



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE**

HIRLEM NASCIMENTO DE ALENCAR

**RACIONALIZAÇÃO DA PROVA: UMA PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO DOS
STANDARDS PROBATÓRIOS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

**JOÃO PESSOA – PB
2020**

HIRLEM NASCIMENTO DE ALENCAR

**RACIONALIZAÇÃO DA PROVA: UMA PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO DOS
STANDARDS PROBATÓRIOS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao programa de Pós-Graduação em Prática Judicante da Universidade Estadual da Paraíba em parceria com a Escola Superior de Magistratura como requisito à obtenção do título de especialista.

Área de concentração: Direito Processual Civil

Orientador: Prof. Ms. Manuel Maria Antunes de Melo

**JOÃO PESSOA – PB
2020**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

A368r Alencar, Hirlem Nascimento de.
Racionalização da prova: uma proposta de sistematização dos standards probatórios no Direito Processual Civil brasileiro [manuscrito] / Hirlem Nascimento de Alencar. - 2020.
65 p. : il. colorido.
Digitado.
Monografia (Especialização em Prática Judicante) - Universidade Estadual da Paraíba, Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa , 2020.
"Orientação : Prof. Me. Manuel Maria Antunes de Melo , Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa ."
1. Critérios de racionalização da prova. 2. Sistematização dos standards probatórios. 3. Direito Processual Civil Brasileiro. I. Título
21. ed. CDD 347

HIRLEM NASCIMENTO DE ALENCAR

**RACIONALIZAÇÃO DA PROVA: UMA PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO DOS
STANDARDS PROBATÓRIOS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

Aprovado em: 27 de outubro de 2020

Nota: 9,5 (nove e meio)

BANCA EXAMINADORA

**Manuel Maria
Antunes de Melo**

Assinado de forma digital por
Manuel Maria Antunes de Melo
Dados: 2020.11.03 21:37:32
-03'00'

Prof. Ms. Manuel Maria Antunes de Melo
Orientador

Prof. Ms. Rinaldo Mouzalas de Souza e Silva
2º Examinador

**WLADIMIR ALCIBIADES
MARINHO FALCAO
CUNHA:02877585409**

Assinado de forma digital por
WLADIMIR ALCIBIADES MARINHO
FALCAO CUNHA:02877585409
Dados: 2020.11.11 07:29:07 -03'00'

Prof. Dr. Wladimir Alcibiades Marinho Falcão Cunha
3º Examinador

“Porque o Senhor dá a sabedoria; da sua boca
vem o conhecimento e o entendimento”.
(Provérbios 2:6)

Dedico.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, minha gratidão é destinada a Deus, meu melhor amigo, por nunca desistir de mim.

A minha querida Avó Dalila Nascimento de Oliveira, pelo auxílio e encorajamento nas horas de dificuldades, fraqueza e exaustão.

A minha amada Suelen Lima de Carvalho, ao seu lado a vida se completa, tornando-se mais bela e mais leve de se viver.

Aos meus Pais: Clênia Nascimento Oliveira de Alencar e Ireberto Afonso de Alencar, por me ajudarem nessa caminhada, sem vocês o que me tornei e o que conquistei não seria possível.

As minhas irmãs: Haymee Nascimento de Alencar e Hívia Nascimento de Alencar, pelo apoio e incentivo nesta trajetória acadêmica.

As minhas filhas: Hadassa de Lima Alencar e Hannah de Lima Alencar, meus tesouros preciosos.

A meu orientador, Prof. Ms. Manuel Maria Antunes de Melo, pelo exemplo que é como ser humano e como profissional, por me proporcionar o conhecimento não apenas racional, mas a manifestação do caráter e afetividade da educação no processo de formação profissional, por sua constante dedicação. Quaisquer palavras existentes neste mundo, não serão suficientes para expressar minha gratidão.

A UEPB e a ESMA, além da direção e administração, que conjuntamente realizam seu trabalho com tanto amor e dedicação, trabalhando incansavelmente para que nós, alunos, possamos contar com um ensino de extrema qualidade.

Agradeço a todos os professores que passaram por minha vida trazendo grandes contribuições para o meu aperfeiçoamento humano e profissional. A palavra mestre, nunca fará justiça aos professores dedicados aos quais sem nominar terão os meus eternos agradecimentos.

A todos aqueles que de alguma forma estiveram e estão próximos de mim, fazendo esta vida valer cada vez mais a pena.

RESUMO

O presente trabalho conclusivo de curso teve por objetivo geral analisar a propositura de uma sistematização dos standards probatórios no direito processual civil brasileiro. Para tanto, delineou a seguinte assertiva hipotética: É possível se falar na existência de um regime de “standards” probatórios no processo civil brasileiro. A fim de atingir essa constatação, lançou-se a uma pesquisa de natureza básica, com abordagem qualitativa, de objetivo-metodológico explicativa e de procedimentos técnicos do tipo bibliográfico, com essência descritiva-exploratória, amparada em revisão sistemática. Para validar positivamente a hipótese em estudo, é sistematizado um modelo de valoração probatória à luz de fundamentos de uma decisão judicial. A relevância científica, que justifica a importância do estudo, se alicerça na contribuição teórica e propositiva que ampara a literatura jurídica na possibilidade de futuros estudos que se firme nas áreas do direito processual civil, bem como, na viabilidade escudeira de guiar futuros leitores do presente estudo, a balizar considerações e competência de interpretação da lei e de tomadas de decisões no espectro jurídico. Foi conclusivo que é possível, e deve ser incentivado, a sistematização de um regime de standards probatórios no processo civil brasileiro como medida contenciosa do controle do juízo valorativo, a partir da propositura de soluções aos problemas metodológicos e de racionalidade enfrentados por aqueles que tem a competência de interpretar a lei e tomar decisões no âmbito jurídico. Restou também conclusiva a importância de se categorizar os *standards* probatórios para melhor compreensão de sua aplicabilidade conforme o contexto fático concreto e âmbito jurídico representativo, levando-se em consideração que um mesmo fato pode repercutir nas esferas civil ou penal, devendo, assim, ter dimensionamento distinto quanto o grau de convicção ensejado para a condenação específica, nas duas órbitas jurídicas. Foi possível também concluir, perquirindo-se a jurisprudência pátria, pela possibilidade e viabilidade da redução dos módulos de provas, para casos específicos como os da relação de consumo, para garantir o direito do hipossuficiente, demonstrando-se possível, nestes casos, a redução probatória, passando-se a decidir com base num juízo de verossimilhança.

Palavras Chaves: Critérios de racionalização da prova. Sistematização dos standards probatórios. direito processual civil brasileiro.

ABSTRACT

The present conclusive course work aimed at analyzing the proposition of a systematization of evidential standards in Brazilian civil procedural law. To this end, he outlined the following hypothetical statement: It is possible to talk about the existence of a regime of evidential standards in the Brazilian civil process. In order to achieve this observation, a basic research was carried out, with a qualitative approach, with an explanatory methodological objective and technical procedures of the bibliographic type, with descriptive-exploratory essence, supported by a systematic review. In order to positively validate the hypothesis under study, a model of evidential valuation is systematized in light of the grounds of a judicial decision. The scientific relevance, which justifies the importance of the study, is based on the theoretical and propositional contribution that supports the legal literature in the possibility of future studies that is established in the areas of civil procedural law, as well as in the feasibility of guiding future readers of the present study, guiding considerations and competence in interpreting the law and making decisions in the legal spectrum. It was conclusive that it is possible, and should be encouraged, to systematize a regime of evidential standards in the Brazilian civil process as a measure of control of the control of the judgment, based on proposing solutions to the methodological and rationality problems faced by those who have the competence to interpret the law and make legal decisions. The importance of categorizing the evidential standards for a better understanding of their applicability, according to the concrete factual context and representative legal scope, also remained conclusive, taking into account that the same fact may have repercussions in the civil or penal spheres, and, therefore, should be dimensioned. different in terms of the degree of conviction created for the specific conviction, in the two legal areas. It was also possible to conclude, by investigating the domestic jurisprudence, for the possibility and feasibility of reducing the evidence modules, for specific cases such as those of the consumption relationship, to guarantee the right of the under-paid, demonstrating that it is possible, in these cases, to reduce probative, starting to decide based on a verisimilitude judgment.

Key Words: Criteria for rationalization of the test. Systematization of evidence standards. Brazilian civil procedural law.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1: Classificação das provas	34
Figura 2: fatos que não precisam ser comprovados.....	35
Figura 3: Métodos de valoração da prova	39

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
2. DA INTERPRETAÇÃO DOS FATOS DEDUZIDOS EM JUÍZO, NUMA PERSPECTIVA ANALÍTICA E SISTÊMICA.....	14
2.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	14
2.2 A FUNDAMENTABILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....	15
2.2.1 Decisão que se limita à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida (art. 489, §1º, I).....	20
2.2.2 Decisão que emprega conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso (art. 489, §1º, II).....	21
2.2.3 Decisão que invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão (art. 489, §1º, III)	22
2.2.4 Decisão que não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (art. 489, §1º, IV).....	23
2.2.5 Decisão que se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (art. 489, §1º, V).....	26
2.2.6 Decisão que deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 489, §1º, VI)	27
3 TEORIA DAS PROVAS.....	29
3.1 ASPECTOS CONCEITUAIS E CLASSIFICATÓRIOS.....	29
3.2 DO OBJETO E DA FUNÇÃO DA PROVA	36
3.3 MÉTODOS DE VALORAÇÃO DA PROVA.....	38
4 STANDARDS PROBATÓRIOS.....	43
4.1 MODELO AMERICANO DE SISTEMATIZAÇÃO DOS <i>STANDARDS</i> PROBATÓRIOS	43
4.1.1 <i>Proof beyond a reasonable doubt</i>	45
4.1.2 <i>Preponderance of evidence</i>	47
5 UM NOVO HORIZONTE: PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO DOS <i>STANDARDS</i> PROBATÓRIOS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO.....	50
5.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	50
5.1.1 Os <i>standards</i> probatórios para a concessão de tutela cautelar, antecipada e definitiva de acordo com o Código Processual Civil pátrio.....	51

5.1.2 A possibilidade da redução dos módulos de provas, para casos específicos como os da relação de consumo, para garantir o direito do hipossuficiente.....	56
6 CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS	65

INTRODUÇÃO

O cenário jurídico-social contemporâneo declara a imprescindibilidade de outorga da prestação jurisdicional idônea e consentânea ao escopo que fora invocada. Ressalta-se, por oportuno, que tal premissa é imperiosa a um Estado Democrático de Direito, que tem o dever de tutelar os direitos e garantias fundamentais de seus jurisdicionados, concedendo-lhes, a título de prestação jurisdicional, deliberações coesas, probas, eficientes e harmonizadas às determinações legais.

Nesta esteira, sublinha-se que a decisão judicial ocupa posição central no fenômeno jurídico, pois como bem elucida Neto (2017, p. 17), “[...] se é correto afirmar que o Direito acontece antes, depois e muito para além da decisão judicial, é também correto dizer que a decisão judicial, de algum modo, sintetiza o fenômeno jurídico ou grande parte dele”.

Já no parecer de Monteiro (2012), a dialética decisória envolve uma atividade extremamente complexa, porquanto o aspecto construtivo da fundamentação de uma decisão transpassa a essência Teórica e Filosófica do próprio Direito, amoldando-se, mais profunda e intimamente, à perspectiva do julgador, ao crivo de sua subjetividade analítica.

Neste compasso, sem o intuito de exaurir o assunto, buscando-se, contudo, afunilar a temática que será abordada na corrente pesquisa, traz-se à baila, como objetivo central da discussão do presente trabalho monográfico, uma proposta de sistematização dos *standards* probatórios no direito processual civil brasileiro, que apesar de amplamente versados na seara doutrinária nacional, continuam sendo, na atualidade, um desafio labiríntico aos juristas pátrios, posto verificar-se que aqueles encontram-se disseminados na legislação, criando um problema metodológico e de racionalidade para o julgador, intérprete da lei, na execução de suas atividades.

Desse modo, apesar de existir no ordenamento jurídico pátrio uma gama de possibilidades referentes à aplicação dos *standards* probatórios, se faz necessário sistematizá-los, para que possa o julgador oferecer uma tutela jurisdicional mais efetiva, justa e racional.

Logo, a presente pesquisa esteia-se na seguinte hipótese: é possível se falar na existência de um regime de “*standards*” probatórios no processo civil brasileiro. Em caso de confirmação da hipótese, será proposta uma sistematização desse modelo de valoração probatória, como contribuição final do presente trabalho.

Responder à hipótese supracitada é de fundamental importância para a comunidade científica, para os operadores do direito e para a sociedade como um todo, podendo, ainda, servir de amparo a futuras pesquisas.

Assim, considerando-se a problemática em exposição, o presente estudo tem por objetivo mediato apresentar uma proposta de sistematização dos *standards* probatórios no direito processual civil brasileiro, perscrutando também, na oportunidade, a possibilidade e viabilidade da redução dos módulos de provas, para casos específicos como o da relação de consumo, para garantir o direito do hipossuficiente, ou seja, possibilidade de se admitir, numa relação consumerista, a redução do módulo da prova, decidindo com base num juízo de verossimilhança.

Nesta trilha, para atingirmos o objetivo proposto, recorreremos a uma pesquisa de cunho bibliográfico, de natureza descritivo-exploratória, balizada em uma revisão sistemática.

Para tanto, dividiremos a pesquisa em 4 capítulos, tais quais: Da interpretação dos fatos deduzidos em juízo, numa perspectiva analítica e sistêmica; Teoria das Provas; Os *Standards* Probatórios: modelo americano de sistematização dos standards probatórios - *proof beyond a reasonable doubt e preponderance of evidence*; Um novo horizonte: proposta de sistematização do *standards* probatórios no direito processual civil brasileiro.

Portanto, justifica-se um estudo que se dispõe a apresentar uma proposta de sistematização dos *standards* probatórios, a partir dos fundamentos de uma decisão judicial, à luz da processualística civil vigente, com fulcro na doutrina e legislação pátria contemporâneas, buscando solucionar os problemas metodológicos e de racionalidade enfrentados por aqueles que tem a competência de interpretar a lei e tomar decisões no âmbito jurídico.

Desse modo, a partir da possível resposta à hipótese levantada no corpo introdutório, espera-se que o estudo aqui realizado traga significativas contribuições ao cenário jurídico contemporâneo.

2. DA INTERPRETAÇÃO DOS FATOS DEDUZIDOS EM JUÍZO, NUMA PERSPECTIVA ANALÍTICA E SISTÊMICA

2.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Como já exposto no presente trabalho monográfico, um dos problemas centrais da aplicação do direito é o relativo às provas judiciais, mais especificamente o da correta valoração e justificação da decisão judicial sobre os fatos trazidos ao processo (BUSTAMANTE, 2013).

De acordo com Kircher (2018), a prática judiciária brasileira traz fortes indícios de que o controle do juízo valorativo, quanto ao arcabouço probatório, esteia-se na corriqueira reprodução por outro magistrado/instância (recursal), não se verificando, costumeiramente, a dialeticidade aplicada na valoração dos fatos, dos argumentos exibidos e a coerência das narrativas das decisões, fazendo-se, tão somente, uma reavaliação conjunta das provas, substituindo-se ou não a decisão combatida.

Nas palavras do supracitado autor:

[...] é preciso considerar que a decisão judicial acerca da matéria fática se perfectibiliza em um contexto de incerteza, não sendo possível atingir um conhecimento absoluto acerca das proposições sobre os fatos que são declarados como provados. Esta afirmação não é uma exclusividade do campo jurídico, mas é comum a todos os âmbitos do conhecimento humano. [...] No âmbito processual, o conjunto probatório permite que se atribua a ele um determinado grau de probabilidade ou de confirmação, mesmo sabendo-se que a decisão é gerada em um cenário de relativa incerteza. Entretanto, dizer que na tomada de decisões jurídicas nos encontramos em uma situação de incerteza, não significa que se deva olvidar de aplicar regras de racionalização. (KIRCHER, 2018, p. 181)

Ainda na linha cognitiva do supracitado autor, evidencia-se como imperiosa a construção e metodização de protocolos e procedimentos que possibilitem o controle dos subjetivismos que recaem sobre as questões fáticas, uma vez que o sistema metodológico do convencimento judicial não pode ser apreendido como uma localidade situada fora da zona limítrofe do monitoramento jurídico.

Nesta circunspecção, é que despontam os *standards* de prova, compreendidos como moldes constatatórios ou parâmetros de suficiência concernentes ao conteúdo comprobatório disponível. Neste sentir, da imprescindibilidade de cotejamento dos fatos ergueram-se as regras de ônus da prova e os métodos de suficiência probatória. No espectro jurídico-processualístico, consoante Susan Haack (2012), o ônus da prova comporta a seguinte divisão: “[...] ônus de produção da prova (quem deve produzir determinada prova) e ônus de persuasão (como o juiz deve julgar em caso de dúvida) [...]”, sendo os *standards* probatórios a baliza moderatória da

força das provas para formação do convencimento do juiz.

Nesta esteira, trazem-se à discussão os elementos da teoria da decisão judicial, do ponto de vista fático, colocando à reflexão os aspectos do convencimento judicial acerca do juízo de fato, perscrutando a suficiência probatória e as possíveis formas de controle existentes numa perspectiva analítica e sistematizada na processualística civil vigente.

2.2 A FUNDAMENTABILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A elaboração de exigências inerentes ao rito decisório evidencia que o desempenho da atividade judicante, notadamente ao que diz respeito à justificação das decisões, assumiu especial relevo após a promulgação do Código de Processo Civil de 2015.

Da nova sistemática processualística, depreende-se que o magistrado deve sujeitar-se “[...] ao império do comando normativo, que regula a forma como deve produzir o seu convencimento e apresentar a sua motivação”, na medida que:

[...] os pronunciamentos judiciais configuram-se mecanismos de legitimação e fiscalização jurisdicional, eis que promovem o conhecimento das razões de decidir adotadas pelo órgão julgador, viabilizando o controle de sua atuação. [...] no afã de assegurar a prolação de decisões fundamentadas e restringir a subjetividade por vezes presente nos atos judiciais, a novel legislação positivou critérios a serem observados para a qualificação dos provimentos [...] (SCHMIDT, 2016, p. 29).

Nesta mesma linha de raciocínio, Garcia anota que:

[...] sabendo que a prova está diretamente ligada à verdade sobre os fatos (ou as afirmações sobre estes), não devem autor e réu simplesmente argumentar sobre a controvérsia instaurada, mas convencer o juízo acerca da sua veracidade para que, pautado na lei e na jurisprudência, possa formar sua convicção e fundamentá-la”. (GARCIA, 2018, p. 8).

