

O STANDARD DE PROVA NO PROCESSO CIVIL E NO PROCESSO PENAL

LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA

Juiz Desembargador

Janeiro de 2017

Antecipando o livro *Prova por Presunção no Direito Civil*, 3ª edição, Revista e ampliada, Almedina (no prelo)

*

A atividade comprobatória não pode depender da confiança subjetiva do julgador numa hipótese mas deve centrar-se na indicação de que existem boas razões para justificar essa confiança. Um *standard* de prova consiste numa regra de decisão que indica o nível mínimo de corroboração de uma hipótese para que esta possa considerar-se provada, ou seja, possa ser aceite como verdadeira. Este critério da suficiência da prova deve pautar-se pela análise sobre a (in)existência de boas razões para justificar a decisão e não propriamente sobre a confiança do julgador. Um *standard* deve ser capaz de responder a duas perguntas: quando é que o grau de justificação é suficiente para aceitar um enunciado fáctico como verdadeiro e quais são os critérios objetivos que indicam que se alcançou esse grau de justificação.

O *standard* tem de ser objetivo requerendo um critério de controle de molde que uma pessoa distinta do operador judicial possa realizar um juízo sobre a hipótese a partir do material probatório disponível. O *standard* serve de guia ao juiz indicando o que deve buscar em cada prova para fixar os factos e, por outro lado, permite rever a construção dos factos assim feita pelo juiz no sentido de averiguar se este se cingiu ao *standard* ou se, pelo contrário, fixou os factos por mecanismos não controláveis. O *standard* de prova expressa uma tentativa de instruir o julgador no que tange ao grau de confiança que a sociedade crê que ele deve utilizar nas suas conclusões factuais.

Nesta medida, os critérios da suficiência da prova estão mais próximos dos princípios de tipo normativo (e não de regras) porquanto propiciam ao julgador pautas de conduta cujas condições de aplicação derivam exclusivamente do seu conteúdo, exprimindo mandatos de otimização

referentes ao risco do erro no apuramento dos factos e, por isso, requerem ponderação em vez de subsunção.¹ Os critérios de suficiência direcionam um campo de argumentação (são guias para juízos de facto) mas não dão uma resposta em si.

O *standard* de prova é um mecanismo que permite determinar e distribuir os erros judiciais na fixação dos factos provados. Estaremos perante um falso positivo quando uma decisão declara provada uma hipótese, sendo esta falsa. O falso negativo ocorre quando se declara uma hipótese não provada, sendo esta verdadeira. Qualquer uma destas decisões pode ser válida epistemologicamente no sentido de que se fundou corretamente nos elementos de prova disponíveis.

Deste modo, à medida que aumentamos a exigência do *standard* de prova, aumentam os falsos negativos e diminuem os falsos positivos. É por esta ordem de razões que o *standard* de prova adotado para a decisão final no processo penal é muito mais elevado que no processo civil: existe uma opção ética no sentido de que é socialmente preferível uma absolvição falsa do que uma condenação falsa.²

Nesta medida, os *standards* de prova não são mais do que uma reação do próprio sistema contra a sua falibilidade na determinação do juízo fáctico, facultando modelos de controle das inferências do juiz e submetendo-as, no âmbito do contraditório, a um juízo crítico comum, garantindo a cientificidade da decisão jurídica.³

Analisando a questão sob a denominação de graus de prova, o Professor TEIXEIRA DE SOUSA distingue três graus de prova.⁴

¹ DANIEL COUTINHO DA SILVEIRA, *Prova, Argumento e Decisão. Critérios de Suficiência para Orientação dos Juízos de Factos no Direito Processual Brasileiro*, São Paulo, 2011, p. 315.

² Cf. JORDI FERRER BELTRÁN, *La Valoración Racional de la Prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 143.

³ DANILO KNIJNIK, "Os Standards do Convencimento Judicial: Paradigmas Para o Seu Possível Controle", acessível em www.abdpc.org.br, pp. 18-19.

⁴ *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, Lex, Lisboa, 1995, pp. 200-204.

Num primeiro patamar, está o **princípio de prova** em que a prova em causa não é suficiente para estabelecer, por si só, qualquer juízo de aceitabilidade final, podendo apenas coadjuvar a prova de um facto desde que em conjugação com outros elementos de prova. Exemplifica com o regime da prova realizada noutro processo, caso dos depoimentos e arbitramentos, que só vale como princípio de prova em processo ulterior quando o regime de produção de prova no primeiro processo oferece às partes garantia inferiores às do processo onde se pretende invocar essa prova - cf. Artigo 421º, nº1, segunda parte, do Código de Processo Civil.

