

LIVRE CONVENCIMENTO E MODELO DE CONSTATAÇÃO DOS FATOS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

THE INDEPENDENT CONVICEMENT AND THE FACTS FINDING MODEL IN BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE

Vinicius Sena Gomes de Moraes

Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES

Assessor jurídico no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo - TJES

viniciussgdemoraes@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/9253079045873712>

<https://orcid.org/0000-0003-4503-5453>

RESUMO

Campo de estudo: direito processual civil. Objetivo: o presente trabalho apresenta algumas considerações acerca da análise das questões de fato, da existência de um modelo de constatação desses fatos, em coexistência com um modelo de incumbência de quem prova, pensando, ao fim, no papel da decisão saneadora no aspecto de organização do processo como possível catalisador da funcionalização da eficiência, do contraditório e da segurança jurídica por meio dos *standards* da prova. Método: as premissas do artigo foram trabalhadas com base no método de revisão bibliográfica e desenvolvidas à luz do método dogmático. Conclusão: revela-se, de forma cada vez mais aguda, a necessidade e a importância de desenvolver e dar transparência à teoria dos *standards* probatórios, cuja arquitetura voltada a estabelecer critérios para a constatação dos fatos conduz ao aperfeiçoamento do contraditório e do controle judicial.

» PALAVRAS-CHAVE: PROCESSO CIVIL. LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA. STANDARD DA PROVA. ÔNUS DA PROVA. DECISÃO SANEADORA.

ABSTRACT

Field of study: Civil procedure. Objective: this work presents some considerations about the analysis of the questions of fact, the existence of a model of verification of these facts, in coexistence with a model of incumbency of who proves, thinking, in the end, in the role of the pretrial decision in the aspect of organization of the process as a possible catalyst for the functionalization of efficiency, contradictory and legal security through the standards of proof. Method: the premises of the article were developed under the light of the dogmatic method and bibliographical review. Conclusion: in this context, the need and importance of developing and providing transparency to the theory of evidentiary standards, whose architecture aimed at establishing criteria for ascertaining facts, leads to the improvement of adversarial proceedings and judicial control is revealed in an increasingly acute way.

» KEYWORDS: CIVIL PROCEDURE. FREE MOTIVATED CONVICTION. STANDARD OF PROOF. BURDEN OF PROOF. PRETRIAL DECISION.

Artigo recebido em 18/2/2023, aprovado em 6/12/2023 e publicado em 16/7/2024.

INTRODUÇÃO

A noção de prova, como demonstração da verdade de uma proposição, precede ao processo judicial, estando em todas as manifestações da vida humana; no entanto, é no processo judicial que a prova alcança papel central e de destaque, funcionalizada pela necessidade de reconstruir os fatos que dão suporte às pretensões deduzidas (Badaró, 2016), pelos meios adequados, observadas as técnicas vocacionadas a extrair a prova de onde ela jorra

– “pessoas, coisas ou fenômenos” (Moreira, 1996, p. 115). A reconstituição dos fatos, todavia, revela-se tarefa complexa. Dada a dificuldade ou a impossibilidade em apreender os fatos ou a realidade, a verdade em sua inteireza, em uma construção ontológica, trabalha-se com a verdade possível, a verdade relativa, entendida pela tradicional noção de verdade por correspondência¹.

Sendo inalcançável uma reconstrução ontológica dos fatos, tendo como referência a cautela e a consciência da chance de equívoco na construção dos enunciados dos fatos (modelo persuasivo), utiliza-se do modelo demonstrativo para racionalizar a reconstrução fática, a mais próxima do mundo fenomênico, a ser observada teleologicamente, por meio de uma lógica deôntica – para que seja possível estabelecer premissas objetivas para uma discussão racional.

Pensando bem na importância demonstrativa da prova é que Guilherme Recena Costa (2013, p. 361) alerta que “não se pode relegar o juízo fático apenas a uma dimensão retórico-persuasiva. Pelo contrário, a decisão quanto aos fatos deve fundar-se, tanto quanto possível, sobre critérios intersubjetivos e racionais quanto à credibilidade e validade de suas conclusões”. O método persuasivo isoladamente, isto é, o mero alegar, pode conduzir ao acerto dos fatos de maneira dissociada da realidade, como o que representado pelo emblemático exemplo do réu inocente que se declara culpado.

No geral, verifica-se que o método comunicativo ou persuasivo não se mostra válido para a aferição do juízo fático (Costa, 2013), não sendo crível que a busca pela verdade, ainda que reduzida a uma verdade possível², compatibilize-se de maneira confiável na argumentação isolada. “A decisão quanto aos fatos deve fundar-se, tanto quanto possível, sobre critérios intersubjetivos e racionais quanto à credibilidade e validade de suas conclusões” (Costa, 2013, p. 361).

A verdade, portanto, deve ser tratada como pressuposto essencial para a resolução de conflitos objetivada pelas decisões justas (Costa, 2013; Badaró, 2016), embora, é bom que se diga, não como um fim em si mesma. É intuitivo que a base de julgamento por uma verdade se mostre como critério de legitimação da decisão³ e da própria justiça, ainda que não seja possível alcançar a verdade absoluta⁴. É com esta tônica que se aborda o método demonstrativo para as questões fáticas do processo, buscando o necessário suporte racional e intersubjetivo em elementos idôneos que possam demonstrar os fatos e para que seja possível realizar a concreção do direito, sobretudo quando inserido no modelo de valoração da prova pelo julgador com base no livre convencimento ou persuasão racional.

Apesar de o modelo demonstrativo impor racionalidade quanto às questões de fato, há que se ter em mente que a premissa epistemológica de uma verdade por correspondência se dá à razão de não ser possível alcançar uma verdade absoluta⁵, como já dito, não sendo “exigido do juiz que verifique se as narrativas fáticas são verdadeiras, mas apenas se elas estão corroboradas ou não de acordo com os elementos probatórios constantes dos autos” (Peixoto, 2020, p. 27).

No processo, portanto, tomam-se por verdadeiros os enunciados nele discutidos com base nos elementos de provas suficientes ao enunciado, ou, do contrário, falsos se não dispuser de ele-

mentos de prova a seu favor. É uma construção formal, e, por isso mesmo, é possível que se tome um enunciado como verdadeiro, porque confirmado por elementos suficientes de prova, ainda que este seja falso no mundo de fato (Badaró, 2016)⁶, dada a diferença entre a verdade real e a formal.

Em síntese, vale-se da lição do mestre Michelle Taruffo (*apud* Costa, 2013, p. 361), que aclara que:

a prova judiciária desenvolve uma função demonstrativa enquanto fornece um fundamento cognoscitivo e racional para a escolha que o juiz realiza, individualizando uma versão confiável e verdadeira dos fatos relevantes da causa, e justificando racionalmente tal escolha

no que encadeia Costa (2013, p. 361-362) a reflexão de que:

não há uma correspondência automática entre alegações e fatos, ou uma descoberta imediata da verdade, mas, sim, a averiguação de correspondência segundo processos normativos de justificação e inferência (cf. Zenon Bankowski, 'The value of truth: fact scepticism revisited', in *Legal Studies – The Journal of the Society of Legal Scholars*, vol. 1, 1981, pp. 257 e ss).

Aconselha-se, pois, reconhecer a ideia de contextualidade da verdade a serviço de uma função profilática quanto aos fatos no processo judicial, intuindo um impulso de racionalização e exteriorização das escolhas tomadas pelo juiz (Costa, 2013, p. 362) no exercício do raciocínio probatório e dos juízos.

Admitindo-se a possibilidade do erro a que estamos sujeitos ao percorrermos o caminho das inferências entre os elementos demonstrativos e os enunciados fáticos declinados discursivamente, visualiza-se também a possibilidade do erro judicial, o julgamento equivocado.

No processo judicial, a questão passa desde o grau de corroboração dos fatos exigido das partes para que se repute provado o evento ou fenômeno discutido no processo, até o controle judicial da decisão sobre as questões fáticas, tendo como referência o que foi considerado e exigido pelo juiz para a formação de convicção em sentido positivo ou negativo.

Nesse aspecto, o *standard* da prova se apresenta como “critério à luz do qual o juízo de fato possa ser formado e submetido ao contraditório” (Knijnik, 2007, p. 37), auxiliando o juízo e as partes nas situações de crise de certeza ao passo que propicia controle judicial mais preciso em razão da maior transparência do raciocínio desenvolvido durante a formação da convicção do juízo.

1 SOBRE A LIBERDADE DA APRECIÇÃO DA PROVA E DA SUA RACIONALIDADE – SOBRE O STANDARD ARGUMENTATIVO E LINGUÍSTICO

O Código de Processo Civil prevê em seu art. 371 que “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Essa previsão estabelece que a prova será valorada de acordo com o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, em oposição, dadas específicas exceções, aos sistemas da íntima convicção e da prova legal ou tarifada.