Entretanto, como já aclarado no capítulo introdutório, a valoração da prova revela-se, ainda no tempo vigente, um desafio para os juristas, uma vez que nela encontra-se o elemento subjetivo do indivíduo julgador, que continua sendo inalcançável pelas ciências do direito, apesar da existência de métodos para o seu controle.

Nada obstante, é imperioso sublinhar que a fundamentação dos atos decisórios simetriza, simultaneamente, o múnus jurídico inerente ao Estado Democrático de Direito e a garantia constitucional outorgada aos jurisdicionados. Esculpida no artigo 93, IX, da Carta Magna, consubstancia-se um instrumento contencioso da atuação estatal, submetendo os atos judiciais à fiscalização e ao controle social, como medida profilática à arbitrariedade e ao

subjetivismo excessivo das decisões. Vejamos:

Art. 93: Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
[...]

IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (BRASIL, 1988).

Na elocução de Fredie Didier Júnior:

A própria Constituição Federal, em seu artigo 93, IX, estabelece que toda decisão judicial deve ser motivada e, fugindo um pouco à sua linha, normalmente principiológica e descritiva, prescreve norma sancionadora, cominando pena de nulidade para as decisões judiciais desmotivadas. Ainda, porém, que não houvesse expressa disposição constitucional nesse sentido, a regra da motivação não deixaria de ser um direito fundamental do jurisdicionado, eis que é consectário da garantia do devido processo legal e manifestação do Estado de Direito. (DIDIER JR. 2015, p. 291).

Na mesma linha cognitiva, assim destaca Jorge Júnior:

[...] percebe-se que a motivação dos atos jurisdicionais exigida pela Constituição acarreta a limitação dos poderes exercidos pelo magistrado, exigindo-se adequada aplicação do princípio da legalidade, demonstrando-se não ter aquele descumprido os direitos fundamentais, ou decidido contra a lei ou ter extrapolado de suas funções. Dessa forma tem o jurisdicionado assegurado a garantia de conhecer as razões que convenceram o juiz a julgar, cuja decisão, se correta, será aplicada em virtude da aplicação dos efeitos do princípio da coisa julgada. A motivação das decisões judiciais espelha, repercute a vereda do pensamento empregado pelo juiz para alcançar a conclusão apresentada para a solução do caso conflituoso e caso contenha erro será este prontamente verificado pelo conteúdo da motivação, podendo ser impugnada. (JORGE JR. 2008, p. 6).

Neste compasso, pode-se concluir que, aos moldes do artigo 93, IX, da CF/88, todas as decisões do Poder Judiciário deverão ser fundamentadas, sob pena de nulidade, sendo tal premissa um imperativo de caráter fundamental, concebido no escopo de legitimar as deliberações dos órgãos julgadores, afastando-se, desta forma, qualquer iniquidade em detrimento dos direitos inerentes ao cidadão.

Logo, o magistrado deve solucionar a lide com espeque nas normas constitucionais, infraconstitucionais e nos precedentes judiciais¹, devidamente coadunados aos fatos constantes no processo, garantido às partes uma tutela jurisdicional embasada em preceitos democráticos.

Na clareza de Manuel Maria Antunes de Melo e Fellipe Lucena Patriota de Pontes:

¹ Atentando-se para o fato de que, de acordo com a regra dos arts. 926 e 927 do CPC/15, os precedentes judiciais ali relacionados constituem fonte primária do Direito.

Os fundamentos de fato e de direito formadores da convicção do julgador. Nesta etapa, o juiz, examinando as questões de fato e de direito, constrói as bases lógicas da parte decisória da sentença. Trata-se de operação delicada e complexa em que o juiz fixa as premissas da decisão após laborioso exame das alegações relevantes formuladas pelas partes, bem como do enquadramento do litígio no direito aplicável à espécie, contendo a demonstração dos elementos justificadores da decisão. A ausência de fundamentação conduz à nulidade absoluta da sentença, enquanto a omissão, obscuridade ou contradição comportam saneamento via embargos de declaração. A fundamentação da decisão judicial está, essencialmente, imbrincada com a questão da legitimidade das decisões do Poder Judiciário, tratando-se de instrumento de controle social das razões de decidir, servindo, assim, como um freio ao arbítrio judicial [...] (MELO; PONTES; 2018, p.239)

Nesta linha, urge salientar que, a adequação do fato à norma é uma característica intrínseca da discricionariedade, que, em nenhuma hipótese, deve ser confundida com arbitrariedade, porquanto aquela respalda-se na motivação das decisões, que é encargo do julgador e direito imprescindível dos litigantes, devendo ser justificada e abalizada nas diretrizes legais. Neste sentido, nas palavras de Garcia

[...] o legislador assegura aos litigantes o devido processo legal – art. 5º, LIV, da CF/8815. Em paralelo, encontra-se a garantia do contraditório e da ampla defesa (art. 5, LV, da CF/88), que assegura a resposta e a produção de prova capaz de demonstrar o acerto das alegações de quem a sustenta, cabendo ao juiz analisar e aplicar o direito conforme as regras legais atinentes. (GARCIA, 2018, p. 23).

Nesta esteira, nas lições de Humberto Theodoro (2018, p. 117), numa concepção contemporânea de processo justo², introduzem-se preocupações que transpassam as dimensões formais ou procedimentais atadas à garantia de contraditório e ampla defesa, integrando-as também desígnios de ordem substancial, a exigir que o juiz seja mais do que a “boca da lei” reproduzindo em suas decisões a literalidade dos comandos gerais e abstratos estabelecidos pelo legislador. No parecer do renomado doutrinador, “o juiz, enfim, não repete o discurso do legislador; faz nele integrar os direitos fundamentais, não só na interpretação da lei comum, como na sua aplicação ao quadro fático, e, ainda, de maneira direta, faz atuar e prevalecer a supremacia da Constituição”.

Na interpretação e aplicação do direito positivo, ao julgar a causa, cabe-lhe, sem dúvida, uma tarefa integrativa, consistente em atualizar e adequar a norma aos fatos e valores em jogo no caso concreto. O juiz tem, pois, de complementar a obra do legislador, servindo-se de critérios éticos e consuetudinários, para que o resultado final do processo seja realmente justo, no plano substancial. É assim que o processo será, efetivamente, um instrumento de justiça. (HUMBERTO THEODORO, 2018, p. 117)

² “Como justo, para efeito da nova garantia fundamental, não se pode aceitar qualquer processo que se limite a ser regular no plano formal. Justo, como esclarece Trocker, “é o processo que se desenvolve respeitando os parâmetros fixados pelas normas constitucionais e pelos valores consagrados pela coletividade. E tal é o processo que se desenvolve perante um juiz imparcial, em contraditório entre todos os interessados, em tempo razoável [...]” (THEODORO JUNIOR, 2018, p. 117).

Trilhando idêntica linha doutrinária, Manuel Maria Antunes de Melo e Fellipe Lucena Patriota de Pontes pontuam:

[...] o compromisso com uma fundamentação efetiva e de qualidade revela, em verdade, o nível de legitimidade do próprio sistema decisório, permitindo que as partes conheçam a *ratio decidendi* em toda a sua inteireza, viabilizando o controle daquele ato do Estado-Juiz que tenta alcançar a melhor solução para colocar fim ao conflito de interesses subjacente ao processo [...] (MELO; PONTES: 2018. p. 239).

Nesta circunspeção, as consagradas regras esculpidas no artigo 93, IX, da Carta Magna foram incorporadas ao Código de Processo Civil de 2015, estabelecendo a nova Lei Adjetiva Civil, em seu artigo 489, §º 1, parâmetros de configuração de um ato decisório desprovido de fundamentação. Vejamos:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Nesta harmonização, em comentários aos dispositivos supracitados, Humberto Theodoro (2018) dilucida que a eficácia da sentença se submete a agregação de premissas intrínsecas e formais, pois, como ato intelectual, ela contém um conteúdo silogístico que reclama a necessidade de se epilogar todo o processo, a partir da pretensão autoral, defesa do

réu, fatos aduzidos e comprovados, direito cabível/aplicável e a elucidação terminativa dada à controvérsia. Ainda na perspectiva doutrinária do citado autor:

O Código de 1973, ao tratar da configuração da sentença, falava em “requisitos essenciais” (art. 458). O novo Código, porém, atento à advertência de Barbosa Moreira a respeito da distinção entre requisitos e elementos, houve por bem utilizar a expressão elementos essenciais da sentença. Com efeito, requisitos são “qualidades, atributos, que se expressam mediante adjetivos”, ou seja, não são substanciais, sendo apenas qualificativos. Já os elementos são “partes que devem integrar a estrutura” do ato composto. [...] Assim, de acordo com o art. 489 do novo Código de Processo Civil, os elementos essenciais (condições intrínsecas) da sentença são: (a) o relatório (histórico do debate processual); (b) os fundamentos de fato e de direito (motivação do decisório); (c) o dispositivo (conclusão do julgado). Registre-se, outrossim, que as formalidades prescritas pelo Código são substanciais, isto é, correspondem a elementos essenciais, na dicção da lei, de modo que sua inobservância leva à nulidade da sentença. Requisitos, na espécie, seriam, por exemplo, a existência de uma relação processual válida, e a concorrência das condições da ação. A sentença que apresentar nulidade por inobservância dos requisitos em apreciação poderá ser invalidada em grau de apelação. E se passar em julgado, por não ter havido recurso em tempo hábil, poderá ser objeto de ação rescisória, por violação de literal disposição da lei – error in procedendo (NCPC, arts. 489 e 966, V). (THEODORO JUNIOR, 2018, p. 1600 - 1601).

Neste desiderato, depreende-se que o Código de Processo Civil de 2015 foi rigoroso e metucioso no repúdio à indulgência com que os tribunais vinham contemporizando “[...] com verdadeiros simulacros de fundamentação, em largo uso na praxe dos juízos de primeiro grau e nos tribunais superiores” (THEODORO JUNIOR, 2018, p. 1603).

No magistério de Manuel Maria Antunes de Melo e Fellipe Lucena Patriota de Pontes (2018, p. 240), “[...] o CPC/15 se deteve, de forma incisiva, no quesito fundamento da sentença, coibindo qualquer espécie de decisionismo na prestação jurisdicional [...]”³. Assim, a nova Lei Adjetiva Civil, preocupando-se com a motivação das decisões judiciais (sejam interlocutórias, sentenças ou acórdãos), elencou diversas situações em que o ato decisório é classificado como destituído de fundamentação em sentido jurídico (art. 489, § 1º). Na vocalização de Humberto Theodoro Junior

Há, evidentemente, em um processo que se pretende democrático e cooperativo, um maior rigor do legislador com relação à motivação. O esforço normativo efetuado por meio do art. 489, inc. II, e § 1º, tem como objetivo impor a adoção, por juízes e tribunais de critérios racionais, para legitimar a decisão judicial. De tal modo, não é qualquer palavreado do julgador que se pode ter, para o Código, como fundamento da decisão judicial. A sentença só será havida como fundamentada quando sua motivação se apresentar como adequada lógica e juridicamente. (THEODORO JUNIOR, 2018, p. 1603):

³ Enunciado 10 da ENFAM: A fundamentação sucinta não se confunde com a ausência de fundamentação e não acarreta a nulidade da decisão se forem enfrentadas todas as questões cuja resolução, em tese, influencie a decisão da causa.

Portanto, passemos a uma análise mais detida das situações descritas no artigo 489, § 1º, para melhor compreensão das formalidades substanciais ali constantes, aptas a ensejar à nulidade da sentença por flagrante ausência de fundamentação.

2.2.1 Decisão que se limita à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida (art. 489, §1º, I)

Nos termos do artigo 489, § 1º, I, do CPC, não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que se limita à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida (BRASIL, 2015).

No parecer de Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 485), o dispositivo em comento reclama que o juiz, “[...] ao aplicar a lei ou ato normativo ao caso concreto, esclareça a pertinência da sua aplicação”.

Ao proferir a sentença, o juiz desenvolve um raciocínio silogístico, pois parte de uma premissa maior (o que dispõe o ordenamento jurídico) para uma premissa menor (o caso concreto) para poder extrair a conclusão. É preciso que a sentença indique com clareza em que medida aquela norma invocada pode funcionar como premissa maior, aplicável ao caso concreto sub judice. (GONÇALVES, 2017, p. 485).

Neste sentido, corrobora Fredie Didier Júnior:

Para decidir, o julgador precisa interpretar. Precisa interpretar as alegações de fato que compõem as causas de pedir e de defesa, e precisa interpretar também os enunciados normativos em que os fatos alegados supostamente se enquadram. Para dizer sim ou não, verdadeiro ou falso, o juiz precisa, necessariamente, extrair da expressão (significante) um sentido (significado). (DIDIER JR. 2015, p. 327).

Humberto Theodoro Junior (2018) ao lecionar sobre o tema assevera a essencialidade de o juiz esclarecer a motivação da escolha da norma, não sendo suficiente a mera prescrição da lei incidente ao caso concreto, tampouco transcrição do expresso normativo em que se alicerça o julgado. Nesta compreensão, “[...] não basta a indicação da lei que seria aplicável ao caso concreto, tampouco a transcrição do enunciado da norma em que se fundamenta o julgado. É essencial que o juiz explique o motivo da escolha da norma.” (WAMBIER, 2014, p. 277).

Nesta linha intelectual, a partir dos ensinamentos de Fredie Didier Júnior (2015, p. 329), conclui-se que não pode “[...] o magistrado simplesmente repetir o texto normativo, ou parafrazeá-lo, deixando aos destinatários do ato decisório a tarefa de intuir o raciocínio de subsunção que ele, juiz, fizera”.

Portanto, na sistemática processualista contemporânea, não há margem para complacência com os simulacros de fundamentação, ora balizados numa apócrifa

discricionariedade em que o juiz, mediante iniquo processo cognitivo de adequação ou preferência, se limita a transcrição de escritos normativos ou ementas de outros julgados sem, contudo, explicar a sua relação com a causa ou a questão decidida.

2.2.2 Decisão que emprega conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso (art. 489, § 1º, II)

Aos moldes do artigo 489, § 1º, II, do CPC, não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso” (BRASIL, 2015).

Na dicção de Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 485) o comando norma em destaque manifesta a imprescindibilidade de clareza das decisões judiciais, de modo a proporcionar ao leitor do julgado a compreensão dos motivos que induziram a invocação de determinado conceito jurídico e a forma de sua incidência/aplicabilidade ao caso concreto.

Na lição de Humberto Theodoro Junior (2018, p. 1604) “[...] a legislação moderna cada vez mais vem se utilizando de conceitos vagos e indeterminados, cujo referencial semântico não é tão nítido, como meio de adequar-se à realidade em que hoje vivemos”. Nas palavras do erudito:

Embora os conceitos jurídicos indeterminados não se confundam inteiramente com os princípios, muito se aproximam deles, de modo que sua aplicação pelo julgador também deve observar as técnicas da ponderação e os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, nos casos de conflitos, além das regras gerais da hermenêutica jurídica. (THEODORO JUNIOR, 2018, p. 1604).

Deste modo, os conceitos vagos ensejam maior alcance de circunstâncias concretas, resultando na necessidade de o magistrado explanar as razões de convergência entre a conceituação abstrata e o caso concreto, no escopo de se evitar a arbitrariedade na sua aplicação nos atos decisórios.

Sobre a temática, dilucida Fredie Didier Junior:

A existência de enunciados que contenham conceitos indeterminados ou que constituam cláusulas gerais exige redobrada atenção do julgador no momento de motivar a sua decisão. Não basta que transcreva o enunciado, afirmando que ele se aplica ao caso concreto – aliás, [...] isso não basta nem mesmo quando se tem enunciado composto de termos determinados ou mais facilmente determináveis (art. 489, § 1º, 1). Espera-se que o juiz enfrente a abertura do texto, determinando o seu conteúdo no caso concreto. [...] Além de revelar o que compreende daquela noção vaga, considerando dados sistemáticos (ex. precedentes, outros dispositivos de lei correlacionados, ditames principiológicos) e extra-sistemáticos (ex. usos, costumes, standards, padrões valorativos), deve o magistrado indicar as razões concretas que justificam sua aplicação ao caso. (DIDIER JR. 2015, p. 332).

Neste cenário, versando de forma elucidativa a matéria em relevo, Marinoni (2015, p. 492) sublinha que “toda vez que o legislador emprega termos dessa ordem, [...] há nessa utilização um verdadeiro pedido de colaboração para que o juiz dê contornos mais nítidos ao significado do termo vago empregado”. Nesta consciência, é possível afirmar que “[...] o preceito legal em análise tem o condão de impedir a aplicação indiscriminada de terminologias excessivamente vagas, não raramente utilizadas na sustentação de julgados, sem que haja o correspondente cotejo à situação fática” (SCHMIDT, 2016, p. 39).

Por todo o exposto, resta patente que o dispositivo aqui analisado reivindica coerência entre dado conceito jurídico invocado e a sua aplicabilidade sobre o caso concreto, sob pena de nulidade do ato decisório por ausência de fundamentação, repelindo-se, assim, veementemente, o emprego de conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso.

2.2.3 Decisão que invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão (art. 489, §1º, III)

Consoante inteligência do artigo 489, § 1º, III, do CPC, não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão” (BRASIL, 2015).

A invocação de motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão, é o que comumente se materializada, por exemplo, quando o magistrado defere uma liminar sob afirmativa genérica de estão presentes os pressupostos legais. “[...] Ao julgador cabe justificar o seu posicionamento, de maneira clara e precisa, não podendo, simplesmente, proferir uma decisão “padrão”, ou “estereotipada” (THEODORO JUNIOR, 2018, p. 1605).

Consoante Neves (2016, p. 231), “essa forma de decidir não permite sequer que as partes tenham a segurança de que o juiz leu o pedido, porque ela simplesmente não responde a seus argumentos”. “Generalismo, a servir para tudo decidir é o mesmo que generalismo a nada decidir.” (ALVES, 2015, p. 68).

Nessa mesma perspectiva, não pode a decisão restringir-se à reafirmação de teses abstratas de direito, sem justificar sua aplicação concreta ao quadro fático da controvérsia. É que, enquanto tese, o argumento justificaria teoricamente “qualquer decisão”, e não concretamente aquela pronunciada no caso dos autos, cuja validade depende, obrigatoriamente, da análise justificada dos elementos e argumentos deduzidos pelas partes para sustentar suas pretensões em conflito (THEODORO JUNIOR, 2018, p. 1605).

Na perspectiva de Fredie Didier Junior:

O magistrado tem necessariamente que dizer por que entendeu presentes ou ausentes os pressupostos para a concessão ou denegação da tutela provisória; tem de dizer de que modo as provas confirmam os fatos alegados pelo autor (e também por que as provas produzidas pela parte contrária não o convenceram). (DIDIER JR. 2015, p. 334).

