sendo o responsável pelo sustento de ambos, visto que atualmente estaria “parada”. Elisângela narrou, ainda, ter realizado tratamento psiquiátrico e ter passado por uma internação a fim de tratar seu quadro de depressão. Ao final, o laudo apontou que a genitora “vive em precárias condições de habitabilidade, em ambiente permeado de drogas e brigas, não sendo possível reinserir as crianças no convívio com a mãe”. Também se apurou não haver familiar interessado em acolher as meninas (fl. 16-16v).

Posteriormente, informou-se sobre uma internação psiquiátrica da genitora, ocorrida em agosto de 2013 (fl. 17).

Acostou-se aos autos Termo de Informação pelo Ministério Público referindo que a tia materna da menina, Marisângela, que estava recentemente com a guarda da sobrinha, não pretendia mais permanecer com esta, destacando que a menina apresentava comportamento muito rebelde (fl. 22). Em seguida, de acordo com o Plano Individual de Atendimento, verificou-se que a criança foi entregue à sua filha, Sabrina, porém esta também afirmou não ter condições de cuidar da menina, levando-a ao SAICA no dia 19/10/2014. Segundo descrito, “Caroline chegou ao serviço com aspecto de sujeira, com piolho, agitada e com histórias tristes para contar, referindo violência física praticada pela tia” (fl. 28-28v).

Ouvida em juízo, a testemunha VERIDIANA D. ZACHER, que era Assistente Social do abrigo, contou que as crianças já estavam no abrigo quando chegou ao local. Narrou que a mãe as visitava, referindo que apresentava visivelmente uma “deficiência mental moderada ou até mais grave”. Disse que a genitora morava no “Beco dos Moreira” quando as menores foram acolhidas, por negligência. Referiu que a mãe deixava as crianças sozinhas, esclarecendo que CAROLINE teria, à época, cerca de 05 ou 06 anos de idade. Contou que um tio das meninas, irmão de Elisângela, morava nesse beco, onde havia vários núcleos de família, porém do “mesmo grupo”. Falou que na localidade existia furto e pessoas que usavam drogas. Referiu que o tio das meninas “reparava” estas enquanto a genitora saía, contudo ele convidava para dentro de sua casa outros usuários de drogas. As meninas presenciavam tais fatos e ficavam sem comida, sendo expostas, portanto, à situação de risco. Ressaltou que o tio materno era usuário de drogas. Narrou que a equipe de Assistência Social efetuou a tentativa de inclusão das filhas da requerida na família extensa, não obtendo êxito quanto à menina. Esclareceu que a CAROLINE permanece acolhida até hoje, possuindo 11 anos de idade atualmente (mídia da fl. 77).

*Por sua vez, a testemunha RENATA MAINES, Coordenadora do SAICA, corrobora o depoimento da testemunha anterior, mencionando que a genitora possui “retardo mental e outras diversas doenças psicológicas”. Narrou que esta deixou as meninas aos cuidados de um tio materno, o qual era dependente químico e submetia as crianças a uma série de tarefas. Referiu que a família morava no “Beco dos Moreiras”. Disse que CAROLINE foi colocada em família substituta, porém houve uma frustração na tentativa. Mencionou que a menina possui transtorno de personalidade em virtude da rejeição materna. **Sobre a genitora, asseverou que esta não possui mínimas condições de cuidar das meninas, salientando, ainda, que Elisângela não aceita qualquer tratamento** (mídia da fl. 77).*

A partir desse contexto, constata-se que suficientemente demonstrado nos autos que a genitora não se revela apta a dispensar à filha o mínimo necessário à formação de uma personalidade saudável, sem traumas. Ressalta-se que a mãe da menor possui problemas de ordem psiquiátrica e psicológica, sem aderir ou buscar os adequados tratamentos e acompanhamentos de profissionais da área da saúde. Ademais, verificou-se que a genitora da criança nunca se dispôs a prestar à filha o atendimento de suas necessidades básicas, causando-lhe situações de vulnerabilidade por sua negligência, especialmente quando esta entregou a menor aos cuidados de seu tio materno, que era dependente químico.

