
ÓNUS DA PROVA E STANDARDS DE PROVA: DUAS REMINISCÊNCIAS DO PASSADO ¹

*BURDEN OF THE PROOF AND STANDARDS
OF PROOF: TWO RESTS FROM THE PAST*

Jordi Nieva-Fenoll ²

(trad. de Fernando Silva Pereira) ³

DOI: <https://doi.org/10.34628/x2yj-4m48>

Resumo: O ónus da prova e os standards de prova são dois institutos que têm origem no antigo sistema de valoração legal ou taxada da prova, no qual tinham o seu pleno significado. No entanto, no sistema de livre apreciação, o instituto do ónus da prova deixa ter qualquer utilidade, e os standards de prova convertem-se em simples imitações das antigas categorias “*probatio plena*” e “*probatio semiplena*” que se revelam impossíveis de objetivar. No presente artigo detalham-se e justificam-se extensamente as anteriores conclusões.

Palavras-chave: Ónus da prova.

Abstract: The burden of proof and the standards of proof are two institutions that come from the old system of legal proof, in which they made sense. However, if evidence is free evaluated, the burden of proof is no longer useful and the standards of proof become mere imitations of the old categories “*probatio plena*” and “*semiplena probatio*” that are impossible to objectify. In this paper these conclusions are duly detailed and extensively justified.

Keywords: Burden of persuasion; Burden of production; Evaluation; Legal proof.

¹ Tradução do texto do Prof. Jordi Nieva-Fenoll, da Universidade de Barcelona, publicado na Revista InDret 3.2020, pp. 406-437, por Fernando Silva Pereira.

² Professor na Universidade de Barcelona.

³ Professor Auxiliar Convidado da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceito e tipos de ónus da prova. 3. Conceito e tipos de standards da prova. 4. As razões do sistema da prova legal. 5. As razões do sistema de livre apreciação da prova. Bibliografia.

1. Introdução.

O destino da prova apresentada num processo é ser valorada racionalmente. Não se podem estabelecer atalhos neste caminho, ainda que com frequência essa atividade de valoração seja tão difícil de executar que, certamente, o jurista desejaria dispor de algum tipo de ferramenta, quase uma pedra filosofal, para conhecer a realidade dos factos. Porque valorar a prova consiste justamente nisso: aferir da realidade⁴.

A dificuldade não é nova. Historicamente tentaram-se oferecer ajudas aos juízes. As normas arcaicas da prova legal do código de Hammurabi⁵ dão bom testemunho disso, e todos os exemplos estabelecidos no *Corpus Iuris Civilis*⁶ – posteriormente replicadas nas leis medievais⁷ – vão na mesma linha. Mas

⁴ Melhor explicado *in extenso* em NIEVA FENOLL, La valoración de la prueba, Madrid 2010.

⁵ Vid. as traduções originais, que aqui adaptámos parcialmente, em LARA PEINADO, Federico, Código de Hammurabi, Madrid 1997, pág. 6. e segs:

§7 Se alguém manifesta ter adquirido ou recebido em depósito prata, ouro, escravo ou escrava, boi, ovelha ou burro ou qualquer outra coisa, sem testemunhas no contrato, será considerado culpado de roubo e condenado à morte.

§10 Se o comprador não se apresentou ao vendedor que lhe vendeu a coisa, nem às testemunhas em cuja presença se efetuou a compra, e o dono da coisa perdida apresenta testemunhas que atestam (a preexistência da) coisa (e a posse) do direito de propriedade do alegado proprietário, o comprador foi o ladrão: será castigado com a morte. O proprietário da coisa perdida recuperará a sua propriedade.

§11 Se o proprietário da coisa perdida não apresenta testemunhas que prestem depoimento sobre o dito objeto, é um impostor, e posto que denunciou falsamente, será castigado com a morte.

§13 Se as testemunhas do anterior denunciante não forem localizáveis, os juízes fixam-lhe um prazo de seis meses. Se no fim do prazo não se apresentarem as testemunhas, será considerado um impostor e sofrerá na sua totalidade a pena deste processo.

§150: Se o marido doou à sua esposa um campo, uma horta ou uma casa, e declarou por escrito, depois da morte do marido os seus filhos não poderão reclamar nada; a mãe deixará esses bens em herança ao filho que preferir, mas não a um estranho.

§182 Se um pai tem uma filha sacerdotisa de Marduk da Babilonia e não a dotou através de um documento selado, aquando da morte do pai, irá corresponder-lhe um terço da herança, que poderá deixar em sucessão a quem quiser.

§183: Se um pai tem uma filha com uma concubina, que haja dotado, concedido um marido e outorgado o respetivo documento selado, aquando da morte do pai esta não herdará nenhum bem.

⁶ Por exemplo, Codex, Libro IV, título XX, n.º 9, §1: Simili modo sauximus, ut unius testimonium nemo iudicium in quacunque causa facile patiatur admitti. Et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi praeclarae curiae honore praeferat.

⁷ Fuero Juzgo, Lib. II, tít. II, VI. En los pleytos que el iues oye, cada una de las partes debe dar sus pesquisas e sus pruebas, y el iuez debe catar qual prueba mejor. E si por las pruebas non pudiere saber la verdad, estonze debe mandar el iues á aquel de quien se querellavan, que se salve por su

justamente na Idade Média surgem dois institutos, não tanto com o objetivo de facilitar a vida aos juízes a este respeito, mas antes para estabelecer limites ao seu trabalho⁸, na linha iniciada pelo *secundum allegata et probata*⁹ que AZZONE e ACCURSIO moldaram¹⁰. Assim surgiram, como veremos de seguida, tanto o *onus probandi* como as medidas de prova, o antecedente dos atuais *standards* de prova e do *Beweismaß* alemão.

Não obstante, seja qual for a origem dos institutos, estes vão mudando com o tempo, e podem acabar por se transformar em algo irreconhecível para os seus autores. E foi justamente isso que aconteceu com os dois institutos em causa. Provavelmente se referíssemos a um jurista medieval algo como “além de toda a dúvida razoável”, ou então “ónus objetivo da prova”, e lhe disséssemos que, juntamente com o ónus subjetivo, é um instrumento processual a ser utilizado somente no final do processo perante uma situação de ausência de prova – *Beweislosigkeit*¹¹ –, não entenderia absolutamente nada.

Mais à frente irei explicar o que acabámos de expor, acompanhando a exposição de um relato ligeiro da história sem nenhum tipo de preconceito histórico. Bem pelo contrário, começaremos a explicação concretizando as definições

sacramento, que aquella cosa quel demandan, non la ovo, nin la a, ni sabe ende nada, ni lo cree, ni que non fizo aquello quel dizen. E pues que iurar aquel quel demandó tuerto, peche V. sueldos. Vid. también Partida III, tít. XVI, Leyes 29 y 32.

⁸ Melhor explicado em NIEVA FENOLL, “La actuación de oficio del juez nacional europeo”, *Diario La Ley*, n. 9000, 14-6-2017, traduzido em italiano em NIEVA FENOLL, “I poteri d’ufficio del giudice nazionale europeo”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 4, 2019, págs. 1223 e segs.

⁹ Vid. NÖRR, K. W., *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*, München 1967.

¹⁰ AZZONE (o AZO o AZÓN), *Brocardica (aurea). sive generalia iuris*, Basilea 1567, rúbrica XX, pág. 237: *Iudex debet ex conscientia iudicare, & econtrà.] Secundum allegata iudicare debet. Cum quaeritur, an iudex debeat iudicare secundum conscientiam suam, in causa civili vel criminali, distingue: utrum notum sit ei tamquam iudici, id est, ratione officii sui: an ut privato. In primo casu fertur sententia secundum conscientiam suam; quae etiam potest dici allegatio. ut ff. de ser. l.2.&ff. Si fer. vend. l. surreptionem. & de minor. 25. anno. l. minor. Quid miri? nonne sert sententiam, secundum testificationes & confessiones, quas novit ut iudex? & et ita potest intellegi hoc generale. Si vero novit ut privatus, non debet ferre sententiam secundum conscientiam suam, sed secundum allegata. & ita intelligitur contraria Rubrica. ACCURSIUS, e.a., *Corporis Iustinianaei Digestum Vetus, seu Pandectarum*, Vol. 6, Lyon 1604, pág. 17: “Iudex debet ferre sententiam, secundum allegata et probata, non secundum conscientiam.”*

¹¹ Vid. ROSENBERG, *Die Beweislast*, Berlin 1923, págs. 35 e 55. LEIPOLD, Dieter, *Comentario al §286 ZPO*, em: “STEIN/JONAS, *Kommentar zur ZPO*, Tübingen 1997”, pág. 525. ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, München 2018, pág. 698. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, Cizur Menor 2005, pág. 112. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Comentario al art. 1214*, em: “AAVV (dir. ALBALADEJO), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Madrid 1991, pág. 55. NIEVA FENOLL, “Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: nociones que precisan revisión”, en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Madrid 2016, pág. 271. NIEVA FENOLL, *Derecho procesal II. Proceso civil*, Valencia 2019, pág. 201. ESCALER BASCOMPTE, Ramon, *La carga de la prueba*, Barcelona 2017, pág. 83.

que a doutrina atual oferece sobre ambos os conceitos. De seguida, serão submetidas a comparação histórica e prática, e dos resultados que objetivamente se obtenham se extrairão conclusões.

2. Conceito e tipos de ónus da prova.

O ónus da prova não tem, de modo algum, uma definição unívoca. Na realidade, trata-se de uma expressão que condensa diferentes ideias que, ao contrário do que se pensa, são distintas entre si. De facto, verificaremos mais adiante que efetivamente nada têm de semelhante.

Na Idade Média desenvolveu-se a noção de *onus probandi* recolhendo resquícios do processo romano¹² retirados do seu contexto original¹³. Mas seja como for, enfatizou-se a ideia de que cada parte tinha que fazer prova daquilo que alegava. Dito de outra forma, que cada litigante tinha a obrigação de provar o que afirmava para ter uma expectativa de ganhar o processo¹⁴. Esse foi o *onus probandi* e é, por isso, o primeiro conceito de ónus da prova: obrigação de cada parte trazer provas ao processo em defesa da sua posição. Era, ademais, uma obrigação muito antiga¹⁵ e realmente bastante lógica, quase intuitiva. Se se parte da máxima da experiência de que salvo casos excepcionais, uma parte age sempre em seu próprio benefício e nada faz pela contraparte, a prova era, segundo essa antiga conceção, uma das suas principais armas para obter ganho de causa no processo.

O conceito é coincidente com a primeira aceção moderna do referido *onus probandi* medieval: o chamado ónus subjetivo da prova, também denominado ónus formal¹⁶. Supõe precisamente isso, que cada parte deve trazer ao processo a prova dos factos que lhe são favoráveis¹⁷, tal como dispõe de modo muito sintético, por exemplo, o artigo 196 do Código Processual Civil peruano de 1993¹⁸. A doutrina traçou inclusivamente um mapa dos referidos factos para orientar os litigantes, estabelecendo que o demandante deve provar os factos

¹² KASER / HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, pág. 493. PRÜTTING, Hanns, “Carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y Karl Heinz Schwab para el desarrollo del moderno Derecho probatorio”, *Revista Ius et Praxis*, 2010, n. 1, pág. 457.

¹³ Vid. NÖRR, Knut Wolfgang, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, Berlin 2012, págs. 78 e segs.

¹⁴ Melhor examinado em NIEVA FENOLL, “La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida”, en NIEVA / FERRER / GIANNINI, *Contra la carga de la prueba*, Madrid 2019, págs. 25 e segs.

¹⁵ KASER / HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., pág. 118.

¹⁶ Vid. SUNDELIN, *Die Staats-Anwaltschaft in Deutschland*, Anklam 1860, pág. 121.

¹⁷ WEBER, Adolph Dieterich, *Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß*, Halle 1805, págs. 154 e segs.

¹⁸ Artigo 196.- Ónus da prova.- Salvo disposição em contrário, o ónus de provar recai sobre quem afirma os factos que configuram a sua pretensão, ou sobre quem os contradiz alegando novos factos.

constitutivos da sua pretensão, e o demandado os factos impeditivos, extintivos e excludentes da dita pretensão¹⁹. Sem tanto detalhe, mas com a mesma ideia de fundo, se falou na *Common Law* da *burden of production*, nos EUA²⁰, ou da *evidential burden*, no Reino Unido²¹, que são simplesmente imitações do ónus subjetivo, contendo o mesmo conteúdo.

Confirma-se, portanto, que se trata da conceção originária de ónus da prova posterior à Idade Média. A doutrina posterior, consciente da injustiça decorrente de uma interpretação restritiva da regra, desenhou diferentes formas de suavizá-la²². Começou BENTHAM²³ com uma antiga ideia medieval²⁴ que resgata no seu conhecido livro sobre a matéria, e que estabelece que deve ter o ónus – sempre subjetivo – da prova a parte à qual seja mais fácil provar um facto, isto é, aquilo a que a doutrina posteriormente chamou de *facilidad probatoria*²⁵ ou, em Itália, de *vicinanza probatoria*²⁶. Essa ideia, obviamente, alterava a original e rígida distribuição do ónus.

Nessa mesma ideia se basearam depois as chamadas inversões do ónus da prova²⁷ – que, se bem vistas as coisas, não se trata de inversão alguma –, e ainda mais adiante essa ideia, carregada de insegurança jurídica, veio a constituir a chamada *carga dinámica de la prueba*²⁸, que ficou refletida no arti-

¹⁹ LEIPOLD, Dieter, *Comentario al §286 ZPO*, em: “STEIN/JONAS, Kommentar zur ZPO, Tübingen 1997”, pág. 527. Vid. também D’ALESSANDRO, E., “Onere della prova e legge applicabile”, *Giurisprudenza italiana*, Nov. 2018, pág. 2546.