Por sua vez, clarifica Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 485), “[...] fórmulas genéricas do tipo “foram preenchidos os requisitos”, sem a indicação concreta das razões pelas quais o juiz assim o considera, não são admissíveis”. Por seu turno, assevera Schmidt:

Em virtude da inobservância dos fatos e argumentos que caracterizam as especificidades de uma demanda judicial, a utilização de fundamentação genérica não possui capacidade de promover a resolução do caso concreto, motivo pelo qual se considera inexistente a motivação. [...] A superficialidade de um provimento judicial não cumpre a exigência de justificação dos pronunciamentos, porquanto não são apresentadas as razões que influenciaram no convencimento do intérprete. Assim, tais atos decisórios são caracterizados pelo vício de motivação genérica. (SCHMIDT, 2016, p. 41).

Portanto, não se legitima como fundamentada uma decisão que se utiliza de um modelo genérico, que se amolde não somente para determinado caso concreto, mas para diversas outras situações postas em juízo. Logo, necessário se faz que o juiz fundamente sua decisão de forma específica ao contexto em que ela fora proferida, sob pena de não ser considerada fundamentado o ato decisório por “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão” (BRASIL, 2015).

2.2.4 Decisão que não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (art. 489, §1º, IV)

Conforme estabelece o artigo 489, § 1º, IV, do CPC, não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (BRASIL, 2015).

De acordo com Humberto Theodoro Junior (2018), é imperativo ao juiz o enfrentamento dos argumentos suscitados pelas partes e o seu confronto com o caso concreto e a lei, precipuamente aqueles que conduziram a uma conclusão dissímil, porquanto a nova Lei Adjetiva Civil, não mais admite fundamentações semiplenas, consubstanciadas no procedimento em que o magistrado restringe-se a referenciar as provas que roboraram seu convencimento, abstraindo as demais, deturpando a matéria probatória em um iníquo processo seletivo valoratório, eivado de artificialidade e veiledade.

Com brado forte, em repulsa a corriqueira situação acima apresentada, vocifera Humberto Theodoro Junior:

É inaceitável, para a sistemática do NCPC, que a decisão se limite a deduzir a motivação pela qual adotou a tese eleita pelo órgão julgador. Se o processo democrático fundamentalmente adota o princípio da cooperação e da possibilidade de efetiva contribuição ou participação dos litigantes na formação do provimento judicial (arts. 6º, 9º e 10), todos os argumentos deduzidos pelas partes que, em tese, poderiam ser contrapostos à conclusão adotada devem, obrigatoriamente, ser apreciados e respondidos pelo órgão julgador, sob pena de se apresentar incompleto e nulo o ato judicial, nos termos do art. 93, IX da CF, e do art. 11 do NCPC. Não se trata de exigir longos e extenuantes arazoados dos julgadores, mas uma fundamentação objetiva e completa, que não incorra nos defeitos e omissões sancionados pelo § 1º do art. 489 do NCPC. O que, enfim, não pode faltar é uma resposta aos argumentos relevantes da parte, que seja completa e adequada, lógica e juridicamente. (THEODORO JUNIOR, 2018, p. 1605).

Nesta esteira, trazem-se à baila as lições de Fux e Bodart (2017, p. 269), que asseveram a primazia da nova processualística civil em detrimento da engessada jurisprudência pretérita que assentia “[...] que os juízes e tribunais não estão obrigados a responder a todos os argumentos das partes na fundamentação da sentença”.

Por força do mandamento constitucional, havendo diversos argumentos igualmente aptos, em tese, a dar supedâneo ao direito que a parte alega ter, o magistrado tem o dever de analisar cada um deles, sob pena de vício na fundamentação do julgado [...] É nesse contexto que deve ser compreendida a previsão do art. 489, § 1º, IV, do NCPC”. (FUX; BODART; 2017, p. 269).

Não obstante os fundamentos acima tracejados, segundo Didier Junior, Oliveira e Braga,

[...] havendo cumulação de fundamentos e apenas um deles for suficiente para o acolhimento do pedido (no caso de cumulação de causas de pedir, isto é, de concurso próprio de direitos) ou para o seu não acolhimento (no caso de não cumulação de ‘causae excipiendi’, ou seja, causa de defesa), bastará que o julgador analise o motivo suficiente em suas razões de decidir. Tendo-o por demonstrado, não precisará analisar os outros fundamentos, haja vista que já lhe será possível conferir à parte (autoria ou ré, a depender do caso) os efeitos pretendidos. [...] É desnecessário, como visto, que o órgão jurisdicional analise todos os fundamentos do pedido ou da defesa, se já estiver convencido de um deles e ele for suficiente para fazer alcançar a conclusão desejada. (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA; 2015, p. 335).

Por seu turno, Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 485) adverte que, “[...] nem sempre será necessário que o juiz se pronuncie sobre todas as causas de pedir e fundamentos de defesa”⁴.

⁴ A ENFAM editou dois enunciados a respeito do art. 489, § 1º, IV. O Enunciado 12 dispõe: “Não ofende a norma extraível do inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC/2015 a decisão que deixar de apreciar questões cujo exame tenha ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante”. E o Enunciado 13 estabelece: “O art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015 não obriga o juiz a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido enfrentados na formação dos precedentes obrigatórios”

Se uma das causas de pedir ficar desde logo demonstrada e for, por si só, suficiente para o acolhimento do pedido, o juiz proferirá sentença de procedência, sem precisar examinar as demais. [...] O que não é possível é o juiz rejeitar a pretensão do autor, sem examinar todos os fundamentos de fato e de direito por ele invocados; ou acolher, sem examinar todos os fundamentos da defesa. Também não há necessidade de examinar questões de somenos, que não guardam relação com as pretensões formuladas, ou que nenhuma repercussão terão sobre o resultado final, já que elas não podem ser consideradas capazes de infirmar a conclusão do julgador. (GONÇALVES, 2017, p. 485).

Conforme Amaral (2015, p. 593), “[...] todos os fundamentos do pedido do autor e da defesa do réu devem ser apreciados, sob pena de negativa de prestação jurisdicional, salvo quando o fundamento, por si só, não for capaz de infirmar a conclusão contida no acórdão”. Nesta contextualização, chama-se atenção para as distintas lições de Manuel Maria Antunes de Melo e Fellipe Lucena Patriota de Pontes (2018, p. 242), no sentido de que “parece equívoco o uso do substantivo "argumentos" (inc. IV) quando a unidade fundamental do discurso judicial é a questão, a tese ou ponto controvertido, e não os argumentos”. Nesta razão, na elocução dos ilustres autores:

De fato, uma tese ou questão pode se desdobrar numa plêiade infindável de argumentos, não estando o juiz ou tribunal, evidentemente, obrigado a se manifestar sobre todos eles, sob pena de transformar-se a sentença numa espécie de mera peça consultiva. Ora, convenhamos, a atividade judicante é prática e, como tal, não pode perder-se em discussões acadêmicas sem implicação direta e imediata a um caso pendente (MELLO; PONTES; 2018, p.242).

Assim, na glosa de Manuel Maria Antunes de Melo e Fellipe Lucena Patriota de Pontes (2018, p. 242), é importante registrar que, de toda sorte, o dispositivo em comento não se refere a um argumento qualquer, mas a uma alegação de ordem fundamental, capaz de infirmar, em princípio, a conclusão acolhida pelo julgador.⁵ Com espeque nas elucidativas críticas dos autores, não obstante a infeliz escolha do legislador, em sentido contraposto a diretrizes tradicionais de nosso direito, é possível compreensão de que “[...] o juiz ou tribunal deverá se pronunciar sobre todos os pontos, teses ou questões suscitadas pelas partes, salvo quando prejudicadas pela apreciação de questão subordinante”. Portanto, incumbe ao magistrado cuidar para que a fundamentação decisória mantenha íntima correlação com o dispositivo. “A atividade judicial é silogística: aplicação da lei ao fato concreto, extraíndo disso as

⁵ A ENFAM editou dois enunciados a respeito do art. 489, § 1º, IV. O Enunciado 12 dispõe: “Não ofende a norma extraível do inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC/2015 a decisão que deixar de apreciar questões cujo exame tenha ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante”. E o Enunciado 13 estabelece: “O art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015 não obriga o juiz a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido enfrentados na formação dos precedentes obrigatórios”. o **Enunciado 7 do TJ/MG**: (arts. 11 e 489, § 1º, IV) Considera-se suficientemente fundamentada a decisão em que o juiz se manifesta sobre os argumentos relevantes e pertinentes alegados pelas partes.

consequências adequadas. O dispositivo deve ser decorrência lógica da fundamentação” (GONÇALVES, 2017, p. 486).

2.2.5 Decisão que se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (art. 489, §1º, V)

Nos termos prescritos pelo artigo 489, § 1º, V, do CPC, não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que “se limitar a invocar precedente⁶ ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (BRASIL, 2015).

Na expressão de Humberto Theodoro Junior (2018), é imperativo ao magistrado a demonstração da simetria do caso concreto com o precedente invocado ou com o quadro fático que originou a edição da súmula, para ilibar sua utilização. Complementa o literato:

É claro que o juiz, ao aplicar, nos fundamentos da sentença, a súmula ou o precedente, não precisa repetir todo o histórico e todo o debate que conduziram à formulação da tese jurisprudencial consolidada. A fundamentação terá como ponto de partida a referida tese, que já ultrapassou a discussão de seus pressupostos. O julgador terá de preocupar-se com o enquadramento ou não da nova causa nos moldes do precedente invocado. A operação é de interpretação e aplicação racional da tese pretoriana já assentada, e, por conseguinte, apenas de demonstração de sua adequação fático-jurídica ao objeto da nova causa sob exame (THEODORO JUNIOR, 2018, p. 1606)

Na vocalização de Garcia (2018, p .11), “[...] a simples menção de um julgado pretérito ou de uma súmula não é suficiente para motivar uma sentença”. Assim, a decisão deve expressar, especificadamente, as razões de convergência entre o precedente invocado, isto é, sua *ratio decidendi*, e o caso concreto, a legitimar a sua incidência. “Não vinga a mera invocação aleatória do precedente como se isso fosse suficiente fundamentação” (ALVES, 2015, p. 68).

Neste alinhamento, fortalece Fredie Didier Junior:

A simples referência a precedentes ou a enunciados de súmula, ou a mera transcrição do seu conteúdo ou da ementa do julgado, não é suficiente para que se diga justificada uma decisão. É preciso - e exigível - que, ao aplicar ou deixar de aplicar um precedente, o órgão jurisdicional avalie, de modo explícito, a pertinência da sua aplicação ao caso concreto, contrapondo as circunstâncias de fato envolvidas aqui e ali e verifique se a tese jurídica adotada outrora é adequada para o caso em julgamento. (DIDIER JR. 2015, p. 338).

⁶ Enunciado 11 da ENFAM: Os precedentes a que se referem os incisos V e VI do § 1º do art. 489 do CPC/2015 são apenas os mencionados no art. 927 e no inciso IV do art. 332.

Nesta simetria, Fredie Didier Junior (2015, p. 339) elucida que “[...] ao método de contraposição entre o caso concreto e o caso que ensejou o precedente dá-se o nome de distinção, *distinguishing* (ou *distinguish*), que deve ser realizado expressamente na fundamentação”.

Nesta acepção, *robora* Amaral:

[...] Ao invocar precedente, é dever do órgão julgador demonstrar por que sua *ratio decidendi* se amolda ao caso concreto e como ela se amolda, e para tanto mostra-se essencial distinguir a *ratio decidendi* (questões que necessariamente devem ser enfrentadas para se chegar à decisão do precedente) dos meros *obiter dicta* (questões que, apesar de enfrentadas, não são essenciais à decisão). (Amaral, 2015, p. 594).

Portanto, conclui-se, com esteio nos ensinamentos de Gonçalves (2017, p. 485) que “[...] da mesma forma que é preciso que o juiz, ao aplicar determinado ato normativo [...], esclareça a pertinência daquela regra em relação ao caso concreto, ele deverá fazê-lo quando invoca precedente ou enunciado de súmula”.

2.2.6 Decisão que deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 489, §1º, VI)

Na forma do artigo 489, § 1º, VI, do CPC, não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente⁷ invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento⁸”(BRASIL, 2015).

De acordo com Gonçalves (2017, p. 486), a hipótese prescrita no dispositivo em perquirição, “[...] pressupõe que uma das partes invoque súmula, jurisprudência ou precedente e que o juiz não os aplique. Ele deve justificar a razão de não os aplicar, demonstrando que não se ajustam ao caso concreto que está decidindo”.

Neste norte, *leciona* Fredie Didier Junior:

[...] se, para aplicar um precedente ou enunciado sumular o juiz tem o dever de demonstrar que os fatos sobre os quais se construiu a sua *ratio decidendi* são equivalentes àqueles que animam o caso posto, para deixar de aplicá-los também *lhe*

⁷ Enunciado 08 da ENFAM: Os enunciados das súmulas devem reproduzir os fundamentos determinantes do precedente.

⁸ Enunciado 09, da ENFAM: É ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC/2015, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar jurisprudência, precedente ou enunciado de súmula.

é exigível que faça a distinção, apontando as diferenças fáticas que, no seu entendimento, justificam a não aplicação do precedente ou enunciado sumular no caso concreto, ou que informe a superação (overruling ou overriding) do precedente invocado. (DIDIER JR. 2015, p. 340).

Nos expressos ensinamentos de Humberto Theodoro Junior (2018) sobre tema, “[...] o julgador não pode, simplesmente, ignorar precedentes e súmulas, como se o caso concreto estivesse sendo colocado à apreciação do Judiciário pela primeira vez”.

Para deles afastar-se, terá de demonstrar que o caso apresenta peculiaridades em relação àquele do precedente ou que a tese tratada anteriormente já se encontra superada. Atento à necessidade de fundamentação adequada, a doutrina tem afirmado que não se pode tolerar a sentença com (i) fundamentação fictícia, ou seja, a que se apresenta dissociada das circunstâncias do caso concreto; (ii) fundamentação apenas implícita, i.e, a que se satisfaz com a incompatibilidade aparente entre argumentos, sem que se explique até mesmo no que consiste a incompatibilidade; (iii) fundamentação *per relationem*, que simplesmente faz referência a outra; (iv) fundamentação que se limita a reproduzir jurisprudência; e (v) fundamentação incompleta (THEODORO JUNIOR, 2018, p. 1607).

Sem embargos, Gonçalves (2017, p. 485) adverte que a redação do dispositivo analisado merece a devida crítica, posto que o magistrado pode deixar de acolher dada jurisprudência ou precedente evocado pela parte, por discordar da resolução aplicada, desde que não se trate de precedente vinculante, pois, neste caso, para afastar sua aplicação, deverá evidenciar a dessemelhança com o caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Nas palavras de Schmidt:

[...] a disposição constante do artigo 489, §1º, VI, CPC, é aplicável apenas aos precedentes obrigatórios, isto é, que detenham caráter vinculante, como por exemplo: “precedente consagrado em enunciado de súmula vinculante ou precedente oriundo de decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade.” [...] O mesmo não ocorre com a situação elencada no inciso V deste mesmo dispositivo legal, haja vista que a sua aplicação está limitada aos precedentes persuasivos, quais sejam, aqueles que não vinculam a atuação jurisdicional, servindo apenas como reforço argumentativo. [...] (SCHMIDT, 2016, p. 46).

Ademais, segundo Humberto Theodoro Junior (2018, p. 1607), no que tange a motivação *per relationem*, existe dissídio entre a jurisprudência do STF e a do STJ. No entendimento do STF, inexistente nulidade quando o julgador adota, a título de exemplo, um parecer do parquet como motivação decisória, porquanto, na espécie, há preenchimento do requisito constitucional esculpido no artigo 93, IX. De outra face, o STJ, embora genericamente concordando com a legitimidade da motivação *per relationem*, ressalva a insuficiência de o julgador apenas reenviar a fundamentação de seu decisório à outra peça constante do processo “[...] “deve-se garantir, tanto às partes do processo, quanto à sociedade em geral, a possibilidade de ter acesso e de compreender as razões pelas quais determinada decisão foi tomada”.

No entendimento do supracitado erudito:

Na orientação do STJ, [...] a mais condizente com os requisitos do processo constitucional justo, não se deve aceitar a motivação per relationem mediante simples e vaga remissão a alguma decisão ou parecer constante do processo. Considera-se, portanto, nulo o acórdão por ausência de fundamentação, quando se limite “a fazer referência à sentença, em formato genérico de resposta judicial, sem a reprodução de nenhum trecho do julgado e sem apresentar motivação própria”. Sob o ângulo exposto, a fundamentação per relationem não se apresenta totalmente incompatível com a sistemática adotada pelo novo Código de Processo Civil, em seu art. 489, § 1º. É necessário, contudo, que a remissão não seja puramente genérica, devendo, de alguma forma, evidenciar os fundamentos apropriados da decisão ou parecer referido, para permitir a compreensão exata da decisão tomada no caso concreto (THEODORO JUNIOR, 2018, p. 1607 - 1608).

Ainda na esteira da doutrina supracitada, a nova Lei Adjetiva Civil, preocupando-se com a fundamentação, assinala que, na hipótese de colisão de normas (*rectius*: princípios), deve o magistrado esclarecer o objeto e os critérios gerais da ponderação realizada, exprimindo as razões que assentiram a interferência na norma apartada e as asserções fáticas que alicerçam a conclusão (art. 489, § 2º).

Portanto, a ausência de fundamentação da decisão (de motivação pertinente) acarreta a nulidade do ato decisório. sendo tão substancial. “Tão relevante é a necessidade de fundamentar a sentença que a previsão de nulidade por sua inobservância consta de regra constitucional (CF, art. 93, IX), e não de preceito apenas do NCPC (art. 11)” (THEODORO JUNIOR, 2018, p. 1607 - 1608).

3 TEORIA DAS PROVAS

3.1 ASPECTOS CONCEITUAIS E CLASSIFICATÓRIOS

De acordo com Wambier, et al (2015, p. 602), “[...] conceitua-se prova como o instrumento processual adequado a permitir forme convencimento sobre os fatos que envolvem a relação jurídica objeto o jurisdicional”.

[...] é o modo pelo qual o magistrado forma convencimento sobre es de fatos que embasam a pretensão das partes É instituto tipicamente (embora haja certa dose cie discussão na doutrina a esse respeito), pois sua ocorre dentro do processo e é regulado pela normas processuais, embora o Civil tenha tangencialmente cuidado da matéria, como por exemplo quando a prova do pagamento é a quitação. (WAMBIER; ET AL; 2015, p. 602).

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 429), “[...] provas são os meios utilizados para formar o convencimento do juiz a respeito de fatos controvertidos que tenham relevância para o processo”.

