

Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito
Especialização em Direito do Consumidor
Coordenadora Doutora Cláudia Lima Marques

Trabalho de Conclusão de Curso
Orientador Professor André Perin Schmidt Neto

**O standard do convencimento na tutela jurisdicional do
consumidor
(aproximação dogmática)**

Cássio Benvenuto de Castro

Porto Alegre
julho/2015

À Professora Doutora Cláudia Lima Marques, que elaborou uma grade curricular de altíssimo nível e, assim, incentivou um discípulo a entregar uma tutela jurisdicional mais qualificada para as pessoas.

Resumo

Um fato é juridicamente relevante quando ele corresponde ao tipo de fato definido pela norma. O problema do esquema em premissas é o risco da separação extrema entre a questão de fato e a questão de direito, o que resulta na impossibilidade de controlar o juízo de fato. A pesquisa discute esse caráter refratário atribuído ao juízo de fato, abrindo os sentidos da palavra prova, em direito processual, por intermédio de um referencial teórico que polariza o processo à satisfação do direito material, caldo de cultura que aproxima a dogmática à teoria do direito. A partir de uma análise e de uma singela classificação dos diferentes paradigmas ou standards que fazem a transição circular, do processo ao direito material, previne-se o juízo de fato como algo juridicamente controlável. Isso não representa uma repercussão revisional ou cassacional isenta de uma hierarquia movediça, o que é comum na experiência jurídico-positiva, mas, sobretudo assinala que a validade de propor um critério normodependente que persuade ou que convence o juiz é identificar o grau de suficiência ou de intensidade da prova que, em decorrência, afasta a possibilidade de o juiz efetuar o julgamento com fundamento na regra do ônus da prova (art. 333 do CPC). O standard do convencimento judicial é uma fase de passagem, que está inserida no procedimento do conhecimento da prova processual, e que elabora uma interface horizontal e vertical entre os objetos da realidade social que orienta o julgamento. Em especial, investigar o standard do convencimento na tutela jurisdicional do consumidor é uma proposta dogmática que está vinculada tanto ao texto das normas quanto nas implicações valorativas afirmadas pelo ordenamento brasileiro, sobretudo levando em conta a densidade constitucional e o imperativo social para promover o equilíbrio dinâmico ou a igualdade material entre o consumidor e os demais agentes do mercado.

Palavras-chave

Direito do consumidor; processo civil; prova; convencimento; standard

Abstract

One fact is legally relevant when it matches the type actually defined by the rule. The problem of this construction is the risk of separation between the matter of fact and the matter of law, which results in the impossibility to control the trial. The research argues that refractory character of the judgement can be dissolved by the senses of the word proof, in procedural law, with increases the approach between procedure and substantive law, culture that also approach dogmatic the law theory. From the analysis and beyond classification of different standards of proofs, the judgement can be as something controllable. This point check out the validity of proposing standards of proofs that remove the possibility for the judge to make the trial based in rule of burden of proof (rule 333 of the civil procedural law). The standard of proofs is a passing phase, which is a part of the procedural evidence of knowledge of the procedure, and working out a dialogue between the objects of social reality that guides the trial. In particular, investigate the standard of proofs and this approach to the consumer law is a dogmatic research because links the text of the rules and this effects signed by the Brazilian law, mainly when the judge observes constitutional law and the social imperative to increase the balance between the consumer and the other market actors.

Keywords

Consumer rights; civil procedure; proofs; conviction; standard

Sumário

| | |
|--|-----------|
| Introdução | 06 |
| 1 O standard do convencimento judicial | 13 |
| 1.1 A prova processual como resultado | 17 |
| 1.2 A prova processual como atividade ou instrumento | 21 |
| 1.3 A prova processual como valoração | 25 |
| 1.4 Segue: uma possível síntese | 31 |
| 1.5 Os standards do convencimento judicial | 33 |
| 2 O standard do convencimento na tutela jurisdicional do consumidor | 44 |
| 2.1 A defesa do consumidor como princípio | 44 |
| 2.2 As técnicas que estruturam a tutela do consumidor | 54 |
| 2.3 Os tipos presuntivos e o desvio de normalidade narrativa | 62 |
| 5 Conclusão | 77 |
| Referências | 80 |

Introdução

Um avião com passageiros colidiu em um prédio. Na perspectiva de um sociólogo, um evento que despertará o crescente controle das imigrações; na visão de um cientista político, talvez, um fenômeno que enseja uma contraofensiva para a identificação e para a responsabilização dos autores da tragédia; possivelmente, um jurista se preocupará com o ressarcimento dos danos às vítimas e aos seus familiares, ainda levando em conta a socialização dos riscos das atividades potencialmente danosas. Embora as impressões sejam metafóricas, quiçá exageradas, fácil constatar que soluções culturais são tomadas com base em um determinado paradigma, ou seja, no enfoque de uma lente por intermédio da qual é possível observar as coisas.

Um sociólogo, um cientista político ou um jurista, cada um deles com uma maneira peculiar de analisar o mundo, emprestam um sentido ao resultado de suas respectivas constatações. Um sentido que não surge do nada, antes reflete a importância do paradigma utilizado por qualquer ciência, por qualquer subsistema de manifestação cultural.

Quando o turista chega a uma cidade desconhecida, em seguida ele procura um mapa da localidade ou uma referência em *global positioning system* (GPS) para, assim, locomover-se com facilidade. O mapa escrito ou eletrônico não é um caminho, mas somente aponta para um modelo de mundo que reproduz o caminho real, em diferente escala, e com isso indica os objetivos turísticos (finalidades) a partir do ponto de partida no qual está situado o turista. O ponto de partida e o ponto de chegada são referenciais constantes, e seja um paradigma elaborado numa folha de papel (mapa) ou seja um paradigma que orienta um cientista, ele sempre apresenta um modelo de mundo que condiciona ou orienta o observador para os valores ou para as finalidades reputadas legítimas. Vale dizer que o paradigma elabora critérios que facilitam o alcance dos objetivos perseguidos.

As concepções de mundo formuladas pelo homem importam em um determinado paradigma. Pensar que não existe um paradigma já qualifica, por si só, um paradigma embasado na pretensa neutralidade. O homem não é alheio ou neutro a valores e a critérios apontam para finalidades, sendo que as reflexões, inferências, deduções, ponderações, e sobretudo os julgamentos elaborados pelas ciências – mormente a jurídica – são diuturnamente influenciados por lentes ou maneiras de observar o mundo real. Cada ser

humano projeta no mundo a visão de mundo de cada qual, e a realidade possui uma primazia¹ sobre toda a cientificidade, à medida que nada do que acontece é repetível exatamente na medida em que aconteceu, independente da *verofidelidade* ou da *verofobia* filosófica.

Apesar dessa irrepetibilidade que assinala a indelével finitude do ser humano, a questão da verdade não deixa de ser justificável enquanto uma figura aproximativa. Ela pode ser buscada, desde quando reputada verdade aquilo que o formalismo de cada ciência permitir como admissível e ponderável, quer dizer, os conceitos científicos, ora mais ora menos, buscam um nexos teleológico com a verdade, o que no direito representa que a verdade é fruto de uma reconstrução aproximativa daquilo que ocorreu no mundo da vida². Agora, justamente na virtude dessas limitações formais e inerentes a cada ciência é que a verdade, no cenário do direito, reclama um exame dos paradigmas que aparelham o formalismo jurídico, em especial, o paradigma do processo, local onde se encerra o conjunto de elementos probatórios que indicam, mesmo aos céticos, o que aconteceu ou o que deve ter acontecido no mundo da realidade. Intuitivo que nem sempre a verdade é alcançada ou mesmo justificável, não raro, pode acontecer de sequer uma provável verdade ser atingível. No entanto, o processo civil não é um método de trabalho que existe em si mesmo e para si mesmo, pois ele trabalha com a realidade e para a realidade das pessoas, o processo se operacionaliza para satisfazer as finalidades assumidas pelo direito material, situações pressupostas ao processo e para as quais o processo reconstrói tendências de juridicidade.

A realidade social e o direito material³ recebem do processo civil as

¹ A primazia da realidade como uma constatação talvez produto do existencialismo não é quebrantada ou não se choca filosoficamente à criticada separação entre a questão de fato e a questão de direito. Pelo contrário, essa constatação meramente reflete que as elaborações científicas atendem a finalidades peculiares e, assim, elas se estruturam por intermédio dos respectivos formalismos. Nesse prisma, cada ciência recolhe as definições que identificam essas formas, ritos e, enfim, paradigmas, o que é possível identificar quando uma corrente jurídica classicamente separou o que considera uma *questão* de outra *questão*, supondo premissas discursivas ora mais, ora menos comunicáveis entre si.

² “I fatti nella realtà oggettiva o sono o non sono. Il misterio, l’ignoranza, il dubbio sono negli uomini e nell’imperfetta loro apprensione ed interpretazione della realtà. Pertanto, il convincimento del giudice, non sempre è sicuro o *di certezza*; talvolta, per difetto delle prove o per l’inesatto apprezzamento di esse, è dubbio o incerto”. SANTORO, Arturo. Convincimento del giudice. *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IV. Torino: Vnion Tipografico-Editrice Torinese, 1959, p. 814.

³ A realidade social e o direito material são critérios ou referenciais que apontam para uma pretensão de correção discursiva da experiência jurídica, como fatores ou polos metodológicos. Vale referir que os três critérios ou dimensões fundamentais da *justiça e do direito*, segundo Cappelletti (um dos arautos da socialização ou humanização do processo civil no século XX), encerram uma frente constitucional (o mínimo indisponível), uma frente social (para quem é o direito), e uma tendência supranacional. A última frente ou dimensão pode ser depreendida como uma pretensão de universalização, nota da equidade e da isonomia que, desde fora e internamente, aparelha o alvitre do direito. Jusfundamentos, social estruturação e a busca da universalidade – direito substancial, realidade social e os standards, ora utilizados como um mecanismo ou pauta de soluções jurídicas com base na justiça e no direito. Ver CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça: conclusão de um

soluções tombadas pelas decisões. Logo, a realidade social, o direito material e o processo são engrenagens de um circuito no qual a prova ou a reconstrução dos fatos serve como um ponto de estrangulamento máximo que os impulsiona como uma interface de conectividade. Em outras palavras, o direito probatório – a prova – efetua um *link* entre a realidade afirmada nas narrativas processuais e a possibilidade, ou não, da tutela jurisdicional reconstruir as soluções jurídicas, daí se valendo da prova enquanto um critério para a decisão. A tutela jurisdicional qualificada pelo sistema jurídico está calcada em provas, e está sobremaneira orientada pelo paradigma de antemão impregnado pelo direito material.

As construções culturais sofrem as influências dos fatos. Equivale dizer que mesmo uma decisão judicial que, em tese, apenas analisaria normas, de alguma maneira sempre sofre os influxos realistas, porque as normas abarcam construções jurídicas reflexas da tradição e dos próprios fatos concretos que repercutem inferências de sentido utilizadas pelas iterativas decisões sobre demandas semelhantes. Embora o realismo seja uma percepção aparente, mesmo que um realismo moderado, o problema é que nem sempre a dogmática analisou a interconexão entre norma, fato e decisão como interfaces de um ciclo interpenetrado⁴, porque os movimentos pendulares da teoria do direito ora privilegiaram a norma, ora o fato, ou ora a decisão, culminando em extremos cuja falta de integração ainda remete a legados de certa intransigência.

De qualquer maneira, duas impressões, que ainda poderiam ser denominadas de positivistas⁵, surpreendem diferentes tendências, ou melhor, uma variação de

projeto internacional de investigação jurídico-sociológica. Trad. Hermes Zaneti Jr. *Processo, ideologias e sociedade*, vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 73/4.

⁴ “Recognizing that not all rights are rights against rules should motivate deeper inquiry into the purposes that rights serve and, again, should promote acknowledgement of plurality”, os direitos devem ser levados a sério (Dworkin), e também os fatos devem ser levados a sério. Ver FALLON JR., Richard H. As-applied and facial challenges and third-party standing. *Harvard Law Review*. Cambridge: Harvard University Press, april 2000, v. 113, number 6, p. 1366.

⁵ Ambas as obras clássicas de Kelsen e de Hart são datadas na década de 1960, peculiaridade muito interessante. Atualmente, o modismo é discutir a discricionariedade da linguagem de Hart versus o recursionismo e o integracionismo de Dworkin, um debate também sensacional, e que reflete a posição ora apresentada – uma questão de paradigma. A escolha pelos autores é porque os dois são reputados “positivistas”, o primeiro, talvez de um formalismo mais ortodoxo; o segundo, possível que tendente a um realismo moderado, o que provavelmente encontre fundamento nas diferentes escolas do pensamento jurídico às quais cada jusfilósofo está filiado. Decisivo é perceber que o confronto de paradigmas não significa que um autor esteja equivocado em detrimento do outro, no entanto, com base na própria dogmática consagrada pelos ensaístas, possível surpreender uma rotação de lentes de observação, que reproduz a importância da realidade para a formação do direito como uma experiência, como um produto da cultura, portanto, suas conclusões são marcadas pelas influências espaço-temporais. A realidade é melhormente admitida como um “caso concreto”, mas a realidade que se transforma em rotina volta ao plano das normas e das decisões e acaba afirmando tradições, um conceito que hoje está cada vez mais considerado nas reviravoltas linguísticas ou hermenêuticas.

modelos ou de lentes para observar o mundo, mesmo dentro do próprio positivismo. Elas são interessantes porque, desde classicamente, acenam uma variação de paradigmas, sendo uma teoria *mais* voluntarística, e a outra teoria pode ser reputada *mais* objetivista.

Para o formalismo de Kelsen⁶, doutrina pela qual uma decisão judicial está fundada em heteronomias, a aplicação de uma norma jurídica a um caso concreto possui duas velocidades: um primeiro momento, em que o operador do direito define a moldura ou o esquema jurídico dentro do qual algumas interpretações seriam possíveis; e um segundo momento, quando o aplicador do direito escolhe, dentre os limites daquela moldura jurídica antes selecionada, qual a que melhor corresponde à solução da causa, devendo sempre tentar atender ao sentido que o próprio legislador previu, desde que ele formulou a norma jurídica abstratamente.

Com incrível supervivência no Brasil, a doutrina de Kelsen é comprometida com o que ele denominou de nomodinâmica, porque se trata de um regime de aplicação vertical que observa mais um esquema de validade e legitimação formal que o conteúdo e as variações polissêmicas da norma, ou seja, mesmo que se efetue uma leitura desde a norma fundamental até o caso concreto, é pouco provável que o contexto jurídico-decisional, em Kelsen, admita as influências que um caso concreto pode remeter ao sistema de normas, porque os efeitos somente são remetidos no sentido descendente (da norma para o caso). Nessa maneira de resolver as coisas, o direito é objeto de interpretação em solipsismos, onde o poder da autoridade é o epicentro de qualquer elaboração jurídica, o que resulta, mais especificamente no plano do direito probatório, à separação total entre a questão de direito e a questão de fato e fomenta a manutenção de fórmulas decisionistas e modelos subsuntivistas que aparentemente não permitem um questionamento prático e um maior controle da decisão.

Hart também pode ser considerado um positivista, mas assume a condição de um realista moderado, porque não despreza uma influência que o fato produz às normas, como se houvesse um recíproco retorno de influência, o que atualmente caracteriza a sempre citada espiralização hermenêutica. Hart reconhece o caráter aberto do direito, seja em construções legisladas do direito continental, seja nas estruturas dos precedentes da *common law*. Esse autor assegura que “a vida do direito consiste em grande parte em orientar tanto as autoridades quanto os indivíduos particulares através de normas

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 392/5.

precisas, que, diversamente das aplicações de padrões variáveis, *não* lhes exijam uma nova decisão a cada caso. Esse fato evidente da vida social permanece verdadeiro mesmo que possam surgir dúvidas quanto à aplicabilidade de qualquer norma (escrita ou transmitida por precedente) a um caso concreto. Nisso, à margem das normas e nos espaços deixados em aberto pela teoria dos precedentes, os tribunais desempenham uma função normativa que os órgãos administrativos também desempenham nuclearmente, ao elaborar padrões variáveis”⁷.

O grande recado de Hart não é salientar a textura aberta do direito, porque de alguma maneira, mesmo que obscurecido no último capítulo da “Teoria pura do direito”, Kelsen também deixou isso subentendido. Porém, o interessante da comparação é verificar que Hart, desde as primeiras páginas de seu livro, defende que o direito depende de um contexto social e dos usos convencionais que as expressões assumem na experiência jurídica, o que inegavelmente é uma linha de visada que ilustrou correntes culturalistas do fenômeno da correção das soluções jurídicas, bem como apontou para as virtudes hermenêuticas que hoje identificam a diferença entre texto e norma, texto e contexto, entre pré-compreensão e reflexão, passando ao largo do círculo hermenêutico e à pretensão de integridade do sistema jurídico com a eleição das multifuncionalidades e das bases principiológicas que prepararam o arcabouço de teorias estruturalistas como autênticas continuidades jurídicas.

A diferença entre a teoria de Kelsen e a teoria de Hart sobre a textura aberta do direito se reflete na decisão judicial não em termos conceituais, mas repercute na maneira pela qual os dois teóricos do positivismo enxergam um mesmo sistema de normas e, a partir disso, permitem a estruturação e a eventual discussão sobre a legitimidade de uma decisão judicial. Diferentes paradigmas científicos afirmam diferentes resultados ou implicações, sem que uma ou que outra solução seja condenada à exclusão, o que se reclama no mundo atual tem nome – regularidade, previsibilidade, controlabilidade. Com efeito, necessário ter presente que a cultura e seus paradigmas são elaborações construídas pelo ser humano, portanto, modificam-se nas relações espaço-temporal. Ora, se o paradigma sobrevivente kelseniano muito dificilmente admitia discussões sobre os fatos concluídos na decisão judicial, novos paradigmas, quiçá integrativos dos fatos, podem admitir uma inicial ou tendencial controlabilidade sobre o juízo do fato.

⁷ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 175/6.

O objeto do ensaio é salientar que o direito brasileiro, ainda que referenciado pelas normas escritas, permite alguma dose de controle sobre o juízo do fato. A pretensão não é de tese, e a referência a uma aproximação dogmática limita a extensão do debate, ainda mais porque sintoniza a temática à realidade do direito brasileiro e à sua normoteoria. Embora a norma esteja conectada a casos, esse referencial não se desdobra em um estudo de casos particulares, antes ressalta a densidade normativa do direito do consumidor como um polo que verticaliza a efetividade da tutela jurisdicional.

O exame analítico do sistema jurídico, em especial no direito probatório, parte de uma abordagem procedimental e liga os comentários à realidade que serve de base ao processo – o direito material. Aliás, a ponderação entre as correntes jusfilosóficas que ilustram a teoria do direito está escancarada na repartição do trabalho: uma visão procedimentalista, que aborda a polissemia da prova e implica uma reflexão analítica e relacional heterointegrativa do fenômeno do conhecimento da prova, o que conclui pela importância dos standards do convencimento judicial no ordenamento jurídico brasileiro; o convencimento do qual se fala é o do juiz, obviamente, porque as partes não precisam ser convencidas, e a standardização do convencimento judicial será diferente para cada uma das espécies de direito material afirmado em juízo, no especial, para efetivar a tutela jurisdicional do consumidor, o que assinala o segundo momento do ensaio, quando uma visão substancialista impregna o juízo do fato enquanto uma figura de polarização do paradigma ou standard.

A divisão do ensaio em duas grandes balizas descortina o referencial teórico. Certo que um procedimento atende a uma finalidade, qual seja, os anseios da realidade social que estão previstos na dogmática das normas do direito material. Se a operação jurídica que resulta em uma decisão judicial não é um produto de um esquema de heurística formal, antes é um resultado de uma operação que possui escopos, estrutura e princípios basilares, imperiosa a interação justeórica entre o direito material e o direito processual. A interconexão entre substancialismo e procedimentalismo se renova com o imperativo culturalista estabelecido, porque estão pontuados os valores que as normas atribuem aos fatos, em uma razão da circularidade⁸ contínua.

⁸ Atualmente é muito difícil se aceitar concepções unilaterais do direito, “que só enxergam a norma ou o fato, sem incluir o valor, como requer uma visão necessariamente totalizante do fenômeno jurídico”. O fenômeno jurídico trabalha com o valor que o sistema (normas e disposições vinculativas) atribui aos fatos, conforme as condições de possibilidades reconstrutivas que orientam os panoramas espaço-temporalmente influenciadores

O standard do convencimento na tutela jurisdicional do consumidor enseja definir qual a intensidade de provas que retira o juiz de um estado de dúvida inercial, o que, fatalmente, o juiz solucionaria com um julgamento com base no ônus da prova. Agora, se definido um standard do convencimento, possível que se tenha uma noção sobre o que seria essa dúvida inercial que levaria a um julgamento embasado pela regra do ônus da prova. Isso não é um critério pessoal do juiz, mas é um critério do sistema. Evidente que a aproximação da decisão a um paradigma, por mais dogmático que ele o seja, não extirpa alguma dose de subjetivismo. Deveras, a contribuição não é pautar um axioma, antes é fomentar a análise de uma questão prévia à fase final que caracteriza a valoração do juízo de fato, o que confere uma forma de controle material sobre a sua juridicidade, e ainda um controle processual revisional ou cassacional atribuído à força dos tribunais superiores, o que nem sempre encerra uma visualização mais cristalina.

Um recorte monográfico permite uma aproximação dogmática ao standard do convencimento na tutela jurisdicional do consumidor. Importante consignar que praticamente não existe literatura jurídica específica sobre a temática, muito menos em se tratando de uma literatura brasileira. Isso remete o leitor a uma conclusão com base em um estado ideal de coisas, em primeiro lugar, porque é inafastável o compromisso normoteórico utilizado, em segundo lugar, porque o convencimento judicial e os seus standards lidam com pautas móveis, e os fatos e as respectivas rotinas de regularidade standardizadas estão sendo alteradas na prática da experiência jurídica, desde que a primeira linha desse texto começou a ser escrita.

