

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**O STANDARD PROBATÓRIO NO PROCESSO ARBITRAL**

**CLARA MUNHÓS LATERZA**

São Paulo

2024

**CLARA MUNHÓS LATERZA**

**RA00276845**

**O STANDARD PROBATÓRIO NO PROCESSO ARBITRAL**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado no 10º semestre, do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, com orientação do professor Dr. William Santos Ferreira, à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência para a obtenção do diploma de Bacharel em Direito.

**São Paulo – SP**

**2024**

## AGRADECIMENTOS

Quando penso nestes 5 longos anos de graduação, muitos sentimentos me veem ao coração. Orgulho, cansaço, alegria, frustração, satisfação, vulnerabilidade, ansiedade, coragem. Contudo, o sentimento de gratidão com certeza toma o maior destaque, uma vez que com certeza não estaria aqui se não fossem as várias pessoas que me acompanharam durante esse trajeto.

Agradeço à minha família, à minha mãe Alexandra, pelo constante amparo, e ao meu pai Eduardo, pelo investimento e confiança. Em especial, agradeço à minha irmã mais velha, Isabela, pela infinita paciência em ouvir todas as minhas preocupações e reclamações com o curso, e inclusive, me auxiliar como podia nos treinos particulares para as competições da faculdade, e no estudo para o famigerado Exame da Ordem.

Agradeço às minhas melhores amigas, Mafê e Teresa (GBC), que me acompanham desde a infância e deixam essa jornada de ser adulta muito mais colorida, me arrancando as mais honestas gargalhadas e oferecendo suporte nos momentos mais desesperadores que já me encontrei.

Agradeço a todos os professores com os quais tive o privilégio de aprender direito durante o curso, como os brilhantes Carlos Alberto Ferriani, Carolina Zockun, Maria Eugênia Ferreira e Waléria Garcelán. Em especial, agradeço ao Professor William Santos Ferreira, meu estimado Orientador neste trabalho, a quem devo minha atual paixão pelo processo civil. Com o máximo respeito aos excelentíssimos docentes de processo civil da minha mais amada Pontifícia, que não são poucos, agradeço a sorte de ter sido introduzida ao Código de Processo Civil pelas mãos do professor William, de tê-lo acompanhado como monitora, e de ter tido o privilégio de receber seu apoio e simpatia.

Graças ao professor, também fui introduzida à Competição do Processo Civil do IBDP, onde conheceria alguns dos meus melhores amigos e, surpreendentemente, meu atual chefe. Assim, também agradeço ao Pedro e a Rafaela, com quem dividi o palco como oradores da competição em 2023, e com quem desenvolvi uma das minhas amizades favoritas, sempre cheias de discussões jurídicas e encontros depois do trabalho. Agradeço também ao Dr. Arthur Arsuffi, tanto pelo treinamento e excelentes conselhos durante a competição, como pela

absoluta confiança em me contratar como advogada em seu escritório, e pelos contínuos ensinamentos que agora obtenho na nova função.

Agradeço ainda a todas as minhas amigas da já saudosa MB, Nicole, Bruna, Mafê, Luiza, Marina, Edvânia, Amanda, Letícia, que sempre melhoraram a energia do ambiente acadêmico, me trazendo alegria e conforto em dias repletos de cansaço e desesperança. Também agradeço a todos os meus colegas das outras salas, que compartilharam comigo as muitas memórias, aprendizagens e aflições que o curso nos trouxe.

Agradeço também a todos os amigos que tanto me ensinaram e apoiaram ao longo das minhas experiências em estágio. No JPOT, agradeço à Sarah, minha querida parceira que, em 2021, mostrou a uma Clara sem experiência o que era ser uma profissional comprometida e dedicada, sem comprometer a felicidade do dia a dia. No HOC, agradeço à Thamiris, Ana e Marina, minhas ex-colegas de equipe com quem sempre pude compartilhar minhas preocupações e contar com seu suporte em retorno. No Manesco, agradeço à Anna, João e Sofia, meus grandes amigos que fizeram do meu cotidiano uma festa, com quem compartilhei e compartilho risadas infinitas, sem nunca negligenciar o aprendizado e desenvolvimento jurídico.

Agradeço ao meu ex-chefe, Dr. Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo, pelas extensas, frutíferas e divertidas discussões sobre arbitragem e processo civil, que me mantiveram incentivada e focada durante um período de grande sobrecarga acadêmica e profissional.

Por fim, agradeço ao meu primeiro chefe, Dr. Cesar Augusto Guimarães Pereira, por me introduzir, talvez sem grande intenção, ao universo da Arbitragem, cujo incentivo me levou a participar da XIII CAMARB e do 2nd Sports Arbitration Moot. Tenho certeza de que, sem esse primeiro contato, eu não teria encaminhado a minha carreira para a arbitragem, o que eventualmente me levou a integrar o CJA do CBMA, o Young ICCA, e a tomar a decisão de seguir na advocacia.

A todos vocês, muito obrigada!

## RESUMO

LATERZA, Clara Munhós. **O standard probatório no processo arbitral.**

Esta monografia pretende compreender os standards probatórios, se debruçando sob seu conceito, definição, função e utilidade no *common law*, a fim de averiguar a possibilidade da sua aplicação de forma objetiva no sistema de *civil law* brasileiro. Assim, serão tratadas as noções probatórias inerentes ao processo civil brasileiro, os tipos de standard probatórios concebidos no *common law* e adaptados para o direito brasileiro e, especialmente, será analisado o instituto de arbitragem, tratando-se de sua origem no cenário nacional, de suas principais características e vantagens, bem como de sua influência no plano jurídico da atualidade. Desta forma, imagina-se que ao fim deste trabalho será possível rascunhar um cenário de aplicabilidade, ou não, dos standards probatórios na arbitragem brasileira, o que, a meu ver, pode se mostrar extremamente proveitoso.

**Palavras-chave:** standards probatórios, prova, arbitragem ou procedimento arbitral.

## ABSTRACT

LATERZA, Clara Munhós. **The standard of proof in the arbitration process.**

This work aims to understand the standards of proof, focusing on their concept, definition, function and utility in common law, in order to investigate the possibility of their application objectively in the Brazilian civil law system. Thus, the evidentiary notions inherent to the Brazilian civil process will be dealt with, the types of evidentiary standards conceived in common law and adapted to Brazilian law and, especially, the arbitration institute will be analyzed, dealing with its origin in the national scenario, of its main characteristics and advantages, as well as its influence on current legal issues. In this way, we believe that at the end of this work it will be possible to draft a scenario of applicability, or not, of standards of proof in Brazilian arbitration, which, in my opinion, could prove to be extremely useful for Brazilian arbitration.

**Keywords:** standards of proof, evidence, arbitration or arbitral proceeding.

## SUMÁRIO

- 1. INTRODUÇÃO**
- 2. DIREITO PROBATÓRIO**
  - 2.1. O conceito geral de prova
  - 2.2. O papel do julgador na valoração da prova
- 3. STANDARD PROBATÓRIO**
  - 3.1. O conceito de standard probatório
  - 3.2. A segurança jurídica e a função dos standards probatórios
  - 3.3. Standards probatórios entre *common law* e *civil law*
  - 3.4. Os tipos de standard probatório
    - 3.4.1. Prova além da dúvida razoável
    - 3.4.2. Prova clara e convincente
    - 3.4.3. Preponderância da prova
- 4. O INSTITUTO DA ARBITRAGEM**
  - 4.1. Definição de arbitragem
  - 4.2. Os princípios da arbitragem
  - 4.3. Origem e desenvolvimento da arbitragem no Brasil
  - 4.4. Arbitragem na atualidade
  - 4.5. A produção de provas na arbitragem
- 5. STANDARDS DA PROVA NA ARBITRAGEM**
  - 5.1. A aplicação dos standards probatórios no processo arbitral
  - 5.2. A distribuição de riscos nas demandas arbitrais
  - 5.3. Possíveis alternativas
- 6. CONCLUSÃO**
- 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

## 1. INTRODUÇÃO

Este trabalho visa o aprofundamento no estudo de standards probatórios, com um específico recorte em sua aplicação em arbitragem. De forma geral, os standards da prova são o padrão de rigidez pelo qual um julgador se pauta para a valoração probatória em uma demanda. Trata-se do nível ou grau de prova necessário para que se estabeleça uma certeza em um processo legal, pautado pelo quão convincente a evidência precisa ser para que o julgador a considere como verídica.

Este conceito tem sua origem do *common law*, amplamente difundido e utilizado em países como os Estados Unidos e Inglaterra. Todavia, essa teoria também é aplicada pelo *civil law*, ainda que de forma precária no Brasil.

No caso, não há legislação específica sobre o tema, somente uma noção geral de que, dependendo do grau de jurisdição, o standard certamente varia.

Dessarte, existe um grande abismo legal e jurisprudencial com relação ao standard da prova utilizado em demandas judiciais cíveis, tema que se complica ainda mais quando tratamos da jurisdição arbitral.

É extremamente comum em procedimentos arbitrais uma exigência de um grau probante descabido para que certos pleitos sejam julgados procedentes, o que não é usual em outros países. Contudo, na ausência de disposição específica na maioria dos regulamentos de Câmaras Arbitrais, ou sequer na Lei de Arbitragem, as partes enfrentam a insegurança jurídica sem aparente solução.

Poderia o árbitro decidir arbitrariamente o standard da prova, ou caberia as partes essa decisão no termo de arbitragem? Deve-se aplicar um standard comum para todas as formas de arbitragem, pela modalidade como um todo permitir somente a discussão de direitos patrimoniais disponíveis?

É sobre isso que este trabalho buscará se aprofundar, sem a pretensão ou arrogância de necessariamente se chegar a uma resposta.

## 2. DIREITO PROBATÓRIO

### 2.1. O conceito geral de prova

Para que seja possível sequer tangenciar o tema de standard probatório, é indispensável que antes se defina o conceito geral de prova. Essa definição, entretanto, não é tarefa simples, seja pela polissemia do termo, pela sua amplitude, ou pelos diferentes contextos em que sua essência é invocada, dentro e fora do direito<sup>1</sup>.

Inicialmente, é importante esclarecer que o conceito de “prova” aqui discutido se afasta do uso coloquial de avaliação, concurso ou exame, e se apresenta no contexto jurídico-processual, onde várias acepções também estão presentes.

Quanto a esta problemática, há certamente pontos de consenso entre os processualistas, os quais permitem a materialização do conceito. Por exemplo, de que a prova é um instrumento demonstrativo apto a declarar uma “verdade”<sup>2</sup>.

Todavia, mesmo o tão central conceito de “verdade” é conflitante na doutrina. A polêmica referente à verdade real e a verdade formal ainda é presente, na medida em que o comprometimento das partes com a verdade dos fatos não é absoluto, sendo limitado pelo direito de não produzir provas contra si próprio.

