

O “STANDARD DE PROVA” EM LITÍGIOS COMERCIAIS – A TEORIA DE “PROBABILIDADE PREVALECENTE” (Comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de 26 de Outubro de 2016 (processo 3894/05.0TVLSB.L1-7))

Contrariamente ao que pode ser a intuição comum, a lei não contempla um extenso conjunto de normas regulando exaustivamente a “matéria da prova” e fornecendo critérios precisos sobre como dar um facto como “provado” ou o “não provado”.

Na verdade, basta-se com a regulação de alguns casos excepcionais, impondo-lhes a necessidade de determinada forma, ou formalidade legal, para serem considerados provados¹, e remete toda a restante factualidade em geral para o chamado princípio da **livre apreciação da prova**, o qual, no que ao processo civil (que rege no nosso ordenamento os litígios comerciais) diz respeito, se encontra plasmado nos números 4 e 5 do artigo 607 do Código do Processo Civil, de onde se lê:

*4 - Na fundamentação da sentença, o juiz declara quais os factos que julga provados e quais os que julga não provados, **analisando criticamente as provas**, indicando as **ilações tiradas** dos factos instrumentais e especificando os demais fundamentos que foram decisivos para a sua **convicção**; o juiz toma ainda em consideração os factos que estão admitidos por acordo, provados por documentos ou por confissão reduzida a escrito, compatibilizando toda a matéria de facto adquirida e extraíndo dos factos apurados as presunções impostas pela lei ou por regras de experiência.*

*5 - O juiz **aprecia livremente** as provas segundo a sua **prudente convicção** acerca de cada facto; a livre apreciação não abrange os factos para cuja prova a lei exija formalidade especial, nem aqueles que só possam ser provados por documentos ou que estejam plenamente provados, quer por documentos, quer por acordo ou confissão das partes.*

Apreciar livremente a prova, fazê-lo de forma crítica, retirar ilações e acabar numa prudente convicção. Eis quase toda a “teoria da decisão” em direito!

Aos olhos de quem não é jurista, uma tal formulação pode parecer um pouco desapontante pela sua aparente vacuidade e falta de conteúdo complexo. Mas, assim o é desde há muito tempo, sem alterações. Como explica Margarida Lima Rego², a ciência do direito não tem sofrido, na matéria do julgamento de facto, tanta influência de outros ramos do saber quanto seria de esperar, ou mesmo de desejar.

Não exageremos, porém, a simplicidade. As poucas, e aparentemente óbvias, palavras da lei, ganham texto à medida que os tribunais as vão concretizando e alargando.

¹ Como é o caso, por exemplo, de certos factos sujeitos a registo, que apenas podem ser provados por certidão.

² DECISÕES EM AMBIENTE DE INCERTEZA: PROBABILIDADE E CONVICÇÃO NA FORMAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS, Coimbra Editora, Revista “Julgar”, nº 21, 2013

Vejamus a seguinte abordagem pelo Tribunal da Relação de Coimbra, em acórdão de 1 de Outubro de 2008:

O julgador é livre, ao apreciar as provas, embora tal apreciação seja “vinculada aos princípios em que se consubstancia o direito probatório e às normas da experiência comum, da lógica, regras de natureza científica que se devem incluir no âmbito do direito probatório”.

*IV. - A livre convicção não pode confundir-se com a íntima convicção do julgador, impondo-lhe a lei que extraia das provas um convencimento lógico e motivado, avaliadas as provas com sentido da responsabilidade e bom senso, e valoradas segundo parâmetros da lógica do homem médio e as regras da experiência.*³

Surge-nos, assim, a “vinculação aos princípios do direito probatório” - leia-se a questão da distribuição do ónus da prova - de que falaremos adiante. Mas surgem-nos também outros ditames importantes para além das repetitivas remissões para a lógica, experiência e bom senso. Muito em particular, dois: A exigência de um certo tipo de convicção, que não pode ser a mera “convicção íntima”, e o recurso à lógica do homem médio, como bitola.

O primeiro vincula o julgador a decidir provado quando consiga fundamentar (em provas, naturalmente) essa decisão. Sem as mesmas, a convicção não vale como convicção para julgamento. Este fenómeno é corrente nas nossas vidas. Podemos, com base na percepção de certos elementos, chegar a uma certeza “íntima” ou “pessoal”, que pode ser útil para o nosso próprio governo, mas uma tal certeza, que não se “consegue provar”, é uma certeza insuficiente em direito.

O segundo, como que temperando o primeiro, estabelece que essa convicção alicerçada em provas não necessita de se alcandorar a níveis científicos. Não necessita, nem pode. Em direito, o que for perceptível pelo homem médio basta. Uma fórmula antiga estabelece que o juízo de convicção jamais não é um juízo científico de certeza absoluta. É tão somente um juízo de alta probabilidade, feito pela inteligência do “homem médio”, destinado a resolver problemas práticos da vida.

Assentes estes princípios gerais, é mister cavar uma importante diferença entre o “standard de prova” em dois ramos distintos do direito: No direito penal e no direito civil.

No primeiro, exige-se uma convicção próxima da certeza absoluta, uma que esteja acima de qualquer “dúvida razoável”. Uma tal dúvida, se pairar, resolve o caso penal a favor do réu - o conhecido princípio “in dubio pro reu”.