A pretensão de colaborar cientificamente é diretamente proporcional ao risco do insucesso, pois decerto que a navegação somente ocorre quando existe a possibilidade de naufrágio, o resto é cabotagem.

dos contextos experienciais da dinâmica do direito. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 16. A doutrina processual é pródiga em reconhecer as margens temporais e espaciais que preenchem o caldo experiencial das sociedades ao largo da estabilidade marcada do direito. Os valores, os escopos, enfim, os objetivos de determinado agrupamento social somente fazem sentido quando contextualizado a uma realidade, considerando que “l’interesse fondamentale si presenta adesso come l’insieme dei valori che nella loro globalità definiscono il tipo di vita di ogni società e l’istanza irrinunciabile di ogni gruppo sociale di continuarlo in futuro nel miglior modo realmente possibile ed anzi di elevarlo e di arricchirlo. Interesse fondamentale della comunità è, in conclusione, *il tipo migliore di esistenza per essa realmente possibile*, un ragionevole compromesso tra l’ideale astratto e la realtà bruta. Esso è la sintesi onnicomprensiva di tutti i valori reali e sostanziali del sistema, evidenziati dai dati formali e dalle loro estensioni legittime”. O sistema jurídico é uma repercussão dessa estrutura social, portanto, um sistema cultural, com marca espaço-temporalmente identificáveis com o decorrer das evoluções e

1 O standard do convencimento judicial

O erro não chega a ser uma baixa colateral a uma decisão humana, porque, simplesmente, ele pode acontecer. Seja em um jogo ou no certame jurídico, o erro não chega a comprometer a continuidade da experiência. O problema é quando os erros se tornam tão repetitivos a ponto de desnaturar o próprio jogo, como refere Hart: “o fato de que aberrações oficiais isoladas ou excepcionais sejam toleradas não significa que o jogo de críquete ou beisebol não esteja mais sendo jogado. Por outro lado, se essas aberrações forem frequentes, ou se o marcador repudiar a regra de pontuação, haverá um momento em que ou os jogadores não mais aceitarão as decisões anômalas, ou, se o fizerem, o jogo terá mudado. Já não será críquete ou beisebol, mas um ‘jogo ao arbítrio do marcador’; pois é um traço característico desses outros jogos que, em geral, seus resultados sejam apurados da forma exigida pelo sentido mais evidente da regra, por maior liberdade que a textura aberta possa conceder ao marcador de pontos”⁹.

Assim como nos jogos, é difícil sustentar a credibilidade das instituições jurídicas quando os erros em julgamentos se tornam sistemáticos. Uma temática ainda mais complexa na medida em que verificadas as baixas colaterais da absoluta separação entre a questão de direito e a questão de fato. Com efeito, essa independência e heterogeneidade entre tais questões deixou o juízo do fato à margem de um controle preciso e resultou em um paradigma solipsista¹⁰ que colocou a jurisdição como o epicentro da teoria do processo. Esse circuito – não necessariamente nessa ordem de ideias – explica porque os modelos *aplicativos* do direito giraram no entorno da figura da subsunção e da dedução de regras jurídicas, e daí se retirou o juízo do fato *para fora* do contexto que verificariam as regularidades jurídicas.

A experiência jurídica continental raramente fala em critérios da decisão sobre uma questão de fato, ou em paradigmas ou modelos que deveriam orientar o

paradigmas adotados. Ver FALZEA, Angelo. Sistema culturale e sistema giuridico. *Rivista di diritto civile*. Padova: Cedam, anno XXXIV, 1988, p. 16.

⁹ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 187.

¹⁰ A questão é a abstrativização do direito como um impulso dos paradigmas científicos iluministas. “O Iluminismo pretendeu que o direito fosse construído com o mesmo ‘material’ com que se constroem a geometria e a álgebra”, ou seja, por intermédio de equações abstratas. Ver SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito material e processo. In MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 56.

juízo de fato. Seria como sustentar um retorno ao velho regime da prova legal, porém, uma crítica que reclama crítica, pois a discricionariedade contemporânea é um conceito de relação¹¹ e, mais que isso, o mundo atual está conectado e interconectado, pois todas as ciências e conclusões humanas possuem vasos de comunicação entre si. Afastar o juízo de fato de um mínimo possível controle não significaria regredir ao paradigma da prova legal, mas beatificar o livre convencimento motivado como uma espécie de projeção de um absoluto poder soberano, sendo que nem a soberania, hoje, permite inferências sem um compromisso de alguma discutibilidade.

A questão de fato não está *para fora* do plano da questão do direito. Os tribunais já admitem que as decisões teratológicas ou extremamente equivocadas podem e devem ser cassadas ou revistas em instância superior. Nesse diapasão, a problemática do erro sistemático no juízo de fato fomenta uma renovação dos comentários, à medida que a pretensão de justiça é distribuir soluções jurídicas equânimes que coloquem a tutela jurisdicional como o polo metodológico da teoria do processo, daí requintando em termos lógico-procedimental, substancial e com legitimação autorrestringente, uma decisão judicial comprometida com a densidade constitucional de direito fundamental (art. 5º, XXXV, da CF).

O juiz é um sujeito assimétrico quando decide, mas é um sujeito colaborativo quando instrui e quando prepara a decisão, sobretudo porque afirma a transparência do direito material em suas posições que devem elaborar um *continuum*¹² razoável porque coerente, e seu juízos não podem consistir em um mistério às partes. A própria dogmática positivista¹³ mais ferrenha concorda que a norma jurídica é um esquema de imputação formulado a partir de inferências àquilo que comumente acontece no mundo da vida. Ora, se uma decisão judicial reflete a norma, se uma decisão é reputada como uma norma jurídica individualizada, o mais formalista dos positivistas poderia concluir que uma decisão juridicamente qualificada deve entregar soluções minimamente previsíveis porque

¹¹ PICARDI, Nicola. A vocação de nosso tempo para a jurisdição. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. In OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org. e trad.). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 17.

¹² Os poderes instrutórios das partes e do juiz, e sobretudo a decisão do juiz não é um “unicuum”, mas um “continuum”, porque seguem a um procedimento com vistas às finalidades legalmente estabelecidas. Na época das ponderações, sopesamentos, ecletismos e argumentações, fácil perceber que os sujeitos processuais trabalham em uma comunidade, como integrantes de um método de reconstrução dos fatos jurídicos, sendo o processo um sistema ou operação integrativa desses esforços contínuos que, obviamente, deve ter um final – todavia, um final previsível e não (muito) misterioso. Não existe uma “gangorra” entre poderes instrutórios do juiz e das partes, embora historicamente o formalismo tenha identicado movimentos pendulares nesse possível estado ideal de coisas. Ver TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a reconstrução dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 206.

¹³ Kelsen, *op. cit.*, p. 279.

regulares aos casos que se repetem nas rotinas sociais.

A transparência na atividade de produção e de valoração da prova é decorrente do contraditório no sentido material, e a falta de regularidade nas decisões é capaz de desnaturar um processo, porque ele é normodependente do contraditório, assim como na alegoria hartiana uma aberração pode se transformar no “jogo ao arbítrio do marcador”¹⁴. Regularidade supõe possibilidade de controle das decisões para evitar a sistematização dos erros. Isso começa a ser dogmaticamente possível quando identificado que cada decisão encerra um verdadeiro procedimento e que não se trata apenas de um esqueleto formal, mas de um procedimento polarizado à formação e à produção de uma prova frente a um contexto do direito material. A estrutura da decisão¹⁵ sempre visualiza o seu derradeiro momento, o seu ato final, porque o processo está impregnado pelo direito.

O presente capítulo se vale da percepção que a palavra e o direito probatório, em matéria processual, pode surpreender diferentes sentidos, sendo ela mesma um autêntico processo¹⁶. A prova possui um início, um meio e um final, todos polarizados à solução do juízo sobre um fato. Portanto, a prova como resultado, a prova como atividade, ou a prova como valoração, nada mais representa que uma leitura sintática, semântica, ou pragmática da semiose da prova processual¹⁷, portanto, um compromisso de sentidos que não é inédito e reflete diferentes acepções polissêmicas que culminam em um esboço de sistematização dos standards do convencimento judicial no próprio cenário do direito continental.

¹⁴ Hart, *O conceito de direito*, cit., p. 187.

¹⁵ “The only relevant problem is that the goal of dispute resolution may be pursued in different ways, depending upon the structural and functional characters of the various procedural systems”. TARUFFO, Michele. Rethinking the standards of proof. *The American Journal of Comparative Law*, vol. LI, number 3, Summer 2003.

¹⁶ Uma alusão à maneira culturalista de observar as coisas jurídicas através dos desdobramentos interfaciais que estão interconectados por um fio condutor, por uma função que une todos os sentidos e até mesmo confere sentidos aos fenômenos. Um caldo de cultura surpreendido em SILVA, Clóvis V. do Couto. *A obrigação como processo*. 1ª ed. 6ª reimpressão. Rio de Janeiro: FGV, 2006, *passim*. O autor refere que, dogmaticamente, é possível separar os planos da obrigação, com a identificação das fontes e princípios que aparelham as obrigações, a seguir, pode-se analisar o desenvolvimento da obrigação, sua estrutura, que apresenta a densidade do vínculo. Ambos esses planos dogmatizados estão polarizados a uma solução de compromisso com o ato final, com o fio condutor da obrigação, qual seja, o adimplemento, daí o ato final que empresta sentido ao conjunto de planos analítica e dogmaticamente separados. Ver o capítulo da Introdução, p. 18/22, que demonstra o paradigma culturalista do autor, a lente com a qual ele observa a obrigação. Um referencial ora utilizado para a leitura da prova.

¹⁷ As linhas divisórias entre os sentidos de um enunciado não raro é delicado, quando da observação da relação entre as palavras, da sua aplicabilidade com as coisas da realidade, e quando se refere ao objeto da fala, considerados os sujeitos falantes lhes afirmam. A complexidade jusfilosófica dessas percepções pode ser aprofundada em FERRAJOLI, Luigi. Por uma refundação epistemológica da teoria do direito. Trad. Daniel Ustarróz e Alexandre Aranalde Salim. In TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de (orgs.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri: Manole, 2010, p. 182 e seguintes.

O standard do convencimento repercute a persuasão do juiz, pois é intuitivo que somente o juiz pode restar convencido, no processo. A experiência da standardização também é denominada modelo de constatação da prova, ou módulo de conhecimento sobre a prova, e consiste, basicamente, em uma pauta móvel que confere uma previsibilidade ao juízo do fato.

Agora, o interessante é que o standard não se presta somente a controlar o juízo de fato e a fundamentar a revogação de uma decisão do juiz, quando examinado um recurso em instância superior. A aplicabilidade do standard é até discutível nesse aspecto revisional ou cassacional. Ao lado disso, o standard do convencimento do juiz permite fixar um mínimo grau de confirmação que afastará uma alegação de dúvida e que permitiria, ao juiz, um julgamento com base na regra do ônus da prova¹⁸ (art. 333 do CPC). Em outras palavras, quando preenchido o standard do convencimento judicial se elide, conseqüentemente, a possibilidade do julgamento com base na regra do ônus da prova.

O texto é para uma aproximação dogmática entre a decisão, o procedimento e o direito do consumidor. Portanto, não avança para critérios inferenciais ou de *warrant*, tampouco elabora formulações epistêmicas complexas e que transcendem uma apreciação monográfica. A intenção é salientar que a valoração da prova enquanto um ato final do juízo de fato, no processo, é uma ponderação normodependente, logo, atende a critérios positivos e minimamente investigáveis. O problema do erro é um fundamento do controle, mas o controle é um elemento de regularidade do sistema.

O limitador dogmático não abre o ensaio para comentários jurisprudenciais particularizados, embora seja possível esquematizar uma proposta relacional entre algumas referências em termos de decisões. O interessante é notar que para cada realidade social afirmada pelo direito material, o grau de confirmação argumentado em provas se modifica, quantitativa ou qualitativamente. A constitucionalização do direito implica na interconexão entre todas as normas jurídicas, sejam procedimentais ou materiais, e inclusive efetua uma aproximação da legislação à teoria do direito, inclusive no direito brasileiro.

O standard do convencimento do juiz é uma pauta que empresta certa

¹⁸ Sobre o ônus da prova como regra de instrução (aspecto subjetivo) e como regra de julgamento (aspecto objetivo), ver MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual*: segunda série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 74/5.

regularidade vertical (atingível pelo procedimento) e horizontal¹⁹ (quando comparadas as rotinas inferenciadas pelo direito material) à decisão. De resto, um fenômeno que relativiza a independência e a heterogeneidade entre a questão de fato e a questão de direito por intermédio de uma movimentação interfacial.

1.1 A prova processual como resultado

O direito desenvolve os seus enunciados através da palavra. As palavras consistem em entidades físicas que ocupam uma posição intermediária entre as pessoas e os objetos aos quais elas se referem. A palavra é uma condição de possibilidade, e os objetos dos quais se fala consistem em coisas, situações ou mesmo pessoas das quais se está falando. A realidade empírica tem uma primazia sobre os enunciados linguísticos²⁰, assim, tudo o que se fala depende de um contexto de sentidos, ora mais rígido, ora mais flexível.

As palavras estão relacionadas entre si, bem como dependem da relação entre as coisas da realidade e da relação com os próprios sujeitos que falam. Logo, a utilização de uma palavra nem sempre possui a mesma dimensão de sentido. Por exemplo, o vocábulo *caneta* geralmente é empregado no sentido de objeto para escrever. No entanto, ocasionalmente, esse sentido pode ser contrastado quando o conceito corrente é confrontado

¹⁹ Ao comentar a questão do erro e da possibilidade do seu controle, o metodismo analítico de Kant resume a tendência comparativa ou relacional necessária para esse autorreferencial, uma medida que os standards encerram, mesmo que o clássico não afirme essa nomenclatura. Kant comenta que “não se pode demonstrar a *ninguém* que ele está desatinado; todo o arrazoar seria inútil. Se a absurdidade se comprovar, já se não fala com quem erra, mas com aquele que é racional”. Assim, relendo e com alusões de Kant a um fenômeno contemporâneo, o standard seria como que “um sinal *externo* ou uma pedra-de-toque *externa* da verdade é a comparação do nosso juízo próprio com o juízo dos outros, porque o elemento subjetivo não se acoita em todos do mesmo modo.” KANT, Immanuel. *Lógica*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Texto & Grafia, 2009, p. 59.

²⁰ Por mais abstrata que o seja, qualquer ciência observa o princípio universal da primazia da realidade. Isso representa a estabilidade marcada que o direito grava nas sociedades, ou seja, o direito é produto da cultura, de uma produção espaço-temporalmente esclarecida. Logo, quando se aprofunda o debate entre as escolas do pensamento jurídico como, por exemplo, o direito natural e o positivismo, possível identificar que se trata de um confronto entre paradigmas que ilustraram uma época, marcaram tendências, e que hoje não estão totalmente abandonadas. Pelo contrário, esse debate está em alguma medida reafirmado através das variações como a do procedimentalismo e do estruturalismo. Essas correntes jusfilosóficas não são tão opostas, porque atualmente as suas interconexões são deveras admitidas. De qualquer maneira, o reposicionamento dessas vertentes do pensamento jurídico não afasta que a despeito da perspectiva ou arquétipo (melhor dizer paradigmas), necessário ter presente que existe uma realidade com primazia. A grande diferença entre as correntes é a maneira como elas paradigma observam essa realidade. O positivismo é às vezes um paradigma muito rígido, outras vezes, mais flexível, o que garantiu a sua supervivência até os dias atuais, com as variações marcadas pela nota cultural – “na verdade o direito se curva perante a natureza”, consoante escreve ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 23.

com uma realidade diferente da tradicional, porque às vezes os sujeitos da fala utilizam as palavras para servirem a um contexto particularizado. O vocábulo *caneta* assume sentido diverso do corrente quando empregado na expressão “o jogador de futebol aplicou uma caneta no adversário”, quando *caneta* é uma atividade, um drible específico.

O mesmo acontece com o vocábulo *prova*. A expressão “algo está provado” utiliza o sentido corriqueiro dessa palavra. Em qualquer discussão de casal, alguém já ouviu que não discute sobre o que “é fato”, porque o fato está “provado”. A vida repete a ciência, de qualquer maneira, trata-se de um sentido usual dessa palavra. De outro lado, na expressão o “sujeito provou cada uma das sobremesas”, outro sentido fora emprestado à palavra *prova*. O importante é que um sentido de uma palavra não pode excluir o outro, mais ainda, um operador do direito que eminentemente trabalha com a matéria-prima palavra, deve ter presente os vários sentidos que a palavra pode assumir, inclusive observando os desdobramentos que as soluções de sentido apresentam em seu conjunto tendencial. O modelo hermenêutico consolida essa circularidade.

O trabalho de um tradutor é dificultoso porque ele deve, justamente, recuperar o sentido das palavras de uma língua estrangeira, primeiro observando o conceito consagrado nos usos e costumes, o conteúdo mesmo da palavra, e a esse caldo não distanciar a tradução das palavras de um contexto em que a combinação entre as palavras pode remeter o enunciado total. Hoje, é fácil perceber a transição da parte para o todo, da análise para o holismo, inclusive com alegorias²¹ práticas que confirmam essa tese de encadeamento.

Vale dizer que essa circularidade também ocorre na operação jurídica, em especial, no exame que o operador efetua no capítulo das provas ou do direito probatório, à medida que essa palavra, como todas as outras, remete a diferentes soluções de sentidos e, ainda por cima, a sobressentidos, porque uma prova faz lembrar um fato, e para cada fato, a lente da observação pode variar quando é polarizada a investigar uma realidade do direito material. Consequentemente, cada sentido da palavra *prova* e todos os sentidos dessa palavra,

²¹ Com a metáfora do mosaico, Taruffo refere que “cada peça de vidro é determinado por sua posição no desenho final, mas o significado do mosaico em sua totalidade é determinado pelas cores e pela posição de cada peça”. Ver TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a reconstrução dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 85. Não por acaso uma derivação da teoria da gestalt, da psicologia, que, conseqüentemente, deriva de uma leitura filosófica que observa o mundo multifacetado como um resultante diferenciado do conteúdo de cada uma das peças atomizadas em suas particularidades. Daí a crescente importância da tradição e do sentido que essa rotina impõe às normas, impõe às próprias decisões, que acabam suscetíveis ao influxo das mutações sociais. Uma conclusão leva à outra, aliás, percepção científica que demonstra a vasocomunicação das leituras, e sobretudo representa a virada hermenêutica como uma redimensão filosófica, ainda mais quando aprofundado o estudo nas alegorias e metáforas wittgensteinianas.

em conjunto, reclamam a pontuação de um referencial – um referencial que depende das pessoas, coisas ou situações a que a prova está reportada, enfim, depende do direito material.

Alessandro Giuliani²² refere que a lógica da prova está ligada a conceitos como relação, relevância e procedimento. Ou seja, a lógica da prova repercute uma verdadeira sucessão de sentidos, todos interligados entre si, assim como a palavra prova, ela mesma, realiza uma ligação ou interface entre o sujeito que fala e o objeto do qual se fala (coisa, pessoa ou situação). Uma aproximação dogmática que remete ao seguinte: qualquer ciência experimental ou qualquer rotina experimental pode reputar algo como provado no sentido de resultado, no sentido de ser alcançada alguma solução, sendo que esse significado está no desfecho de uma sucessão relacional de entidades (pessoas e objetos); como decorrência da prova não ser um fenômeno restrito à tipologia jurídica, e porque a prova também pode ser utilizada pelos juristas no sentido de resultado (um sentido corrente), a operação jurídica deve ter consciência dos paradigmas por intermédio dos quais se observa a realidade da vida, porque qualquer técnica de estranhamento, descobrimento e julgamento das provas (sentido de resultado) utilizará paradigmas, sendo que o discurso da falta de paradigma já consiste – por si só – em um paradigma.

O sentido corrente da prova (prova como resultado) impõe que as soluções jurídicas podem chegar a conclusões ou a resultados práticos, contudo, sem deles retirar o sentido que os desdobramentos contextuais²³ pressupõem. Em outros termos, as

²² GIULIANI, Alessandro. Prova (Prova in generale). *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII. Milano: Giuffrè, 1988. p. 519.

²³ A importância das estruturas sociais ou dos contextos sociais na análise das matérias-primas jurídicas é desde o início questionada por HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. A primeira edição é datada de 1960, e chama a atenção que mesmo um autor ainda rotulado de positivista – talvez, um realista moderado – apresenta as interfaces da experiência jurídica, ou seja, os aspectos internos ou externos das normas, o que é coerente com a afirmação de que o direito reclama o exame dos usos convencionais das expressões ou depende do contexto social no qual está inserido. A polissemia, o estudo da linguagem assume importante missão jurídica, o que se refletiu na virada hermenêutica e nas soluções de circularidade que ela propõe. Basta observar as páginas 114 e seguintes do ensaio de Hart, para quem sabe concluir que está inaugurada uma tendência estruturalista ou substancialista do pensamento jurídico, uma rotina cujos contornos recursionistas de Dworkin puderam refinar. Essas premissas desataram novas correntes jusfilosóficas, de alguma maneira reestilizando antigos confrontos, como a polêmica entre Kelsen e Eugen Ehrlich, em 1915 – postura normativa versus a postura realista “do” direito –, porque atualmente o debate se apresenta em termos de jusconstitucionalismo ou a compreensão do que integra esse fenômeno que, em termos de justiça constitucional, encerrou nota procedimental e substancial, daí organizando metodicamente as entidades do sistema como “normas e fatos” porque resultantes de uma construção unitarizante “no” direito. Estudando o pensamento de Hart, talvez a origem dessa abordagem esteja no ensaio “Definição e teoria na teoria do direito”, datado de 1954 (in *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*, trad. José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves, Rio de Janeiro, Elsevier, 2010, p. 23 e seguintes), o que é reforçado com a leitura do ensaio “Kelsen visitado”, nas páginas 323 e seguintes do mesmo livro, e complementado pelo texto “Por uma

contingências práticas de reputar algo como “provado” não retiram a possibilidade do controle dessa conclusão, quando o desdobramento contextual está providenciado por um regime de normas que estabelecem uma rotina, tanto procedimental como substancial. Do contrário, a conclusão de reputar algo como provado estará aberto a erros fundados em paradigmas tão corriqueiros como os preconceitos, que são lentes distorcidas porque preconcebidas e sem um critério orientador minimamente válido.

O operador do direito, sobretudo no exame da prova, deve privilegiar uma percepção conglobante²⁴ dos sentidos da prova, porque tendente a reunir as matérias-primas dos esforços jurídicos para apresentar as soluções que afirmam finalidades normativamente dependentes. Os fatos estão inseridos em qualquer manifestação da cultura, e se a prova pode ser considerada como um resultado que reconstrói esses fatos, óbvio que ninguém pode ser mais “convicente em suas conclusões que em suas premissas”²⁵, portanto, é necessário que o paradigma ou o critério que antecede a prova como resultado, como conclusão – o juízo final sobre um fato, o resultado que reconstrói o fato – seja razoavelmente transparente para que a conclusão possa ser discutida e aceita pelos interlocutores.

Afinal, se tanto as palavras como as provas são entidades que relacionam as pessoas aos objetos, tanto o tradutor como o julgador, ou mesmo o cientista, todos devem apresentar os paradigmas ou os critérios que orientam as suas conclusões. Somente nesse contexto uma solução de regularidade é culturalmente razoável porque controlável. Um controle que justifica tanto uma movimentação recursal ou cassacional, como um controle que previna com que o juiz se declare em dúvida e, então, elabora um julgamento

refundação epistemológica da teoria do direito”, de Ferrajóli, trad. Daniel Ustarroz e Alexandre Aranalde Salim, *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*, Barueri: Manole, 2010, p. 182 e seguintes.