Assim, a relação entre prova e a verdade muitas vezes se desenvolve de forma fictícia, em razão da distância existente entre a verdade real e a verdade formal. O ideal, de todo modo, é que a verdade formal constituída pela prova seja o mais próxima possível da verdade real, a fim de que a disputa seja decidida de forma “justa”<sup>3</sup>. O conceito de justiça, contudo, não é algo

---

<sup>1</sup>“(…) juridicamente, o vocábulo de prova é plurissignificante, já que pode ser referido a mais de um sentido, aludindo-se ao fato representado, à atividade probatória, ao meio ou fonte de prova, ao procedimento pelo qual os sujeitos processuais obtêm o meio de prova ou, ainda, ao resultado do procedimento.” (CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.41.)

<sup>2</sup>“(…) A todo aquele que acudir a preocupação com o tema da prova no processo virá à mente a questão da função da prova e, intuitivamente, a ideia de que pela prova se busca investigar a verdade dos fatos ocorridos, sobre os quais será fixada a regra jurídica abstrata, que regerá determinada situação.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.)

<sup>3</sup>“A verdade dos fatos pode ser considerada como uma condição necessária sob qualquer definição da justiça da decisão. Além disso, essa premissa não é incompatível com a teoria segundo a qual o processo serve apenas para resolver conflitos: se uma solução qualquer para o conflito não é aceita como válida e se pensa, em vez disso, que o conflito deve ser resolvido com base em algum critério de justiça, então a necessidade de reconhecer que a verdadeira apuração dos fatos é uma condição necessária para qualquer solução justa de um conflito se apresenta

que me aprofundarei neste trabalho, caso contrário, não poderei mais chamá-lo de monografia de conclusão de curso.

Compreendendo então que a prova é um meio de se obter uma verdade possível<sup>4</sup>, podemos navegar no entendimento de alguns ilustres juristas.

José Cretella Neto conceitua a prova como “*meio destinado a demonstrar a veracidade de fato ou de alegação, levando certeza à mente do juiz.*”<sup>5</sup>

Já para Clóvis Beviláqua, a “*prova é o conjunto dos meios empregados para demonstrar, legalmente, a existência de um ato jurídico.*”<sup>6</sup>

Ainda, na definição de Carnellutti, “*(...) prova é todo elemento possível de levar o conhecimento de um fato a alguém.*”<sup>7</sup>

Destaca-se que, para este estudo, os aspectos “subjetivo” e “objetivo”<sup>8</sup> da prova não serão especialmente úteis. No caso, parte-se do pressuposto de que os elementos “objetivo” e

---

como indispensável novamente” (TARUFFO, Michele. La Prueba de los Hechos. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 65. (tradução livre)).

<sup>4</sup> “É claro que a verdade absoluta jamais será alcançada pelo homem, tampouco estará ao alcance do juiz no processo, em vista das limitações do conhecimento humano. Isto, porém, não deve resultar numa indiferença no processo pela veracidade dos fatos com que as partes sustentam suas alegações perante o juiz. **O processo não pode ser reduzido a um mero jogo retórico. As provas têm a missão de proporcionar ao juiz o acesso a ‘verdade possível’, ainda que de maneira não plena.**” (THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol., I. 58ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 884). Também nesse sentido: “Calcar-se a teoria processual sobre a ideia de que se atinge, pelo processo, a verdade material, é mera utopia. **O mais correto mesmo, é entender a verdade buscada no processo como aquela mais próxima o possível do real, própria condição humana. Esta sim é capaz de ser alcançada no processo, porquanto há verdadeiro exercício da dialética durante o procedimento, com a tentativa das partes, de comprovarem, mediante a argumentação, a veracidade de suas alegações.**” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. v. 2, 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 52).

<sup>5</sup> CRETELLA NETO, José. Dicionário de processo civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. p. 360.

<sup>6</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Teoria geral do direito civil. Campinas: Red Livros, 1999. p. 321.

<sup>7</sup> CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 1. Ed. São Paulo: Classic Book, 2000, v. II, p. 495.

<sup>8</sup> “Há dois sentidos em que se pode conceituar a prova no processo: a) um objetivo, isto é, como o instrumento ou meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia, etc); b) e outro subjetivo, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 43. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 456.)

“subjetivo” da prova devem compor, concomitantemente e em harmonia, toda e qualquer conceituação de prova.<sup>9</sup>

Igualmente, deixa-se de lado as classificações de prova “direta” e “indireta”<sup>10</sup>, pertinentes para a compreensão de certos fenômenos processuais, como a prova indiciária, mas não influentes para a tese aqui discutida.

Logo, chega-se à discussão do objeto da prova, uma que entendo adequado dedicar alguns parágrafos.

O objeto da prova é aquilo sobre o qual recai a prova. Em síntese, existem três posicionamentos dignos de destaque, os quais afirmam que o objeto da prova incide sobre: (i) os fatos cuja ação ou defesa se baseiam; (ii) as alegações e argumentos dos fatos, pois estes existem ou não existem; ou (iii) imediatamente, sobre a afirmação do fato e, mediatamente, sobre o fato.<sup>11</sup>

A meu ver, independentemente do objeto a ser comprovado se tratar do que a doutrina define como fato, ou a narrativa que circunda esse fato, não há grande influência nesta tese. Afinal, em nenhum dos cenários se retira a relevância da prova para formar a convicção do julgador sobre a lide a ele sujeitada.

Na realidade, o cerne da discussão aqui desenvolvida está na prova como condição para formação da cognição, de caráter obtido mediante um contorno de dependência entre o que se busca provar e a prova em si.

---

<sup>9</sup> “As provas destinam-se a convencer da verdade; tal o fim. Aludem a algum enunciado de fato (tema probatório), que se há de provar. **Não só têm por fim convencerem juízes, nem só se referem a enunciados de fato que se fizeram perante juízes.** A adução ou apresentação da prova compreende a sua proposição (indicativa da prova como que se provará o que se afirmou) e a produção (execução da prova). Meio de prova é o meio pelo qual se prova. Quando o juiz, ou alguém, perante quem se prova, julga provado o fato, em verdade enunciou-se, a seu turno, o mesmo que o interessado enunciara (convenceu-se).” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao código de processo civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 246.)

<sup>10</sup> “(...) a prova poderá definir-se como direta ou indireta de acordo com a relação que existe entre o fato a provar e o objeto da prova. Assim, prova direta é aquela que verte diretamente sobre o fato relevante em discussão. Nessa hipótese, a prova trata do fato principal, que é aquele constitutivo, impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor. Ao contrário, há prova indireta quando essa situação não se verificar, ou seja, quando o objeto da prova seja constituído de um fato circunstancial. Neste caso, a prova demonstra um fato secundário (fato conhecido), que serve para estabelecer, por meio de um raciocínio inferencial (indutivo), o acerto do fato principal (fato desconhecido).” (ROSITO, Francisco. Direito probatório: as máximas de experiência em juízo. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 27.)

<sup>11</sup> CAMBI, Eduardo. A prova civil: admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 206.

Afinal, a “(...) *cognição se insere na atividade judicial de considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes litigantes, em torno das questões de fato e de direito deduzidas no processo.*”<sup>12</sup>

Tanto é assim, que será aprofundado o grau de prova necessário para julgamento de certas questões de fato, os misteriosos standards probatórios.

De todo modo, para maior facilidade no desenvolvimento da tese, bem como pela melhor afinidade na minha percepção do conceito, entendo que o objeto da prova mais se aproxima com as alegações dos fatos controvertidos trazidos pelas partes.<sup>13</sup>

Logo, se pretendemos evitar maiores alvoroços pela doutrina, a prova nada mais é do que o suporte indispensável pelo qual o sujeito interessado busca resgatar seu direito. É por este ensejo que se desenvolve este trabalho.

## **2.2. O papel do julgador na valoração da prova**

Outro aspecto indispensável para a compreensão do tema de standards probatórios é o papel do juiz e do árbitro para a resolução de disputas, intimamente relacionado com o conceito de valoração probatória.

Para desenvolver este raciocínio, parto das noções de geometria processual, e a posição em que o julgador se apresenta dentro do processo. Sem óbice, realizo um recorte para focar no caráter tríplice da disputa processual, abstraindo a classificação tradicional e rígida no que diz respeito ao Estado-juiz<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> CAMBI, Eduardo. op. cit. 2006. p. 17.

<sup>13</sup>“Em geral, e de modo mais preciso, o objeto da prova é definido a partir das normas jurídicas aplicáveis ao caso, porque são elas que estabelecem os fatos relevantes para a produção dos efeitos jurídicos por elas previstos (o chamado “suporte fático”); e das alegações a respeito da ocorrência ou inoocorrência desses fatos formuladas pelo autor (causa de pedir remota) ou pelo réu (causa excipiendi). São essas alegações que constituem, em princípio, o objeto da prova.” GOMES, Adriana Camargo. Standard e ônus da prova na arbitragem. In: LESSA NETO, João Luiz; GUANDALINI, Bruno. Provas e Arbitragem: Teoria, Cultura, Dogmática e Prática. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 212.

<sup>14</sup> “São três os sujeitos principais da relação jurídico-processual, a saber: *Estado, demandante, demandado.* (...) *O que concorre para dar a esta uma identidade própria e distingui-la da relação material não é só a presença do Estado-juiz, mas sobretudo a sua presença na condição de sujeito exercente do poder (jurisdição). Correlativamente, as partes figuram na relação processual em sujeição ao juiz. No binômio poder-sujeição é que reside a principal característica da relação jurídica processual, do ponto-de-vista subjetivo.*” (CINTRA,

Me refiro aqui à essência de uma relação processual, na qual a figura julgadora, independentemente de se tratar de um juiz, um colegiado, ou um tribunal arbitral, se encontra na função de definir a controvérsia, enquanto as partes, sejam elas pessoa física ou jurídica, ou até a Administração Pública, submetem o certame para resolução, em pleno exercício de sua capacidade postulatória.

Nesse sentido, a figura julgadora possui, visivelmente, o dever de julgar, e, para isso, é indispensável que forme sua convicção acerca do que está sendo discutido. Trataremos brevemente de como essa convicção se dá no direito brasileiro.

Veja-se, é evidente que o julgador não pode formar sua convicção aleatoriamente, fosse o caso, não haveria razão para que as partes confiassem o destino de suas disputas nas opiniões e abstrações de um magistrado, sem o mínimo de segurança jurídica. Esta é a principal crítica ao sistema do “livre convencimento puro”, onde o juiz usufrui de total liberdade para julgar a disputa conforme a sua convicção particular, sem necessidade de se fundar nas provas colhidas nos autos.<sup>15</sup>

Em face disso, o CPC/1973 adotou o sistema do “livre convencimento motivado”, em que o juiz baseia sua decisão na análise e interpretação de provas contantes nos autos. Ou seja, a convicção do juiz se forma gradualmente a cada prova produzida, e sua decisão deve expressar o raciocínio lógico por trás da valoração probatória.<sup>16</sup>

Me parece claro que o princípio do livre convencimento motivado não foi esquecido pelo CPC/2015, e que sua ausência de previsão expressa em dispositivo correspondente somente retira parte do destaque que antes lhe era dado pelo CPC/1973. Em outras palavras, o CPC/2015 se preocupou em relaxar o processo das mãos do juiz e ampliar a participação das

---

Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 289).

