

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

NÍCOLAS BENJAMIN WOLFF DE SOUZA

**A POSSÍVEL ATENUAÇÃO DA PERSPECTIVA OBJETIVA DO ÔNUS DA PROVA,
À LUZ DOS STANDARDS PROBATÓRIOS**

Curitiba
2022

NÍCOLAS BENJAMIN WOLFF DE SOUZA

**A POSSÍVEL ATENUAÇÃO DA PERSPECTIVA OBJETIVA DO ÔNUS DA PROVA,
À LUZ DOS STANDARDS PROBATÓRIOS**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito pela
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo

Curitiba
2022

TERMO DE APROVAÇÃO

A POSSÍVEL ATENUAÇÃO DA PERSPECTIVA OBJETIVA DO ÔNUS DA PROVA, À LUZ DOS STANDARDS PROBATORIOS.

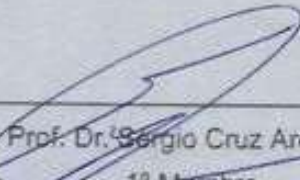
NICOLAS BÉNJAMIN WOLFF DE SOUZA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

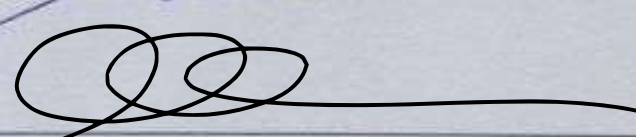


Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo
Orientador

Coorientador



Prof. Dr. Sergio Cruz Arenhart
1º Membro



Prof. Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão
2º Membro

RESUMO

O presente trabalho volta-se a descrever a relação entre o ônus da prova e os standards probatórios. Especificamente, este trabalho dedica-se a demonstrar a possibilidade, a partir dos requisitos elencados pela doutrina, para assegurar a suficiência probatória, para o fim de atenuar a utilização da regra objetiva do ônus da prova, à luz dos standards probatórios, no âmbito do processo civil brasileiro, no procedimento comum, após cognição exauriente, em questões envolvendo direitos patrimoniais e disponíveis.

Palavras chave: ônus da prova, standards probatórios, decisão judicial.

ABSTRACT

The present work turns to report the relationship between the burden of proof and the evidentiary standards. Notably, this work is dedicated to literature review, addressing the necessary requirements, listed by the doctrine, to overcome the burden of proof required, to consider an allegation of fact as proven, in the context of the Brazilian civil procedure.

Key words: burden of proof, standards of proof, court decision.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. REGRAS DO ÔNUS DA PROVA.....	8
2.1. O ÔNUS DA PROVA E SUAS PERSPECTIVAS.....	8
2.2. O PERSPECTIVA SUBJETIVA DO ÔNUS DA PROVA.	9
2.3. A PERSPECTIVA OBJETIVA DO ÔNUS DA PROVA.....	10
3. OS STANDARD PROBATÓRIOS: INTRODUÇÃO AO TEMA.....	11
3.1. A FINALIDADE DOS STANDARDS PROBATÓRIOS.	13
3.2. STANDARDS PROBATÓRIOS EM ESPÉCIE: SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA E OS MODELOS DE CONSTATAÇÃO FÁTICA.....	15
3.3. O STANDARD PROBATÓRIO APLICÁVEL AO PROCESSO CIVIL.....	17
4. A POSSÍVEL ATENUAÇÃO DA PERSPECTIVA OBJETIVA DO ÔNUS DA PROVA, POR MEIO DA CONTRATUALIZAÇÃO DOS STANDARDS PROBATÓRIOS.....	20
4.1. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ACERCA DA MATÉRIA PROBATÓRIA COMO ALTERNATIVA AO CONTROLE DO JUÍZO FÁTICO	21
4.2. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E A ESTIPULAÇÃO DE STANDARDS PROBATÓRIOS NA JURISDIÇÃO ESTATAL E NA ARBITRAGEM	23
4.3. POSSÍVEIS CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DE STANDARDS PROBATÓRIOS	24
5. CONCLUSÃO.....	26
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	29

1. INTRODUÇÃO

No início do processo contencioso, os enunciados dos fatos alegados pelas partes são caracterizados pelo status epistêmico da incerteza¹. Para oferecer ao julgador informações confiáveis acerca das alegações de fatos formuladas e, conseqüentemente, permitir que forme a sua convicção, a fase de conhecimento do processo dedica-se com intensidade à atividade probatória.

A atividade probatória traz consigo a imposição de um ônus às partes – ainda que imperfeito –, de provar as alegações de fato formuladas. A teorização sobre o ônus da prova apresenta duas perspectivas: uma “regra de instrução”, conhecida como “função subjetiva” e uma “regra de julgamento”, denominada “função objetiva”.²

Quanto a primeira perspectiva, a doutrina aponta o ônus da prova uma regra voltada a atividade das partes litigantes, de estímulo à instrução do processo.³ Nessa perspectiva, a parte litigante que alegar fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito da parte contrária, ou constitutivo de seu direito, atrai para si o ônus da prova.

Ocorre que, é possível, mesmo após a fase de instrução processual, que o magistrado ainda não tenha se convencido de qual das hipóteses fáticas é a correta. Porém, diferentemente de outras atividades, o resultado do processo não pode ser incerto⁴, de modo que, ainda que a convicção do magistrado não seja plena, não é possível se afastar o dever de julgar, devido à vedação do *non liquet*.

Nessa hipótese, apresenta-se a segunda perspectiva do ônus da prova, entendida como regra de julgamento, segundo a qual, a parte litigante que tinha o ônus de provar a sua alegação, assume o risco de perder a demanda, caso deixe de oferecer elementos para formação da convicção do magistrado.⁵

Sob essa perspectiva, infere-se que a aplicação da regra do ônus da prova, enquanto técnica de julgamento, depende do conhecimento de quando existe prova

¹ TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. - 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014

² RAMOS, Vítor de Paula. **Do ônus da prova ao dever de provar**. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2018, p. 51

³ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil - v. 2: **Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p.111.

⁴ COSTA, Guilherme Recena. **Livre convencimento e standards de prova**. in: 40 anos da teoria geral do processo no Brasil passado, presente e futuro. Org. ZUFELATO, Camilo. YARSHELL, Flávio Luiz. Malheros. p. 366

⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, **Manual de direito processual civil volume único**. ed. 10, São Paulo, Juspodivm, 2018, p. 734.

suficiente. Essa suficiência probatória para o julgamento do caso concreto, a doutrina denominou de *standard probatório*⁶.

A apesar de amplamente debatida em outros sistemas normativos, não há, no ordenamento jurídico positivo brasileiro, uma previsão geral de um *standard probatório*. Esse vácuo normativo consiste, segundo o jurista espanhol Jordi Ferrer Beltrán, no calcanhar de Aquiles do direito probatório.⁷

No direito comparado, fixação dos *standards probatórios* costuma se ater a três graus de suficiência probatória distintos: o mais alto, quando exige grau de convencimento acima de qualquer dúvida razoável; um intermediário, denominado prova clara e convincente; o mais baixo, de preponderância de provas.

Segundo esse modelo, a escala de convencimento do juiz seria modulada em função da avaliação das consequências jurídicas do acerto ou equivocação dos fatos. Assim, quanto mais severas as consequências jurídicas, maior é o grau de convencimento exigido, variando entre o processo penal, administrativo e civil.