Cabe ressaltar, ainda, que desde o momento do acolhimento da criança nunca houve uma alteração nas atitudes desta mãe, não se tendo notícias de qualquer tentativa da genitora em tentar recuperar a guarda da filha. Salienta-se que foram efetuadas diversas tentativas no sentido de estimular a mudança do comportamento da mãe frente à menina, as quais restaram todas infrutíferas, não se podendo admitir, portanto, que CAROLINE seja exposta novamente a situação de risco junto à recorrente.

Nesse sentido, como bem salientado pelo Ministério Público em sede de contrarrazões (fls. 94-96v):

Diante destes fatos, restou determinado o acolhimento institucional das filhas de Elisângela no Abrigo Municipal de Camaquã, em janeiro de 2011.

Desde então, não se vislumbrou qualquer alteração quanto às atitudes da apelante, uma vez que a situação de risco evidenciada nunca restou completamente afastada, mesmo após os mais de quatro anos de acompanhando realizado pela equipe de assistência social. Isto porque a ré jamais conseguiu, ou ao menos tentou, recuperar a guarda da filha.

Tal afirmativa resta evidenciada pela própria contestação, apresentada pela Defensoria Pública. No qual a procuradora informou que após solicitar a apresentação de documentos e agendar novo atendimento, a “requerida não retornou ao escritório da Defensoria Pública” (fls. 59-60).

Esta atitude, por si só, já demonstra a desídia da requerida em reaver a guarda da filha.

Outrossim, o estudo social, a avaliação psicológica e as demais informações constantes nos autos evidenciam que a requerida não possui estrutura física e psicológica para acolher a protegida.

Destarte, havendo farta e consistente prova testemunhal e documental, impõe-se a destituição dos deveres inerentes ao poder familiar, a fim de se resguardar o direito da menor, garantindo-lhe um desenvolvimento digno e saudável, devendo ser mantida a bem lançada sentença. [...].

ANTE O EXPOSTO, nego provimento ao apelo.

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. RICARDO MOREIRA LINS PASTL - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. RUI PORTANOVA - Presidente - Apelação Cível nº 70073041154, Comarca de Camaquã: "NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: FERNANDA PESSOA CERVEIRA TONIOLO

ANEXO C - DECISÃO III

APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO.

1. Presentes duas versões probatórias nos autos, a opção por uma ou outra deve observar o *standard probatório* exigido para fins de procedência da pretensão acusatória. Embora *livre* o juiz para formar o seu *convencimento*, certo é que essa liberdade não se confunde com *discricionariedade*. Aliás, a exigência de *motivação* se justifica justamente para que possa ser verificada a racionalidade e a razoabilidade do convencimento formado pelo juiz. A decisão condenatória será adequada quando fundada em elementos de prova que conformem um juízo de certeza, ou de alta probabilidade, *além da dúvida razoável*. Do contrário, a persistir dúvida fundada acerca dos elementos do crime ou da autoria, impõe-se a absolvição, fundada essa no *in dubio pro reo*. A diferença entre um e outro desses *standards* está atrelada à preponderância de razões para crer ou de razões para descrever em determinada versão probatória. Destarte, impõe-se o exame do acervo probatório na sua completude, confrontando todos os seus elementos de modo a extrair a versão mais verossímil, assim compreendida aquela formada por elementos convergentes e coerentes, que em razão disso se sobrepõe aos elementos em sentido contrário. Observada essa metodologia de formação do convencimento, o dito pelos policiais não possui valor probatório unicamente em razão da função pública exercida pelos mesmos. A prova oral, e dentre elas também o dito pelos policiais, deve ser submetida a um exame racional a partir do cotejo entre os depoimentos de cada uma das testemunhas.