Num segundo nível, encontramos o grau de prova denominado **mera justificação** em que a convicção do tribunal se basta com a demonstração de que o facto é verosímil ou plausível, ou seja, basta um convencimento assente num juízo de verosimilhança ou de plausibilidade. Na mera justificação, a probabilidade do facto é o “ (...) próprio *quid* sobre o qual incide a convicção desse órgão”.⁵

A mera justificação só é aplicável nas situações expressamente previstas por lei. É o caso paradigmático da probabilidade séria da existência do direito ou interesse juridicamente tutelado (*fumus boni juris*) nos procedimentos cautelares, cuja prova basta ser sumária, constituir uma simples justificação ou um juízo de verosimilhança ⁶, expressões que pretendem significar que, para a prova do direito do requerente, basta uma constatação objetiva da grande probabilidade de que exista. Aqui as razões de celeridade que presidem a estes procedimentos não se coadunam com uma averiguação exaustiva da prova sobre a existência do direito do requerente, bem como com um contraditório pleno, pelo que o juiz tem de contentar-se com um material probatório incipiente em atenção à necessidade premente de tutela. Há aqui uma tentativa de equilibrar a relação processual no confronto entre a tutela pressuposta pelo direito material e a iniquidade decorrente da demora que o processo comum impõe aos litigantes.

⁵ TEIXEIRA DE SOUSA, *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, Lex, Lisboa, 1995, p. 202.

⁶ Cf., por todos, LEBRE DE FREITAS, *Código de Processo Civil Anotado*, II Vol., p. 35.

A mera justificação está presente noutras normas nomeadamente em sede de direito da filiação - cf. Artigos 1808, nº4, 1865º, nos. 4 e 5, 1831º, nº1 e 1859º, nº3 .

No terceiro nível, temos a prova que TEIXEIRA DE SOUSA designa de prova *stricto sensu*. Quando falamos de *standard* de prova, centramos a discussão da (in)suficiência de prova neste nível.

Na *common law* dominam dois *standards* de prova: o *standard* “*evidence beyond a reasonable doubt*” (prova para além de toda a dúvida razoável) para o processo penal e o “*preponderance of evidence*” (*more-likely-than-not*), preponderância de prova, nos casos civis designadamente nos EUA. 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. 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.⁷

No Reino Unido, ADRIAN KEANE indica como *standard* comum dos casos de direito civil o “*balance of probabilities*”.⁸ Segundo dá nota este autor, em diversas matérias cíveis tem sido exigido um *standard* mais elevado que nos

⁷ No resumo de KEVIN M. CLERMONT, “Standards of Proof in Japan and the United States”, Law School Working Paper Series, 2003, Paper 5, <http://lsr.nellco.org/cornell/clsops/papers/5>, acessado em 8.10.2008, pp. 6-7, os três standards constituem uma inevitabilidade psicológica: “The only sound and defensible hypotheses are that the trier, or triers, of facts can find what (a) *probably* has happened, or (b) what *highly probably* has happened, or (c) what *almost certainly* has happened. No other hypotheses are defensible or can be justified by experience and knowledge.” Fundamentando a pertinência do *standard* da probabilidade prevalente, realça este autor que “(...) the preponderance standard is optimal given two conditions that are very plausible. The first condition is that an error in favor of the plaintiff is neither more undesirable nor less desirable than an error in favor of the defendant, or that a dollar mistakenly paid by the defendant (a false positive) is just as costly as a dollar mistakenly uncompensated to the plaintiff (a false negative). The second condition is that the goal is to minimize the sum of expected costs from these two types of error, that is, the system wants to keep the amounts suffered mistakenly to a minimum. Under these conditions, the preponderance standard performs better than any other standard of proof.” (pp. 7-8). No fundo, a primeira condição referida significa que haverá uma simetria ou indiferença no impacto do erro, isto é, será igualmente desaconselhável beneficiar o autor à custa do Réu como vice-versa.

⁸ ADRIAN KEANE, JAMES GRIFFITHS e PAUL MCKEOWN, *The Modern Law of Evidence*, 8ª Ed., Oxford University Press, 2010, pp. 106-111.

casos comuns e, independentemente das matérias, também tem sido defendido que quanto mais improvável for o facto alegado, mais forte terá de ser a prova necessária a fixá-lo segundo o “*balance of probabilities*”. 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.