O sistema adotado notadamente não impõe uma pré-valorização nem atribui previamente um peso de valor à prova, e, em essência, concede liberdade ao juiz para a análise do conjunto probató-

rio de acordo com os elementos constantes nos autos, ainda que não alegado pelas partes, em busca do seu convencimento, exigindo dele a devida fundamentação das suas decisões, conforme previsão constitucional explícita contida no art. 93, IX) (Rodrigues, 2016). As ressalvas apontadas pelo Código Processual Civil trazem, em determinadas hipóteses, a figura da prova tarifada, o que, no entanto, não arrefece a necessidade de motivação das decisões.

Segundo Costa (2013), a liberdade na apreciação da prova, concebida largamente em sistemas de inspiração continental, surgiu como reação revolucionária às regras da prova tarifada⁷, com base na crença de que a análise da prova é essencialmente contextual, considerando que a prova tarifada tem por característica comprimir a análise dos fatos e, de maneira grosseira e generalizada, realiza uma pré-avaliação.

Não é demais referenciar a prestimosa observação de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2002, p. 227) sobre a livre apreciação da prova, segundo a qual:

o índice de democratização do processo revela-se bem maior em confronto com o antigo sistema da prova legal, pois o pronunciamento sobre o fato passa a ser mais compreensível para o cidadão comum, interagindo dialeticamente com a apreciação que deve ter a cidadania do proceder de seus juizes.

Adverte o autor (Oliveira, 2002, p. 228), contudo, que “para que tudo não redunde em puro arbítrio, contenha-se a atividade do órgão judicial no horizonte de uma racionalidade lógica e de conformidade com as leis naturais e a experiência comum”.

A liberdade do convencimento judicial em contraposição às regras jurídicas predeterminadas de avaliação, repisa Danilo Knijnik (2007, p. 16):

está sujeito às regras da lógica e a certos postulados jurídicos, no sentido de afastar o subjetivismo. Se o direito tem de se haver com os fatos, porque indissociáveis das normas, há necessidade de evitar-se o arbítrio na reconstrução fática, criando mecanismos de vinculação e controle.

De maneira muita tranquila, a doutrina⁸ chancela que o livre convencimento judicial, em verdade, não é livre⁹. Como mencionado, ele é objetivado pela razão prática, submetido à lógica do discurso e à teoria da argumentação, podendo ainda se falar na vinculação do juiz ao dever de adotar o raciocínio correto (Knijnik, 2007), para que não viole as regras que regem o bem pensar, a exemplo das regras de experiência do homem médio – em que não seria permitido, por exemplo, cogitar que as larvas do mosquito da dengue teriam origem nas águas movimentadas de uma cachoeira.

Parece salutar, no entanto, tecer uma breve consideração acerca da prova a ser produzida, mais especificamente sobre a sua admissibilidade, para aqui apenas destacar que esta não se confunde com a avaliação da prova, que com efeito deve ser promovida após aquela etapa¹⁰.

Conduzindo a um fechamento das considerações sobre a apreciação da prova, verifica-se que, apesar de a livre apreciação ter conteúdo negativo, relacionado ao fato de que, em essência, afasta-se a previsão da prova tarifada, para que se evite a avaliação engessada da prova; por outro lado, não se

verifica com nitidez a dimensão oposta, a positiva, já que não é dito como e dentro de quais limites se deve desenvolver o juízo fático.

A ideia do desenvolvimento de uma dimensão positiva para a livre apreciação da prova parece impor árdua tarefa à doutrina, que a retrata como lugar demasiadamente complexo, mas reconhecidamente necessário. Os limites nos quais o juízo fático é desenvolvido, embora possam ser objetivados por meio de diversos enfoques, a exemplo do *standard* da lógica argumentativa alocado mesmo como um pressuposto da racionalização¹¹, parecem destacar-se nos modelos de constatação dos fatos, conhecidos também por *standards* da prova.

Dado o recorte metodológico aqui proposto, o pretendo objeto a seguir é o de abrir o conceito de *standards* probatórios e os tipos consagrados que tenham correlação com a doutrina brasileira, para na sequência examinar alguns aspectos dos *standards* comumente indicados como apropriados para o processo civil, área aparentemente ainda mais árida na teoria dos *standards* da prova¹², conduzindo por vezes a sua aplicação irrefletida e também dificultando o desenvolvimento de estratégias para administrar a incerteza.

A ideia é de “que existem ‘modelos de constatação’, comumente denominados *standards*, que funcionam como critérios, pelos quais o juízo de fato é formalizado” (Knijnik, 2007, p. 18).

2 A POSSÍVEL CONSTRUÇÃO RACIONAL DOS STANDARDS DE PROVA NO SISTEMA BRASILEIRO

Standard probatório, em conceito inaugural oferecido por Ravi Peixoto, pode ser compreendido como o “grau de suficiência probatória mínima exigida pelo direito para que uma hipótese fática possa ser considerada provada”¹³, no que em primeira ilustração exemplifica que “se o estandar probatório consiste na *preponderância* da prova, a hipótese fática deve, no mínimo, atingir esse grau de suficiência para que seja tida como provada” (Peixoto, 2020, p. 43, grifo do autor)¹⁴.

Segundo o estudo de referência de Jordi Ferrer Beltrán (2002, p. 88, *apud* Knijnik, 2007, p. 34), a teoria dos *standards* auxilia a identificar “quando, ou sob que condições, os elementos de juízo disponíveis são suficientes para que se repute racional aceitar uma proposição como verdadeira no âmbito do raciocínio decisório”.

Com base em escolhas políticas, de caráter ético e social, o ordenamento jurídico atribui alguns valores que devem ser considerados no procedimento probatório¹⁵. Tais valores irradiam influência para a fixação dos tipos de *standards* probatórios, que se constituem de acordo com o valor predominante para determinada tutela e “tendo em vista a função do *standard* probatório de distribuição dos erros cometidos nas decisões de fato nos processos” (Peixoto, 2020, p. 15-16). A par da função precípua de prevenir ou mitigar o erro¹⁶ ou mitigar seus efeitos, em relação aos fatos a que submetidos ou que deveriam se submeter no processo, Ravi Peixoto sintetiza o raciocínio de que:

É crucial a constatação de que o *standard* probatório tem por função essencial a distribuição do risco de erro nas decisões sobre os fatos, eis que, na medida em que os erros são inevitáveis, cabe ao direito modular, por meio de uma maior ou menor exigência probatória, qual o tipo de erro mais grave. Se por exemplo, exige-se maior rigor para a condenação de um acusado no processo penal, a tendência é a de que ocorra um maior número de erros em favor do réu: ou seja, há mais culpados soltos do que inocentes presos. Trata-se de um raciocínio que seria justificado pela noção de que é mais gravosa a condenação de um inocente do que a soltura de um culpado (Peixoto, 2020, p. 16).

Assim, pode-se verificar, segundo o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, a presunção de inocência, resultando que no processo penal o réu é presumidamente inocente a menos que se prove o contrário. De modo diverso, essa regra não é replicada no processo civil, pois, como é visto, a demanda não se presume improcedente; na realidade, o processo civil prevê um sistema de ônus das partes próprio, encarregando o autor da prova dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos. Vale dizer ainda que no processo tributário o Fisco tem o ônus de provar o fato gerador (Knijnik, 2007).

Tanto que parece ser possível afirmar a ideia de diferentes intensidades de convicção com base nos seguintes enunciados, conforme proposição de Danilo Knijnik: “(i) é provável que algo tenha ocorrido; (ii) é altamente provável que algo tenha ocorrido; (iii) é quase certo que algo tenha ocorrido; (iv) é praticamente impossível que algo não tenha ocorrido” (Knijnik, 2007, p. 36, grifo do autor).

De modo geral, na mesma linha defendida por Danilo Knijnik (2007), indica-se ao menos quatro modelos de constatação, que, em grau crescente de exigência, podem ser representados da seguinte maneira-se: a) prova preponderante; b) prova clara e convincente; c) prova acima da dúvida razoável (penal) e; d) prova excludente de qualquer hipótese de inocência (penal).

Nos litígios civis, no geral, as lides são resolvidas de acordo com o modelo da preponderância ou da prevalência da prova. Considera-se que, em regra, os litígios tratam de questões eminentemente patrimoniais e que o custo do resultado injusto para o autor tem um custo similar ao que se revela para o réu¹⁷. Considera-se que para a sociedade “a avaliação dos interesses em jogo é neutra” (Costa, 2013, p. 368). A análise final consiste em considerar como provado o que é mais provável do que não, sobretudo nas causas em que as partes forem substancialmente iguais (Costa, 2013). A parte deve buscar alcançar patamar de prova tendente a confirmar a hipótese fática que sustenta, sob pena de ter de suportar resultado desfavorável.