²⁴ A metódica do direito ou a concepção global do direito é uma percepção que chega a ser denominada “estruturalista”, mas que na verdade reclama espaços a um “constitutivismo” das soluções jurídicas através de uma dinâmica que ultrapassa a antiga mera interpretação de *textos* de normas. A normatividade do direito está para além do texto, justamente, porque o direito está aberto à leitura de conceitos, sentidos e práticas cujos métodos, atualmente, conectam a filosofia, a sociologia, a crítica e mesmo a política, porque se vale de premissas e enunciados não auto-excludentes do fenômeno integrativo dos espaços que a integram o jurídico. Direito e realidade não são figuras justapostas, mas se influenciam reciprocamente, ainda mais quando as constituições formalizam o que é pressuposto de fundamental à vida das pessoas, direitos fundamentais, princípios e valores que assumem nota de vinculatividade e estreitam a velha separação entre a forma e o conteúdo. Consoante MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, em especial, p. 45 e seguintes. Também verificar FERRAJÓLI, Luigi. Por uma refundação epistemológica da teoria do direito. Trad. Daniel Ustarroz e Alexandre Aranalde Salim. In TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi (orgs.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri: Manole, 2010, p. 182 e seguintes.

²⁵ MACCORMICK, Neil. Em defesa do deducionismo. *Retórica e o Estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 101.

nucleado com base na regra do ônus da prova (art. 333 do CPC).

Nesse primeiro momento, considere-se que a prova como resultado de uma experiência não é uma conclusão restrita ao mundo jurídico. Um perfil que promove a abertura dos textos da prova processual para um desdobramento vertical e horizontal de sentidos. Vertical, porque a prova atende a um procedimento, horizontal, porque o juízo dela extraído pode ser contrastado com outros juízos, com base no direito material. Uma lógica extraída pela interconexão de sentidos.

1.2 A prova processual como atividade ou instrumento

A prova no sentido de um resultado não é um evento do acaso ou da natureza, é uma conclusão elaborada pelo ser humano. No mundo da cultura, qualquer conclusão humana é um ato ou uma atividade que está relacionada a outros atos ou atividades. Vale dizer que o ato final – a conclusão ou o resultado – polariza uma série de atos ou atividades que lhe são pressupostos.

Intuitivo que um resultado que considera algo como provado possui uma história causal²⁶, pois reflete uma condição de atividade ou condição de movimento desse resultado. O resultado ou ato final está vinculado aos atos anteriores. Nesse contexto de sentido, a doutrina²⁷ do processo civil refere que a prova também pode ser compreendida como a atividade que antecede um resultado-decisão, em outras palavras, quer dizer que a prova também é um instrumento pelo qual o resultado final do *provado* é alcançado.

Observar a dimensão extrínseca (resultado) de um conjunto de atos humanos subentende uma dimensão intrínseca (atividade que culmina no resultado). Embora a dificuldade para diferenciar, em um ato emanado dos poderes estatais, o sentido jurídico de um sentido semântico²⁸, porque muitas vezes é apenas salientada a função de um poder estatal

²⁶ Desde o direito administrativo ao processo civil, o Benvenuti divulga já na metade do século XX a importância do liame lógico entre os atos pressupostos e os atos decorrentes de uma série de atos que, em seu conjunto, afirmam o procedimento como um caminho a ser percorrido e, assim, de acordo como sistema positivo, ser atingido um resultado “perfeito”. Um ensaio que sufragou as doutrinas de Fazzalari e de Nicola Picardi, que reforçaram o conceito que atualmente assume foros de dogmático acerca do processo – um procedimento em contraditório, sendo o procedimento uma sucessão lógica e cronológica de atos, a espinha dorsal do processo. Ver BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo. Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 128.

²⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*, vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 335

²⁸ BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo. Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 121.

ou o caráter instrumental de um serviço prestado, parece que qualquer ato advindo do poder estatal reclama um procedimento prévio que embasa o resultado final a ser atingido. Dizer que algo está provado é um resultado que descobre a prova como um instrumento de trabalho para atingir tal conclusão, e daí um sentido final não descarta o sentido dos meios para provar, sendo que a comunhão de sentidos desdobra um procedimento probatório.

A solução de meios é sinônima de atividade, o que justifica a dogmática da prova testemunhal, documental, pericial, entre outras. Atividade ou instrumento são os perfis que ligam a prova à realidade da qual se está falando²⁹. Um cenário que é reproduzido pela ciência, em especial pela normoteoria, que centraliza a experiência do direito continental, à medida que quando comenta o direito probatório, o ordenamento jurídico esquematiza formulações³⁰ em sequência de atos e posições subjetivas, onde uma norma regulamenta uma ou mais condutas, e uma outra norma subsequente abarca tais condutas como pressuposto para uma nova qualificação. O próprio Código de Processo regulamenta a produção, a exclusão e a produção das provas, o que torna ainda mais aceitável uma teoria procedimental, em direito probatório, que inclusive pode ser utilizada para explicar sucessão de atos no direito material como, por exemplo, a sucessão de atos quando o “dever do doador de entregar a coisa ao donatário é considerado um ‘efeito’ do ato de doação e da sua aceitação, uma consequência”, segundo Fazzalari³¹.

A leitura procedimental³² significa que o esquema de normas que o paradigma positivista organiza possui a pretensão de abrangência ou totalizante. Nos moldes idealizados pelo positivismo, a estrutura do direito probatório é um emaranhado contínuo de normas, o que ratifica a possibilidade da visualização ou do controle da prova no sentido

²⁹ Quando se refere à dimensão semântica do direito, Ferrajóli enfatiza a necessidade integrativa ou insertiva dos conceitos, que Friedrich Müller denomina metodizantes ou unitarizantes-constitutivos, ou seja, a compreensão dos fenômenos jurídicos como experiências “no” direito, jusaparelhadas, cuja expressão pode ser eventualmente dissociada para finalidades científicas ou de comentários, mas que não merecem uma solução de interpretação ou de aplicabilidade “parcelar” ou de “justaposição” de entidades que não seriam divisíveis. Ver FERRAJÓLI, Luigi. Por uma refundação epistemológica da teoria do direito, *op. cit.*, p. 186/8.

³⁰ Embora seja crescente o fenômeno da descodificação, bem como também seja relevante uma percepção de que nem todo o direito é produzido pelas normas legais do estado (e ainda que se fale na era da jurisdição), o direito brasileiro possui inegável rotina cuja preponderância está em esquemas de normas legisladas. Ver CAENEGEM, R. C. VAN. Juízes, legisladores e professores. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, em especial, p. 27/37.

³¹ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. de Elaine Nassif. 8ª edição traduzida. Campinas: Bookseller, 2006, p. 93.

³² A ideia de ordem ou ordenação de atos é uma complexa, porém, constante na tradição filosófica. As variações do que se compreender por ordem afirmam diferentes modelos ou métodos para que determinado resultado seja melhormente alcançado. Ver PICARDI, Nicola. *Audiat et altera pars*: as matrizes histórico-culturais do

vertical, porque ocorre uma sucessão de atos apontados para uma decisão final. Uma perspectiva dogmática que, mesmo separando a questão de fato e a questão de direito, em decorrência, implicou em posicionar o procedimento como o mecanismo de referência no controle do direito probatório.

O problema é que essa maneira unicamente procedimental de ver as coisas, em linha de princípio, somente permite que a questão de fato seja demandada quando violada alguma norma do procedimento, ou seja, com fundamento no juízo de admissibilidade e de relevância da prova³³, porém, jamais discutindo um juízo de adequabilidade substancial ou um juízo de normalidade narrativa no entorno da juridicidade das questões processuais. Os efeitos (resultados) do ato processual da prova seriam discricionários, portanto, incontroláveis.

O standard do convencimento judicial aparece para amplificar a controlabilidade do juízo de fato em termos de heterointegração ou substancialização do direito probatório. Apesar do standard não estar expressamente previstos em lei, a releitura hermenêutica dos institutos e o jusconstitucionalismo contemporâneo permitem admitir que a separação absoluta entre a questão de fato e a questão de direito é um paradigma da era moderna, quando se consagrava a jurisdição³⁴ como o núcleo da teoria do processo civil. Essa lente científica retirava a comunicação das fontes e a polissemia das hipóteses de trabalho experienciais, inclusive porque a lógica positivada, naquela época, estava comprometida com o valor da segurança jurídica, um valor que somente seria atingido mecanicamente, através de um procedimento rígido e ordinarizante. O procedimento é apenas uma ponta que expressa os valores do processo civil, é uma peça desse mosaico, que não esgota a necessidade da prova atender aos demais valores – dentre os quais, a efetividade e a pacificação com a justiça prevista pelo direito material.

Em direito probatório, a utilização de padrões como o tipo e a tipicidade reservam implicações limitadoras no sentido de adequabilidade material, porque permite que o fantasma da discricionariedade não alcance a comparação de um juízo de fato com os outros juízos de fato em casos substancialmente análogos. A retórica da controlabilidade

contraditório. Trad. de Luis Alberto Reichelt. In PICARDI, Nicola. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org. e revisor técnico da tradução). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 128.

³³ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

³⁴ A jurisdição ao centro da teoria processual fez escola e firmou as bases epistêmicas do CPC/1973. Ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 90 e seguintes.

projetada pelo positivismo – com força unicamente no procedimento – observa se a prova é pertinente, e assim julga a admissão ou a relevância da prova, mas de resto não questiona qual o critério adotado para o julgamento do fato. Com efeito, quando a prova é transformada em uma mera sequência em procedimento, tudo o que observar esse método regrado³⁵ é automaticamente legítimo e deve ser aceito, uma metodologia que privilegia o modelo dedutivista e, na volta, consagra a bipartição entre a premissa maior e a premissa menor (separação entre direito e fato), que sobremaneira sobrevive no sistema do Código de Processo Civil de 1973 (arts. 282, III e 458, II, do CPC).

Todavia, a dogmática positivista não afasta a possibilidade de analisar os demais sentidos da prova, desde fora do processo, e observando os efeitos e classificações que o juízo de fato pode utilizar, a depender do direito material que está sendo discutido. Inclusive, essa leitura ratifica o procedimento probatório como um rastro do perene diálogo entre a lógica e a retórica³⁶, fatores interligados e que expressam uma polaridade assimétrica, ora o *resultado prova* pendendo mais para o terreno da lógica, ora pendendo mais para o terreno da retórica. O procedimento probatório elaborado pelas leis, ou seja, a prova como atividade ou como meio, apesar da candente separação entre a questão do fato e a questão do direito, confirma o atual quadrante hermenêutico da integração entre norma e fato, entre texto e contexto, entre os significados e os diversos sentidos que as palavras podem assumir, porque o processo está impregnado do direito material na medida em que as construções jurídicas em procedimento partem de uma pressuposição ideal que separa as narrativas em premissas – norma e fato, sendo relevante o que é eleito pela norma como o tipo legal³⁷.

A conclusão parcial verifica que um procedimento probatório³⁸ organiza a prova ao largo de três fases: a fase da admissibilidade da prova, a fase da realização da prova, e a fase da valoração da prova. Essas fases consistem em planos distintos e que reproduzem uma totalidade formal, uma solução de continuidade. Justamente, nessa aparente separação, que outrora sustentou o discurso da discricionariedade e da intocabilidade

³⁵ O Estado democrático e as constituições contemporâneas formam um espaço jurídico muito mais abrangente que o antigo espaço jurídico outrora restrito a leis, como consagrado pelo Estado liberal. Ver ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 9ª ed. Madrid: Trotta, p. 47 e seguintes.

³⁶ GIULIANI, Alessandro. Prova (Prova in generale). *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, vol. XXXVII, p. 521/2.

³⁷ MACCORMICK, Neil. Sobre o silogismo jurídico. *Retórica e o Estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 48.

³⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*, vol. 2. São Paulo: Atlas, 2012, p. 53.

do juízo de fato, é que reside um dos fundamentos da standardização do convencimento judicial, pois a prova como atividade ou como meio atende a finalidades, a prova como um procedimento está polarizada para atender aos valores eleitos pelo direito material.

O valor que verticaliza o procedimento da prova é uma atribuição de sentido por ato e na virtude de ato humano. Logo, o valor deve se estruturar em critérios substanciais. O que se pretende é fixar que a polissemia do direito probatório, enfim, um modelo hermenêutico do direito probatório, não rejeita, antes confirma a standardização do convencimento judicial. Um referencial jusconstitucionalmente imperativo.

1.3 A prova processual como valoração

A prova pode ser concebida como um resultado, e esse resultado subentende uma operação prévia. Na visão de Kelsen, a sucessão de atos ao largo de uma estrutura lógica e cronológica encerra um sentido estático (fato) e um sentido dinâmico³⁹ (sucessão de normas), que nos termos da legislação engloba a propositura, a admissão e a produção da prova, o que sobremaneira não exaure o discurso de sentidos da prova.

Os efeitos emanados pelo ato final do procedimento, ou seja, os efeitos do ato que decide sobre a prova processual dependem da eficácia ditada pelo direito material. Logo, o ato final ou a decisão sobre a prova é uma consequência dos demais sentidos da prova, mas também é uma causa que, na volta dessa circularidade de sentidos, empresta utilidade prática e científica à polissemia. Com efeito, o ato final do procedimento probatório, cuja concreção empírica está na própria prova como resultado, integra uma avaliação da prova, fase analiticamente denominada de valoração da prova⁴⁰.

Comentou-se que a separação entre a questão de fato e a questão de direito é supervivente, assim como o paradigma da jurisdição como o epicentro das soluções experienciais no processo civil. Ressalvar os diferentes sentidos da prova é descortinar que uma valoração da prova afirma que uma motivação da decisão judicial é válida desde que obedeça a regras de lógica e a padrões tendentes ao universalizável. Vale dizer que a decisão – inclusive sobre a prova – observa critérios que se orientam por comparações e classificações na perspectiva do direito material. Afinal, eles não seriam critérios se escondessem soluções

³⁹ Kelsen, *op. cit.*, p. 79/80.

⁴⁰ Ovídio, *Curso, op. cit.*, p. 346.

misteriosas porque demasiado subjetivas. A consistência jurídica da decisão, no panorama jusconstitucional, reflete que o juízo de fato não é uma gangorra entre o juiz e as partes, não é um ato soberano, mas se trata de uma construção onde todos colaboram para uma conclusão justa.

O processo justo e a transição do epicentro da teoria geral do processo para a utilização do processo como o núcleo do processo civil⁴¹ (ou a tutela jurisdicional) surpreende duas características. Em primeiro lugar, implica que a valoração da prova seja uma fase ou o plano final de um procedimento que começou quando da propositura da prova, nada de novidade, o que atualmente é admitido na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁴², quando essas decisões separam a fase da admissão, da formação ou da valoração da prova. Esses planos são distintos, sendo a valoração o último degrau da escalada do procedimento, tanto que a referida jurisprudência do STJ asseverou: “analisada apenas a legalidade da designação para a realização de nova perícia para ensejar a formação do livre convencimento do juiz, em fase de produção probatória, não tendo ocorrido valoração das provas, não havendo, portanto, preclusão advinda de existência de laudos anteriores”. Os planos do procedimento da prova são lógica e cronologicamente estruturados.

Em segundo lugar, necessário considerar que a própria fase de valoração da prova implica um autoexame analítico. Ora, se o direito é dirigido à pacificação social, se o direito é um instrumento para a realização da justiça, quando se fala em prova ocorre uma aproximação entre o juízo emanado a partir da prova e a questão da verdade enquanto uma realidade cuja primazia é humanamente admitida. Embora criticada pela corrente *verophobic*, o conceito de verdade é relacional, à medida que não deixa de expressar

⁴¹ “Muito mais consentâneo ao nosso ambiente cultural revela-se colocar o *processo* no centro da teoria do processo. Valoriza-se aí, em maior escala, o papel de todos que nele tomam parte, o *modelo cooperativo de processo civil* e o valor *participação* inerente à nossa democracia constitucional”. A doutrina de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira é supedâneo da Escola de Processo Civil da UFRGS e, segundo o próprio professor, recentemente falecido (+2013), ele apanhou esse caldo de cultura em Elio Fazzalari, pela primeira vez contrariando, no Brasil, uma corrente que até então estava encabeçada por Dinamarco (*A instrumentalidade...*), e colocava a jurisdição no centro da teoria do processo. Ver OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 22. O epicentro da teoria geral do processo é um debate teórico da mais elevada importância prática, sendo curioso que o leitor analise o art. 3º do Novo CPC, que entrará em vigor no ano de 2016, e que afirma uma nova maneira de interpretar os fenômenos processuais. O dispositivo não é *textualmente* diferente daquilo que a regra constitucional já previa (art. 5º, XXXV), porém, não raramente, uma *mutação* na experiência cultural brasileira depende ou deve ser impulsionada pela *modificação do texto* das normas – embora a retórica vanguardista do carnaval, do futebol e das novelas formidáveis, talvez o brasileiro seja muito conservador (ou, além disso, ele talvez não tenha humildade ou alcance para observar criticamente alguns estados de coisas com uma maior pretensão/possibilidade de mudança da própria realidade).

⁴² AgRg no AREsp 314659/SP, Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 29/08/2013.

uma tendência de aproximação – ora maior, ora menor – entre o conteúdo do pensamento e a figura que o pensamento reproduz para com o objeto da observação⁴³ do sujeito. A verdade é um conceito polemizado e que gera leituras assimétricas em direito probatório, porque se tratam de leituras pendulares. Ocorre que nenhuma das defesas ou das críticas sobre a verdade afasta a primazia da realidade sobre a ciência, o que permite inferir que os fatos passados até podem ser reconstruídos através dos formalismos de cada ciência, o problema é o grau de fidedignidade que cada ciência empresta a esses conceitos de reconstrução.

Como salienta Johannes Hessen⁴⁴, o caráter transcendental da verdade, assim como o caráter transcendental das conclusões culturais, não rejeita que existe uma indelével virtualidade entre um objeto e o respectivo julgador-cientista. Por exemplo, o leitor que está lendo esse texto não pertence ao texto, e as críticas e análises que o leitor efetua a partir dessa leitura são externas ao objeto lido, efetuam uma intermediação entre o sujeito e o objeto da observação, são uma condição de possibilidade da compreensão do texto. Assim, cada percepção do ser humano sobre algo produzido por outro ser humano (leia-se: algo provado) é objeto de uma metacognição, porque outro ser humano já trabalhou em cima do objeto da (re)análise. Quando se efetua uma leitura, em realidade, é uma *sobreleitura* daquilo que o escritor percebeu do mundo real. Então, será que toda a conclusão sobre um texto é mentirosa? Em outro extremo, será que toda a conclusão do leitor é verdadeira?

A questão é compreender que a valoração da prova ou a apreciação de um texto podem ser objetos de comparações, daí não se falar que um julgador ou um leitor é mais ou menos preciso que outro, antes que é possível que de alguma prova ou de alguma leitura se extraiam outras conclusões que pautam justificações modelares porque afinadas com aquilo que comparativamente é tendente ao razoável. O que interessa no diálogo entre a prova e a verdade é que o julgador expresse o “como” conseguiu concluir em determinado senso ou em que “bases” se fundamentou o seu juízo do fato. A valoração com essa força de sentido é minimamente controlável, quando se percebe que a baliza ou referencial de controle não está no sujeito que julgou, antes está naquela sorte de compreensões que vários juízos podem emanar a partir do “objeto” da apreciação, uma questão de universalizar ou equanimizar o transcendente. A posição que esse objeto assumiu confirma a importância jusfilosófica das variações hermenêuticas em polissemia, porque é o direito material que confere substância e

⁴³ KANT, Immanuel. *Lógica*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Texto & Grafia, 2009, p. 53.

⁴⁴ HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Trad. João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 23.

afirma os valores que o procedimento da prova está polarizado a atender.

Ou seja, uma maior ou menor consideração sobre a verdade, em direito probatório, acomete o sentido da prova como valoração, porque debate duas vertentes em conjunto: de um lado, o modelo demonstrativo da prova, de outro lado, o modelo persuasivo da prova. Tendo em vista o inafastável transcendentalismo comentado, ambos os modelos trabalham com o conceito da verdade, diferenciando-se quanto à qualidade ou quanto à aproximação àquilo que consideram a verdade.

O modelo demonstrativo, moderno ou assimétrico da prova é caracterizado pela separação entre a questão de fato e a questão de direito. Em decorrência, a jurisdição é o núcleo da teoria do processo, o que implica um forte ativismo judicial. Como o que toca o juízo do fato é decantado pela nota da discricção, o ponto de chegada de suas conclusões é a verdade denominada real⁴⁵ e dificilmente será controlável juridicamente. Alessandro Giuliani⁴⁶ identifica essa maneira de observar a prova como típica do processo moderno, um processo burocrático e assimétrico, no qual um mecanismo artificial de tarifamento legal serviria como técnica para a construção da decisão, o que legitima a decisão pela simples observação do procedimento legislado.

O modelo persuasivo, clássico ou simétrico da prova trabalha com o diálogo e com as probabilidades, visto que a prova transita entre a lógica e a retórica⁴⁷. Uma concepção que subentende um processo simétrico ou mais paritário, com o reforço do contraditório no sentido material, cujo o ponto de partida para alcançar uma conclusão são as afirmações duvidosas, e o ponto de chegada é uma reconstrução com pretensão de probabilidade⁴⁸. A dúvida e as limitações dessas conclusões estão abarcadas como matérias inerentes à própria cognição (metacognição).

A disputa entre os modelos que ligam (ou desligam) a prova em relação à verdade encerra uma polarização sadia, porquanto se organiza uma pendularidade sobre o raciocínio judicial (tendencialmente subjetivo) e os fatores gnosiológicos (tendencialmente objetivos) em direito probatório, sendo que ora um sistema jurídico adota

⁴⁵ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 11/2.

⁴⁶ GIULIANI, Alessandro. Prova (Prova in generale). *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, vol. XXXVII, p. 526.

⁴⁷ GIULIANI, Alessandro. *Idem*, ibidem, p. 521.

⁴⁸ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 12/3.

uma postura, ora adota a outra⁴⁹. De qualquer maneira, a oscilação surpreende que os modelos de prova não sustentam posições incompatíveis entre si, pelo contrário, eles são paradigmas que ao largo da história do formalismo exprimiram diuturna sucessividade e convivência. Pode ocorrer de um sistema processual – vide o confronto entre processo civil e processo penal – reclamar bases mais rígidas para uma eventual aproximação ou afastamento da prova em relação à verdade, o que se justifica através dos valores que ilustram tal ou qual formalismo. O formalismo do processo civil brasileiro comunga esses dois modelos de prova. Mais que isso, esses modelos estão incrustados na operação jurídica do juiz, na totalidade da fase denominada valoração da prova, que se estrutura com vistas a um fio condutor da realidade, mas sem perder de sua observação que antes da decisão em si mesma, o juiz trabalha com afirmações e enunciados duvidosos, ele trabalha com narrativas confrontantes, onde nem sempre quem vence tem razão, porém, acaba tendo razão quem vence. Logo, ocorre um caminho vertical e horizontalmente organizado pelo sistema jurídico, porque ultrapassa a lógica jurídica e assinala a deontologia do ordenamento, em um transcurso cuja totalidade valorativa não pode ser marginal ao objeto da sua análise, ou seja, a prova como valoração não pode se afastar do direito material e da realidade dos sujeitos que estão debatendo.