Na Alemanha, a doutrina discute os graus ou medidas da prova (*Beweismaß*), afirmando-se que para que o juiz se considere convencido segundo a sua consciência, deve alcançar-se uma “verosimilitude objetiva”, e não uma “credibilidade aproximada”, o que equivale a uma “alta probabilidade” (*hohe Wahrscheinlichkeit*).⁹ Tal medida de prova deve ser rebaixada designadamente em casos de difícil prova em que se exige apenas uma “verosimilitude predominante”. Como assinala JORDI NIEVA FENOLL, as frases construídas pela doutrina alemã em nada se diferenciam dos *standards* de prova anglo-saxónicos, sendo a sua finalidade a mesma.¹⁰

Em Itália, a doutrina e a jurisprudência afirmam que para a afirmação da responsabilidade civil é suficiente a “*preponderanza dell’evidenza*”, devendo seguir-se o critério do *mais provável que não*. No setor específico da causalidade civil, SALVATORE PATTI admite mesmo a formulação menos exigente da prevalência mínima.¹¹ LUIGI COMOGLIO refere que no que tange à correlação probabilística concreta entre o comportamento ilícito e o evento danoso, se deve seguir a regra da “normalidade causal”, segundo um critério definido

⁹ MICHELE TARUFFO, “Rethinking the standards of proof”, in *American Journal of Comparative Law*, 51, 2003, p.6.

¹⁰ *La Valoración de la Prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 92.

¹¹ SALVATORE PATTI, *Le Prove, Parte Generale*, Giuffrè Editore, 2010, p. 232.

como da “*preponderanza dell’evidenza*”, da *probabilidade prevalecente* ou do *mais provável que não*.¹²

Pese embora a existência de algumas flutuações terminológicas, o *standard* que opera no processo civil é, assim, o da probabilidade prevalecente ou “mais provável que não”. Este *standard* consubstancia-se em duas regras fundamentais:

- (i) Entre as várias hipóteses de facto deve preferir-se e considerar-se como verdadeira aquela que conte com um grau de confirmação relativamente maior face às demais;
- (ii) Deve preferir-se aquela hipótese que seja “mais provável que não”, ou seja, aquela hipótese que é mais provável que seja verdadeira do que seja falsa.

Em primeiro lugar, este critério da probabilidade lógica prevalecente - insiste-se - não se reporta à probabilidade como frequência estatística mas sim como grau de confirmação lógica que um enunciado obtém a partir das provas disponíveis.

Em segundo lugar, o que o *standard* preconiza é que, quando sobre um facto existam provas contraditórias, o julgador deve sopesar as probabilidades das diferentes versões para eleger o enunciado que pareça ser relativamente “mais provável”, tendo em conta os meios de prova disponíveis. Dito de outra forma, deve escolher-se a hipótese que receba apoio relativamente maior dos elementos de prova conjuntamente disponíveis.

Todavia, pode acontecer que todas as versões dos factos tenham um nível baixo de apoio probatório e, nesse contexto, escolher a relativamente mais provável pode não ser suficiente para considerar essa versão como “verdadeira”. 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

¹² *Le Prove Civili*, Utet Giuridica, Torino, 2010, p. 159.

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.¹³

Há, assim, um **limite mínimo de probabilidade** a partir do qual opera a probabilidade lógica prevalecente, que TARUFFO situa em 0,51. Há que esclarecer a forma de apresentação do grau de confirmação de hipóteses. Na metodologia proposta por este autor, cada prova concreta é valorável numa escala de 0 a 1 (**grau particular de confirmação**). Por sua vez, a representação da valoração do conjunto da probabilidade da hipótese dever fazer-se numa escala de valores $0 \rightarrow \infty$, sem limite máximo (**grau global de confirmação**).¹⁴ As duas escalas combinam-se para determinar a probabilidade do facto. Os números são aqui uma forma de expressar relações lógicas e não supõem medidas quantitativas de nada. Um grau de confirmação da hipótese superior a 0,50 deve considerar-se como o limite mínimo abaixo do qual não é razoável aceitar a hipótese como aceitável. Uma só prova clara e segura pode ultrapassar esse limite mínimo, podendo igualmente ser racional aceitar a hipótese confirmada por vários provas ditas indiretas convergentes, por exemplo.¹⁵

Apesar da pertinência de tal limite mínimo de probabilidade, TARUFFO logo ressalva que podem existir contextos em que seja sensato aplicar a probabilidade lógica prevalecente no seu estado puro, o que equivale a dizer, sem que se exija que a hipótese dotada de grau de probabilidade comparativamente mais alto seja também aceitável segundo o critério que

¹³ MICHELE TARUFFO, *La Prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 138.

¹⁴ Refere LUIGI LOMBARDO, *La Prova Giudiziale, Contributo alla Teoria del Giudizio di Fatto nel Processo*, Giuffrè Editore, 1999, p. 521, que o grau particular de confirmação, em princípio, é fixado de uma vez por todas e não muda durante o processo. Pelo contrário, o grau global de confirmação é uma noção essencialmente dinâmica na medida em que representa o nível do *status* cognitivo do juiz, o seu grau de convencimento, que se desenvolve à medida que se dispõe de novos elementos de prova. Deste modo, se uma hipótese está já amplamente confirmada, será baixo o grau particular de confirmação decorrente de uma nova prova; diversamente, será mais elevado se a hipótese ainda não está confirmada por alguma prova ou se foram já produzidas provas que confirmam a hipótese contraposta (provas conflitantes). Ou seja, o grau particular de confirmação que cada prova singular é idónea a conferir à hipótese decresce à medida que se reúnem provas convergentes e, em sentido oposto, cresce progressivamente em presença de provas divergentes.