<sup>15</sup>“Nesse sistema, os julgamentos ocorriam a partir de uma convicção íntima ou certeza moral do julgador, isto é, sem qualquer motivação. (...) Tudo era deixado à discricção do juiz, que inclusive podia se valer de elementos de prova que não constavam nos autos.” (TORNAGHI, Hélio. Instituições do processo penal. Vol. 3. 2. d. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 425)

<sup>16</sup>“Esse sistema (...) não limita o juiz aos meios de prova regulamentados em lei, desde que lícitos, nem impõe uma hierarquia entre eles. Embora assegure ao julgador a liberdade para valorar as provas e decidir, exige que ele motive seu convencimento, isto é, que explicita as razões de fato e de direito que o levam a acolher ou rejeitar o pedido.” (ANDRADE, Flávio da Silva. Standards de prova no processo penal. 3. Ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023, p. 52)

partes quanto à produção e valoração probatória, mas sem que a necessidade de apreciação racional das provas e indicação das razões na decisão fosse desaprendida.<sup>17</sup>

Do exposto, conclui-se que o julgador não somente tem a função de decidir disputas, mas também de valorar a prova de forma racional e lógica, e assim formar sua convicção, a ser devidamente justificada.

Abro um parêntese para corrigir um possível equívoco que esse raciocínio possa nutrir. A segurança de que o julgador é aquele que valora a prova e define a disputa não quer dizer que o magistrado é o único destinatário da prova.

Pode parecer evidente para alguns, mas não faz muito tempo que o contrário era o entendimento majoritário e absoluto, sustentado por excelentes juristas<sup>18</sup>. Contudo, diante da evolução do princípio do contraditório e da maior amplitude empregada aos direitos e garantias fundamentais, como a moderna noção de direito autônomo da prova, a compreensão de que o juiz é único destinatário da prova se mostrou insuficiente. Pessoalmente, creio que não há mais dúvida quanto à pluralidade dos destinatários da prova, caracterizando todos aqueles envolvidos na disputa como interessados.

Como bem esclarece o professor William Santos Ferreira:

*“O destino das provas são os autos, mas os destinatários são todos que possam, dentro dos limites legais, utilizarem-se do acervo probatório. Atualmente, o juiz não pode ser considerado único destinatário. O sistema probatório é extremamente amplo, repleto de funções no estado*

---

<sup>17</sup> “Como o direito nasce do fato (*ex facto oritur ius*) e como são os fatos que dão origem à controvérsia a ser decidida por intermédio do mecanismo processual, incumbe ao juiz, na sua tarefa de interpretação, valer-se dos standards objetivos previstos no ordenamento jurídico, para dar sentido ao direito, buscando a melhor ou mais justa decisão possível de ser obtida para a resolução do caso concreto.” (CAMBI, Eduardo. op. cit. 2001, p. 171.)

<sup>18</sup> “Tanto o juiz quanto as partes realizam atividade de valoração da prova, embora em contextos e com resultados certamente diversos. Nessa ótica, as partes também julgam e deliberam (ir ou não a juízo, resistir a dada pretensão ou dela abrir mão, total ou parcialmente); o que as distingue do juiz é que este julga e decide imperativamente” (YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. Malheiro Editores, 2009, p. 68/69).

*de direito, não podendo ficar circunscrito ao convencimento judicial, que é um elemento importante, mas a este não se restringe.”*<sup>19</sup>

Em sentido semelhante, no que diz respeito à avaliação da prova também pelas partes:

*“Podemos dizer, inclusive, que antes mesmo de convencer o juízo, as próprias partes precisam estar convencidas da tese que estão sustentando ou que vão sustentar em juízo. E aí entra a importância da prova como meio para alcançar o convencimento das partes e como forma de determinação da conduta processual ou extraprocessual desses sujeitos parciais. Antes de ir a juízo, seja para deflagrar uma demanda judicial, seja para resistir a uma demanda que lhe é dirigida, as partes naturalmente precisam avaliar os elementos de que dispõe para sustentar sua posição jurídica – ativa ou passiva, conforme seja. Assim, a par da análise dos fatos que envolvem o problema e das consequências que o ordenamento jurídico atribui a esses fatos, devem as partes preocupar-se com a possibilidade de demonstrar a sua ocorrência e o modo como fazê-lo”.*<sup>20</sup>

Afinal, as partes são portadoras do direito constitucional à prova<sup>21</sup>, e para além de indicar, especificar, acompanhar e produzir a prova, possuem o direito certo de obter a adequada valoração da prova. Paralelamente, também possuem o dever de colaboração inerente à sua posição como sujeito processual, por meio de um contraditório efetivo e equilibrado pelas partes.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> FERREIRA, William Santos. Capítulo XII: das provas. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa... [et al.] (coord.). Breves comentários ao novo código de processo civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.114.

<sup>20</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. 12. Ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 61.

<sup>21</sup> “A noção de direito à prova serve para ressaltar o papel da colaboração, entre as partes e o juiz, na investigação de situações fáticas, asseverando que as partes devem ter acesso a todos os instrumentos probatórios disponíveis para a reconstrução dos fatos” (CAMBI, Eduardo. Direito Constitucional à prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.73)

<sup>22</sup> WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. São Paulo: RT, 1987, p. 41.

Fechados estes parênteses, retorno para a figura do julgador e a valoração probatória. Até porque, por todo o aqui exposto, já podemos resumir que o juiz tem a função de valorar a prova, formar racionalmente sua convicção, e decidir a lide.

Quanto à valoração da prova especificamente, se destaca que seu objeto é o estabelecimento de uma conexão final entre os meios de prova apresentados e a veracidade ou a falsidade dos enunciados relativos aos fatos em litígio. Nesse sentido, esclarece Michelle Taruffo:

*“A avaliação da evidência envolve a análise do grau de confiabilidade de cada elemento de prova relacionado a um evento particular. Seu objetivo é determinar quando e em que medida, com base nas evidências pertinentes, a afirmação feita pode ser considerada verdadeira e coerente”<sup>23</sup>*

Ou seja, a atividade da valoração da prova concebe a atribuição de valor ou peso às provas para a prolação de decisão final, na forma de estabelecer em que grau e se elas sustentam o pretendido enunciado fático.

Reitera-se, contudo, que a busca pela mais absoluta verdade é inviável em qualquer modalidade de processo, dado que há um limite aos saberes factuais do magistrado, que não presenciou os fatos controvertidos. Portanto, ao estar sujeito ao erro, a figura julgadora deve valorar as provas racionalmente, a fim de reconstruir os eventos ocorridos da melhor maneira possível.

*“No processo de conhecimento utilizado para apreciação das provas não há como atingir uma verdade absoluta e inconteste, o que há, na verdade, são impressões e convicções depositadas em uma prova específica para a determinação de uma condenação ou não, bastando ao julgador assentar sua decisão em juízos de probabilidade e verossimilhança”<sup>24</sup>*

---

<sup>23</sup> TARUFFO, Michele. op. cit. 2014, p. 137.

<sup>24</sup>MELLO, Nátalie Aragone de Albuquerque. Possibilidade da aplicação do princípio da dúvida além do razoável (beyond a reasonable doubt) nas ações eleitorais que versam sobre captação ilícita de sufrágio. Recife: Revista Estudos Eleitorais, v. 2, n. 4, p. 69, 2018.

Agora, é certo que falta clareza na doutrina e jurisprudência sobre qual seria o grau de suficiência quanto a justificativa apresentada pelo julgador sobre sua motivação de fato na persuasão racional. No caso, é sabido que o juiz tem a obrigação de fundamentar sua decisão, mas também não é possível dizer que existem padrões, modelos, ou regras claras sobre como isso deve ser feito.

É dentro desta sistemática que se desenvolve o conceito de standards probatórios, que serão aprofundados no capítulo seguinte.

### 3. STANDARD PROBATÓRIO

#### 3.1. O conceito de standard probatório

Finalmente, chega-se ao conceito de standards probatórios. O termo “standards”, traduzido para o português como “estândaes”, é o que se tem como um padrão, modelo ou referência.

Quando visto na perspectiva probatória, tem-se que os standards probatórios são diretrizes do grau de suficiência de prova para que se possa considerar comprovada uma alegação fática. Em outras palavras, são os níveis de satisfação de prova exigido em um processo para que uma hipótese apresentada venha a ser aceita como verdadeira.

No Black’s Law Dictionary, o termo “*standard of proof*” é definido como: “*O grau ou nível de prova exigido em um caso específico, como o ‘além de dúvida razoável’ ou ‘por preponderância de prova. (...) Uma regra sobre a qualidade da prova que uma parte deve apresentar para prevalecer*”<sup>25</sup>

Nas palavras de Aury Lopes Júnior, o standard da prova poder ser definido como os “*critérios para aferir a suficiência probatória, o ‘quanto’ de prova é necessário para proferir uma decisão, o grau de confirmação da hipótese acusatória. É o preenchimento desse critério de suficiência que legitima a decisão*”.<sup>26</sup>

Ou seja, como definição geral, o standard probatório pode ser compreendido como o grau de suficiência probatória mínima exigida pelo direito para que uma hipótese fática seja tida como verdadeira.

Aproveita-se aqui para diferenciar as noções de standard probatório e ônus da prova. Afinal, “*o estândaer probatório indica quando é atingida a suficiência probatória e, por consequência, quando é desnecessária a incidência da regra de ônus da prova; o ônus da prova*

---

<sup>25</sup>GARNER, Bryan A. Black’s Law Dictionary. 7th Ed. Saint Paul: West Group, 1999, p. 1.413. No original: “*The degree or level of proof demanded in a specific case, such as beyond a reasonable doubt or by preponderance of the evidence; a rule about the quality of the evidence that a party must bring forward to prevail.*”

<sup>26</sup>LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Sobre o uso do standard probatório no processo penal. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/limitepenal-uso-standard-probatorio-processo-penal>. Acesso em: 10.09.24.

*indica quem sofre o julgamento desfavorável em caso de não desincumbência do encargo probatório. Em outros termos, o padrão de prova permite que se verifique se houve ou não a desincumbência do ônus da prova.”*<sup>27</sup>

Deste modo, não se deve confundir a regra do ônus da prova com a de standards probatórios, e sim compreender ambos os conceitos como complementares, uma vez que o ônus da prova é uma regra de julgamento que, por si só, não possui um mecanismo adequado para a verificação de sua desincumbência, sendo, portanto, complementada pela verificação prévia do standard da prova, que estabelece o grau mínimo exigido pelo direito para comprovação da hipótese fática.