A disciplina das provas hoje é, acertadamente, feita pelo Código de Processo Civil, que as considera como formas de convencimento do juiz, a respeito de fatos controvertidos. Daí resulta a conclusão de que deva prevalecer o caráter processual das normas jurídicas que tratam das provas. (GONÇALVES, 2017, p. 429).

Na vocalização de Humberto Theodoro Junior (2018, p. 1626), a prova no processo pode ser conceituada em dois sentidos:

1. Objetivo: instrumento ou mecanismo hábil pra demonstração da existência de um fato, como por exemplo: os documentos, as testemunhas, a perícia etc; e
2. Subjetivo: certeza (condição psíquica) formada quanto ao fato, em razão da formação do instrumento probatório (surgimento da prova como convicção concebida no espírito do julgador em torno do fato comprovado).

Desta feita, segundo o supracitado autor:

Prova é, pois, em sentido objetivo, “todo e qualquer elemento material dirigido ao juiz da causa para esclarecer o que foi alegado por escrito pelas partes, especialmente circunstâncias fáticas”. Mas, para o processo, a prova, como ensinava João Monteiro, não é (em sentido subjetivo) somente um fato processual, “mas ainda uma indução lógica, é um meio com que se estabelece a existência positiva ou negativa do fato probando, e é a própria certeza dessa existência” (THEODORO JUNIOR, 2018, p. 1326)

Na locução de Garcia (2018, p. 11), apesar de existir diversas definições sobre a prova, em sentido comum, “[...] a prova está diretamente ligada à verdade sobre os fatos – ou as afirmações sobre estes. Essa noção é intrínseca a qualquer decisão na seara humana e, consequentemente, jurisdicional”. Já quanto ao processo, de forma análoga,

[...] a produção de prova é pautada na necessidade de se chegar a um resultado útil, pondo fim à controvérsia e determinando uma solução favorável a quem tenha razão. Assim, “cada uma das partes conta a sua versão sobre o que aconteceu. A versão mais bem provada, aquela que vier a convencer o julgador, tem tudo para ser a vencedora” (DIDIER, 2015, p. 38).

Neste sentido, parcela da doutrina assevera a impossibilidade de se encontrar verdades absolutas sobre fatos pretéritos, posto não ser, o direito probatório, capaz de reconstituí-los

através de instrumentalizações convencionais, como por exemplo: exibição de documento ou coisa, prova documental, testemunhal e pericial.

Neste raciocínio, é inegável que o processo reconstutivo dos fatos pretéritos perpassa pelo crivo pessoal de quem os apresentam (testemunha, o perito ou aqueles responsáveis pela elaboração de documentos). Para Farias:

[...] em todos os casos, o acontecido sofrerá interferência de fatores subjetivos, que poderá modificar a verdadeira dimensão do que se pretende comprovar. Todavia, o que se propõe não é a reconstrução fiel do acontecimento, mas a formação de um juízo de verossimilhança no julgador, aquilo que seja suficiente para o seu convencimento, que seja capaz de fazê-lo formar um juízo de valor sobre os fatos demonstrados e não necessariamente sobre os fatos concretamente ocorridos. (FARIAS, 2015, p. 2002):

Sobre a temática clarifica Garcia:

[...] sabendo que a prova está diretamente ligada à verdade sobre os fatos (ou as afirmações sobre estes), não devem autor e réu simplesmente argumentar sobre a controvérsia instaurada, mas convencer o juízo acerca da sua veracidade para que, pautado na lei e na jurisprudência, possa formar sua convicção e fundamentá-la. [...] compreender a essência de um sistema de valoração é apegar-se à certeza de que o ordenamento, apesar de multável oferece aos cidadãos a garantia de que os seus direitos serão tutelados com zelo, responsabilidade e presteza, em atenção ao que a Constituição, as Leis Ordinárias e precedentes asseguram. (GARCIA, 2018, p. 8)

Com esteio nas lições de Fredie Didier Júnior (2015, p. 41) depreende-se que “a prova é um conteúdo do direito fundamental ao contraditório, de caráter complexo e que se compõe das seguintes situações jurídicas”:

- a) o direito à adequada oportunidade de requerer provas;
- b) o direito de produzir provas;
- c) o direito de participar da produção da prova;
- d) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida;
- e) o direito ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida.

Neste alinhamento, de forma a garantir a instrumentalização necessária para atingir-se um resultado processual útil e justo, o artigo 7º do CPC de 2015 determina que “[...] é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório” (BRASIL, 2015).

Essa exigência materializa o compromisso de esclarecimento do julgador, manifesta no art. 489, § 1º do CPC/2015. O dispositivo supra evidencia a essencialidade da

fundamentação das decisões judiciais, devendo o magistrado apreciar a totalidade dos elementos trazidos pelas partes, seja para acolhê-los ou para rejeitá-los. Em épocas passadas, o juiz era um mero espectador do processo, mas atualmente possui a prerrogativa de interferir na iniciativa ou condução das provas, de modo a viabilizar a obtenção da verdade e, conseqüentemente, a solução para o conflito entre as partes, mantendo distância em relação aos interesses dos litigantes, em virtude do princípio da imparcialidade – pressuposto de validade dos atos jurisdicionais. O art. 370 do CPC/20154 dispõe que, independente do requerimento da parte, compete ao juiz determinar as provas necessárias para o julgamento do mérito, para que o processo seja conduzido a um desfecho justo, saindo vitorioso aquele que tem melhor direito o (GARCIA, 2018, p .12 - 13).

Sobre a temática, elucida Wambier:

[...] o juiz deve sempre atentar para todos os princípios jurídicos envolvidos, considerando diversos fatores: o tempo que já se gastou com o processo, os valores patrimoniais e não patrimoniais envolvidos no litígio, a condição das partes e seu comportamento no curso do processo, as efetivas chances de que a prova sirva para esclarecer os fatos etc. a produção de provas de ofício tem de se mostrar proporcional e razoável em face de todos esses fatores. Por exemplo, em uma ação de investigação de paternidade, o juiz não se absterá de determinar o exame de DNA apenas porque as partes não o requereram. A relevância do objeto do processo e a eficiência dessa prova pericial aconselham intensamente a atividade probatória de ofício. Mas mude-se o exemplo: em uma ação revisional de aluguel, ambas as partes contestam-se em produzir apenas provas documental e testemunhal para demonstrar qual deve ser o valor da locação. As partes nitidamente evitaram os custos da prova pericial. Ora, em um caso como esse, eminentemente patrimonial, não será proporcional e razoável que o juiz, de ofício, determine perícia de avaliação do imóvel. (WAMBIER, 2014, p. 525).

Consoante o autor supracitado existe “[...] diversas modalidades pelas quais as constatações sobre a ocorrência ou inoocorrência dos fatos chegam até o julgador. Podem ser eles diretos (inspeção judicial, fatos notórios) ou indiretos (documentos, testemunhas)” (WAMBIER, 2015, p. 516). Por conseguinte, toda prova é produto do fato que o concebe, perpassando a convicção do magistrado pela ocorrência ou não destes.

Por seu turno, o Código de Processo Civil de 2015 faz alusão expressa aos seguintes meios típicos de produção de provas:

- a) depoimento pessoal (arts. 385 a 388);
- b) confissão (arts. 389 a 395);
- c) exibição de documento ou coisa (arts. 396 a 404);
- d) prova documental (arts. 405 a 441);
- e) prova testemunhal (arts. 442 a 463);
- f) prova pericial (arts. 464 a 480); e
- g) inspeção judicial (arts. 481 a 484).

Outrossim, o referido Código admite, igualmente, todos os demais meios de produção de provas (meios atípicos), desde que moralmente legítimos e lícitos, nos termos dos artigos 369 do CPC e 5º, LVI, da CF/885.

Sobre a classificação desses meios típicos, Câmara (2017, p. 211 - 212) elenca-os como orais, documentais e técnicas, descrevendo-os da seguinte maneira:

- a) “Prova oral: é a que se produz através de um depoimento falado. Pertencem a essa categoria o depoimento pessoal e a prova testemunhal.
- b) Provas documentais são os registros gravados de fatos. Nesta categoria se encontram a prova documental stricto sensu (aqui incluída a prova produzida através de documento eletrônico) e a ata notarial.
- c) Provas técnicas são os meios de prova que são produzidos através da análise que alguém faz de um objeto ou pessoa, valendo-se de seu conhecimento especializado. Nesta categoria se encontram a prova pericial e a inspeção judicial. A confissão é meio de prova que pode manifestar-se como prova oral ou como prova documental, conforme o modo como tenha sido produzido” (CÂMARA, 2017, p. 211 - 212).

Ainda sobre a classificação das provas, Carlos Roberto Gonçalves nos apresenta as seguintes categorizações:

Figura 1: Classificação das provas

<p>QUANTO AO OBJETO PODEM SER DIRETAS OU INDIRETAS</p>	<p><u>Diretas:</u> Aqueles que se ligam diretamente ao fato que se pretende demonstrar, como o recibo ao pagamento ou o instrumento ao contrato.</p>	<p><u>Indiretas:</u> Aqueles que não se prestam a demonstrar diretamente o fato a ser provado, mas algum outro fato a ele ligado e que, por meio de induções ou raciocínios, poderá levar à conclusão desejada.</p>
<p>QUANTO AO SUJEITO A PROVA PODE SER PESSOAL OU REAL</p>	<p><u>Prova Pessoal:</u> É aquela prestada por uma pessoa a respeito de um fato, como a ouvida de testemunhas ou o depoimento pessoal das partes;</p>	<p><u>Prova Real:</u> É a obtida pelo exame de determinada coisa, como a inspeção judicial ou perícia feita sobre ela.</p>
<p>QUANTO À FORMA, PODE SER ORAL OU ESCRITA</p>	<p><u>Oral:</u> É a colhida verbalmente, como os depoimentos das partes e das testemunhas;</p>	<p><u>Escrita:</u> É a que vem redigida, como os documentos e perícias.</p>

Fonte: Adaptado de Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 430)

Outrossim, imperioso se faz ressaltar, com espeque no artigo 374, do CPC/15, que há fatos que não precisam ser comprovados. Vejamos:

Art. 374. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos no processo como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Sobre o tema, Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 430) esclarece que dispensam provas os fatos “[...] que não terão nenhuma repercussão no desfecho do processo e os irrelevantes. Mas mesmo entre os fatos relevantes, há alguns que não precisam ser comprovados”. Nesta acepção, ilustra o referido autor:

Figura 2: fatos que não precisam ser comprovados

FATOS NOTÓRIOS	<ul style="list-style-type: none"> ■ São aqueles do conhecimento geral da comunidade em que o processo tramita. Não é preciso que sejam de conhecimento global, bastando que sejam sabidos pelas pessoas da região. Por exemplo: que no Rio de Janeiro há grande afluxo de turistas estrangeiros, ou que, em determinadas épocas, a crise econômica assolou o país ou determinada região
OS AFIRMADOS POR UMA DAS PARTES E CONFESSADOS PELA OUTRA	<ul style="list-style-type: none"> ■ O que foi confessado pela parte contrária, seja expressamente, seja por falta de impugnação específica, não se tornou controvertido e apenas sobre o que há controvérsia exige-se prova. Pressupõe-se que o fato admita confissão.
OS ADMITIDOS NO PROCESSO COMO INCONTROVERSOS	<ul style="list-style-type: none"> ■ Essa hipótese assemelha-se à anterior, porque pressupõe também a <u>incontrovérsia</u>, que dispensa a instrução.
EM CUJO FATOR MILITA PRESUNÇÃO LEGAL DE EXISTÊNCIA OU DE VERACIDADE	<ul style="list-style-type: none"> ■ Há dois tipos de presunção que podem ser estabelecidas por lei: a absoluta (<i>juris et de jure</i>) e a relativa (<i>juris tantum</i>). Se houver a primeira, nenhuma prova se admitirá que seja contrária ao fato alegado; se for a segunda, aquele que alegou o fato não precisará comprová-lo, mas o seu adversário poderá fazer prova contrária. A revelia é um exemplo em que há presunção relativa dos fatos alegados na petição inicial.

Fonte: Adaptado de Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 430 - 431)

3.2 DO OBJETO E DA FUNÇÃO DA PROVA

Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 429), “o objeto da prova são os fatos controvertidos relevantes para o julgamento do processo”. Assim:

Para que o juiz profira o julgamento, é preciso que forme sua convicção a respeito dos fatos e do direito controvertidos. Para que se convença do direito, não é preciso que as partes apresentem provas, porque ele o conhece (jura novit curia), salvo as hipóteses do art. 376, em que pode exigi-las quanto à vigência de direito estadual, municipal, estrangeiro ou consuetudinário, o que será feito por meio de certidões ou pareceres de juristas estrangeiros ou locais.

Consoante leciona Humberto Theodoro Junior (2018, p. 1329), “[...] há quem afirme que a prova não versa sobre os fatos, mas sobre as alegações feitas pelas partes”. Contudo, no parecer do doutrinador, levando em consideração que as alegações são exatamente a afirmativa de fatos dos quais se extrai a própria reivindicação do direito que se almeja postular em juízo, provar o alegado significa justamente comprovar a ocorrência fática suscitada.

Na leitura do literato em destaque, em complemento as premissas acima delineadas, para a legislação processual, “[...] os meios legais de prova e os moralmente legítimos são empregados no processo “para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz” (NCPC, art. 369)” (THEODORO JUNIOR, 2018, p. 1326)”. Por conseguinte, conclui-se que os fatos contenciosos constituem o objeto da prova.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 429), “[...] provas são os meios utilizados para formar o convencimento do juiz a respeito de fatos controvertidos que tenham relevância para o processo”.

A disciplina das provas hoje é, acertadamente, feita pelo Código de Processo Civil, que as considera como formas de convencimento do juiz, a respeito de fatos controvertidos. Daí resulta a conclusão de que deva prevalecer o caráter processual das normas jurídicas que tratam das provas. (GONÇALVES, 2017, p. 429).

Neste alinhamento, é possível concluir que a prova tem por função a formação do convencimento do juiz acerca dos fatos controvertidos.

Ele é o destinatário da prova. Por isso, sua participação na fase instrutória não deve ficar relegada a um segundo plano, de mero espectador das provas requeridas e produzidas pelas partes: cumpre-lhe decidir quais as necessárias ou úteis para esclarecer os fatos obscuros. Mas ele nem sempre terá condições de saber que provas são viáveis. Por exemplo: se há testemunhas do fato, se existe algum documento que possa comprová-lo.

Por isso, a produção de provas deverá resultar de atuação conjunta das partes e do juiz. Cumpre àquelas, na petição inicial, contestação, fase ordinatória e fase instrutória requerer as provas por meio das quais pretendam convencer o juiz. E a este decidir quais são efetivamente necessárias e quais podem ser dispensadas, podendo

determinar prova que não tenha sido requerida, ou indeferir prova postulada, cuja realização não lhe pareça necessária. (GONÇALVES, 2017, p. 486).

Conforme lição de Humberto Theodoro Junior (2018, p. 1334), existe uma imperativa conexão entre a função da prova e a função do processo. Cabendo a este não somente alcançar uma solução para o litígio, “[...], mas sim aquela que seja justa. E para que seja justa, deve ser resultado de uma “correta aplicação da norma jurídica que constitui a regra de decisão do caso”.

Na dilucidação de Taruffo:

[...] para quem entre as condições necessárias para que se tenha uma decisão justa, e para que a norma que regula o caso seja aplicada corretamente, urge que seja certificada a verdade dos fatos que se acham à base da controvérsia [...] tal certificação configura como uma condição necessária da justiça da decisão, cuja falta, por si, faz com que não se possa ser aceita como justa. (TARUFFO, 2014, p. 80)

Nesta compreensão, consoante Humberto Theodoro Junior:

[...] a prova é, pois, necessária para que o juiz possa chegar à formulação de uma decisão afinada com a verdade, e, portanto, justa, diante das alegações conflituosas dos litigantes. É claro que a decisão girará em torno das alegações deduzidas pelas partes em juízo, mesmo porque a elas, e não ao juiz, compete definir o objeto litigioso a ser solucionado no processo. Assim, para certificar se tais alegações são verdadeiras, ou não, hão de ser apurados os fatos que as sustentam. (THEODORO JUNIOR, 2018, p. 1335)

Nesta razão, Humberto Theodoro Junior (2018, p. 1335) aclara que, numa perspectiva epistemológica, a prova roborar a verdade ou não das argumentações suscitadas pelos litigantes. Para tanto, é endereçada e integralizada pela averiguação da veracidade dos fatos.

Não conduz a resultados significativos ou relevantes, no domínio do direito processual, a distinção entre ser objetivo da prova a apuração da verdade das alegações ou da verdade dos fatos. No fundo, tudo se resume a verificar se o suporte fático das afirmações das partes corresponde ou não à realidade ou à verdade. 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 do 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 à verdade possível, ainda que de maneira não plena. Em outras palavras, devem proporcionar “um razoável conhecimento dos fatos”. (THEODORO JUNIOR (2018, p. 1335).

Neste diapasão, infere-se que o processo deve garantir, ainda que não absoluta, a procura da verdade, posto que o discernimento de como os fatos decorreram é elemento legitimador da decisão judicial, devendo, assim, ser perseguido. Não obstante, segundo Humberto Theodoro Junior (2018, p. 1335), nos mais diversos ordenamentos jurídicos, “[...] de diferentes culturas e em diferentes momentos históricos, esteve sempre presente a noção de que a prova visa

estabelecer se determinados fatos ocorreram ou não e, com isso, no processo a prova legitimaria a decisão judicial”.

Nesta circunspeção, afirma Taruffo:

[...] A prova é o meio exclusivo de conhecimento da verdade dos fatos [...] Isto corresponde a um dos princípios fundamentais da epistemologia geral, segundo o qual a verdade de um enunciado se funda sobre sua interpretação metodologicamente correta de todas as informações disponíveis. Id est: a prova é aquilo que permite ao juiz adquirir todas as informações que são necessárias para estabelecer a verdade dos enunciados relativos aos fatos da causa. (TARUFFO, 2014, p. 81)

Assim, de acordo com Tomé (2017, p. 1), a prova é suporte necessário à constituição do fato jurídico. “Como os acontecimentos físicos exaurem-se no tempo e no espaço, estes são de impossível acesso, sendo necessário, ao homem, utilizar enunciados linguísticos para constituir os fatos com que pretenda entrar em contato”.

Um evento não prova nada. Somos nós quem, valendo-nos de relatos e de sua interpretação, provamos. Daí porque os eventos não integram o universo jurídico. Os eventos não ingressam nos autos processuais. O que integra o processo são sempre fatos: enunciados que declaram ter ocorrido uma alteração no plano físico-social, constituindo a facticidade jurídica. [...] Isso significa que o confessor declara não para que o juiz conheça o fato declarado e aplique a norma tão somente se o fato é certo, senão para que determine o fato tal como foi declarado e aplique a norma prescindindo da verdade” [...] Provar, de fato, não quer dizer demonstrar a verdade dos fatos discutidos, e sim determinar ou fixar formalmente os mesmos fatos mediante procedimentos determinados. (TOMÉ, 2017, p. 1)

Logo, a perseguição pela verdade foi e permanece sendo enxergada, por muitos, sob um prisma ainda mais amplo, não somente como função da prova, mas também do processo.