²⁰ REDMAYNE, Mike, “Standards of Proof in Civil Litigation”, *Modern Law Review* 62, n.2, março 1999, pág. 172.

²¹ DENNIS, *The Law of Evidence*, London 2013, pág. 442.

²² Vid. seu estrito – e surpreendente – funcionamento no antigo período em LESSONA, Carlo, *Teoría general de la prueba en Derecho Civil*, Parte General, Trad. de Enrique Aguilera de Paz, Madrid 1928, págs. 118 e segs.

²³ BENTHAM, Jérémie, *Traité des preuves judiciaires*, Paris 1823, t. II, Lib. VII, cap. XVI, pág. 163.

²⁴ DE FANO, Martino, Negativa qualiter probanda, em: “AAVV, Tractatus illustrium in utraque tum Pontificii, tum Caesarei iuris facultate Iurisconsultorum, De Probationibus”, T. IV, Venecia 1584, pág. 12, n. 3 (“Probandi facilitas transmittit onus probationis. Legitimatío personae standi in iudicio per quem probanda”): “Quarto fallit, quando illud quod negatur, esse quodmodo impossibilis probationis quo ad ipsum negantem, et facilis probationis quo ad adversarium. exemplum, si teneris mihi quolibet anno pro anima patris dicere unam missam, nam si allego te non dixisse hoc anno, impossibilis mihi esse talis probatio, et quo ad te facilis probatio censetur, merito tibi tale onus incumbit propter facilitatem. ad hoc induco Bald. in l. cum mulier in sua repeti solu matri.”

²⁵ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Comentario al art. 1252 del Código Civil*, en: “Comentarios al Código Civil y compilaciones forales” (dirigidos por Albaladejo), Madrid 1991, tomo XVI, vol. 2, págs. 66-68.

²⁶ BESSO-MARCHEIS, “La vicinanza della prova”, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 16, 2015, págs. 93 e segs. Em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19962/14303>.

²⁷ Sobre el concepto, ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*, Madrid 2011, págs. 62 e segs.

²⁸ PEYRANO, Jorge W (dir. y coautor), *Cargas probatorias dinámicas*, Buenos aires 2008, em especial págs. 13 e segs., 19 e segs. e 75 e segs.

go 217.7 do Código de Processo Civil espanhol²⁹, ou no artigo 167 do Código Processual Civil colombiano de 2012³⁰ ou no artigo 214 do Anteprojeto do Código Processual Civil e Comercial da Nação argentina de 2019³¹. Na reali-

²⁹ Artigo 217. Ónus da prova.

1. Quando, no momento de ditar sentença ou decisão similar, o tribunal considerar certos factos relevantes para a decisão como duvidosos, terá de indeferir as reivindicações do autor ou do réu reconvincente, ou as do réu ou do autor reconvincente, conforme o ónus da prova dos factos que permanecem incertos e que sustentam as pretensões corresponda a um ou a outro.
 2. Compete ao autor e ao réu reconvincente o ónus de provar a veracidade dos fatos dos quais, segundo as normas jurídicas que lhes são aplicáveis, normalmente resulta o efeito jurídico correspondente às pretensões da ação e da reconvenção.
 3. Incumbe ao réu e ao autor reconvincente o ónus de provar os factos que, conforme as normas que lhe sejam aplicáveis, impeçam, extingam ou ampliam a eficácia jurídica dos fatos a que se refere o inciso anterior.
 4. Nos processos de concorrência desleal e de publicidade ilegal, caberá ao réu o ónus da prova da exatidão e veracidade das indicações e afirmações feitas e dos elementos materiais expressos na publicidade, respetivamente.
 5. De acordo com a legislação processual, naqueles procedimentos em que as alegações do autor se baseiam em ações discriminatórias em razão do sexo, caberá ao réu provar a inexistência de discriminação nas medidas adotadas e a sua proporcionalidade.
- Para os efeitos do disposto no parágrafo anterior, o órgão judicial, a requerimento de uma das partes, poderá recolher, se o considerar útil e pertinente, relatório ou parecer dos órgãos públicos competentes.
6. As regras constantes dos números anteriores serão sempre aplicáveis, exceto quando uma disposição legal, com recurso a critérios especiais, vier expressamente distribuir o ónus da prova dos factos relevantes de modo diverso.
 7. Para a aplicação do disposto nos parágrafos anteriores, o tribunal deve ter em conta a disponibilidade e a facilidade probatória que corresponda a cada uma das partes em litígio.

³⁰ Artigo 167. Ónus da prova. Compete às partes provar o pressuposto de facto das normas que consagram o efeito jurídico que elas pretendem obter. No entanto, dependendo das particularidades do caso, o juiz poderá, oficiosamente ou a requerimento da parte, distribuir o ónus no momento em que decretar a prova, durante a sua produção ou em qualquer momento do processo antes da decisão, exigindo a prova de determinado facto à parte que se encontre em situação mais favorável para fornecer as provas ou os esclarecimentos relativos aos factos controvertidos.

Considerar-se-á que a parte está em melhores condições de o fazer em virtude da sua proximidade com o material probatório, por ter o objeto da prova em seu poder, por circunstâncias técnicas especiais, por ter intervindo diretamente nos factos que deram origem ao litígio, ou por se encontrar a contraparte num estado de fragilidade ou incapacidade, entre outras circunstâncias semelhantes. Quando o juiz adotar esta medida, da qual caberá recurso, concederá à parte correspondente o prazo necessário para fornecer ou solicitar as respetivas provas, as quais ficarão sujeitas às regras do contraditório previstas neste código. Os factos notórios e as afirmações ou negações genéricas não exigem prova.

³¹ Artigo 214.- Ónus da prova. O ónus da prova caberá a quem afirma a existência de um facto controvertido ou de um preceito legal que o juiz ou o tribunal não tenham o dever de conhecer. Caberá a cada uma das partes o ónus de provar o pressuposto factual das normas respeitantes à sua pretensão, por impugnação ou exceção.

No entanto, dependendo das particularidades do caso, o juiz pode, oficiosamente ou a requerimento de uma das partes, distribuir o ónus no momento em que ordena a produção da prova, exigindo a comprovação de determinado facto à parte que se encontre em situação mais favorável para juntar

dade, como vieram a reconhecer estas normas, nada mais está em causa do que a mesmíssima facilidade probatória, designada com um nome quiçá mais atrativo para alguns observadores. Mas em todo o caso, continuamos a falar do mesmo: do ónus subjetivo e dos seus matizes. Curioso é, por vezes, o empenho da doutrina em complicar terminologicamente conceitos que já por si trazem bastantes problemas. Um último exemplo desta tendência é a chamada, por alguns autores, *tactical burden of the proof*³², que significa nem mais nem menos do que, conforme vai avançando o processo e as partes expõem as suas provas, dependendo da força que possa ter um argumento probatório de uma parte, a contrária se vê forçada a apresentar um meio de prova mais convincente. Pura lógica de estratégia probatória de qualquer processo elevada a categoria doutrinal, sem que tenha a mínima utilidade. Dito de outro modo, seguimos no âmbito do ónus subjetivo.

Todavia, tudo o que acabou de expor aponta já ao seguinte conceito, provavelmente o mais obscuro de todos os que afetam – poder-se-ia dizer “afligem” – o ónus da prova: *ónus objetivo*, originalmente denominado ónus material³³ ou ónus de investigação³⁴, denominação esta última muito indicativa do que significa³⁵. Com o mesmo se designaria não a parte que deve provar um facto, mas quais os factos que devem ser provados no processo para se poder emitir uma decisão. O conceito, segundo a conceção original de GLASER³⁶, pretendia eliminar o risco de que um juiz, ao não se poder provar um facto, desse automaticamente como provado o seu contrário. Esse risco seria sofrido pelo litigante que beneficiaria com o facto. Portanto, o ónus objetivo da prova consistirá em determinar, não a que litigante é mais fácil provar um facto – esse é o ónus subjetivo –, mas sim a que parte prejudicará a falta da prova de um facto.

prova ou prestar esclarecimentos sobre os factos controvertidos.

Considerar-se-á que a parte está em melhores condições de o fazer em virtude da sua proximidade com o material probatório, por ter o objeto da prova em seu poder, por circunstâncias técnicas especiais, por ter intervindo diretamente nos factos que deram origem ao litígio, ou por se encontrar a contraparte num estado de fragilidade ou incapacidade, entre outras circunstâncias semelhantes. À parte a quem se imponha o ónus será dado prazo suficiente para juntar a prova.

³² GORDON, Thomas F. / WALTON, Douglas, “A formal model of legal proof standards and burdens”, em EMEREN, F.H. van (Ed.); GARSSSEN, B. (Ed.); GODDEN, D. (Ed.); MEUFFELS, B. (Ed.) ; International Society for the Study of Argumentation -ISSA-:7th Conference of the International Society for the Study of Argumentation 2010. *Proceedings*: Amsterdam, June 29 to July 2, 2010, Amsterdam: Sic Sac, 2011, págs. 644 e segs. PRAKKEN, H. / SARTOR, G., “A Logical Analysis of Burdens of Proof”. en KAPTEIN, H. / PRAKKEN, H. / VERHEIJ, B. (Eds.), *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, Farnham 2009, págs. 223 e segs. BEX, F. / WALTON, D., “Burdens and standards of proof for inference to the best explanation: three case studies”, *Law, Probability and Risk* 11, 2012, pág. 118.

³³ GLASER, Julius, *Handbuch des Strafprozesses*, vol. I, 1883, pág. 364.

³⁴ Sobre a questão terminológica, vid. ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit. págs. 26-27.

³⁵ ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit. pág. 34.

³⁶ GLASER, Julius, *Handbuch des Strafprozesses*, vol. I, 1883, pág. 364.

Não obstante, é muito importante saber que essa noção – algo estranha e em boa medida tautológica do ónus subjetivo³⁷ – era proveniente do processo penal, e servia sobretudo para explicar o porquê de o acusado, sem ter o ónus subjetivo da prova e, portanto, sem ter que cumprir com a obrigação de carrear meios de prova, podia a final acabar condenado. Seja como for, o conceito passou para o terreno do processo civil e sofreu uma intensa reelaboração por parte de ROSENBERG³⁸, que é quem, em minha opinião, lhe dá um autêntico conteúdo, ainda que, levando a lógica das suas ideias até ao limite, acabe por lhe subtrair o conteúdo, como veremos.

Disse ROSENBERG³⁹, falando do ónus subjetivo da prova, que o conceito inicial tinha evoluído no sentido de superar a conceção originária de *onus probandi* no sistema de prova legal. Nesse sistema, como se explicará mais adiante, os litígios eram decididos em função do facto de cada parte ter ou não juntado as suas provas, e não em razão da valoração dessas provas. Ou seja, verificava-se somente se demandante e demandado haviam juntado as respetivas provas. E depois, para ver quem ganhava o processo pesava-se ou somava-se a prova trazida por cada parte em função dos standards *plena probatio* e *semiplena probatio* que veremos na secção seguinte, mas nada mais, ou seja, não se apreciava realmente - isto é, racionalmente - a prova.

Pois bem, ROSENBERG⁴⁰ dizia-nos que a partir da introdução da frase “*unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen*”⁴¹ no §286 ZPO⁴², já havia deixado de importar quem juntava a prova, pois independentemente disso o tribunal valoraria esse facto, ou seja, tomaria em consideração todo o material aportado. Esse preceito, por certo, foi o que introduziu o sistema de livre apreciação na Alemanha. Estamos também diante de tenebrosa génese, nunca explicada por CHIOVENDA⁴³ – que exponho sem citá-lo – do chamado pelas doutrinas italiana⁴⁴ e espanhola “princípio da aquisição”, que é impor-

³⁷ O ónus subjetivo diz-nos qual a parte a quem é mais fácil provar um facto. Caso não o faça, essa será a parte prejudicada pela falta de prova do facto, e aqui está o ónus objetivo, mas pressupondo uma relevante identidade com o ónus subjetivo, com a principal exceção do arguido no processo penal, como veremos.

³⁸ ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit. págs. 34 e segs.

³⁹ ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit. págs. 28 e segs.

⁴⁰ ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit. pág. 30.

⁴¹ Tradução: “considerando o conteúdo global das atuações”.

⁴² § 286 Freie Beweiswürdigung. (1) Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind. (2) An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.

⁴³ CHIOVENDA, Giuseppe, *Principi di Diritto Processuale*, 3ª ed. Napoli 1923, pág. 748.

⁴⁴ Vid. TARUFFO, M., “La valutazione delle prove”, en AAVV (dir. TARUFFO), *La prova nel processo civile*, Milano 2012, na série CICU / MESSINEO / MENGONI / SCHLESINGER, *Trattato di*

tantíssimo na matéria que aqui estamos a analisar. Essa origem não é mais do que a consequência lógica da introdução do sistema de livre apreciação. Com o mesmo se deixou para trás o antigo sistema – o da prova legal – e se introduziu o novo, o de livre apreciação, no qual o *onus probandi* – o ónus subjetivo – tinha deixado de ter, como se acaba de evidenciar, sentido algum. Já não importava de modo algum qual o litigante que juntava as provas ao processo. Nesse momento devia ter sido eliminado pela doutrina o conceito de ónus de prova porque era uma peça de um sistema, o legal, que em grande medida havia deixado de existir.