Isso porque, segundo referido jurista, em um processo jurisdicional que pretenda limitar arbitrariedades e fomentar o controle das decisões judiciais, é necessário que as partes conheçam o grau de suficiência probatória necessária, para que a alegação de fato possa ser considerada como provada.⁸

Ocorre que, nas raras oportunidades em que há a estipulação de *standards probatórios* na prática jurisprudencial brasileira, ela ocorre diretamente na sentença, sem permitir o conhecimento antecipado da exigência probatória da causa pelas partes, o que se mostra inadequado a finalidade a que se propõe.⁹

Além disso, também é comum que a fixação do *standard probatório*, quando acontece, seja baseado em parâmetro subjetivos e psicológico do próprio sujeito responsável pelo julgamento da causa, afastando a racionalidade buscada para viabilizar o controle das decisões por terceiros.

⁶ PEIXOTO, Ravi. **Standards Probatórios no direito processual brasileiro** – Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 61

⁷ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prolegômenos para uma teoria sobre os standards probatórios. O test case da responsabilidade do estado por prisão preventiva errônea**. Altos estudos sobre prova no processo penal. Coord. SALGADO, Daniel de Rezende. KIRCHER, Luís Felipe Schneider, QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro, Editora Juspodivm, 2020.

⁸ PEIXOTO, Ravi. **Standards Probatórios no direito processual brasileiro** – Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 58.

⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória**. Revista de processo, v. 282, 2018.

Diante disso, a presente monografia, tem por objeto examinar o standard probatório necessário à certificação da suficiência probatória como forma de atenuar a aplicação da regra objetiva do ônus da prova, assim como uma possível solução a esse vácuo normativo, por meio da celebração de negócios jurídicos processuais.

Para tal finalidade, o trabalho se limitará a hipótese de conflitos de natureza civil, submetidos ao procedimento comum, em julgamento após cognição exauriente, envolvendo direitos patrimoniais e disponíveis.

2. REGRAS DO ÔNUS DA PROVA.

Conforme o art. 373 do CPC/15, o autor da demanda tem o ônus de provar o fato constitutivo do direito que alega, ao passo que ao réu cabe provar o fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor.

O fato constitutivo do autor, consoante Rodrigo Xavier Leonardo, é aquele que corresponde “ao conjunto de fatos que compõe o suporte fático suficiente para formação do fato jurídico descrito pelo autor na petição inicial, como fundamento da situação jurídica cuja titularidade é pleiteada”¹⁰.

O réu, ao apresentar sua peça de defesa, pode apresentar uma defesa direta, negando os fatos apontados pelo autor, deixando de atrair para si o ônus da prova. Por outro lado, o réu pode apresentar fatos novos (defesa indireta), aptos a modificar, extinguir ou impedir a exigibilidade do direito do autor, hipótese na qual, atrai para si o encargo legal de prova-los.¹¹

Do confronto dos fatos alegados e impugnados pelas partes, se extrai os fatos tidos como controvertidos da causa, sobre os quais se voltará a atividade probatória e a distribuição do ônus da prova.

2.1. O ÔNUS DA PROVA E SUAS PERSPECTIVAS.

¹⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar. 2004, p. 140.

¹¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil - v. 2: **teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p.111

Conforme apontado, a teorização sobre o ônus da prova apresenta duas perspectivas: uma “regra de julgamento” ou “função objetiva”, e uma “regra de instrução”, também apontada pela doutrina como “função subjetiva”.¹²

2.2. O PERSPECTIVA SUBJETIVA DO ÔNUS DA PROVA.

Na perspectiva de regra de instrução, é certo que o legislador distribuiu de maneira estática e abstrata o encargo do ônus da prova no art. 373 do CPC/15.

Conforme aponta Humberto Theodoro Junior, “embora prevaleça hoje, em doutrina, a tese de que o ônus da prova funciona objetivamente como mecanismo ou técnica de julgamento”¹³, é certo que também exerce influência sobre o comportamento das partes de modo a orientá-las na produção probatória.

Conforme aponta a doutrina, “o conceito de ônus foi desenvolvido por Goldschmidt para quem ‘aos litigantes, como tais, não se impõe nenhuma obrigação de natureza processual’”.¹⁴ Assim, considera-se o ônus da prova é um ônus imperfeito.

Isso porque, não há um prejuízo necessário entre o ônus de provar e a ausência de prova, uma vez que “nem sempre a parte que tinha o ônus da prova e não a produziu, será colocada em um estado de desvantagem processual”¹⁵, tendo em vista que a prova pode vir a ser produzida de ofício ou pela parte contrária. Trata-se, “de apenas uma maior chance de convencimento do juiz”.¹⁶

Diante disso, a doutrina aponta que conceito de ônus é diverso do conceito de obrigação. No ponto, sustenta Arthur Thompsen Carpes que, diversamente da relação obrigacional, a não desincumbência do ônus da prova não implica sanção, mas apenas a possibilidade de consequências desfavoráveis.¹⁷

¹² RAMOS, Vítor de Paula. **Do ônus da prova ao dever de provar**. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2018, p. 51

¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 59. ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 923.

¹⁴ LOPES, João Batista. **Ônus da prova**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/461/edicao-2/onus-da-prova>. Acesso em: 30 out. 2021.

¹⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, **Manual de direito processual civil volume único**. ed. 10, São Paulo, Juspodivm, 2018, p. 734.

¹⁶ RAMOS, Vítor de Paula. **Do ônus da prova ao dever de provar**. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2018, p. 52

¹⁷ CARPES, Arthur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2017, p. 39

Vitor de Paula Ramos, por sua vez, acrescenta que o aspecto subjetivo do ônus da prova seria um estímulo do sistema, para que as partes, que pretendem se beneficiar da prova produzida, promovessem o enriquecimento do material probatório.¹⁸ Mais especificamente, aponta Cândido Dinamarco, a parte que pretende a produção dos efeitos de uma norma, deve provar os pressupostos fáticos para a sua aplicação, para que possa se beneficiar do reconhecimento do fato alegado.¹⁹

Portanto, o aspecto subjetivo do ônus da prova implica atribuir o encargo à parte interessada para colaborar com a instrução do processo, sob pena de sua inércia não a beneficiar no julgamento da causa.

2.3. A PERSPECTIVA OBJETIVA DO ÔNUS DA PROVA.

No momento do julgamento da demanda, é possível que as provas não tenham sido produzidas ou sejam insuficientes para promover a convicção acerca da veracidade dos fatos. Por isso, em virtude da vedação ao *non liquet*, as regras do ônus da prova também se voltam ao juiz como regra de julgamento.

Nesse sentido, aponta Humberto Theodoro Júnior que: “o ônus da prova é a regra legal que vai permitir ao juiz compor o conflito (objeto do processo), ainda que a parte não tenha se desincumbido do seu encargo”²⁰.

Michelle Taruffo, por sua vez, destaca que essas regras são estabelecidas como critérios acerca do risco de não persuasão²¹. E complementa: “O princípio do ônus da prova é também um recurso para se resolver a incerteza acerca da prova dos fatos principais: ante a incerteza os fatos são considerados inexistentes”.²²

Nesse sentido, destaca Fred Didier Junior: “a aplicação das regras do ônus da prova sob essa perspectiva objetiva será feita apenas após o encerramento da fase instrutória, no momento do julgamento (...)”²³, porque apenas nesse momento processual, é possível verificar se as alegações estão provadas.

¹⁸ RAMOS, Vítor de Paula. **Do ônus da prova ao dever de provar**. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2018, p. 52

¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, V. 2, 7 ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 79.

²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 59. ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 923.