Análise percuciente de Taruffo conduz ainda a algumas críticas ao modelo de constatação¹⁸ em questão, no que adverte:

todavia, alguns problemas podem surgir na aplicação do *standard* da probabilidade preponderante: por exemplo, pode-se constatar que se todas as versões dos fatos possuem um baixo nível de apoio probatório, escolher a relativamente mais provável pode não ser suficiente para se estabelecer que tal versão é “verdadeira”. Portanto, sustenta-se que para que um enunciado seja escolhido como a versão relativamente melhor não basta que seja mais provável que todas as outras versões, mas também que seja “mais provável que sua negação”: i.e., que uma versão positiva do fato seja, em si mesma, mais provável que a sua versão negativa simétrica. Uma preocupação similar conduz os sistemas de *common law* a sustentar que o *standard* da preponderância da prova possa ser demasiadamente débil quando interesses individuais importantes estão em jogo. Em tais casos, é possível aplicar o *standard* mais rigoroso, qual seja, da “prova clara e convincente” ou da “prova clara, precisa e indubitável”. Apesar dessas di-

ficuldades, parece que o *standard* da preponderância da prova é uma racionalização adequada do princípio da livre apreciação da prova, tanto nos sistemas de *common law*, quanto nos de *civil law* (Taruffo, 2014, p. 135-136).

Questionamento possível subsiste em escrutinar se a ponderação dos riscos justificantes do modelo de constatação em questão não seria resquício do pensamento liberal que por tanto tempo nutriu os fundamentos do processo civil, se o prejuízo nas demandas patrimoniais de fato é igual para todos, se todos são iguais para que a premissa anterior ganhe relevância e validade. Além disso, se não há outros valores que devam ser considerados no contexto. Reflexões próximas a estas passam pela relevantíssima linha de intelecção de Gerhard Walter, dirigida ao sistema processual alemão, como constatado pelo proficiente estudo de Guilherme Recena Costa, no que registra que:

Para Gerhard Walter a teoria da probabilidade preponderante não seria aceitável na Alemanha. Após passar em revista os argumentos de seus defensores, conclui pela sua incompatibilidade com o § 286 da ZPO e combate veementemente o *standard da preponderância da prova* enquanto forma de ‘redução geral do módulo da prova’ no processo civil. Para ele, a teoria teria um ponto de partida inadequado, seria de realização duvidosa e geraria efeitos negativos sobre o ordenamento como um todo.

[...] Por fim, no que tange aos seus efeitos, a teoria seria de pouco valor, por admitir uma enorme série de exceções e, acima de tudo, por subverter o ordenamento jurídico ao permitir que demandas infundadas sejam julgadas procedentes, afetando a moral jurídica do povo e banalizando as facilitações excepcionais da prova. Para o autor, ao invés de se propugnar por um critério geral de preponderância, deve-se identificar grupos de casos em que se deve ‘reduzir o módulo de prova’ ou inverter o ônus de provar (Costa, 2013, p. 372-373).

Subsequindo, além desses planos, em algumas hipóteses específicas de processos de natureza civil que tem particular importância (a exemplo, destituição de pátrio poder, anulação de testamento, aplicação de sanção por ato de improbidade) exigem avaliação intermediária. A simetria da relação processual e do custo do erro leva à aplicação do *standard* nominado “‘prova clara e convincente’ (*clear and convincing evidence*), identificada com um juízo equivalente ao ‘muito mais provável do que não’, superior à mera preponderância mas menos exigente que a prova além da dúvida razoável” (Costa, 2013, p. 368).

Uma problematização a mais é feita na área criminal quanto ao modelo de constatação da dúvida razoável. Segundo a doutrina, dúvida razoável não é a mera possibilidade de dúvida, não está aberta a possibilidade de uma dúvida imaginária. Mas deve-se reforçar o estandar em posição superior em relação ao estandar da alta probabilidade. A doutrina chama a atenção para casos em que a utilização de prova indireta, pelas circunstâncias, possa atribuir maior chance de erro de julgamento, podendo se pensar em tais casos em um *standard* ainda mais rigoroso que o da dúvida razoável.

Knijnik (2001, p. 46-47) chama a atenção, assim, para o *standard* utilizado em alguns casos em julgamentos da justiça estadunidense, em que *standard* chamado de **razoável excludente de qualquer hipótese de inocência**, em que o modelo de constatação aponta que **deveria excluir qualquer hipótese razoável que não a de culpa** – o que já foi utilizado pelo STJ no REsp 184.156/SP, anulando o julgamento por ter utilizado o *standard* da dúvida razoável quando não haviam sido eliminadas todas as hipóteses de inocência do réu. O jurista faz o alerta de que mesmo nos Estados Unidos esse modelo é controverso.

Ao fim, é possível perceber que a teoria dos modelos de constatação dos fatos “não apenas indica o grau de certeza requerido por um tipo particular de processo, mas também mede a relativa importância social atribuída à decisão nele proferida”, atrelando-se, nesse contexto, à influência do direito material na definição do *standard* probatório (Knijnik, 2007, p. 44).

Considerando esse panorama, é possível estimar, para ilustrar a correlação e o papel dos *standards* em face dos riscos e dos custos do erro judicial em detrimento de valores consagrados pelo sistema judicial, como a presunção de inocência, a seguinte hipótese: uma absolvição errônea equivale, hipoteticamente, ao peso 1 em uma escala representada de 0 a 10, e que a condenação de um inocente equivale a 8 na mesma escala, resultando, portanto, que condenar um inocente está tão ou mais grave que absolver oito culpados. Isso pode conduzir à ideia de que o *standard* mínimo exigiria 80% de probabilidade/grau de corroboração de uma hipótese jurídica – no que é representado pelo *standard* probatório da dúvida acima do razoável. O grau de corroboração indicado para o *standard* da dúvida acima do razoável, em que pese a relevância da presunção de inocência, propositalmente foi assim sugerido em razão do escalonamento em relação à exigência extraída do *standard* mais rígido, a qual permite raciocinar que o *standard* da prova excludente de qualquer hipótese de inocência (penal) exigiria mais de 80% de probabilidade/grau de corroboração de uma hipótese para reputá-la comprovada¹⁹.

3 STANDARD DA PROVA NO PROCESSO CIVIL – UMA POSSÍVEL MATERIALIZAÇÃO DO MODELO DE CONSTATAÇÃO COM BASE EM DECISÃO SANEADORA (O DESPACHO PÓS-SANEADOR)

3.1 A RELAÇÃO ENTRE STANDARD DA PROVA E O ÔNUS DA PROVA

Diferentemente dos *standards* da prova, o ônus da prova está expressamente previsto no Código de Processo Civil, no art. 373 do Capítulo das provas. O instituto tanto se apresenta²⁰ como regras dirigidas às partes, identificadas pela doutrina como um ônus subjetivo com o condão de orientá-las sobre o que precisam provar, quanto se apresenta como “regras de julgamento dirigidas ao órgão jurisdicional, tendo em vista que o orientam sobre como decidir em caso de insuficiência das provas produzidas (*ônus objetivo*) – o último refúgio para evitar o *non liquet*” (Didier Júnior, 2018, p. 150, grifo do autor).

Talvez se deva ampliar o olhar para a atribuição de incumbências às partes (dimensão subjetiva) do art. 373 do Código de Processo Civil. Essas regras automaticamente conduzem as partes àquilo que devem demonstrar, ainda que indiretamente, para se desincumbirem de encargo que, caso fique incumprido, atrairá resultado indesejado e, ainda que de maneira aberta e abstrata, como regra de instrução do processo²¹ para as partes, senão ao juiz quando se manifesta sobre tal questão ou quando deveria, conforme entendimento há muito pacificado no Superior Tribunal de Justiça e recentemente reiterado no julgamento do REsp 1.286.272/SP (Brasil, 2021)²².

Parece intuitivo que, sendo também regra de instrução, ganha maior relevo a função por ocasião do saneamento do feito, mais especificamente, no despacho pós-saneador do art. 357 do CPC, com DNA de decisão prospectiva de organização do processo e notadamente de organização probatória.

A provocação sobre o ônus da prova como regra de instrução ocupa lugar de reflexão nos *standards* da prova, sobretudo quando pensado no momento que pode ser considerado o mais adequado ao desate dessas questões, que é, possivelmente, a decisão saneadora. Antes, no entanto, algumas observações precisam ser apresentadas.