¹⁵ MICHELE TARUFFO, *La Prueba de los Hechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, pp. 277-278, 295-298.

opera quando está em jogo uma só hipótese ($\geq 0,51$). A aplicação do critério no seu estado puro poderá ser pertinente em casos em que não se exija a demonstração da aceitabilidade plena da hipótese, bastando algum elemento de confirmação suscetível de atribuir um mínimo de credibilidade a tal hipótese.¹⁶

De modo mais concretizado e também com o intuito de articular a probabilidade lógica com a regra do ónus da prova objetivo, vejamos em concreto como devem ser resolvidas várias situações.

A situação mais singela coloca-se quando se pretende saber se, partindo das provas disponíveis, o enunciado relativo ao facto x é verdadeiro (vx) ou é falso (fx). Se vx recebeu uma confirmação probatória forte, pode simultaneamente ocorrer que : a) fx não haja recebido confirmação; b) que fx haja recebido uma confirmação débil, ou que c) também fx haja recebido uma confirmação forte. Nas hipóteses a) e b), deve ser naturalmente escolhida vx segundo a probabilidade prevalecente. No caso c), haverá que comparar os respetivos graus de confirmação (qual a que recebeu maior apoio das provas disponíveis) e determinar se o mais elevado é o vx ou o fx .

Se vx recebeu uma confirmação probatória débil (v.g. porque os indícios são vagos, as presunções não são concordantes ou as provas são divergentes e contraditórias), pode simultaneamente ocorrer que: a) que fx haja recebido uma confirmação forte; b) que fx haja recebido também uma confirmação débil ou que c) fx não haja recebido confirmação. Na hipótese a), a escolha racional será escolher fx na medida em que recebeu uma confirmação probatória relativamente maior. No caso b) nenhuma das hipóteses opostas recebeu uma confirmação probatória relativamente maior e no caso c) nenhuma das hipóteses recebeu uma confirmação adequada. Estas situações de incerteza não permitem que se determine a verdade ou a falsidade do enunciado de facto x . Perante este estado de incerteza ou outro em que a

¹⁶ MICHELE TARUFFO, *La Prueba de los Hechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 302.

verdade de um enunciado não receba uma adequada confirmação, a decisão só pode ser adotada mediante a aplicação da regra do ónus da prova objetivo.¹⁷

O ónus da prova objetivo significa que é sempre sobre a parte onerada com a prova dos factos que recaem as consequências da falta ou insuficiência de prova, ou seja, perante a dúvida irreduzível sobre a realidade do facto que é pressuposto da aplicação de uma norma jurídica, o julgador decide como se estivesse provado o facto contrário (cf. Artigo 342º, nº1 do Código Civil e 414º do Código de Processo Civil). Assim, se após a valoração da prova, o juiz entender que há factos que permanecem duvidosos e incertos (ocorre uma deficiência probatória), terá de recorrer ao ónus da prova, valorando a prova contra a parte a quem incumbia o respetivo ónus da prova, respondendo *não provado* ao artigo factual correspondente. Por isso é que as regras do ónus da prova são subsidiárias no sentido de que apenas operam, se necessário, posteriormente à valoração da prova.¹⁸

A doutrina nacional não tem dedicado especial atenção ao *standard* de prova. O professor TEIXEIRA DE SOUSA afirma que “ (...) a prova *stricto sensu* exige uma medida de convicção que não é compatível com a admissão de que a realidade pode ser distinta daquela que se considera provada. (...) O que é relevante é que esse grau de convicção permita excluir, segundo o padrão que na vida prática é tomado como certeza, outra configuração da realidade dada como provada.”¹⁹ Noutro passo, o mesmo autor afirma que:

“(...) em processo civil o tribunal condena quando tem dúvidas para a absolvição e absolve quando tem dúvidas para a condenação e em processo penal o tribunal condena quanto tem certezas para a não absolvição e absolve quando tem dúvidas para a condenação, pelo que em processo civil as exigências de fundamentação são iguais para a condenação e para a absolvição e em processo penal as exigências de

¹⁷ Cf. MICHELE TARUFFO, *Simplemente la Verdad, El Juez y la Construcción de los Hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 250-252.

¹⁸ Cf. SILVIA GARCIA-CUERVA GARCIA, “Las reglas generales del onus probandi”, in *Objecto e carga de la prueba civil*, Bosch, 2007, pp. 54-55.