²¹ TARUFFO, Michele. **A prova**. Trad. João Gabriel Couto. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 143

²² TARUFFO, Michele. **A prova**. Trad. João Gabriel Couto. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 143

²³ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p.112.

Por outro lado, assegura, Luiz Guilherme Marinoni, que a ausência de convicção plena não é condição automática para aplicação da regra do ônus da prova.²⁴ Por esse motivo, defende Cândido Rangel Dinamarco que: “(...) a regra de julgamento exerce uma função subsidiária no sistema, só se cogitando dela quando restar no processo um vazio probatório em relação a algum fato relevante (...)”.²⁵

Assim, a perspectiva objetiva se limita às hipóteses em que, no momento da sentença, o material probatório produzido se mostre inexistente ou insuficiente.

3. OS STANDARD PROBATÓRIOS: INTRODUÇÃO AO TEMA.

Conforme destaca Clayton Albuquerque Maranhão, a valoração da prova está diretamente ligada ao tema epistemológico da verdade.²⁶

Em um primeiro momento, a doutrina entendia que a atividade probatória era voltada à descoberta da verdade real. Isto é, aquela em que os fatos alegados correspondem exatamente aos fatos ocorridos no tempo e espaço descrito.²⁷ Acreditava-se tratar de um fator de legitimação da decisão, uma vez que a verdade resultaria da correspondência exata entre o enunciado e o estudo empírico dos fatos.²⁸

Contudo, essa concepção teórica foi superada pelos debates sobre as formas de busca pela verdade dentro do ambiente jurisdicional penal e civil. Ao passo que a verdade real visaria a identificação absoluta entre a alegação e o objeto de prova, a verdade formal, era apontada por Carnelutti como: “o resultado da busca juridicamente limitada ou regulada não é, pois, a verdade verdadeira, e sim uma verdade convencional, que se denomina verdade formal (...)”.²⁹

Ocorre que, independentemente de tal divergência, não seria possível atribuir à verdade real o poder de encontrar a verdade dos fatos tal como ocorreram.³⁰ Isso

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto**. Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi. p. 117-130

²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, V. 2, 7 ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 93.

²⁶ ALBUQUERQUE MARANHÃO, Clayton. **Standards de prova no processo civil brasileiro**. Revista Judiciária do Paraná – Ano XIV – n. 17 – Maio. 2019, p. 1.

²⁷ TARUFFO, Michele. **A prova**. Trad. João Gabriel Couto. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 28.

²⁸ TARUFFO, Michele. **A prova**. Trad. João Gabriel Couto. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 26

²⁹ CARNELUTTI, Francesco. **La prova Civile**, 2ª ed. Roma: Ateneio, 1947, p. 48, apud SCHMITZ, Leonard. **Presunções judiciais. Raciocínio probatório por inferências**, - 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 144-145.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 37.

porque, a reconstrução de um fato ocorrido no passado é influenciada por aspectos subjetivos de quem o presenciou ou de quem o valorou.

Diante disso, por mais rico e confiável que seja o material produzido na instrução processual, não permitirá alcançar certezas a respeito da ocorrência de um fato³¹, o que implica reconhecer que o raciocínio probatório é necessariamente probabilístico. “Ou seja, dizer que um enunciado fático está provado é afirmar que ele é provavelmente verdadeiro, dadas as provas disponíveis”³², o que impediria, conforme Michele Taruffo, de alcançar a verdade dos fatos no contexto judicial da mesma forma que se pretende uma noção geral de verdade.³³

Por isso, a relação entre prova e verdade, é melhor explicada sob a perspectiva de juízos de probabilidade de que a versão apresentada seria verdadeira. Isso porque, aponta Luiz Guilherme Marinoni, “decisão judicial não revela a verdade dos fatos, mas apenas impõe, como verdade, certos dados que a decisão toma por pressuposto”.³⁴

Além disso, é certo que o raciocínio decisório e probatório é exclusivo do magistrado e a legislação processual não aponta quais são os graus mínimos de prova para se considerar uma alegação como provada³⁵. É dizer, é controverso o quanto de prova é necessário para dizer que uma alegação está provada.

³¹ Nesse sentido, aponta Fredie Didier Junior que: “No processo, discutem-se as afirmações que são feitas acerca dos fatos – ou seja, as valorações, as impressões que as pessoas têm deles. A prova, portanto, dificilmente servirá para reconstituir um evento pretérito, não se pode voltar no tempo. Com base nessas premissas é que se costuma dizer que o processo não se presta à busca da verdade, sobretudo porque a verdade é inatingível, que está além da justiça, bem como porque há outros valores que orientam o processo, como a segurança e a efetividade: o processo precisa acabar” em: ³¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil - v. 2: **teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p.52. Por esse motivo, aponta Daniel Amorim Assumpção Neves que: “O que se deve buscar é a melhor verdade possível dentro do processo, levando-se em conta as limitações existentes e com a consciência de que a busca da verdade não é um fim em si mesmo, apenas funcionando como um dos fatores para a efetiva realização da justiça, por meio de uma prestação jurisdicional de boa qualidade. Por verdade possível entende-se a verdade alcançável no processo, que coloque o juiz o mais próximo possível do que efetivamente ocorreu no mundo dos fatos, o que se dará pela ampla produção de provas, com respeito às limitações legais”, em NEVES, Daniel Amorim Assumpção, **Manual de direito processual civil volume único**. ed. 10, São Paulo, Juspodivm, 2018, p. 726.

³² BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prolegômenos para uma teoria sobre os standards probatórios. O test case da responsabilidade do estado por prisão preventiva errônea**. Altos estudos sobre prova no processo penal. Coord. SALGADO, Daniel de Rezende. KIRCHER, Luís Felipe Schneider, QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro, Editora Juspodivm, 2020.

³³ TARUFFO, Michele. **A prova**. Trad. João Gabriel Couto. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 23.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 44.

³⁵ Na doutrina, muito se discutiu acerca do conceito de prova, uma vez que se trata de um conceito que extrapola os limites do direito, sendo comum a outros ramos do saber. Dentre tantos os significados,

A doutrina, então, verificou a necessidade de desenvolvimento de um meio pelo qual fosse possível o controle intersubjetivo da decisão judicial, relativamente ao acerto dos fatos e que permitisse certificar a suficiência probatória.

3.1. A FINALIDADE DOS STANDARDS PROBATÓRIOS.

Nesse contexto, os standards probatórios, atuam como critérios racionais segundo os quais é possível apontar “o grau de suficiência probatória mínima exigida pelo direito, para que uma hipótese fática possa ser considerada provada”³⁶. Conseqüentemente, a hipótese fática será apta a servir como suporte fático à incidência da norma jurídica utilizada para o julgamento do caso concreto.

A complexidade do tema reside em estipular quando há o atingimento da suficiência probatória. Isso porque, conforme aponta Sérgio Arenhart, “a reconstrução de um fato ocorrido no passado sempre vem influenciada por aspectos subjetivos das pessoas que assistiram ao mesmo, ou ainda do juiz (...)”.³⁷

Assim, ainda que não haja uma previsão no direito positivo acerca da fixação dos standards probatórios, não é possível reconhecer sua inexistência, uma vez que, conforme Ravi Peixoto, é um elemento presente em qualquer decisão, fixado implicitamente pelo juiz, a partir de sua ponderação de valores.³⁸

sintetiza Eduardo Cambi: “juridicamente, o vocábulo prova é plurisignificante, já que pode ser referido a mais de um sentido, aludindo-se ao fato representado, à atividade probatória, ao meio ou fonte de prova, ao procedimento pelo qual os sujeitos processuais obtêm o meio de prova ou, ainda, ao resultado do procedimento, isto é, a representação que dele deriva (mais especificamente, à convicção do juiz)”³⁵ CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova. São Paulo: RT, 2001, p. 41. Apud DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil - v. 2: **teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p.44. No mesmo sentido, aponta Paulo Osternack Amaral que: “O conceito de prova possui, majoritariamente, três significados. O primeiro, enquanto atividade probatória desenvolvida pelas partes e pelo magistrado ao longo da instrução processual. O segundo, como meio de prova, fontes das quais se extrai informações relevantes ao processo. Por fim, prova enquanto resultado da formação da convicção do magistrado acerca de determinada alegação de fato” em: **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 44.