Em paralelo, aprofunda-se aqui a relação indissociável entre o standard probatório e a valoração da prova, bem como a distinção entre os momentos de avaliação da prova e a efetiva tomada de decisão pelo magistrado. Isso porque, para que a regra do standard da prova seja aplicada, é necessária a prévia avaliação da prova, e, da mesma forma, para que seja possível decidir sobre as provas constantes, é necessária a existência de um standard, o qual viabiliza o conhecimento do grau de suficiência probatório para a realização do julgamento.<sup>28</sup>

Esclarecida a noção geral de standards probatórios, tornamos para sua função de utilidade.

### **3.2. A segurança jurídica e a função dos standards probatórios**

Pois bem. Então qual seria utilidade desses tais standards probatórios?

Segundo Michele Taruffo, os standards probatórios buscam “(...) *oferecer ao julgador diretrizes mais precisas – ainda que gerais e flexíveis – que guiem a valoração das provas no contexto da decisão final sobre os fatos em litígio.*”<sup>29</sup>

De forma semelhante, Danilo Knijnik expõe que “*o emprego dos modelos de constatação ou standards permite que se traga ao debate, regrado e inteligível, critérios decisoriais importantes (p. ex., o optar o juiz por um indício ou outro, o entender*

---

<sup>27</sup>PEIXOTO, Ravi. Standards probatórios no direito processual brasileiro. São Paulo: Editora JusPodvm, 2021, p. 65.

<sup>28</sup>PEIXOTO. op.cit. 2021, p. 65.

<sup>29</sup>TARUFFO, op.cit., 2014, p. 293.

*subjetivamente insuficiente a prova produzida, ou pretender a parte a prevalência de determinada interpretação ou inferência, etc.), que, até então, não possuíam um código comum e, de certo modo, ficavam à margem de uma decisão crítica.”<sup>30</sup>*

Nessa linha de raciocínio, é possível assumir que os standards probatórios têm como principal função permitir o controle sobre o raciocínio judicial no terreno da prova e dos fatos, bem como dar segurança ao magistrado quanto à distribuição de riscos na lide.

Afinal, como aqui já esclarecido, não é possível se alcançar uma verdade total ou absoluta quanto aos fatos do processo, e é certo que no campo probatório também se busca a solução da verdade mais provável. Contudo, esta tendência não anula a possibilidade de erro da decisão judicial a respeito dos fatos, de modo que o grau de exigência dos standards de prova atua também na distribuição de riscos intrínsecos à possibilidade de equívoco do magistrado.

Como bem sintetizado por Flávio da Silva Andrade, as finalidades do standard da prova circundam: (i) orientar o juízo fático, balizando a verificabilidade das hipóteses fáticas a partir de critérios inteligíveis quanta ao grau de confirmação ou refutação das proposições de fato; (ii) estabelecer um modelo tendente a guiar a valoração da prova, a tomada de decisão fática e viabilizar o controle mais objetivo e racional do acerto dos fatos; e (iii) distribuir os riscos de erros entre as partes.<sup>31</sup>

Não somente, mas a existência e aplicação contínua e padronizada dos standards probatórios tem o efeito de trazer segurança jurídica às decisões tomadas, que seguem o grau pré-estabelecido e esperado para aquela disputa.

Esclarecida a função teórica dos standards probatórios, podemos ver como eles funcionam na prática, o que se faz a seguir.

### **3.3. Standards probatórios entre *common law* e *civil law***

A noção de standards probatórios é muito presente em países de tradição anglo-saxônica. No sistema de *common law*, que prevalece em países como os Estados Unidos e o

---

<sup>30</sup> KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 353, jan.-fev. 2001, p. 29.

<sup>31</sup> ANDRADE, Flávio da Silva. op.cit. 2023. p. 70.

Reino Unido, os standards probatórios são muito bem definidos, e sua aplicação é parte concreta e normalizada no sistema jurídico prático.

Em contrapartida, no sistema de *civil law*, adotado em países como Brasil, França e Alemanha, os standards probatórios não são rigidamente definidos, e sua orientação se dá pelos princípios gerais de apreciação da prova, o que concede maior discricionariedade aos juízes na avaliação das provas produzidas na disputa. Embora frequentemente seja afirmado que o standard probatório no *civil law* seja mais rigoroso<sup>32</sup>, parece mais correto reconhecer que as fórmulas utilizadas nesse sistema, como a convicção íntima ou o livre convencimento motivado não são úteis para o estabelecimento de um parâmetro objetivo como um standard probatório.

Diferentemente do que se possa concluir, entretanto, os standards probatórios não são completamente desconhecidos pelos sistemas de *civil law*. Afinal, noções como a de “peso” das provas e outras balizas direcionadoras para a fixação dos fatos sempre estiveram presentes em ordenamentos de matriz romano-germânica, conhecido como "*Beweismaße*" ou "*Beweisstandard*", com certo maior aprofundamento no âmbito doutrinário.

Contudo, o que se coloca aqui é o descompasse com o desenvolvimento do conceito da standards probatórios quando comparado com os países de sistema de *common law*. Isso porque, enquanto os países de *civil law* historicamente focaram seus incessantes esforços em alcançar a certeza e verdade no âmbito judicial, os países de *common law* aceitaram que jamais seria possível atingir uma verdade absoluta processualmente, e visaram remediar o próprio sistema criando uma distinção de critérios objetivos de suficiência para a comprovação de preposições de fato, garantindo segurança jurídica para todos os envolvidos.

Ou seja, o sistema do *common law* consagrou a noção de que “*o tribunal tem que resolver o litígio, muito embora não possa resolver a dúvida*”<sup>33</sup>, buscando assim “*facilitar a ótima tomada de decisões diante da incerteza.*”<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> MOSES, Margaret L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 174.

<sup>33</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 9. ed. Tradução de J. Batista Machado, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 103.

<sup>34</sup> CLERMONT, Kevin. *Procedure’s magical number three*. *Cornell Law Review*, p. 1.117.

Nesse sentido, pode-se dizer que, infelizmente, os países de tradição romano-germânica negligenciaram os temas referentes aos níveis de corroboração de hipóteses fáticas e critérios de assunção de comprovação dos fatos trazidos à lide, e agora, tentam adaptar as noções de standard probatório aos seus sistemas.

Ocorre que a falta de teorização nacional em torno do assunto e praticamente inexistente normatização do tema esvaziam a própria utilidade dos standards probatórios. Afinal, não é viável esperar que um critério objetivo cumpra sua função de padronização e segurança entre disputas quando sua aplicação é abstrata e desordenada, se mostrando ainda mais aleatória do que esperado inicialmente.

De todo modo, os teóricos dessa área já estão bem cientes dessa crise, e por isso mesmo que buscam uma solução espelhada no sistema concorrente, o que pode ou não vir a dar certo. Com isso em mente, podemos adentrar nas categorias de standards probatórios previstos nos sistemas de *common law*, os quais são ocasionalmente aplicados no *civil law* brasileiro.

#### **3.4. Os tipos de standard probatório**

A partir do momento em que se concebe a noção de grau de suficiência de prova, se presume a existência de níveis maiores ou menores aplicáveis a situações distintas, premissa correta.

Afinal, a força probatória necessária para que se considere que uma certa alegação de fato efetivamente tenha ocorrido depende muito do próprio contexto da alegação apresentada, de modo que decisões que trazem menos riscos exigem menor força probatória, enquanto decisões com maiores consequência no caso de um erro, exigem maior força probatória.

Esta lógica está intimamente ligada com a matéria discutida e o bem tutelado pela lide em questão, como por exemplo, ações cíveis e ações penais, e tudo que se encontra no meio termo ou fora.

Com isso em mente, destaca-se três principais standards probatórios, amplamente utilizados no direito estrangeiro: (i) a prova além da dúvida razoável (“*proof beyond a reasonable doubt*”); (ii) a prova clara e convincente (“*clear and convincing evidence*”); e (iii) a preponderância da prova (“*preponderance of evidence*”). É deles que vamos tratar a seguir.

### 3.4.1. Prova além da dúvida razoável

A “prova além da dúvida razoável” é o standard mais exigente dentro da prática legal internacional, chegando perto de uma noção de “prova absoluta”, sendo sua aplicação característica em ações penais.

Este standard exige que a acusação prove a culpa do réu em tamanha profundidade que não reste dúvidas razoáveis que justifiquem a sua absolvição pelo magistrado ou o júri. Esta dúvida razoável, ainda que de difícil definição até para os Tribunais norte-americanos, pode ser tida como um estado da disputa que deixa a condição da mente do julgador sem uma convicção perdurável sobre a verdade buscada, resultando na carência da certeza moral necessária para a condenação. Em sentido semelhante define Nátalie Mello:

*“o convencimento que, decorrente das evidências, se mostra racionalmente seguro, indo além da dúvida razoável, possui a certeza necessária para legitimar uma sentença condenatória.”<sup>35</sup>*

Assim, o standard da prova além da dúvida razoável concretiza o princípio de presunção da inocência do réu, consagrado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, de modo a refletir as gravíssimas consequências de uma condenação criminal.

Não é nada mais do que lógico, afinal, aqui discute-se a possível condenação de um indivíduo a uma pena, o que só é plausível com a firme confiança de que o acusado realmente cometeu o tipo penal que lhe é imputado. Seguindo a lógica basilar de Voltaire, “é melhor correr o risco de salvar um homem culpado do que condenar um inocente”.

Assim também sustenta Gustavo Badaró:

*“A razão de se exigir no processo penal um standard probatório mais elevado que no processo civil é de natureza política, e não simplesmente técnica. No processo penal, em razão da presunção de inocência, do ponto de vista probatório há um desequilíbrio estrutural entre as posições do acusado, a quem não incumbe nenhum ônus, e o acusador,*

---

<sup>35</sup>MELLO, Nátalie Aragone de Albuquerque. Possibilidade da aplicação do princípio da dúvida além do razoável (beyond a reasonable doubt) nas ações eleitorais que versam sobre captação ilícita de sufrágio. Recife: Revista Estudos Eleitorais, v. 2, n. 4, 2018. p. 72.

*sobre quem recai toda a carga probatória. Contudo, além de atribuir toda a carga da prova para a acusação, também se adota um standard de prova bastante elevado (...)*<sup>36</sup>

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já faz menção a tal *standard* desde o ano de 1996<sup>37</sup>. O instituto também foi citado no famigerado “caso do mensalão” (APN 470/MG, rel. min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, Dje de 22/4/2013), ocasião em que o ministro Luiz Fux consignou que “*o critério de que a condenação tenha que provir de uma convicção formada para 'além da dúvida do razoável' não impõe que qualquer mínima ou remota possibilidade aventada pelo acusado já impeça que se chegue a um juízo condenatório. Toda vez que as dúvidas que surjam das alegações de defesa e das provas favoráveis à versão dos acusados não forem razoáveis, não forem críveis diante das demais provas, pode haver condenação*”.