2. No caso concreto, do exame da sentença condenatória se verifica que o magistrado a quo, após síntese da prova, partiu do pressuposto de que a palavra dos policiais possui valor probatório em razão da função pública atribuída e exercida pelos agentes de polícia, em razão da ausência elementos a indicar que os policiais tivessem interesse de incriminar falsamente o réu. Efetivamente não há elementos nesse sentido. Não obstante isso, em sentido antagônico ao dito pelos policiais há os relatos de quatro pessoas que estavam no local e presenciaram a abordagem policial e a prisão do réu, sendo que todas narraram os fatos da mesma maneira, com os mesmos detalhes, isentando o acusado e afirmando que os milicianos ingressaram na residência sem mandado judicial e dela saíram com uma porção de maconha e uma balança de precisão, imputando sua propriedade ao acusado. Neste cenário, não é possível atribuir preponderância ao dito pelos policiais, apenas em razão da função por eles exercida. Há, inequivocamente, duas vertentes de prova igualmente consistentes e verossímeis, de modo que a opção pelo dito pelos policiais, unicamente em razão da função pública por eles desempenhada, afigura-se arbitrária. Constatado nível equivalente de verossimilhança entre as distintas versões de prova, permanece insuperada a dúvida acerca da existência do crime, impondo-se, como consequência, o juízo absolutório fundado no *in dubio pro reo*. Sentença condenatória reformada.

RECURSO PROVIDO.

APELAÇÃO CRIME

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70075460709 (Nº CNJ: 0310185-
24.2017.8.21.7000)

COMARCA DE SANTA MARIA

ALEXANDRE GOLZER FARIAS

APELANTE

MINISTERIO PUBLICO

APELADO

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar provimento ao apelo defensivo, ao efeito de absolver o réu da imputação de tráfico, com base no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Expeça-se alvará de soltura ao réu, por este processo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO (PRESIDENTE) E DES. INGO WOLFGANG SARLET.**

Porto Alegre, 06 de dezembro de 2017.

DES. SÉRGIO MIGUEL ACHUTTI BLATTES,

Relator.

R E L A T Ó R I O

DES. SÉRGIO MIGUEL ACHUTTI BLATTES (RELATOR)

Na Comarca de Santa Maria, perante a 3ª Vara Criminal, o Ministério Público denunciou **Alexandre Golzer Farias** como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, c/c artigo 61, I, ambos do Código Penal, pela prática do seguinte fato delituoso:

“No dia 13 de maio de 2017, por volta das 23h30min, na Rua Gonçalves Ledo, n.º 110, Bairro Camobi, nesta Cidade, o denunciado ALEXANDRE GOLZER FARIAS trazia consigo e guardava quatro tijolos pequenos, pesando 16,47g e um tijolo pesando 101,56g, todos de cannabis sativa linneu, vulgarmente conhecida por maconha, substância que causa dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, tudo conforme auto de apreensão da fl. 08/IP e laudo de constatação da natureza da substância das fls. 11/12/IP.

Na ocasião, policiais militares foram até o local para atender uma ocorrência de perturbação do sossego, no entanto, em certo momento, o denunciado atirou para

*cima do telhado de uma residência, uma meia, e dentro dela havia um tijolo de maconha, pesando 101,56g, e uma balança de precisão.
Em revista pessoal, no bolso da calça do denunciado foi encontrado mais quatro tijolos pequenos a mesma substância, pesando 16,47g.
O fim comercial da droga restou evidenciado pela quantia de entorpecentes, bem como pela balança de precisão apreendida em poder do denunciado.
O denunciado é reincidente.”*

Certificados os antecedentes criminais (fls. 77-79).

O Auto de Prisão em Flagrante foi homologado em 14.05.2017, ocasião em que a prisão em flagrante foi convertida em preventiva (fls. 80-82).

Notificado (fl. 103), o acusado apresentou defesa preliminar por intermédio da Defensoria Pública (fl. 105).