Em processo civil (comercial) o nível de certeza exigido é substancialmente menor⁴, facto frequentemente ignorado, ou mal compreendido, mesmo por experimentados profissionais do foro.

³ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo 3/07.4GAVGS.C2.

⁴ Em certas matérias de processo civil, porém, o standard de prova não sofre uma redução assim tão drástica em termos de exigência de probabilidade, continuando a situar-se num patamar relativamente elevado, mais próximo do penal, exigindo-se uma “clear and convincing evidence, prova clara e convincente, também explicitada com

Esse específico “standard” de prova é conhecido como o da “**probabilidade prevalecente**” e umas das suas mais elaboradas descrições consta do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25 de Outubro de 2016, no processo 3894/05.0TVLSB.L1-7.

O referido arresto começa por definir o princípio com recurso a duas regras fundamentais, dizendo:

*O standard que opera no processo civil é, em regra, o da probabilidade prevalecente (“**mais provável que não**”) que se consubstancia em duas regras fundamentais: (i) Entre as várias hipóteses de facto deve preferir-se e considerar-se como verdadeira aquela que conte com um grau de confirmação relativamente maior face às demais; (ii) Deve preferir-se aquela hipótese que seja “mais provável que não”, ou seja, aquela hipótese que é **mais provável que seja verdadeira do que seja falsa**.*

Temos, portanto, a exigência de uma certeza, melhor dito, de uma “probabilidade”, mensurável em 51% (contra os 90% da “certeza penal”), a qual se deve aferir em duas frentes:

- a) Ser **mais provável que as outras**; isto significando que *entre as várias hipóteses de facto deve preferir-se e considerar-se como verdadeira aquela que conte com um grau de confirmação relativamente maior face às demais*⁵
- b) Ser **mais provável que a sua negação**, o que leva a que *deve preferir-se aquela hipótese que seja “mais provável que não”, ou seja, aquela hipótese que é mais provável que seja verdadeira do que seja falsa*⁶

Estas noções são frequentemente esquecidas nos pleitos judiciais comerciais, assistindo-se amiúde a alegações que buscam cavar pretensas insuficiências de prova da parte onerada com a mesma pelas regras do respectivo ónus, “diabolização” essa que se estriba na bitola penal, inaplicável em tais pleitos.

A regra geral⁷ de distribuição do ónus da prova é a de que a parte a quem o facto aproveita está obrigada a prová-lo para obter vencimento de causa⁸. Em termos práticos, isto significa que é aquele onerado com a prova de um facto quem tem de o provar e não é a parte contrária quem fica com a obrigação de provar o facto contrário.

Porém, o *standard* de prova situa-se (afora excepções) nos referidos patamares de (mera) probabilidade prevalecente (51%) nos dois sentidos referidos, o que faz com que a prova não necessite de ser absolutamente blindada, insusceptível de dúvida ou não contrariada.

recurso à expressão “*much-more-likely-than-not*”. É o que ocorre designadamente nos casos de restrição dos direitos parentais, de negligência profissional, em questões relacionadas com a cidadania e com o conteúdo de um testamento” (acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25 de Outubro de 2016, no processo 3894/05.0TVLSB.L1-7)

⁵ Acórdão citado.

⁶ Idem.

⁷ Regras gerais que sofre várias excepções ao longo da Lei, as chamadas “inversões” do ónus da prova.

⁸ Artigo 342 do Código Civil.

Em litígios comerciais, confiar no ónus e pôr apenas em causa as provas da parte contrária não chega. Uma defesa vitoriosa terá de obviar a que a parte onerada atinja a simples prevalência de probabilidade e de “arregaçar as mangas” nesse combate à medida que essa contraparte avança nos percentuais de probabilidade.

O acórdão em análise apresenta uma interessante explanação prática do que será a “batalha” entre a acção (onerada com a prova) e a defesa num litígio comercial governado pela teoria da probabilidade prevalecente:

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

Se vx recebeu uma confirmação probatória débil (v.g. porque os indícios são vagos, as presunções não são concordantes ou as provas são divergentes e contraditórias), pode simultaneamente ocorrer que: a) que fx haja recebido uma confirmação forte; b) que fx haja recebido também uma confirmação débil ou que c) fx não haja recebido confirmação. Na hipótese a), a escolha racional será escolher fx na medida em que recebeu uma confirmação probatória relativamente maior. No caso b) nenhuma das hipóteses opostas recebeu uma confirmação probatória relativamente maior e no caso c) nenhuma das hipóteses recebeu uma confirmação adequada. Estas situações de incerteza não permitem que se determine a verdade ou a falsidade do enunciado de facto x . Perante este estado de incerteza ou outro em que a verdade de um enunciado não receba uma adequada confirmação, a decisão só pode ser adotada mediante a aplicação da regra do ónus da prova objetivo.⁹

A decisão de facto em litígios comerciais decorre assim através de um processo dialéctico, de confrontação e de comparação de “forças” probatórias. A percentagem de 51% que a prova vitoriosa terá de atingir, contra a sua própria negação e contra as provas contrárias, é designada no acórdão em análise por “confirmação probatória forte”.

Quando se tem o ónus da prova, atingi-la é quanto basta em litígios comerciais para se obter ganho de causa, ainda que não se chegue à certeza absoluta, ou quase absoluta, do processo penal.

Carlos Costa e Silva

CCSlex

⁹ Acórdão citado