³⁶ PEIXOTO, Ravi. **Standards Probatórios no direito processual brasileiro**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 61.

³⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **A Verdade e a prova no processo civil**, Academia Brasileira de Direito Processual Civil, Porto alegre, p. 8. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart(2)%20-%20formatado.pdf). Acesso em 21 out. 2021.

³⁸ PEIXOTO, Ravi. **Standards Probatórios no direito processual brasileiro**, Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 70-71

Devido a essa estipulação psicológica e íntima do julgamento, Danilo Knijnik aponta ser necessário estipular “como questão de direito antecedente, qual modelo de constatação será empregado no processo de formação do juízo de fato”.³⁹ Isso porque, complementa Ravi Peixoto: “os standards probatórios possuem três principais funções: a) orientação dos sujeitos processuais; b) guia objetivo para avaliação das provas (heurística) e c) distribuição dos riscos”.⁴⁰

A função de orientadora decorre da feição moderna da segurança jurídica, que pretende atribuir previsibilidade, cognoscibilidade e calculabilidade ao direito. Por isso, “a situação ideal é que os standards sejam fixados anteriormente ao início do processo, por gerar maior segurança jurídica para todos os sujeitos processuais, em especial as partes”.⁴¹

Como guia para avaliação das provas, com a indicação de qual é carga probatória suficiente para a procedência da demanda, além de colaborar com as partes na desincumbência do seu ônus probatório, permite a melhor aplicação de institutos como as presunções judiciais.⁴²

Nesse sentido, aponta Cândido Rangel Dinamarco, ser adequada a distribuição do ônus da prova sempre antes da sentença, uma vez que: “A transparência das condutas judiciais é uma inafastável inerência do *due process of law* e da exigência de diálogo que integra a garantia constitucional do contraditório”.⁴³

Relativamente à possibilidade de distribuição dos riscos, os standards probatórios, podem ter uma atuação pré-processual, enquanto provisionamento das chances de êxito, em função dos elementos probatórios, para decidir acerca do ingresso em juízo ou não, assim como pode funcionar como forma de viabilizar a conciliação ou transação entre as partes já no curso do processo.⁴⁴

Ao contrário do que se pode imaginar, os modelos de constatação não implicam no engessamento da liberdade outorgada ao julgador para valorar a prova.

³⁹ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 31

⁴⁰ PEIXOTO, Ravi. **Standards Probatórios no direito processual brasileiro**, Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 69

⁴¹ PEIXOTO, Ravi. **Standards Probatórios no direito processual brasileiro**, Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 68-73

⁴² PEIXOTO, Ravi. **Standards Probatórios no direito processual brasileiro**, Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 70.

⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, V. 2, 7 ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 94.

⁴⁴ PEIXOTO, Ravi. **Standards Probatórios no direito processual brasileiro**, Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 70.

Com efeito, trata-se de um elemento que auxilia no controle intersubjetivo das decisões sobre os fatos. Nesse sentido, destaca Danilo Knijnik: “(...) com a identificação do standard que passa a ser possível o controle de sua utilização, impedindo que o jurisdicionado fique sujeito à subjetividade do juiz”.⁴⁵

Nesse contexto, pretende-se que os standards probatórios, atuem como critérios racionais que atestam suficiência probatória acerca de um enunciado fático, por meio de conexões lógicas entre as provas e as hipóteses fáticas, mediante conceitos objetivos.⁴⁶

Portanto, os standards probatórios são graus mínimos de certificação da suficiência probatória exigidos pelo direito, para que uma hipótese fática possa ser considerada provada, estipulados como forma de permitir o controle intersubjetivo da decisão, baseados no critério da probabilidade da ocorrência da alegação de fato.

3.2. STANDARDS PROBATÓRIOS EM ESPÉCIE: SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA E OS MODELOS DE CONSTATAÇÃO FÁTICA

Comumente estudados nos ordenamentos jurídicos de *commom law*, os standards probatórios foram pensados para aumentar o controle intersubjetivo sobre juízo fático exercido pelo magistrado. Para tanto, costumam ser classificados em três níveis diversos, segundo os graus de exigência probatória e natureza do caso.

O modelo com maior exigência probatória, próprio dos processos criminais, por envolver restrição de direitos fundamentais, exige uma comprovação dos fatos imputados de modo a gerar uma convicção além de qualquer dúvida razoável. A prova além da dúvida razoável pretende preservar o acusado de arbitrariedades, impondo à acusação o ônus probatório elevado.

Há certa divergência doutrinária, conforme apontada Christian Ponzoni, quanto a definição de dúvida razoável, tendo em vista que se baseia em critério qualitativos e “é bastante incerto qual o nível de probabilidade associado a este

⁴⁵ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro, Forense, 2007. p. 33, apud. PEIXOTO, Ravi. **Standards Probatórios no direito processual brasileiro** – Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 87.

⁴⁶ PEIXOTO, Ravi. **Standards Probatórios no direito processual brasileiro** – Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 89 - 90.

critério”.⁴⁷ Nada obstante, há autores que entendem como dúvida razoável “a necessidade de superar aquela dúvida que levaria um homem prudente a hesitar em dar um passo em assuntos importantes”.⁴⁸

Em segundo lugar, tem-se o modelo de exigência probatória intermediária, comum em processos administrativos, classificada de prova clara e convincente. Conforme esse modelo, a alegação de fato é considerada provada quando sua ocorrência é “muito mais provável do que não” (much more likely than not) ou “muito provável” (highly probable)⁴⁹.

Por fim, o modelo probatório menos exigente, aplicável ao processo civil, é classificado como preponderância de provas⁵⁰, e “consiste em dar por provado o enunciado fático que se apresenta mais provável diante do contexto probatório existente”.⁵¹

A variação dos standards probatórios em função do bem jurídico tutelado se justifica, segundo Jorgi Ferrer Beltrán, por ao menos três razões.

Em primeiro lugar, aponta que a gravidade do erro, em caso de falsa condenação, tem relação com o direito material discutido e o grau de sua afetação. Nessa perspectiva, aponta que é prudente a aplicação de um standard probatório mais exigente quando o erro de condenação falsa implicar consequências graves.⁵²

Além disso, aponta como justificativa para a estipulação de um modelo de constatação, o custo do erro por falsas absolvições, como ocorre nos casos de erro

⁴⁷ PONZONI, Christian. **Standards De Prova No Processo Civil Brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (RS), 2021, p. 83 - 84. Disponível em:

http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/9175/5/DIS_CHRISTIAN_PONZONI_COMPLETO.pdf.

Acesso em 21 out. 2021.

⁴⁸ CARPES, Arthur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2017, p. 60-61

⁴⁹ PONZONI, Christian. **Standards De Prova No Processo Civil Brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (RS), 2021, p. 96. Disponível em:

http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/9175/5/DIS_CHRISTIAN_PONZONI_COMPLETO.pdf.