A denúncia foi recebida em 11.07.2017 (fl. 107).

Durante a instrução, foram ouvidas as testemunhas e interrogado o réu (CD à fl. 138).

A Defensoria Pública apresentou memoriais (fls. 145-155v).

Sobreveio sentença (fls. 162-166) julgando **procedente** a denúncia para **condenar** o réu Alexandre Golzer Farias como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, na forma da Lei 8.072/90. Foi-lhe imposta a pena de **07 (sete) anos de reclusão** (basilar fixada em 6 anos com indidência da agravante da reincidência, que aumentou a pena em 1 ano), a ser cumprida em regime inicial **fechado** e cumulada com a pena de multa de **600 (seiscentos) dias-multa**.

Negado o direito de apelar em liberdade.

A sentença foi publicada em 29.08.2017 (fl. 167).

Intimadas as partes (MP à fl. 167 e DPE à fl. 170v), a defesa interpôs Recurso de Apelação.

Nas razões (fls. 176-191), postula a absolvição do acusado. Subsidiariamente, requer a desclassificação para posse de drogas para consumo pessoal. Ainda de forma subsidiária, pede (I) o redimensionamento da pena-base, aplicando-a no mínimo legal; (II) a redução, na segunda fase do processo dosimétrico, do aumento levado a efeito por conta da reincidência; (III) a redução da pena e multa aplicada; e, (IV) a readequação do regime inicial de cumprimento de pena, fixando-o no semiaberto e com a devida detração da pena relativa ao tempo que o réu ficou preso preventivamente. Sustenta a insuficiência probatória para a condenação do recorrente pelo delito descrito na denúncia, tendo em vista que foram observadas supostas incongruências na versão das declarações dos policiais. No que diz respeito à pena-base, afirma que esta restou desproporcional, pois quantifica os vetores reconhecidos como desfavoráveis preponderantes ao demais. Pugna pela reforma da sentença

no aspecto relacionado à pena de multa uma vez que não se encontra nos autos informação acerca dos motivos que levaram o legislador a aplicá-la.

O Ministério Público apresenta contrarrazões (fls. 192-196v).

Nesta instância, a Procuradoria de Justiça opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso defensivo (fls. 199-203).

Vêm os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

V O T O S

DES. SÉRGIO MIGUEL ACHUTTI BLATTES (RELATOR)

Eminentes colegas:

Alexandre Golzer Farias interpõe recurso de apelação em face de sentença que o condenou por tráfico de drogas.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

O recorrente postula absolvição por insuficiência de provas, apontando contradições entre os depoimentos dos policiais. Nega a traficância e alega enxerto da droga por parte dos policiais.

A prova dos autos foi assim sintetizada na sentença, *in verbis*:

O réu ALEXANDRE, ouvido ao final da instrução, audiovisual de fls. 138, negou a prática do delito. Não possuía droga consigo. Na ocasião, estavam fazendo um churrasco em comemoração ao aniversário de sua namorada. Os policiais foram até o local pois estavam ouvindo som alto. Aduziu que os agentes queriam ingressar na casa sem mandado. Ato contínuo, chegou outra viatura para apoiar. Permaneceu no pátio com um dos agentes, enquanto um policial ingressou na residência para fazer revista, retornando com uma porção de maconha e uma balança de precisão. A balança e a droga não eram suas. Quando menor, já havia sido internado em razão do uso de drogas. Não foram encontrados consigo 04 tijolos pequenos de maconha, referindo que essas porções “apareceram” somente depois, quando já estava na delegacia. Confirmou que faz uso de maconha, negando, contudo, que possuísse drogas na ocasião. Não arremessou nada para o telhado da casa. Aduziu que um dos policiais queria que lhe entregassem arma, uma vez que possuía uma dívida e precisava de uma arma para quitá-la. O mesmo agente afirmou que, caso lhe entregassem uma arma, liberaria todos. Negou que alguém tivesse consumindo drogas no local.'