E mais recentemente, o referido *standard* foi mencionado nos julgamentos de duas ações penais de competência originária (AP 521/MT, Dje de 6/2/2015 e AP 580/SP, Dje de 26/6/2017), tendo nesta última a ministra relatora Rosa Weber afirmado expressamente que “*a presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a formulação mais precisa é o standard anglo-saxônico no sentido de que a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável (proof beyond a reasonable doubt)*”.

### **3.4.2. Prova clara e convincente**

Em posição intermediária, tem-se o *standard* da “prova clara e convincente”, também conhecido como “*clear and convincing evidence*”. Este *standard* exige uma probabilidade elevada para a confirmação da hipótese fática. Aqui, a evidência apresentada deve ser convincente e sólida que deixe pouca margem para dúvidas, mas ainda as concebe, somente não de forma significativa.

Essa modalidade de *standard* probatório é aplicável a casos que se encontram dentre os dois extremos da balança, ou seja, que se encontrem fora da esfera criminal, mas que

---

<sup>36</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 6. Ed. São Paulo: RT, 2018. p. 433.

<sup>37</sup> HC 73.338/RJ, relator min. Celso de Mello, DJ de 19/12/1996

versem sobre matérias que envolvam condições mais arriscadas que simples litígios cíveis, tais como casos de restrição dos direitos parentais e ações de improbidade administrativa, por exemplo.

### **3.4.3. Preponderância da prova**

Finalmente, tem-se o standard da prova preponderante, que visa preservar a igualdade e simetria entre os litigantes, incidindo sobre relações jurídicas em que os bens jurídicos envolvidos merecem igual consideração.

Ou seja, o standard da preponderância de prova é aquele que exige o menor de grau de intensidade e suficiência probatória para que uma hipótese fática seja considerada devidamente provada.

Neste standard, o juiz avalia qual a prova preponderante entre aquelas que as partes trouxeram ao processo, definindo qual delas prevalece entre as apresentadas pelo autor ou pelo réu. Em outras palavras, determina-se qual o melhor conjunto de provas produzido no processo, para assim formar-se a convicção para julgamento da lide. Este standard é comumente relacionado à expressão “mais provável do que improvável”, que define bem o grau de prova nele exigido.

Ressalta-se aqui que não se trata de um critério quantitativo, referente ao volume de provas apresentadas por uma das partes, mas sim de um critério qualitativo, que avalia o condão das provas produzidas a fim de comprovar uma referida hipótese fática.

Como bem define Michele Taruffo:

*“Esse standard estabelece que, quando sobre um fato existirem provas conflitantes, o julgador deverá sopesar as probabilidades relativas às diferentes versões dos fatos e fazer uma escolha em favor da afirmação que lhe parecer relativamente mais provável, com base nos meios de prova disponíveis. Tal standard é obviamente racional, uma vez que seria irracional permitir ao julgador escolher a versão dos fatos mais debilmente sustentada pelos meios de prova: é claro que a versão*

*relativamente mais forte deve prevalecer sobre a relativamente mais fraca.*”<sup>38</sup>

O standard da prova preponderante tem aplicação pacificada nos litígios cíveis de cunho patrimonial, cuja matéria de discussão fática fica circunscrita à esfera econômico das partes litigantes.

---

<sup>38</sup>TARUFFO, Michele. op. cit. 2014, p. 135.

## 4. O INSTITUTO DA ARBITRAGEM

### 4.1. Definição de arbitragem

Encerrados os devidos esclarecimentos quanto ao direito probatório e seus standards, chega-se finalmente ao cenário onde serão aplicadas as noções desenvolvidas: o processo arbitral.

Portanto, define-se a arbitragem.

Na mais tradicional definição, a arbitragem se apresenta como um meio privado para a resolução de disputas patrimoniais disponíveis<sup>39</sup>, alternativo à jurisdição estatal, no qual as partes renunciam consensualmente ao Judiciário por meio de um compromisso arbitral, vinculando os signatários terminalmente à esfera arbitral, no que se refere a matéria englobada por aquele negócio jurídico.

Mais precisamente, segundo o Professor Carlos Alberto Carmona: *“A arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.”*<sup>40</sup>

O professor Francisco Cahali apresenta que: *“A arbitragem, ao lado da jurisdição estatal, representa uma forma heterocompositiva de solução de conflitos. As partes capazes, de comum acordo, diante de um litígio, ou por meio de uma convenção, estabelecem que um terceiro, ou colegiado, terá poderes para solucionar a controvérsia, sem a intervenção estatal, sendo que a decisão terá a mesma eficácia de que uma sentença judicial.”*<sup>41</sup>

Assim, tem-se que a arbitragem é uma das formas de desvincular a jurisdição do monopólio estatal, se diferenciando da jurisdição estatal pelo recebimento de sua competência diretamente da vontade das partes, consagrada em convenção arbitral. Segundo as palavras de

---

<sup>39</sup> Lei nº 9.307/96: Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para **dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis**.

<sup>40</sup>CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 15.

<sup>41</sup>CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem: mediação, conciliação, tribunal multiportas. 8. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 120.

Carmona: o árbitro recebe “*um poder de decidir, impondo em caráter obrigatório e vinculativo a solução a um determinado e específico conflito de interesses, aplicando a norma ao caso concreto.*”<sup>42</sup>

Sobre a compromisso arbitral, reitera-se que este nada mais é do que um “*negócio jurídico processual por meio do qual os interessados em resolver um litígio, que verse sobre direitos disponíveis, deferem a sua solução a terceiros, com caráter vinculativo, afastando a jurisdição estatal, organizando o modo através do qual deverá se processar o juízo arbitral.*”<sup>43</sup>

A natureza jurídica da arbitragem, sem prejuízo da ampla discussão doutrinária acerca do assunto, é “híbrida”, concebendo um papel instrumental e jurisdicional refletido da origem contratual do processo arbitral.<sup>44</sup>

Como bem resume Gary Born, em tradução livre: “*é impossível não considerar a arbitragem como um elemento híbrido, que combina os elementos tanto das relações contratuais quanto da autoridade jurisdicional*” uma vez que “*não há sentido em tentar analisar a convenção arbitragem e seus efeitos em todas as etapas do processo arbitral sem referência ao direito e aos princípios dos contratos, da mesma forma que não faz sentido procurar analisar a função do árbitro, o procedimento arbitral e a sentença arbitral sem referência à lei, aos princípios do processo adjudicatório e à coisa julgada.*”<sup>45</sup>

Vale ainda lembrar que a arbitragem não possui o caráter formal e contencioso que permeia tradicionalmente a jurisdição estatal. Nesse sentido, pela também interessante definição proposta por Maristela Basso: “*A arbitragem é, em sua essência e originalidade mecanismo misto de composição de conflitos, baseado tanto em negociação como adjudicação,*

---

<sup>42</sup>CARMONA, Carlos Alberto. op.cit. 2009. p. 180.

<sup>43</sup>CARMONA, Carlos Alberto. op.cit. 2009. p. 189/190.

<sup>44</sup>“O simples fato de a arbitragem contemplar um exercício de dizer o direito não retira o ser principal elemento, a base contratual. Ou seja, a autonomia da vontade das partes de poder excluir a jurisdição estatal. Sendo assim, partilho da opinião de que a natureza é híbrida, mista ou sui generis: a arbitragem é contratual em sua base e jurisdicional em sua função” (BRAGUETTA, Adriana. A importância da sede da arbitragem: a visão a partir do Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, v. I, p. 6).

<sup>45</sup>BORN, Gary. International Commercial Arbitration. 3. Ed. Nova York: Kluwer Law International, 2021, p. 242/243)

*no qual as partes investem de poder aos árbitros para que cheguem à conclusão satisfatória dotada de reconhecimento e identidade jurisdicional.”<sup>46</sup>*

Fugindo um pouco da teorização, podemos falar brevemente sobre os benefícios práticos concedidos por este método, como por exemplo, a “celeridade” e a “informalidade”.<sup>47</sup>

Pessoalmente, gosto de tratar da celeridade arbitral sob uma perspectiva comparativa, até porque, nem toda arbitragem é tão veloz quanto a propaganda sugere. Todavia, quando vemos uma arbitragem anormalmente longa, é certo que este ainda sim está consumindo um tempo menor do que na hipótese da disputa estar sendo resolvida judicialmente.

Ora, um árbitro costuma ter no máximo 10 arbitragens sob sua tutela de uma vez. Um juiz do Tribunal de Justiça de São Paulo, em comparação, possuía, em 2021, uma média de mais de 11.000 processos sobre sua tutela, carga sem dúvida crescente nestes últimos três anos.<sup>48</sup> Para a análise de disputas complexas, não hesito em dizer qual cenário se mostra mais propício à velocidade.

Sobre o não formalismo, tem-se que a arbitragem é menos rigidamente regulada do que os tribunais, o que garante flexibilidade ao rito e permite que as partes particularizem o procedimento conforme suas vontades, portanto que em acordo. Como bem expõe a professora Selma Lemes:

*“O que difere o processo arbitral do judicial é a simplificação da forma, respaldada na liberdade, na flexibilidade e na igualdade. Estes três valores estão positivados na LA na forma de princípios. Assim é que o art. 21, § 2º determina que o processo arbitral observe e albergue nas regras estabelecidas pelas partes o direito de defesa, a igualdade de*

---

<sup>46</sup> BASSO, Maristela. Mito e realidade do procedimento arbitral atual. In: CAHALI, Francisco José; SANTOS, Thiago Rodovalho dos; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira (coords). Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129. São Paulo: Saraiva Jur, 2016, p. 143.

<sup>47</sup> “Da essência da arbitragem, como instituto privado de escopo pacificado de conflitos em âmbitos nacional e internacional e enquanto processo adjudicatório, são inerentes os atributos da “celeridade” e da “desformalização”. BASSO, Maristela. op. cit. 2016, p. 143.

<sup>48</sup> Índice de Produtividade dos Magistrados paulistas é o segundo maior entre tribunais de grande porte, afirma CNJ. Acesso em: <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=74465>

*tratamento das partes e a livre convicção racional do árbitro (independência e imparcialidade) para decidir.”<sup>49</sup>*

Também se destaca aqui as vantagens de “especialização” e “confidencialidade”, comuns ao instituto.

A mencionada especialização da arbitragem é uma prática corriqueira. A escolha de árbitros extremamente qualificados e aptos a resolver certas disputas, por conhecimento aprofundado na matéria em discussão, é verdadeiramente atraente e tranquilizante aos olhos daqueles que se encontram diante de disputas complexas.

Contudo, o que pode surpreender alguns, é que não há exigência legal curricular para que uma pessoa possa exercer a função de árbitro em uma disputa.

Pelo contrário, os únicos requisitos exigidos pela LArb, em seu art. 13, são a capacidade civil plena do candidato, e “que tenha a confiança das partes”, o que, por si só, é bastante vago.