A condensação entre demonstração e persuasão permite olhar para o interior da própria valoração da prova – a fase final do procedimento probatório – para concluir que a valoração possui uma primeira fase na qual o juiz aponta como estará convencido, ou seja, o juiz afirma o que pode o convencer; cumprida essa questão prévia, que é a fase do convencimento, o juiz observa e interpreta a prova de acordo com o paradigma antes estabelecido. A fase de convencimento é um paradigma que ilustra a derradeira valoração ou decisão final – e convencimento e valoração propriamente dita compõem o plano da valoração da prova.

Assim, a prova no sentido de valoração efetua uma circular transição entre parte e todo, cotejando as conclusões (prova como resultado) à atividade (procedimento), sempre tendo em vista o sistema jurídico na qual está inserida, sempre considerando o fio condutor, a busca por uma aproximação à realidade, com a transparência do paradigma que está sendo adotado pelo julgamento. O convencimento judicial coteja o

⁴⁹ ZANETI JR., Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. *Revista de direito processual civil*, vol. 1, n. 1. Curitiba: Genesis, jan/abril de 1996, p. 47/9. No mesmo sentido, ver PICARDI, Nicola. *Audiat et altera pars*: as matrizes histórico-culturais do contraditório.

procedimento ao cenário do direito material.

A praticidade de reconstruir processualmente os fatos através da decisão relativiza a incomunicabilidade entre os planos que subdividem a valoração da prova – o convencimento judicial e a valoração propriamente dita da prova. Basta analisar que situações processuais limítrofes tornam delicada uma separação entre essas fases, por exemplo, quando não é muito nítida a divisão entre um julgamento com base no ônus da prova (art. 333 do CPC) e aquele outro julgamento que efetivamente considera algo como provado com base no grau de provas ou na qualidade de provas que devem preencher o convencimento judicial.

Veja-se que o julgamento com a força da regra sobre o ônus da prova (art. 333 do CPC) está tendencialmente fundado na fase da valoração, enquanto o julgamento que se vale dos standards do convencimento parte de um momento prévio à valoração propriamente dita, é tendencialmente fundado no convencimento judicial. Justamente, está nessa distinção o interesse em quantificar ou qualificar o quanto de prova é necessário para preencher o convencimento judicial e, assim, elaborar um standard que afaste um julgamento com a utilização da regra do ônus da prova em direito do consumidor, sendo talvez interessante a denominação livre convencimento da prova *versus* livre valoração da prova, como prefere Salvatore Patti⁵⁰, quando ele salienta que a valoração é um modo de proceder que se diferencia analiticamente do convencimento⁵¹, sendo equivocado confundir as fases do convencimento e da valoração, embora a prática por vezes obscureça tal distinção.

Cada realidade do direito material, então afirmada nas narrativas processuais formuladas pelas partes parciais (autor e réu), organiza uma tendência, sendo que a clássica divisão entre o modelo demonstrativo da prova combinado com o modelo persuasivo da prova, hoje, permite elaborar uma solução em conjunto, onde, dogmaticamente, a fase de convencimento judicial é uma fase que antecede o juízo final da prova, ou seja, a valoração propriamente dita da prova. O convencimento judicial é uma fase na qual o juiz confronta as afirmações narradas para com a realidade do direito material, e daí realiza uma operação jurídica inferenciada na busca dos valores previstos pelo sistema jurídico, logo, torna-se possível que módulos ou critérios sejam standardizados, com isso se formulando paradigmas que ajudam a sistematizar alguma parcela de controle no juízo de fato.

Trad. de Luis Alberto Reichelt. In PICARDI, Nicola. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (organizador e revisor técnico da tradução). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 129 e 136.

⁵⁰ PATTI, Salvatore. Libero convincimento e valutazione delle prove. *Rivista di diritto processuale civile*, n. 40 (1985), p. 484.

1.4 Segue: uma possível síntese

A heterogeneidade e a independência entre a questão de fato e a questão de direito são resultantes de modelos dedutivistas e decisionistas compromissados com um formalismo positivista mais ortodoxo. Esses esquemas de raciocínio jurídico⁵² não deixaram de existir, no entanto, o jusconstitucionalismo aproximou a questão de fato da questão de direito através de operações que afirmam a reconstrução jurídica como uma operação complexa que interconecta a norma e o fato. No mundo multifatorial e hipersensitivo da atualidade, o fenômeno jurídico expande uma vasocomunicação que repercute horizontes na propedêutica de todas as ciências, em especial, nos desdobramentos que estrangulam a dogmática à teoria do direito e no diálogo⁵³ entre as diferentes fontes que elaboram as peculiares maneiras de perceber o mundo.

Além dos modelos consagrados pelo positivismo, a experiência jurídica também se vale de interfaces formuladas pelos modelos hermenêuticos, coerenciais e argumentativos, cada qual servindo de complemento ao outro, e todos com a pretensão de correção e colaboração àquilo que eventualmente permanece a descoberto para a solução dos problemas diuturnamente renovados. As diferentes dimensões da prova processual surpreende que os standards do convencimento judicial são modalidades reconstrutíveis no direito brasileiro, basta atentar aos referenciais dogmáticos que polarizam o dualismo entre processo e direito, entre fato e norma, entre norma e texto da norma.

A prova processual possui diferentes sentidos:

(a) A prova como resultado: reputar algo como provado não é uma operação restrita ao mundo jurídico, antes consiste em uma solução empírica que expressa a primazia da realidade sobre qualquer enunciado científico; se um mesmo fato pode ser problematizado e solucionado de diferentes maneiras, a depender da lente científica, chama a atenção que a prova como resultado confirma a importância em se refletir sobre os paradigmas, pois o referencial ou o modelo de constatação que orienta cada conclusão

⁵¹ *Op. cit.*, p. 486.

⁵² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Trad. Bruno Miragem, notas da trad. Cláudia Lima Marques. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 158/159 e 170 e seguintes.

decisória é peculiar ao valor que o sistema de análise polariza.

(b) A prova como atividade, instrumento ou meio: qualquer resultado culturalmente estabelecido consiste em um ato final de uma série de atos, possui uma história causal que lhe antecede; a decisão ou o juízo de fato é um ato final resultado de uma sequência lógica e cronológica de atos precedentes, sendo que essa regularidade procedimental providencia a imediação do juiz para com a prova, ou seja, aprofunda no aspecto vertical o contato do julgador para com o objetos do conhecimento, sempre tendo em vista o fio condutor de onde se pretende chegar.

(c) A prova como valoração: a pendularidade na relação entre a prova e a verdade na história do formalismo processual, bem como os próprios modelos teóricos divulgados no pós-positivos (argumentativo, hermenêutico e coerencial), determinaram a aproximação da teoria do direito à dogmática do direito probatório, assim, ocorre um movimento circular para que seja formulada uma decisão sobre a prova; a fase da valoração da prova ou fase de apreciação da prova, que é posterior à formação e à produção da prova, subdivide-se na fase de convencimento judicial e na fase de valoração propriamente dita da prova, sendo que a valoração propriamente dita é tendencialmente interpretativa, mais subjetiva e inicialmente refratária a um controle jurídico intenso, e a fase de convencimento judicial é tendencialmente inferencial, objetivada e de eminência classificatória, porque possivelmente standardizável ao largo de paradigmas horizontais que ligam o ato final da valoração propriamente dita da prova um contexto da realidade estabelecido pelos valores eleitos pelo direito material, que pressupõem o ato final da valoração.

Os sentidos da prova processual no direito brasileiro desencobrem que o convencimento judicial é uma fase do juízo de fato, uma primeira fase ou uma questão prévia em relação à fase do plano da valoração da prova propriamente dita. Isso reflete que a normatividade da prova e do direito probatório é um fenômeno mais amplo que os textos legislados ou textos de normas sobre o direito probatório. Nessa perspectiva, se a normatividade é “maior que o código de leis”, porque reclama uma lógica e uma circularidade entre os fatores que compõem essa vinculatividade, hoje, o convencimento judicial pode ser compreendido como um momento que está referenciado pelo contexto jurídico no qual está inserido, atendendo a diversos fatores de influência – normas legisladas, precedentes,

⁵³ MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 45. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-março/2003, *passim*.

tradição, praxe judicial, condições de autorrestrrição judicial, entre outros cânones –, e com essa lente se torna possível identificar as pautas que orientam um controle jurídico sobre a fase de convencimento judicial, embora seja intuitiva a variação deontica ou os espaços de jogo que tais pautas ainda comportem.

1.5 Os standards do convencimento judicial

O Código de Processo Civil adota expressamente o princípio ou sistema do livre convencimento motivado (art. 131 do CPC) como modelo de apreciação da prova, assim, organiza preocupações com as narrativas processuais: os fundamentos da sentença devem apreciar questão de fato e questão de direito (art. 458, II); as alegações das partes limitam o conhecimento do juiz (art. 128); as regras de experiência serão aplicadas quando ausentes normas jurídicas particulares (art. 336), dentre outras normas positivadas. Embora o livre convencimento motivado seja o modelo aconselhável para uma interessante apreciação da prova, o núcleo do problema é identificar se o juízo de fato que ele proporciona permite um possível controle, ou se ele articula um esquema axiomático para um juízo intocável, juridicamente falando.

Com efeito, a exegese do Código de Processo Civil parece encerrar uma fórmula axiomática, inclusive porque a lei trata a matéria de fato como refratária ou “para fora” da questão de direito. No entanto, o jusconstitucionalismo reaparelha o sistema do livre convencimento motivado e promove uma abertura de suas bases deontológicas, até porque a motivação não é apenas uma heurística ou um caminho narrativo formal, mas é necessário que ela estruture a decisão ao largo de contextos normativos interligados e que atendam a padrões de regularidade no esperado cotejo entre o processo e o direito, daí incluindo, às decisões judiciais, o diálogo da dogmática jurídica para com a teoria do direito e emprestando densidade lógica com a afirmação de sentidos jurídicos contextualizados valorativamente. Decisão, norma e reconstrução jurídica são peças interconectadas na experiência jurídica contemporânea, portanto, o texto da norma é a ponta de uma cadeia produtiva a ser observada topicamente pela motivação, como apenas um dos aspectos da abertura jusconstitucional reconstrutiva.

A Constituição Federal estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, inc. LIV), e o formalismo

processual deve organizar um processo justo porque qualificado, sendo fácil concluir que o devido processo legal remete a um direito fundamental à prova. Vale dizer que o direito probatório, então, implica uma normatividade que desenvolve a prova processual em diferentes sentidos concatenados entre si, e assim como não é qualquer processo que serve ao jurisdicionado, também não é qualquer solução sobre a prova que atende à prestação jurisdicional. Mesmo que de certa dose de subjetivismo seja inafastável do juízo de fato – leia-se: subjetivismo inafastável de qualquer conclusão humana –, essa operação não é sugestiva ou compromissada apenas com um subjetivismo, sob o risco do discurso do livre convencimento motivado afirmar um arbítrio. A contrapartida jurídica de controlar o juízo de fato é argumentativa, mas também é hermenêutica e coerencial, quando observa a linguagem da prova e seus desdobramentos, e está intimamente ligada a um estado de coisas no alvitre do direito material, em especial quando o direito é manejado em contraditório como uma metódica-integrativa e heterointegrativa que efetua uma comunhão cooperativa entre os agentes da comunidade de trabalho na operação processual.

Nicola Picardi refere que o contraditório é o “ponto principal da investigação dialética, conduzida com a colaboração das partes. Estamos no âmbito de uma lógica, não do necessário e do inevitável, mas do provável e do razoável”⁵⁴. Nesse sentido, o contraditório não é uma tensão de forças, antes significa um método de trabalho que qualifica o procedimento e o transforma em processo, um processo justo que repercute na argumentatividade e no encerramento integrativo da motivação da decisão judicial.

A prova e a leitura da prova no desenrolar do contraditório enseja uma leitura plurifuncional, ainda segundo Nicola Picardi⁵⁵. O juiz exercita tanto um modo de optar entre as várias alternativas que surgem em um sentido vertical, o sentido da constante imediação que ele vai descobrindo ao largo do processo (limites processuais e modelo demonstrativo), como o juiz também deve levar em seu raciocínio total os critérios horizontais que pautam as suas escolhas (limites substanciais e modelo persuasivo da prova). Essa horizontalidade reflete na questão do convencimento judicial em direito probatório, e estabelece a standardização do convencimento, pois o próprio sistema jurídico aponta para

⁵⁴ PICARDI, Nicola. *Audiat et altera pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório*. Trad. de Luis Alberto Reichelt. In PICARDI, Nicola. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org. e revisor técnico da tradução). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 142.

⁵⁵ PICARDI, Nicola. A vocação de nosso tempo para a jurisdição. Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. In PICARDI, Nicola. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (organizador e revisor técnico da tradução). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 19.

direções, o que Nicola Picardi denomina *limitações*, porque jamais existe uma liberdade absoluta para formar um juízo, sendo que o julgador se movimenta por entre normas, precedentes, tradições, pesquisas técnicas, cânones interpretativos, dentre outras percepções que ao longo do tempo vão povoando as práticas dos julgamentos como instrumentos de regularidade cultural.

Um realismo jurídico exacerbado, talvez, ainda defende que o juízo de fato é incontrollável, havendo influência inclusive dos humores ou das condições gástricas do julgador. Assentado que a realidade possui uma primazia sobre qualquer construção científica, necessário depreender que mesmo as causas gástricas não afastam o julgador dos compromissos heterointegrados pelo direito material, que a ciência jurídica elabora para atingir determinadas finalidades e condiciona o formalismo processual com uma maneira de observar as coisas, ou seja, firma-se um paradigma que limita a visão do observador. A motivação da decisão corporiza esses limitadores, porque ela se vale da metodologia do contraditório e garante aos sujeitos parciais do processo a transparência esperada em todas as manifestações do poder público. A motivação deve ser coerente (não contraditória⁵⁶) e coesa com o que a totalidade do sistema jurídico lhe impõe (logicidade integrativa), daí que ela faz transcender na medida do possível os subjetivismos ou particularismos do julgador, que não pertencem ou não devem pertencer à imparcialidade que empresta solução aos casos judiciais.

A constitucionalização dos valores, dos princípios, das regras, e dos postulados normativos⁵⁷ é uma constatação pós-positiva e que não afasta toda a espécie de críticas⁵⁸, principalmente quando se retorna à velha questão sobre a falta de precisão de alguns conceitos encontrados nos textos das normas. Com efeito, a textura aberta do direito jamais será objeto de univocidade de sentidos, e assim como expressões corriqueiras do cotidiano, como “longo”, “breve”, ou “útil”, os termos utilizados nas legislações também podem conter palavras abertas a um contexto de experiências. Isso é ainda mais complexo quando imaginado o juízo de fato, que efetua um julgamento sobre posições probatórias que

⁵⁶A decisão requer dupla coerência: tanto uma coerência derivativa e presente internamente, com base no fio condutor do raciocínio endomotivacional, na estruturação da linha de análise, quanto uma coerência que ostente a pretensão de universalidade, nota da previsibilidade inerente ao Estado Constitucional; por decorrência, a motivação se embasa nas premissas normativas do ordenamento – a Constituição, as normas em geral, os cânones interpretativos, e a jurisprudência como ferramentas de coesão normoexperienciais.

⁵⁷ O fenômeno da rarefação da densidade normativa das espécies do ordenamento jurídico (principalmente através dos princípios, dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais), impõe que a decisão dialogue *endo* e extraprocessualmente com as demais implicações da realidade social e do direito material, pena da submissão dos atores à terrível arbitrariedade. Daí resulta que muito ao contrário da liberdade dos julgamentos, cada vez mais se tributam balizas na contramão de eventuais decisionismos.

aparelham argumentações, vale dizer, recorre a narrativas expressas em documentos, por testemunhas, ou em perícias, que somente em um segundo momento vão ensejar o cotejo dessas narrativas probatórias aos termos legais. Pode-se dizer que ocorre um exercício inferencial ao quadrado, porque sobre uma leitura humana – de quem fez o documento, de quem prestou o depoimento, de quem realizou a perícia – ainda acontece uma nova atividade humana, a atividade do juiz com o seu julgamento sobre o fato.

A despeito dessa peculiaridade, fácil concluir que as posições extremas – demasiado formalista ou demasiado realista⁵⁹ – não resolvem a maioria dos problemas jurídico-científicos, e que mesmo os julgamentos com exames inferenciais ao quadrado ou até em terceira potência (por exemplo, *hearsay testimony*⁶⁰) merecem um controle de classificação ou de cotejo desse julgamento em relação à totalidade das normas que imperam em cada sistema jurídico. O direito é um subsistema cultural, e as palavras utilizadas pelas normas e pelo direito probatório oferecem códigos ou fórmulas que assinalam contextos ou cenários maiores, logo, não adianta decidir e não justificar perante um cenário que apresente a imediação do juiz para com a prova e da prova e do juiz perante uma totalidade normativa maior, que daí afirma as soluções ou escopos que corresponde a cada realidade social pautada pelo direito material. Não interessa ao jurisdicionado que o juiz entregue uma decisão formalmente técnica, e com ela chegue a conclusões de surpresa, sendo necessário e democraticamente válido que figuras lógicas componham esse instrumental que conecta o direito ao processo. O juízo de fato implica uma redobrada atenção do julgador, primeiro, porque o leigo também pode emitir juízos de razoabilidade sobre os fatos, e na era

⁵⁸ HART, H. L. A. Realismo escandinavo. *Ensaios sobre teoria do direito e filosofia*. Trad. José Garcez Guirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 184.

⁵⁹ Todas as classificações ou definições ombreiam um paradigma, é inerente à condição humana, o que desde o início é salientado. A tendência científica ou a incessante busca é identificar e trazer à tona os critérios definitórios e classificatórios e concluir com a polarização da pretensão de correção. A opção de reputar uma postura doutrinária como mais ou menos formalista, ou mais ou menos realista, ou mais ou menos moderada, não quer dizer que está acolhida absolutamente tal ou qual postura doutrinária, mas que de alguma forma estão sendo conjugados esforços no sentido de compreender o que esses textos transmitem quando internalizados à nossa cultura. Hart fora reputado de “realista moderado” no presente trabalho, o que não afasta o eventual predicado de “positivista” que podem lhe emprestar, assim como também não está afastada a possibilidade de se reputar Taruffo como um “formalista”, apesar dele, aparentemente, ter a predileção por escrever sobre fatos, embora fatos que estejam minimamente controlados por normas, o que não o afasta do paradigma hartiano, somente em épocas com meio século de diferença, mas sobretudo com um requinte linguístico cujas balizas possuem o mesmo ou semelhante epicentro jusfilosófico. A grande questão de qualquer abordagem científica é identificar as tendências jurídicas contemporâneas e, a partir desse caldo de cultura aplicável ou não à realidade brasileira, extrair disso tudo alguma sorte de justificativas estruturantes da presente pretensão de regularidade ou, com isso, afirmar o que é possível elaborar para irradiar uma melhor regularidade ao direito nacional, em especial, ao conjunto das decisões judiciais.

⁶⁰ Testemunha por *ouvir dizer*.

do politicamente correto, todos se tornaram julgadores; segundo, porque as inferências realizadas pelo juiz demonstrarão uma racionalidade⁶¹ em sua ponderação.

Uma causa difícil (*hard cases*) pode apontar para um ou para outro sentido, ou pode literalmente manter o julgador no centro dessa balança. Hart⁶² utiliza a alegoria da calvície e pergunta: quantos fios de cabelo devem estar na cabeça de um sujeito para que ele seja denominado careca? Ou quantos fios ausentes de cabelo devem ser contados para que um sujeito receber o apelido de careca? Esse juízo é um juízo sobre um fato, e qualquer criança talvez possa efetuar, mas que certamente não possui uma única resposta correta. A unanimidade é uma exceção na rotina processual, e nem por isso o direito deixa de adotar critérios ou pautas que limitam as decisões dos tribunais.

O direito não enseja posições estanques, mas preordena a concorrência de racionalidades defensáveis a partir de uma postura que se vale da dialética e do cotejo entre as possibilidades afirmadas na amplitude contextual do sistema. O cenário jurídico e a fase do convencimento judicial – que antecede a valoração da prova como um momento derradeiro – são argumentativos por excelência e pragmáticos por contingência racional, para tanto, uma determinada resposta é reputada a mais interessante ou a mais correta quando ela é aceitável porquanto tendente a uma regularidade ou previsibilidade que esteja standardizada em compartimentos de sentido que afirmam a lógica e o direito material, na interface entre texto e norma, processo e direito, estrutura e função, parte e todo, enfim, quando a solução jurídica repercutem a imediação do juiz para com a prova na leitura contextual normodependente. A decisão não é uma obra opinativa da vontade do juiz, antes é um fenômeno institucional que *apesar da vontade* do juiz, está embasada principalmente pela densidade do universo jurídico.

Justamente, os standards do convencimento judicial sistematizam esses padrões de decidibilidade, eles preordenam fatores cujo fio condutor é uma melhor reconstrução da realidade que está colocada em juízo, daí a importância da natureza do direito material que se disputa em causa. Os modelos de constatação ou os standards são pautas ou critérios que abalizam as aberturas relacionais do juízo do fato, pois aproximam a motivação da decisão a uma virtualidade objetiva consagrada na experiência jurídica através

⁶¹ KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um direito probatório. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 25.

⁶² O conceito de direito, *op. cit.*, p. 31.

da tradição. Consoante Danilo Knijnik⁶³, os standards do convencimento judicial funcionam como critérios que devem ser postos em discussão para que as opções valorativas do juiz e das partes sejam conhecidas e, como um *continuum*⁶⁴ para a reconstrução dos fatos da causa, podem ser debatidas em contraditório e, eventualmente, corrigidas ou contestadas através das alternativas recursais ou cassacionais.

Após a etapa de internalização ou produção da prova no processo, a imediação do juiz se aprofunda em três velocidades: em primeiro lugar, o juiz se depara com o material que recolheu na instrução (por exemplo, uma testemunha narra uma história e o juiz ouve esse relato); em segundo lugar, o juiz condiciona a prova dos autos ao contexto do direito material, quando será definindo o grau ou a intensidade da prova que preenche a suficiência mínima para convencer o juiz; no terceiro momento, com base nesse standard preconcebido, o juiz efetua o julgamento. Esse momento intermediário, aqui denominado como uma segunda velocidade, consiste no standard, e se ele não estabelece um evento de precisão absoluta, certamente ele afasta uma operação axiomática que não permite distinguir quando o juiz pode julgar com base na regra do ônus da prova (art. 333 do CPC), ou quando, em contrário, o caderno das provas preenche o convencimento e resolve a questão sem recorrer à regra do ônus. Com efeito, o panorama jusconstitucional enseja conceitos de relação, conceitos que trafegam através de pautas axiológicas movediças⁶⁵, sendo que a grande missão dos standards do convencimento judicial é fundar um mínimo código balizador do diálogo transparente entre as partes e verticalizado na imediação do juiz, o que proporciona uma melhor ou ótima leitura da decisão pela lente da metodologia do contraditório⁶⁶.

Antes⁶⁷ de decidir sobre o fato ou como uma questão prévia à fase da valoração da prova ou, ainda, como uma pré-decisão propriamente dita, o sistema jurídico

⁶³ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 18.