O policial militar ANDRÉ, audiovisual de fls. 138, aduziu que foram despachados pela sala de operações para atender a uma ocorrência de perturbação de sossego. No local, constataram que havia indivíduos em uma residência, fazendo algazarra e ouvindo som alto. Realizaram revista pessoal em todos, sendo que, quando foram revistar o réu ALEXANDRE, este dispensou um volume no telhado da casa. Conseguiram apreender o volume, encontrando, dentro de uma meia, uma grande quantidade de maconha e uma balança de precisão. Ainda, em revista pessoal ao acusado, foram encontradas outras porções da mesma droga. As que estavam no bolso eram porções fracionadas, enquanto que o entorpecente encontrado na meia era uma única porção. Asseverou que ALEXANDRE não aparentava estar entorpecido. Não recorda o nome do proprietário da residência, confirmando que ele franqueou o ingresso no local. Aduziu que havia cerca de 10

peças no local. No momento em que ingressaram no pátio, sentiram forte odor de maconha, o que motivou a realização de revista. Quando sentiram o odor, solicitaram o apoio de outra viatura, a qual demorou cerca de 05 minutos para chegar. Somente após a chegada da outra guarnição é que realizaram as revistas. Não recordou se havia dinheiro com ALEXANDRE. Referiu que foram conduzidos à DP o proprietário, o acusado e uma adolescente.

O policial militar ANTÔNIO, audiovisual de fls. 138, aduziu que foram até o local para verificar uma denúncia de som alto. Em frente a residência, começaram a sentir cheiro de maconha. Confirmou que foram encontrados entorpecentes com o réu ALEXANDRE, tendo este dispensado parte da droga. Foi apreendido um tijolo de maconha e uma balança de precisão, dentro de uma meia. A droga apreendida na posse do denunciado estava fracionada. No local havia uma festa, com um número grande de pessoas, sendo que tiveram que pedir apoio à outra guarnição. O apoio chegou em questão de minutos. Identificaram o proprietário e este franqueou a entrada. Posteriormente, afirmou que desde a esquina passaram a sentir odor de maconha. Relatou que foram conduzidos à DP o proprietário, pela perturbação de sossego, o acusado, pelo tráfico, e uma menor de idade, por desobediência e desacato. Aduziu que ALEXANDRE também residia no local. Asseverou que o réu dispensou a meia com o entorpecente no momento em que as pessoas saíam da casa para o pátio. A revista foi realizada somente com a chegada do apoio. A balança encontrada era portátil.

O policial militar BRUNO, audiovisual de fls. 138, relatou que foram despachados em virtude de uma ocorrência de som alto em uma casa. Próximo ao local, o som já era audível, sendo que, quando chegaram perto da residência sentiram forte cheiro de maconha. O proprietário da casa os recebeu. Como havia diversas pessoas, chamaram reforço para realizar a revista. Com a chegada do apoio, solicitaram que o pessoal saísse da casa, momento em que o réu ALEXANDRE saiu e jogou uma meia em cima do telhado. Posteriormente, verificaram que dentro da meia havia uma balança de precisão e uma porção de maconha. Ainda, foram apreendidas outras porções pequenas de maconha no bolso do acusado. Afirmou que o apoio chegou em cerca de 05 min. Havia, no mínimo, 10 pessoas no local. Não soube afirmar se havia alguém entorpecido no local.

A informante SONIA, audiovisual de fls. 138, mãe do acusado, não presenciou os fatos, pois trabalha à noite como cuidadora. Referiu que a residência é de sua mãe, sendo que moram no local o réu ALEXANDRE, sua avó e seu tio RICARDO, que é proprietário. Afirmou já ter internado 03 vezes o acusado, compulsoriamente, em razão do uso de drogas. Na ocasião de sua prisão, ALEXANDRE estava sob monitoramento eletrônico. Asseverou que o réu não comercializa entorpecentes. Afirmou que sustentava o acusado. Contou que havia dois indivíduos que forneciam drogas à ALEXANDRE, que nunca são presos. Um deles se chama Juan e o outro Vinícius.