Acesso em 21 out. 2021

⁵⁰ ALBUQUERQUE MARANHÃO, Clayton. **Standards de prova no processo civil brasileiro**. Revista Judiciária do Paraná – Ano XIV – n. 17 – Maio. 2019, p. 4.

⁵¹ CARPES, Arthur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2017, p. 60-61

⁵² BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prolegômenos para uma teoria sobre os standards probatórios. O test case da responsabilidade do estado por prisão preventiva errônea**. Altos estudos sobre prova no processo penal. Coord. SALGADO, Daniel de Rezende. KIRCHER, Luís Felipe Schneider, QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro, Editora Juspodivm, 2020.

judiciário, bem como “A relação com as dificuldades probatórias dos tipos de casos a que se pretende aplicá-los, em face de como foram caracterizados pelo legislador”.⁵³

Por fim, aponta para possibilidade de se determinar, de antemão, quem é o perdedor na demanda em que nenhuma das partes provar suas hipóteses fáticas no nível exigido pelo standard aplicável. Em consequência, “essa será a parte que suportará os riscos por falta de prova”.⁵⁴

Assim, a valoração dos interesses em disputa e o impacto negativo de uma possível decisão injusta, impõe a necessidade de estabelecimento de diversos standards de prova⁵⁵, o que se justifica porque “decisões que são menos importantes e trazem menos riscos e exigem menor força probatória; decisões mais importantes, com maiores consequências no caso de um erro, exigem maior força probatória”.⁵⁶

O sistema de standards probatórios, nesse sentido, pretende facilitar a tomada de decisões diante do estado de incerteza, especificando “o grau de probabilidade requerido para apoiar uma decisão particular”.⁵⁷

Portanto, o que se verifica é que, apesar do vácuo normativo acerca de regras que estabeleçam o grau de suficiência probatória, há preocupação doutrinária com a necessidade de atribuir maior objetividade aos juízos fáticos, como meio de afastar arbitrariedade e permitir maior controle intersubjetivo dos fatos.

3.3. O STANDARD PROBATÓRIO APLICÁVEL AO PROCESSO CIVIL.

Conforme apontado, quanto à aplicação dos standards probatórios, a noção de probabilidade exigida acerca da ocorrência dos fatos é crescente em função da

⁵³ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prolegômenos para uma teoria sobre os standards probatórios. O test case da responsabilidade do estado por prisão preventiva errônea.** Altos estudos sobre prova no processo penal. Coord. SALGADO, Daniel de Rezende. KIRCHER, Luís Felipe Schneider, QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro, Editora Juspodivm, 2020.

⁵⁴ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prolegômenos para uma teoria sobre os standards probatórios. O test case da responsabilidade do estado por prisão preventiva errônea.** Altos estudos sobre prova no processo penal. Coord. SALGADO, Daniel de Rezende. KIRCHER, Luís Felipe Schneider, QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro, Editora Juspodivm, 2020.

⁵⁵ COSTA, Guilherme Recena. **Livre convencimento e standards de prova.** in: 40 anos da teoria geral do processo no Brasil passado, presente e futuro. Org. ZUFELATO. Camilo. YARSHELL, Flávio Luiz. Malheiros. p. 367

⁵⁶ PEIXOTO, Ravi. **Standards Probatórios no direito processual brasileiro,** Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p.62

⁵⁷ COSTA, Guilherme Recena. **Livre convencimento e standards de prova.** in: 40 anos da teoria geral do processo no Brasil passado, presente e futuro. Org. ZUFELATO. Camilo. YARSHELL, Flávio Luiz. Malheiros. p. 366

natureza do direito material discutido e, no caso do processo civil, a doutrina majoritária entende que o standard aplicável é o da preponderância de provas.

Humberto Ávila pondera que o standard probatório da preponderância de provas é obtido a partir de um “balanço de probabilidade” em que, “por meio de indícios orientados que assegurem haver simplesmente mais probabilidade de a hipótese ser verdadeira do que o contrário”.⁵⁸

Acerca da aludida probabilidade, Candido Rangel Dinamarco entende como “a preponderância de elementos convergentes à aceitação de uma proposição sobre elementos divergentes”⁵⁹. Assim, seria possível considerar atestada a suficiência probatória, quando a instrução processual tenha demonstrado “existência do fato, sem os extremos da exigência da certeza absoluta que muito dificilmente se atingiria”.⁶⁰

Com isso, há “uma restrição da importância da regra do ônus da prova, apontando que a convicção de verossimilhança seria suficiente para o julgamento do caso concreto⁶¹, sendo o atingimento desse standard de prova o necessário para verificar a suficiência probatória.⁶²

Luiz Guilherme Marinoni deixa claro que, contrariamente ao que se possa inferir, “o juiz que decide com base em verossimilhança não está em dúvida; ao contrário, ele está convencido de que a verossimilhança basta diante das circunstâncias do caso concreto”.⁶³

Para conflitos submetidos ao processo civil, a preponderância de provas seria suficiente, uma vez que, como destaca Clayton de Albuquerque Maranhão: “como regra, ambas as partes devem suportar igualmente o risco de uma decisão

⁵⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória**. Revista de processo, v. 282, 2018

⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, V. 2, 7 ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 857.

⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, V. 2, 7 ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 91

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 44.

⁶² PONZONI, Christian. **Standards De Prova No Processo Civil Brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (RS), 2021, p. 129. Disponível em: http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/9175/5/DIS_CHRISTIAN_PONZONI_COMPLETO.pdf.

Acesso em 21 out. 2021.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto**. Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi. p. 117-130

equivocada, em conformidade com o princípio da igualdade”⁶⁴. No mesmo sentido é o que sustenta Christian Ponzoni, ao afirmar que: “aceitar como verdadeiro o que é falso, ou não aceitar como verdadeiro o que é verdadeiro têm o mesmo peso moral”.⁶⁵

Dessa forma, considerando o critério de probabilidade da ocorrência dos fatos, a partir da preponderância de elementos convergentes, é possível aferir se a tese apresentada por uma das partes oferece “uma melhor explicação sobre os fatos, cuja ocorrência se deve provar, do que a hipótese da parte contrária, à luz dos elementos de prova existentes no expediente processual”⁶⁶.

Por outro lado, quando há um baixo grau de certificação probatória acerca da veracidade de um enunciado fático, assim como há pouco suporte probatório acerca da falsidade do mesmo anunciado, tal situação de incerteza permite o julgamento da causa conforme a regra do ônus da prova.⁶⁷

Nesse sentido, é o que sustenta Luiz Guilherme Marinoni: “(...) a ideia de que a regra do ônus da prova - quando dirigida ao juiz - importa apenas quando há dúvida, decorre da falta de constatação (...)”⁶⁸, uma vez que apenas assim é possível se observar o critério de subsidiariedade do julgamento conforme o ônus da prova.

Portanto, da análise bibliográfica apresentada, é possível se considerar como certificada a suficiência probatória no processo civil, quando há “uma melhor

⁶⁴ MARANHÃO, Clayton. Standards de prova no processo civil brasileiro. Revista Judiciária do Paraná, Curitiba, v. 14, n. 17, maio 2019. p. 237. Apud. PONZONI, Christian. **Standards De Prova No Processo Civil Brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (RS), 2021, p. 129. Disponível em: http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/9175/5/DIS_CHRISTIAN_PONZONI_COMPLETO.pdf. Acesso em 21 out. 2021.