Houve quem, à data, assinalasse esta fatal consequência⁴⁵, mas WACH⁴⁶, sendo muito jovem⁴⁷, desqualificou com evidente arrogância aqueles que sustentaram tal tese, muito provavelmente por considerar que a mesma abria as portas à vigência do princípio do inquisitório no processo⁴⁸, quando na verdade assim não é. Seja como for, é muito provável que WACH tenha influenciado boa parte da doutrina pela disseminação das suas ideias, e também neste particular ROSENBERG – não tanto noutros aspetos do mesmo assunto –, quando, em 1900, redige a primeira versão do seu livro sobre esta temática. Na verdade, em 1925, WACH fez uma revisão ao livro de ROSENBERG⁴⁹, e consta que eles se conheciam⁵⁰. Quem sabe se essas circunstâncias influenciaram ROSENBERG a perpetrar um autêntico ato de nostalgia científica dificilmente explicável, reafirmando com maior influência do que qualquer outro autor a ideia de GLASER. E assim decidiu, em primeiro lugar, não propor – surpreendentemente – a abolição do conceito de ónus subjetivo – apesar do que havia dito

Diritto civile e commerciale págs. 249 e segs.

⁴⁵ KOHLER, Josef (con HOLTZENDORFF), *Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, vol. 3, Leipzig 1904, págs. 315 e segs. BAR, L., *Recht und Beweis im Zivilprozesse*, Leipzig 1867, págs. 46 e segs.

⁴⁶ WACH, Adolf, *Der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung*, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* vol. 14 1872, pág. 357: „Eine der größten Thorheiten der Reformjurisprudenz ist die Behauptung, die freie Beweistheorie führe zur Beseitigung der Grundsätze über Vertheilung der Beweislast. Sie beruht auf einer groben Verwechslung des inquisitorischen Princips des Strafprocesses, der Pflicht des Richters zur selbstthätigen Beschaffung der Beweise und der Emancipation von Beweisregeln bei Beurtheilung des von der Parteien gelieferten Materials. Die vielgehörte Erwägung, weil der Richter aus dem Ergebnis der ganzen Verhandlung unter Würdigung Umstände sich seine Ueberzeugung zu bilden habe, so kann nur noch darauf ankommen, ob bewiesen ist, nicht wer zu beweisen und beweisen habe, ist ein Trugschluss. Dem Richter kann es allerdings gleich sein, wer bewiesen hat, wenn bewiesen ist, aber nicht wer zu beweisen hatte, wenn nicht bewiesen ist. Die Sätze *actore non probante reus absolvitur* und *reus excipiendo actor fit* bleiben unerschüttert (...)“.

⁴⁷ Nasceu em 1843 em Kulm (atual Chelmno), por isso, na altura da sua escrita, tinha 29 anos de idade.

⁴⁸ Tal se deduz, claramente, no texto da nota anterior. WACH, *Der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung*, cit. págs. 331 e segs, 357-358.

⁴⁹ WACH, Adolf, “Rez. Rosenberg, *Beweislast*, 2. Auflage”, *Juristische Wochenschrift*, 54, 1925, pág. 722.

⁵⁰ GRÄFE, Ulrike, *Leo Rosenberg – Leben und Wirken (1879-1963)*, Berlin 2011, págs. 46 e segs.

a esse respeito – e, em segundo lugar – ao contrário da opinião de WACH⁵¹ –, estabelecer o conceito de ónus objetivo, que, deve notar-se, nada mais é do que uma consequência da abolição do conceito de ónus subjetivo e que, no fundo, tenta manter doutrinariamente aquela velha ideia, ainda que de um modo forçado. E assim afirmou que embora já não interessasse, na verdade, quem havia fornecido a prova no processo para efeitos de valoração, havia ainda interesse em determinar quem seria prejudicado pela falta de prova de um facto independentemente da sua atuação no processo. Era esse o único conteúdo do ónus objetivo. E nenhum outro⁵².

E digo isso porque a partir desse momento, como vem a reconhecer o próprio ROSENBERG, o conceito separa-se definitivamente da definição de “ónus”, porque na realidade ninguém tem o ónus, o que se passa é que sem a prova desses factos, não é que o processo não se resolva, mas que, na verdade, a noção de ónus objetivo supera por completo a repartição de responsabilidades probatórias entre os litigantes e descreve um conjunto de factos controvertidos que deveriam ser resolvidos para se poder emitir a decisão judicial. O conceito poderia ser relevante nos processos em que a produção oficiosa de prova possa ser praticada, pois de alguma forma podia-se dizer que ela serve para orientar o trabalho do juiz – embora ele estivesse perfeitamente orientado sem ela, como se verá mais adiante –, mas fora disso apenas marca o campo de ação do ónus subjetivo, o que provoca a – quase completa – tautologia a que antes me referi. Ou seja, o ónus objetivo definiria os factos que devem ser provados, e o subjetivo quem deve prová-los. Por esse motivo se disse que numa sequência lógica primeiro se considera o ónus objetivo, e depois o subjetivo⁵³.

Mas, como se disse, isso obscurece completamente o conceito de “ónus”, distanciando-o completamente do originário *onus probandi*. Com o conceito de “ónus” objetivo estamos antes diante de uma lista de factos a serem provados, e que devem ser demonstrados através dos meios de prova que serão objeto de apreciação judicial. E é justamente aí que se coloca a questão de saber que força deve ter a prova que se obtém no processo com vista à criação da convicção judicial. É como se, de repente, a palavra “ónus”, de designar uma espécie de

⁵¹ WACH, „Beweislast nach dem BGB“, *ZZP*, 29, 1901, págs. 363-364., definiu o ónus material como um „gegenstandsloser Begriff“, ou seja, um conceito sem objeto.

⁵² Vid. o próprio ROSENBERG, Leo, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, Berlin 1929, pág. 368. E, seguindo-o, toda a doutrina: POHLMANN, Petra, *Zivilprozessrecht*, München 2014, pág. 153, LÜKE, Wolfgang, *Zivilprozessrecht*, München 2011, pág. 273, JAUERNIG, Othmar / HESS, Burkhard, *Zivilprozessrecht*, München 2011, págs. 202-203. MUSIELAK, Hans-Joachim, *Grundkurs ZPO*, München 2002, pág. 279. GRUNSKY, *Zivilprozessrecht*, Bielefeld 2003, pág. 40. SCHILKEN, Eberhard, *Zivilprozessrecht*, München 2006, págs. 271-272, ou a própria edição atual do manual de ROSENBERG: ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, München 2018, pág. 697.

⁵³ Vid. ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, München 2018, pág. 697, LAUMEN, Hans-Willi, „Grundbegriffe der Beweislast“, en Baumgärtel / Laumen / Prütting, *Handbuch der Beweislast*, München 2009, págs. 42-43.

“obrigação” das partes, passasse a assumir um sentido mais literal e se transformasse num “peso” que a prova deve ter para ser convincente.

No entanto, é um salto argumentativo realmente intransponível, pois vai além da questão de quem fornece a prova para a questão da sua apreciação, que são coisas absolutamente diferentes e que só poderiam ser relacionadas, como veremos adiante, num sistema de prova legal onde, precisamente, a questão de quem fornece a prova não é apenas um auxílio ao juiz na apreciação da prova, mas sim algo que substitui essa apreciação⁵⁴. É desta consciência implícita que ROSENBERG⁵⁵, totalmente orientado pelo sistema da livre apreciação e tentando superar o sistema de prova legal, disse que as normas do ónus da prova não são necessárias quando o facto é notório, quando foi confessado por uma das partes ou quando um juiz usa máximas da experiência para construir a sua convicção.

ROSENBERG mal estava consciente das consequências desta última frase, que influenciou, por certo, o art. 139 do Código Geral de Processo do Uruguai de 1988⁵⁶ ou em parte o art. 136 do Código de Processo Civil boliviano de 2013⁵⁷. Se a dúvida sobre os factos se resolve por meio de máximas de experiência, ou seja, através de um raciocínio lógico que verte na sentença a convicção causada pela produção do meio de prova, acaba-se substituindo o ónus – agora objetivo – da prova pelo sistema de livre apreciação. Algo significará que LAUMEN⁵⁸, partindo da opinião de BENDER, NACK e TREUER⁵⁹, reconheça que quase toda a prova – exceto o reconhecimento judicial – é indireta, ou seja, indiciária⁶⁰.

É curioso, e até revelador, que ROSENBERG, na página imediatamente anterior⁶¹ da sua obra, diga que não se pode distinguir a resposta à pergunta

⁵⁴ É absolutamente fundamental ler TARUFFO, Michele, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova 1970, págs. 14-18, para entender até às últimas consequências os antecedentes e a essência do que acaba de afirmar, que também confundiram MICHELI, Gian Antonio, em su *L'onere della prova*, Padova 1966, págs. 141 e segs.

⁵⁵ ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit. pág. 55.

⁵⁶ Artigo 139.- Ónus da prova. 1 A quem pretende algo, cabe a prova dos factos constitutivos da sua pretensão; aquele que se opõe tem o ónus de provar os factos modificativos, impeditivos ou extintivos daquela pretensão. 2. A distribuição do ónus da prova não obstará à iniciativa probatória do tribunal nem à sua apreciação, conforme com as regras do senso comum, das omissões ou deficiências da prova.

⁵⁷ Artigo 136. (ónus da prova). I Quem pretende alegar um direito, deve provar os factos constitutivos da sua pretensão. II. Quem se opuser à pretensão da contraparte, deve provar os factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. III. O ónus da prova que o presente Código impõe às partes não impedirá a iniciativa probatória da autoridade judicial.

⁵⁸ LAUMEN, „Grundbegriffe der Beweislast“, cit. pág. 308.

⁵⁹ BENDER, Rolf / NACK, Armin / TREUER, Wolf-Dieter, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, München 2007, pág. 145.

⁶⁰ Abordagem já expressa em BENDER, Rolf / NACK, Armin, *Grundzüge einer Allgemeinen Beweislehre*, Deutsche Richterzeitung 1980, pág. 121, e compartilhada com MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Técnica probatoria*, 3ª ed., Barcelona 1993, pág. 20.

⁶¹ ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit. pág. 54.

“o que deve ser provado?” daquela à pergunta “quem deve provar?”, visto que a resposta à primeira pergunta também dá a resposta à segunda, uma vez que elas não podem ser separadas. Desta forma, ónus objetivo e subjetivo andariam de mãos dadas. É também revelador que, ao mudar o ordenamento jurídico, o conceito complementar ao de *burden of production* na Common Law seja o de *burden of persuasion* – ou *persuasive burden* ou *probative burden* no Reino Unido⁶² –, destinado sobretudo para o júri, e que se foca precisamente em quais “standards de prova” devem ser cumpridos para se dar um facto como provado em cada processo. Ou seja, como veremos na secção seguinte, qual o nível de convicção que o juiz deve ter para considerar um facto como provado⁶³. E isso leva ao passo final não tão claramente dado pela doutrina alemã: acaba-se identificando o ónus da prova com a apreciação do mesmo, o que esgota de conteúdo o conceito de *ónus objetivo* e o de *burden of persuasion*. Ou seja, em ambas as noções estão a descrever a apreciação da prova, focando-se no nível de convicção, isto é, na própria essência da apreciação da prova.

Consequentemente, o conceito, ou deixa de chamar-se “ónus” – exceto se, como se disse, se identificar como um peso –, ou simplesmente se torna redundante com o da apreciação.

Mas há ainda outra consequência importante do conceito de ónus objetivo a que já foi feita referência, mas que vale a pena lembrar, e que é uma nova consequência do sistema de livre apreciação e que ultrapassa a versão original do princípio do dispositivo no qual se baseava o sistema legal como forma de controle da atuação do juiz. No processo identificam-se os factos que devem ser provados, mas, como vimos, para efeitos do princípio da aquisição já não interessa quem os apresenta, de modo que as provas trazidas por uma parte e que em princípio a beneficiariam, podem conter informações que acabam por beneficiar a parte contrária. E isso é relevante para efeito da apreciação, porque o que importa é que o fato seja objeto de prova, que permita esclarecê-lo, independentemente de quem contribua para esse esclarecimento, o que, como já se disse, era a única coisa que importava no sistema de prova legal. Acontece constantemente que um documento contenha informações que podem beneficiar a parte contrária, ou que uma testemunha se torne hostil a quem a arrolou. E isso não importa, uma vez que as informações fornecidas por esses meios de prova são úteis para o processo, independentemente de quem os forneceu. Tudo o que foi descrito, já se disse, é o que se denomina desde CHIOVENDA como “princípio da aquisição”, que curiosamente tem sido objeto de um estudo bastante superficial, pois o seu conteúdo é simplesmente considerado como

⁶² DENNIS, *The Law of Evidence*, cit. pág. 441.

⁶³ BEX / WALTON, “Burdens and standards of proof for inference to the best explanation: three case studies”, cit. pág. 113, 117.

algo lógico⁶⁴.

E na realidade, não é. É uma consequência simples do sistema de livre apreciação, onde se espera que as partes colaborem com o juiz no esclarecimento dos factos⁶⁵, e não apenas que forneçam meios de prova que as beneficiem, como ocorria no sistema de prova legal. E eis que finalmente o processo se converteu, atualmente, naquilo que nunca devia ter deixado de ser: um espaço que ponha o juiz nas melhores condições para receber as alegações das partes e a prova dos factos, valorando-as livremente sem recorrer aos atalhos do ónus subjetivo da prova, que muitas vezes levam a resultados absurdos.

Assim se completou uma evolução, ao mesmo tempo que desapareceu um conceito⁶⁶. No sistema de livre apreciação, a utilidade do ónus objetivo identifica-se com a valoração da prova, e o ónus subjetivo deixa ter sentido com o princípio da aquisição. Talvez fosse o único destino possível para duas instituições que derivavam do sistema legal e que tinham sentido nesse sistema. Veremos a seguir.

3. Conceito e tipos de *standards* de prova.

É necessário aprofundar os meandros desse «ónus» objetivo, tão semelhante ao *burden of persuasion* se olharmos para a essência de ambos e não atentarmos apenas nas definições doutrinárias que apenas criam fronteiras artificiais entre noções análogas ou idênticas.