Diante dessa previsão, nada impede que as partes, em comum acordo (em uma arbitragem ad hoc, por exemplo), escolham um adulto de 22 anos, sem experiência jurídica ou profissional, para ser o único árbitro de sua disputa. Exceto o bom senso, é claro.

Ora, nada mais contraintuitivo do que imaginar ambas as partes confiando a resolução de um litígio patrimonial a alguém que não se mostra minimamente qualificado (sem ofensas ao imaginário jovem de 22 anos).

É seguindo este raciocínio que a maioria dos Regulamentos das principais Câmaras Arbitrais do país possui uma lista de árbitros extremamente competentes e hábeis à resolução de litígios, disponíveis para que as partes os indiquem conforme sua preferência.

Da mesma forma, a arbitragem não é um procedimento obrigatoriamente confidencial. Isso porque, além de não haver previsão específica sobre na LArb, já é pacificado que, em situações onde o princípio da publicidade colide com a costumeira confidencialidade arbitral, a publicidade sempre se sobressai, como no caso de arbitragens com a Administração Pública.

---

<sup>49</sup> LEMES, Selma. A arbitragem e o estudante de direito. Artigo Publicado na Revista Direito ao Ponto, edição dedicada ao Direito Arbitral, maio/2009, nº 4, p. 27.

Todavia, a maioria dos Regulamentos das principais Câmaras Arbitrais do país prevê a confidencialidade do método, o que é um pressuposto extremamente atraente para aqueles que buscam a resolução de seus conflitos com privacidade e sigilo, pela delicadeza dos documentos e matérias discutidas na lide.

Pelo exposto, é inegável que a arbitragem traz consigo benefícios quando dirigida de maneira usual. O que nos leva ao próximo tópico.

#### **4.2. Os princípios da arbitragem**

Também relacionado aos benefícios trazidos pela arbitragem, estão os princípios que regem este instituto e que o tornam, acima de tudo, extremamente eficaz.

Pelo recorte deste trabalho, darei destaque somente para dois dentre os vários princípios da arbitragem, por serem os mais importantes para a discussão aqui traçada: a autonomia da vontade e o princípio kompetenz-kompetenz.

O princípio da autonomia da vontade funciona como verdadeira base da arbitragem, uma vez que a modalidade sequer poderia ser concebida sem a priorização da vontade das partes, que, por livre arbítrio, decidem renunciar à jurisdição estatal e optar pelo procedimento arbitral. Nesse sentido:

*“A nova lei brasileira (Lei n. 9307, de 23.9.1996), orientada para privilegiar a vontade da parte, dá realce a esta vertente significativa da liberdade, que é a autonomia da vontade. Nela se assenta, como negócio jurídico, a convenção de arbitragem, seja a cláusula compromissória, seja o compromisso, conferindo-se à arbitragem uma natureza privada e jurisdicional, ao mesmo tempo. Com efeito, como fruto da manifestação da vontade, a convenção de arbitragem expressa, em primeiro lugar, uma escolha, uma opção, pela qual as partes deixam de*

*lado a jurisdição estatal, substituindo-a pela jurisdição arbitral, que vai dizer o direito para a solução da controvérsia.”<sup>50</sup>*

Também fundamental para a arbitragem, o princípio chamado kompetenz-kompetenz é aquele que concede aos árbitros o poder exclusivo de decidir sobre todas as questões referentes a uma desavença vinculada à via arbitral, incluindo a questão de sua própria competência para agir.

Nesse sentido, este princípio:

*“(...) atribui ao árbitro cuja competência é contestada o poder de resolver ele mesmo as questões de que dependem a sua competência, sem que possa lhe ser oposto o argumento segundo o qual ele não poderia fazê-lo sem silogismo, visto que não se saberia ainda, nesse momento, se ele teria ou não competência. Isso não significa dizer que as jurisdições estatais não têm vocação alguma a se pronunciar sobre a validade e o alcance da convenção de arbitragem que funda a competência do árbitro. Trata-se apenas de uma pura prioridade cronológica que, desde que exista uma aparência de convenção de arbitragem, permite que o árbitro se pronuncie com prioridade sobre essas questões, sob o controle posterior das jurisdições estatais, instadas a se pronunciar quando se tratar de acolher a sentença em sua ordem jurídica. Quando dirigida aos árbitros, a regra da competência-competência produz um efeito positivo que lhes permite prosseguir em sua missão; quando dirigida às jurisdições estatais, ela produz um efeito negativo que convida as jurisdições estatais a se absterem de conhecer matérias que apareçam estar prima facie cobertas por uma convenção de arbitragem, de forma a deixar aos árbitros a faculdade de se*

---

<sup>50</sup> ALMEIDA SANTOS, Cláudio Francisco de. Os princípios fundamentais da arbitragem. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: LTr Editora, 1999, p. 115.

*pronunciar com prioridade sobre a validade e o escopo da cláusula arbitral objeto da divergência”<sup>51</sup>*

Esclarecidos assim o conceito de arbitragem e suas principais características, faz-se necessário trazer o mínimo da história por trás de como este método de resolução de conflitos foi concebido e propagado pelo Brasil. É o que se faz a seguir.

### **4.3. Origem e desenvolvimento da Arbitragem no Brasil**

A arbitragem sempre esteve presente no direito brasileiro, mesmo que de forma precária e quase que imaginária. No Código Civil de 1916, por exemplo, o método era mencionado entre os meios indiretos de pagamento, sob o título de “compromisso”, sem um maior detalhamento, todavia.

Nesse sentido, ainda que concebível, a arbitragem tardou até ser opção efetivamente viável no Brasil, uma vez que a resistência histórica à arbitragem, garnida pelas omissões e empecilhos impostos pelos regramentos brasileiros, impedia que o método fosse popularizado. Sem dúvida, os principais óbices enfrentados pela arbitragem quanto à lei brasileira foram a exigência imposta pelo art. 1.045 do CPC/73 de homologação judicial do laudo arbitral, bem como o desprezo à cláusula compromissória e a consequente exigência de compromisso arbitral para o afastamento da jurisdição estatal, pelos arts. 267, VII e 301, IX do CPC/1973.

Na precisa lição de Arnaldo Wald, a arbitragem “*tinha, na realidade, pouca eficiência por ser considerada um pacto preliminar e depender de homologação judicial*”<sup>52</sup>.

Fato é que qualquer benefício prometido pela arbitragem podia ser facilmente revogado pelo Poder Judiciário, o que necessariamente demandava um retrabalho e um excesso de dispêndios por todos os envolvidos, sem que se realmente fosse obtida uma solução satisfatória à lide.

---

<sup>51</sup> GAILLARD, Emmanuel. Teoria jurídica da arbitragem internacional. Tradução de Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Atlas. 2014, p. 78-79.

<sup>52</sup> WALD, Arnaldo. Arbitragem: Passado, presente e futuro. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo. A. 13, n. 50. 2016. p. 61.

Esse cenário de insegurança jurídica certamente impedia que eventuais interessados se sentissem confortáveis em submeter suas disputas à arbitragem, além de impulsionar ainda mais os ávidos críticos do método, que à época se aproveitavam de falhas e lacunas procedimentais para invalidar o instituto como um todo.

O instituto da arbitragem foi formalmente introduzido no Brasil pela Lei de Arbitragem, a Lei nº 9.307, de 1996. A promulgação dessa norma foi um marco crucial para o desenvolvimento da arbitragem nacionalmente, na medida em que ofereceu um modelo jurídico claro e moderno para esta prática no Brasil, reconhecendo a arbitragem como um método legítimo de resolução de conflitos, estabelecendo regras sobre as câmaras arbitrais, a forma de convocação das partes, e o alcance das decisões.

Assim, ainda que a promulgação da LArb não tenha imediatamente eliminado o repúdio e insegurança perante o instituto, ela sem dúvidas permitiu o seu alinhamento à tendência internacional, dando o primeiro passo para a solução de suas crises.

Um exemplo disso foi o seguinte questionamento, também em 1996, da constitucionalidade da arbitragem perante o Supremo Tribunal Federal, em sede de homologação de sentença arbitral estrangeira, questão finalmente resolvida no final de 2001.<sup>53</sup> Na época, o grande problema estava em saber se a eleição de um mecanismo privado de solução de disputas contrariaria ou não ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, chegando-se à apertada conclusão de que o livre arbítrio das Partes em renunciar ao Judiciário para a resolução de certas disputas era algo fundamentalmente permitido pela Constituição Federal.

Com a segurança jurídica derivada da afirmação de sua constitucionalidade, a arbitragem pode finalmente florescer na prática jurisdicional brasileira, consolidando-se pacientemente como uma real alternativa para a solução de conflitos patrimoniais.

Em 2015, houve uma atualização significativa da Lei de Arbitragem pela Lei nº 13.129/2015, que trouxe inovações, como a possibilidade de cláusulas compromissórias em contratos administrativos e a inclusão de disposições sobre mediação, ampliando as possibilidades de resolução de conflitos a que se dispõe.

---

<sup>53</sup> SE-AgR nº 5.206, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 12.12.2001, publicado em 30.04.2004.

Trata-se de brevírio de como a arbitragem se estruturou no Brasil, o qual permite, a meu ver, um panorama mais contido do plano atual da arbitragem doméstica.

#### 4.4. Arbitragem na atualidade

Nos dias de hoje, a arbitragem se consolidou como uma alternativa viável, eficaz, e muitas vezes preferível para a resolução de disputas patrimoniais no Brasil, com destaque para contratos comerciais, societários e administrativos, mas sem necessariamente demonstrar um repúdio pela jurisdição estatal.<sup>54</sup>

Os números coletados pelas principais Câmaras Arbitrais do Brasil somente corroboram com a narrativa de forte consolidação e crescimento desse instituto no cenário nacional.

Por exemplo, as estatísticas do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) confirmam o crescimento consistente da arbitragem no Brasil desde a promulgação da LArb.<sup>55</sup>

Todavia, não há dúvidas de que o instituto ainda enfrenta dificuldades na atuação má intencionada daqueles que buscam sua desvirtuação por interesse e conveniência particular.

Em parênteses, destaca-se que a arbitragem não usufrui do componente de coercitividade, pois este poder é função e monopólio do Estado. Diante disso, muitas vezes há a necessidade do auxílio do Judiciário para a tomada de certas medidas. Reitera-se, todavia, que cabe ao árbitro decretar a medida que entenda necessária, e ao Juiz, somente executá-la, e jamais reavaliar o mérito de sua necessidade, já decidida pelo árbitro<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> “Se é verdade que a convenção de arbitragem tem o condão de subtrair lesão ou ameaça a direito à apreciação do juiz estatal -o que poderia causar ciúmes, se não andasse o Judiciário tão sobrecarregado – não é menos verdade que o sucesso do instituto arbitral nos diversos cantos do mundo se deve menos a uma rejeição do Estado, do que aos anseios por uma justiça administrada diferentemente, sintonizada às necessidades do comércio internacional.” (VALENÇA FILHO, Cláudio de Melo. Poder Judiciário e sentença arbitral. Curitiba: Juruá, 2003. p. 21). De forma semelhante: “A percepção de uma tutela adequada a cada topo de conflito modificou a maneira de ver a arbitragem, a mediação e a conciliação que, de meios sucedâneos, equivalentes ou meramente alternativos à jurisdição estatal, ascenderam à estatura de instrumentos mais adequados de solução de certos conflitos.” GRINOVER, Ada Pellegrini. Ensaio sobre a processualidade. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018. p. 62.