⁶⁴ A instrução e reconstrução dos fatos não é um *unicuum*, mas um *continuum* que repercute a metodologia do contraditório e se categoriza juridicamente na solução da decisão judicial. Ver Michele Taruffo, *A verdade...*, *op. cit.*, p. 206.

⁶⁵ Expressão utilizada em GUASTINI, Ricardo. Os princípios constitucionais como fonte de perplexidade. Trad. Anderson V. Teixeira. In TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de (orgs.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri: Manole, 2010, p. 55.

⁶⁶ KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, jan/fer 2001, p. 26.

⁶⁷ Aqui, considero duas medidas porque inerentes à fase metafísica da prova. Porque, em tese, existem duas fases: uma fase física, da interpretação da prova enquanto coisa do mundo sensível, oportunidade em que se identifica quem produziu a melhor prova; e outra fase metafísica, subdividida em duas subfases – a fase pré-decisional, onde se identificam os modelos de constatação, os *standards* de convencimento judicial; e a fase decisória propriamente dita, quando existe a valoração específica da prova, definindo-se para que lado pende a vitória na questão.

abre a janela da decisão com base em padrões heterointegrados vertical e horizontalmente pelo processo e pelo direito, instrumental com os quais o juiz preencherá em qual medida ele se reputará convencido. Não ocorrem soluções prontas através dos standards, mas se pode dizer que em face de uma aproximação standardizada a experiência jurídica elabora lugares-comuns que são polarizados pela natureza do direito que está em discussão, quer dizer, estão apontados para dizer quanto de prova merece a procedência em razão do objeto do processo mesmo. A natureza da questão a ser decidida é que norteia a gravidade que um erro⁶⁸ no julgamento pode provocar às pessoas.

Quanto mais grave a repercussão que um erro acarreta às pessoas envolvidas no processo, maior a carga de provas necessária para embasar uma decisão, maior a qualidade e a quantidade de provas que deve estruturar o juízo de fato. Quanto maior o prejuízo que um erro judiciário pode causar ao jurisdicionado, mais contundente e aprofundado deve ser o grau ou força com que as provas devem aparelhar o convencimento do juiz. O standard se modifica de maneira diretamente proporcional à gravidade ou prejuízo que um erro decisional pode acarretar.

Por isso que os standards não consistem em matrizes teóricas ontologicamente diferentes ou estanques entre si, porém, como é cediço ao regime de imputações do direito material, a diferença entre os standards é *de grau*. Eles seguem a uma linhagem de escalonamento cuja racionalidade autopoietica⁶⁹ é extraída da natureza do direito a ser analisado⁷⁰. E sendo a valoração propriamente dita da prova uma derradeira fase ou ato

⁶⁸ O valor não está nos objetos propriamente ditos, não é puramente a natureza do direito material X ou Y que estabelece um standard. O valor está no critério que relaciona os valores em conflito, por exemplo, o sistema considera “melhor” cometer um erro para absolver um culpado em processo criminal do que condenar um inocente; de outro lado, tendo em perspectiva a massificação das relações de consumo e o desenfreio enriquecimento dos fornecedores que historicamente se valeram da vulnerabilidade dos sujeitos inseridos nos mercados, parece tendencial concluir que um erro no juízo do fato é mais grave ou pior quando retira riqueza do vulnerável da relação do que quando um erro retira a riqueza de um sujeito técnica, econômica ou juridicamente mais avantajado. Não se tratam de leituras ideológicas ou politicamente comprometidas, longe disso, mas refletem posições que a rotina dos casos considera culturalmente aceitável na experiência jurídica continental. Ver ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 149 e seguintes.

⁶⁹ O sistema modela suas estruturas a partir das próprias operações. O sistema se autorreproduz. Ver LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. Ana Cristina Arante Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009, 119/120.

⁷⁰ Os planos das questões não são incomunicáveis. O importante é analisar quais institutos encerram um maior ou menor grau de interface entre as ciências, entre a ciência e a realidade, ou entre as diferentes operações jurídicas. A decisão final afirma o que o momento de passagem – o convencimento – estabeleceu, com variações que identificam as polaridades valorativas do sistema jurídico. O juiz percorre um transcurso com pretensão de lógica e, assim heterointegra a motivação de maneira argumentativa-coerencial, mas também com a coesão emprestada pelos fatores normativos da realidade e do direito material. A decisão é um entre-lugar, e o convencimento aponta a tendência valorativa que influencia a decisão final. A doutrina refere sobre a

final do juízo do fato, ela pressupõe que na fase de convencimento que a antecede o juiz defina em que grau estará convencido. Somente quando preenchido esse conteúdo de sentido é que ele não efetuará um julgamento com base no ônus da prova. Vale repetir que a atividade da apreciação da prova obedece a duas fases: o juiz deve estabelecer o grau de prova suficiente para que seja convencido; somente se esse grau de suficiência de prova não for atingida é que ocorre um julgamento com base na regra do ônus da prova⁷¹.

O que define a chamada suficiência da prova para preencher o convencimento é a densidade normativa do direito debatido, em outros termos, o grau de prova para definir um standard é afirmado pela força que o direito material atribui a determinados fatos, daí sopesando a problemática do erro, a dificuldade de provar determinado fato, e contingenciado os limites de coesão das narrativas, que “desde fora” do processo permitem concluir que uma prova é mais difícil para uma parte do que para a outra parte. Em nível monográfico que se vale da dogmática jurídica, a distinção é delicada, mas o que interessa é assegurar que o grau de prova para fixar um standard pode ser extraído das premissas normativas que a natureza do direito material conferem aos fatos jurídicos em direito continental⁷².

Isso permite traçar uma observação que abaliza os standards através dos extremos, e assim ponderar sobre termos médios na consideração dessa mobilidade deôntica. O sistema jurídico sopesa valores, afirma valores através das normas. Logo, possível imaginar que dois bens jurídicos são reputados essenciais ao ser humano, na singela leitura dos direitos fundamentais: a vida e a liberdade. Eles são tutelados de maneira mais impactante, ou melhor, a privação da vida e da liberdade dos indivíduos é medida extrema, tanto que, em processo penal, uma solução condenatória reclama a mais extrema dose de provas para convencer o juiz, uma prova acima das dúvidas razoáveis, sendo que Michele Taruffo salienta que “*este requiere un grado particularmente alto de confirmación probatoria de la culpabilidad del imputado, que se aproxima a la certeza, dado que sólo admite la presencia de dudas <irrazonables>, con la evidente intención de reducir al mínimo el riesgo*

circularidade construtiva que reúne sujeito (juiz), objeto (polo funcional), lógica (estrutura formal) e o convencimento (modo e meio para ligar ou humanizar os fatores), elementos que se conjugam para uma solução jurisdicional. SANTORO, Arturo. Convencimento del giudice. *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IV. Torino: Vnione Tipografico-Editrice Torinese, 1959, p. 813.

⁷¹ Salvatore Patti, *op. cit.*, p. 502.

⁷² Idem, *ibidem*, p. 504.

de condena de un inocente”⁷³.

No outro extremo de probabilidades ou de significados que servem de critério ao julgamento, estão as questões meramente patrimoniais, que podem ser quantificadas em dinheiro e permitem a reversibilidade das soluções judiciais. Daí que, em direito privado, quando em disputa afirmações teoricamente equidistantes ou isonômicas, o standard que preenche o convencimento do juiz é uma perspectiva de preponderância de provas, ou seja, um prognóstico que indica que uma parte tem “mais provas a favor que provas contra”, sendo esse o standard genérico ou comum ao processo civil.

De um lado, o direito penal estipula o standard da prova acima da dúvida razoável, de outro lado, o processo civil, onde as partes são equidistantes, estipula um standard da preponderância das provas. Os extremos são fáceis de identificar, no meio termo deles é que se abrem módulos movediços. De qualquer maneira, a dogmática enseja no mínimo a identificação de uma trilogia de standards assim resumidas: (a) no processo civil, quando em disputa direitos eminentemente privados em par de equidistância material entre as partes, e sendo possível inferir uma disponibilidade eventual desses direitos afirmados, impera o critério da preponderância de provas (sempre lembrando estarem excetuados os processos civis nos quais se debatem questões sobre o estado ou direito indisponível de menores⁷⁴, no direito de família, e nas questões não meramente patrimoniais); (b) no outro extremo da sistematização, o standard que vigora para convencer o juiz sobre a prova de afirmações sobre direitos indisponíveis por excelência, mormente no processo penal, o modelo repercute a prova acima de qualquer dúvida razoável para a condenação, ou seja, para afastar o princípio da presunção de inocência do acusado, é necessário um contexto que o coloque em posição de uma desvantagem evidente; finalmente, no médio termo, entre as questões eminentemente disponíveis e as questões onde um erro judiciário seria irrepitível, em termos de recompor a vida e a liberdade dos sujeitos (inespecificidade da recomposição), ainda existe um critério de convencimento (c) que está polarizado por modalidades do direito material que não permitem a disponibilidade *prima facie*, e tratam de questões tendentes a uma transcendência da mera

⁷³ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*. Tradução de Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 249.

⁷⁴ As questões do direito de família, do direito administrativo, entre outras, modificam o clássico manejo do processo civil. A causa-consequência é evidente: o caráter instrumental-valorativo do processo influencia o direito, mas também por ele é influenciado. Natural que algumas matérias, pela importância subjacente, consideradas em densidade constitucional, mereçam qualificação diferenciada no palco processual – o erro cometido no julgamento de um debate sobre questões irrepitíveis ou constitucionalizadas como fundamentais é um erro mais grave que o

patrimonialidade⁷⁵, o que diuturnamente acontece no direito público ou tendencialmente públicos, como os processos que discutem judicialmente questões administrativas disciplinares ou processos em que se discute aplicação de penas, como a improbidade, sendo necessária a utilização do standard da prova clara e convincente – quer dizer, uma prova que não precisa estar acima de qualquer dúvida, como no processo penal, mas que deve ser uma prova que não esteja limitada por contraprovas suficientemente fundadoras de dúvidas, porque não se trata de avaliar a preponderância entre uma e outra.

A distância entre dois pontos pode ser preenchida até o infinito, é uma questão científica, quiçá matemática. Portanto, humanamente defensável que os standards poderiam ser discutidos ao infinito, o que conduz à seguinte conclusão parcial: os standards firmam pautas móveis, módulos heterointegrados pela lógica, mas isso não permite uma rigidez numérica para que uma eventual quantificação da prova estabeleça um standard, o que resultaria no retorno ao tarifamento. Além disso (e em decorrência disso), a aproximação da dogmática da prova à teoria do direito e à lógica jurídica talvez não reclama que uma monografia arrole todos os standards que a jurisprudência tenha suscitado ou batizado, inclusive em direito estrangeiro, antes é interessante apresentar o nicho de sentidos que assinala o ponto de estrangulamento entre o processo e o direito material, em especial, onde se pretende chegar – a questão pertinente à tutela jurisdicional do consumidor.

Na perspectiva do procedimentalismo, existem outros importantes paradigmas ou standards do convencimento que o direito estrangeiro contempla, em especial, o standard da mínima atividade probatória e o standard do significativo grau de verossimilhança. Todavia, o importante é fixar, desde então, a diferença que o standard do processo penal apresenta em relação ao standard probatório geralmente utilizado pelo processo civil (preponderância de provas), assim como identificar a solução de meio-termo também utilizada pelo processo civil em questões não meramente patrimoniais (o standard da prova clara e convincente). Essas três balizas já surpreendem a imprescindibilidade do direito material como polo vetorial de uma sistematização, e remetem outra dose de respostas quando aprofundado o estudo do objeto do processo em direção à substância da posição jurídica do

praticado em questões que julgam direitos disponíveis e, portanto, reconstituíveis ou quantificáveis em ressarcimentos pelo equivalente.

⁷⁵ Nesses casos, “os valores transcendem à dimensão meramente patrimonial, mais adequado será o modelo de constatação da *prova clara e convincente*. A parte deve convencer o julgador que a verdade fática de sua proposição é altamente provável e não meramente mais provável”. Ver OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de;

consumidor.

As normas jurídicas que tutelam o direito do consumidor principiam diretrizes e estruturam técnicas para uma maior amplitude da defesa dessa categoria jurídica. A aproximação dogmática remete o standard do convencimento na tutela jurisdicional do consumidor a outra variação – o da mínima atividade probatória –, como será pormenorizado na medida em que examinado o referencial normativo que intensifica o dever de tutelar a posição jurídica do consumidor em juízo.

2 O standard do convencimento na tutela jurisdicional do consumidor

Os aspectos procedimentais da standardização do convencimento judicial não determinam um retorno ao sistema do tarifamento da prova. A standardização não quantifica abstratamente o valor de um meio de prova (testemunha, perícia ou documento), antes pontua que o juiz deve assumir um papel ativo na valoração da prova, mas uma atividade que revira um sistema interconectado de normas e de vínculos permanentes⁷⁶.

O convencimento judicial é uma fase prévia à valoração propriamente dita da prova, o que desenvolve duas frentes de trabalho: em primeiro lugar, o conteúdo do standard do convencimento judicial é preenchido pelos sentidos polarizados pelo direito material, o que reclama a investigação das imputações previstas no ordenamento jurídico pertinente ao direito do consumidor; em segundo lugar, o preenchimento do significado do estar convencido, tendo em vista o direito material, previne que o julgamento seja fundamentado com base na regra do ônus da prova. Uma frente de trabalho leva à outra.

A identificação do standard do convencimento judicial trafega por modelos move-diços que se relativizam entre si, uma nota peculiar da hierarquia equipolente das entidades jurídicas. Portanto, melhor que elaborar uma teoria abstrativizada em procedimento, é recomendável que o critério para o convencimento seja estabelecido com base no fio condutor definido pelo direito material – uma aproximação possível, no direito brasileiro, quando investigado o dever de tutela jurisdicional do consumidor.

2.1 A defesa do consumidor como princípio

O consumo consiste no último estágio de um processo econômico⁷⁷ que é organizado para a satisfação das necessidades das pessoas. Apenas recentemente que o “consumo passou a ser uma preocupação do Direito, consequência de fenômenos econômicos,

⁷⁶ Salvatore Patti, *op. cit.*, p. 519.

⁷⁷ Óbvio que o perfil econômico, ou até mesmo o social e o jurídico consistem em um recorte do problema. A questão de identificar cientificamente o consumidor é produto de escolhas científicas, inclusive porque a realidade do cenário mundializado permitiria amplificar o debate a demandas políticas, de revolução dos comércios, das baixas colaterais dos tráficos negociais, entre outras. Ver FAZZALARI, Elio. <Mondializzazione>, política, diritto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, settembre 2000, anno LIV, n. 3, p. 682.

como a industrialização, a produção em série e a massificação”⁷⁸. No final do século passado, sociólogos e economistas ressaltaram a crescente influência dos consumidores na conformação dos mercados, inserindo como compromissos macrosistêmicos – e de repercussão autopoietica para o campo jurídico – a garantia da liberdade do consumidor e da igualdade entre o consumidor e os demais agentes econômicos que se relacionam no espaço público denominado mercado.

Ora, um mercado sem regras jurídicas resulta em desequilíbrio fático entre os consumidores e os demais agentes, porque é intuitiva a diferença que esses atores possuem em termos de informação, de poderio econômico e de recursos técnicos, quando eles negociam os mais diversos produtos e serviços. Uma realidade cuja regulamentação jurídica se categorizou no direito do consumidor como uma tendência normativa pautada⁷⁹ por um *continuum* de experiências que surpreende uma crescente objetivização, ou seja, a ascendência do consumidor a uma posição jurídica ativa ou dinâmica⁸⁰ que, justamente, empresta ao consumidor a capacidade de influenciar nas articulações do mercado.

A doutrina⁸¹ europeia lembra que o direito do consumidor é resultado de um movimento em fases, que percorreu desde a proteção individual do consumidor em relação a um determinado fornecedor, até culminar na proteção do consumidor ou do sujeito a ele equiparado perante uma totalidade mercantil. Uma primeira fase da política de proteção do consumidor é marcada pela fragmentariedade das legislações não no sentido da descodificação – hoje, uma nota peculiar no direito privado –, mas por modalidades assistemáticas de tutela individual, que já em um segundo momento contemplou juridicamente a vulnerabilidade do consumidor e, assim a regulamentou o dever de informação, com a previsão de instrumentos para a efetivação da tutela.

⁷⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. Defesa do consumidor. *Revista dos Tribunais*, vol. 658. São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto de 1990, p. 58.

⁷⁹ A estabilidade marcada é uma característica das reformas que evidenciam as novas formas de tutelas jurídicas, pois elas geralmente não ocorrem em rupturas, mas atendem a padrões cujas diretrizes repercutem a influência de outras ciências, como a sociologia e a economia, para daí afirmarem soluções jurídicas. A mudança dos ordenamentos jurídicos e sobretudo do caldo de cultura que dialoga com esse substrato é similar a uma reforma que ocorre em uma língua, a mudança não ocorre da noite para o dia, porém, ela permite uma melhor visualização quando observadas ao largo do tempo, à distância, à medida que as tendências reformistas ficam estáveis porque escalonadas nos movimentos pendulares aos quais estão comprometidas. Uma breve retrospectiva das fases dessa evolução do direito do consumidor no quadrante continental europeu é observado em CARLEO, Liliana Rossi. *Il diritto dei consumi: profili introduttivi*. In CARLEO, Liliana Rossi (a cura di). *Diritto dei consumi: soggetti, contratti, rimedi*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 4/8.

⁸⁰ OPPO, Giorgio. Declino del soggetto e ascesa della persona. *Rivista di diritto civile*. Padova: Cedam, Nov/dez, 2002, anno XLVIII, p. 829.

⁸¹ Carleo, *ibidem*, p. 6/8.

A terceira fase da evolução do direito do consumidor não cuida estritamente de atos de consumo, que então resumia a proteção do consumidor àquelas modalidades onde havia a troca de dinheiro por bens ou serviços, mas, nessa terceira fase, também passam a serem previstas as normas que tutelam os comportamentos que equiparam um sujeito ao consumidor – por exemplo, a figura da vítima do acidente de consumo⁸². Vale dizer que os referenciais jurídicos são cada vez mais objetivos, transindividuais e supranacionais, para socorrer uma demanda em incomensurável expansão, tendo em vista que a quarta fase da evolução do direito do consumidor é caracterizada pela previsão de normas e de técnicas processuais que visam a alcançar resultados ainda mais harmônicos, culminando no quadrante jurídico funcionalizado à promoção da igualdade material entre o consumidor e os demais agentes do mercado.

É notável a transição de um discurso moderno, quando os direitos eram atribuídos institucionalmente com a força valorativa da ordem e da segurança, e, de outro lado, atualmente, um discurso pós-moderno ou contemporâneo, quando o pluralismo valorativo elabora políticas legislativas funcionais⁸³ que promovem um estado de coisas em benefício dos sujeitos vulneráveis (idosos, crianças, trabalhadores, deficientes, consumidor, torcedor, afrodescendentes, dentre outros). Com efeito, o consumidor é identificado pela vulnerabilidade desse sujeito, o que deve ser relativizada pelas experiências jurídicas, sendo-lhe sugerida uma posição de centralidade, “da una condizione di soggezione a una condizione sempre più di centralità nell’ordine giuridico”⁸⁴.

O epicentro do direito do consumidor é a categoria do consumidor. Os sistemas ou movimentos evolutivos sintetizados, que ora parecem estarem nucleados em atos de consumo, ora pendem para um núcleo formado com os sujeitos que consomem, lembra o debate no direito comercial⁸⁵ que, efetivamente, superou a polarização entre atos de comércio e atos do comerciante para, finalmente, chegar à conclusão que o epicentro do direito comercial é a teoria da empresa, logo, um epicentro de natureza mista. Em uma tendencial perspectiva, o direito do consumidor possui um epicentro misto, porque a categoria que ele protege é dinâmica, demanda a ativação do sujeito – o consumidor.

⁸² CARLEO, Liliana Rossi, *op. cit.*, p. 6/7.

⁸³ MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 45. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-março/2003, p. 88.

⁸⁴ OPPO, Giorgio. Declino del soggetto e ascesa della persona. *Rivista di diritto civile*. Padova: Cedam, Nov/dez, 2002, anno XLVIII, p. 835.

Cláudia Lima Marques assegura que a “concentração no sujeito de direitos é hoje característica de nosso direito privado, é para proteger esse sujeito que leis especiais são criadas, microsistemas como o CDC, que ajudam a formar o complexo novo sistema do direito privado atual”⁸⁶. A nova teoria do sujeito é outra, o “sujeito está fragmentado e é plural, como o é o grupo dos consumidores”. Tanto que a visão preponderante nos tribunais brasileiros encerra essa tendência mundial, com a objetivização e funcionalização da tutela do consumidor, onde o consumidor é o “destinatário final, aquele que retira de circulação o objeto da relação jurídica com o intuito de suprir uma necessidade ou desejo”⁸⁷, o que ressalva uma figura humana cujo interesse não é obter lucro com outra atividade que envolva esse objeto, sendo decisivo o fator vulnerabilidade. A funcionalidade do conceito se reflete na possibilidade da pessoa jurídica também ser considerada uma consumidora pelo ordenamento jurídico brasileiro (art. 2º do CDC), pois se trata de proteger o ser humano e suas necessidades, sendo que embora formalmente aparelhado em pessoa jurídica, faticamente se procura “viabilizar a satisfação de necessidades propriamente humanas”⁸⁸.

Portanto, a centralidade da figura do consumidor no cenário jurídico contemporâneo resulta na consagração do direito do consumidor como um direito humano, cuja fundamentalidade está densificada ao largo do sistema jurídico brasileiro. Cediço que um direito fundamental é um “conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana”⁸⁹, sendo imperioso, agora constitucionalmente, que o sistema jurídico promova um equilíbrio material entre o consumidor e os demais agentes do mercado.

O art. 5º, XXXII, da Constituição, determina que “o Estado

⁸⁵ DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*, vol. 3. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 2003, p. 45

⁸⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo*, idem, p. 79.

⁸⁷ NETO, André Perin Schmidt. *Aplicação do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor: análise da relação jurídica de consumo*. *Revista da Ajuris*, n. 117, março de 2010, p. 52.

⁸⁸ A extensão pontual do direito do consumidor à pessoa jurídica não desnatura o direito do consumidor como um direito humano, desde que observado que a organização de certas pessoas em figuras jurídicas ou entidades é um mecanismo pelo qual as pessoas estão predispostas a satisfazerem necessidades propriamente humanas perante o mercado. O sujeito não deixa de ser um consumidor e de ter necessidades de consumir bens e produtos somente porque está organizado em uma pessoa jurídica, desde que esteja caracterizada a vulnerabilidade que o fornecimento de bens e serviços faticamente disponha no mercado. Ver MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *O direito do consumidor como direito fundamental – consequências jurídicas de um conceito*. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/setembro de 2002, em especial, p. 120/4.