Ao longo da história e em várias culturas jurídicas, existiram referências ao que atualmente se chama, por influência anglo-saxónica, de “*standards* da prova”⁶⁷. É extremamente interessante levar em consideração que se trata de um assunto repetidamente abordado, por vezes de forma fechada e outras de forma mais aberta, como é o caso atualmente. Chegou-se a dizer que “*standards of proof are a simple concept, unless you stop to think about them*”⁶⁸. Não é uma má orientação para ponto de partida, embora possa ser errónea a final.

⁶⁴ Vid. novamente TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit. págs. 14-18.

⁶⁵ ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl Heinz / GOTTWALD, Peter, *Zivilprozessrecht*, cit. págs. 427-428.

⁶⁶ Foi apontado ou intuído em sua época por MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Técnica probatoria*, Barcelona 1967, pág. 46.

⁶⁷ Para uma perspetiva comparatista, ainda que com erros, consultar CLERMONT, K.M. / SHERWIN, E., “A Comparative View of Standards of Proof”, *American Journal of Comparative Law* 50, n. 2, primavera 2002, págs. 243 e segs. Vid. los errores de este artículo señalados y debidamente subsanados por TARUFFO, M., “Rethinking the Standards of Proof”, *American Journal of Comparative Law* 51, n. 3 verano 2003, págs. 659 e segs. Vid. também CLERMONT, K. M., “Standards of Proof Revisited”, *Cornell Law Faculty Publications*, 13, 2009, págs. 469 e segs.

⁶⁸ CLERMONT, K.M., “Staying Faithful to the Standards of Proof”, *Cornell Legal Studies Research Paper* n. 18-45, 2018, pág. 2.

Os primeiros a surgir na história foram os standards do sistema de prova legal. Conhecia apenas dois desses standards⁶⁹, além de um terceiro que foi por vezes citado, mas que tinha uma definição extremamente vaga para o processo penal. Refiro-me à *plena probatio*, à *semiplena probatio* e, finalmente, aquele terceiro standard conhecido por alguns autores denominado *probatio pleníssima*, à qual mal me referirei já que o seu conteúdo é extremamente impreciso⁷⁰.

A *plena probatio* foi o standard de convicção – em princípio – máximo que se podia alcançar no processo. Era alcançado por meio de um documento público – muitas vezes dizia-se exatamente qual deveria ser⁷¹-, ou dois testemunhos diretos, ou através de uma declaração ajuramentada. Na verdade, e em todo o caso, tratava-se do mesmo pano de fundo: o juramento. Por detrás de um documento público havia um notário que jurava que era verdade, ou as duas testemunhas juravam, ou era o próprio litigante jurava. Portanto, era um standard puramente religioso, para ser mais exato, que fazia depender a convicção judicial da fé, que a relacionava com uma ordália. De facto, o juramento foi um modo de civilizar essas ordálias⁷². E como já foi dito, o nível de convicção era máximo⁷³. Nessa época não se podia duvidar da fé, ou seja, da vontade divina.

A *semiplena probatio* era tudo o mais, ou seja, o documento particular, um único testemunho – ou testemunhos indiretos – ou uma declaração de parte não ajuramentada. Daí surgiram os indícios, posteriormente incluídos no estudo das presunções. A essa altura, a apreciação dessas provas devia ser livre, mas, na realidade, acabava-se a somar o número de provas semiplenas⁷⁴, sem apreciá-las, de forma alguma, de modo lógico. Em todo o caso, tratava-se de um nível de convicção inferior ao anterior. Foi por esse motivo que no processo penal se proibiram os testemunhos indiretos (de “ouvi-dizer”)⁷⁵, e também

⁶⁹ Cfr. ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Práctica general forense*, T. II, Madrid 1856, págs. 239, 255, 257 e especialmente 271. DE VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Madrid 1856, pág. 133.

⁷⁰ NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit. pág. 129. A classificação de pleníssima, plena e semiplena era de AZZONE, *Summa Azonis*, Venecia 1581, lib. III, 1 (De iudicis), 18, 19. DURANTE, *Speculum iuris*, Venecia 1602, lib. I, Part. I, *De summaria cognitione*, 1, 2 e 3.

⁷¹ Seguindo sobretudo as indicações do Codex, ainda que posteriormente as leis de cada território adaptassem esses documentos à sua realidade. Vid. Partida III, Tít. 18.

⁷² Melhor desenvolvido em NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, cit. págs. 41 e segs.

⁷³ GARNOT, B., “Voltaire et la justice d’ancien régime: la médiatisation d’une imposture intellectuelle”, *Nouveau Monde Éditions*, 2010, n. 15, pág. 29.

⁷⁴ Vid. JAUMAR Y CARRERA, Joaquín, *Práctica forense*, Barcelona 1840, pág. 48: “Por regla general el conjunto de dos pruebas semiplenas equivale á una de plena, pero carecen de esta fuerza en las causas criminales y aun en las civiles cuando obsta á las dos semiplenas una de plena.” NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, Heidelberg 2012, pág. 128.

⁷⁵ Partida III, tít. XVI, Ley 28. Constitutio criminalis Carolina de 1532, art. 65: **Art. 65. Wie zeugenn sagen sollen.** Jtem die zeugen sollenn sagen von jrem selbs eigen waren wissenn mit antzeigung jrs wissens gruntlicher vrsach. So sy aber vonn frembden hören sagenn wurden, das soll nit genugsam geacht werden.

frequentemente a “prova indiciária”⁷⁶, porque se tratava de obter a *plena probatio*, ou seja, um nível de convicção máxima que alcançasse as exigências de ULPIANO⁷⁷ de não condenar por suspeitas, mas somente por recurso ao que se viria a chamar de “provas diretas”. Na verdade, a *probatio plena* era a única prova direta, sendo a restante indireta, ou seja, *sempilena probatio*.

É, sem dúvida, a primeira tentativa de standardização da apreciação da prova, como de controlar mais do que de ajudar o juiz, afastando-a da sua consciência ou intuição e fazendo com que as ocorrências do processo fossem propriedade das partes, como pretendeu com êxito o remoto *secundum allegata et probata (partium)*⁷⁸. Mas, ao mesmo tempo, já no século XVIII, emergiu na *Common Law* um standard para o processo penal que teria uma jornada muito longa, chegando até aos dias atuais, e que originalmente procurava apenas orientar os juizes. É o *beyond any reasonable doubt* ou “além de qualquer dúvida razoável”⁷⁹, na expressão espanhola que, não há como negar, é um tanto pitoresca, apesar de ter sido acolhida nestes termos pelo art. 340 do Código de Processo Penal do Chile de 2000⁸⁰ ou pelo art. 359 do Código Nacional de Processo Penal do México de 2014⁸¹.

É um standard que se demonstrou⁸² ter surgido de um outro standard anterior pertencente ao direito canónico: a *certeza moral*⁸³. Parte-se do pressuposto de que, se um processo for conduzido de acordo com o que é nele alegado e

⁷⁶ Partida III, tít. XIV, Ley 12.

⁷⁷ Dig. L. 48, tít. 19, 5. Ulpiano: “sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus traianus adsidio severo rescripsit: satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari.”

⁷⁸ Sobre o “partium” remeto ao que indiquei em NIEVA FENOLL, “El mal nombre del principio inquisitivo”, en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Madrid 2016, págs. 30 e segs.

⁷⁹ Vid. DALIA, Gaspare, *Convincimento giudiziale e ragionevole dubbio*, Milano 2018, págs. 1 e segs.

⁸⁰ Artigo 340.- Convicção do tribunal. Ninguém poderá ser condenado por delito senão quando o tribunal que o julgar adquirir, para lá de qualquer dúvida razoável, a convicção de que foi efetivamente cometido o facto punível objeto da acusação e desde que tenha sido o arguido acusado por crime previsto e punido pela lei.

O tribunal formará a sua convicção com base na prova produzida durante o julgamento oral. Não se poderá condenar uma pessoa com fundamento exclusivo no seu próprio depoimento.

⁸¹ Artigo 359. Apreciação da prova. O Tribunal de julgamento deverá fazer referência na sua motivação a todas as provas produzidas, inclusive aquelas que foram desconsideradas, indicando as razões para o fazer. A motivação expressará o raciocínio utilizado para alcançar as conclusões contidas na decisão judicial. Só se poderá condenar o acusado se se verificar uma convicção de culpabilidade além de toda a dúvida razoável. Em caso de dúvida razoável, o Tribunal de julgamento absolverá o arguido.

⁸² WHITMAN, James Q., *The origins of reasonable doubt*, New Haven y London 2005, págs. 187 e segs.

⁸³ LLOBELL TUSET, Joaquín, *La certeza morale nel processo canonico matrimoniale*, en: “Il Diritto Ecclesiástico, 109/1, 1998, pág. 771. ALISTE SANTOS, *Relevancia del concepto canónico de “certeza moral”*, cit. págs. 667-668, e do mesmo autor, *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit. págs. 309 e segs.

provado – aspeto objetivo – perante um juiz devidamente instruído e que atue racionalmente – aspeto subjetivo –, talvez não se possa garantir a descoberta da verdade no processo, mas ter-se-á a “certeza moral” de tê-lo feito. Pois bem, com *além de qualquer dúvida razoável* procurava-se retratar numa expressão os méritos desse conceito de um modo compreensível, de modo a transmitir aos juizes a ideia de que deviam estar muito seguros da culpa de um arguido para o poder condenar⁸⁴. Ou seja, que a condenação só procedia se houvesse uma segurança máxima na convicção de cada juiz, isto é, com uma parte essencial – o aspeto objetivo – dessa certeza moral. Na época em que foi enunciado, o *beyond any reasonable doubt* não tinha, portanto, a intenção de ser um standard máximo, embora mais tarde se tornasse esse standard, mas uma simples instrução para o juiz. Não é de estranhar que pouco depois os revolucionários franceses a expressaram numa tradução livre⁸⁵ como *intime conviction*, expressão que já tinha algum uso na França antes dessa época⁸⁶. Na verdade, tratava-se de exprimir a sua convicção de acordo com o *the best of their knowledge*, expressão inglesa que está na base da conceção moderna do sistema de livre apreciação⁸⁷.

Mas com o passar do tempo, o mundo da *Common Law* sentiu – embora não unanimemente⁸⁸ – a necessidade de determinar melhor os níveis de convic-

⁸⁴ Assim se fazia em 1780, na *Old Bailey* de Londres, como relata WHITMAN, *The origins of reasonable doubt*, cit. pág. 187.

⁸⁵ A primeira vez que o fizeram, ao traduzir a obra de BLACKSTONE, *Commentaires sur les loix angloises*, traduits de l’Anglois par Auguste-Pierre Damiens de Gomicourt sur la quatrieme edition d’Oxford, t. V, Bruselas 1776, pág. 176, traduziram-no simplesmente como “connoissance” (sic).

⁸⁶ Vid. por exemplo, DE LA TOUR, Bertrand, *Oeuvres*, Colonia 1776, pág. 41.

⁸⁷ BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, III, London 1794, cap. 23, págs. 373-374: “As to such evidence as the jury may have in their own consciences, by their private knowledge of facts, it was an ancient doctrine, that this had as much right to sway their judgment as the written or parol evidence which is delivered in court. And therefore it hath been often held, that though no proofs be produced on either side, yet the jury might bring in a verdict. For the oath of the jurors, to find according to their evidence, was construed to be, to do it according to the best of their own knowledge. This seems to have arisen from the ancient practice in taking recognitions of assise, at the first introduction of that remedy; the sheriff being bound to return such recognitors as knew the truth of the fact, and the recognitors, when sworn, being to retire immediately from the bar, and bring in their verdict according to their own personal knowledge, without hearing extrinsic evidence or receiving any direction from the judge. And the same doctrine (when attainments came to be extended to trials by jury, as well as to recognitions of assise) was also applied to the case of common jurors; that they might escape the heavy penalties of the attainment, in case they could shew by any additional proof, that their verdict was agreeable to the truth, though not according to the evidence produced: with which additional proof the law presumed they were privately acquainted, though it did not appear in court. But this doctrine was again gradually exploded, when attainments began to be disused, and new trials introduced in their stead. For it is quite incompatible with the grounds upon which such new trials are every day awarded, viz. that the verdict was given without, or contrary to, evidence. And therefore, together with new trials, the practice seems to have been first introduced, which now universally obtains, that if a juror knows any thing of the matter in issue, he may be sworn as a witness, and give his evidence publicly in court.”

⁸⁸ São bem conhecidas as críticas de WIGMORE, John Henry, *A Treatise on the System of Evidence in*

ção a fim de tentar evitar – creio que em vão – decisões erróneas, surgindo assim a “probabilidade preponderante” – *preponderance of evidence* –⁸⁹ ou *balance of probabilities* no Reino Unido⁹⁰ e a *clear and convincing evidence*⁹¹. A primeira seria o standard mínimo para se considerar na sentença um facto como provado, que poderia representar-se intuitivamente com um percentual de condenação de 50,01 %⁹². O segundo seria mais exigente, mas um escalão abaixo do “além de qualquer dúvida razoável”. Surgem assim, como se vê, três standards que lembram fortemente a *semiplena probatio* e a *probatio plena*, deixando o *beyond any reasonable doubt* como uma espécie de *probatio plenissima*, tão difícil de definir quanto aquele antigo conceito⁹³. Também se falou em standards inferiores à *preponderance of evidence*, que servem sobretudo para iniciar procedimentos policiais no processo penal. O mais conhecido é, sem dúvida, o da *probable cause*⁹⁴, mas mais alguns foram desenvolvidos sobretudo na jurisprudência estadunidense, mas que não são nem tão conhecidos nem tão utilizados.