¹⁹ *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, Lex, Lisboa, 1995, p. 201.

fundamentação são maiores para a condenação do que para a absolvição”.²⁰

O professor LEBRE DE FREITAS afirma que “No âmbito do princípio da livre apreciação da prova, não é exigível que a convicção do Julgador sobre a validade dos factos alegados pelas partes equivalha a uma certeza absoluta, raramente atingível pelo conhecimento humano. Basta-lhe assentar num juízo de suficiente *probabilidade ou verosimilhança* (...)”.²¹

TOMÉ GOMES afirma impressivamente que:

“Quanto ao critério da livre convicção, há que ter presente que o convencimento do julgador se deve fundar numa certeza relativa, histórico-empírica, dotada de um grau de probabilidade adequado às exigências práticas da vida. Para a formação de tal convicção não basta um mero convencimento íntimo do foro subjetivo do juiz, mas tem de ser suportada numa persuasão racional, segundo juízos de probabilidade séria, baseada no resultado da prova apreciado à luz das regras de experiência comum e atentas as particularidades do caso.”²²

Na jurisprudência nacional, são crescentes as referências ao *standard* de prova de que são exemplo os seguintes arestos:

- “ (...) tendo presente que a verdade judicial (material) é “a realidade, aquilo que tem efetiva existência, com exclusão do meramente possível” (Prof. Castro Mendes - “*Do conceito de prova em Processo Civil*”), a verdade que, “não sendo absoluta ou ontológica, há de ser antes de tudo uma verdade judicial prática” (Prof. Fig. Dias, in “*Direito Processual Penal*”, 1º, 194), não será excessivo afirmar que o nosso ordenamento civil se basta, para a

²⁰ “A livre apreciação da prova em processo civil”, in *Scientia Iuridica*, Jan-Abr 1984, Tomo XXXIII, nos. 187-188, p. 117.

²¹ *Introdução do Processo Civil*, Coimbra Editora, 1996, pp. 160/161.

²² “Um olhar sobre a demanda da verdade no processo civil”, in *Revista do CEJ*, 2005, Nº 3, pp. 158-159.

convicção, com uma tese de “*preponderância de prova*” ou “*balanço de probabilidades*””.²³

- A afirmação pelo tribunal de que um facto se considera provado não dependerá (...) da «íntima convicção» do julgador, mas mais, e prevalentemente, da aplicação de critérios racionais que, em processo civil, diferentemente do que ocorre em processo penal, se rege pelo standard da «probabilidade prevalente» ou do mais «provável que não», vinculando-se a um juízo positivo sobre os factos a uma análise comparativa das distintas hipóteses que se referem aos factos, desde um ponto de vista da confirmação que recebem das provas disponíveis.²⁴
- Vigorando no processo civil, em matéria probatória, a regra da probabilidade prevalecente, deve reputar-se como suficiente a fundamentação da decisão da matéria de facto que, perante a constatação da subsistência após a instrução e discussão da causa de duas hipóteses contraditórias sobre os factos, uma correspondente à versão apresentada nos autos pelo autor e outra à versão apresentada nos autos pelo réu, cada uma sustentada pelas testemunhas que respetivamente ofereceram para prova dos pontos discriminados nas atas e sintetizados na própria decisão, para além dos documentos pontualmente referenciados na descrição da factualidade assente, explica sucintamente porque considerou prevalecente uma delas, apelando a critérios de coerência lógica, grau de probabilidade em face de regras da experiência e máxima corroboração pelos meios probatórios produzidos, quer em quantidade, quer em qualidade, sublinhando a confirmação por depoimentos de testemunhas sem ligação com

²³ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 21.6.2001, *João Gomes de Sousa*, 1273/08. No Acórdão da mesma Relação de 6.12.2011, *António João Latas*, 5901/09, foi dito que que não valem em processo penal critérios ou parâmetros de decisão geralmente adotados em processo civil, como é o caso do critério da *probabilidade prevalente*, ou seja, do *mais provável que não ou preponderance of evidence* (preponderância das provas), desde logo porque não asseguram que a hipótese mais provável corresponde à verdade judicialmente alcançável, o que sucede designadamente quando todas as versões do facto têm um baixo nível de apoio probatório.

²⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6.12.2011, *Gabriel Catarino*, 1675/06.

as partes, concluindo no sentido de ser uma delas a que é mais clara, coerente, lógica e confirmada por vasta prova documental e testemunhal, ou, por outras palavras, a que é a relativamente “mais provável”, tendo em conta os meios de prova disponíveis.²⁵

- Aquilo que qualificamos como ‘limiar da prova’, referindo-nos ao limite valorativo, se assim nos podemos expressar, que suporta a afirmação de estar provado um determinado facto, corresponde, numa ação cível, a um juízo de preponderância da hipótese afirmada como provada no confronto com a afirmação contrária, em termos de se sustentar como realidade ‘mais provável do que não’ (*‘more likely than not’*). Vale isto pela afirmação de que não se requer aqui, contrariamente ao que sucede na valoração da prova no ambiente de um processo penal, a ultrapassagem de todos os estados de dúvida razoáveis quanto à correspondência de determinado facto à realidade (o chamado *standard* caracterizado como “*beyond a reasonable doubt*”).²⁶

Creemos que a adoção de um *standard* de prova no direito civil (prova *stricto sensu* na terminologia de TEIXEIRA DE SOUSA) é matéria de incontornável interesse, quer para as partes quer para o juiz. Consoante já se referiu, o *standard* serve de guia para orientar a análise da prova pelo juiz (no contexto de descobrimento e de justificação dos factos) e oferece às partes condições de controlabilidade do processo de formação da convicção do juiz. O *standard* constitui uma racionalização adequada ao princípio da livre apreciação da prova. Isto sem prejuízo da sua utilidade epistémica, também já enunciada, de permitirem distribuir os erros em caso de apreciação errónea da matéria de facto.

O *standard* de prova deve variar segundo a matéria concreta que esteja em litígio, designadamente em função dos bens ou direitos que se encontram em jogo, em função da importância e necessidade de obter uma decisão célere bem como dos custos expetáveis da produção e análise da informação

²⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12.2.2014, *Alda Martins*, 26/10.

²⁶ Acórdãos da Relação de Coimbra de 6.3.2012 e de 18.2.2014, *Teles Pereira*, 1994/06 e 693/09, respetivamente.

potencialmente relevante. Quanto maior a proteção destinada a um bem jurídico, maior será também a proteção imposta pelo critério da suficiência da prova. Cremos também que a ideia (comum no Reino Unido, como vimos) de que o *standard* de prova deve ser mais exigente quanto maior for a improbabilidade do evento alegado colhe todo o sentido.

Deste modo, o *standard* deve operar como uma pauta móvel que tem de ser permanentemente concretizada ao ser aplicada ao caso concreto.

Cremos que no nosso ordenamento será, pois, de aplicar o *standard* da probabilidade prevalecente acima explicitado. Assim, no vulgar caso de cobrança de um crédito decorrente de compra e venda, na ação de responsabilidade civil emergente de acidente de viação ou na ação em que se discuta o cumprimento de um contrato de empreitada operará o *standard* da probabilidade lógica prevalecente desde que seja ultrapassado o limite mínimo de probabilidade ($\geq 0,51$).

Diversamente e a título exemplificativo, em processos em que a procedência do pedido formulado implique a restrição de direitos de personalidade ou da capacidade jurídica, em processos que versem sobre responsabilidades parentais bem como em processos em que se aprecie a validade, subsistência ou cessação de arrendamento para habitação (cf. Artigo 629º, nº3, alínea a), do Código de Processo Civil) ou de aquisição de habitação própria haverá que ajustar o *standard* de prova para um nível de maior exigência. Cremos que aqui será de aplicar um *standard* de *prova clara e convincente* cujo limite mínimo de probabilidade deverá ser equivalente a $\geq 0,75$. Em todos estes exemplos, os bens e direitos em litígio exigem uma tutela acrescida que começa pelo próprio *standard* de prova a aplicar.

E no processo penal?

Conforme já vimos, o *standard* mais frequente no processo penal é o *standard “evidence beyond a reasonable doubt”* (prova para além de toda a dúvida razoável) cuja densificação dá azo a acesas e díspares argumentações. Sem a veleidade de exaurir o tema, deixamos algumas notas a título de esquisso sobre a densificação do conceito.

Em 1850, o Chief Justice Shaw definia o *standard* nestes termos:

“It is not mere possible doubt; because everything relating to human affairs, and depending on moral evidence, is open to some possible or imaginary doubt. It is that state of the case, which, after the entire comparison and consideration of all evidence, leaves the minds of jurors in that condition that they cannot say they feel an abiding conviction, to a moral certainty, of the truth of the charge.”

A noção básica daqui emergente é a de que as dúvidas não devem ser todas desvanecidas, mas apenas as dúvidas que levariam uma pessoa razoável hesitar a agir. Ou seja, a prova deve ser tão convincente que uma pessoa razoável não hesitaria em decidir - com base nela - a maior parte dos seus assuntos privados mesmo que a tomada de uma decisão errada tivesse consequências trágicas.²⁷

Esta explicitação é perceptível mas dá azo a uma compreensão subjetivista, constituindo um parâmetro demasiado aberto. Foram tentados diversos modelos alternativos, designadamente apontando para um nível de probabilidade quantitativa superior a 90% ou entre 95% e 99%. Este tipo de modelo padece de um erro metodológico porquanto os modelos estatísticos gozam de um nível de aproximação eficaz apenas quando aplicados a eventos repetidos, não sendo esse o caso de um processo judicial em que está em causa um evento único.²⁸