3.3 MÉTODOS DE VALORAÇÃO DA PROVA

Conforme Humberto Theodoro Junior (2018), a prova tem por escopo a produção da certeza ou convicção do julgador quanto aos fatos contenciosos. Todavia, no processo de instrumentalização dos meios de provas para formação de seu convencimento, o magistrado não pode conduzir-se de modo arbitrário, devendo, em sentido contraposto, atentar a um método ou sistemática.

Na locução do supramencionado autor, existem três sistemas conhecidos na história do direito processual, tais quais: o critério legal, o da livre convicção e o da persuasão racional. Para melhor compreensão de cada instituto, vejamos no quadro abaixo apresentado, as suas peculiaridades:

Figura 3: Métodos de valoração da prova

O CRITÉRIO LEGAL	O SISTEMA DA LIVRE CONVICÇÃO	O SISTEMA DE PERSUASÃO RACIONAL
<ul style="list-style-type: none"> • Método totalmente superado. Nele, o juiz é quase um autômato, apenas afere as provas seguindo uma hierarquia legal e o resultado surge automaticamente. Representa a supremacia do formalismo sobre o ideal da verdadeira justiça. • Era o sistema do direito romano primitivo e do direito medieval, ao tempo em que prevaleciam as ordálias ou juízos de Deus, os juramentos. • Da rigorosa hierarquia legal do valor das diversas provas, o processo produzia simplesmente uma verdade formal, que, na maioria dos casos, nenhum vínculo tinha com a realidade. 	<ul style="list-style-type: none"> • É o oposto do critério da prova legal. O que deve prevalecer é a íntima convicção do juiz, que é soberano para investigar a verdade e apreciar as provas. • Não há nenhuma regra que condicione essa pesquisa, tanto quanto aos meios de prova como ao método de avaliação. Vai ao extremo de permitir o convencimento extra-autos e contrário à prova das partes. • Peca o sistema, que encontrou defensores entre os povos germânicos, portanto, por excessos, que chegam mesmo a conflitar com o princípio básico do contraditório, que nenhum direito processual moderno pode desprezar. 	<ul style="list-style-type: none"> • O sistema de persuasão racional é fruto da mais atualizada compreensão da atividade jurisdicional. • Mereceu consagração nos Códigos napoleônicos e prevalece entre nós, como orientação doutrinária e legislativa. • Enquanto no livre convencimento o juiz pode julgar sem se atentar, necessariamente, para a prova dos autos, recorrendo a métodos que escapam ao controle das partes, no sistema da persuasão racional, o julgamento deve ser fruto de uma operação lógica armada com base nos elementos de convicção existentes no processo.

Fonte: Adaptado de Humberto Theodoro Junior (2018).

Neste tino, consoante o supracitado autor, numa perspectiva contemporânea, sem a rigidez da prova legal (que traz como traço predominante a prévia fixação em lei do valor de cada prova) “[...] o juiz, atendo-se apenas às provas do processo, formará seu convencimento com liberdade e segundo a consciência formada” (THEODORO JUNIOR, 2018, p. 1337). Malgrado seja livre a apreciação das provas, não há arbitrariedade, uma vez que a conclusão necessita conectar-se lógica e racionalmente à perquirição jurídica dos elementos que restaram comprovados nos autos. Não obstante, não pode o magistrado desertar dos métodos científicos que disciplinam as provas e sua forma de produção, tampouco esquivar-se das diretrizes da logicidade e da experiência.

Neste discernimento, urge salientar, que com o advento do Código de Processo Civil de 2015 passou-se a questionar-se a persuasão racional dos magistrados quando da expedição de

atos decisórios, uma vez que o vocábulo “livremente”, esculpido no artigo 131 (atual artigo 371, do CPC/2015) da legislação processual civil antecedente, fora extinto da redação vigente.

Assim, nos termos da redação anterior: “[...] Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento” (BRASIL, 1973).

Já na nova escrita, prescreve o novo código: “[...] Art. 371. 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” (BRASIL, 2015).

Nesta cognição, face a mudança textual legislativa supracitada, destaca-se que existe grande divergência na doutrina acerca da extinção ou não do livre convencimento motivado (sistemática valorativa de decisões balizada na liberdade do julgador, à luz de fundamentação adequada e abalizada na legislação hodierna).

Contudo, filiando-se o presente estudo a corrente defendida por Manuel Maria Antunes de Melo e Fellipe Lucena Patriota de Pontes (2018, p. 51 -52), que defendem que a convicção (formação do convencimento) é, por essência, livre (contexto de descoberta), quando, de outra face, a fundamentação da decisão (contexto de justificação) encontra-se plenamente vinculado às regras procedimentais formais e materiais. Nesta trilha, há, no contexto de descoberta (subjetividade do julgador), liberdade absoluta, fora do campo da dogmática jurídica. Já no plano da justificação (objetividade da decisão) não há espaço para decisão arbitrária, devendo esta ser legitimada, racionalmente, nas provas constantes dos autos, consoante às regras procedimentais e valorativas da Lei Adjetiva Civil. Nas palavras dos autores:

Destaque-se que os dispositivos correspondentes à formação do convencimento foram redigidos, no CPC/15, com exclusão dos qualificativos "livre" ou "livremente". Não obstante, o convencimento humano é, por essência, livre. Liberdade essa que não implica, é bem verdade, numa licenciosidade para o julgador decidir segundo critérios pessoais, em detrimento dos valores vigentes na sociedade. Assim, como é intuitivo, o juiz continua tendo ampla liberdade na formação de seu convencimento, sem legitimar-se, todavia, os extremos de procedimentos solipsistas, pelos quais toda a realidade é reduzida ao sujeito pensante, fruto de um idealismo típico de puro egoísmo pragmático (neoescolástica). (MELLO; PONTES; 2018, p. 52)

Nesta plausibilidade, na lucidez de Garcia:

[...] compreender a essência de um sistema de valoração é apegar-se à certeza de que o ordenamento, apesar de multável oferece aos cidadãos a garantia de que os seus direitos serão tutelados com zelo, responsabilidade e presteza, em atenção ao que a constituição, as leis ordinárias e precedentes asseguram. (GARCIA, 2018, p. 8).

Para Bustamante (2013, p. 2), embora a filosofia do direito tenha se desenvolvido de maneira significativa no que concerne à interpretação do direito e à fundamentação das decisões jurídicas em geral, com o advento das teorias hermenêuticas contemporâneas e das teorias procedimentais da argumentação jurídica, de corte analítico-normativo, a teoria jurídica contemporânea ainda não conseguiu desenvolver um método suficientemente confiável e racional para a fundamentação e o controle sobre a valoração da prova judicial.

Nestes termos, só poderíamos pensar em uma valoração probatória eficaz, se esta fosse resultante de uma de uma decisão revestida de integridade, o que mais uma vez nos levaria a esfera do elemento subjetivista.

Nesta intelecção, Schulze (2012, p. 117) notabiliza que, o direito como integridade rejeita a discricionariedade judicial, que leva à insegurança jurídica e inviabiliza a fixação *ex ante* de direitos individuais. Neste caso, seria possível chegar o julgador a uma decisão correta.

Quanto aos *standards* probatórios como instrumentos de controle da valoração probatória e vinculadores dos órgãos julgados, dispõem Streck, Raatz, e Dietrich (2017, p. 413), que a teoria dos *standards* probatórios coloca em xeque a sapiência do sujeito protagonista, reforçando-se o caráter intersubjetivo ao qual o intérprete deve prestar contas no momento em que valora provas, afastando, assim, a problemática concepção de que o processo lida apenas com “verdades”.

Segundo os autores, o julgador não deve sair em busca de provas para atingir uma verdade. As regras sobre o ônus da prova e os *standards* probatórios servem justamente para isso: guiar a decisão do julgador em face ao quadro probatório que lhe é apresentado. E a “verdade real” acaba justamente por confundir esse quadro, entregando-o à subjetividade do intérprete. Afinal de contas, quem dirá que o conjunto probatório atingiu a “verdade real” senão a própria consciência do julgador?

Na perspectiva de uma leitura contemporânea, com o surgimento do Princípio da Cooperação, o magistrado passou a assumir posição de agente colaborador da lide, onde foram concebidos sistemas de apreciação de provas, como critério a ser utilizado pelo julgador para valoração das provas constantes nos autos.

Neste contexto, pontua Humberto Theodoro Junior:

Adotando o novo Código o princípio democrático da participação efetiva das partes na preparação e formação do provimento que haverá de ser editado pelo juiz para se chegar à justa composição do litígio, entendeu o legislador de suprimir a menção ao “livre convencimento do juiz” na apreciação da prova. Agora está assentado, no art. 371 do NCPC, 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”. Com isso, estabeleceu-se o dever de apreciar não a prova que

livremente escolher, mas todo o conjunto probatório existente nos autos. Repeliu-se a tendência esboçada em certa corrente jurisprudencial que reconhecia ao juiz o dever de justificar a conclusão a que chegou, expondo apenas as razões capazes de sustentá-la. Segundo tal entendimento, o juiz, no regime do CPC de 1973, não estaria sujeito a responder a todos os argumentos da parte, nem a analisar exaustivamente todas as provas, desde que sua fundamentação pudesse explicar as razões do decisório. (THEODORO JUNIOR, 2018, p. 1339)

Nesta reflexão, a nova Lei Adjetiva Civil abraçou a expressiva teoria, outrora minoritária nos tribunais, de que “[...] sentença e acórdão haverão de examinar os vários fundamentos relevantes deduzidos na inicial e na contestação [...], assim como todas as provas que lhes sejam pertinentes [...] justificando porque não são acolhidos” (THEODORO JUNIOR, 2018, p. 1339). Assim:

[...] a corrente majoritária, que se satisfazia com a fundamentação parcial, nunca foi aplaudida pela boa doutrina. Pelo contrário, [...] advertia que semelhante tese, por trás de aparente razoabilidade, esconde grave equívoco procedimental. Enfim, a doutrina nunca reconheceu ao juiz o poder de agir livremente na escolha e na avaliação da prova que servirá de fundamento de sua decisão. O convencimento, in casu, só é livre “no sentido de que não acarreta prévalorações legais que vinculem o juiz; não é livre, por outro lado, das regras da lógica e da racionalidade em geral. Afinal, de nada adiantaria produzir amplo e rico material probatório, se o juiz pudesse simplesmente desconsiderá-lo na hora de tomar a decisão”. Portanto, só é legítima a valorização da prova quando feita pelo juiz de forma racional e analítica, “respeitando critérios de completude, coerência, congruência e correção lógica” (THEODORO JUNIOR, 2018, p. 1339).

Nesta prudência, o processo democrático não pode contemporizar elaborações de soluções processuais que sejam produto exclusivo do discricionarismo judicial. A cooperação de todos os atores processuais na elaboração do provimento jurisdicional é um imperativo da própria constitucionalização da tutela jurisdicional.

De fato, na constitucionalização do processo democrático, no Estado contemporâneo, não cabe mais pensar-se num comando processual apoiado no “livre convencimento” e na “livre apreciação da prova” a cargo do juiz, pelo risco que tais critérios trazem de gerar “decisões conforme a consciência do julgador”, quando se sabe que toda evolução do Estado Constitucional contemporâneo se deu no sentido de que, no processo, “as decisões judiciais não devem ser tomadas a partir de critérios pessoais, isto é, a partir da consciência psicologista (...) A justiça e o Judiciário não podem depender da opinião pessoal que juízes e promotores tenham sobre as leis ou fenômenos sociais, até porque os sentidos sobre as leis (e os fenômenos) são produto de uma intersubjetividade, e não de um indivíduo isolado”. THEODORO JUNIOR, 2018, p. 1340).

Nesta toada, como já assinalado, o artigo 371 do CPC/15 impõe 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 (BRASIL, 2015).

Por sua vez, o artigo 375 da referida norma processual determina que o juiz “[...] aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente

acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial (BRASIL, 2015).

Logo, em simetria com a doutrina de Humberto Theodoro Junior (2018, p. 1342), depreende-se que a nova Lei Adjetiva Civil abraçou, como método de valoração da prova, o sistema da persuasão racional ou convencimento motivado, porquanto:

- (a) o convencimento não é livre e, portanto, não pode ser arbitrário, pois fica condicionado às alegações das partes e às provas dos autos;
- (b) a observância de certos critérios legais sobre provas e sua validade não pode ser desprezada pelo juiz (arts. 375 e 406) nem as regras sobre presunções legais;
- (c) o juiz fica adstrito às regras de experiência quando faltam normas legais sobre as provas, isto é, os dados científicos e culturais do alcance do magistrado são úteis e não podem ser desprezados na decisão da lide;
- (d) as sentenças devem ser sempre fundamentadas e tratar sobre todos os pontos levantados pelas partes, o que impede julgamentos arbitrários ou divorciados da prova dos autos.

Portanto, conforme destaca o supracitado autor, é de se aplaudir as novas diretrizes proclamadas pelo Código de Processo Civil de 2015, que desenharam, em matéria de apreciação dos meios probatórios do processo, alusão ao “livre convencimento” do magistrado.

4 **STANDARDS** PROBATÓRIOS

4.1 MODELO AMERICANO DE SISTEMATIZAÇÃO DOS *STANDARDS* PROBATÓRIOS

De acordo com Kircher (2018, p. 12), os *standards* de prova (ou modelos de constatação) “[...] são, de forma singela, o “quanto de prova” (nível de suficiência probatória ou grau de confirmação) que é exigido para que uma dada hipótese fática seja considerada verdadeira, ocorrida ou provada”.

[...] É preciso referir que, a fim de que se considere um enunciado de fato como provado, é necessário que se disponha de elementos suficientes de corroboração. Isso quer dizer que os elementos que foram carreados aos autos devem ser suficientes para que se possa aceitar a proposição como verdadeira ou provada. [...] podemos perceber que toda prova nos leva a um juízo de probabilidade – maior ou menor – sobre um determinado conjunto fático-probatório. (KIRCHER, 2018, p. 12)

Sobre o tema corrobora Cardoso (2018, p. 1), a conceituação implícita aos standards probatórios “[...] é a de que cada processo, em razão das particularidades que lhe são ínsitas – como seus procedimentos, os bens jurídicos envolvidos e as garantias asseguradas –, possui um nível de provas próprio”. Logo,

[...] a depender do processo de que se trate, uma alegação poderá ser provada com um maior ou menor nível de prova: isto é, um standard probatório mais elevado ou mais mitigado. Busca-se, com isso, controlar de forma racional e lógica o livre convencimento dos julgadores, bem como minimizar riscos de erros judiciais na apreciação das provas. (CARDOSO, 2018, p. 1).

Nesta linha cognitiva, elucida Knijnik:

[...] 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 subjetivamente insuficiente a prova produzida, o 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. (KNIJNIK, 2001, p. 21).

Assim, a utilização dos standards importa no fornecimento de diretrizes, ainda que gerais e flexíveis, mais precisas aos atores judiciais, no sentido de tencionar, minimamente, a valoração concernente aos enunciados fáticos arazoados no processo. Trata-se de mecanismo jurídico adjutório do controle da discricionariedade intrínseca a atuação do julgador, decorrente do próprio princípio do livre convencimento.

Nesta contextualização, segundo Melin, o standard de prova pode ser compreendido:

[...] como o grau de convicção mínimo exigido para considerar provado um determinado evento, [...] o nível a partir do qual se entenderá suficientemente demonstrada a ocorrência de uma qualquer circunstância. Trata-se de uma figura que pretende auxiliar o julgador no processo de valoração da prova, indicando o patamar mínimo de convencimento que deverá ser atingido [...] (MELIN, 2013, p. 145).

Neste rumo, há diversas espécies de *standards* de provas, visto que irão referir níveis distintos de requisitos, quando da constatação das asserções fáticas, conforme a modalidade litigiosa concreta. Conforme Kircher (2018), em uma escala crescente, balizado no direito comparado, notadamente norte-americano, é possível chegar-se a três tipos distintos de *standards* probatórios, tais quais;

- a) simples preponderância de provas (preponderance evidence), que significa apenas a maior probabilidade de um fato ter ocorrido do que não;
- b) prova clara e convincente (clear and convincing evidence), que representa uma probabilidade elevada e;
- c) prova além da dúvida razoável (beyond a reasonable doubt), que caracteriza uma probabilidade elevadíssima. Este último standard é utilizado nos julgamentos criminais para as decisões finais de mérito. (KIRCHER, 2018, p. 14).

Por seu turno, Cardoso (2018, p.1) esclarece que são dois os standards probatórios mais consagrados e aplicados na prática judicial, notadamente decorrentes da jurisprudência norte-americana: “[...] o da prova além de qualquer dúvida razoável (*proof beyond a reasonable*

doubt) e o da preponderância de prova (*preponderance of evidence*). O primeiro é comumente vinculado ao processo penal; o segundo, ao processo civil”.

Nos litígios civis em geral, o juiz (ou o Júri, instruído então pelo magistrado) deve contentar-se com uma "preponderância da prova" (*preponderance of evidence*) em favor de uma das partes. No outro extremo do espectro, as condenações penais dependem de prova da além da dúvida razoável (*beyond reasonable doubt*), para expressar a altíssima probabilidade exigida para a procedência da acusação. Para casos específicos, como a discussão, de direitos de paternidade, existe o standard da "prova clara e convincente (*clear and convincing*) ou da prova que seja "clara, precisa e inequívoca" (*clear, precise and indubitable*). Embora comumente designado sob ainda outros rótulos (*clear, satisfactory and convincing*; *clear, precise and indubitable*; *clear, cogent and convincing*), gerando certa confusão terminológica, o standard coloca-se em patamar intermediário e geralmente traduzido “como muito mais provável do que não” (*much more likely than not*). (COSTA, 2013, p. 357 - 358):

Isto posto, passemos, sem intuito de esgotar a temática, uma análise mais detalhada dos dois *standards* probatórios mais consagrados e aplicados na prática judicial norte-americana.

4.1.1 Proof beyond a reasonable doubt

Conforme leciona Baltazar Júnior (2007, p. 166), o *standard: beyond any reasonable doubt* (além da dúvida razoável), que consubstancializa a presunção da inocência, é utilizado em casos tipicamente criminais, nos países adeptos ao sistema *da common law*, desde o século XVIII, já sendo adotado de forma geral, antes mesmo de sua ascensão ao *status* constitucional concebido pela a Suprema Corte dos EUA através do julgamento do caso *In re Winshp*⁹.