Finalmente, na Alemanha fala a doutrina de “medida da prova” – *Beweismaß*⁹⁵. Na verdade, estão em causa diferentes medidas de prova, que oferecem também diferentes níveis de convicção, conhecidos parcialmente pelo Direito continental e pela *Common Law*. Dela se adotou a probabilidade preponderante – *Überwiegensprinzip* –⁹⁶ e o “além de toda a dúvida razoável”, como standards de convicção do processo civil e do processo penal respetivamente, mas há um terceiro standard que é o *Glaubhaftmachung*⁹⁷, que seria equivalente à prova *prima facie* do direito espanhol ou italiano, entre outros. Este último significa um standard mínimo de convicção, suficiente para a adoção de medidas cautelares em geral, exceto as mais graves do processo penal, que requerem um grau de

Trials at Common Law, vol. IV, Boston 1905, §2497-2498, págs. 3540-3547, sobre este aspeto em particular.

⁸⁹ REDMAYNE, M., “Standards of Proof in Civil Litigation”, *Modern Law Review* 62, no. 2, Março 1999, págs. 167 e segs.

⁹⁰ MURPHY, Peter, *Murphy on evidence*, Oxford 2005, pág. 102.

⁹¹ REDMAYNE, M., “Standards of Proof in Civil Litigation”, cit. pág. 187.

⁹² GUERRA, A. / LUPPI, B. / PARISI, F., “Standards of Proof and Civil Litigation: A Game-Theoretic Analysis”, *The B.e. Journal of Theoretical Economics*, 2019, pág. 2.

⁹³ LAUDAN, *Truth, error and Criminal Law*, cit. págs. 29 e segs. DOAK, Jonathan / MCGOURLAY, Claire, *Criminal evidence in context*, London – New York 2009, págs. 58 e segs. KEANE, Adrian, *The modern law of evidence*, London 2000, págs. 92 e segs. CHOO, Andrew L-T, *Evidence*, Oxford 2009, pág. 49.

⁹⁴ IV emenda da Constituição dos EUA. Sobre o tema, MIRANDA ESTRAMPES, M., *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense. Crónica de una muerte anunciada*, Madrid 2019, págs. 17 e segs.

⁹⁵ LEIPOLD, Dieter, *Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß*, Berlin 1985. GOTTWALD, *Das relative Beweismaß im englischen und deutschen Zivilprozeß*, FS Henrich 2000, págs. 165 e segs. SCHWEIZER, *Beweiswürdigung und Beweismaß*, Tübingen 2015. BRINKMANN, M., *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*, Köln 2005.

⁹⁶ SCHWEIZER, *Beweiswürdigung und Beweismaß*, cit., pág. 455.

⁹⁷ SCHERER, Inge, *Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung*, Köln 1996, págs. 4-5 e 75 e segs.

convicção superior. Discute-se se deve também existir uma medida de prova nos casos da *Anscheinbeweis* – prova da aparência⁹⁸, ou seja, nos casos em que claramente a decisão do processo a favor do autor depende de indícios decorrentes de uma prova que normalmente seria considerada insuficiente, mas que em certos casos-tipo frequentes, podem servir para dar origem à lide⁹⁹. Não falta quem tente quantificar com gráficos o *Beweismaß*¹⁰⁰.

Como se verifica, parece que nenhuma família jurídica foi alheia ao tema dos standards. Talvez seja por uma nostalgia da falsa garantia que oferecia o antigo sistema da *probatio plena/semplena probatio*, ou provavelmente por dar algum tipo de orientação aos juizes no que se refere ao cumprimento da tão difícil tarefa de avaliar a prova, uma vez superada a vocação de controlo do *secundum allegata et probata*, e tendo já assumido a confiança que deposita no juiz o sistema da livre apreciação da prova. Embora se tenha de ter em conta alguns factos que são importantes.

Em primeiro lugar, falar de probabilidade preponderante e defini-la como uma conclusão mais provável do que improvável, não é nenhuma ferramenta que ajude o juiz, mas sim uma simples descrição de seu trabalho diário. Desde logo que, para não ser arbitrário, o juiz deve declarar como provado aquilo que pode justificar por meio da motivação que lhe parece mais provável, e não o que lhe parece menos factual. Isso é tão óbvio que nem seria preciso dizê-lo.

Em segundo lugar, deve ter-se presente que a definição dos standards se destina prioritariamente ao júri¹⁰¹, a fim de lhes oferecer pontos de referência que ajudem a construir a intuição não motivada que reflete o seu veredicto¹⁰²,

⁹⁸ Tratei do conceito em NIEVA FENOLL, “Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: nociones que precisan revisión”, na *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Madrid 2016, págs. 268 e segs., traduzido em alemão em NIEVA FENOLL, “Beweislast und Beweiswürdigung: Begriffe, die einer Überprüfung bedürfen”, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 13, 2008, págs. 297 e segs.

⁹⁹ Vid. BRINKMANN, *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*, cit. págs. 54 e segs.

¹⁰⁰ Vid. A surpreendente enumeração de autores e percentagens que apresenta SCHWEIZER, *Beweiswürdigung und Beweismaß*, cit., pág. 454.

¹⁰¹ Tal era reconhecido por WIGMORE, *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, cit. §2497, pág. 3543-3544, citando a opinião de Juez May: “Nevertheless, when anything more than a simple caution and a brief definition is given, the matter tends to become one of mere words, and the actual effect upon the jury, instead of being enlightenment, is rather confusion or, at the least, a continued incomprehension. In practice, these detailed amplifications of the doctrine have usually degenerated into a mere tool for counsel who desire to entrap an unwary judge into forgetfulness of some obscure precedent, or to save a cause for a new trial by quibbling, on appeal, over the verbal propriety of a form of words uttered or declined to be uttered by the judge. “No man can measure with a rule he does not understand; neither can juries determine by rules obscure in themselves and made yet more obscure by attempted definition.” The effort to perpetuate and develop these unserviceable definitions is a useless one, and serves to-day chiefly to aid the purposes of the tactician. It should be wholly abandoned.”

¹⁰² Vid. DANE, Francis C., “In Search of Reasonable Doubt”, *Law and Human Behavior*, vol. 9, n.

tendo-se estudado a possibilidade de o júri poder ser influenciado psicologicamente pelas palavras utilizadas em cada *standard*¹⁰³. No entanto, o método é tão inseguro que recentemente foi até sugerido aos jurados que medissem a sua sensação de surpresa perante a hipótese de que o relato da acusação não fosse verdadeiro¹⁰⁴, a fim de confrontarem a força de sua convicção na culpabilidade. Enfim, mais um capítulo na história de uma relíquia histórica - o júri - que por razões políticas absurdas se recusa a morrer.

Seja como for, os *standards* fazem parte da *burden of persuasion*, ou seja, do momento da decisão, ao contrário da *burden of production*, que opera somente para os juízes no momento de admitir a prova, antes que elas sejam vistas pelo júri, e o que se pretende é que os jurados tenham acesso apenas a material de qualidade, e não a provas falsas, como por exemplo pareceres de especialistas baseados em *junk science*, como recordou a série de sentenças *Daubert*¹⁰⁵. É importante lembrar que no sistema norte-americano ninguém deve motivar o cumprimento dos *standards*, nem mesmo o juiz, pelo que a sua potencialidade se esgota precisamente nesse ponto: a convicção não motivada dos jurados¹⁰⁶. Quero com isto dizer, que não há nada realmente científico por trás desses *standards*, no sentido de que eles não descrevem a realidade, mas um mero *desideratum* psicológico que não vai ser verificado.

Em qualquer caso, mesmo que essa verificação e confirmação fossem feitas pelo juiz, o resultado poderia ser o mesmo. Embora tenha havido esforços muito

2, 1985, pág. 142.

¹⁰³ Foi nesta ideia que se fundamentou o ensaio de KAGEHIRO, D. K. / STANTON, C., "Legal vs. Quantified Definitions of Standards of Proof", *Law and Human Behavior*, vol. 9, n. 2, 1985, págs. 160 e segs.

¹⁰⁴ GINTHER, M.; CHENG, E.K., "Surprise vs. Probability as a Metric for Proof", *Seton Hall Law Review* 48, n. 4, 2018, págs. 1081 e segs. PARDO, M. S., "Epistemology, psychology, and standards of proof: An essay on Risinger's surprise theory", *Seton Hall Law Review*, 48(4), 2018, págs. 1039 e segs. Vid. Também RISINGER, D., "Leveraging surprise: What standards of proof imply that we want from jurors, and what we should say to them to get it", *Seton Hall Law Review*, 48(4), 2018, págs. 965 e segs.

¹⁰⁵ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579 (1993), *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997), *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999). Sobre a jurisprudência do tema, vid. FAIGMAN, David L., "The Daubert Revolution and the Birth of Modernity: Maniging Scientific Evidence in the Age of Science", *Legal Studies Research Paper Series*, n. 19, 46 UC Davis Law Review 2013, pág. 104. FOURNIER, Lisa R., "The Daubert Guidelines: Usefulness, Utilization, and Suggestions for Improving Quality Control", *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, 5, 2016, pág. 308. GARRIE, Daniel B., "Digital Forensic Evidence in the Courtroom: Understanding Content and Quality", *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 12, 2014, 2, pág. 122. VÁZQUEZ, Carmen, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid 2015. DONDI, Angelo, "Paradigmi processuali ed 'expert witness testimony' nel diritto statunitense", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1996, págs. 261 e segs., AULETTA, Ferruccio, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova 2002. ANSANELLI, Vincenzo, *La consulenza tecnica nel processo civile*, Milano 2011, TARUFFO, Michele, "Prova scientifica e giustizia civile", en AAVV, *Giurisprudenza e scienza*, Roma 2017, págs. 241 e segs.

¹⁰⁶ Vid. TARUFFO, "Rethinking the Standards of Proof", cit. pág. 677.

apreciáveis para fornecer conteúdo científico a esses standards¹⁰⁷, a verdade é que esses esforços servem apenas para tentar orientar o juiz mais na sua motivação do que na sua convicção, no sentido de que este terá – teoricamente – de se ajustar ao conteúdo dos standards no momento da exposição das suas conclusões¹⁰⁸. Mas é fácil deduzir que por mais intenso que seja o esforço do juiz nessa exposição, ele acabará por se centrar mais na argumentação da sua decisão, com base num sentimento subjetivo¹⁰⁹, do que num autêntico exercício epistemológico construindo a sua convicção de forma gnosiologicamente correta. Certamente que em qualquer cálculo há uma parte subjetiva¹¹⁰, mas para esse cálculo ser válido, essa subjetividade não pode ser tão sumamente predominante como neste caso¹¹¹.

Esse resultado dececionante¹¹² – também para quem escreve – comprova-se não somente pela simples leitura das motivações dos juizes quanto à sua convicção probatória, mas pela forma como estes selecionam as informações decorrentes da produção da prova, que lhes servirá para estabelecer a sua conclusão preconcebida, geralmente descartando tudo o resto. Agir de outra forma, ademais, seria muito complicado, porque é difícil incluir na motivação da sentença absolutamente todo o conteúdo de um documento ou todas as respostas dos depoimentos de todas as testemunhas, explicando porque lhe parecem mais ou menos convincentes.

O melhor a que se pode aspirar é que a motivação do juiz seja intersubjetivamente razoável, no sentido de que pode convencer a maioria dos observadores. E nessa tarefa é necessário fazer generalizações que vão além do conteúdo dos standards, porque essa convicção judicial não pode ser classificada por meio deles, de modo que o juiz diga que está convicto, mais convicto ou muito convicto, o que, ademais, não deixa de ser uma sensação absolutamente subjetiva.

Basicamente, a lógica dos standards, como veremos a seguir, é baseada na

¹⁰⁷ Além da doutrina estadunidense que ora se cita, vid. FERRER BELTRÁN, J., “Prolegomena to a theory on standards of proof. The test case for State liability for wrongful pre-trial detention”, inédito 2018, págs. 19 e segs. FERRER BELTRÁN, J., *La valoración racional de la prueba*, Madrid 2007.

¹⁰⁸ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, M., “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 2005, pág. 137.

¹⁰⁹ ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl Heinz / GOTTWALD, Peter, *Zivilprozessrecht*, cit. pág. 686.

¹¹⁰ Vid. LOEVINGER, L., “Standards of Proof in Science and Law”, *Jurimetrics Journal*, 32, n. 3, págs. 328, 335.

¹¹¹ Vid. a ilustrativa conclusão de CLERMONT, K. M., “Standards of Proof Revisited”, Cornell Law Faculty Publications, 13, 2009, pág. 487: “The psychological mechanism for implementing standards of proof remains to be discovered. For the time being, science gives law no reason to abandon its traditional hope that its intuitive fact-finder roughly estimates the subjective probability of the burdened party’s version of fact, and then compares the probability to a set scale of coarse gradations of probability, such as asking whether the version appears more likely than not or whether the version appears almost certain.”

¹¹² Cfr. BALL, V.C., “The Moment of the Truth: Probability Theory and Standards of Proof”, 14 *Vanderbilt Law Review*, vol. 14, 1961, pág. 830.

mesma lógica matemática¹¹³ de todo o sistema da apreciação legal. Lembremos que se somavam e pesavam provas, o que hoje nos parece aberrante, mas que era considerado razoável. É fácil dizer que 90¹¹⁴ é mais do que 75 e que 75 é mais que 50, mas essa lógica aritmética não pode ser realizada num sistema de livre apreciação judicial¹¹⁵, a menos que possa ser medida cientificamente a intensidade cerebral da convicção humana, coisa que hoje não é possível¹¹⁶, e nem sequer se poderia dizer que seria útil¹¹⁷.