Em aturado estudo sobre o tema, LARRY LAUDAN propõe a descrição da noção de “prova além da dúvida razoável” como uma de três formulações:

- i. Se é crível a prova acusatória ou um testemunho que resultaria difícil de explicar se o acusado fosse inocente e não é crível a prova exculpatória ou um testemunho que seria muito difícil de explicar se o acusado fosse culpado, então condene-o. De outro modo, absolva-o;

²⁷ Cf. KEVIN M. CLERMONT, *Standards of Decision in Law, Psychological and Logical Bases for the Standard of Proof, Here and Abroad*, Carolina Academic Press, 2013, p. 27.

²⁸ CARLO ZAZA, *Il Ragionevole Dubbio nella Logica della Prova Penale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 7.

- ii. Se a história da acusação acerca do delito é plausível e não se pode imaginar uma história plausível que mostre o acusado como inocente, então condene-o. De outro modo, absolva-o;
- iii. Resolva se os factos estabelecidos pela acusação refutam qualquer hipótese ainda ligeiramente razoável de inocência do arguido. Se for assim, é preciso condená-lo. De outro modo, deve absolvê-lo.²⁹

Este tipo de propostas, radicando em conceitos como credibilidade e plausibilidade, embora importem algum avanço face ao conceito-base acima referido, continuam a padecer de um elevado grau de imprecisão (provavelmente ineliminável), correndo o perigo de subjetivação.³⁰

Em Itália, o Artigo 533º do Código de Processo Penal consagra, desde 2006, o critério da prova além da dúvida razoável nestes termos: “*Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio.*” 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.³¹

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

²⁹ *Truth, error and the criminal Law: na essay in legal epistemology*, New York, Cambridge University Presse, 2006, pp. 29-62 *apud* DANIEL COUTINHO DA SILVEIRA, *Prova, Argumento e Decisão. Critérios de Suficiência para Orientação dos Juízos de Factos no Direito Processual Brasileiro*, São Paulo, 2011, pp. 313-314. O texto integral de LARRY LAUDAN encontra-se acessível em https://cdn.preterhuman.net/texts/thought_and_writing/philosophy/truth%20error%20criminal%20law.pdf.

³⁰ Cf. DANIEL GONZÁLEZ LAGIER, “Presunción de Inocencia, Verdad y Objetividad” *in* GARCÍA AMADO, JUAN ANTÓNIO e RAÚL BONORINO/PABLO (Coords.), *Prueba y Razonamiento Probatorio en Derecho, Debates sobre Abducción*, Editorial Comares, 2014, pp. 113-115.

³¹ GIUSEPPE SACCONI, *L'Indizio “Per la Prova” e L'Indizio “Cautelare” nel Processo Penale*, Giuffrè Editore, 2012, p. 38.

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.”³² 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.

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 conjeturar 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 facticamente, 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 cadeira indutiva que estriba a hipótese da acusação.³³ 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*.³⁴ 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.³⁵

³² Citado por GIUSEPPE SACCONI, *Op. Cit.*, p. 46.

³³ GIUSEPPE SACCONI, *Op. Cit.*, pp. 48-49.

³⁴ CARLOS DE MIRANDA VÁZQUEZ, “La Prueba Indiciaria: Dedución? Inducción? Abducción? O Inferencia a la Mejor Explicación?” IN GARCÍA AMADO, JUAN ANTÓNIO e PABLO RAÚL BONORINO (Coords.), *Prueba y Razonamiento Probatorio en Derecho, Debates sobre Abducción*, Editorial Comares, 2014, p. 204.

³⁵ VINCENZO RUSSO, *La Prova Indiziaria e il “Giusto Processo”*, Jovene Editore 2001, p. 170.

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.³⁶

Na nossa jurisprudência penal, têm sido reiterado que não existem verdades absolutas, louvando-se a mesma nos ensinamentos da doutrina. Assim, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8.11.2007, invocando-se o ensinamento de CRISTINA LÍBANO MONTEIRO³⁷, afirmou-se que:

«(...) convém recordar que «verificar cada um dos enunciados factuais pertinentes para a apreciação e decisão da causa é o que se chama a prova, o processo probatório» e que «para levar a cabo essa tarefa, o tribunal está munido de uma **racionalidade própria**, em parte comum só a ela e que apelidaremos de razoável». E isso porque «a prova, mais do que uma demonstração racional, é um **esforço de razoabilidade**»: «no trabalho de verificação dos enunciados factuais, a posição do investigador-juiz pode, de algum modo, assimilar-se à do historiador: tanto um como o outro, irremediavelmente situados num qualquer presente, procuram **reconstituir algo que se passou antes e que não é reproduzível**». Donde que «não seja qualquer dúvida sobre os factos que

³⁶ *Il Doppio Volto Dell'Indizio nel Processo Penale*, Giappichelli Editore, 2010, p. 331.