Ravi Peixoto bem registra que, considerando a teoria dos *standards* da prova, não há espaço para confundi-la com o instituto do ônus da prova²³, ainda que com esta se relacione²⁴. Assim, Ravi tão bem expõe que:

O problema é que o ônus da prova, de forma isolada, não indica a suficiência probatória necessária para a desincumbência dos encargos probatórios, pois ela apenas aponta a quem incumbe o ônus da prova sobre determinados fatos (art. 373, CPC). Em outros termos, mesmo que a regra do ônus da prova só precise ser aplicada em caso de insuficiência de provas, ela, por si só, não indica qual o patamar necessário para que a hipótese fática possa ser tida como insuficientemente provada (Peixoto, 2020, p. 46).

Por outro ângulo, quando indicado um *standard* probatório para a indicação da suficiência probatória, quase que como um contraste, “passa a ser possível identificar quando a regra do ônus da prova deve ser aplicada, permitindo que se tenha conhecimento do patamar necessário para que não haja insuficiência probatória” (Peixoto, 2020, p. 46)²⁵.

A doutrina identifica que a regra do *standard* da prova antecede a do ônus da prova, pois aquela estabelece o grau mínimo de corroboração para que um enunciado seja tido como verdadeiro e assim possa justificar o direito pretendido, quadro em que não sendo satisfeito é que atrairá a regra do ônus da prova, viabilizando o julgamento.

Quanto aos *standards*, Ravi Peixoto (2020, p. 51) relaciona, além da função de distribuição dos riscos, núcleo imparcial do instituto, e além do guia objetivo para a avaliação das provas pelo juiz, uma função de orientação às partes, que, segundo registra, é

um de seus objetivos a diminuição da natural incerteza encontrada nos julgamentos sobre os fatos – dentre eles os proferidos pelo Poder Judiciário –, ao servir como um guia de atuação dos diversos sujeitos processuais,

no que parece aproximar-se de uma regra de instrução, com o escopo de amplificar o corpo do processo constitucional, o contraditório substancial e a segurança jurídica.

Não se deixa de observar, no entanto, que o *standard* tem a (outra) função direcionada ao julgador de servir como guia objetivo para a tomada de decisões fáticas (Peixoto, 2020), de acordo com os critérios dos *standards* tendentes a lidar com crises de certeza.

Aponta Ravi Peixoto (2020), tudo a conduzir, no processo civil, para o despacho pós-saneador, que a inexistência de previsão expressa do *standard* para determiná-lo previamente, isto é, antes do processo, acaba por atribuir implicitamente ao juiz esta tarefa, que fixará o seu próprio *standard*, de acordo com a sua ponderação de valores, dificultando sobremaneira o controle intersubjetivo pelas partes. Nesse ponto, Peixoto (2020, p. 52) bem destaca que “a função de orientação das partes e mesmo de uma adequada distribuição de riscos resta impedida, pela impossibilidade de conheci-

mento das razões e, mais especificamente, de qual *standard* teria sido utilizado”, no que chama a atenção para o fato de que:

as partes apenas podem planejar sua atuação processual caso tenham conhecimento prévio de uma suficiência probatória objetiva. Mesmo a questão da distribuição de riscos depende da utilização de *standards* probatórios objetivos e seguros (Peixoto, 2020, p. 53).

Pensando sobretudo no julgamento de mérito, o processo se legitima sob procedimento em contraditório, de maneira que os *standards* como critérios de controle intersubjetivo das decisões sobre os fatos “devem ser postos em discussão para que as opções valorativas do juiz e das partes sejam conhecidas, debatidas em contraditório e, em sendo o caso, corrigidas” (Knijnik, 2007, p. 18).

3.2 O POSSÍVEL CATALISADOR DOS *STANDARDS* NO PROCESSO CIVIL – O DESPACHO PÓS-SANEADOR

Porque os *standards* probatórios não estão previstos expressamente em lei, é pertinente apontar que o momento mais adequado para se definir os *standards* seria justamente pela devida previsão na legislação, a garantir mais segurança jurídica a todos os sujeitos, ou quando menos, de acordo com uma arquitetura jurisprudencial clara e consolidada, que permita a objetiva aplicabilidade (Peixoto, 2020).

Fato é que os *standards* existem ainda que a legislação não defina os seus critérios, ocorrendo, como já dito, que é o juiz que acaba implicitamente incumbido de definir os critérios que irão reputar como suficiente a prova mínima exigida para que uma hipótese fática seja considerada provada.

O ordenamento jurídico parece exigir que decisão defina, como questão jurídica prévia, por qual modelo de constatação²⁶ se desenvolverá o processo, para que as partes saibam o grau de corroboração que deverá apresentar para confirmar os enunciados alegados – o que, no entanto, não verificamos no dia a dia.

De maneira similar, Christian Ponzoni sintetiza o pensamento, capitulando o *standard* como integrante do complexo do direito fundamental, no que delinea as linhas gerais de uma possível sistematização:

o *standard* de prova também faz parte do conteúdo complexo do direito fundamental à prova. Assim, há o direito das partes de ter prévia ciência do critério de suficiência aplicável e de que o magistrado se oriente por ele no momento de considerar suficientemente corroborada ou não as hipóteses suportadas pelo acervo probatório. Dessa forma, os litigantes podem buscar mais elementos de juízo na defesa de seus interesses.

Se o *standard* considerado na atividade decisória não for aquele usual da mera preponderância de provas, o momento adequado para que se dê ciência às partes é o “despacho saneador”, a decisão interlocutória de organização do processo e declaratória de saneamento, à semelhança do que ocorre com a regra de julgamento do *onus probandi*. É, pois, uma necessidade decorrente do princípio do contraditório, a ciência dos atos processuais e a possibilidade de influenciar as decisões, bem como do princípio da segurança jurídica, em termos de previsibilidade. As partes têm de conhecê-lo antes da sentença, bem como ter oportunidade de instruir o processo já sabendo qual o nível de suficiência que lhes será exigido, caso contrário se configurará uma decisão surpresa. Sobrevindo uma contraprova que infirme parcialmente a hipótese defendida, será necessário buscar maior corroboração, caso o critério de suficiência seja o da prova clara e convincente (Ponzoni, 2020, p. 152).

Tanto Ponzoni quanto Peixoto convergem para que, em se tratando de processo civil pensado em cognição exauriente, o momento adequado para que o juiz indique o *standard* da prova seja na decisão de saneamento e organização do processo, observando que:

é nesse momento que deve ocorrer a delimitação das “questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos” (art. 357, II), bem como a definição da distribuição do ônus da prova, o que deve abranger também a questão da suficiência da prova (Peixoto, 2020, p. 55).

É, pois, na decisão de saneamento, em sua dimensão prospectiva²⁷ – conhecida também por despacho pós-saneador, que se delimitam as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos (inciso II do art. 357 do CPC), e que se delimitam as questões de direito relevantes para a decisão do mérito (inciso IV do art. 357 do CPC), além da própria distribuição do ônus da prova (inciso III do art. 357 do CPC).

O Código de Processo Civil de 2015 projetou papel importante para a decisão de organização do processo, pautado pela função de “otimizar a atividade jurisdicional, dar estabilidade ao objeto da instrução e julgamento e servir de roteiro lógico e racional do processo decisório (construção da sentença)” (Rodrigues, 2021, p. 130), em notável expressão dos princípios da eficiência, do contraditório²⁸ e da segurança jurídica.

Os *standards* probatórios propostos carregam em si certa carga de imprecisão para a sua aplicabilidade²⁹, dificultando o acertamento³⁰ de sua prefixação para que seja declarado no início do processo. Ainda que seja considerado que nas causas cíveis patrimoniais o critério aceito, por um consenso da doutrina especializada, seja o *standard* mínimo da prova preponderante, este em um estado implícito poderá variar, indesejavelmente à luz da sistematização proposta e pela transparência que o controle judicial requer, em grau de exigência de corroboração de provas que se aproxime de um *standard* próximo ao da prova clara e convincente.

Pensando, pois, na segurança jurídica e no estágio atual do processo civil brasileiro, parece salutar que, na indefinição ou mesmo na dúvida sobre o *standard* probatório a ser utilizado, comumente decidido pelo juiz de acordo com critérios não revelados, as questões de fato controvertidas, de especial destaque para o desate do caso, sejam apontadas por ele em movimento cooperativo e dialético, assim como as questões fáticas que possivelmente surjam em decorrência das primeiras questões.