⁶⁵ PONZONI, Christian. **Standards De Prova No Processo Civil Brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (RS), 2021, p. 165. Disponível em: http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/9175/5/DIS_CHRISTIAN_PONZONI_COMPLETO.pdf. Acesso em 21 out. 2021.

⁶⁶ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prolegômenos para uma teoria sobre os standards probatórios. O test case da responsabilidade do estado por prisão preventiva errônea**. Altos estudos sobre prova no processo penal. Coord. SALGADO, Daniel de Rezende. KIRCHER, Luís Felipe Schneider, QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro, Editora Juspodivm, 2020.

⁶⁷ PONZONI, Christian. **Standards De Prova No Processo Civil Brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (RS), 2021, p. 130. Disponível em: http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/9175/5/DIS_CHRISTIAN_PONZONI_COMPLETO.pdf. Acesso em 21 out. 2021.

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto**. Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi. p. 117-130

explicação sobre os fatos, cuja ocorrência se deve provar, do que a hipótese da parte contrária, à luz dos elementos de prova existentes no expediente processual”⁶⁹.

Isso porque, uma vez que o raciocínio probatório está relacionado à verdade dos fatos, que são inalcançáveis pelo processo, a veracidade das informações apresentadas durante a instrução processual deve ser analisada segundo a probabilidade de sua ocorrência.

Por esse motivo, a certificação probatória necessária para que não haja o julgamento conforme a regra do ônus da prova é preponderância de provas, assim entendida como a preponderância de elementos convergentes à uma proposição⁷⁰, que implique convicção suficiente para que os riscos de erro no julgamento se mostrem suportáveis.⁷¹

Dessa forma, torna restrita a utilização do julgamento conforme as regras do ônus da prova para situações de dúvida, verificadas quando há um baixo grau de certificação probatória acerca da veracidade de um enunciado fático, assim como há pouco suporte probatório acerca da falsidade do mesmo anunciado.

4. A POSSÍVEL ATENUAÇÃO DA PERSPECTIVA OBJETIVA DO ÔNUS DA PROVA, POR MEIO DA CONTRATUALIZAÇÃO DOS STANDARDS PROBATÓRIOS.

Diante da incerteza fática inerente às alegações formuladas no processo, a atividade probatória traz consigo a imposição do ônus da prova sobre os litigantes. A aplicação da regra objetiva, no entanto, ainda carece de sistematização que permita saber quando uma determinada alegação de fato pode ser considerada provada.

Apesar do vácuo normativo a esse respeito, os standards probatórios são utilizados para atribuir maior objetividade aos juízos fáticos, como meio de afastar arbitrariedade e permitir maior controle intersubjetivo dos fatos.

⁶⁹ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prolegômenos para uma teoria sobre os standards probatórios. O test case da responsabilidade do estado por prisão preventiva errônea.** Altos estudos sobre prova no processo penal. Coord. SALGADO, Daniel de Rezende. KIRCHER, Luís Felipe Schneider, QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro, Editora Juspodivm, 2020.

⁷⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, V. 2, 7 ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 857.

⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, V. 2, 7 ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 91.

Para tanto, atuam como critérios de certificação da suficiência probatória, por meio de conexões lógicas entre as provas e as hipóteses fáticas, mediante conceitos objetivos, de modo a atribuir previsibilidade, cognoscibilidade e calculabilidade ao juízo fático. Essa finalidade apenas pode ser atingida quando sua estipulação ocorre anteriormente à prolação da sentença e não for baseado em critérios subjetivos e íntimos do julgador.

É necessário destacar que, no processo civil, segundo a doutrina majoritária, a certificação probatória deveria ocorrer com a preponderância de provas, consoante exposto no tópico 3.3. Apesar disso, como alternativa à eventual estipulação equivocada do standard probatório aplicável ao caso - ou sua ausência de estipulação -, é possível que as partes o façam mediante negócios jurídicos processuais.

Isso porque, determinados casos podem apresentar uma maior dificuldade de prova, diferentes consequências jurídicas atribuídas a conduta das partes em juízo ou, ainda, em razão do direito material discutido, diferentes pesos das consequências advindas de uma decisão equivocadas⁷². E, devido a tais peculiaridades, o nível de certificação probatório pode ser convencionado pelas partes.

Assim, é possível observar a subsidiariedade na utilização da regra objetiva do ônus da prova, devido ao conhecimento prévio acerca do grau de suficiência probatória exigida pela demanda, em razão da sua convenção pelas partes.

4.1. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ACERCA DA MATÉRIA PROBATÓRIA COMO ALTERNATIVA AO CONTROLE DO JUÍZO FÁTICO

O art. 190 do CPC/15 estipula uma cláusula geral que autoriza as partes a celebrarem negócios jurídicos processuais, seja para alterar o procedimento, seja para convencionar sobre os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. A ideia de flexibilização procedimental está associada à possibilidade de adaptar o procedimento ao direitos material discutido⁷³.

⁷² TRETO, Simone. **Os standards e o ônus da prova: suas relações e causas de variação**. Revista de Processo, São Paulo. vol. 226, 2013, p. 163 – 181.

⁷³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, **Manual de direito processual civil volume único**. ed. 13, São Paulo, Juspodivm, 2021, p. 401.

A partir de tal previsão, os negócios jurídicos processuais podem ser classificados em meramente procedimentais e negócio jurídico com objeto processual em sentido estrito⁷⁴, assim como em convenções processuais típicas e atípicas.

Nas convenções procedimentais, há uma avença acerca de aspectos formais do procedimento, como ocorre com a convenção de calendários processuais. Os negócios jurídicos com objeto processual em sentido estrito, por sua vez, são convenções que versam sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, como ocorre com a inversão convencional do ônus da prova.

Em relação à tipicidade dessas convenções, os negócios típicos são aqueles previstos taxativamente pela legislação, tal como ocorre com a convenção sobre ônus da prova (art. 373, § 3.º, do CPC), cláusula de eleição de foro (art. 63 do CPC), ou ainda, cláusula de arbitragem (art. 3.º da lei 9.307/96). Já nos negócios atípicos, as partes podem modular o processo para hipóteses que não estejam previstas em lei, valendo-se da autonomia conferida pelo art. 190 do CPC.⁷⁵

Quanto ao momento de sua celebração, podem ser prévios ou posteriores à instauração do conflito. Assim, as partes podem celebra-los, em contrato, anteriormente a instauração do conflito, como ocorrem com cláusulas de arbitragem ou após proposta a demanda.

No que se refere a seus limites, consoante dispõe os arts.190 e 373, § 3.º, I e II, ambos do CPC, é necessário que haja o encontro de vontade das partes litigantes, que elas sejam plenamente capazes, que o litígio verse sobre direitos que autorizam autocomposição, que o objeto negociado seja lícito e não haja manifesta vulnerabilidade entre as partes. Além disso, é necessário que o objeto de tal convenção não torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Devido a previsão do art. 373, § 3.º do CPC, é possível classificar a convenção acerca dos standards probatório como negócios processuais típicos, tendo em vista que se referem ao ônus da prova.

Dessa forma, observados os limites impostos pela legislação, as partes podem celebrar convenções processuais permitem a observância do standard

⁷⁴ TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais**. Informativo Justen, Perereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 104, 2015, disponível em <http://justen.com.br/informativo>, acesso em 09/03/2022, p. 7.