³⁷ No estudo *Perigosidade de inimputáveis e in dubio pro reo*, Coimbra Editora, 1997.

autoriza sem mais uma solução favorável ao arguido», mas apenas a chamada *dúvida razoável* (“*a doubt for which reasons can be given*”)). Pois que «nos atos humanos nunca se dá uma certeza contra a qual não militem alguns motivos de dúvida». «Pedir uma certeza absoluta para orientar a atuação seria, por conseguinte, o mesmo que **exigir o impossível** e, em termos práticos, paralisar as decisões morais». Enfim, «a dúvida que há de levar o tribunal a decidir *pro reo* tem de ser uma dúvida positiva, uma dúvida racional que ilida a certeza contrária, ou, por outras palavras ainda, uma dúvida que impeça a convicção do tribunal» (*ibidem*).

(...) Daí que, nos casos [como este] em que as regras da experiência, a razoabilidade (repete-se: «a prova, mais do que uma demonstração racional, é um esforço de razoabilidade») e a liberdade de apreciação da prova convencerem da verdade da acusação (suscitando, a propósito, «uma firme certeza do julgador», sem que concomitantemente «subsista no espírito do tribunal uma dúvida positiva e invencível sobre a existência ou inexistência do facto»), não haja - seguramente - lugar à intervenção dessa «contraface (de que a «face» é a «livre convicção») da intenção de imprimir à prova a marca da razoabilidade ou da racionalidade objetiva» que, fundada na presunção de inocência, é o “*in dubio pro reo*” (cuja pertinência «partiria da dúvida, suporia a dúvida e se destinaria a permitir uma decisão judicial que visse ameaçada a sua concretização por carência [aqui ausente] de uma firme certeza do julgador»).»³⁸

De forma clara, afirmou-se no Acórdão da Relação de Lisboa de 4.7.2012 que:

«Embora se reconheça a dificuldade, senão impossibilidade, na definição dos parâmetros objetivos em que deve assentar este *standard* probatório [para além de toda a *dúvida razoável*], entende-se que a *dúvida razoável* poderá consistir na dúvida que seja “compreensível para uma pessoa racional e sensata”, e não “absurda” nem apenas meramente “concebível” ou “conjetural”.

Nesta perspetiva, o convencimento pelo tribunal de que determinados

³⁸ Sendo relator *Carmona da Mota*, 07P3164. No mesmo sentido e com igual fundamentação doutrinária, cf. o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1.7.2004, *Pereira Madeira*, 04P2791.

factos estão provados só se poderá alcançar quando a ponderação conjunta dos elementos probatórios disponíveis permitirem excluir qualquer outra explicação lógica e plausível. Ou, dito de outro modo, quem acusa não cumprirá o seu “ónus” quando aqueles mesmos elementos de prova recolhidos no processo permitirem uma construção alternativa assente em raciocínios razoáveis (...)»³⁹

Conforme já afirmámos noutro lugar, a valoração da prova sob o modelo da probabilidade lógica significa que uma hipótese deve aceitar-se como verdadeira se não foi refutada pelas provas disponíveis e estas a confirmam, tornando-a mais provável que qualquer outra hipótese alternativa sobre os mesmos factos estribada no material cognoscitivo concretamente carreado para o processo. Concorrem aqui três requisitos, a saber: (i) requisito da confirmação; (ii) requisito da não refutação e (iii) escolha entre as diferentes hipóteses alternativas.⁴⁰ 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.

³⁹ Sendo relator *João Ferreira*, 679/06. Com muito interesse, veja-se também o Acórdão desta Relação de 13.2.2013, *Carlos Almeida*, 256/10, no qual se segue a posição de Ferrer Beltrán. No Acórdão da Relação de Évora de 20.1.2015, *António Latas*, 29/04, afirmou-se que: «A referência do autor [Figueiredo Dias] a **razões para a dúvida** traduz bem, em nosso ver, a exigência de que a versão que se opõe à da acusação seja plausível e demonstrável, pois só uma versão credível subjaz a uma dúvida racional, pelo que só versão verosímil e sustentável da defesa impõe à acusação ou ao tribunal a tarefa de provocar o seu afastamento, sob pena de permanecer a situação objetiva de dúvida que leva a considerar não provada a versão factual incriminatória, face aos princípios da culpa e da presunção de inocência, bem como ao princípio *in dubio pro reo* que lhes está associado.»

⁴⁰ Cf. o nosso *Prova Testemunhal*, Almedina, 2013, pp. 366-373.