O raciocínio propositivo, em certa medida zetético, deve buscar ao máximo conciliar-se com a dogmática proposta para o quadro de regras do *standard*. Deve-se repisar as premissas até os objetos de interesse do instituto, em uma espiral hermenêutica que contemple a higidez do sistema e a possibilidade de desenvolvimento e funcionalização do instituto. Por todos, Ponzoni resume que:

A função do *standard* é estabelecer se a suficiência da prova deve ser mais alta ou mais baixa, sem indicar quanto, e, assim, qual das partes deve suportar maior risco de uma decisão equivocada, em razão do bem jurídico afetado pela decisão, ou se ambas as partes devem estar expostas ao mesmo nível de risco. Não há que se confundir a valoração com a importância do bem jurídico que pode ser atingido pela decisão. O comportamento das partes deve, pois, ser valorado juntamente com as demais provas, mas não serve para justificar a escolha do *standard* de prova, o qual depende de uma decisão político-moral sobre distribuição de erros sempre em vista de um bem jurídico afetado (v. *supra* cap. 2.7).

[...]

A suficiência da prova só pode ser verificada *in concreto* e após encerrada a valoração dos elementos de juízo. [...].

Uma vez que se proceda à valoração e à justificação da decisão, da melhor forma possível, poder-se-á avaliar se a decisão é mais ou menos racional, de modo a se reconhecer a suficiência da prova. O magistrado, então, expõe o resultado do raciocínio judicial justificativo, explicando como a prova foi valorada e por que foi considerada suficiente ou não, bem como a correção dos cânones de racionalidade utilizados a fim de possibilitar um controle racional e intersubjetivo da decisão (Ponzoni, 2020, p. 156-158).

Parece não haver maior dificuldade em cotejar o controle da prestação judicial por meio dos critérios dos *standards* quando em retrospectiva processual, isto é, após a fase de valoração das provas, e declarado o *standard* ou, quando menos, na hipótese de ser possível a análise das decisões sobre os fatos conforme os possíveis *standards*.

No entanto, enquanto é verificada a afirmação de que a suficiência de provas só pode ser determinada *in concreto*, parece difícil ainda dissociar a quantidade de evidências necessárias para alcançar um grau de corroboração que permita afirmar que algo está provado, notadamente quando se pensa na regra de instrução que necessita ser informada tão logo que possível.

Confiram-se, a exemplo ilustrativo, muito embora utilizado como regra de julgamento, as informações que poderiam ser declinadas na decisão saneadora como regra de instrução, mas que, em panorama, revela rico exemplo de utilização do *standard* de prova pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ERRO MÉDICO. LAPAROSCOPIA. EXTRAÇÃO DE MATERIAL DE ÓRGÃO ADJACENTE. RISCO INERENTE AO PROCEDIMENTO. INEXISTÊNCIA DE COMPLICAÇÕES. DANO E NEXO CAUSAL NÃO DEMONSTRADOS. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1) É objetiva a natureza da responsabilidade das operadoras de plano de saúde por falha na prestação dos serviços médicos e hospitalares próprios ou credenciados, nos termos do art. 14 do CDC, de forma que eventual dever de indenizar pressupõe a comprovação do ato ilícito, do dano experimentado pelo paciente e do nexo de causalidade que os une, dispensando a comprovação da culpa do médico para fins de responsabilização.

2) O ônus da prova foi invertido em benefício do recorrente, com base no art. 6º, inc. VIII, do CDC, cabendo ao plano de saúde recorrido demonstrar que não estão comprovados no processo os pressupostos supostamente caracterizadores da sua responsabilidade.

3) No caso da responsabilidade civil por erro médico, justifica-se a adoção de um *standard* probatório intermediário, mais elevado que o da mera preponderância de provas e inferior ao da prova além da dúvida razoável, chamado *standard* de prova clara e convincente, exigindo-se a identificação, de maneira precisa, da existência de nexo de causalidade entre o erro médico e os danos sofridos pelo paciente, ou seja, que a postergação do diagnóstico de síndrome nefrótica decorreu única e exclusivamente da retirada equivocada de material pelos médicos na cirurgia realizada, sem influência da condição clínica pretérita do paciente ou de fatores externos.

4) Não é, porém, o que se extrai da prova documental e da prova oral produzida em primeiro grau, que não revelam de maneira minimamente suficiente a existência de danos causados ao recorrente.

5) Ainda que tenha sido invertido o ônus probatório, não se apresenta razoável exigir do requerido, neste contexto em que todo o acompanhamento do quadro clínico do autor é realizado fora da rede credenciada, que faça prova de fato negativo (que não houve agravamento em razão do diagnóstico tardio), a qual é tida por diabólica, razão pela qual ao requerente cabia a demonstração do dano, neste ponto.

6) Recurso conhecido e desprovido.

7) Vencida a tese que dava provimento ao recurso para julgar procedentes os pedidos iniciais e condenar a requerida ao pagamento de indenização por danos morais (Brasil, 2021a).

Cogita-se se é pertinente atrelar a ideia de *standard*, sobretudo quando não declarado o seu tipo na decisão saneadora prospectiva, com base na delimitação, desejavelmente de forma dialética³¹, às

questões fáticas sobre as quais recairão a atividade probatória e os meios de prova para tanto (inciso II do art. 357 – o que deve ser provado e em que medida – em face dos fatos relevantes e controversos em que verifique o juiz haver dúvidas, e ainda que sob ponto de vista diferente do que o apresentado pelas partes, mas observados os fatos originalmente enunciados, para que seja possível tutelar o direito.

A medida parece se enquadrar no papel da regra de instrução desenhada para o *standard*, ou, quando menos, desempenharia papel complementar. Na ausência de declinação do *standard* na fase inicial do processo, projeta-se a função de suprir indiretamente tal circunstância e assim permitir, com base nas balizas sinalizadas pelo juiz³², a dedução do *standard* que será utilizado para a verificação dos fatos e suficiência das provas por ocasião do julgamento. Quando menos, já é sistemática projetada para ter funcionamento pelo Código de Processo Civil, que por este ponto de vista teria ganho de funcionalidade, tudo levando à efetividade do processo e à segurança jurídica.

Nesse aspecto, esmiuçando o papel do que é possível se extrair do inciso II do art. 357 do CPC, Rodrigues (2021, p. 108-110) preleciona:

o magistrado deverá delimitar *exatamente o que*, quais os fatos que devem ser objeto da instrução probatória. E isso não é um préstimo apenas para a eficiência do processo e formação do convencimento do magistrado, mas também para trazer segurança às partes sobre o ônus subjetivo e sobre quais estratégias/técnicas processuais devem tomar em relação ao direito probatório. [...] regra geral, as questões de fato que devem ser objeto da instrução devem se circunscrever ao universo de fatos que tenham sido narrados pelas partes em seus articulados, inclusive os supervenientes. [...] É possível que os fatos essenciais precisem ser complementados ou concretizados sendo dever do juiz apontar a imperfeição deles. Isso em nada ofende ao princípio dispositivo, senão porque ao contrário, promove o método colaborativo processual que governa tanto o CPC lusitano quanto brasileiro. [...] Ainda que na instrução surjam questões de fato instrumentais [afetas à prova indireta] que possam ser objeto de prova, é de se recordar que eles nascem da relação que possuem com os (fatos) essenciais trazidos pelas partes.

Por tudo o que foi abordado até aqui, a decisão saneadora se revela vocacionada a organizar o processo para a atividade probatória, parte central do processo, preparando-o para que, de maneira segura e efetiva, possa conduzir o processo à prestação jurisdicional, sublimada pela decisão em cognição exauriente que decline os juízos utilizados para a interpretação dos enunciados fáticos e a valoração das provas, expondo os argumentos baseados na lógica racional e os critérios utilizados para a conclusão publicizada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dificuldade em reconstituir fatos, notadamente diante das limitações epistemológicas e da constatação da impossibilidade de alcançar a verdade em sua inteireza, impõe a ideia de uma verdade por correspondência, a verdade possível. Em sendo necessária a racionalização da reconstituição dos fatos para identificar a verdade possível, é a prova, por meio do método demonstrativo, que a torna crível. Como se sabe, a prova, por si só, não resolve as controvérsias postas em juízo, estas dependem de um desenvolvimento, que por sua vez, no nosso modelo judicial, é realizado por um juiz ao exercer a atividade jurisdicional e que ao apreciar os elementos persuasivos e demonstrativos dos autos

entrega um julgamento realizado de acordo com o livre convencimento racional, que, aliás, notadamente está longe de ser livre.

Seja pela necessidade de racionalidade das decisões, seja pelo dever de transparência e para que se possibilite o controle recursal, deve-se afastar da íntima convicção e justificar os juízos de valor que alicerçam a decisão, por meio da lógica do discurso, observada a teoria da argumentação, podendo ainda se falar na vinculação do juiz ao dever de adotar o raciocínio correto, para que não viole as regras que regem o bem pensar. Ainda assim, não se é dito como e dentro de quais limites se deve desenvolver o juízo fático.