O que estou a tentar dizer constata-se através da apreciação daquele que é, provavelmente, o único *standard* probatório usado em Espanha com uma certa consciência de que o é: a prova *prima facie*¹¹⁸. Trata-se de uma convicção superficial, rápida ainda que não precipitada, que concede uma tutela – geralmente cautelar – a alguém que, todavia, tem que demonstrá-la no processo. Ou que é utilizado para admitir uma denúncia ou reclamação, ou uma ação declinatoria ou embargos de terceiro, quando a história contada pelo requerente é considerada como minimamente credível. Na realidade, esta formulação é, muito provavelmente, uma simples sequela da antiga *semiplena probatio*.

Mas se abordarmos o lado prático desses processos, perceberemos que a maioria deles exige uma convicção judicial total, pelo menos com os factos que nesse momento estão sobre a mesa, que exceto no caso da denúncia – e nem sempre – geralmente são todos os factos que também serão aportados no processo. Talvez seja mais correto dizer que o juiz, para tomar qualquer decisão, deve ter uma convicção que possa ser razoavelmente fundamentar com base nos factos de que dispõe nesse momento. Tentar medir o nível de convicção judicial é simplesmente impossível. É um sentimento tão subjetivo quanto as tentativas de objetivar o conteúdo de cada *standard*¹¹⁹. Na verdade, quando se tenta essa objetivação, cai-se na mesma subjetividade, pois tal objetivação contém elementos valorativos difíceis de justificar até às últimas consequências¹²⁰.

¹¹³ Vid. DEKAY, M.L., “The difference between Blackstone-Like Error Ratios and Probabilistic Standards of Proof”, *Law and Social Inquiry*, 21, n. 1, 1996, pág. 97.

¹¹⁴ É o percentual que costuma ser citado como referência do *beyond any reasonable doubt*. Vid. VARS, F. E., “Toward general theory of standards of proof”, *Catholic University Law Review*, 60 (1), 2010, pág. 2.

¹¹⁵ Embora alguns autores sugiram a interessante conclusão de que uma referência numérica pode efetivamente orientar os jurados. MAGNUSSEN, S. / EILERTSEN, D.E. / TEIGEN, K.H. / WESSEL, E., “The Probability of Guilt in Criminal Cases: Are People Aware of Being ‘Beyond Reasonable Doubt’?”, *Applied Cognitive Psychology*, 28, 2014, págs. 196 e segs.

¹¹⁶ PEČARIČ, M. / KOZJEK, T., “From rational to more rational standards of proof”, *International Journal of Public Policy*, Enero 2016, págs. 115 e segs.

¹¹⁷ CLERMONT, K.M., “Staying Faithful to the Standards of Proof”, cit. pág. 3.

¹¹⁸ Sobre o conceito, NIEVA FENOLL, J., *Enjuiciamiento prima facie*, Barcelona 2007.

¹¹⁹ FERRER BELTRÁN, “Prolegomena to a theory on standards of proof. The test case for State liability for wrongful pre-trial detention”, inédito 2018, págs. 19 e segs.

¹²⁰ GONZÁLEZ LAGIER, “Prueba y argumentación. ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba”, inédito 2018, pág. 13.

Em suma, como afirmado anteriormente, parece que neste contexto se anseia pelas garantias da antiga prova legal. Essas garantias às vezes podem ser obtidas, quando todo o material probatório é unívoco. Mas se não for – e às vezes não é –, entra-se inevitavelmente no subjetivismo para tentar – não nos enganemos – adivinhar o que aconteceu. E é precisamente aqui que nos esquecemos da afirmação de um dos poucos juristas que, a meu ver, sem reconduzir a questão ao cumprimento de nenhum standard, a focou de forma mais correta e útil.

Refiro-me a ULPIANO e à sua referência a “suspeitas”.

“Pero Trajano respondió por rescripto a Adsiduo Severo que nadie debía ser condenado por sospechas: es preferible que se deje impune el delito de un culpable antes que condenar a un inocente.”¹²¹

Não há controvérsia na definição de “suspeita”. É o oposto de certeza, ou seja, uma incerteza. O que o jurista romano disse é muito fácil de entender, mesmo que soe mal aos punitivistas. É preferível que os criminosos escapem, do que um inocente ser condenado. Se não podemos afirmar categoricamente que alguém cometeu um crime, devemos absolvê-lo. E, claro, poderíamos dizer que ULPIANO – apesar da época a que pertence – era um “inocentista” e, portanto, um exagerado, e que o correto é condenar quando houver indícios que impliquem um sujeito num crime, mas também dados em sentido contrário igualmente confiáveis. Mas continuamos a respeitar a máxima de ULPIANO, ou seja, a presunção de inocência, porque continua a nos parecer – espero que por muito tempo¹²² – a mais justa.

Por esse motivo, creio que terá sido mais acertada a estratégia da probabilidade indutiva¹²³, tanto em seu método quanto em seus resultados, também compatível com as orientações da psicologia¹²⁴ sobre a questão, e trazendo até mesmo alguns desenvolvimentos doutrinários sobre os standards da prova. A ideia é traçar hipóteses bem construídas que expliquem um relato factual relevante para o processo. Somente se pudermos razoavelmente descartar todas as

¹²¹ Dig. L. 48, tít. 19, 5. Ulpiano: “sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus traianus adsidio severo rescripsit: satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari.”

¹²² Embora já existam vozes que se começam a pronunciar parcialmente contra, sugerindo que seja aplicado um standard de prova mais baixo aos arguidos reincidentes, o que pode esconder uma intenção de relegar a presunção de inocência. Vid. LAUDAN, Larry, “Different Strokes for Different Folks: Fixing the Error Pattern in Criminal Prosecutions by Empiricizing the Rules of Criminal Law and Taking False Acquittals and Serial Offenders Seriously”, *Seton Hall Law Review* 48, n. 4, 2018, págs. 1243 e segs.

¹²³ COHEN, Lawrence Jonathan, *The probable and the provable*, Oxford 1977, págs. 121 e segs.

¹²⁴ JOHNSON-LAIRD, pág. N., “Mental Models and Probabilistic Thinking”, *Cognition*, 1994, 50, págs. 191 e segs.

hipóteses alternativas à versão de culpabilidade, podemos condenar, e desde que esse relato seja também ele razoável. Isso é exatamente o que ULPIANO exigia. Mas parece-me que é errado tentar elevar esse *modus operandi* ou estratégia acertada à categoria de standard, porque não é possível explicá-lo com o detalhe que precisa a segurança que o standard deveria transmitir.

Muito pelo contrário, tanto para um juiz como – principalmente – para um jurado, seria muito mais útil dizer-lhes que devem elaborar diferentes hipóteses sobre como os acontecimentos ocorreram, procedendo ao descarte daquelas que não lhes pareçam cabíveis. Se nenhuma lhes parecer razoável, eles devem absolver, mesmo que não tenham conseguido configurar uma versão dos factos. Somente se uma hipótese incriminatória parecer razoável e a hipótese de inocência puder ser descartada, não por intuição, mas com argumentos, se pode legitimamente condenar. Não se podem deixar levar pela raiva contra alguém que julgam ser criminoso e que nos faça sentir que vai escapar. Essa deveria ser a segunda advertência, quer a juízes quer a jurados, onde eles ainda existam.

E o mesmo deve acontecer num processo cível, ainda que sem a referência da presunção de inocência, o que, por certo, complica mais as coisas. Num processo cível surgirão várias hipóteses que parecerão razoáveis. O juiz deve escolher aquela que possa fundamentar melhor, sem dever preferir por defeito uma opção que beneficie uma das partes. No processo penal essa preferência deve existir como modo de compensar a desigualdade existente a desfavor do réu, devido ao enorme poder de investigação do Estado – em particular da polícia – que pode facilmente transformar um inocente em culpado. E também para combater o enorme preconceito social de culpabilidade que sofre toda a população humana, e é essa a principal razão da existência da presunção de inocência¹²⁵.

Consequentemente, na minha opinião, é conveniente evitar a lógica dos standards da prova. Eles foram projetados, primeiro, para controlar os juízes e, posteriormente, sobretudo para orientar os jurados. Mas nem aqueles alcançaram uma melhor justiça, nem estes conseguiram possuir o empirismo necessário para serem considerados verdadeiramente científicos, além de uma possível virtualidade na orientação do comportamento de um juiz¹²⁶. Muito pelo contrário, é melhor encarar a realidade e suas múltiplas facetas tal como ela é, escolhendo aquela que o juiz possa justificar que seja mais razoável. Pouco mais – e não é pouco – pode ser feito.

¹²⁵ NIEVA FENOLL, *La duda en el proceso penal*, Madrid 2013, págs. 75 e segs.

¹²⁶ DEMOUGIN, D. / FLUET, C., Deterrence vs. Judicial Error: A Comparative View of Standards of Proof, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 161, 2005, págs. 193 e segs.

4. As razões do sistema de prova legal.

Alguns dos fundamentos do sistema de prova legal foram já avançados, e foi já sumariamente explicado como funcionava esse absurdo cenário probatório. Mas aprofundar a reflexão sobre as razões de tal sistema – que certamente as tinha.

Embora habitualmente não tenha sido dito desta forma, quando se analisa as resistências doutrinárias durante o século XIX à supressão do sistema de prova legal¹²⁷, sobretudo no processo civil, percebe-se claramente quais foram as razões pelas quais a doutrina concebeu um sistema em que o juiz não podia introduzir factos no processo, não podia ser pró-ativo com as alegações das partes e não podia valorar as provas livremente.

Com efeito, no século XIX, os advogados temiam perder o controlo dos processos. Ainda hoje muitos temem isso quando ouvem falar de produção oficiosa de prova. Pois bem, esse temor era perfeitamente justificado no século XII¹²⁸. Os juízes eram meros delegados do poder político. Por conseguinte, não tinham independência, para além de que a sua preparação era muito precária, basicamente o que se esperava deles era o mesmo que de um jurista antes do surgimento das Universidades e, sobretudo, de alguém que era nomeado pelo poder político, o que faz pensar neles como um “amigo” ou protegido, isto é, um inapto. Os primeiros juristas universitários da história não podiam confiar em alguém assim, e muito menos os podiam encarregar de resolver as controvérsias comerciais típicas da sua classe, que não era a da nobreza ou a da realeza que havia nomeado o juiz.

Por esse motivo, projetaram um sistema em que o juiz tinha de trabalhar o mínimo possível. Ele não podia usar a sua intuição ou consciência, nem tampouco o seu conhecimento particular dos factos, mas só podia julgar *secundum allegata et probata (partium)*. Assim nasceu o princípio do dispositivo¹²⁹, do qual emanou mais tarde o princípio da responsabilidade das partes (*Verhandlungsmaxime*)¹³⁰. Não lhe era também permitido ir *ultra petita partium*. No fundo, trata-se de uma expressão medieval do direito de defesa. Nesse contexto as partes podiam atacar-se e defender-se sem que o juiz interferisse ou tomasse posição por uma ou por outra. E assim conseguiram, além de garantir

¹²⁷ Vid. GNEIST, Rudolph, *Die Bildung der Geschworenengerichte in Deutschland*, Berlin 1849, pág. 62. BÄHR, Otto, *Die Grenzen der freien Beweisetheorie*, en: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, T. 25 (1887), pág. 413. HEUSLER, Andreas, *Die Grundlagen des Beweisrechts*, AcP n.º 62 (1879), pág. 305.

¹²⁸ Explico-o em NIEVA FENOLL, “La actuación de oficio del juez nacional europeo”, cit.

¹²⁹ JAUERNIG / HESS, *Zivilprozessrecht*, cit., pág. 93. ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl Heinz / GOTTWALD, Peter, *Zivilprozessrecht*, cit., págs. 425 e segs. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Liberalización y socialización del proceso civil*, RDPProc, 1972, pág. 520. ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco, *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, Valencia 2003, págs. 31 e segs.

¹³⁰ JAUERNIG / HESS, *Zivilprozessrecht*, cit. pág. 97.

o direito de defesa, um juiz independente e imparcial.

Mas mesmo que o juiz não interferisse no que as partes alegavam e juntavam como prova, poderia sempre retirar do controlo dos litigantes sobre o objeto do julgamento, ao apreciar livremente as provas. Foi precisamente isto que impediu o sistema de prova legal. Só se daria como provado o que dissesse a lei, através da *plena probatio*. Tudo o resto seria uma prova imperfeita, ou seja, a *semiplena probatio*, que era claramente passível de livre apreciação, embora, em geral, os juízes se limitassem a “pesar” esta prova¹³¹.

Não obstante, entrou em jogo outro fator que, ainda hoje, é observado em alguns lugares onde a prova legal é preservada e que, de facto, explica as decisões de não poucos funcionários públicos e às vezes também privados: a minimização do ónus cognitivo¹³², ou lei do menor esforço. Essa “lei” dita que, do ponto de vista da decisão, o ser humano tende a adotar aquela que lhe custa menos esforço cognitivo. Efetivamente, o sistema legal era um sistema realmente fácil de aplicar na prática. Bastava somar os testemunhos, tomar declarações ajuramentadas e verificar se um documento é público. Não é de estranhar que este sistema tenha levado ao absentismo dos juízes, já que os mesmos não faziam a mínima falta. Na realidade, o juiz passou a ser o que, em demasiadas coisas, ainda hoje é. Um sujeito com uma aura de autoridade que simplesmente assina o trabalho mecânico feito pelos seus funcionários judiciais.

Não é de estranhar que vários autores tenham querido que o sistema mudasse para que os juízes, pelo seu próprio senso comum, sancionassem a realidade à margem das injustiças das provas legais. O próprio VOLTAIRE¹³³ foi um dos mais destacados autores contra o sistema e que, por isso, lançou as bases para a mudança.

5. As razões do sistema de livre apreciação da prova.

BENTHAM foi provavelmente aquele que feriu de morte o sistema de prova legal¹³⁴. A justificação era muito simples: é um sistema contrário à lógica,

¹³¹ Novamente, JAUMAR y CARRERA, *Práctica forense*, cit., pág. 48.