Embora a questão não seja tranquila na jurisprudência, [...] o conceito não é evidente, como demonstrado em pesquisa empírica com júris simulados, divididos em grupos em relação a um dos quais não houve a referida instrução, devendo ser esclarecido seu conteúdo aos jurados, sob pena de nulidade absoluta, independentemente de prejuízo. Com efeito, se cada jurado der a sua interpretação acerca do que é dúvida razoável, não há segurança, deixando de existir um standard. (JÚNIOR, 2007, p. 167)

Nesta coesão, conforme o literato supracitado, o Júri Federal teceu a seguinte concepção para o instituto da dúvida razoável:

[...] é uma dúvida baseada na razão e no senso comum. É uma dúvida que uma pessoa razoável possui após cuidadosamente sopesar todas as provas. É uma dúvida que leva uma pessoa razoável a hesitar em tomar uma decisão em uma questão de importância para sua vida pessoal. [...] Uma dúvida razoável não é uma fantasia ou capricho; não é uma especulação ou suspeita. Não é uma desculpa para evitar o cumprimento de um dever desagradável. E não é compaixão. [...] (JÚNIOR, 2007, p. 167)

⁹ “Na hipótese, havia sido aplicada uma medida à adolescente por prática de furto, com base na preponderância de prova, como exigia a lei local. A Suprema Corte entendeu que, assim como para os adultos, deveria ter sido exigida a prova acima de dúvida razoável, em razão do devido processo substantivo, assim constitucionalizando a questão”. (JÚNIOR, 2007, P. 166 - 167)

É possível concluir, a partir do texto retro transcrito que a dúvida razoável se perfaz de forma concreta e não especulativa. Assim, como bem vocaliza Dumont (2018, p. 1), o *standard: beyond any reasonable doubt* (além da dúvida razoável), preconiza que a condenação só será materializada “[...] quando não houver qualquer dúvida razoável da existência ou autoria do fato. “É uma dúvida que leva uma pessoa hesitar em determinado momento. Ou seja, havendo uma dúvida razoável, a condenação não pode subsistir”.

Pela história, a dúvida para além do razoável passou por diversas conceituações, inicialmente era caracterizada como certeza imutável, proibindo condenações não demonstradas, que permaneceu até o iluminismo onde teve o início dos questionamentos sobre a possibilidade se alcançar a certeza absoluta, através da filosofia, atualmente trabalhada na perspectiva da verdade real. Posteriormente, a mudança de conceito aconteceu por meio de decisões judiciais, trazendo lado mais humano e suas falibilidades, fixando elementos mínimos para a superação da dúvida, quais sejam: a dúvida deveria ter caráter convincente que uma pessoa razoável não hesitaria se confiasse nela e agisse em função exclusivamente dela, perdurável e altamente provável, mas nunca houve um consenso sobre a definição do conceito do que seria dúvida razoável. (DUMONT, 2019, p. 1)

Nas palavras de Knijnik:

[...] num julgamento criminal, o governo tem de provar os elementos do crime ‘acima de toda a dúvida razoável’; num típico caso civil, a parte tem de provar os elementos de seu pedido por uma preponderância de prova (algumas vezes expressa por frases como ‘grande peso de prova’, ‘mais provável do que não’). Acrescenta o tratadista que “há standards intermediários, como a ‘clara e convincente prova’, sendo que eles não indicam a quantidade de prova reclamada (como, p. ex., cinco testemunhas ao invés de uma), mas o nível de credibilidade (“believability”) da prova. [...] (KNIJNIK, 2001, p. 21).

Na lição de Cardoso, no processo penal americano:

[...] considera-se que o acusado somente pode ser declarado culpado se não restar dúvida razoável quanto à sua culpa. Essa regra, conjugada à presunção de inocência [...] segundo a qual o acusado é presumido inocente até que se prove o contrário –, dá forma ao standard de prova além de qualquer dúvida razoável. Assim, se o júri (ou o juiz singular) tiver alguma dúvida quanto à culpabilidade do réu, não deve condená-lo. (CARDOSO, 2018, p. 1).

Consoante o supracitado autor, a doutrina processualista estadunidense elenca, habitualmente, três fundamentos para a exigência de um standard probatório mais elevado na seara processualística penal. Inicialmente, preconizam que a condenação de um inocente é, certamente, mais grave do que a absolvição de um culpado. Logo, o processo penal contrabalança as disparidades existente em favor do réu. Ademais, assentem que a acusação pode servir-se de todo aparelho estatal em seu favor, de modo que a exigência de um elevado standard probatório acaba por mitigar o referido apanágio, sendo tal premissa uma conceituação muito aproximada do cânone da paridade de armas. Por último, declaram a

imprescindibilidade de proteção dos cidadãos em combate à arbitrariedade estatal, notadamente contra agentes estatais que possivelmente objetivem alcançar vantagens indevidas.

Ainda com sustentáculo nas elucidações de Cardoso:

[...] Cooter e Ulen, dois célebres estudiosos da Análise Econômica do Direito, também ressaltam outro aspecto particularmente relevante sob a óptica econômica: afirmam que reduzir erros é especialmente importante no processo penal porque a persecução por um crime envolve estigmas e gastos – ou seja, custos, em sentido amplo – em desfavor do acusado, mesmo que o veredito final aponte sua inocência. Dessa forma, ainda que implicitamente, há uma ideia de redução de custos (principalmente aqueles decorrentes de condenações indevidas) subjacente ao *standard probatório* da prova além de qualquer dúvida razoável. (CARDOSO, 2018, p. 1).

Neste sentido, o *standard probatório* do processo penal, dado a sua estrutura mais rigorosa, intenta obstar condenações equivocadas ou ao menos minorar a possibilidade de sua ocorrência, aumentando-se, de outra face, também a probabilidade de eventuais absolvições desacertadas. Todavia, afirmam os estudiosos da Teoria Econômica do Direito que a ausência de simetria dos custos da absolvição incorreta de réus verdadeiramente culpados e da condenação de inocentes (que gera custos possivelmente mais elevados), ampara a imposição do *standard probatório beyond any reasonable doubt* (além da dúvida razoável). (CARDOSO, 2018).

Este paradigma não é, como pode parecer, alheio ao processo penal brasileiro. Isto porque nossos juízes/tribunais exigem, para a condenação de um suspeito, a presença de prova cristalina, insofismável e extreme de quaisquer dúvidas, isto é, a chamada “prova provada”, o que significa nada mais do que o requisito da prova para além de qualquer dúvida razoável, embora se utilizem de uma narrativa que mais se aproxima do conceito metafísico de verdade como correspondência (objetivismo filosófico), próprio dos operadores do direito vinculado aos sistemas de *civil law*.

4.1.2 Preponderance of evidence

Conforme de Knijnik (2001, p. 22), ligado à tradição da *common law*, a “*preponderance of evidence*” (ou preponderância de prova), “[...] de utilização dos casos civis, ao lado das quais costuma-se agregar regras particulares, como, [...] “clear and convincing evidence”, ou seja, a prova clara e convincente”. Na vocalização do autor:

Essa matéria é tratada pelos juristas norte-americanos no terreno do *burden of persuasion* (ônus de persuasão). [...] a parte sobre que recai o ônus tem de convencer o julgador acerca da existência desses elementos, de acordo com um *standard* ou grau de certeza, determinado pelo tipo de procedimento: [...] num típico caso civil, a parte

tem de provar os elementos de seu pedido por uma preponderância de prova (algumas vezes expressa por frases como ‘grande peso de prova’, ‘mais provável do que não’). [...] há standards intermediários, como a ‘clara e convincente prova’, sendo que eles não indicam a quantidade de prova reclamada (como, p. ex., cinco testemunhas ao invés de uma), mas o nível de credibilidade (“believability”) da prova. (KNIJNIK, 2001, p. 22).

Na clareza de Gonçalves (2018), o *standard: preponderance of evidence* (preponderância de provas) é utilizado no direito processual civil e nos procedimentos oriundos das demandas entre particulares, em que se discutem, habitualmente, questões de natureza meramente patrimoniais.

A persuasão necessária, nesses casos, é configurada como o estado subjetivo no qual se tem em conta uma preponderância de provas em favor da proposição de uma das partes. Esse padrão probatório do direito cível posiciona as partes em situação de igualdade e por esse motivo que na esfera processual civil anglo-saxã não são empregadas as mesmas garantias que no seu âmbito processual penal, exempli gratia a presunção de inocência. (GONÇALVES, 2018, p. 27)

Na lição de Cardoso (2018, p.1), “[...] no processo civil o standard probatório é mitigado em relação àquele vigente no processo penal [...] exatamente por isso, no âmbito cível fala-se em preponderância de evidências”. Por esta razão, observa-se que:

[...] esse modelo de constatação funda-se sobretudo na paridade das partes que norteia o processo civil, no qual não há, em geral, um descompasso como aquele existente no processo penal, em que o réu rivaliza, sozinho, contra o aparato persecutório estatal. No modelo cível, para que a parte se sagra vitoriosa, basta que sejam preponderantes as provas em seu favor. (CARDOSO, 2018, p. 1).

Em concordância com os ensinamentos de Costa (2018, p. 55), o *standard* da preponderância de provas (de utilização predominantemente civis), dimana em uma atribuição aproximadamente igualitária do risco de equívoco entre as partes litigantes, porquanto “[...] os custos de um julgamento equivocado para o demandante não são piores do que um julgamento equivocado para o réu”.

Tal afirmação parece mais clara ao compararmos com as consequências advindas de um erro judicial em se tratando de questões penais. Neste caso, para o réu, significaria a privação de sua liberdade, ao passo que a acusação não teria problemas de mesma natureza advindos de uma absolvição equivocada. No âmbito civil, se estamos tratando de questões meramente patrimoniais, o erro judicial, seja para autor ou réu, significará prejuízos de mesma natureza. Assim, não há razões para que o ordenamento jurídico confira a prevalência de uma parte em relação à outra no que tange ao quantum de prova exigido. (COSTA, 2018, p. 56)

Neste alinhamento, segundo o supracitado autor, são completamente simétricas as exigências para que as alegações fáticas sejam reputadas verdadeiras, para *ambas* as partes (autor ou réu), não existindo inclinação protetiva disposta pelo sistema a nenhum dos litigantes.

Na hipótese de não convencimento do juiz quanto à veracidade dos fatos apresentados (através da aplicação do standard de preponderância da prova), recairão, ordinariamente, sobre a parte onerada com a prova dos fatos, os efeitos da ausência ou insuficiência probatória. Em outros termos, o magistrado decidirá como se provado estivesse o fato inverso.

Em conformidade com Knijnik (2001, p. 23), “[...] na construção de alguns tribunais norte-americanos, prevalece a tese de que o standard da preponderância é encontrado quando o júri [...] acredita na preponderância, ainda que haja dúvida a respeito”. Neste contexto, nos termos do literato em destaque, estabeleceu-se (em Norton v. Futrell) que vocábulo probabilidade “[...] denota um elemento de dúvida ou incerteza e reconhece que onde há duas opções, não é necessário que o júri esteja absolutamente certo ou em dúvida, sendo suficiente que a escolha selecionada seja mais provável que a escolha rejeitada”.

Contudo, conforme elucida o erudito em evidência, algumas Cortes desacolheram “[...] a possibilidade de que o standard seja atingido com base em nada mais do que possibilidades, passando a caracterizá-lo como uma verdadeira crença ou convencimento acerca da verdade pela preponderância da prova ((KNIJNIK, 2001, p. 23).

Um exemplo dessa corrente é dado por Sargent – v – Massachusetts Accident Co. , segundo o qual “depois que a prova tiver sido sopesada, a proposição reputa -se provada por uma preponderância de provas se resultar mais provável no sentido de que uma verdadeira crença na sua verdade, decorrente da prova, existe na mente do Tribunal, não obstante algumas dúvidas que possam remanescer”. Certo é, assim, que esse standard significa, pelo menos para os juizes, “pouco mais que a metade”, sendo, assim, discutível se há de exigir-se uma crença efetiva do julgador ou apenas uma preferência objetiva pelo que mais provável se desenhar [...] (KNIJNIK, 2001, p. 23).

Portanto, ao falarmos em reconstrução de fatos pretéritos mediante produção de prova, estamos diante de um juízo de probabilidades (verdade processual-verossimilhança), haja vista a impossibilidade de encontrar-se a verdade real, na perspectiva do paradigma jusfilosófico da verdade como correspondência. Logo, posto que o *standard: preponderance of evidence* (preponderância de provas) é considerado, na escala de modalidades de constatação probatória, o de menor exigência, “[...] o que se pretende é, pela lógica, um mínimo de certeza quanto à alegação de fato considerada para tê-la como verdadeira (no âmbito processual)” (COSTA, 2018, p. 58).

5 UM NOVO HORIZONTE: PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO DOS *STANDARDS* PROBATÓRIOS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

5.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Como já aclarado no tópico introdutório, apesar de existir no ordenamento jurídico pátrio uma gama de possibilidades referentes a aplicação dos *standards* probatórios, se faz necessário sistematizá-los, para que possa o julgador oferecer uma tutela jurisdicional mais efetiva, justa e racional.

Nesta circunspeção, passemos a tratar da hipótese lançada no corpo introdutório do presente estudo: se é possível se falar na existência de um regime de “*standards*” probatórios no processo civil brasileiro.

Inicialmente, imperioso se faz tecermos questões basilares que servirão de suporte teórico para a tese aqui desenvolvida. Neste norte, partiremos do pressuposto de que é imprescindível a categorização dos *standards* probatórios para identificarmos sua aplicabilidade, consoante o contexto fático concreto e âmbito jurídico representativo. Em outros termos, dado que um mesmo fato pode repercutir nas esferas civil ou penal, o grau de convicção ensejado para a condenação específica, nas duas orbitas jurídicas, terá dimensionamento distinto, posto que no plano criminal, haja vista a privação/restricção da liberdade envolvida, a condenação pressupõe a existência de uma prova para além de qualquer dúvida razoável (plenitude da certeza), quando, por sua vez, a condenação na amplitude civil, levando-se em consideração que o bem jurídico tutelado circunda, tão somente, a esfera patrimonial do réu, basta que o juiz esteja convencido de que este seja o autor delito inquirido (prova clara e convincente).

Ademais, a categorização proposta no expediente monográfico tem também por escopo nortear o raciocínio jurídico quanto aos aspectos terminológicos empregados erroneamente (atecnias jurídicas) nas decisões que versam sobre as concessões de tutelas, subvertendo-se as exigências prescritas para cada instituto, que possuem níveis hierárquicos (graus distintos) de requisitos reivindicados para sua concessão.

Neste ensejo, será apresentada uma proposta de 5 (cinco) categorias de *standards* probatórios, pontuando-se a possibilidade e viabilidade da redução dos módulos de provas, para casos específicos como os da relação de consumo, para garantir o direito do litigante hipossuficiente.

Neste compasso, sugerimos a criação de 5 (cinco) categorias de *standards* probatórios, alinhados da seguinte forma:

1. Juízo de aparência (tutela cautelar) como grau mínimo.
2. Juízo de probabilidade (tutela antecipada) como grau médio (*preponderance evidence*)
3. Juízo de evidencia (tutela de evidencia) como grau elevado.
4. Prova clara e convincente para condenação na seara civil como grau máximo na referida esfera (*clear and convincing evidence*).
5. Prova para além de qualquer dúvida razoável para condenação penal como grau máximo na seara criminal (*beyond a reasonable doubt*).

Isto posto, passemos a apreciação da sistematização proposta.

5.1.1 Os *standards* probatórios para a concessão de tutela cautelar, antecipada e definitiva de acordo com o Código Processual Civil pátrio

Com já aclarado alhures, sugerimos a categorização de 5 (cinco) de *standards* probatórios. Contudo, devemos pormenorizar o modo como fora idealizada a sistematização, hierárquica dos institutos em apreço.

Partiremos da premissa que já existe um regime de *standards* probatórios no processo civil brasileiro, implicitamente encontrados nos requisitos para concessão das tutelas, seja provisória seja definitiva. Em outras palavras, a Lei adjetiva Civil abarca os *standards* probatórios, hierarquizando-os/nivelando-os, conforme o direito postulado, nos graus mínimo, médio e máximo de suficiência probatória, para que seja alcançado o pleito reivindicado no caso concreto.

Nesta cognição, a categorização aqui materializada/sistematizada tem por escopo elucidar os conceitos e requisitos mínimos de cada *standard* probatório, ora balizado nas diferentes formas de tutelas existentes, no fito de auxiliar, tanto para quem postula como para quem decide, respectivamente, a entender as exigências mínimas à satisfação do direito pretendido e as diretrizes específicas para aferir se houve ou não o preenchimento do postulado no caso concreto, para fins de concessão.

Em outros termos, o delineamento dos conceitos e requisitos mínimos exigidos por cada *standard* probatório, tem o condão de evitar a incidência e reincidência de erros jurídicos

(atecnias jurídicas) corriqueiros, prevenindo a deturpação dos institutos que, comumente, são grosseiramente confundidos, tanto na formulação como no deferimento, gerando uma verdadeira balburdia processual, que faz eclodir uma grande insegurança jurídica.

Deveras, a falta de sistematização/arranjo dos institutos supracitados (até mesmo entendimento equivocado sobre estes) faz surgir grandes contradições jurídicas, uma vez que cada julgador os interpreta de forma assistemática, balizado em diretrizes aleatórias de natureza excessivamente subjetiva, ao ponto de decidir de forma conflitante em processos de mesma natureza.

Neste contexto, não raramente, nos deparamos na prática jurídica com uma ritualística apóstata, que nos passa a sensação de vivermos em um sistema jurídico estreado num jogo de roleta russa, um verdadeiro jogo de azar, onde precisamos pedir, quase em oração, para que o processo caia “nas mãos certas”, tendo em vista a processualística rifada (procedimento lotérico) que submergiu o direito brasileiro.

Assim, como já descrito alhures, faz-se imperiosa a construção e metodização de predicamentos e procedimentos que eliminem subjetivismos que recaem sobre as questões fáticas, uma vez que o sistema metodológico do livre convencimento judicial, quanto aos contornos fáticos, não pode ser apreendido como uma localidade situada fora da zona limítrofe do monitoramento jurídico. A fundamentação dos atos decisórios simetriza, simultaneamente, o múnus jurídico inerente ao Estado Democrático de Direito e a garantia constitucional outorgada aos jurisdicionados. Esculpida no artigo 93, IX, Carta Magna, consubstancia-se um instrumento contensório da atuação estatal, subalternando os atos jurisdicionais a fiscalização e controle, como medida profilática à arbitrariedade e subjetivismo excessivo das decisões.