Nesse contexto, busca-se uma teoria que auxilie identificar quando, ou sob que condições, os elementos de juízo disponíveis são suficientes para que se repute racional aceitar uma proposição como provada no âmbito do raciocínio decisório, em que se destacam os *standards* da prova. Com base em escolhas políticas, de caráter ético e social, o ordenamento jurídico atribui alguns valores que devem ser considerados no procedimento probatório³³. Tais valores irradiam influência para a fixação dos tipos de *standards* probatórios, que se constituem de acordo com o valor predominante para determinada tutela e se fundam no intuito de distribuição dos riscos dos possíveis erros cometidos nas decisões de fato no processo – altera-se o *standard* da prova ao fim da valoração das provas e o mesmo caso pode ter desfechos diferentes. O critério é, pois, útil à medida que revela critério intersubjetivo para acertamento dos fatos, normalmente não declarado para o juízo, mas essencial para a verificação da racionalidade e do controle recursal.

O desenvolvimento da teoria do *standard* ganha campo no sistema judicial brasileiro à medida que projeta a funcionalização da eficiência do processo, da transparência, do contraditório e da segurança jurídica, notadamente quando pensado sob o aspecto da capacidade de consolidar também regra de instrução ao julgamento, no que parece ser uma promessa benquista a interação com comandos do art. 357, II, do CPC.

NOTAS

- ¹ Nesse sentido, Guilherme Recena Costa defende a utilização da noção de verdade por correspondência e a função demonstrativa da prova judiciária, em movimento tendente a escoimar o subjetivismo e a arbitrariedade por ocasião da apreciação das questões fáticas. A questão parece se assentar com tranquilidade no ordenamento jurídico contemporâneo sem que se possa falar em contraposição com a teoria comunicativa ou discursiva, embora em conjunto resume ao *alegar* e *provar* (Costa, 2013, p. 360).
- ² Sobre a questão da verdade, Hermes Zanetti profere que “A verdade absoluta no processo civil não pode ser jamais atingida. O que se obtém é, no máximo, um juízo de probabilidade, uma verdade provável. Este juízo de verossimilhança, que aporta ao final do processo com alto grau de probabilidade de ser verdadeiro, é alçado à certeza com o trânsito em julgado da decisão, erigindo-se em um patamar de certeza jurídica. Com efeito, a doutrina é uníssona ao apontar que ‘... como a certeza absoluta é sempre inatingível, precisa o operador do sistema conformar-se com a probabilidade, cabendo-lhe a criteriosa avaliação da *probabilidade suficiente*’. (Dinamarco, Instituições de Direito Processual Civil, p. 143, vol I)” (Zanetti Júnior, 2004, p. 129-130).
- ³ Gustavo Badaró, refletindo sobre as dificuldades e obstáculos para alcançar a verdade, e mesmo baseando na verdade possível para o julgamento dos processos, adverte que a verdade existe e tais dificuldades para o seu conhecimento não autorizam com que se rompa com toda e qualquer conexão entre o conhecimento e a realidade (2016, p. 1).
- ⁴ Neste aspecto: “Se, como dissemos, os entes só são quando são compreendidos, a verdade (ou a percepção que temos da realidade) só é quando compreendida através de linguagem. Não há verdade sem interpretação, e por isso mesmo não há, especialmente no processo e no direito, verdade bruta ou material. A impossibilidade de seu atingimento deve ser entendida como uma barreira à sua busca, em outras palavras. Isso, pois como vimos o que interessa (=o que pode ser controlável) é a nossa representação da realidade, e não uma realidade em si mesma” (Schmitz, 2018, p. 129).

- ⁵ “ainda que não possamos saber, com absoluta certeza, quando um enunciado fático é verdadeiro, podemos saber quando, com base em uma probabilidade lógica prevalecente, um enunciado é preferível ao outro” (Badaró, 2016, p. 2).
- ⁶ No mesmo sentido, Danilo Knijnik aponta que a relatividade da verdade no processo não rechaça que exista relação entre prova e verdade. Segundo registra, “não existe um vínculo conceitual entre ambos, porque impraticável, permanecendo um vínculo teleológico: é altamente desejável que o sistema chegue a um juízo de fato o mais próximo da verdade, mas é preciso ter clara consciência de que aquilo que está provado pode ser falso; e o que não foi provado pode ser verdadeiro” (Knijnik, 2007, p. 14).
- ⁷ Marcelo Abelha Rodrigues (2016, p. 562-563) bem sintetiza que “O sistema da prova legal é exatamente antagônico ao anterior, e caracteriza-se por uma escala de valoração da prova que vincula a atuação do juiz. Como cada prova tem seu valor e seu peso, o convencimento do juiz seria delimitado pelos valores que cada modalidade de prova possuísse. Foi reação natural contra o sistema anterior, que permitia ao magistrado utilizar-se do arbítrio (íntima convicção)”.
- ⁸ “enquanto fenômeno do pensamento, a lógica não é regulada por leis formais ou jurídicas. Daí o acerto do entendimento doutrinário que visualiza a observância das leis do raciocínio, da ciência ou da natureza não como um limite à apreciação da prova, mas como algo que lhe é imanente” (Oliveira, 2002, p. 605-606).
- ⁹ Em proveitosa lição acerca de limites argumentativos impostos à liberdade na apreciação da prova concedida ao juiz, Celso Agrícola Barbi profere que “a liberdade concedida ao juiz na apreciação das provas não significa arbítrio. Para evitar que este surja, a parte final do artigo impõe ao juiz indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. Eles não constituem os fundamentos de fato a que se refere o art. 458, item II, mas sim a explicação de como o juiz se convenceu da existência, ou inexistência, dos fatos em que se baseia a sentença” (Barbi, 2010, p. 411).
- ¹⁰ Nesse sentido sintetiza Gerhard Walter: “a questão da admissibilidade de um meio probatório ou, conforme o caso, a sua utilização, deve separar-se nitidamente da questão da apreciação desse meio. Não se pode resolver se algo pode ser objeto da apreciação, remetendo para a liberdade de apreciação da prova. [...] A questão sobre se determinado meio de prova ou determinada circunstância podem ser apreciadas [...] não pode, portanto, ser resolvida lançando mão do princípio da livre apreciação da prova” (Walter, *apud* Knijnik, 2007, p. 22).
- ¹¹ As regras de experiência e a interpretação dos enunciados e dos fatos relatados pelas pretensões postas são refletidas por Leonard Ziesemer Schmitz, na sua proficiente tese de doutorado, em que expõe que “não há como compreender uma série de proposições fáticas sem jogar-se nelas e deixar que elas mostrem o que têm a dizer. Até mesmo para concluir que não há nada de novo em um caso – isto é, que o caso merece a aplicação de um *standard* precedente, por ser praticamente idêntico a outro caso passado –, o intérprete já se terá permitido abrir para o sentido do texto. Já terá, em outras palavras, atravessado a ponte que construiu hermeneuticamente. O que parece ser ilegítimo é tomar conclusões sobre a interpretação antes mesmo de realizar esse processo compreensivo. Como diz com precisão Scott Brewer, a articulação da justificação de uma decisão jurídica ‘é uma tarefa filosófica, uma tarefa sócrática na qual o juiz é chamado a honrar a máxima conheça-te a ti mesmo’. Quem busca interpretar e não se abre ao texto acaba por deixar com que seus prejuízos dominem, descontroladamente, o objeto, transformando-o em algo que não é” (Schmitz, 2018, p. 34).
- ¹² Ravi Peixoto comenta a defesa feita por Kevin M. Clermont no sentido de que o *standard* no *civil law* seria íntima convicção, apontando que se trata de um equívoco. Ravi rechaça esta posição ao argumento de que: “não se trata de um *standard*, mas de um modelo relativo à valoração da prova que não faz referência à força probatória da evidência, mas que não invalida a análise histórica do desinteresse do tema nos países do *civil law* (Peixoto, 2021, p. 61-62).
- ¹³ Conforme Ravi Peixoto (2021, p. 61), não menos importante, Daniel Coutinho da Silveira (2011, p. 278) traz externa colaboração conceitual ao tema, registrando que: “os critérios de suficiência nada mais são do que a tradução desses elementos axiológicos destinados a regular o risco de erro do fato para a dogmática do processo judicial. São propostos com o objetivo de estipular sob que condições os elementos de prova são suficientes para se reconhecer um enunciado de fato como verdadeiro, refletem a proteção jurídica destinada ao direito material envolvido. Trata-se de instrumento que se define segundo a tutela destinada a cada bem jurídico material, apesar de ser regra que se manifesta nas preocupações do processo judicial como orientação fundamental para a decisão. É uma espécie de questão prévia à avaliação do conjunto probatório que define o grau de comprovação que deve ser atingido em cada processo de modo a proteger de equívocos determinados bens jurídicos valiosos. Assim tem por objetivo manipular a comprovação de determinados fatos, criando exigências quanto a sua intensidade de maneira proporcional à proteção destinada a determinado bem jurídico”.
- ¹⁴ Ravi Peixoto (2021, p. 61) adverte que nada impede, em esclarecimento ao exemplo dado, que no processo civil, exigido o *standard* da preponderância da prova, seja atingido patamar mais exigente como a prova acima de toda dúvida razoável.
- ¹⁵ Nessa lógica, Ravi Peixoto ressalta que “É importante destacar que a força probatória necessária para que se considere que um indivíduo esteja agindo de forma justificada e racional depende do contexto no qual seja envolvido. Decisões que são menos importantes e trazem menos riscos exigem menor força probatória; decisões mais importantes, com maiores consequências no caso de um erro, exigem maior força probatória” (Peixoto, 2021, p. 62).
- ¹⁶ Sobre esta questão, Guilherme Recena Costa igualmente aponta que “O estabelecimento de diversos *standards* de prova tem a função de minimizar os custos decorrentes de erros esperados na tomada de decisões sobre os fatos (seja para evitar um tipo de erro particularmente gravoso, seja para reduzir de maneira geral erros custosos)” (Costa, 2013, p. 367).
- ¹⁷ “Do ponto de vista do custo social, cada 1 Real pago em contraste com o direito material pelo réu equivale a 1 Real do prejuízo não indenizados ao autor – inexistente aqui a prevalência de interesses” (Costa, 2013, p. 369-370).
- ¹⁸ “Por lo que hace a la primera premisa: el problema del juicio de hecho puede y debe formularse como el problema de la elección de una hipótesis entre diferentes alternativas posibles. En otros términos, lo que el juez debe hacer es resolver la incerteza que *ab initio* caracteriza los enunciados en torno a los hechos singulares de la causa: cada enunciado hipotético puede ser verdadero o falso y, por si fuera poco, el propio hecho puede enunciarse de diferentes maneras, porque – como dice Susan Haak – de cada hecho pueden darse una infinidad de descripciones verdaderas (y, por lo tanto, también de descripciones falsas). Las pruebas sirven al juez como elementos de conocimiento, en función de los cuales determina cuál entre las diferentes hipótesis posibles, relativas a cada caso, debe elegirse como verdadera y, por lo tanto, como base racional para la decisión final que resuelve la incerteza entre verdad y falsedad de cada enunciado de hecho” (Taruffo, 2009, p. 104).
- ¹⁹ O exemplo foi formulado com base na correlação feita por Danilo Knijnik entre a presunção de inocência previsto na Constituição brasileira e a atribuição de valor social que repulsa a condenação de um inocente, resultando em *standard* probatório mais rígido em corres-