⁸⁹ *Op. cit.*, p. 39.

promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. A elaboração do Código de Defesa do Consumidor (art. 48 do ADCT) complementa esse mandamento constitucional e estabelece normas de ordem pública e de interesse social (art. 1º do CDC), declarando direitos subjetivos ao consumidor (art. 6º) e fixando o compromisso com a ativação de uma política nacional de relações de consumo (art. 4º) que, na verdade, são dispositivos que resumem as pautas internacionalmente reconhecidas na contínua evolução do direito do consumidor.

Mais que isso, o Estado promoverá a defesa do consumidor em todas as modalidades de sua atuação, inclusive com intervenção nas relações privadas, considerando o efeito “irradiador”⁹⁰ da previsão constitucional. Na verdade, o Estado deve interferir com razoabilidade e suficiência no mercado e fornecer meios e oportunidades a todos, sendo que a isonomia prometida pela Constituição não representa apenas um limite negativo, antes configura uma meta para concretizar os “verbos de ação ao tratar da igualdade”⁹¹, ainda mais porque a defesa do consumidor é um princípio da ordem econômica cuja a finalidade é assegurar uma existência digna a todos (art. 170, V, da CF).

A dignidade da pessoa é uma empresa em construção, porque esse padrão de igualdade não é um dado da realidade, mas um objetivo a ser construído através de ações estatais positivas. Daniel Sarmento refere que “os mecanismos de jurisdição constitucional ao longo do século XX, conferiram ao Judiciário a possibilidade de exercer o controle sobre as ofensas aos direitos fundamentais perpetradas pelo próprio legislador. Assim, ao lado da igualdade perante a lei – que se destina ao aplicador da norma e veda que ele a empregue com discriminações ou favoritismos – tornou-se possível combater também a igualdade na lei, convertendo-se a isonomia em parâmetro de valoração de todos os atos normativos”⁹². Para além da previsão de um contexto de normas jurídicas abstratas, a fundamentalidade material e formal do direito do consumidor implica a preferência das normas e da própria posição jurídica do consumidor perante outras normas e outras posições jurídicas – as normas e posições que estão ao lado dos demais agentes do mercado –, quando

⁹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 524.

⁹¹ SARMENTO, Daniel. A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação ‘de facto’, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 190.

⁹² Idem, *ibidem*, p. 193.

essas normas e posições são confrontadas no plano concreto, aponta Bruno Miragem⁹³.

Os efeitos irradiantes ou as implicações decorrentes da fundamentalidade do dever de tutela do consumidor, consoante Ferrajoli⁹⁴, encerra imposições de ordem normativa, pragmática e hermenêutica. O efeito normativo condiciona as regulamentações infraconstitucionais e derroga as normas que não se conforma ao sistema. O efeito pragmático enseja a organização de procedimentos e técnicas que devem ser entregues para efetivar a tutela do consumidor. O efeito hermenêutico⁹⁵ está na imposição da integração, da interpretação e da construção dos sentidos das normas de maneira adequada à unidade de sentidos funcionalizada à defesa do consumidor. Com efeito, falar em perspectiva objetiva ou subjetiva, em eficácia vertical ou horizontal, ou eficácia vertical com repercussão horizontal, bem como falar em multifuncionalidade dos direitos fundamentais, é uma terminologia alexyana⁹⁶ que ratifica as indicações polissêmicas da teoria de Ferrajoli. A teoria de um autor não precede à outra, o que interessa é consolidar que a elevação da defesa do consumidor como um direito fundamental e como um princípio da ordem econômica torna imperiosa uma sistematização de normas e uma concretização de sentidos que preencha o compromisso da experiência jusconstitucional brasileira.

“O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (art. 5º, XXXII) afirma uma ponderação ou tendência, resolve uma preordenação de finalidades e condiciona praticamente a aplicação de uma norma em direção à defesa do consumidor. A força normativa tensionada pelo sistema jurídico brasileiro polariza-se em busca de uma perspectiva, ao encontro de um paradigma, seja quando o legislador elabora uma lei, seja quando o administrador aplica a norma, ou mesmo quando o juiz efetua um julgamento. Logo, no confronto entre a posição jurídica do consumidor e a posição jurídica do fornecedor, a solução de sentidos que o ordenamento condiciona é pelo privilégio da defesa do consumidor.

⁹³ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O direito do consumidor como direito fundamental – consequências jurídicas de um conceito. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/setembro de 2002, em especial, p. 116.

⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Hermes Zaneti Júnior e Alexandre Salim. In FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 97 e seguintes.

⁹⁵ Os direitos privados, sobretudo os direitos que revelam o interesse social e o caráter de ordem pública, devem ser reconstruídos no processo e com um modo de ser do processo a partir das implicações determinadas pelos direitos fundamentais. Ver BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 73/5.

⁹⁶ *Teoria, op. cit.*, p. 520.

Como o discurso do direito processual é um sobrediscurso⁹⁷ jurídico, quer dizer, um discurso que reflete as diretrizes da tutela que o direito material polariza desde a origem e fundamento da tutela normativa, parece evidente que o processo deve refletir esse modelo para reconstruir os fatos jurídicos na tutela jurisdicional do consumidor. O juízo de fato, em processos cujo objeto é o direito do consumidor, portanto, não reclama que o standard do convencimento judicial seja aprofundado ou com uma significativa intensidade probatória, como aquele previsto no direito criminal. Na tutela jurisdicional do consumidor, tampouco deve ser esperado um standard da prova clara e convincente, como é o padrão utilizado em questões onde o erro judicial poderia agravar alguma situação delicada da parte, uma situação que transcende meros interesses patrimoniais.

O grau ou intensidade da prova para sustentar o convencimento judicial, quando em debate o direito do consumidor, não deve onerar demasiadamente o sujeito vulnerável, afinal, o ordenamento jurídico brasileiro privilegia a tutela do consumidor – o legislador, o administrador e o juiz devem apreender esse dever de tutelar⁹⁸. Os valores que o sistema jurídico brasileiro afirma, por intermédio dos textos das normas, permitem inferir que o consumidor deve se aparelhar, no máximo, com um standard da preponderância de provas, quando ele debate com um fornecedor. Logo, considerando um estado ideal de coisas, o consumidor deve produzir, no pior das hipóteses, mais provas ou melhores provas que o fornecedor para, assim, preencher o standard da preponderância de provas.

A situação limítrofe do direito do consumidor ocorre na responsabilidade subjetiva do profissional liberal. O Código do Consumidor estabelece que (art. 14, §4º) “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante verificação da culpa”, que se trata de uma exceção ao regime do direito do consumidor, que geralmente presume a culpa do fornecedor ou sequer cogita da culpa, porque tipifica a responsabilidade com o nexo de imputação objetivo.

A referência legal ao aspecto da culpa remete preciosa doutrina a

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 133

⁹⁸ Diferente do Estado liberal, o Estado social ou o Estado constitucional alinha uma orientação jurídica de reengenharia social. O direito é um subsistema cultural com estabilidade marcada, no entanto, mas que sabedor da legislação – sendo que é humanamente impossível dominar todos os dispositivos da legislação –, hoje, o rigor da justiça é uma empresa em construção ou uma busca constante, o que “não apenas confere novas atribuições ao juiz”, mas também ele é determinado à criação de uma medida de valorações que considerem a justiça do caso concreto, que pondere a realidade do caldo de cultura no qual está inserido, tudo a partir das normas que o ordenamento confronta. Ver WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4ª ed. portuguesa. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, tradução da edição alemã de 1967, p. 626.

concluir que “em termos probatórios, o ato médico e o ato profissional em geral podem ser havidos por discricionários em alguma medida, devendo o autor provar o erro manifesto, o que, do ponto de vista do modelo de constatação, desloca-o para o terreno da ‘prova clara e convincente’, acima da preponderância”⁹⁹. Além da questão da culpa propriamente dita, que compõe o suporte fático do problema, outro fundamento que intensificaria o standard do convencimento judicial para a tutela do consumidor no caso da responsabilidade do profissional liberal está nos supostos resultados que uma demanda contra um profissional poderia implicar, continua o autor, porque tais “demandas envolvem um conflito de valores que, em muito, ultrapassa a simples dimensão patrimonial, gerando resultados graves para o demandado”¹⁰⁰.

O processo que examina o erro ou a culpa do profissional liberal, possivelmente, será instruído com perícia ou com base em um contexto de prova mais requintado que o normal dos casos, é verdade. No entanto, uma produção de provas por meio de perícia, de documento ou de testemunha não quer dizer que o standard do convencimento judicial deva ser claro e convincente para que, somente assim, seja deferida a tutela jurisdicional da posição substancial do consumidor. Os meios de prova, em si mesmo considerados, podem ser complexos, agora, isso não necessariamente repercute sobre o standard que preenche o convencimento judicial. Com a respeitosa licença ao entendimento contrário, a tutela jurisdicional do consumidor é devida, mesmo quando as provas produzidas pelo consumidor meramente preponderam sobre as provas que o fornecedor de serviços produziu, ainda que se trate da responsabilidade do profissional liberal.

Em primeiro lugar, se é certo que o julgamento e o processo que desfavorecem um profissional liberal seja eticamente perturbador, de outro lado, esses custos estão internalizados no preço socializado pelo fornecimento desses serviços qualificados. O custo-Brasil é altíssimo: uma consulta médica é cara, o advogado diferenciado é caro, a marca personalizada de um profissional reconhecido é cara. A questão da ética do profissional é relevante como um efeito, vale dizer que desde fora, mesmo, da relação jurídica entre consumidor e fornecedor, acontece que as práticas em direito do consumidor estão respaldadas em um supedâneo da boa-fé¹⁰¹, também um vetor que ancora essa ética, sendo

⁹⁹ *A prova, op. cit.*, p. 173.

¹⁰⁰ *Idem*, *ibidem*, p. 170.

¹⁰¹ Os valores de um sistema jurídico são mutáveis e não precisam ser postos, são pressupostos. A questão da boa-fé ou uma força de coesão baseada na confiança social é um elemento de legitimação do estado de coisas do

que o preço do serviço é diretamente proporcional à confiança¹⁰² que os hábitos¹⁰³ sociais emprestam aos seus profissionais.

Não é apenas a ética do profissional que deve ser tutelada, mas também a ética da confiança entre os sujeitos que contrataram e a própria esperança social por ter internalizado esses custos em seus tráfegos econômicos. Os altos preços adimplidos pelos brasileiros refletem os riscos dessas atividades, o que é repassado aos consumidores brasileiros, daí o custo-país ser elevado para cobrir desde a formação até a eventual responsabilização do profissional¹⁰⁴. A ressalva ética pode ser limitador significativo, todavia,

mundo jurídico que surpreende diferentes manifestações ao largo dos tempos. Isso não retira da confiança (no sentido amplo, aqui, sinônima da boa-fé) um conteúdo de sentidos, no entanto, a sua conformação é histórica porque não estática. Pelo contrário, “os princípios redutíveis à ideia de Direito só ganham o seu poder concreto em todas as regras através da referência a uma determinada situação histórica e da mediação da <consciência jurídica geral> respectiva, outro tanto sucedendo com a natureza das coisas. No entanto, através da modificabilidade desses < pontos de referência >, aqueles critérios assumem, conseqüentemente, um caráter relativo, isto é, mutável. Assim, por exemplo, o < princípio da confiança >, que nenhuma ordem jurídica pode, totalmente, deixar de considerar, é de considerar como uma emanação da ideia de Direito; assim, este princípio é justamente um exemplo modelar da capacidade de modificação interna: para soluções claras de princípios jurídicos, ele não se deixa precisar *a priori*, mas antes apenas perante uma certa situação histórica, que é determinada, essencialmente, através do direito legislado e do estado da < consciência jurídica geral >”. O juiz, atualmente, não é um tradutor da alteridade da consciência geral, porque o juiz também integra a sociedade – antes de qualquer título ou de qualquer concurso, o juiz é um consumidor e o juiz está consumido pelo mercado, como qualquer pessoa de carne e osso. Portanto, a confiança que ele deposita nos serviços contratados é a mesma confiança que qualquer consumidor espera dos serviços judiciários prestados pelo juiz; a diferença é a complexidade do meio de prova para demonstrar eventual desvio da técnica, não a intensidade do standard que define a responsabilidade do profissional liberal ou a responsabilidade por fato da administração judiciária. Ver CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 121/2.

¹⁰² A questão da confiança em direito do consumidor é relevante, tanto que não chega a ser decisivo se houve uma contratação formal entre o médico e o paciente, mas o que realmente importa é o critério que desdobra a confiança no serviço prestado – basta pensar na clássica distinção entre obrigação de meio e obrigação de resultado, o que reflete um paradigma de solidez ou intensificação da confiança no serviço. A doutrina refere que o caráter contratual ou extracontratual sofre crescente relativização com base na força ética da confiança emprestada pelas práticas aos profissionais, cada vez mais especializados: “la verità è che, in tal caso, non è tanto rilevante la conclusione di un contratto tra medico e paziente (giacchè il contratto intercorre solo tra il paziente e la casa di cura) quanto *l'affidamento* riposto nella esecuzione di una prestazione (medica) che deve svolgersi in conformità delle regole e dei criteri che governano in linea generale l'esercizio di quella prestazione, e ciò a prescindere dalla formale assunzione di una obbligazione tramite contratto”. DI MAJO, Adolfo. *La tutela*, op. cit., p. 209/210.

¹⁰³ A coesão entre o consumidor e o profissional é tensionada como um subproduto da confiança intensificada pelas rotinas sociais. Hart denomina de “pressão social” a “corrente que amarra aqueles que têm obrigações”, o que se aprofunda em grau de esperança/confiança à medida que uma sociedade especializa seus profissionais. *O conceito de direito*, op. cit., p. 113.

¹⁰⁴ O movimento é circular: a consulta médica é cara e a ascensão social do médico é a mais formidável dentre todos os profissionais brasileiros porque, aqui, não existem tantas faculdades formadoras de médicos; como os médicos são melhormente remunerados – pois em menor número no mercado de profissionais –, a pressão/conformação social é condição da melhor remuneração e condicionante de um maior dever de regatar os riscos sistêmicos para, assim, os serviços prestados responderem à expectativa/confiança/esperança da melhor formação que toda a sociedade deposita no setor. O risco da atividade está socializado num custo-país que se encarece na medida das desigualdades ainda existentes na sociedade brasileira: todo mundo padece sofre com isso, mas todo mundo paga por esse sofrimento coletivo, inclusive o médico paga, a família do médico paga, o

ela promete uma polaridade assimétrica que trafega em dois sentidos – não se permite dizer se o profissional está mais abalado com o julgamento, ou, de outro lado, se o consumidor estaria mais abalado quando ele mesmo sofre algum dano na vida das relações.

Em segundo lugar, o tipo legal cujo suporte é a culpa não necessariamente depende de provas claras e convincentes para qualificar o convencimento judicial. Ora, a culpa é um conceito jurídico aberto, um elemento normativo do tipo que pode ser graduada em culpa leve, grave ou gravíssima. A discricionariedade que a culpa subentende não a desloca de outros critérios condicionantes, como a boa-fé, por exemplo, sendo que os próprios graus de culpa, por intermédio de variações móveis e intimamente relacionais, indicam que a discricionariedade no julgamento da culpa é um conceito de relação – assim como os standards são relacionais. Se a responsabilidade subjetiva do profissional liberal é frequentemente ligada ao erro, intuitivo que a figura do erro não é algo estranho a qualquer atividade humana, o erro sequer pode ser identificado como uma baixa colateral, porque o erro é demasiadamente humano, ele integra o sistema e por isso acaba conformando as bases de regularidade das práticas sociais.

Na responsabilidade de profissional liberal, uma perícia judicial verifica que uma prática profissional se afastou, mais ou menos, de uma rotina teórico-pragmática esperada de determinada profissão, sendo que tal constatação técnica não representa que o standard seja claro e convincente, apesar quer dizer que houve um meio de prova técnico, porque os padrões de referência são rotinas linguísticas técnicas (art. 335 do CPC). Aqui o ponto, a peculiaridade da perícia não distingue a responsabilidade do profissional em termos de intensidade da prova, apenas vincula, em geral, essa responsabilização a um formato mais técnico.

A tecnicidade da prova não intensifica o standard do convencimento judicial, porque um mínimo de afastamento do padrão da técnica já seria bastante para ser deferida a tutela jurisdicional do consumidor. De outro lado, quem disse que uma prova técnica seria mais contundente que seis testemunhas? A questão que a perícia resolve, de resto, é o grau de afastamento entre a prática empregada pelo profissional e a técnica recomendada, o que não deixa de ser um cotejo experiencial (art. 335 do CPC), mas com base

consumidor paga. Uma demanda circular que reporta a um comentário sobre justiça, transcende a dogmática. Verificar WEBER, Tadeu. John Rawls: uma concepção política de justiça. In TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de (orgs.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri: Manole, 2010, p. 242/3.

na literatura compartimentada a cada profissão (engenharia, medicina, direito, fisioterapia, dentre outros). A perícia vai repercutir sobre o grau de culpa, que será finalmente decidido como um conceito normativo, e não meramente probatório. Porque a culpa envolve condicionantes objetivas para uma caracterização totalizante.

A temática é polêmica, porém, mesmo na responsabilidade do profissional liberal, o standard da preponderância de provas seria o suficiente para a tutela jurisdicional do consumidor, bastando que o consumidor defenda a sua posição jurídica com a razoabilidade das provas. Uma precedência condicionada¹⁰⁵ em benefício do consumidor, mas que é um limitador-teto, porque ora se imagina o standard da preponderância de provas na especialidade do caso do profissional liberal, como uma ponta do iceberg. Para os demais casos de fornecimento de produtos ou serviços, o standard é ainda mais flexível.

O assunto será retomado ao cabo da exposição, de qualquer maneira, nessa primeira exposição, a defesa do consumidor assume a valência de um princípio, uma escala de sentido direcionada à defesa da posição jurídica processual do consumidor, alertando que o encargo do consumidor é provar com suficiência, e não provar com exauriência. Isso abre de maneira textual a questão do standard do convencimento judicial na tutela do consumidor, o que ainda será relativizado no decorrer da estruturação do dever de proteção do consumidor por intermédio das técnicas que o próprio sistema prevê.

A primeira crítica que pode ser formulada contra o standard do convencimento judicial baseado na preponderância de provas é que ele não afasta uma elasticidade inerente a qualquer articulação entre as normas articuladas na experiência jurídica. O foco não é discutir as situações limítrofes entre um paradigma e outro, o que talvez acarretasse uma abstrativização que finalmente distanciaria a teoria do direito da dogmática e, finalmente, não seria permitido em um apanhado monográfico. A pretensão é aproximativa, de maneira a repercutir o que uma teoria dos standards do convencimento afirma quando em jogo a tutela jurisdicional do consumidor.

2.2 As técnicas que estruturam a tutela do consumidor

A tutela jurisdicional do consumidor remete a um desdobramento institucional da defesa do consumidor enquanto direito fundamental (art. 5º, XXXV e XXXII,

¹⁰⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 96.

da CF). Por isso que a inafastabilidade da lesão ou da ameaça a direito do consumidor, ou seja, a proteção da posição jurídica do consumidor em um sentido amplo se torna um imperativo para que o Estado elabore técnicas que estruturam essa solução de compromisso, o que sobremaneira repercute no standard do convencimento judicial.

A Constituição implica um *continuum* para a proteção do consumidor, desde a previsão normativa e abstrata dos direitos, e até que essas posições jurídicas sejam efetivadas no plano concreto, seja administrativa ou jurisdicionalmente¹⁰⁶. Em especial, a proteção do consumidor entregue pela jurisdição consiste na tutela jurisdicional, que é o resultado do processo, um produto que encerra a imperatividade e a deontologia preordenada pelo Estado-juiz e que, portanto, subentende a organização de mecanismos eficientes em busca desse alvitre.

A tutela jurisdicional é o valor que decorre do provimento jurisdicional, um somatório de forças que enseja a tutela do direito, pois ela ratifica a densidade normativa da tutela abstratamente prevista pelo legislador. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira resume que “a tutela normativa material (eficácia e efeitos de conteúdo material) – ressarcitória, restituitória, inibitória, de remoção do ilícito etc. – mostra-se, contudo, abstrata, prevista para o geral das espécies. Assim, a cada tutela material (ressarcitória, restituitória, de remoção do ilícito etc.) deve corresponder, no plano processual, de modo concreto, uma tutela jurisdicional adequada (eficácia e efeitos processuais ou jurisdicionais), regida pelas normas próprias deste plano (declaratória, constitutiva,

¹⁰⁶ A questão da sobreposição da tutela jurisdicional em relação à tutela do direito ratifica o dever institucional de assegurar uma convivência civilizada. Uma questão que pode ser observada pela dupla face da proporcionalidade. Luciano Feldens afirma que “na atualidade, tem-se como inequívoco que os direitos fundamentais, ao revés do que propugnado por um modelo liberal clássico, não tem sua eficácia restringida a um plano negativo, ou seja, de direitos de defesa ou de omissão do indivíduo frente ao Estado. Mais que isso, como valores objetivos que orientam por inteiro o ordenamento jurídico, reclamam dentro da lógica do Estado Social, prestações positivas no sentido de sua proteção”. O autor define a dupla instrumentação da proporcionalidade no direito penal (a ser refletido no plano dos direitos humanos e transnacionais): além de vedar uma excessiva voracidade punitiva, os mecanismos de tutela (proteção) também devem ombrear medidas eficazes para a proteção dos anseios dos ofendidos, e assim promoverem a manutenção do equilíbrio democrático da situação triangular Estado, perturbador da ordem jurídica e vítima. Ele conclui: “a doutrina e a jurisprudência tradicionais costumam conjugar a máxima da proporcionalidade à noção da proibição do excesso (*übermassverbot*). Sem embargo, a proibição do excesso revela-se apenas com uma de suas faces. O desenvolvimento teórico dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (deveres de proteção) tem sugerido que a estrutura da proporcionalidade conta com variações que fazem dela decorrer, ao lado da proibição de excesso, a proibição de infraproteção ou de proteção deficiente (*üntermassverbot*) a um direito inequivocamente reconhecido como fundamental”. A defesa do consumidor, além do aspecto negativo, também se desdobra positivamente. Ver FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 98 e 108, respectivamente.

condenatória, mandamental, executiva lato sensu)”¹⁰⁷. A efetividade da tutela jurisdicional (CRFB, art. 5º, XXXV) “é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos”¹⁰⁸.

Logo, a tutela jurisdicional efetiva é uma resposta qualificada a ser prestada pela jurisdição, sendo mais preciso ou quiçá incisivo se falar em acesso à tutela jurisdicional¹⁰⁹ que falar em acesso à justiça ou, ainda, falar em acesso à jurisdição¹¹⁰. Isso enfatiza a colocação da tutela jurisdicional no epicentro da teoria do processo. A efetividade da tutela jurisdicional é um valor, um gênero, do qual são desdobramentos: a adequação da tutela jurisdicional (ponderação entre princípio da efetividade e princípio da segurança jurídica), a especificidade da tutela jurisdicional (integridade, identidade e integralidade); e tempestividade da tutela jurisdicional.

Não adiantaria prever abstratamente direitos subjetivos se a tutela não fosse alcançável no plano concreto da realidade das pessoas. Assim, a tutela jurisdicional qualificada projeta uma crescente acessibilidade¹¹¹ institucional por intermédio de técnicas

¹⁰⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 12.