Neste alinhamento, já seria possível concluir que, não só é possível, mas também imprescindível a sistematização de um regime de standards probatórios no processo civil brasileiro como forma de controle do juízo valorativo, o que se busca fazer no presente ensaio monográfico, a partir da propositura, à luz da processualística civil vigente, de soluções aos problemas metodológicos e de racionalidade enfrentados por aqueles que tem a competência de interpretar a lei e tomar decisões no âmbito jurídico.

Neste ensejo, traz-se à baila a diferença hierárquica entre os dois primeiros níveis de standards probatórios categorizados (situados no espectro da cognição sumária), quais sejam, juízo de aparência (tutela cautelar) como grau mínimo; e juízo de probabilidade (tutela antecipada) como grau médio (*preponderance evidence*).

O juízo de aparência é aquele balizado na mera aparência do bom direito (cristalizado na locução *fumus boni juris*), traduzindo-se como um juízo próprio para se definir uma medida

cautelar, posto sua não interferência no patrimônio jurídico do réu, tampouco satisfação da pretensão autoral, por ser uma decisão meramente assecuratória, justificando, pois, sua alocação no grau mínimo da categorização aqui sistematizada.

De outra face, o juízo de probabilidade possui estruturas mais profundas, que eleva o grau de exigibilidade da pretensão, notadamente requerido para a concessão da tutela antecipada, porquanto o seu deferimento importará interferência na esfera jurídica do réu, com a satisfação da pretensão autoral (extração do bem jurídico da esfera jurídica do réu), justificando-se, por conseguinte, sua condição de grau mais elevado (grau médio) em relação ao *standard* supracitado.

Sobre o tema, lecionam magistralmente Manuel Maria Antunes de Melo e Fellipe Lucena Patriota de Pontes:

A tutela antecipada, espécie do gênero tutela de urgência, tem fundamento dogmático a distribuição equitativa do tempo do processo entre os sujeitos do drama judicial, permitindo ao juiz antecipar por meio de uma decisão interlocutória, os efeitos da sentença de mérito em favor da parte que demonstre grande probabilidade de sagrar-se vitoriosa no julgamento final. Evidentemente, somente poderá ser objeto de antecipação de tutela o bem da vida que seria, eventualmente, concedido pela sentença. A tutela poderá ser total ou parcial, conforme antecipe no todo ou apenas em parte a coisa ou o direito postulado pelo autor. O CPC/15 manteve a diferença ontológica entre a tutela antecipada - que, como o próprio nome está a indicar, antecipa ao autor o bem da vida que, normalmente, só seria entregue na sentença — e a tutela cautelar, já que esta não adianta o bem ou direito reclamado na ação, mas antes o conserva, guardando-o e mantendo-o a salvo de perecimento, assegurando, por este meio, o resultado útil do processo. Daí porque, embora o Código não faça diferença quanto aos requisitos correspondentes a cada uma das medidas (art. 300), entendemos que a tutela cautelar se contenta com a mera probabilidade do direito material alegado, expressa na locução *fumus boni juris*, enquanto a tutela antecipada exige um plus que pode ser traduzido na necessidade de uma proeminência do direito reclamado. Vejamos, assim, os procedimentos aplicáveis a cada uma dessas espécies de tutela de urgência. (MELO; PONTES; 2018, p. 174).

Não obstante, partindo-se da máxima “*in eo quod plus est semper inest et minus*” (quem pode o mais, pode o menos), na hipótese de existência de um pedido de tutela cautelar com base num juízo de probabilidade, o pedido deve ser deferido, não sendo, contudo, a recíproca verdadeira, uma vez que não pode prosperar o deferimento de uma tutela antecipada com fulcro num juízo de aparência, pois embora haja verossimilhança, carece de probabilidade (proeminência do direito), não atingindo o grau mínimo exigido para a concessão da tutela requerida.

Em outros termos, em uma análise de um pedido formulado nos autos do processo, deve o magistrado perquirir o tipo de provimento jurisdicional postulado. Constatando-se que o requerimento versa sobre uma tutela cautelar e fora exteriorizada a verossimilhança do direito (juízo de aparência), será deferido o pleito. Contudo, em se havendo pedido de uma tutela

antecipada, mas ausente a proeminência do direito, ou seja, carência de expressivos indícios probabilísticos de que a parte requerente possa resultar-se vencedora ao final da demanda, deverá o juiz indeferir a tutela reclamada, posto que a mera aparência não se presta a aparelhar a concessão da tutela perseguida.

Neste diapasão, conclui-se que a probabilidade se personifica na proeminência do direito (consistência jurídica) apta a justificar a concessão de uma tutela antecipada, quando, por seu turno, a aparência do direito (verossimilhança) traduz-se numa mera expectativa (situação que pode ou não se sagrar-se verdadeira) que na pendência de dúvida, dado a impossibilidade de recaimento de prejuízo sobre as partes, pode ensejar a concessão de uma tutela cautelar, face sua essência meramente assecuratória, no sentido de tão somente resguardar o objeto do processo.

Avançando para o próximo grau, nos deparamos com a tutela de evidência, com um nível de profundidade maior entre a tutelas provisórias, notadamente balizado num juízo de evidência (assentado em afirmações de fato evidentemente comprovados - liquidez e certeza do direito material). Segundo Gonçalves (2018, p. 345) “a tutela provisória da evidência permite ao juiz que antecipe uma medida satisfativa, transferindo para o réu os ônus da demora. [...] Traduz a ideia da possibilidade de aferir a existência de elementos que não só evidenciem a probabilidade do direito, mas a sua existência¹⁰.

Nas palavras de Humberto Theodoro Junior (2018, p. 1073), a tutela da evidência “[...] se apoia em comprovação suficiente do direito material da parte para deferir, provisória e sumariamente, os efeitos da futura sentença definitiva de mérito.

A tutela da evidência não se funda no fato da situação geradora do perigo de dano, mas no fato de a pretensão de tutela imediata se apoiar em comprovação suficiente do direito material da parte. Justifica-se pela possibilidade de aferir a liquidez e certeza do direito material, ainda que sem o caráter de definitividade, já que o debate e a instrução processuais ainda não se completaram. No estágio inicial do processo, porém, já se acham reunidos elementos de convicção suficientes para o juízo de mérito em favor de uma das partes. Mesmo abstraindo do risco de dano material imediato, a tutela da evidência parte do princípio de que a duração do processo não deve redundar em maior prejuízo para quem já demonstrou, satisfatoriamente, melhor direito dentro do conflito material a ser ao final composto pelo provimento definitivo. (THEODORO JUNIOR, 2018, p. 1073).

Portanto, a tutela de evidência (juízo de evidencia), no que se refere aos requisitos para sua concessão, traz como traço marcante a exigência de uma medida legitimada exclusivamente na evidência do direito, independe da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado

10 É necessário ressaltar que, como afirmam Wambier et al (2015), a tutela de evidência não se confunde com a hipótese de julgamento antecipado do mérito do processo, instituto diverso previsto nos artigos 355 e 356 do novo Codex.

útil ao processo (artigo 311, do CPC/15), justificando, assim, sua alocação como grau mais elevado entre as tutelas provisórias¹¹.

Adentrando no mérito das tutelas definitivas, nos deparamos como os graus máximos de ambas as esferas: Sentença de Procedência Civil e Sentença Condenatória Penal.

Como já agitado, é uma questão assente de que no processo civil a condenação exige um grau de certeza e convicção do julgador bem mais tênue do que no âmbito penal.

Logo, como já assinalado, tendo em vista que um mesmo fato pode repercutir nas esferas civil ou penal, o grau de convicção ensejado para a condenação específica, na duas orbitas jurídicas, terá dimensionamento diverso, uma vez que no plano criminal, haja vista a privação/restricção da liberdade envolvida, a condenação pressupõe a existência de uma prova para além de qualquer dúvida razoável (plenitude da certeza), quando, por sua vez, a condenação na amplitude civil, levando-se em consideração que o bem jurídico tutelado circunda, tão somente, a esfera patrimonial do réu, basta que o juiz esteja convencido de que este seja o autor delito inquirido (prova clara e convincente).

Neste tino, ao falar-se no ato máximo na esfera civil, qual seja, a condenação, necessário se faz chegarmos a uma prova clara e convincente para condenação na referida seara. Dá-se o reconhecimento de que o grau de prova requerido é mais do que uma preponderância de prova (juízo de probabilidade - tutela antecipada) e menos que o além da dúvida razoável. Assim, a parte tem que convencer o julgador de que a verdade de sua afirmação é altamente provável, mais do que simplesmente “mais provável do que não”, como normalmente requerido pelo critério do juízo de probabilidade. Na literatura, obtém-se várias formas de indicação desse modelo de constatação: “prova clara e convincente; prova clara, precisa e indubitável; prova clara, cogente e convincente” (KNIJNIK, 2001, p. 38.)

Na lição de Cardoso (2018, p.1), “no processo civil o standard probatório é mitigado em relação àquele vigente no processo penal”, esse modelo de constatação funda-se, sobretudo, na paridade das partes que norteia o processo civil, ou seja, é completamente simétrica as exigências para que as alegações fáticas sejam reputadas verdadeiras, para ambas as partes (autor e réu), não existindo inclinação protetiva disposta pelo sistema a nenhum dos litigantes, dimanando em uma atribuição aproximadamente igualitária do risco de equívoco entres a partes litigantes.

¹¹ “Mais recentemente, nova remissão legislativa veio à tona com a promulgação do CPC/2015, que, ao mencionar os requisitos para a concessão da **tutela de evidência**, dispõe que a petição inicial deve ser “instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar **dúvida razoável**” (art. 311, IV). (CARDOSO, 2018, p. 1).

No que tange a sentença penal condenatória, posto não ser objeto específico do presente expediente monográfico, discorrendo-se em breve resumo, tem-se que a condenação do réu reclama uma a prova para além de qualquer dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*). Em outras palavras, no âmbito penal, indícios e presunções não se prestam a aparelhar a condenação do réu, podendo justificar, tão somente, uma preventiva, uma busca e apreensão, que são medidas cautelares no referido ambiente jurídico. Assim, para a condenação penal, tida como o ato máximo, é necessário uma prova além da dúvida razoável.

Isto posto, vencidas as etapas acima declinadas, passemos a pontuar, no tópico seguinte, a possibilidade e viabilidade da redução dos módulos de provas, para casos específicos como os da relação de consumo, para garantir o direito do hipossuficiente, ou seja, possibilidade de se admitir, numa relação de consumo, a redução do módulo da prova, e decidir com base num juízo de verossimilhança, e não necessariamente como base na prova clara e convincente.

5.1.2 A possibilidade da redução dos módulos de provas, para casos específicos como os da relação de consumo, para garantir o direito do hipossuficiente.

Preliminarmente, imperioso se faz trazermos, mesmo de forma singela, os conceitos que circundam a teoria da redução do módulo da prova, bem sua origem, para melhor compreensão sobre o instituto e sua aplicabilidade nos casos específicos como os da relação de consumo, ou seja, perquirir a possibilidade de se admitir, numa relação consumerista, a redução probatória e se decidir com base num juízo de verossimilhança, e não necessariamente como base na prova clara e convincente.

De acordo com Ramalho (2016, p. 31), o processualista alemão Gerhard Walter desenvolveu na obra *Libre apreciación de la prueba*, um estudo debruçado sobre a convicção judicial, defendendo a existência de 3 (três) espécies de constatação dos fatos, tais quais: “o da convicção da verdade, o do controle por terceiros e o da verossimilhança”. Conforme discorre Costa, sobre a temática:

[...] O primeiro é o da convicção da verdade – a exigir firme convicção pessoal do juiz ou probabilidade próxima da certeza. Trata-se do enfoque tradicional emprestado ao princípio da livre-apreciação da prova, adotado com algumas particularidades pelos vários sistemas processuais de civil law. O segundo é o modelo de controle por terceiros, por meio do qual o essencial é que outra pessoa – outro juiz ou qualquer pessoa razoável – possa alcançar o mesmo juízo fático, aprovando, assim, fictamente a conclusão. O terceiro é um modelo de preponderância – segundo o qual basta uma probabilidade prevalente para embasar o juízo fático nos litígios civis. (COSTA, 2013, p. 372).

Por sua vez, nas palavras de Ramalho:

De acordo com Walter, o primeiro tipo de constatação dos fatos, que leva em consideração a convicção a partir da verdade, abrange “no solamente a quienes exigen, para que se dé por comprobado um hecho, la firme convicción personal del juez, sino también a aquellos que emplean la fórmula de la verosimilitud rayana en certeza.” O próprio autor ressalta a equivocidade dessa espécie de convicção para todos os casos, diante da dificuldade de reconstrução da realidade posteriormente no processo. Em segundo lugar, o controle por terceiros é caracterizado pela “exigencia de que otra persona pueda reconstruir mentalmente la constatación del hecho”, ou seja, “La comprobación de um hecho solo es inimpugnable y ‘sostenible’ cuando um tercero (calificado de alguna manera) pueda repertirla, volver a construirla mentalmente.” [...] O terceiro é o modelo baseado na verossimilhança, por meio do qual a convicção é guiada não pela verdade, mas por um valor aproximado dela. Nesse modelo, nas palavras de Walter, “como base para la decisión le basta una verosimilitud grande o inclusive solo preponderante.” [...] (RAMALHO, 2016, p. 31 – 32).

Consoante lições de Ramos (2016, p. 173), a partir das diferentes formas de convicção apresentadas, extremadas pela labiríntica realidade, em determinados casos concretos, de aproximação da verdade tecida no contexto processual com àquela efetivamente ocorrida no terreno dos fatos, manifesta-se imperativa a necessidade de tratar, diferenciadamente, os graus de exigência probatória. Nesta perspectiva, apreender “um grau unitário de cognição para todos os casos importaria negação de direitos [...] ou mesmo contrariedade à finalidade pretendida pela norma” (RAMALHO, 2016, p. 33). Neste alinhamento, leciona Trento:

Distinguem-se em doutrina o que se chama, de um lado, modelo de convicção de verdade e, de outro, modelo de convicção de verossimilhança, para o qual basta uma alta probabilidade ou até mesmo uma probabilidade prevalecente. Neste modelo, observa Walter, a relação entre ônus da prova e apreciação da prova é totalmente distinta. O que se passa é que no modelo de “convicção de verdade” o standard de prova é alto, de modo que frequentemente - a priori - se haverá de lançar mão de regra de julgamento de ônus da prova. Já no modelo de “convicção de verossimilhança” o standard é mais baixo e, portanto, - a priori - mais facilmente atingível, sendo menos necessário o recurso à regra de ônus da prova. Assim, pode-se dizer que, tendencialmente, quanto maior o standard de prova, mais próxima é a possibilidade de aplicação de regra de ônus da prova e, de outro lado, quanto menor o standard de prova, menos importa qual a regra aplicável de ônus da prova, pois mais remota é a chance de que seja aplicada. (TRENTO, 2013, p. 163).

Nesta circunspeção, depreende-se que da teoria de Gerhard Walter desponta uma possibilidade de haver um distanciamento das regras de tratamento do ônus de prova, condensando o percurso até o *standard* probatório suficiente a satisfação do convencimento judicial.

Uma vez reconhecida a existência de graus distintos de cognição, ou a possibilidade de flexibilização do grau necessário de convicção para a verossimilhança, permite-se ao magistrado proferir uma decisão de forma diferenciada, sem as amarras e o engessamento produzido pela distribuição estática do ônus da prova. Isso proporciona, [...] um julgamento mais justo e conforme o princípio constitucional do devido

processo legal do qual a prova deriva, juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana. [...] (RAMALHO, 2016, p. 34 - 35).

Segundo a autora supracitada, Gerhard Walter asseverou, enfaticamente, que a aplicabilidade do modelo de redução do ônus da prova na esteira da verossimilhança não irrestrita, mas designada a determinados casos específicos, devendo ser ponderado diligentemente às circunstâncias do direito material que ensejam a aplicação da flexibilização do módulo para chegar-se ao convencimento do juiz.

Sobre o tema dilucida Marinoni:

Não obstante – e aqui fica nítido o seu distanciamento em relação à tese da verossimilhança preponderante –, conclui, a partir da premissa de que o legislador alemão estabeleceu a necessidade de o juiz se convencer da verdade, que é inadmissível se pensar em reduzir, para todas as situações concretas, o módulo de prova. Ou seja, o seu entendimento é de que nem o modelo da convicção da verdade, nem o modelo da verossimilhança preponderante (ou ainda o modelo de controle por terceiros), poderiam ser aplicados a todos os casos. A encruzilhada, posta no meio do desenvolvimento de seu raciocínio, impôs a análise acerca de quando o método de convicção da verdade pode ser dispensado em favor do método da verossimilhança. É quando demonstra a necessidade de um agrupamento dos casos que exigiriam a redução do módulo da prova. Como exemplos de grupo de casos, ressalta: enfermidades profissionais; acidentes de trabalho; lesões pré-natais; casos de refugiados e de vítimas do nazismo; casos de seguros; trabalho perigoso; proteção do trabalhador contra a despedida; recusa ao serviço militar por razões de consciência; responsabilidade objetiva; infrações a determinados deveres. Adverte que esses casos não são taxativos. O seu objetivo é unicamente deixar claro o sistema subjacente. Ademais, o direito material deve deixar entrever que essas dificuldades de prova não devem ser suportadas pela vítima. (MARINONI, 2015, p. 1).

Outrossim, Ramalho (2016, p. 36) adverte-nos que “a teoria desenvolvida por Walter não se confunde com a dinamização do ônus da prova”. Segundo a autora, na dinamização do ônus da prova:

[...] pelo fato de a prova ser considerada diabólica ou de difícil produção para uma das partes, o ônus que até então competia a ela passa a ser responsabilidade da parte contrária, afinal, pode ser perfeitamente demonstrada pela segunda. Desse modo, a parte sobre quem recaía o ônus originalmente acaba dispensada de fazê-lo, ao passo que o adversário, sobre quem não pesava o encargo, passa a ter de suportá-lo. Diferentemente, pela teoria da redução do módulo da prova, diante da incapacidade apresentada por ambas as partes em produzir a prova a onerosidade não é deslocada, pois esta permanece com a parte que sempre a suportou. O que se autoriza, porém, é a possibilidade de essa parte se desincumbir do ônus mesmo com elementos de prova dos quais decorram um menor rigor de certeza, bastando um mero grau de verossimilhança. (RAMALHO, 2016, p. 31 – 32).