- pondência à menor aceitação ao erro judicial. Segundo preleciona: “no caso específico da privação de liberdade, o legislador constitucional preferiu um erro a outro – a absolvição de culpados, ao invés da condenação de inocentes; da mesma forma, o erro em processos não-penais que impliquem a privação de importantes valores pessoais ou morais, se bem que não tão deletério quanto o erro da condenação de um inocente, há de exigir um grau de certeza superior àquele normalmente exigido para resolver questões puramente econômicas, porque, quanto ao último, é indiferente que o erro patrimonial recaia sobre um ou outro do ponto de vista social” (Knijnik, 2017, p. 44).
- ²⁰ Por todos, a doutrina de Didier Júnior, Braga e Oliveira: “ônus da prova é, pois, o encargo que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato. Esse encargo pode ser atribuído (i) pelo legislador, (ii) pelo juiz ou (iii) por convenção das partes” (2021, p. 134).
- ²¹ Marcelo Abelha Rodrigues comenta que “as regras processuais sobre o ônus probatório têm dupla função no processo civil, pois tanto se refere a uma regra de procedimento destinado às partes, como também a uma regra de julgamento destinada ao juiz. É uma regra de procedimento porque ao conhecer, antes da fase instrutória, a quem incumbe o ônus da prova sobre os fatos controvertidos da causa, as partes podem desenvolver a sua atuação de forma a se desincumbir desse encargo” (Rodrigues, 2016, p. 542).
- ²² Eis o excerto de valor ao estudo: “2.1 A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, é regra de instrução e não regra de julgamento, motivo pelo qual a decisão judicial que a determina deve ocorrer antes da etapa instrutória, ou quando proferida em momento posterior, garantir a parte a quem foi imposto o ônus a oportunidade de apresentar suas provas. Precedentes” (Brasil, 2021).
- ²³ A interseção entre os institutos não é um objeto exaurido na doutrina e não deve ser analisada de forma estanque. Carecendo o desenvolvimento dos *standards* probatórios no processo civil de uma teoria geral, a visitação ao tema parece ser um lugar inescapável. Esta lacuna não passou despercebida por Simone Trento, que, refletindo sobre as advertências do jurista italiano Giovanni Verde sobre o ônus da prova e a valoração da prova, registrou “o ônus da prova, arremata Verde, não é um instituto jurídico fechado em si, mas ‘um modo de observar a inteira experiência jurídica’. 340 Para Verde, 341 separar totalmente a valoração da prova, de um lado, da regra de juízo do ônus da prova, de outro, é um típico fingimento: forçam-se os dados reais para se obedecer ao cânone de separação entre o convencimento do juiz e a repartição dos ônus da prova. Pensando-se em termos de espiral hermenêutica, o juiz faz a análise da prova (da prova feita e da não feita) a partir de uma pré-compreensão. Esta pré-compreensão inclui não só quem das partes tem, desde o início (desde antes mesmo do processo), o ônus da prova, mas também qual é a prova que seria bastante (ou seja, qual o *standard* de prova ou o módulo de prova aplicável ao caso concreto) para se considerarem suficientemente comprovados os fatos tema de prova, o que é considerado pelo juiz sempre tendo em mente que, se a prova não for suficiente, aplicará a regra de julgamento do ônus da prova” (Trento, 2012, p. 140-141).
- ²⁴ “A regra do ônus da prova não deve ser confundida com os estândares. O ônus da prova consiste em regra que, em sua concepção objetiva, tem por função evitar o *non liquet* por indicar ao juiz quem deve sofrer o julgamento desfavorável e caso de não preenchimento do ônus da prova” (Peixoto, 2021, p. 64). A título de nota, é interessante o fato de que Cândido Dinamarco descreve a figura do *standards*, ainda que indiretamente e como argumento de passagem, dentro do capítulo de ônus da prova, em tópico destinado à explicitação da dimensão do ônus da prova: “considera-se cumprido o ônus *probandi* quando a instrução processual houver chegado à demonstração razoável da existência do fato, sem os extremos da exigência de uma certeza absoluta que muito dificilmente se atingirá. A certeza, em termos absolutos, não é requisito para julgar. Basta que, segundo juízo comum do *homo medius*, a probabilidade seja tão grande que os riscos do erro se mostrem suportáveis. Probabilidade é a convergência de elementos que conduzem razoavelmente a crer numa afirmação, superando a força de convicção dos elementos divergentes desta (Maletesta). Exigir certeza absoluta seria desconhecer a falibilidade humana. O juiz que pela obsessão considerasse inexistentes os fatos afirmados, somente porque algum leve resquício de dúvida ainda restasse em seu espírito, em nome dessa ilusória segurança para julgar estaria com muito mais frequência praticando injustiças do que fazendo justiça (supra, n. 55 – certeza, probabilidade e risco em direito processual)” (Dinamarco, 2009, p. 80).
- ²⁵ A mesma conclusão é partilhada por Simone Trento (2012, p. 63-65).
- ²⁶ Ravi Peixoto aponta que a declaração sobre qual o *standard* é aplicável a determinado processo caberia primordialmente ao legislador, não descurando que também é necessário verificar a possibilidade da atuação do Poder Judiciário e da utilização das convenções processuais (Peixoto, p. 29). Nosso ordenamento jurídico carece de disposição acerca do grau de corroboração mínimo para se ter um enunciado como provado, tornando tormentosa uma previsibilidade sobre a atuação do juiz por ocasião da valoração da prova – que por vezes traça um caminho nebuloso e intuitivo para lançar mão de uma conclusão com exigências probatórias inadvertidas. Este ensaio mira justamente provocar a reflexão sobre o papel do juiz diante da possibilidade de que sejam ofertados critérios sólidos para o bem comprovar e o bom diálogo, diante de valores como a segurança jurídica, o contraditório substancial e a cooperação que devem observar os agentes do processo, tudo levando a crer que no juízo civil o *standard* deve ser evidenciado na decisão conhecida como despacho saneador, com base no que está disposto no art. 357 do CPC.
- ²⁷ Sobre o papel prospectivo da decisão de saneamento para a instrução probatória, Cassio Scarpinella Bueno comenta, registrando os cânones do regramento, que “no tocante aos demais incisos II a V, o seu caráter de preparar adequadamente o processo para a fase instrutória é indesmentível. Fosse desnecessária essa fase e a hipótese seria de julgamento antecipado (ainda que parcial) do mérito. A atividade de neles prevista, outrossim, evidencia a aplicação, pelo próprio CPC/2015, do ‘princípio da cooperação’ devidamente enunciado em seu art. 6º. Com ela, fica explicitada a necessidade de o magistrado especificar sobre o que a atividade instrutória recairá, inclusive porque as questões jurídicas devem ser identificadas e circunscritas, quais os meios de prova serão empregados para os devidos fins (e, se for o caso, audiência de instrução e julgamento será designada para colheita de prova oral, quem deverá produzir qual meio de prova, mesmo (e sobretudo) quando houver inversão do ônus da prova por ato do juiz (art. 373, § 1º)” (Cabral; Cramer, 2016, p. 562).
- ²⁸ Refletindo sobre os pontos de contato entre a decisão saneadora prospectiva do art. 410 do CPC português e do art. 357 do CPC brasileiro, Marcelo Abelha Rodrigues aclara que “é preciso reconhecer, antes de qualquer coisa, que esse dever judicial de *delimitar as questões de fato que serão objeto de prova* ou de *enunciar os temas de prova* tem íntima e indissociável relação com o contraditório efetivo, pois é neste momento que se descobrirão quais os fatos trazidos na ação e na defesa serão objeto de prova e quais os meios probatórios adequados a fazê-lo [...]” (2021, p. 107-108).
- ²⁹ Em raciocínio próximo, Christian Ponzoni discursa sobre as dificuldades intrínsecas à aplicabilidade dos *standards*, contrastada pela essencialidade para a decisão dos fatos (2020, p. 158).
- ³⁰ Sobre a questão, ver BELTRÁN, Jordi Ferrer. Prolegômenos para uma teoria sobre os *standards* probatórios. O *test case* da responsabilidade do Estado por prisão preventiva errônea. Altos estudos sobre a prova no processo penal. Salvador: JusPodivm.