O informante DANIEL, audiovisual de fls. 138, amigo do acusado, contou que estava acontecendo uma festa de aniversário na ocasião. Quando os policiais chegaram, afirmaram que haviam recebido ocorrência por perturbação em razão do som alto. Os policiais diziam que “queriam arma”. Ninguém sabia se havia drogas no local. De repente, os agentes saíram de dentro da residência com uma porção de drogas e uma balança de precisão. Aduziu que, após a chegada do reforço, um policial entrou na casa e saiu com o entorpecente. Afirmou que ALEXANDRE não jogou nada em cima do telhado. Asseverou que o acusado é usuário de maconha. Na época, o acusado cumpria pena e era sustentado por sua mãe. No local, residem a mãe do acusado, seus irmãos e tios. Na ocasião, ninguém havia consumido entorpecentes. Disse que o telhado da residência é baixo, sendo que os policiais não subiram em cima dele, apenas “colocaram a mão”. Os policiais chegaram por volta da meia-noite.

O informante HENRIQUE, audiovisual de fls. 138, irmão do denunciado, presenciou os fatos, referindo que os policiais chegaram no local exigindo que todos saíssem da residência. Contou que seu tio saiu da casa e foi falar com um dos policiais. Os agentes chamaram outra viatura. Com a chegada da segunda guarnição, os policiais invadiram a casa e todo mundo saiu para o pátio. Cerca de 08 policiais entraram na casa, enquanto outros ficaram no pátio revistando os

presentes. Quando saíram da residência, os policiais trouxeram uma porção de droga e uma balança de precisão, dizendo que seriam de ALEXANDRE. Confirmou que morava no local com o acusado, sua vó, sua mãe e os tios. Em nenhum momento ALEXANDRE dispensou algum objeto para cima do telhado. Disse que ALEXANDRE era usuário de drogas e já foi internado em razão do uso. Negou que o denunciado fosse envolvido com o tráfico. Ratificou que o réu era sustentado pela mãe. Havia cerca de 15 pessoas no local, entre familiares e amigos. Os agentes chegaram no local entre as 22 e 23 horas, permanecendo cerca de 40 minutos.

O informante RICARDO, audiovisual de fls. 138, tio do réu, disse que estava acontecendo um churrasco na ocasião, quando os policiais chegaram e sentiram cheiro de maconha. Aduziu que os agentes queriam entrar, mas não possuíam mandado. Mandaram baixar o som e ameaçavam quebrá-lo. Disse que todos saíram da residência, momento em que os agentes entraram e, posteriormente, saíram com uma porção de maconha e uma balança de precisão. Confirmou que ALEXANDRE entrou na casa junto com os policiais. Asseverou que o acusado acompanhou a revista no interior da residência. Nunca presenciou a venda de entorpecentes no local. Afirmou que o acusado é usuário e que já foi internado em razão do uso de maconha. Não presenciou ninguém usando drogas. Na época, ALEXANDRE estudava e era sustentado pela mãe. Confirmou que o denunciado fumava maconha em casa. No dia dos fatos, não sentiu cheiro de drogas. Não visualizou os policiais mexendo no telhado.

A informante JULIA, audiovisual de fls. 138, amiga do acusado, contou que estavam fazendo um churrasco na ocasião e ouviam som alto. Em determinado momento, chegou uma viatura, sendo que os policiais chegaram no pátio xingando e queriam ingressar na casa sem mandado. Os agentes chamaram reforço e invadiram a casa, exigindo que todos saíssem da casa. Os policiais agrediram uma menina menor de idade. Afirmou que um policial entrou sozinho na casa e enxertou a maconha e a balança. O acusado não possuía droga. No momento em que o policial entrou na casa, ALEXANDRE estava no pátio. Ninguém foi questionado sobre a prática de tráfico de drogas. Ratificou que ALEXANDRE era sustentado pela família. No local, ninguém utilizava drogas. Confirmou que os policiais mexeram no telhado, porém não encontraram nada. O policial que entrou na residência, antes do ingresso, estava dentro da viatura. O ALEXANDRE não ingressou na residência com o agente.