Nesta mesma linha cognitiva, esclarece Ramos:

[...] A insuficiência de provas, no caso de aplicação da teoria, gera o julgamento em favor da parte que demonstrar a verossimilhança das suas alegações. Não se opera uma inversão propriamente dita, pois, em primeiro lugar, a prova da verossimilhança continua cabendo àquele que deveria provar o fato. Por segundo, a própria lógica da

teoria pressupõe a impossibilidade da produção da prova, razão pela qual não haveria sentido pleno dizer-se que ao ônus se inverte, pois não se pode punir alguém por não fazer algo impossível. É por isso que Marinoni, por exemplo, defende que as hipóteses de redução do módulo e inversão do ônus da prova não se confundem. Não se pode negar que acaba havendo uma inversão, ainda que reflexa, pois, em função dos princípios constitucionais de ampla defesa, contraditório e devido processo legal, sempre será autorizado que a parte prejudicada pela redução do módulo traga aos autos a prova que se dizia impossível, hipótese em que não será prejudicada pela falta dela, verificando-se, com isso, que o ônus foi realmente invertido. (RAMOS, 2016, p. 174).

Portanto, conclui-se, com espeque nas lições de Streck, Raatz, e Dietrich (2017, p. 397 - 398), em análise detida acerca do tema, que Gerhard Walter, há muito tempo, tecia considerações acerca do desarranjo existente entre a contração do ônus probatório, o denominado instituto da inversão/distribuição dinâmica do ônus *probandi*, com a redução do módulo probatório. Neste sentido, acompanhado de Erich Dohring, Gerhard Walter foi um dos poucos a amplificar a redução do módulo probatório na sistemática *civil law*, objetivando aquilatar as premissas para que a prova seja, em face do caso concreto, reputada capaz de estear uma decisão judicial.

Isto posto, verifica-se severa preocupação por parte dos doutrinadores, em como superintender a forma de apreciação da prova, instituindo, conforme critérios singulares, as extremas e as contingências para o julgador se arredar da cápsula legal, “verdade escoimada”, e assentar seu juízo em um arquétipo probatório flexibilizado, a exemplo da verossimilhança preponderante.

Deveras, a teoria da redução do módulo da prova atraca, substancialmente, a atenuação das exigências processuais para a comprovação de um direito, que em gênese cerca-se de maior rigidez, observando-se a própria natureza do direito material posto à prova, em detrimento de parâmetros predispostos a favorecer uma das partes, não se confundindo com uma situação pura comodidade judicial. Destarte, os marcos prescritos pela lei para que o juízo fundamente sua decisão lastreando-se nas provas produzidas no curso da instrução processual experimentam uma redução, dadas as especificidades do direito material posto à prova. Ademais, devem às partes, preliminarmente, serem informadas acerca da aplicação do referido instituto, garantindo a integridade do ônus *probandi* inerente as partes.

Assim, concluídas as considerações preliminares, passemos, a título de objetividade, sem intuito de exaurir a temática, a análise da aplicação da redução do módulo da prova, no contexto prático, nas causas de consumo, com fulcro na jurisprudência pátria.

Conforme será abaixo apresentado, a jurisprudência nacional já tem observado a temática em evidência, aplicando a teoria da redução do módulo da prova nas relações

consumeristas, para resoluções de demandas de consumo em que não é possível a formação do convencimento com base no *standard da prova* clara e convincente, contentando-se com um padrão de mera verossimilhança.

Nesta toada, traz-se à baila um caso extraído dos autos RECURSO ESPECIAL Nº 1.050.554 - RJ (2008/0086004-3)¹², de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em que se destaca um episódio analisado pela Corte Especial, que versava sobre um furto de uma bolsa ocorrido dentro de um estabelecimento comercial (supermercado). No exposto cenário, face à impossibilidade de a consumidora comprovar a alegada subtração que lhe acometera, bem como que carregava consigo, naquele momento, uma bolsa no importe de R\$ 20,00 (vinte reais) e uma quantia de R\$ 30,00 (trinta reais) em espécie, mitigou-se o rigor probatório que recairia sobre a autora, com espeque nos demais elementos constantes nos autos, julgando-se, por fim, procedente a pretensão autoral com fulcro num juízo de verossimilhança.

Nos referidos autos, a Ministra Nancy Andrighi, em seu voto, asseverou que “nessas hipóteses que, por sua natureza, têm dificuldades a ser esclarecidas, é o juiz obrigado a julgar o mérito com base em uma convicção de verossimilhança, porquanto tais dificuldades de prova não devem ser suportadas pela vítima, ainda mais em um campo como o do direito do consumidor” (BRASIL, 2009).

EMENTA

Recurso especial. Civil e processual civil. Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Furto ocorrido no interior de supermercado. Prova de fato negativo. Superação. Possibilidade de prova de afirmativa ou fato contrário. Inversão do ônus da prova. Possibilidade. Aplicação do direito à espécie. Procedência do pedido de indenização pelos danos materiais apontados na inicial.

- Tanto a doutrina como a jurisprudência superaram a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos, razão pela qual a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se prova é inexata, pois há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada, de modo que apenas as negativas absolutas são insuscetíveis de prova.

- Hipótese de aplicação do art. 6º, VIII, do CDC, invertendo-se o ônus da prova em favor da consumidora, no que concerne à ocorrência do furto dentro do estabelecimento do recorrido.

12 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.050.554/RJ. Recorrente: Terezinha Peres da Conceição. Recorrido: Carrefour Comércio e Indústria LTDA. Relator: Min. Nancy Andrighy. Brasília, 25 de agosto de 2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5779094&num_registro=200800860043&data=20090909&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 30 de agosto de 2020.

- Reconhecido o dever de inversão do ônus probatório em favor da consumidora hipossuficiente e com alegações verossímeis aplica-se o disposto no art. 257 do RISTJ e a Súmula 456 do STF. Recurso especial provido.

(STJ - REsp: 1050554 RJ 2008/0086004-3, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 25/08/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/09/2009)

Noutro contexto, dentre as diversas formas de aplicação prática da teoria da redução do módulo da prova nas relações consumeristas, chama-se a atenção para situações corriqueiras envolvendo o extravio de bagagens no transporte aéreo, porquanto quando do despacho, o consumidor detém apenas o respectivo comprovante, emergindo-se alto grau de complexidade em quantificar o prejuízo efetivamente sofrido. Neste sentido, denota-se a inadequação em se exigir do consumidor a comprovação de todos os itens que se encontravam dentro de suas malas, uma vez que é comum que não se detenham, por período longínquo, as notas fiscais de todas as aquisições realizadas, notadamente quando se trata de vestimentas. Diante de tais considerações, buscando uma solução jurídica adequada, é indubitável que o convencimento jurisdicional deve se orientar pela versatilidade, de modo a apurar o valor aportado dos itens transviados, notadamente, através da verossimilhança das alegações, corroborada com outros elementos básicos, quais sejam, o período de duração da viagem, os motivos que a ensejaram, gastos realizados pelo consumidor em virtude do extravio, dentre outras questões. Afiançando as teses acima declinadas, já se posicionou o Tribunal de Justiça do Paraná, veja-se:

EMENTA¹³

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - CASAL EM LUA-DE-MEL QUE SE HOSPEDA EM POUSADA - SUBTRAÇÃO DE NUMERÁRIO E OBJETOS PESSOAIS GUARDADOS NO CHALÉ - PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA REPELIDA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPEDEIRO - EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE NÃO DEMONSTRADAS - DEVER DE INDENIZAR - DANOS MATERIAIS - RESSARCIMENTO DOS RELÓGIOS, CELULARES, TABLET E IPOD DEVIDO - APLICAÇÃO DA TEORIA DA REDUÇÃO DO MÓDULO DA PROVA - QUANTIFICAÇÃO, PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA TODAVIA, QUE DEVE SER RELEGADA PARA A FASE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - DANOS MORAIS VERIFICADOS - QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO. RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO ADESIVO DESPROVIDO.

1 - Se as razões da apelação interposta pela ré demonstram, de forma suficiente e clara, a inconformidade contra a sentença recorrida, não há que se falar em ofensa ao princípio da dialeticidade.

¹³ ESTADO DO PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1.472.254-6. Apelante: Ponteiro Serviços Turísticos LTDA. ME. Apelado: Gledson Alves Alexandre. Relator: Des. Jair Lopes. Curitiba 10 de março de 2016. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12137971/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1472254-6#integra_12137971> Acesso em 16 de maio de 2016.

2 - Não há que se falar em cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide, quando os elementos probatórios carreados aos autos são suficientes para formar o convencimento do Julgador.

3 - O Código Civil (artigos 932, inciso IV e 649) prevê a responsabilidade dos donos de hotéis pela reparação civil, derivada do desaparecimento de pertences do hóspede, devendo o hospedeiro figurar na avença como depositário. Incidentes, também, as disposições do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que a relação entre hóspede e hotel se insere como de consumo (responsabilidade objetiva do fornecedor, nos termos do artigo 14, do Diploma Consumerista). Hipótese em que a requerida não comprovou a existência de quaisquer excludentes de responsabilidade (ausência de falha no serviço, culpa exclusiva da vítima ou terceiro), exsurgindo o dever de indenizar.

4 - À luz do conjunto de elementos de convicção coligidos nos autos, mostra-se razoável presumir os prejuízos materiais informados na inicial com relação à subtração dos bens pessoais (relógios, celulares, tablets) que estavam no chalé, máxime tendo em vista a teoria da redução do módulo da prova, que autoriza conclusão a partir da máxima da experiência comum. Quanto ao valor dos danos materiais, verifica-se que, de fato, o autor não trouxe prova alguma sobre o preço dos mesmos, nem sequer recortes da internet com o importe aproximado dos bens, dificultando inclusive a defesa da requerida em refutar os valores pretendidos, devendo ser relegado para a fase de liquidação de sentença a apuração do quantum indenizatório.

5 - O dano moral resta caracterizado no constrangimento, angústia e dissabores provocados pela má prestação do serviço, já que a lua-de-mel no aprazível Estado do Rio Grande do Norte, em vez de ser um momento de deleite e descanso, acabou por trazer aborrecimentos e desgastes emocionais ao autor e sua esposa.

6 - A fixação do dano moral fica ao prudente arbítrio do Juiz, devendo pesar nestas circunstâncias, a gravidade da culpa, a extensão do dano, a possibilidade de quem deve repará-lo e as condições do ofendido, cumprindo levar em conta, que a indenização não deve gerar o enriquecimento ilícito, constituindo, ainda, sanção apta a coibir atos da mesma espécie.

[...]

Nesta razão, restam demonstradas a possibilidade e viabilidade da redução dos módulos de prova, para casos específicos como os da relação de consumo, para garantir o direito do hipossuficiente, ou seja, possibilidade de se admitir, numa relação de consumo, a redução do módulo da prova, e decidir coma base num juízo de verossimilhança, e não necessariamente como base na prova clara e convincente. Assim, denota-se que a redução do módulo da prova configura-se como um essencial instrumento, adjacente a possibilidade de inversão do seu ônus, ao ampliamto do manto protetivo da lei, posto permitir a redução o grau de densidade probatória em casos específicos como os da relação de consumo, satisfazendo-se, no caso concreto, com um juízo de verossimilhança para o acolhimento da pretensão autoral em detrimento da prova clara e precisa aplicável como via regra.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho atingiu seu objetivo, no escopo primordial de validar a hipótese, aqui concluída em sentido afirmativo, no que se refere a existência de um regime de “standards” probatórios no processo civil brasileiro. Para tanto, foi apresentado um esboço teórico em forma de sistematização dos *standards* probatórios em nosso sistema processual.

A relevância do trabalho, além da novidade temática proposta, está na contribuição que esse documento oferta para o seio teórico do direito processual, em diversos campos, tais como, civil, sem extirpar a possibilidade de se alinhar no direito penal ou trabalhista.

Como possibilidades de futuros estudos, essa pesquisa pode amparar alternativas investigativas interessadas em discutir novidades teóricas de *standards* com diversas outras vertentes, tais como improbidade administrativa.

Portanto, o estudo evoluiu, de modo conclusivo, que não é só possível, mas também imprescindível a sistematização de um regime de standards probatórios no processo civil brasileiro como forma de controle do juízo valorativo, como demonstrado no presente ensaio monográfico, a partir da propositura de soluções aos problemas metodológicos (racionalidade decisória) enfrentados por aqueles que tem a competência de interpretar a lei e tomar decisões no âmbito jurídico.

Nesta razão, restou também conclusiva a importância de se categorizar os *standards* probatórios para melhor compreensão de sua aplicabilidade conforme o contexto fático e âmbito jurídico representativo, ou seja, levando-se em consideração que um mesmo fato pode repercutir nas esferas civil ou penal, o grau de convicção ensejado para a condenação específica, nas duas orbitas jurídicas, terá dimensionamento diverso, uma vez que no plano criminal, haja vista a privação/restricção da liberdade envolvida, a condenação pressupõe a existência de uma prova para além de qualquer dúvida razoável (plenitude da certeza), quando, por sua vez, a condenação na amplitude civil, levando-se em consideração que o bem jurídico tutelado circunda, tão somente, a esfera patrimonial do réu, basta que o juiz esteja convencido de que este seja o autor delito inquirido (prova clara e convincente).

Outrossim, foi possível também concluir, perquirindo-se a jurisprudência pátria, pela viabilidade da redução dos módulos de provas, para casos específicos como os da relação de consumo, para garantir o direito do litigante hipossuficiente, ou seja, possibilidade de se admitir, numa relação de consumo, a redução do módulo da prova, e decidir com base num juízo de verossimilhança, e não necessariamente como base na prova clara e convincente. Assim, patenteou-se que a redução do módulo da prova configura-se como um essencial

instrumento ao ampliamiento do manto protetivo da lei, posto permitir a redução do grau de densidade probatória em casos específicos como os da relação de consumo, satisfazendo-se, no caso concreto, com um juízo de verossimilhança para o acolhimento da pretensão autoral em detrimento da prova clara e precisa aplicável como regra geral. Sendo essas, portanto, constatações de pertinência atual no cenário jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. **Fundamentação judicial no novo código de processo civil**. Disponível em: Acesso em: 28 jul. 2020.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BUSTAMANTE, Evanilda Nascimento de Godoi. **A valoração racional das provas no processo judicial: uma aproximação ao tema**. In: XXII Encontro Nacional do CONPEDI/UNINOVE, 2013, São Paulo. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=531d29a813ef9471>>. Acesso em: mar. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: mar. 2019.

_____. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: mar. 2019.

_____. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: mar. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. vol. 1. 25. ed. São Paulo: Atlas. 2014.

CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. **Standards probatórios: um novo paradigma acerca das provas no processo penal**. 2018. Disponível em: <https://consultorpenal.com.br/standards-probatorios-um-novo-paradigma-acerca-das-provas-no-processo-penal/#_ftnref1>. Acesso 18 de ago. 2020.

COSTA, Guilherme Recena. **Livre Convencimento e Standards de Prova**. 40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. Passado, presente e futuro. Organizadores: Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. p. 356-381.

COSTA, Maurício Amado da. **Livre convencimento e standards de prova: porque um processo justo deve ser menos arbitrário e mais seguro**. 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie, et al. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. vol. 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DUMONT, PAOLA ALCÂNTARA LIMA. **Dúvida para além do razoável e presunção de inocência**. 2018. disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/duvida-para-alem-do-razoavel-e-presuncao-de-inocencia>>. Acesso 20 ago. de 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito Civil: teoria geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris,

2005.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da análise econômica do Direito.** Revista de Processo, São Paulo, v. 269, p. 424-425, jul./2017.

GARCIA, Larissa Santana. **A Valoração da Prova no Âmbito do Livre Convencimento Motivado,** à Luz do Código de Processo Civil de 2015. 2018. Disponível em: <<https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/12864>>. Acesso em: mar. 2019

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 1-Parte Geral.** Editora Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Alana Stefanella. **Valoração da Prova no Processo Penal: Aplicabilidade do Standard Probatório beyond a reasonable doubt no Direito Brasileiro.** 2018.

JORGE JUNIOR, Nelson. **O princípio da motivação das decisões judiciais.** Disponível em: <revistas.pucsp.br/index.php/red/article/download/735/518>. Acesso em: 28 jul. 2020

JÚNIOR, José Paulo Baltazar; PAULO, José. **Standards probatórios no processo penal.** Revista AJUFERGS, Porto Alegre, n. 4, p. 161-185, 2007.

KIRCHER, Luís Felipe Schneider. **O convencimento judicial e os parâmetros de controle sobre o juízo de fato: visão geral, direito comparado e o tribunal penal internacional “The judicial discretion and the parameters of control over the fact trier: overview, comparative law and the international criminal court”.** Duc In Altum-Cadernos de Direito, v. 10, n. 20, 2018.

KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. Revista Forense, v. 353, n. 353, p. 15-52, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A questão do convencimento judicial.** 2015 Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/16049208.pdf>>. Acesso em 31 de agosto de 2020.

MELO, Manuel Maria Antunes de; PONTES, Fellipe Lucena Patriota de. **Manual de Direito Processual Civil.** 3º edição, CL EDIJUR - Leme/SP -Edição 2018.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Fundamentos para uma teoria da decisão judicial.** 2012. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br>>. Acesso em: mar. 2019

NETO, Nagibe de Melo Jorge. **Uma teoria da decisão judicial: fundamentação, legitimidade e justiça.** Editora JusPODIVM. (2017)

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** 8. ed. Salvador: JusPodvim, 2016.

RAMALHO, Régis Souza. **A teoria da redução do módulo nas relações de consumo: a convicção judicial a partir de um juízo de verossimilhança e os direitos básicos do consumidor.** 2016.

RAMOS, Rodrigo. **Prova: as hipóteses de cabimento da inversão do ônus no CDC e sua correlação com as teorias da carga dinâmica e da redução do módulo da prova.** Revista Brasileira de Direito Comercial. Porto Alegre, v.2, dez. 2015/jan. 2016. p 91. 55 Ibidem. p. 173-174.

SCHMIDT, Pamela. **A fundamentação das decisões judiciais no Novo Código De Processo Civil.** 2016. Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br>>. Acesso em: mar. 2019

SCHULZE, Clenio Jair. **A Teoria da Decisão Judicial em Ronald Dworkin.** Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Revista da AJURIS – v. 39 – n. 128 – dezembro 2012.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH, William Galle. **Sobre um possível diálogo entre a crítica hermenêutica e a teoria dos standards probatórios:** notas sobre valoração probatória em tempos de intersubjetividade. Revista novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 22 - n. 2 - maio-agosto 2017. Disponível em: <www.univali.br/periódicos>. Acesso em: mar. 2019

TARUFFO, Michele. **Il concetto di “prova” nel diritto processuale.** Revista de Processo, São Paulo, n. 229, mar. 2014, p. 80.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** – 59. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. Prova. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP.** Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: **Teoria Geral e Filosofia do Direito.** Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/91/edicao-1/prova>. Acesso: 15 de ago. 2020

TRENTO, Simone. **Os standards e o ônus da prova: suas relações e causas de variação.** Revista de Processo, v. 226, p. 163-181, 2013, p. 02-03.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento.** 14. ed. São Paulo: RT, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil:** artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015)

_____. **Embargos de declaração e omissão do juiz.** 2. ed. São Paulo: RT, 2014.