- ³¹ Nesse aspecto, além do próprio princípio da cooperação, ao qual deve observância igualmente o juízo, e mesmo o princípio aprofundado do contraditório substancial, o próprio CPC instrumentaliza espaços para o diálogo: CPC. Art. 357. [...] § 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável. [...] § 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.
- ³² Confira-se, a respeito do estudo comparado do direito processual português, o tratamento que era dado, em minúcia, para o accertamento dos fatos: “aquele que lê o enxuto texto do art. 596,1 do CPC português não pode imaginar a carga de complexidade teórica evolutiva por que este assunto passou desde o final da década de 1930, quando se exigia que o magistrado fizesse as especificações dos fatos assentes e o questionário dos fatos que careciam de prova por meio de quesitos numerados e em sequência que tornavam burocrático, inflexível e demorado o referido procedimento. Antes de se chegar ao parco e genérico texto do atual artigo 596º, o texto ainda passou pela base instrutória na reforma de 1995 que, por sua vez, já tinha sido uma tentativa – infrutífera – de desburocratizar o binômio especificação-questionário” (Rodrigues, 2021, p. 105).
- ³³ Nessa lógica, Ravi Peixoto ressalta que “é importante destacar que a força probatória necessária para que se considere que um indivíduo esteja agindo de forma justificada e racional depende do contexto no qual seja envolvido. Decisões que são menos importantes e trazem menos riscos exigem menor força probatória; decisões mais importantes, com maiores consequências no caso de um erro, exigem maior força probatória” (Peixoto, 2021, p. 62).

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (coord.). **Garantismo processual: Garantias constitucionais aplicadas ao processo**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.689, de 11 de janeiro de 1973**. 14 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 484 p. v. I.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). RECURSO ESPECIAL Nº 1.286.273-SP. [...] a inversão do ônus da prova prevista no ar. 6º, VIII, do CDC, é regra de instrução e não regra de julgamento [...]. Relator: ministro Marco Buzzi, 8 jun. 2021. **Diário da Justiça eletrônico**, Brasília, DF, 22 jun. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102360961&dt_publicacao=22/06/2021. Acesso em: 1 fev. 2023.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo (3. Câmara Cível). Apelação Cível Nº 0016069-47.2015.8.08.0014. [...] No caso da responsabilidade civil por erro médico, justifica-se a adoção de um standard probatório intermediário, mais elevado que o da mera preponderância de provas e inferior ao da prova além da dúvida razoável, chamado standard de prova clara e convincente, exigindo-se a identificação, de maneira precisa, da existência de nexos de causalidade entre o erro médico e os danos sofridos pelo paciente [...]. Relator Substituto: desembargador Victor Queiroz Schneider, 17 jan. 2020. **Diário da Justiça eletrônico**, [Vitória, ES], 1 mar. 2021a. Disponível em: https://sistemas.tjes.jus.br/ediario/index.php?option=com_eddiario&view=contents&layout=fulltext&data=20210301&idorgao=988&catid=25. Acesso em: 1 fev. 2023.
- CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 1728 p.
- COSTA, Guilherme Recena. Livre convencimento e standards de prova. In: YARSHELL, Flávio Luiz; ZUFELATO, Camilo (org.). **40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 356-380.
- DIDIER JR., Fredie. A Distribuição Legal, Jurisdicional e Convencional do Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, maio/ago. 2018. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v20_n2/versao_digital/150/. Acesso em: 1 fev. 2023
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. III. 848 p.
- KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 217 p.
- KNIJNIK, Danilo. Os “standards” do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. Rio de Janeiro, v. 97, n. 353, p. 15-52, jan./fev. 2001.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas Atípicas. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, n. 76, p. 114-126, 1996.
- MELIM, Mafalda. Standards de prova e grau de convicção do julgador. **Revista de Concorrência e Regulação**, Lisboa, Portugal, n. 16, p. 143-193, set./dez. 2013. Disponível em: https://www.concorrencia.pt/sites/default/files/imported-magazines/CR16_-_Mafalda_Melim.pdf. Acesso em: 1 fev. 2023.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Livre apreciação da prova: perspectivas atuais. In: INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. **La prueba: homenaje al maestro Hernando Devis Echandia**. Bogotá: Universidad Libre, 2002.

PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Orientador: Antonio do Passo Cabral. 2020. 321 f. Dissertação (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.bdt.d.uerj.br:8443/bitstream/1/16926/2/Tese%20-%20Ravi%20de%20Medeiros%20Peixoto%20-%202020%20-%20Completa.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2023.

PONZONI, Christian. **Standards de prova no Processo Civil brasileiro**. Orientador: Marco Félix Jobim. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020. Disponível em: https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/9175/5/DIS_CHRISTIAN_PONZONI_COMPLETO.pdf. Acesso em: 1 fev. 2023.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 1576 p.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **O despacho pós saneador no Brasil e em Portugal**. Londrina: Thoth, 2021. (Coleção Reserva Científica: Processo Civil).

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Raciocínio probatório por inferências: critério para o uso e controle das presunções judiciais**. Orientador: José Manoel de Arruda Alvim Netto. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, Orientador: José Manoel de Arruda Alvim Netto. 2018. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/21605/2/Leonard%20Ziesemer%20Schmitz.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2023.

SILVEIRA, Daniel Coutinho. **Prova, argumento e decisão: critérios de suficiência para orientação dos juízos de fato no direito processual brasileiro**. Orientador: Carlos Alberto de Salles. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24042012-113857/publico/Daniel_Silveira_Dissertacao.pdf. Acesso em: 1 fev. 2023.

TARUFFO, Michele. **La prueba. Artículos y conferencias**. 1. ed. Santiago de Chile: Metropolitana, 2009. 316 p.

TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução: João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. 325 p.

TRENTO, Simone. **Efetividade da tutela jurisdicional em matéria probatória: standard e ônus da prova**. Orientador: Luiz Guilherme Marinoni. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/xmlui/bitstream/handle/1884/27299/R%20-%20D%20-%20SIMONE%20TRENTO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 1 fev. 2023.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no Processo Civil: modelos de prova e de procedimento probatório. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 29, n. 116, p. 334-371, 2004.