Como visto, há duas versões antagônicas nos autos. De um lado, os policiais confirmam a apreensão da droga, nas circunstâncias descritas na denúncia. De outro, as testemunhas arroladas pela defesa corroboram a tese de defesa pessoal, de negativa da traficância e enxerto da droga.

Neste cenário, a opção por uma ou outra das versões deve observar o *standard probatório* exigido para fins de procedência da pretensão acusatória. Embora *livre* o juiz para formar o seu *convencimento*, certo é que essa liberdade não se confunde com *discricionariedade*. Aliás, a exigência de *motivação* se justifica justamente para que possa ser verificada a racionalidade e a razoabilidade do convencimento formado pelo juiz. A decisão condenatória será adequada quando fundada em elementos de prova que conformem um juízo de certeza, ou de alta probabilidade, *além da dúvida razoável*. Do contrário, a persistir dúvida fundada acerca dos elementos do crime ou da autoria, impõe-se a absolvição, fundada essa no *in dubio pro reo*. A diferença entre um e outro desses *standards* está atrelada à

preponderância de razões para crer ou de razões para descrever em determinada versão probatória.

Destarte, impõe-se o exame do acervo probatório na sua completude, confrontando todos os seus elementos de modo a extrair a versão mais verossímil, assim compreendida aquela formada por elementos convergentes e coerentes, que em razão disso se sobrepõe aos elementos em sentido contrário.

A toda evidência, observada essa metodologia de formação do convencimento, o dito pelos policiais não possui valor probatório unicamente em razão da função pública exercida pelos policiais, assim como a palavra da vítima tampouco tem valor probatório por si só, como se apenas o acusado possuísse interesse no resultado do processo, ou como se apenas as testemunhas arroladas pela defesa tenham interesse em favorecer o réu. A prova oral, e dentre elas também o dito pelos policiais, deve ser submetida a um exame racional a partir do cotejo entre os depoimentos de cada uma das testemunhas.

No caso concreto, do exame da sentença condenatória se verifica que o magistrado *a quo*, após síntese da prova, partiu do pressuposto de que a palavra dos policiais possui valor probatório em razão da função pública atribuída e exercida pelos agentes de polícia. Destaco trecho, *in verbis*:

Veja-se que, conforme o narrado pelos policiais militares, estes teriam ido até o local dos fatos em razão de uma ocorrência de perturbação ao sossego. Chegando lá, constataram que estava ocorrendo uma festa, com cerca de 10 participantes e, após solicitarem apoio a outra guarnição, efetuaram a revista pessoal nos presentes, motivados pelo forte odor de maconha que sentiram no local. Ainda, referiram que, no momento em que o réu ALEXANDRE deixou a casa, veio a dispensar no telhado da residência um volume. Ato contínuo, o denunciado foi revistado, oportunidade na qual os agentes lograram encontrar 04 (quatro) tijolos de maconha, bem como constataram que o volume dispensado pelo réu tratava-se de uma meia, contendo outro tijolo maior, bem como uma balança de precisão.

Outrossim, inexistem nos autos quaisquer indícios de que os policiais tenham criado versões inverídicas para prejudicar o denunciado, ressaltando-se que, em delitos dessa natureza a prova é embasada, na maioria das vezes, em depoimentos dos agentes que atuam na diligência. Diante disso, não seria crível atribuir-lhes funções que, ao final, lhes deixariam em situação de suspeita. Ademais, não foram comprovadas quaisquer hipóteses de suspeição dos policiais que atuaram na prisão em flagrante do denunciado, sendo sua versão isolada nos autos.