<sup>55</sup>CAM. Estatísticas 2023. São Paulo. 2023.

<sup>56</sup>“Há possibilidade de controle judicial da sentença arbitral, mas apenas em reação à sua validade (arts. 32 e 33, caput, Lei n. 9.307/1996). Não se trata de revogar ou modificar a sentença arbitral quanto ao seu mérito, por

As esferas não se misturam, nem se combatem, somente se complementam de forma cooperativa. Este é o cenário ideal da arbitragem, e arrisco dizer, um cenário extremamente alcançável, caso seja do interesse do Judiciário.

Ou seja, não há dúvidas de que a arbitragem doméstica funciona, e funciona muito bem. Apesar disso, sempre há espaço para o seu aprimoramento, o que se busca propor neste trabalho. Com isso, podemos seguir para o próximo tópico.

#### **4.5. A produção de provas na arbitragem**

Seguindo a tendência até agora destacada, confirma-se também que a produção de provas na arbitragem é consideravelmente mais flexível e ampla do que no processo judicial.

Diferentemente do sistema judicial tradicional, onde o juiz tem um papel ativo na coleta de provas, atualmente, também com participação considerável da partes, na arbitragem as partes possuem maior autonomia para definir como a prova será produzida, dentro dos limites estabelecidos pela convenção de arbitragem e pela legislação aplicável.

As partes podem escolher os métodos de produção de provas que consideram mais adequados ao seu caso, como a oitiva de testemunhas, a apresentação de documentos ou a realização de perícias. Essa liberdade permite que o processo seja moldado de acordo com as particularidades do conflito, o que pode resultar em uma resolução mais rápida e eficiente.

Entretanto, essa autonomia também traz desafios. É essencial que as partes tenham clareza sobre quais provas serão necessárias e como elas serão obtidas, evitando, assim, surpresas que possam comprometer a eficácia do procedimento. Além disso, o árbitro, embora menos ativo que um juiz, deve assegurar que a produção de provas ocorra de forma justa e equitativa, respeitando os direitos de defesa e o contraditório.

*“A prova é uma atividade jurisdicional, pois envolve o devido processo legal e exige a imparcialidade do árbitro na sua valoração assim como no deferimento das medidas probatórias. Admite-se como prova todos os meios lícitos e moralmente aceitos, podendo ser uma confissão; um*

---

entendê-la injusta ou por errônea apreciação da prova pelos árbitros, senão de pedir sua anulação por vícios formais.” (DIDIER JR., Fredie. op. cit. 2016, p.173.)

*documento; uma testemunha que presenciou os fatos ou testemunha técnica; uma presunção e a pericial.”<sup>57</sup>*

No que diz respeito às garantias atinentes à prova, a Constituição Federal traz em seu art. 5º, caput e incisos LIV, LV e LVI, os princípios do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, da proibição da prova ilícita e da igualdade, de forma que o processo arbitral no Brasil está formalmente vinculado a tais princípios e o desrespeito a qualquer um deles resulta na nulidade da sentença arbitral.

No que diz respeito à Lei de Arbitragem, não há um detalhamento excessivo sobre a produção de provas em arbitragem. Isso é bom, pois segue à risca o princípio da autonomia da vontade das partes, garantindo a elas considerável liberdade na convenção sobre os meios de prova, que podem ser quaisquer, portanto que lícitos.

Por outro lado, um regulamento detalhado e restritivo sobre a definição de formas de prova pela LArb seria desvantajoso, para dizer o mínimo, por tirar do controle das partes algo que facilmente poderia ser acordado no próprio procedimento. Quando a isso, a arbitragem brasileira não pode reclamar.

Introduzidas as noções relevantes de prova, standard da prova e arbitragem, de modo que podemos seguir para o efetivo tema deste trabalho: os standards da prova na arbitragem.

É o que se faz na sequência.

---

<sup>57</sup>HOOG, Wilson Alberto Zappa; ALONSO, José Rojo. Arbitragem – Uma atividade para contadores – Comentários à Lei 9.307/1996. 2. Ed. Curitiba:Jaruá, 2016. P. 78.

## 5. STANDARDS DA PROVA NA ARBITRAGEM

### 5.1. A aplicação dos standards probatórios no processo arbitral

O tema de standards probatórios possui um contorno próprio quando concebido dentro da lógica da arbitragem, por principalmente três razões: (i) os instrumentos de regulação da matéria probatória na arbitragem tradicionalmente não disciplinam o tema; (ii) o nível de prova tido como necessário para que o julgador se convença pode variar consideravelmente de uma jurisdição para outra, quando tratamos de um procedimento arbitral que envolvam partes de jurisdições distintas; e (iii) não há clareza doutrinária sobre o tema quando pensamos no cenário nacional.<sup>58</sup>

Afinal, inexistente consenso sequer sobre a natureza jurídica dos standards da prova, o que dificulta sua padronização no meio arbitral. Isto porque, assumindo-se que os standards possuem natureza material, o regramento se daria pela lei aplicável ao mérito da disputa, com menos liberdade aos árbitros, o que se mostra precário pela imensa escassez de previsão legal sobre o tema.

Em contrapartida, partindo-se do pressuposto de que standards da prova têm natureza processual, o tema seria certamente regulado pela *lex arbitri* e, não havendo um acordo específico entre as partes sobre o tema, o árbitro teria maior liberdade para aplicar os critérios conforme seu melhor juízo.

Pois bem, diante de tamanha incerteza, como é possível se falar da aplicabilidade do standard da prova em arbitragem? Ora, como já aqui esclarecido, não é porque um tema é ignorado ou complexo que ele deixa de existir e afetar o direito. Nas palavras de Ravi Peixoto:

*“Esta constatação é, em si, um problema, eis que, se não há uma preocupação em discutir e elaborar os standards, eles não deixam de existir, mas apenas deixam de poder ser controlados pelas partes,*

---

<sup>58</sup> MELO, Naiane Lopes Soares de. Arbitragem e valor probatório da conduta da parte. 1. Ed. São Paulo: Almedina, 2023. p. 84.

*atuando implicitamente no momento da decisão judicial sobre os fatos.”<sup>59</sup>*

Assim, busca-se estudar como esses standards estão sendo aplicados, ainda que de forma camuflada e muitas vezes inconsciente, nos processos arbitrais, e também, como idealmente esses standards seriam aplicados, de forma intencional e objetiva.

No contexto de arbitragem, existem aqueles que defendem que, na ausência de regra específica ou convenção estabelecendo o standard probatório a ser aplicado, o tribunal arbitral teria discricionariedade plena para determinar qual standard deve ser aplicado para o estabelecimento e confirmação das hipóteses fáticas presentes na disputa.<sup>60</sup>

Contudo, essa lógica possibilita que o árbitro, em razão de seus poderes para valorar a prova e resolver a disputa, reconheça que um fato não foi provado a despeito de um robusto e completo acervo probatório, aplicando uma desproporcional exigência de certeza absoluta, sequer utilizada em um processo penal. Neste trabalho, esse entendimento nos parece correto.

Afinal, a ideia de que um árbitro possa estabelecer como bem entender o grau de prova necessário para formar sua convicção sobre as pretensões fáticas, simplesmente esvazia a própria função do standard probatório. Não somente, como também altera o momento em que este standard da prova é fixado, relocando a sua correta fixação, que precede a valoração da prova, para o mesmo momento da própria valoração.

Em outras palavras, o árbitro não mais analisa a prova tendo em mente o padrão pelo qual deve se basear para formar sua convicção, mas sim, compreende a prova ao mesmo tempo que conclui se ela é suficiente ou não para comprovar as hipóteses fáticas apresentadas, o que, novamente, retira do standard probatório a sua função.

Relembra-se aqui que, mesmo na arbitragem, os standards probatórios exercem sua função de distribuição da probabilidade de erros, e por isso, se mostram tão relevantes. Se o standard é exigente com o Requerente, há maior chance de que eventuais erros do tribunal favoreçam o Requerido, e vice-versa. É disso que se trata a seguir.

---

<sup>59</sup>PEIXOTO, Ravi. op. cit. 2021, p. 209.

<sup>60</sup>REDFERN, Alan. Et al. Redfern and Hunter on International Arbitration. 5. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 388.

## **5.2. A distribuição de riscos nas demandas arbitrais**

Como já mencionado, a distribuição de riscos nas demandas arbitrais é profundamente influenciada pelo standard da prova aplicado em cada caso. Esse aspecto é crucial, pois determina como as partes devem apresentar suas alegações e evidências, bem como as expectativas quanto ao resultado da disputa.

Na arbitragem, a distribuição de riscos refere-se à forma como as incertezas relacionadas ao resultado da demanda são alocadas entre as partes. Os riscos incluem não somente a possibilidade de perder a causa, mas também custos associados, como honorários de advogados e despesas com a própria arbitragem. A maneira como esses riscos são distribuídos certamente afeta a estratégia de cada parte, a qualidade da prova apresentada e, por fim, a decisão arbitral.

Dependendo do standard da prova aplicado a lide, a parte que faz a alegação pode assumir um risco maior. Por exemplo, em um padrão não preferível de prova clara e convincente, a parte demandante assume o risco de que suas evidências não sejam suficientes para convencer o árbitro de sua narrativa, enquanto a parte que refuta as alegações não precisaria se esforçar para produzir provas extensas para negar os fatos trazidos.

Portanto, a parte que está ciente de que o padrão estabelecido é mais ou menos rigoroso pode optar por investir mais ou menos na coleta de evidências e na construção de um caso sólido, podendo ser favorecida conforme o standard aplicável à disputa.

Com a distribuição de riscos claramente definida, as partes têm a possibilidade de fazer uma avaliação mais precisa dos custos envolvidos na arbitragem. Isso pode incluir não apenas os custos financeiros diretos, mas também os riscos associados a uma possível derrota, como a responsabilidade por custas e honorários da parte vencedora.

A distribuição de riscos, guiada pelo standard da prova, também molda as expectativas das partes em relação ao resultado, na medida em que, quando as partes compreendem que o ônus da prova recai sobre elas, estão mais propensas a se preparar adequadamente e a considerar acordos antes que a arbitragem avance.

Não somente, quando as partes estão plenamente conscientes dos riscos envolvidos na lide, o que se observa é uma maior qualidade, transparência e satisfação no processo arbitral

pelos envolvidos, as quais, mesmo diante de uma sentença arbitral desfavorável, tendem a não demonstrar irresignação, uma vez que não foram surpreendidos por uma aplicação surpresa de um grau de valoração ocultado.