¹⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 143.

¹⁰⁹ O acesso à justiça encerra duas perspectivas: o aspecto formal, com a possibilidade instrumental do acesso a órgãos judiciários, e o aspecto substancial, que afirma uma “série de providências ao encargo do Estado visando a contemplar e a superar a situação de hipossuficiência do consumidor, assegurando a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados, de modo a equilibrar a posição das partes no processo em vista de uma decisão justa”. MIRAGEM, Bruno Nubens. *Curso de direito do consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 651/2.

¹¹⁰ A diferença é sublinhar o epicentro da teoria do processo – a tutela jurisdicional, e não mais a jurisdição.

¹¹¹ A doutrina de Cappelletti inaugurou a preocupação da maior acessibilidade à justiça, demonstrando que a humanização do processo reclama a organização de institutos que amplifiquem o ingresso de demandas cujo foco é à pacificação social e com a justiça do direito material. Uma frente de trabalho que também é avistada em Cristina Rapisarda, que praticamente seguiu os três passos outrora definidos por Cappelletti – a questão da assistência judiciária, a transindividualização da tutela e a proposta de meios alternativos –, com a diferença que essa autora parece enfatizar uma reforma institucional desde dentro do processo mesmo, com a utilização de parâmetros e procedimentos que aproximam o direito material do processo e resultam num modo-de-ser do formalismo, tanto que a doutrina de Rapisarda influenciou nitidamente autores brasileiros como Dinamarco e Marinoni. Ver CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça: conclusão de um projeto internacional de investigação jurídico-sociológica*. Trad. Hermes Zaneti Jr. *Processo, ideologias e sociedade*, vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 76/7; e RAPISARDA, Cristina. *Tecniche Giudiziali e stragiudiziali di protezione*

judiciais e extrajudiciais que harmonizam as necessidades sociais e econômicas do consumidor, daí promovendo a igualdade material entre os agentes do mercado. A gratuidade da justiça (art. 5º, LXXIV da CF e Lei 1.060/50) e o reaparelhamento da Defensoria Pública (art. 134, §2º, da CF pela EC 45/2004) encerram um conjunto de perspectivas que permitem que o consumidor, economicamente débil, reclame perante os órgãos do judiciário.

Essas técnicas, que antecedem o ajuizamento da demanda, possuem conexões à maneira de ser do processo, porque a tutela jurisdicional *adequada* organiza o formalismo do processo de acordo com as finalidades a serem atingidas, daí sopesando internamente os princípios da efetividade (ou efetividade no sentido estrito¹¹²) e da segurança jurídica. Com efeito, um consumidor economicamente frágil reclama uma resposta mais rápida que segura, mais célere que exauriente, daí resulta que quanto maior a efetividade acaba sendo menor a segurança¹¹³, e vice-versa, uma polaridade assimétrica que expressa o postulado da proporcionalidade endoprocessual.

Duas baixas colaterais figuram ao lado da justiça gratuita e da pontual preponderância da celeridade sobre a segurança – a gratuidade impulsiona o *overload* de demandas na jurisdição, e quanto mais demandas, menos tempo para o juiz analisar a individualidade dos casos. A massificação é característica do mercado de consumo e resulta em uma resposta jurisdicional que intensifica ou procura amplificar a defesa do consumidor, sendo que o compromisso por soluções céleres internalizam o fator erro como uma margem absorvida pelo recursionismo e por mecanismos integracionistas de unificação de entendimentos jurisprudenciais (súmulas, recurso repetitivo e repercussão geral).

Consoante as imposições valorativas do sistema, na ponderação dos princípios que convivem para organizar o formalismo interno do processo, hoje, as reformas legislativas apreendem que prepondera a efetividade em detrimento da segurança jurídica, jogando a um segundo momento a possibilidade de controlar o erro, como *um solve et repete* processual. Note-se que a efetividade, aqui, é tratada como um princípio que dialoga com a

del consumatore:diritto europeo e diritto italiano. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 36. Padova: Cedam, 1981, p. 685/721. Talvez por ser um civilista, ou talvez porque não aborda mais diretamente figuras institucionais, apesar de sinceramente utilizar uma sistematização de remédios processuais como consectários das previsões do direito material (também desde fora do processo e bem à semelhança da common law), a doutrina brasileira não utiliza (como deveria) assumidamente os ensinamentos de Adolfo di Majo. Ver *La tutela civile dei diritti*, vol. 3. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 2003.

¹¹² A efetividade da tutela jurisdicional é um valor, portanto, externo ao processo. De outro lado, a efetividade no sentido estrito é um princípio processual que dialoga com o princípio da segurança jurídica, mesmo internamente ao processo, o que enseja uma solução de adequação que, de resto, atenda a efetividade como valor.

¹¹³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria, op. cit.*, p. 145.

segurança jurídica e, assim, elas conformam a adequação da tutela jurisdicional. Mas, a efetividade também é um valor, e desde fora do processo orienta todos os demais princípios.

Assentada essa questão, fácil constatar que o juiz elabora a decisão com base nas narrativas processuais e nas provas apresentadas, e somente em um segundo momento o sistema empresta outras técnicas jurídicas que surpreendam uma solução de reversibilidade da decisão, de alguma forma ancorada através da repetição dos julgamentos. Basta analisar o grau de reversibilidade de julgamentos em recurso repetitivo, para concluir que a sistematicidade dos casos é que levam a medidas recursais ou cassacionais. Afinal, a vulnerabilidade econômica do consumidor pode ser irreversível, ou, ainda, pode ser reputada mais irreversível que a situação do fornecedor. A adequação¹¹⁴ da tutela jurisdicional firma uma moldura interna do formalismo para atender as necessidades do direito material, no caso do consumidor, isso acontece por ocasião de procedimentos diferenciados e que utilizam técnicas de sumarização que internalizam os próprios riscos que remetem ao reforço na reversibilidade extroversa¹¹⁵.

A tutela jurisdicional também deve ser *específica*, o que resulta no ponto de estrangulamento máximo entre processo e direito material. A especificidade é sintetizada teoria dos três “*is*” – identidade, integridade, e integralidade da tutela jurisdicional para com o direito material¹¹⁶.

A especificidade da tutela jurisdicional afirma o dever de prestação da tutela concreta o mais similar possível àquilo que seria proporcionado pela normatividade do direito material. Marinoni¹¹⁷ refere como uma proteção da norma¹¹⁸, não

¹¹⁴O processo está impregnado do direito material. Ou seja, o nexo teleológico será para satisfazer o direito material no plano da realidade. Todavia, alguns aspectos da tutela genericamente chamada efetiva tocam ao direito material no desdobramento do processo, como a adequação, e outros tocam ao direito material em linha de chegada, como a especificidade. Um resultado de gênero pode ser sintetizado na efetividade, mas o cenário analítico permite separar o fio condutor ao ponto vertical, já que a tutela jurisdicional efetua a ligação entre o processo e o direito.

¹¹⁵ A reversibilidade introversa ou introspectiva reflete a clássica percepção da mudança de orientação pelo próprio julgador, quando ele *aprofunda* a cognição. Isso é juridicamente possível, mas pragmaticamente contingente – basta observar as demandas correntes nos tribunais e refletir quantas vezes um juiz *muda* de posição em seus julgamentos correntes. A reversibilidade que possivelmente melhor atende as rotinas é extroversa, porquanto firmada em estruturas recursais e cassacionais e que, de resto, preservam a celeridade da prestação jurisdicional.

¹¹⁶ CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Ação anulatória*: de acordo com o CPC/73 e o Projeto no Novo CPC. Curitiba: Juruá, 2014, p. 130.

¹¹⁷ *Técnica*, *op. cit.*, p. 22 e 114.

¹¹⁸ Proteção das normas no sentido de tendente universalização e a busca por uma igualdade material. Provável que o próprio Marinoni não tenha imaginado uma proteção da norma no sentido jakobiano, cuja teoria funcional exacerbada, em direito penal, faz antecipar a tutela para a punição que sejam punidos crimes formais ou de mera conduta – por exemplo, punir o porte de arma antes mesmo da prática do roubo; punir a embriaguez ao volante

com a velha dicotomia entre direito e processo, antes com a projeção de toda a dinâmica processual para satisfazer as necessidades do direito material no plano da realidade, proporcionando modalidades que concretizem o direito. O histórico dualismo entre direito e processo é redimensionado desde fora do processo, sendo que as necessidades do direito material polarizam o sentido das técnicas que os institutos processuais especializam¹¹⁹.

A integridade da tutela jurisdicional determina que seja entregue ao jurisdicionado nada mais que essa necessidade do direito material. Finalmente, a integralidade da tutela jurisdicional orienta que seja prestada ao jurisdicionado tudo o que seria previsto pelo direito material. Considerada a complexidade e a fragmentariedade de significativo acervo das relações em direito do consumidor – retratos da própria massificação, onde o volume numérico dos negócios encerra o lucro na contrapartida de preços individuais que não estimulam o custo e o tempo da demanda individual –, a integridade e a integralidade funcionalizam técnicas processuais transindividuais.

A tutela transindividual (arts. 91 e seguintes do CDC e Lei 7.347/85) produz o efeito de englobar a cifra de consumidores que normalmente não reclamaria em juízo, bem como evita decisões individuais contraditórias e economizam o próprio serviço judiciário. Dentre outras consequências estimáveis, o foco é assinalar as seguintes repercussões paradigmáticas dessa técnica.

Quer dizer, é verdade que a tutela transindividual pode ser reputada ressarcitória, porém, mesmo quando tendencialmente ressarcitória, ela também projeta efeitos prospectivos e assume inegável caráter preventivo, atualmente batizado de inibitório ou de remoção do ilícito¹²⁰. A preventividade ou prospectividade nada mais representa que a proteção da norma ou tutela do preceito, o que consolida uma juridicidade com efeitos *ultra partes*, ou *erga omnes*, como preferir o legislador (art. 103 do CDC). A despeito da

antes mesmo de um acidente culposo ou doloso. Não que o direito civil não produza esse tipo de modalidade, inclusive porque a figura das presunções e ficções legais é onipresente, ocorre que a segurança jakobiana é de uma rigidez que não comporta as flexibilidades ou adequações concretistas que Marinoni repetidamente defende, e que parece ser assimilada à proteção do preceito, que também é referenciada na doutrina italiana. Ver RABITTI, Maddalena; BELLELLI, Alessandra; DINACCI, Giampiero. I remedi fra tutela individuale, tutela collettiva e tutele alternative. In CARLEO, Liliana Rossi (a cura di). *Diritto dei consumi: soggetti, contratti, rimedi*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 215. Pelo menos, aparentemente interpretando o diálogo entre os autores. Ver JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 10/13.

¹¹⁹ “Non è certo il processo la sede nella quale si definiscono e qualificano i bisogni di tutela, bensì la legge sostanziale, e con riferimento ai rimedi ivi riconosciuti, è tuttavia il processo la sede in cui tali scelte sono destinate a tradursi in tecniche e forme adeguate”. Adolfo di Majo, *Tutela, op. cit.*, p. 07.

¹²⁰ RAPISARDA, Cristina. *Tecniche Giudiziali, op. cit.*, p. 708.

nomenclatura, para além da entropia eficaz está a repercutividade que a realidade polariza por intermédio dessa espécie de tutela, à medida que uma solução de preceito ou de norma não pessoaliza, mas atende a categorias ou classes que a própria norma pré-seleciona.

A efetividade da tutela jurisdicional também deve ser integral e integradora, portanto, em termos de transindividualidade ela alinha um estado de coisas jurídicos tanto retrospectiva-ressarcitória como prospectiva-preventivamente¹²¹, com o reflexo intersubjetivo que a norma estabelece. Na verdade, a tutela transindividual é funcional e preponderantemente preventiva porque o maior interesse é remover ou prevenir a ocorrência da contrariedade à norma. Justamente, essa modalidade de tutela permite estruturar o processo em outras bases que não aquelas classicamente orientadas pelo direito privado. Ora, como a proteção da norma supera as contingências meramente individuais, assim o dano deixa de ser o único referencial para a prestação da tutela jurisdicional, e sendo trabalhada a evitação do dano, ou melhor, com a antecipação da proteção devida pela tutela jurisdicional para que, assim, ela previna os danos perpetrados ou repetidos contra o consumidor¹²², a figura do ilícito é colocada no epicentro do problema da tutela. O ilícito não depende da demonstração da culpa, o que reaparela como uma regra geral o nexo de imputação objetivo na tutela do consumidor.

Nesse plano evolutivo, a categoria do ilícito é vigorada como núcleo da tutela jurisdicional da posição jurídica do consumidor, o que reflete um reaparelhamento do nexo de imputação na operação jurídica. O ponto de partida em direito do consumidor é a figura do ilícito, hoje sendo largamente admitido também para a tutela individual. Logo, um julgamento que analisa descumprimentos *prima facie* das normas jurídicas – a contrariedade a normas – dispensa um aprofundamento do convencimento judicial, porque é dispensável analisar o velho elemento aberto da culpa e também é dispensável surpreender todas as derivações do dano, em outras palavras, um julgamento cujo referencial é o ilícito

¹²¹ “A exigência de justiça formal, de tratar igualmente casos iguais, tem tanto uma aplicação prospectiva quanto retrospectiva. É por isso que uma decisão judicial justificável precisa estar fundada numa regra de Direito que não seja nem *ad hoc* nem *ad hominem*”, que pode ser um resumo da ponderação ou da polaridade assimétrica que debate o movimento integracionista com o movimento pragmatista da experiência jurídica (Dworkin versus Posner), sem uma solução de exclusão, assim como o procedimentalismo dialoga com o substancialismo. MACCORMICK, Neil. Usando precedentes. *Retórica e o Estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 197. Ainda, ver DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 235 e seguintes; e POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 230 e seguintes.

¹²² Idem, *ibidem*, p. 709.

relativiza o standard do convencimento judicial. As questões referentes ao dano deixam de compor o instrumental pertinente à prova, e passam a integrar o polo da leitura normativa do efeito da imputação como uma quebra da normalidade dos eventos do mercado – é o efeito borboleta das práticas consumelistas que repercute na solução das demandas individuais.

Assentado que o debate entre a segurança e a efetividade orienta o formalismo processual desde dentro do processo, levando em conta a adequação da tutela jurisdicional, necessário surpreender, ainda, a *tempestividade* da tutela jurisdicional, que pondera o fator do tempo desde fora do processo mesmo, à medida que o processo deve observar uma duração razoável e sem dilações destemperadas em cotejo à realidade social. Isso implica a relativização ou superamento do excesso de formalismo, seja através de técnicas como a criação de juizados especiais e da instrumentalização do seu rito sumaríssimo (Lei 9.099/95), seja por intermédio de técnicas conciliatórias que tornam obrigatória a audiência preliminar no procedimento ordinário mesmo (art. 331 do CPC na redação da Lei 8.952/94 – e a perspectiva atual do CNJ e do Novo CPC), seja através de mecanismos extrajudiciais de composição civil.

O que todas essas técnicas que internalizam o fator tempo como vértice na solução dos conflitos afirmam é a pontual preponderância do valor do consenso sobre uma busca epistemicamente rígida que se basearia em inequívocidade probatória. A tese habermasiana sopesa procedimentalismo e substancialismo no paradigma jusconstitucional, privilegiando o diálogo e o consenso como soluções democraticamente válidas em nome da pacificação social. Atualmente, mais vale um compromisso de consenso, e que ele seja efetivo-realizável entre os interessados, que uma busca infinita em direção à verdade.

O processo civil é polarizado pela tutela jurisdicional qualificada e a postura institucional determinada pelo jusconstitucionalismo brasileiro estabelece uma metodologia que interconecta fatores macro e intrassistêmicos, com isso produzindo reflexos extrajudiciais e intrajudiciais. No diálogo entre as normas que estruturam as referidas técnicas, hoje positivadas na legislação brasileira, para conferirem efetividade à tutela jurisdicional, necessário constatar que o standard do convencimento judicial não pode agravar ou dificultar a defesa da posição jurídica do consumidor.

Muito pelo contrário, se todo o ordenamento jurídico brasileiro, desde a previsão dogmática do texto das normas, encarrega o consumidor da produção de um

mínimo de provas para que lhe seja entregue a tutela jurisdicional, o juiz não pode exigir provas intensas ou um grau de prova que dificulte a defesa da posição jurídica do consumidor. Por imperativo tendenciado nessa estruturação, o juiz estará convencido antes mesmo do que ele restaria convencido na média geral dos casos, quando se trata de direito privado. Vale dizer, o consumidor deve produzir um mínimo de prova, um patamar de prova menor que o standard da preponderância de provas, como será investigado abaixo.

2.3 Os tipos presuntivos e o desvio de normalidade narrativa

No direito brasileiro, a regra geral sobre o ônus da prova atribui ao demandante o encargo de provar quanto ao fato constitutivo de sua afirmação e, de outro lado, atribui ao réu o ônus da prova quanto ao fato impeditivo, modificativo ou extintivo da afirmação do demandante (art. 333 do CPC). A defesa do consumidor é um direito fundamental cuja perspectiva objetiva determina a relativização dessa regra geral sobre o ônus da prova, até então prevista pelo regime do Código de Processo Civil de 1973. Nesse compromisso jusconstitucional, o legislador estabeleceu como um dos direitos básicos do consumidor, no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor: “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

A doutrina¹²³ desenvolve inúmeras considerações sobre a verossimilhança das alegações bem como sobre a hipossuficiência do consumidor enquanto pressupostos para a inversão judicial do ônus da prova. No presente capítulo, o foco não é debater a ênfase no aspecto subjetivo¹²⁴ da inversão judicial do ônus da prova, mas chamar a atenção para determinadas peculiaridades dogmáticas a partir do próprio texto da norma do art. 6º, VIII, do CDC, que, mesmo que implicitamente discorra sobre a distribuição do ônus da prova como regra de instrução, repercute, em especial, no standard do convencimento judicial para a tutela do consumidor.

¹²³ DALL'AGNOL JR., Antônio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, vol. 788, junho de 2001, p. 92 e seguintes.

¹²⁴ O aspecto subjetivo do ônus da prova é uma regra de instrução, que reparte os encargos às partes, o aspecto objetivo do ônus da prova é uma regra de julgamento, da qual o juiz se vale quando as provas não preenchem o standard do convencimento. Um aspecto não sobrevive sem o outro, mas a pontual ênfase é quanto à regra de

Com efeito, o texto da citada norma estabelece um elenco exemplificativo de ferramentas para a facilitação da defesa do consumidor, ao escrever – “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova”. A palavra “inclusive” surpreende que outras técnicas para a facilitação da defesa do consumidor são possíveis, além da técnica da inversão judicial do ônus da prova. Dentre as outras técnicas que podem ser lembradas pela referência positivada, está a redução da intensidade do standard do convencimento judicial para a tutela do consumidor.

A relativização do standard do convencimento judicial para que o juiz seja convencido e, assim, afaste-se de um julgamento com supedâneo na regra do ônus da prova, é decorrente de uma metodologia através da qual o legislador articula os seguintes modelos argumentativos consequenciais, que podem ser reputados como modelos funcionais: (a) a elaboração de tipos presuntivos que, desde uma previsão abstrata pelo legislador, já vertem o ônus da prova de maneira favorável ao consumidor; (b) e a previsão legal da inversão do ônus da prova por obra do juiz, a depender do caso concreto, porém, quando a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor podem ser inferenciadas “segundo regras ordinárias de experiência”.

Existe liberdade de critérios a serem eleitos pelo juiz? Justamente, quando o art. 6º, VIII, do CDC se refere ao “critério do juiz”, é preciso trazer à reflexão que tal critério está limitado pelo sistema jurídico, inclusive com a força desses dois suportes metodológicos que encerram um compromisso, desde o legislador constitucional e até chegar à previsão do legislador infraconstitucional. A questão dos tipos presuntivos e a questão do recurso inferencial, em conjunto, permitem uma aproximação dogmática na busca do standard do convencimento na tutela jurisdicional do consumidor e, na prática, desenham um critério do juiz, daí um critério legitimado pelo sistema e com a sorte de controlabilidade que a regularidade dos enunciados jurídicos promove – o primeiro indicativo legal (a) opera no sentido positivo, afirmando uma posição jurídica em benefício do consumidor; o segundo indicativo legal (b) opera no sentido negativo, depurando as hipóteses contrárias à posição jurídica do consumidor e, assim, autorrestringe¹²⁵ o standard do convencimento.

juízo, porque o sistema jurídico reconhece juridicamente que a dúvida judicial é fundada quando ultrapassada a fase do convencimento judicial, quando o standard não é cumprido para convencer o juiz.

¹²⁵ A denominação autorrestricção se deve à natureza meramente dogmática da pretensão do ensaio, que não avança em questão de lógica ou, mesmo, de fundamento jusfilosófico. Ver MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 203 e seguinte; e Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, *op. cit.*, p. 276 e seguintes.

Quando a própria lei distribui o ônus da prova, algo diverso da regra geral prevista no CPC, em realidade, não ocorre uma inversão do ônus da prova por operação do juiz, antes ocorre uma mera atribuição do ônus da prova com fundamento no direito material, que é pré-ponderado pelo legislador que elaborou o CDC. O importante é constatar que o direito do consumidor brasileiro é comumente estruturado por intermédio de tipos presuntivos que melhor ou otimamente privilegiam a defesa da posição jurídica do consumidor e que, por decorrência, reservam ao fornecedor o encargo de afastar as presunções legalmente antecipadas em benefício do consumidor. A leitura do texto de algumas normas infere essa valoração.

Na responsabilidade pelo fato do produto, o art. 12, §3º do CDC estabelece que “o fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.” Na responsabilidade pelo fato do serviço, o art. 14, §3º do CDC estabelece que “o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”. Vale dizer que os danos decorrentes do acidente de consumo somente não serão ressarcidos ao consumidor quando, e somente quando, o fornecedor excepcionar a presunção tipificada nas regras legais.

O art. 23 do CDC refere que “a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade”. O elemento normativo da culpa não permite afastar a consequência jurídica que tutela o consumidor em face dos vícios dos produtos e dos serviços, a culpa não pode ser alegada como justificativa. Deveras, o sistema de defesa do consumidor enaltece a proteção da confiança como uma base do ordenamento, tanto que a definição de vício que compromete o dever de adequação do produto ou serviço é a segurança (arts. 12, §1º e 14, §1º) ou a finalidade (arts. 18 e 20, §2º), aspectos decorrenciais ou derivativos de um estado de coisas que o próprio legislador regulamentou como padrão.

A Medida Provisória número 2.172-23, de 23 de agosto de 2001, mais recentemente, reforçou o esquema de imputações previsto pelo CDC, quando ela “estabelece a nulidade das disposições contratuais que menciona e inverte, nas hipóteses que prevê, o ônus da prova nas ações intentadas para sua declaração”. Essa Medida Provisória é contumaz

no respectivo art. 3º, ao estabelecer que “nas ações que visem à declaração de nulidade de estipulações com amparo no disposto nesta Medida Provisória, incumbirá ao credor ou beneficiário do negócio o ônus de provar a regularidade jurídica das correspondentes obrigações, sempre que demonstrada pelo prejudicado, ou pelas circunstâncias do caso, a verossimilhança da alegação”.