⁷⁵ TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais**. Informativo Justen, Perereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 104, 2015, disponível em <http://justen.com.br/informativo>, acesso em 09/03/2022, p. 2.

probatório da preponderância de provas no caso concreto e, como consequência, que a regra objetiva do ônus da prova seja aplicada subsidiariamente, uma vez que com o conhecimento prévio acerca dos critérios para considerar uma alegação de fato como provada as partes têm o conhecimento se se desoneraram do ônus da prova.

4.2. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E A ESTIPULAÇÃO DE STANDARDS PROBATÓRIOS NA JURISDIÇÃO ESTATAL E NA ARBITRAGEM

O procedimento arbitral, por excelência, privilegia a autonomia da parte. Seja renunciando a jurisdição estatal (art. 1.º, da lei n.º 9.307/96), escolhendo o direito aplicável (art. 2.º, da lei n.º 9.307/96), os árbitros (art. 13, § 3.º, da lei n.º 9.307/96), assim como a matéria que será objeto da arbitragem (art. 10, III, lei n.º 9.307/96).

Nesse contexto de autonomia, assim como no âmbito jurisdicional civil, também na arbitragem é possível que as partes convençionem o standard probatório aplicável ao convencionar sobre ônus da prova. Com isso, podem adequar o procedimento às peculiaridades do caso concreto.

Para atribuir maior efetividade ao procedimento, considerando a ausência de um controle epistêmico da sentença arbitral em um grau diverso de jurisdição (art. 29 e 30, da lei n.º 9.307/96), e considerando o menor formalismo quando comparado ao processo civil, não haveria óbice, se assim convencionarem as partes, em estipular, inclusive, standards probatórios diversos para cada ponto controvertido.

Seja na jurisdição estatal, seja na arbitragem, é possível estipular um critério objetivo, segundo o qual as partes poderão certificar a suficiência probatória do fato alegado, mitigando a aplicação da regra objetiva do ônus da prova.

A convenção pelas partes acerca standard probatório permite uma solução mais adequada e efetiva do conflito. Isso porque, determinados casos podem apresentar uma maior dificuldade de prova, diferentes consequências jurídicas ou, ainda, diferentes consequências advindas de uma decisão equivocadas em razão do direito material discutido⁷⁶.

Sendo convencionado o standard probatório em contrato, ou após a instauração do conflito, é possível atribuir previsibilidade, cognoscibilidade e calculabilidade ao direito, atribuindo maior segurança jurídica às partes. Como

⁷⁶ TRETO, Simone. **Os standards e o ônus da prova: suas relações e causas de variação**. Revista de Processo, São Paulo. vol. 226, 2013, p. 163 – 181.

consequência, permite uma adequação carga probatória suficiente para a procedência da demanda, em função das peculiaridades do caso concreto.

Sob outro ponto de vista, a convenção prévia acerca do standard probatório permite provisionar as chances de êxito, e atuar como um elemento de decisão acerca do ingresso ou não em juízo, assim como para escolher o método adequado para solução da controvérsia, se pela conciliação, mediação ou arbitragem.

Portanto, por meio de negócios processuais, a partes podem diminuir a subjetividade acerca da matéria probatório, especialmente no que diz respeito à certificação da suficiência probatória da demanda.

4.3. POSSÍVEIS CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DE STANDARDS PROBATÓRIOS

Jordi Ferrer Beltrán, ao estudar o tema dos standards probatórios propõe um critério de definição baseado na coerência, plausibilidade e capacidade explicativa⁷⁷.

Segundo o autor, nas raras oportunidades em que os tribunais ou a legislação pretendem apontar graus de suficiência probatória, cometem dois equívocos. Em primeiro lugar, se baseiam em elementos psicológicos do julgador, como a íntima convicção, o que não permite o controle intersubjetivo, a exemplo da prova acima de qualquer dúvida razoável. Em segundo lugar, os standards probatórios propostos “têm um grau de imprecisão incompatível com a sua função de assimilar um nível de suficiência probatória mesmo que de forma aproximada”⁷⁸, como ocorre na hipótese de prova clara e convincente e, em certa medida, na preponderância de provas.

Diante disso, sustenta o autor que para superar os equívocos que impedem o atingimento dos modelos de constatação fática, é necessário que se observe, na formulação de um standard de três condições: i) ausência de remissão a estados mentais do julgador; ii) o estabelecimento de critérios precisos que apontem quando uma hipótese pode ser considerada provada; iii) o estabelecimento do nível de

⁷⁷ PONZONI, Christian. **Standards De Prova No Processo Civil Brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (RS), 2021, p. 99. Disponível em:

http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/9175/5/DIS_CHRISTIAN_PONZONI_COMPLETO.pdf.

Acesso em 21 out. 2021.

⁷⁸ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prolegômenos para uma teoria sobre os standards probatórios. O test case da responsabilidade do estado por prisão preventiva errônea**. Altos estudos sobre prova no processo penal. Coord. SALGADO, Daniel de Rezende. KIRCHER, Luís Felipe Schneider, QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro, Editora Juspodivm, 2020.

suficiência probatória deve ocorrer por meio da utilização de critérios qualitativos e não pela matemática.⁷⁹

Ao apresentar tais critérios, propõe o referido autor as características necessárias para qualificar um standard probatório como “acima de qualquer dúvida razoável”, “prova clara e convincente” e “preponderância de provas”, afastando a subjetividade inerente a essas classificações.

Para o autor, um standard probatório elevado, compatível com o acima de qualquer dúvida razoável, típico de procedimentos criminais, deve considerar como provada uma hipótese quando, conjuntamente, houver as seguintes condições: a) a hipótese for capaz de explicar os dados disponíveis, de modo integrado e coerente e; b) “devem ter sido rechaçadas todas as demais hipóteses explicativas plausíveis dos mesmos dados que sejam compatíveis com a inocorrência do acusado”.⁸⁰

O standard intermediário, qualificado como prova clara e convincente, segundo essa proposta, deve ocorrer, conjuntamente, as seguintes condições: a) que a hipótese ofereça a melhor explicação sobre os fatos que se deve provar do que a hipótese da parte contrária, à luz dos elementos de prova existentes no processo e; b) que o peso probatório do conjunto de elementos de prova relevantes incorporadas ao processo seja completo.

Por fim, o standard probatório da preponderância de provas, exige que a tese apresentada por uma das partes ofereça: “uma melhor explicação sobre os fatos, cuja ocorrência se deve provar, do que a hipótese da parte contrária, à luz dos elementos de prova existentes no expediente processual”.⁸¹

Com base em tais requisitos, Jordi Ferrer Beltrán ente ser possível a fixação do standard probatório para o caso concreto – seja no processo civil, administrativo ou penal -, e verificar a possibilidade de certificar a suficiência probatório, bem como afastar a necessidade de julgamento segundo a regra do ônus da prova.

⁷⁹ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prolegômenos para uma teoria sobre os standards probatórios. O test case da responsabilidade do estado por prisão preventiva errônea.** Altos estudos sobre prova no processo penal. Coord. SALGADO, Daniel de Rezende. KIRCHER, Luís Felipe Schneider, QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro, Editora Juspodivm, 2020

⁸⁰ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prolegômenos para uma teoria sobre os standards probatórios. O test case da responsabilidade do estado por prisão preventiva errônea.** Altos estudos sobre prova no processo penal. Coord. SALGADO, Daniel de Rezende. KIRCHER, Luís Felipe Schneider, QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro, Editora Juspodivm, 2020.

⁸¹ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prolegômenos para uma teoria sobre os standards probatórios. O test case da responsabilidade do estado por prisão preventiva errônea.** Altos estudos sobre prova no processo penal. Coord. SALGADO, Daniel de Rezende. KIRCHER, Luís Felipe Schneider, QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro, Editora Juspodivm, 2020.