¹³² GARNHAM, Alan / OAKHILL, Jane, *Manual de psicología del pensamiento*, trad. de Eva JUARROS DAUSSÁ de la obra *Thinking and reasoning* de 1994, Barcelona 1996, pág. 288.

¹³³ VOLTAIRE, (François-Marie Arouet), *Oeuvres complètes de Voltaire*, t. XXXVI, *Politique et législation*, vol. 4, Bruselas 1829, págs. 104 e segs.

¹³⁴ BENTHAM, *Traité*, cit., pág. 9. “...on remonte à l’origine de ces règles si gênantes et si peu raisonnables, de cette variété de tribunaux qui ont chacun leur système et qui multiplient si étrangement les questions de compétence, de ces fictions puériles qui mêlent sans cesse l’oeuvre du mensonge à la recherche de la vérité. L’histoire de cette jurisprudence est le contraire de celle des autres sciences: dans les sciences, on va toujours en simplifiant les procédés de ses prédécesseurs; dans la jurisprudence, on va toujours en les compliquant davantage. Les arts se perfectionnent en produisant plus d’effets par des moyens plus faciles; la jurisprudence s’est détériorée en multipliant les moyens

sem mais. Não podia ser que num caso específico toda a gente visse racionalmente uma determinada realidade e, por sua vez, a justiça fosse apartada dessa realidade por força do sistema de valoração legal. É provável que venha daí a perceção social de incompreensão relativamente às decisões dos juízes, foi o momento em que, sem dúvida, se criou a ideia de que uma coisa era a verdade e outra era o que os juízes declaravam. Os conceitos de verdade formal e verdade material, que descreviam graficamente o antigo e o novo sistema respetivamente, trataram precisamente de desautorizar o sistema legal¹³⁵, ainda que tivessem sido posteriormente tão mal interpretados.

Portanto, o objetivo era desmontar o sistema. Dispensada a valoração legal, automaticamente deve cair também a ideia de que as partes devem fornecer ao processo as provas que as favoreçam, abrindo-se caminho ao princípio da aquisição processual e deixando de fazer sentido o ónus subjetivo da prova. E se, como vimos, o ónus objetivo em última análise se centra numa questão de pura valoração racional, o conceito de ónus objetivo deve também cair. Assim se supera, por completo, o conceito de ónus da prova.

Começa-se inclusivamente a apontar ao passo seguinte, que consiste em acabar de desmontar o *secundum allegata et probata*, abrindo a porta à produção de prova oficiosa, e atribuindo-se ao juiz uma confiança que ele não tinha no passado. Todas os passos acima foram ou são controversos, mas este último em particular despertou uma reação doutrinal exagerada¹³⁶, que obscureceu a intenção subjacente: que o sistema de livre valoração possa manifestar todos os seus efeitos.

Em Direito é sempre muito custoso e arriscado lutar contra a tradição, mas é obrigatório fazê-lo se esta seguir parâmetros absurdos. O problema é que, quando um sistema é desmontado, deve ser construída uma alternativa razoável, e foi nisso que falharam todos os tratadistas do século XIX, e os de boa parte do século XX. Eles provavelmente estavam tão confiantes no Império da Razão que assumiram que este iria prevalecer por si só. Não foi assim. Os juízes foram usando expressões como “íntima convicção”, “crítica sã” ou “máximas de experiência”, simplesmente para encobrirem com uma bela frase o uso da sua própria intuição. Há que reconhecer que foram deixados numa situação

et en diminuant les effets.”

¹³⁵ BUSCH, *Der zwiespalt der deutschen Gesetzgebungen*, cit. pág. 65. ENDEMANN, Wilhelm, *Die Folgen freier Beweisprüfung im Civilprozesse*, AcP n° 41(1858), pág. 324.

¹³⁶ ENDEMANN, *Die Folgen freier Beweisprüfung im Civilprozesse*, cit., págs. 289 e segs. WACH, Adolf, *Der Entwurf einer deutschen Civilprozessordnung*, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* vol. 14 1872, págs. 331 e segs. VON CANSTEIN, Raban Freiherr, *Die Grundlagen des Beweisrechts*, ZZP n° 2 (1880), pág. 351. CAVALLONE, Bruno, *En defensa de la verifobia*, em: “CAVALLONE / TARUFFO, *Verifobia, un diálogo sobre prueba y verdad*, Lima 2010, pág. 31. MONTERO AROCA, Juan (con Gómez Colomer y Barona Vilar), *Derecho jurisdiccional*, I, Valencia 2012, pág. 266. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *La prueba judicial*, Valencia 2006, pág. 25. CIPRIANI, *El proceso civil entre viejas ideologías y nuevos eslóganes*, in MONTERO AROCA (coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia, 2006, pág. 93.

delicada. Do confortável sistema de valoração legal, foram subitamente deixados sem nada. E, para além disso, era-lhes exigido que motivassem as decisões.

Tardaram a chegar as tentativas de os orientar. Os *standards* probatórios, pura reminiscência mimética do sistema legal, não serviram de muito, mas pelo menos colocaram o objetivo no lugar certo, o raciocínio judicial, transformando corretamente o problema numa questão epistemológica, facto que deu origem a trabalhos de processualistas com profunda formação filosófica, como Michele TARUFFO¹³⁷, ou diretamente de filósofos do Direito¹³⁸. Eles ajudaram a centrar o problema na sua justa dimensão e puseram em cima da mesa as carências estruturais do sistema.

Essas carências são o problema atual da livre apreciação. Começa-se a assumir o reconhecimento de que, para apreciar a prova, é preciso sair do Direito e olhar para a ciência¹³⁹. Assim, a psicologia do testemunho¹⁴⁰ tem sido uma ferramenta essencial nas provas por interrogatório, ou a semiótica textual nos está a ajudar a interpretar corretamente os documentos, para além da sua leitura.

Tendo-se progredido consideravelmente em matéria de raciocínio probatório, com resultados muito tangíveis, em minha opinião¹⁴¹, o problema atual mais premente da apreciação da prova centra-se na prova pericial. Pedimos a um não especialista - o juiz - que aprecie o trabalho de um especialista: o perito. É mais ou menos o mesmo que pedir a um biólogo que aprecie uma sentença judicial. *Daubert* ajudou-nos a colocar esse verdadeiro absurdo nas trilhas da racionalidade, mas ainda há muito a fazer.

Seja como for, chegámos ao império da livre apreciação da prova, o que nos obriga a libertar de todos os laços do passado: *standards* probatórios, ónus da prova e uma visão demasiado estrita do princípio de aportação de parte. O resultado processual que isso causará terá efeitos futuros, e será afetado por outros fatores relevantes, incluindo a tecnologia¹⁴². Em todo o caso, especialmente com esta última, será necessário ter muito cuidado para não se trocar a racionalidade por cálculos estatísticos tendenciosos e obscurantistas. O império da razão foi uma conquista social. Seria bom não o perder.

¹³⁷ Entre muitos outros trabalhos, TARUFFO, Michele, *La motivazione della sentenza civile*, Padova 1970. TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán de “la prova dei fatti giuridici”, milano 1992, Madrid 2002.

¹³⁸ Nomeadamente, por, LAUDAN, L., *Truth, error and criminal law: an essay in legal epistemology*, New York 2006. HAACK, S., *Evidence Matters*, New York 2014. GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid 2004. FERRER BELTRÁN, J., *La valoración racional de la prueba*, Madrid 2007. FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid 2005.

¹³⁹ É a abordagem que segui em NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, Madrid 2010.

¹⁴⁰ MANZANERO, A. L., *Psicología del testimonio*, Madrid 2008.

¹⁴¹ NIEVA FENOLL, “Repensando *Daubert*: la paradoja de la prueba pericial”, en AAVV, *Peritaje y prueba pericial*, Barcelona 2017, págs. 85 e segs.

¹⁴² NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid 2018, págs. 79 e segs.

Bibliografía

- ACCURSIUS, e.a. (1604), *Corporis Iustinianaei Digestum Vetus, seu Pandectarum*, Vol. 6, Lyon, p. 17.
- Tomás-Javier ALISTE SANTOS (2011), *La motivación de las resoluciones judiciales*, Marcial Pons, Madrid.
- Tomás-Javier ALISTE SANTOS (2010), “Relevancia del concepto canónico de “certeza moral” para la motivación judicial de la “quaestio facti” en el proceso civil”, *Ius ecclesiae*, Vol. 22, n. 3, pp. 651 e segs.
- Adolfo ALVARADO VELLOSO (2006), *La prueba judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Vincenzo ANSANELLI (2011), *La consulenza tecnica nel processo civile*, Giuffrè, Milano.
- Ferruccio AULETTA (2002), *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, CEDAM Padova.
- AZZONE (o AZO o AZÓN) (1567), *Brocardica (aurea). sive generalia iuris*, Basilea, rúbrica XX, p. 23.
- AZZONE (1581), *Summa Azonis*, Venecia, lib. III.
- Otto BÄHR (1887), Otto, „Die Grenzen der freien Beweistheorie“, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, T. 25, pp. 413 e segs.
- V.C. BALL (1961), “The Moment of the Truth: Probability Theory and Standards of Proof”, *14 Vanderbilt Law Review*, vol. 14, pp. 830 e segs.
- L. BAR (1867), *Recht und Beweis im Zivilprozesse*, Leipzig, pp. 46 e segs.
- Rolf BENDER / Armin NACK, / Wolf-Dieter TREUER (2007), *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, C.H. Beck, München 2007.
- Rolf BENDER / Armin NACK (1980), „Grundzüge einer Allgemeinen Beweislehre“, *Deutsche Richterzeitung*, pp. 121 e segs.
- Jérémie BENTHAM (1823), *Traité des preuves judiciaires*, Paris, t. II.
- Chiara BESSO-MARCHEIS (2015), “La vicinanza della prova”, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 16, pp. 93 e segs. En: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19962/14303>.
- F. BEX / D. WALTON (2012), “Burdens and standards of proof for inference to the best explanation: three case studies”, *Law, Probability and Risk* 11, pp. 118 e segs.
- William BLACKSTONE (1776), *Commentaires sur les loix angloises, traduits de l'Anglois par Auguste-Pierre Damiens de Gomicourt sur la quatrieme edition d'Oxford*, t. V, Bruselas.
- William BLACKSTONE (1794), *Commentaries on the Laws of England*, III, London.
- M. BRINKMANN (2005), *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*, Carl Heymanns, Köln.
- Bruno CAVALLONE (2010), “En defensa de la verifobia”, en CAVALLONE / TARUFFO, *Verifobia, un diálogo sobre prueba y verdad*, Palestra, Lima, pp. 31 e segs.
- Franco CIPRIANI, “El proceso civil entre viejas ideologías y nuevos eslóganes”, en MONTERO AROCA (coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 93 e segs.
- K.M. CLERMONT (2009), “Standards of Proof Revisited”, *Cornell Law Faculty Publications*, 13, pp. 469 e segs.
- K.M. CLERMONT / E. SHERWIN (2002), “A Comparative View of Standards of Proof”, *American Journal of Comparative Law* 50, n. 2, primavera, pp. 243 e segs.
- K.M. CLERMONT, (2018), “Staying Faithful to the Standards of Proof”, *Cornell Legal Studies Research Paper*, n. 18-45, p. 2 e segs.
- Lawrence Jonathan COHEN (1977), *The probable and the provable*, Oxford University Press, Oxford.

- Giuseppe CHIOVENDA (1923), *Principi di Diritto Processuale*, 3ª ed. Napoli.
- Andrew L-T CHOO, (2009), *Evidence*, Oxford University Press, Oxford.
- Elena D'ALESSANDRO (2018), "Onere della prova e legge applicabile", *Giurisprudenza italiana*, Nov., p. 2546 e segs.
- Gaspare DALIA (2018), *Convincimento giudiziale e ragionevole dubbio*, CEDAM, Milano.
- Francis C. DANE (1985), "In Search of Reasonable Doubt", *Law and Human Behavior*, vol. 9, n. 2, pp. 142 e segs.
- Martino DE FANO (1584), "Negativa qualiter probanda", en: "AAVV, *Tractatus illustrium in utraque tum Pontificii, tum Caesarei iuris facultate Iuriconsultorum, De Probationibus*, T. IV, Venecia, pág. 12, n. 3 ("Probandi facilitas transmittit onus probationis. Legitimitio personae standi in iudicio per quem probanda").
- Bertrand DE LA TOUR (1776), *Oeuvres*, Colonia.
- José DE VICENTE Y CARAVANTES (1856), *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Madrid.
- M.L. DEKAY (1996), "The difference between Blackstone-Like Error Ratios and Probabilistic Standards of Proof", *Law and Social Inquiry*, 21, n. 1, pp. 97 e segs.
- D. DEMOUGIN / C. FLUET (2005), "Deterrence vs. Judicial Error: A Comparative View of Standards of Proof", *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 161, pp. 193 e segs.
- DENNIS (2013), *The Law of Evidence*, Sweet & Maxwell, London.
- Jonathan DOAK / Claire MCGOURLAY (2009), *Criminal evidence in context*, Routledge-Cavendish, London - New York.
- Angelo DONDI (1996), "Paradigmi processuali ed 'expert witness testimony' nel diritto statunitense", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, pp. 261 e segs.
- Guilielmus DURANTIS (1602), *Speculum iuris*, Venecia, lib. I.
- Wilhelm ENDEMANN (1858), „Die Folgen freier Beweisprüfung im Civilprozesse“, *AcP* n° 41(1858), pp. 324 e segs.
- Ramon ESCALER BASCOMPTE (2017), *La carga de la prueba*, Atelier, Barcelona.
- José Francisco ETXEBERRIA GURIDI (2003), *Las facultades judiciales en materia probatoria en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003.
- David L. FAIGMAN (2013), "The Daubert Revolution and the Birth of Modernity: Maning Scientific Evidence in the Age of Science", *Legal Studies Research Paper Series*, n. 19, 46 *UC Davis Law Review*, p. 104.
- Jordi FERRER BELTRÁN (2018), "Prolegomena to a theory on standards of proof. The test case for State liability for wrongful pre-trial detention", inédito, pp. 19 e segs.
- Jordi FERRER BELTRÁN (2007), *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid.
- Jordi FERRER BELTRÁN (2005), *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid.
- Lisa R. FOURNIER (2016), "The Daubert Guidelines: Usefulness, Utilization, and Suggestions for Improving Quality Control", *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, 5, pp. 308 e segs.
- Alan GARNHAM / Jane OAKHILL (1996), *Manual de psicología del pensamiento*, trad. de Eva Juarros Daussá de la obra *Thinking and reasoning* de 1994, GBS Grupo Planeta, Barcelona.
- B. GARNOT (2010), "Voltaire et la justice d'ancien régime: la médiatisation d'une imposture intellectuelle", *Nouveau Monde Éditions*, n. 15, p. 29.
- Daniel B. GARRIE (2014), "Digital Forensic Evidence in the Courtroom: Understanding Content and Quality", *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 12, 2014, 2, pp. 122 e segs.