Efetivamente, não há nos autos elementos concretos a indicar que os policiais tivessem interesse de incriminar falsamente o réu. Não obstante isso, em sentido antagônico ao dito pelos policiais há os relatos de quatro pessoas que estavam no local e presenciaram a abordagem policial e a prisão do réu, sendo que todas narraram os fatos da mesma maneira, com os mesmos detalhes, isentando o acusado e afirmando que os milicianos ingressaram na

residência sem mandado judicial e dela saíram com uma porção de maconha e uma balança de precisão, imputando sua propriedade ao acusado.

Neste cenário, tenho que não é possível atribuir preponderância ao dito pelos policiais, apenas em razão da função por eles exercida. Há, inequivocamente, duas vertentes de prova igualmente consistentes e verossímeis, de modo que a opção pelo dito pelos policiais, unicamente em razão da função pública por eles desempenhada, afigura-se arbitrária.

Com efeito, a toda evidência se verifica, entre os depoimentos das testemunhas arroladas pela defesa e as narrativas dos policiais militares, uma equivalência em termos de verossimilhança. Ambas as versões são coerentes e os depoimentos que as compõem são convergentes. De um lado, os policiais descrevem as circunstâncias do fato com coerência; de outro, as testemunhas arroladas pela defesa também são coerentes e desprovidos de contradições determinantes.

Neste ponto, registro que inclusive quanto às contradições, as diferentes versões se assemelham. Os policiais se contradizem em relação ao cheiro de maconha percebido no local, tendo um dos milicianos dito que já na esquina era possível sentir. Mas não obstante tenham afirmado a existência de odor característico, disseram que nenhuma das pessoas presentes no local parecia estar sob efeito da droga. De outro lado, as testemunhas de defesa divergem unicamente sobre ter o réu acompanhado ou não os policiais nas buscas realizadas dentro do imóvel. Uma única testemunha mencionou isso, enquanto as demais confirmaram o dito pelo acusado, de que teria permanecido no pátio da residência, enquanto todos os demais saíram para via pública.

Ademais, observo ser pouco crível que o acusado fosse jogar sobre o telhado uma meia com 100g de maconha e uma balança de precisão, justo no momento em que, acompanhado pelos policiais, saía da residência. Se no local havia uma festa com várias pessoas, como narraram os policiais, e se entre a chegada da primeira viatura e da outra chamada para dar apoio se passaram cinco minutos, sendo que neste interregno os primeiros policiais permaneceram do lado de fora da casa aguardando o reforço, mais lógico seria que o acusado, caso efetivamente estivesse na posse da droga, tivesse escondido a substância no interior da residência. Não aguardaria o início das buscas pessoais para se desfazer da droga, e sequer permaneceria com porções menores no seu bolso.

Observado esse cenário, reputo persistente dúvida fundada acerca da efetiva existência do crime. Não se trata, aqui, de duvidar da boa-fé dos policiais, ou mesmo afirmar estarem eles acusando falsamente o réu, mas de reconhecer que o conjunto probatório é insuficiente a

esclarecer se a droga apreendida efetivamente pertencia ao réu e, ademais, se era de fato destinada ao consumo de terceiros.

Como consequência, impõe-se a absolvição.

Voto, pois, por **dar provimento** ao apelo defensivo, ao efeito de absolver o réu da imputação de tráfico, com base no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Expeça-se alvará de soltura ao réu, por este processo.

DES. INGO WOLFGANG SARLET (REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO (PRESIDENTE) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO - Presidente - Apelação Crime nº 70075460709, Comarca de Santa Maria: "“À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO, AO EFEITO DE ABSOLVER O RÉU DA IMPUTAÇÃO DE TRÁFICO, COM BASE NO ARTIGO 386, INCISO VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXPEÇA-SE ALVARÁ DE SOLTURA AO RÉU, POR ESTE PROCESSO.””"

Julgador(a) de 1º Grau: FABIO MARQUES WELTER