A partir de critério coerência, plausibilidade e capacidade explicativa, que afastem elementos psicológicos do julgador, é possível que as partes celebrem convenções processuais estabelecendo o standard probatório aplicável ao caso, como forma de limitar o julgamento conforme as regras do ônus da prova.

Consequentemente, é possível limitar o julgamento segundo a regra objetiva para os casos em que há insuficiência ou inexistência de provas.

Portanto, a estipulação de critérios racionais, por meio de negócios jurídicos processuais, permite atribuir às partes prévio conhecimento acerca do grau de certificação de suficiência probatória capaz de desonerá-la do ônus da prova, permitindo decidir acerca do método adequado para solucionar o conflito, assim como saber se atingiu o nível probatório suficiente para sagrar-se vencedora na demanda.

5. CONCLUSÃO

Conforme apresentado ao longo do presente trabalho, diante da incerteza fática inerente às alegações formuladas no processo contencioso, a atividade probatória traz consigo a imposição do ônus da prova sobre as partes do processo. Seja como meio de incentivar a instrução do processo, seja com o risco da improcedência dos pedidos pela não comprovação dos pressupostos fáticos.

O julgamento segundo as regras do ônus da prova, no entanto, ainda carece, como se demonstrou, de uma sistematização objetiva, uma vez não há uma previsão legal que permita saber quando uma determinada alegação de fato pode ser considerada provada e, consequentemente, afirmar que houve o atingimento da suficiência probatória para afastar o julgamento segundo as regras do ônus da prova.

A doutrina, então, preocupada com a segurança jurídica, desenvolveu originalmente nos sistemas de *common law*, os standards probatórios, isto é, parâmetros segundo os quais é possível certificar o grau de suficiência probatória necessária para desincumbência do ônus da prova.

Tais standards probatórios são fixados conforme a natureza dos bens jurídicos envolvidos no processo e os riscos de erro da decisão, o que resulta na exigência de três diferentes graus de suficiência probatória. Em primeiro lugar, a constatação fática acima de qualquer dúvida razoável. Em segundo, a prova clara e convincente. Por fim, a preponderância de provas.

No processo civil, segundo a doutrina majoritária, a certificação probatória deveria ocorrer segundo a preponderância de provas, consoante exposto no tópico 3.3. Nessa hipótese, é possível afirmar que há prova suficiente para afasta o julgamento conforme a regra do ônus da prova quando, há “preponderância de elementos convergentes à aceitação de uma proposição sobre elementos divergentes”⁸², e que a tese apresentada por uma das partes ofereça “uma melhor explicação sobre os fatos, cuja ocorrência se deve provar, do que a hipótese da parte contrária, à luz dos elementos de prova existentes no expediente processual”⁸³.

Ocorre que, raras são as oportunidades em que há a estipulação de standards probatórios pelo julgador, assim como é rara sua previsão legislativa. Diante desse vácuo normativo é possível que as próprias partes, com a intenção de afastar a subjetividade acerca da certificação da suficiência probatória, estabeleçam standard probatório da preponderância de provas por meio de negócios jurídicos processuais.

A partir de tal convenção, é possível a previsão de critérios de certificação da suficiência probatória, por meio de conexões lógicas entre as provas e as hipóteses fáticas, mediante conceitos objetivos, além de adequar a carga probatória suficiente para a procedência da demanda, em função das peculiaridades do caso concreto, favorecendo uma solução mais adequada e efetiva do conflito.

Sob outro ponto de vista, a convenção prévia acerca do standard probatório permite provisionar as chances de êxito da demanda, e atuar como um elemento de decisão acerca do método adequado para solução da controvérsia.

Além disso, uma vez convenciona a aplicação da preponderância de provas, seria possível provar “existência do fato, sem os extremos da exigência da certeza absoluta que muito dificilmente se atingiria”⁸⁴ e é possível compatibilizar entre as partes os riscos de uma decisão equivocada.

Portanto, o conforme se demonstrou, o standard da preponderância de provas é o grau de certificação probatória que, segundo a doutrina majoritária, deve ser

⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, V. 2, 7 ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 857.

⁸³ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prolegômenos para uma teoria sobre os standards probatórios. O test case da responsabilidade do estado por prisão preventiva errônea**. Altos estudos sobre prova no processo penal. Coord. SALGADO, Daniel de Rezende. KIRCHER, Luís Felipe Schneider, QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro, Editora Juspodivm, 2020.

⁸⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, V. 2, 7 ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 91

aplicável ao processo civil. Mas, caso tal estipulação não ocorra, é possível que as próprias partes o façam por meio de negócios processuais.

Assim, as partes podem diminuir a subjetividade acerca da matéria probatória, tendo em vista que o conhecimento prévio acerca do grau de suficiência probatória exigida pela demanda, o que permite o conhecimento acerca da ausência ou insuficiência de provas. E, como consequência, é possível observar a subsidiariedade na utilização da regra objetiva do ônus da prova.

Assim, o julgamento conforme a regra do ônus da prova, fica restrito às situações de dúvida, entendidas como aquelas em que há um baixo grau de certificação probatória acerca da veracidade de um enunciado fático, assim como há pouco suporte probatório acerca da falsidade do mesmo enunciado.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE MARANHÃO, Clayton. **Standards de prova no processo civil brasileiro**. Revista Judiciária do Paraná – Ano XIV – n. 17 – Maio. 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A Verdade E A Prova No Processo Civil**, p. 8
[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart(2)%20-%20formatado.pdf)

ÁVILA, Humberto. **Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória**. Revista de processo, v. 282, 2018.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prolegômenos para uma teoria sobre os standards probatórios. O test case da responsabilidade do estado por prisão preventiva errônea**. Altos estudos sobre prova no processo penal. Coord. SALGADO, Daniel de Rezende. KIRCHER, Luís Felipe Schneider, QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro, Editora Juspodivm, 2020

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova**. São Paulo: RT, 2001.

CARPES, Arthur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2017.

COSTA, Guilherme Recena. **Livre convencimento e standards de prova**. in: 40 anos da teoria geral do processo no Brasil passado, presente e futuro. Org. ZUFELATO. Camilo. YARSHELL, Flávio Luiz. Malheros.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil - v. 2: **teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, V. 2, 7 ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar. 2004

MARANHÃO, Clayton. **Standards de prova no processo civil brasileiro**. Revista Judiciária do Paraná, Curitiba, v. 14, n. 17, p. 221-258, maio 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 44.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, **Manual de direito processual civil volume único**. ed. 10, São Paulo, Juspodivm, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, **Manual de direito processual civil volume único**. ed. 13, São Paulo, Juspodivm, 2021.

OSTERNACK, Paulo Amaral **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PEIXOTO, Ravi. **Standards Probatórios no direito processual brasileiro** – Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

PONZONI, Christian. **Standards De Prova No Processo Civil Brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (RS), 2021.

Disponível em:

http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/9175/5/DIS_CHRISTIAN_PONZONI_COM_PLETO.pdf. Acesso em 21 out. 2021.

RAMOS, Vítor de Paula. **Do ônus da prova ao dever de provar**. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2018.

SCHMITZ, Leonard. **Presunções judiciais. Raciocínio probatório por inferências**, - 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020

TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais**. Informativo Justen, Perereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 104, 2015, disponível em <http://justen.com.br/informativo>, acesso em 09/03/2022.

TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. - 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 59. ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.