- Marina GASCÓN ABELLÁN (2005), "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos", *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, pp. 137 e segs.
- Marina GASCÓN ABELLÁN (2004), *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid.
- M. GINTHER / E.K. CHENG (2018), "Surprise vs. Probability as a Metric for Proof", *Seton Hall Law Review* 48, n. 4, pp. 1081 e segs.
- Julius GLASER (1883), *Handbuch des Strafprozesses*, vol. I, 1883.
- Rudolph GNEIST (1849), *Die Bildung der Geschworenengerichte in Deutschland*, Berlin.
- Daniel GONZÁLEZ LAGIER (2020), "Prueba y argumentación. ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n. 23, pp. 91 e ss.
- Thomas F. GORDON / Douglas WALTON (2011), "A formal model of legal proof standards and burdens", em EMEREN, F.H. van (Ed.); GARSSSEN, B. (Ed.); GODDEN, D. (Ed.); MEUFFELS, B. (Ed.); *International Society for the Study of Argumentation -ISSA-:7th Conference of the International Society for the Study of Argumentation 2010*. Proceedings: Amsterdam, June 29 to July 2, 2010, Sic Sac, Amsterdam, pp. 644 e segs.
- Peter GOTTWALD (2000), "Das relative Beweismaß im englischen und deutschen Zivilprozeß", *FS Henrich*, pp. 165 e segs.
- Ulrike GRÄFE (2011), *Leo Rosenberg - Leben und Wirken (1879-1963)*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 46 e segs.
- Wolfgang GRUNSKY (2003), *Zivilprozessrecht*, Luchterhand, Bielefeld.
- A. GUERRA / B. LUPPI / F. PARISI (2019), "Standards of Proof and Civil Litigation: A Game-Theoretic Analysis", *The B.e. Journal of Thworetical Economics*, pp. 2 e segs.
- Susan HAACK (2014), *Evidence Matters*, Cambridge, New York.
- Andreas HEUSLER (1879), "Die Grundlagen des Beweisrechts", *AcP* n° 62, pp. 305 e segs.
- Othmar JAUERNIG / Burkhard HESS (2011), *Zivilprozessrecht*, C.H. Beck, München.
- Joaquín JAUMAR y CARRERA (1840), *Práctica forense*, Barcelona.
- Philip N. JOHNSON-LAIRD (1994), "Mental Models and Probabilistic Thinking", *Cognition*, 50, pp. 191 e segs.
- D.K. KAGEHIRO / C. STANTON (1985), "Legal vs. Quantified Definitions of Standards of Proof", *Law and Human Behavior*, vol. 9, n. 2, pp. 160 e segs.
- Max KASER / Karl HACK (1996), *Das römische Zivilprozessrecht*, C.H. Beck, München.
- Adrian KEANE (2000), *The modern law of evidence*, Butterworths, Oxford.
- Josef KOHLER (con HOLTZENDORFF) (1904), *Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, vol. 3, Leipzig, pp. 315 e segs.
- Federico LARA PEINADO (1997), *Código de Hammurabi*, Tecnos, Madrid.
- Larry LAUDAN (2006), *Truth, error and criminal law: an essay in legal epistemology*, Cambridge University Press, New York.
- Larry LAUDAN (2018), "Different Strokes for Different Folks: Fixing the Error Pattern in Criminal Prosecutions by Empiricizing the Rules of Criminal Law and Taking False Acquittals and Serial Offenders Seriously", *Seton Hall Law Review* 48, n. 4, pp. 1243 e segs.
- Hans-Willi LAUMEN (2009), "Grundbegriffe der Beweislast", en BAUMGÄRTEL / LAUMEN / PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast*, Heymanns, München, pp. 42 e segs.
- Dieter LEIPOLD (1985), *Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß*, De Gruyter, Berlin.
- Dieter LEIPOLD (1997), *Comentario al §286 ZPO*, em STEIN/JONAS, *Kommentar zur ZPO*, Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 527 e segs.
- Carlo LESSONA (1928), *Teoría general de la prueba en Derecho Civil*, Parte General, Trad. de Enrique Aguilera de Paz, Madrid.

- L. LOEVINGER (1992), "Standards of Proof in Science and Law", *Jurimetrics Journal*, 32, n. 3, pp. 328 e segs.
- Wolfgang LÜKE (2011), *Zivilprozessrecht*, C.H. Beck, München.
- Joaquín LLOBELL TUSET (1998), "La certeza morale nel processo canonico matrimoniale", em *Il Diritto Ecclesiástico*, 109/1, págs. 771 e segs.
- S. MAGNUSSEN / D.E. EILERTSEN / K.H. TEIGEN / E. WESSEL (2014), "The Probability of Guilt in Criminal Cases: Are People Aware of Being 'Beyond Reasonable Doubt'?", *Applied Cognitive Psychology*, 28, pp. 196 e segs.
- Antonio L. MANZANERO PUEBLA (2008), *Psicología del testimonio*, Pirámide, Madrid.
- Gian Antonio MICHELI (1966), *L'onere della prova*, CEDAM, Padova 1966.
- Manuel MIRANDA ESTRAMPES (2019), *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense. Crónica de una muerte anunciada*, Marcial Pons, Madrid.
- Juan MONTERO AROCA (2012), (con GÓMEZ COLOMER y BARONA VILAR), *Derecho jurisdiccional, I*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Juan MONTERO AROCA (2005), *La prueba en el proceso civil*, Aranzadi, Cizur Menor.
- Lluís MUÑOZ SABATÉ (1993), *Técnica probatoria*, 3ª ed., Bosch, Barcelona.
- Lluís MUÑOZ SABATÉ (1967), *Técnica probatoria*, Bosch, Barcelona.
- Peter MURPHY (2005), *Murphy on evidence*, Oxford University Press, Oxford.
- Hans-Joachim MUSIELAK (2002), *Grundkurs ZPO*, C.H. Beck, München.
- Jordi NIEVA FENOLL (2016), "El mal nombre del principio inquisitivo", em *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Madrid 2016, pp. 30 e segs.
- Jordi NIEVA FENOLL (2019), "La actuación de oficio del juez nacional europeo", *Diario La Ley*, n. 9000, 14-6-2017, traducido al italiano em NIEVA FENOLL, "I poteri d'ufficio del giudice nazionale europeo", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 4, 2019, pp. 1223 e segs.
- Jordi NIEVA FENOLL (2019), "La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida", em NIEVA / FERRER / GIANNINI, *Contra la carga de la prueba*, Marcial Pons, Madrid 2019, pp. 25 e segs.
- Jordi NIEVA FENOLL (2016), "Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: nociones que precisan revisión", em *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Marcial Pons, Madrid 2016, págs. 268 e segs., traducido al alemán em NIEVA FENOLL, "Beweislast und Beweiswürdigung: Begriffe, die einer Überprüfung bedürfen", *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 13, 2008, pp. 297 e segs.
- Jordi NIEVA FENOLL (2017), "Repensando Daubert: la paradoja de la prueba pericial", em AAVV, *Peritaje y prueba pericial*, Bosch, Barcelona, pp. 85 e segs.
- Jordi NIEVA FENOLL (2019), *Derecho procesal II. Proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Jordi NIEVA FENOLL (2018), *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons Madrid.
- Jordi NIEVA FENOLL (2007), *Enjuiciamiento prima facie*, Atelier Barcelona.
- Jordi NIEVA FENOLL (2013), *La duda en el proceso penal*, Marcial Pons, Madrid.
- Jordi NIEVA FENOLL (2010), *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid.
- Knut Wolfgang NÖRR (1967), *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*, München 1967.
- Knut Wolfgang NÖRR (2012), *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, Springer, Berlin.
- Guillermo ORMAZABAL SÁNCHEZ (2011), *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*, Marcial Pons, Madrid.
- Manuel ORTIZ DE ZÚÑIGA (1856), *Práctica general forense*, T. II, Madrid.
- M. S. PARDO (2018), "Epistemology, psychology, and standards of proof: An essay on risinger's surprise theory", *Seton Hall Law Review*, 48(4), pp. 1039 e segs.

- M. PEÑARÍ / T. KOZJEK, "From rational to more rational standards of proof", *International Journal of Public Policy*, Enero 2016, pp. 115 e segs.
- Jorge W. PEYRANO (2008), *Cargas probatorias dinámicas*, Rubinzal-Culzoni, Buenos aires.
- Petra POHLMANN (2014), *Zivilprozessrecht*, C.H. Beck, München.
- H. PRAKKEN / G. SARTOR (2009), "A Logical Analysis of Burdens of Proof". en KAPTEIN, H. / PRAKKEN, H. / VERHEIJ, B. (Eds.), *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, Farnham, pp. 223 e segs.
- Hanns PRÜTTING (2010), "Carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y Karl Heinz Schwab para el desarrollo del moderno Derecho probatorio", *Revista Ius et Praxis*, n. 1, pp. 457 e segs.
- M. REDMAYNE (1999), "Standards of Proof in Civil Litigation", *Modern Law Review* 62, no. 2, Marzo, pp. 167 e segs.
- D. RISINGER (2018), "Leveraging surprise: What standards of proof imply that we want from jurors, and what we should say to them to get it", *Seton Hall Law Review*, 48(4), pp. 965 e segs.
- Leo ROSENBERG / Karl Heinz SCHWAB / Peter GOTTWALD (2018), *Zivilprozessrecht*, C.H. Beck München.
- Leo ROSENBERG (1923), *Die Beweislast*, Otto Liebmann, Berlin.
- Leo ROSENBERG (1929), *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, Otto Liebmann, Berlin.
- Inge SCHERER (1996), *Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung*, Heymanns, Köln.
- Eberhard SCHILKEN (2006), *Zivilprozessrecht*, Heymanns, München.
- Mark SCHWEIZER (2015), *Beweiswürdigung und Beweismaß*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- Manuel SERRA DOMÍNGUEZ (1972), "Liberalización y socialización del proceso civil", *RDProc*, pp. 520 e segs.
- Manuel SERRA DOMÍNGUEZ (1991), "Comentarios", en AAVV, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales (dirigidos por ALBALADEJO)*, Madrid 1991, tomo XVI, vol. 2, pp. 66 e segs.
- P. SUNDELIN (1860), *Die Staats-Anwaltschaft in Deutschland*, Anklam.
- Michele TARUFFO (2012), "La valutazione delle prove", em AAVV (dir. TARUFFO), *La prova nel processo civile*, Milano, na serie CICU / MESSINEO / MENGONI / SCHLESINGER, *Trattato di Diritto civile e commerciale*, pp. 249 e segs.
- Michele TARUFFO (2003), "Rethinking the Standards of Proof", *American Journal of Comparative Law* 51, n. 3 verano, pp. 659 e segs.
- Michele TARUFFO (2017), "Prova scientifica e giustizia civile", em AAVV, *Giurisprudenza e scienza*, Roma, pp. 241 e segs.
- Michele TARUFFO (1975), *La motivazione della sentenza civile*, CEDAM, Padova.
- Michele TARUFFO (2002), *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán de "la prova dei fatti giuridici", Milano 1992, Trotta, Madrid 2002.
- Michele TARUFFO (1970), *Studi sulla rilevanza della prova*, CEDAM Padova.
- F.E. VARS (2010), "Toward general theory of standards of proof", *Catholic University Law Review*, 60 (1), pp. 2 e segs.
- Carmen VÁZQUEZ (2015), *De la prueba científica a la prueba pericial*, Marcial Pons, Madrid 2015.
- VOLTAIRE, (François-Marie Arouet) (1829), *Oeuvres complètes de Voltaire*, t. XXXVI, Politique et législation, vol. 4, Bruselas 1829, pp. 104 e segs.
- Raban Freiherr VON CANSTEIN (1880), "Die Grundlagen des Beweisrechts", *ZZP* n. 2, pp. 351 e segs.

Adolf WACH (1925), “Rez. Rosenberg, Beweislast, 2. Auflage”, *Juristische Wochenschrift*, 54, p. 722.

Adolf WACH (1901), „Beweislast nach dem BGB“, *ZZP*, 29, pp. 363 e segs.

Adolf WACH (1872), „Der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung“, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, vol. 14 1872, pp. 331 e segs.

Adolph Dieterich WEBER (1805), *Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß*, Halle.

James Q. WHITMAN (2005), *The origins of reasonable doubt*, Yale University Press, New Haven y London.

John Henry WIGMORE (1905), *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. IV, Little Brown, Boston.