Afinal, temos que sempre manter em mente que a principal finalidade da arbitragem é resolver as disputas de forma satisfatória, nos conformes do procedimento acordado entre as partes. Quanto menos variáveis fora do controle das partes existirem, menor a chance de insatisfação e pretensão de uma ação anulatória pelo sucumbente. É dentro dessa perspectiva que se busca soluções à problemática trazida, o que se faz a seguir.

### **5.3. Possíveis alternativas**

Compreendidos os riscos por trás da aplicação dos standards das provas em arbitragens, torna-se à dúvida original: Como se determina qual o standard probatório aplicável a um procedimento arbitral?

Pois bem. Me parece claro que, pela própria natureza do instituto na arbitragem, pautado pelo princípio da autonomia da vontade, aqui já elucidado, as partes devem convencionar sobre o standard da prova a ser aplicado para a resolução da lide.

Nessa hipótese, ausente qualquer previsão legal ou regulamentar da Câmara Arbitral disciplinando o tema, como já vimos ser o caso, não há dúvidas de que o Tribunal Arbitral estaria vinculado ao grau de prova pré-estabelecido, de modo que, fosse o caso de aplicar qualquer outro standard na formação de sua convicção, ainda que de forma discreta, a sentença arbitral seria passível de anulação por julgamento proferido fora dos limites da convenção arbitral, conforme prevê o art. 32, IV da LArb.

Ainda nesta lógica, não haveria problema na aplicação de um standard probatório extremamente exigente em um procedimento arbitral, se ambas as partes concordassem em sua aplicação. Contudo, ainda que possível, o desbalanço na distribuição de riscos revela essa hipótese como extremamente improvável.

Ora, e no caso de ausência de concordância entre as partes sobre o standard da prova a ser aplicado? Poderia o árbitro decidir por qualquer das opções arguidas pelas partes, como faria para algum outro aspecto na disputa, como por exemplo, em um pedido de bifurcação no procedimento?

Pessoalmente, acredito que não.

Mais uma vez, trago aqui a lógica basilar da arbitragem. Afinal, não falamos somente da autonomia da vontade, como também, da posição de igualdade das partes do processo arbitral. Trata-se de uma máxima, uma harmonia que deve sempre ser buscada e mantida pelo Tribunal Arbitral.

Ou seja, não vejo como correto o Tribunal Arbitral decidir pela aplicabilidade de um standard probatório mais rigoroso sem que exista uma excelente justificativa para isso, no caso, a própria manutenção da paridade da arbitragem.

Veja-se, da mesma forma que é possível a inversão do ônus da prova<sup>61</sup> no processo arbitral, se devidamente demonstrado que existe um desequilíbrio entre a possibilidade de comprovação das alegações entre as partes, também é possível a aplicabilidade de um standard probatório mais exigente para manter o balanço do procedimento.

Contudo, salvo esta hipótese, compreendo que a decisão de um Tribunal Arbitral por um standard probatório mais exigente, para qualquer uma das partes, se mostra abusiva e, portanto, não deve ser incentivada ou defendida sob o argumento de que essa autonomia estaria dentro das competências do árbitro.

É com essa concepção que, salvo convenção contrária das partes e situações excepcionais de desequilíbrio preliminar e evidente, entendo como imperativa a aplicação de um standard da prova intermediário nas disputas arbitrais, o qual aqui reconhecemos como a preponderância da prova ou a probabilidade preponderante.

Como bem exposto por Adrian Zuckerman, em tradução livre:

*“Esse standard (probabilidade preponderante de prova) é ditado por considerações de justiça. Tendo em vista que todos são iguais perante a lei, normalmente não há justificativa para discriminação entre os litigantes, e impor a um deles um risco de erro substancialmente mais*

---

<sup>61</sup>“O árbitro pode, em nossa opinião, considerar invertido o ônus da prova com fundamento no artigo 345 CC se a parte faltar ao dever de colaboração com o tribunal arbitral e, assim, se incumprir de Compromisso Essencial. Não o poderá fazer se a inversão do ônus importar para a parte susceptível de ser sancionada uma prova excessivamente onerosa de seu direito.” (BARROCAS, Manuel Pereira. A prova no processo arbitral. Separata da Obra. “IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa. Coimbra: Almedina, 2012, p. 160.)

*alto que ao outro (...) Qualquer desvio de uma distribuição igualitária de risco vai resultar no tratamento desigual dos litigantes, devendo, portanto, ser modificada.”<sup>62</sup>*

Destaca-se ainda que esta mesma lógica deve ser aplicada em arbitragens com a Administração Pública, na medida em que até mesmo o Estado se vê em posição processual equivalente ao ente privado em um procedimento arbitral. Não obstante, fosse o caso de a matéria em discussão exigir um standard probatório mais exigente, como o da prova clara e convincente, talvez este litígio nem pudesse estar sendo submetido à arbitragem, pela possível indisponibilidade de direitos envolvidos. Até porque, não vejo razão para se hesitar em se decidir pelo grau de preponderância da prova em litígios envolvendo somente direitos disponíveis patrimoniais, que são os quais se permite à Administração Pública discutir em arbitragem.

Por fim, este raciocínio também engloba a última hipótese, ainda não abordada. E no caso de nenhuma das partes convencionarem sobre o standard probatório a ser aplicado no caso, e sequer trazerem essa discussão para a lide. O que deve fazer o árbitro? Não surpreendentemente, este é caso mais comum nas arbitragens domésticas.

Ora, não vejo razão para que o árbitro não deva trazer este questionamento às partes, a fim de verificar se há concordância entre elas na aplicação de um grau de prova específico. Não sendo o caso, torna-se ao raciocínio anterior, e aplica-se o standard da prova preponderante.

Contudo, se o árbitro não formular o referido questionamento, a aplicação expressa de qualquer standard probatório, mesmo o da preponderância da prova, pode ser arriscada, também pela possibilidade de alegação de julgamento que excede a convenção de arbitragem.

Reitero mesmo assim que, no meu entendimento, a valoração da prova sem a orientação de um standard probatório objetivo traz prejuízos concretos à resolução de lide, os quais a gravidade talvez ainda nem tenhamos percebido, até pela falta de condicionamento no pensamento jurídico do nosso sistema sobre a matéria.

---

<sup>62</sup>ZUCKERMAN, Adrian. Zuckerman on Civil Procedure: Principles and Practice. 3. Ed. London: Sweet & Maxwell, 2013, p. 1.020.

De todo modo, acredito que o primeiro passo para a solução desta problemática é o aprofundamento da produção acadêmica sobre o assunto, de forma a tornar o tema mais familiar aos acadêmicos e aos entusiastas da arbitragem, a fim de alinhar nosso procedimento com a tendência internacional da arbitragem comercial, bem como trazer melhorias muito bem vindas ao processo arbitral nacional.

## 6. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, sou levada a concluir que ao menos a familiarização do conceito de standard probatório é medida necessária para nosso sistema jurídico.

Afinal, somente depois de um concreto e robusto desenvolvimento acadêmico sobre o tema que poderemos afirmar com confiança sobre a viabilidade e utilidade, ou não, dos standards probatórios no nosso sistema.

Na minha concepção, acredito que os standards probatórios possam ser especialmente oportunos para a arbitragem. Além de aparentemente compatíveis com o método, por garantir maior controle às partes no que diz respeito à forma que se discute e se resolve a disputa, também presumem uma maior satisfação dos envolvidos com a sentença arbitral.

Destaca-se ainda a segurança jurídica que seria agregada ao processo arbitral por meio da constante e correta aplicação dos standards probatórios, que atuariam também para a proteção do árbitro no caso de eventual erro no julgamento da disputa.

Em conclusão, vejo a determinação do standard probatório em arbitragens como crucial para manter a autonomia das partes e a paridade no processo. Idealmente, as partes devem concordar sobre o padrão de prova a ser aplicado no termo de arbitragem ou ata de missão. Contudo, na ausência de acordo ou previsão expressa sobre o grau de prova a ser utilizado, o árbitro deve obrigatoriamente adotar o standard da preponderância da prova, a fim de não desequilibrar injustificadamente a disputa.

De todo modo, reitero que é fundamental promover mais pesquisas sobre o tema para alinhar a arbitragem nacional às práticas internacionais e, acima de tudo, melhorar ainda mais a prática da arbitragem no Brasil.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA SANTOS, Cláudio Francisco de. **Os princípios fundamentais da arbitragem**. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: LTr Editora, 1999.

ANDRADE, Flávio da Silva. **Standards de prova no processo penal**. 3ª ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2018.

BARROCAS, Manuel Pereira. **A prova no processo arbitral**. Separata da Obra. “IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa. Coimbra: Almedina, 2012.

BRAGUETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem: a visão a partir do Brasil**. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Campinas: Red Livros, 1999.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação, tribunal multiportas**. 8. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

CAHALI, Francisco José; SANTOS, Thiago Rodovalho dos; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira (coords). **Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129**. São Paulo: Saraiva Jur, 2016.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. v. 2. 1ª ed. São Paulo: Classic Book, 2000, v. II.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997

CRETELLA NETO, José. **Dicionário de processo civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERREIRA, William Santos. Capítulo XII: das provas. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa... [et al.] (coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GAILLARD, Emmanuel. Teoria jurídica da arbitragem internacional. Tradução de Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Atlas. 2014.

GARNER, Bryan A. **Black's Law Dictionary**. 7th Ed. Saint Paul: West Group, 1999, p. 1.413.

KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle**. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 353, jan.-fev. 2001.

LEMES, Selma. **A arbitragem e o estudante de direito**. Artigo Publicado na Revista Direito ao Ponto, edição dedicada ao Direito Arbitral, maio/2009, nº 4.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Sobre o uso do standard probatório no processo penal**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/limitepenal-uso-standard-probatorio-processo-penal>.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Nátalie Aragone de Albuquerque. **Possibilidade da aplicação do princípio da dúvida além do razoável (beyond a reasonable doubt) nas ações eleitorais que versam sobre captação ilícita de sufrágio**. v. 2. n. 4. Recife: Revista Estudos Eleitorais, 2018.

MELO, Naiane Lopes Soares de. **Arbitragem e valor probatório da conduta da parte**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2023.

MIRANDA, Franciso Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. São Paulo: Editora JusPodvym, 2021.

REDFERN, Alan. Et al. **Redfern and Hunter on International Arbitration**. 5. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

ROSITO, Francisco. **Direito probatório: as máximas de experiência em juízo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TARUFFO, Michele. **La Prueba de los Hechos**. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 43. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol., I. 58<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições do processo penal**. Vol. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978

WALD, Arnoldo. **Arbitragem: Passado, presente e futuro**. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo. A. 13, n. 50. 2016.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, 1987.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. Malheiro Editores. 2009.

ZUCKERMAN, Adrian. **Zuckerman on Civil Procedure: Principles and Practice**. 3. Ed. London: Sweet & Maxwell, 2013.