A declaração da nulidade de cláusulas contratuais pode ocorrer de maneira direta (abstrata, art. 83 do CDC) ou com base no conteúdo mesmo das cláusulas contratuais, quando a nulidade é decorrente da abusividade referenciada por critérios que repercutem a concretude dos casos (arts. 51, 53 e 6, V do CDC), salienta Cláudia Lima Marques¹²⁶. Agora, qualquer ponderação judicial – mais abstrata ou mais concretista – deve perceber a natureza categórica da legislação quando se aponta a sanção da nulidade, até porque a própria lei estabelece que a interpretação do contexto das cláusulas contratuais entre si, bem como a interpretação do conteúdo das cláusulas no confronto com as demais normas do sistema, deve resultar em uma interpretação benéfica ao consumidor (art. 47 do CDC).

A tutela declaratória da nulidade de cláusulas e a tutela revisional de cláusulas contratuais reclamam uma adequação do contrato aos padrões de ordem pública previsto nas regras do direito do consumidor. Assim, o maior trabalho para o judiciário, nessas hipóteses, é coletar o contrato ao processo, porque nem sempre o contrato está à disposição do consumidor. Na impossibilidade do contrato não ser apresentado pelo consumidor, o próprio ordenamento fixa uma presunção de veracidade das afirmações do consumidor, quando ocorre o descumprimento do dever da exibição do contrato (art. 359 do CPC), porque é ônus do fornecedor armazenar as informações sobre a contratação. Finalmente, a declaração da nulidade ou a revisão de cláusulas contratuais, que enseja o exame de dispositivos documentados em contratos, o exame de provas que são instrumentos pré-constituídos ao processo ou provas que pré-existem ao processo, acaba dispensando um aprofundamento do convencimento judicial – porque o critério é comparativo-linguístico entre normas categóricas e disposições contratuais, em contratos que devem ser claros e precisos, porque é dever básico do fornecedor atender ao princípio da transparência.

Com a juntada do contrato ao processo, ou mesmo com a presunção da veracidade do afirmado pelo consumidor (art. 359 do CPC), o juiz avalia as circunstâncias

¹²⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1150/1.

no entorno da formação, do desenvolvimento e dos efeitos da contratação. Óbvio que ele avalia tudo isso sem utilizar subjetivismos ou intuições mágicas, mas antes o juiz coteja o negócio jurídico para com alguns critérios¹²⁷ objetivos que indicam a preservação do equilíbrio material na relação negocial, daí se valendo de fatores que vinculam a preservação da situação jurídica dos sujeitos¹²⁸. A cognição judicial percebe parâmetros jurídicos em confronto – contrato versus normas do ordenamento –, sendo que em geral pondera sobre práticas correntes do mercado, como juros, comissão de permanência, tarifa de serviços bancários, questão da adesividade ou hipervulnerabilidade¹²⁹, o que não representa uma intensificação ou majoração *de grau* do convencimento judicial.

Nesse diapasão, o legislador esquematiza tipos presuntivos que consistem em técnicas para facilitar a defesa do consumidor em juízo. O ônus de provar é organizado, desde a instrução, algo diferente da regra geral do Código de Processo Civil, porque o dever de tutelar o consumidor abstrai o critério da posição jurídica do autor ou do réu (art. 333 do CPC) no processo para, então, determinar que o ônus de provar seja atribuído na função da categoria jurídica do sujeito – ao fornecedor incumbe desfazer a presunção legal. Conforme Barbosa Moreira, a presunção legal é uma norma especial em relação à regra geral: “a pessoa a quem a presunção desfavorece suporta o ônus e provar o contrário independentemente da sua posição processual, nada importando o fato de ser autor ou réu”¹³⁰.

Isso não quer dizer que o consumidor esteja dispensado da produção de qualquer prova no processo, no entanto, os tipos presuntivos, desde o início, rebaixam o ônus argumentativo do consumidor, sendo que ele somente deve demonstrar a sua posição jurídica (de consumidor) e a natureza da relação firmada. Ou seja, afirmando se houve um dano a ser ressarcido, se é caso de algum vício, ou se a questão é pela invalidade de cláusulas contratuais, porque a derivabilidade desses enquadramentos é vinculada pela norma. A

¹²⁷ Cláudia Lima Marques refere os critérios que a doutrina alemã utiliza para referenciar o controle do conteúdo do contrato, dentre os quais, exemplificativamente: o momento da contratação, a situação financeira dos negociantes, os efeitos decorrenciais a terceiros por fato dessa contratação, a forma da contratação, o caráter adesivo ou paritário do contrato, a estraneidade ou a familiaridade entre os contratante, e o grau de desequilíbrio fático entre os negociantes. *Idem*, *ibidem*, p. 1151/2.

¹²⁸ A demonstração do desequilíbrio objetivo em uma contratação, o que sobremaneira é argumento repetitivo em contratos bancários, não requer dose significativa de particularismos. Vale dizer que o desequilíbrio que revisa ou não revisa uma determinada cláusula contratual é medida visualizada na virtude da repetição de demandas que, assim, salientam a falta de parâmetros que o fornecedor acusa quando ele se desgarrar das práticas correntes do mercado. Uma posição semelhante em MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Curso de direito do consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 721.

¹²⁹ Respectivamente, artigos 54 e 39, IV, do CDC.

derivabilidade posta pela norma jurídica liga uma situação jurídica aos eventos que ela mesma, a norma, reputa socialmente relevantes. No entanto, aqui, a derivabilidade é utilizada no sentido de coesão narrativa ou de heterointegração¹³¹ da narrativa processual àquilo que está sendo argumentado no processo – nessa solução de presunção está o rebaixamento do standard, porquanto o juiz não elabora complexa operação mental para se reputar convencido.

A derivabilidade na virtude da norma, por exemplo, ocorre quando um consumidor alega que viajou de avião e que extraviaram a sua bagagem, sendo que a companhia aérea somente devolveu os objetos após transcorridos dez dias de viagem, oportunidade em que o consumidor retornava ao seu país de origem. O consumidor postula a indenização por dano extrapatrimonial, e a lei refere, textualmente, que o fornecedor é responsável quando presta o serviço e acontece esse tipo de evento, o que normativamente liga o dever de responder ao fato-base alegado.

Essa narrativa processual não merece reparos, ela está presumida como uma sucessão de acontecimentos aos quais a norma confere coesão em narrativa processual, ou seja, não se discute sobre a vinculação entre a categorização do sujeito e o evento que o teria prejudicado, a lei já presumiu essa ordem de fatos, mesmo com base em uma prova singela – um bilhete de passagem e o extrato de *check in* da bagagem. Agora, se o juiz decide que não houve dano extrapatrimonial porque a bagagem, afinal, fora devolvida, mesmo ultrapassados dez dias e mesmo quando o sujeito retornava de sua empreitada, necessário ressaltar que tal pronunciamento não quebra o standard do convencimento judicial presumido, porque o afastamento da indenização, por considerar ausente um dano, está no plano da valoração do conceito¹³² jurídico dano, que é praticamente um efeito decorrencial do que já fora presumido como certo. Essa ponderação é coisa diferente da standardização.

De qualquer maneira, o tipo presuntivo, que é nota comum do CDC, não trata de dinamizar o ônus da prova (uma inversão judicial do ônus). Em direito do consumidor, o tipo presuntivo atribui ou verte, desde a previsão abstrata, o ônus da prova ao sujeito ou à categoria que funcionalmente está ligada às circunstâncias ou às condições que

¹³⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. *Temas de direito processual* (primeira série). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 60.

¹³¹ A coesão como justificação externa da narrativa, no sentido empregado por Jerzy Wróblewski e ALEXYS, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p 228 e seguintes.

¹³² Utilizando outros referenciais, porém, diferenciando o que é matéria pertinente à apuração dos fatos (probatória) e matéria pertinente a uma valoração de conceitos jurídicos, ver MOREIRA, José Carlos Barbosa.

justificam a imputação normativa. O princípio da proximidade¹³³ da prova ou princípio da referibilidade da prova, segundo Adolfo di Majo¹³⁴, encarrega à parte processual de comprovar o que está na sua esfera de controle objetivo. Nesse sentido, o importante é convencer e demonstrar ao juiz que o conjunto de fatos coloca o sujeito processual na categoria jurídica de consumidor, sendo que os vínculos fáticos daí advindos não são elaboradas por um processo mental¹³⁵ complexo e subjetivo do juiz, antes são consequências legais, portanto, elas decorrem de uma derivabilidade presuntiva posta – não meramente suposta – pela norma jurídica. O tipo presuntivo se antecipa ao processo mental do juiz, à medida que o legislador já levou em conta as conexões que normalmente acontecem entre os fatos que ensejam a categorização do sujeito como um consumidor e as respectivas ocorrências em termos de mercado de consumo (*quod plerumque accidit*). O legislador previne conexões fáticas, ficando a descoberto soluções valorativas (o caso do dano). Mas, o que interessa para o standard do convencimento é a prova do fato.

Conforme Taruffo, “uma norma impõe ao juiz que tome por verdadeiro um fato alegado por uma parte, sem que desse seja dada qualquer prova (em particular por iniciativa da parte que alegou o fato); a verdade desse fato resta vinculante para o juiz se a outra parte não prova o contrário. Poder-se-ia observar, então, que as normas que estabelecem presunções fazem com que a decisão final ocupe-se dos fatos somente quando a prova contrária for fornecida. Se não houver prova contrária, a decisão não levará em consideração os fatos, visto que derivará diretamente da aplicação da norma que determina a

Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Temas de direito processual* (segunda série). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 70.

¹³³ Taruffo critica o critério da proximidade para a distribuição do ônus da prova, quando alerta que essa modalidade poderia ser epistemologicamente válida, porém, poderia levar a excessos. Para o autor, é mais aconselhável adotar um critério de sanções (*disclosure*) em que cada parte deveria produzir todas as provas que tivesse disponibilidade. *Uma simples verdade, op. cit.*, p. 267. A qualidade linguística do texto escrito por Michele Taruffo e a paixão com que ele defende a dimensão epistêmica do processo são conquistadores. De qualquer maneira, um leitor brasileiro deve considerar, no mínimo, algumas particularidades. A jurisdição brasileira é diferente da italiana e, sobretudo é diferente da jurisdição dos países mais evoluídos da Europa – a Alemanha e a Inglaterra. Além disso, qualquer dose de prática nos tribunais brasileiros é suficiente para constatar que uma vitória sem razão é mais comemorada que uma razão sem vitória. Um modelo processual fundamentado na boa-fé e na cooperação é louvável, sempre, e as normas devem impor esse estado ideal de coisas. No entanto, um realismo moderado sopesa a implicação normativo-ideal no confronto com a cultura da desigualdade brasileira, principalmente no interior, porque, aqui, são necessárias soluções socorristas em que, possivelmente, um imperativo processual epistêmico fundado na confiança acabaria perdendo espaço. O Estado-juiz deve prestar cooperação às partes, isso não se discute, mas normas rígidas de *disclosure* que se estruturam por deveres *interpartes* não necessariamente assimilarão uma dimensão epistêmica ao processo brasileiro, antes, elas poderão produzir baixas colaterais em termos de aplicabilidade.

¹³⁴ O autor utiliza a denominação princípio da “vicinanza” ou da “riferibilità”. DI MAJO, Adolfo. *Le tutele contrattuali*. Torino: Giappichelli, 2009, p. 259.

¹³⁵ Barbora Moreira, *As presunções, op. cit.*, p. 57.

presunção”¹³⁶. Os tipos presuntivos elaboram um metajuízo, em outras palavras, as presunções legais correntemente utilizadas no direito do consumidor brasileiro elaboram *um juízo sobre um juízo* de ponderação das normas. A própria legislação irradia uma tendência sobre o juízo do fato, quer dizer, para decidir sobre os fatos da causa, o juiz não precisa formular complexas operações mentais ou subjetivas, porque o prognóstico da causa já está de antemão assentado ou abreviado pelo módulo que o legislador considerou. O Código do Consumidor refere que um sujeito deve ser indenizado quando ele é reputado consumidor e quando não é afastada a presunção legal que lhe protege. A presunção somente é afastada por intermédio de exceções taxativas, sendo positivado na lei um critério verofuncionalizado¹³⁷. Os tipos presuntivos polarizam a balança em defesa do consumidor, assim, eles afirmam que um standard do convencimento fundado em um mínimo de atividade probatória enseja a tutela jurisdicional do consumidor e afasta o julgamento com base na regra do ônus da prova.

Logo, o standard do convencimento judicial na tutela jurisdicional do consumidor rebaixa o patamar comumente utilizado no direito privado. Para evitar um julgamento com base na regra do ônus da prova, em direito do consumidor, não deve ser buscado uma convicção com a força da preponderância das provas, porque todo o sistema legal promove a facilitação da defesa do direito do consumidor. Então, ele está encarregado de uma mínima atividade probatória, no sentido de demonstrar a sua categoria jurídica e não ter, contra si, argumentos contundentes que afastem a presunção legal. A doutrina brasileira¹³⁸ salienta que o modelo de constatação ou o standard do convencimento judicial denominado como uma mínima atividade probatória é uma construção do Tribunal Constitucional espanhol, e consiste em um encerramento operativo tendente a eliminar dúvidas ou variações subjetivas que desqualificariam a racionalidade da solução judicial. Nisso, observa-se uma tendência em definir por método de eliminação, na medida em que a mínima atividade probatória seria tudo o que não pode ser afastado.

A crítica corrente é que não estaria claro o que mínima atividade

¹³⁶ *Uma simples verdade, op. cit.*, p. 263/4.

¹³⁷ Verofuncional é uma lógica que assimila polaridades – ela opera em dicotomias, por intermédio de conjunção (“e”), disjunção (“ou”), negação (“não”), ou implicação material (“se...então”). Um legado do silogismo, sendo que os próprios corifeus do positivismo mais ortodoxo, mesmos os que talvez refutem uma standardização do convencimento judicial, são obrigados considerar essa lógica, pois é a velha lógica. Ver MACCORMICK, Neil. *Argumentação fundada em exceções (arguing defeasibly). Retórica e o Estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 318.

¹³⁸ BALTAZAR JR., José Paulo. Standards probatórios. In KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 158.

probatória significa, qualitativa e quantitativamente falando, porque definir por eliminação¹³⁹ é exercício facultado a qualquer modalidade de standardização. No entanto, a caracterização da mínima atividade probatória atende, em primeiro lugar, à normatividade que o direito material polariza para a tutela jurisdicional do consumidor brasileiro. Além disso, a defesa do consumidor deve ser facilitada, inclusive em juízo, o que determina o rebaixamento da intensidade ou do grau de confirmação para que o juiz se declare convencido e, assim, afaste um julgamento com base na regra do ônus da prova. Em segundo lugar, e também com reforço na dogmática do direito material, é necessário constatar que o próprio ordenamento jurídico brasileiro combate o desequilíbrio fático entre os debatedores do processo através de normas jurídicas que estabelecem um norte para a definição da mínima atividade probatória, ou seja, uma suficiência de provas para convencer o juiz.

O modelo coerencial, o modelo hermenêutico e o modelo argumentativo, para a correção das soluções normativas, são somados ao modelo dedutivista, no atual quadrante constitucional. Não bastasse a afirmação jusfilosófica, o CDC estabelece uma cláusula de abertura, no art. 7º: “Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.” Para quem não confia nas tendências da teoria do direito, o texto da norma é cristalino ao pontuar que a defesa do consumidor pode se valer de disposições previstas em outras leis, inclusive na “legislação interna ordinária”. Ainda mais quando se trata de outra lei que, assim como o CDC, densifica o princípio constitucional da igualdade.

A Lei 8.213/91 é contemporânea do CDC, e além da proximidade temporal, essa lei também protege um vulnerável, contemplando a eficácia vertical¹⁴⁰ dos direitos fundamentais. É sabido que cada benefício previdenciário possui uma peculiaridade processual, por exemplo, auxílio-acidente, aposentadoria por invalidez, auxílio-doença e aposentaria especial, em regra, são benefícios que judicialmente demandam uma prova

¹³⁹ A crítica também merece uma crítica em seus próprios termos, porque a standardização do convencimento não é um mecanismo de prova, porém, com base em um grau de confirmação o standard afirma um critério. O tipo presuntivo – técnica mais utilizada pelo CDC – assenta uma maneira de olhar as coisas, daí equilibrando juridicamente o que é desigual faticamente. “Nessun ragionamento presuntivo è così evidente da sfuggire alla verifica del contraddittorio: la presunzione insomma non è un mezzo legale di prova, ma um criterio orientativo della ricerca”, e não apenas *della ricerca*, mas que também afirma conclusões ou práticas sobre o juízo do fato. Ver Alessandro Giuliani, *Prova in generale*, *op. cit.*, p. 533.

pericial. No entanto, mesmo um meio de prova pericial¹⁴¹ não quer dizer que o convencimento deva ser aprofundado, como alhures referido.

A leitura do texto da lei e uma pequena dose de prática nos tribunais surpreendem que o benefício de aposentadoria concedido ao trabalhador rural, seja a aposentadoria por tempo de serviço rural, ou seja a aposentadoria por idade, encerra o mais difícil contexto de provas judiciais. Mas, dificuldade para provar pelo fato da história não quer dizer intensificação do standard do convencimento. Nesses casos, trata-se de levantar um museu sobre a vida do sujeito, algo histórico e perdido no tempo, na medida em que uma pessoa que pede uma aposentadoria, geralmente é idosa. Outrossim, a dificuldade em lembrar os fatos advém da notoriedade que afirma que os habitantes do meio rural brasileiro são pessoas humildes, que possuem dificuldades para arquivar demonstrações complexas. O legislador presume tudo isso, tanto que ele positivou no art. 55, §3º¹⁴², da Lei 8.213/91: “A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.”

A questão não é sopesar a lei de benefícios previdenciária ao direito do consumidor, mas assinalar que a mínima atividade probatória – enquanto um standard – não é algo inédito no sistema brasileiro.

¹⁴⁰ O CDC reproduz a eficácia horizontal, a lei previdenciária regulamenta a relação entre um particular e uma entidade pública, portanto, reflete a eficácia vertical do direito fundamental.

¹⁴¹ O meio de prova pericial não é sinônimo de convencimento judicial aprofundado. Com efeito, o juiz avalia a perícia lendo as conclusões do perito, daí tentando entender a linguagem técnica que o experto atestou. Um caso pode ser complexo sem ter perícia, e outros tantos casos podem ser simples, embora a perícia. Se a perícia for sinônima de convencimento judicial aprofundado, das duas, uma: ou o juiz não poderia contrariar, jamais, a perícia, ou, de plano, o juiz deveria entregar o processo ao perito e que o próprio experto que elabore o julgamento. Afinal, o convencimento seria do perito, não do juiz. Evidente que o sistema jurídico prevê que o juiz pode se distanciar das conclusões periciais, justificadamente – afinal, ele sempre deve justificar todas as suas impressões. Portanto, isso quer dizer que o sistema jurídico encerra critérios que tornam o convencimento aprofundado, ou não, a depender da natureza do direito material em debate, a depender da substância do objeto do processo, porque desde uma previsão abstrata do ordenamento é que se fornecem os elementos sobre a intensidade do que significa a conclusão do “estar convencido”, não é uma conclusão meramente pessoal.

¹⁴² A normatividade desse texto da norma se concretizou em diversos enunciados jurisprudenciais, por exemplo: Súmula 6/TNU: «A certidão de casamento ou outro documento idôneo que evidencie a condição de trabalhador rural do cônjuge constitui início razoável de prova material da atividade rurícola.» Súmula 14/TNU: «Para a concessão de aposentadoria rural por idade, não se exige que o início de prova material, corresponda a todo o período equivalente à carência do benefício.» Súmula 34/TNU: «Para fins de comprovação do tempo de labor rural, o início de prova material deve ser contemporâneo à época dos fatos a provar.» Súmula Nº 73 - TRF 4ª: “Admitem-se como início de prova material do efetivo exercício de atividade rural, em regime de economia familiar, documentos de terceiros, membros do grupo parental”.

Mais recentemente, a Lei 11.718/08, pormenorizou o que seria esse “início de prova material”, ao elencar um rol exemplificativo de documentos e conferir uma nova redação ao art. 106 da Lei de Benefícios Previdenciários (LB): “A comprovação do exercício de atividade rural será feita, alternativamente, por meio de: I – contrato individual de trabalho ou Carteira de Trabalho e Previdência Social; II – contrato de arrendamento, parceria ou comodato rural; III – declaração fundamentada de sindicato que represente o trabalhador rural ou, quando for o caso, de sindicato ou colônia de pescadores, desde que homologada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS; IV – comprovante de cadastro do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, no caso de produtores em regime de economia familiar; V – bloco de notas do produtor rural; VI – notas fiscais de entrada de mercadorias, de que trata o § 7º do art. 30 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, emitidas pela empresa adquirente da produção, com indicação do nome do segurado como vendedor; VII – documentos fiscais relativos a entrega de produção rural à cooperativa agrícola, entreposto de pescado ou outros, com indicação do segurado como vendedor ou consignante; VIII – comprovantes de recolhimento de contribuição à Previdência Social decorrentes da comercialização da produção; IX – cópia da declaração de imposto de renda, com indicação de renda proveniente da comercialização de produção rural; ou X – licença de ocupação ou permissão outorgada pelo Incra.”

O início de prova material é um indicativo, porque não seria apenas esse início de prova material que solucionaria a questão em juízo. O legislador subentende essa conclusão, quando ele se reporta às testemunhas (art. 55, §3º, da LB) como um coeficiente que ratifica esse “início” de provas. Na prática, em juízo, aparecem três testemunhas para dizer que o sujeito trabalhava com a família em uma pequena propriedade, e produzia X, Y e Z produtos. Isso é aprofundar a cognição? Parece que não. De qualquer maneira, e respeitando uma crítica em contrário, o ponto é para salientar a percepção do legislador, que delimitou, em nível brasileiro da lei de benefícios, o que seria um “mínimo de provas”, com uma solução de alternatividade, tudo para tutelar a posição jurídica de um vulnerável (idoso, enfermo, rurícola).

No direito do consumidor, inicialmente, esse quadro de imputações é válido. Não para definir que a prova deve, necessariamente, ser documental. Muito pelo contrário, porque *ninguém* duvida que um sujeito possa deixar o celular em uma loja para o conserto e, além da loja não entregar um documento em promessa de conserto, ainda pode

acontecer de devolver o celular com outros danos, totalmente quebrado. Também, *ninguém* duvida que um sujeito possa adentrar em um banco e, de quebra, ser assaltado lá dentro, mesmo. Os exemplos são infinitos, pois *ninguém* duvidaria que um sujeito deixasse o carro na garagem de um shopping e, nesse meio tempo, tenha o som automotivo furtado.

As situações são corriqueiras, sobretudo massificadas. Aqui, o referencial a mínima atividade probatória deve ser decantada pela normalidade narrativa, ou seja, por uma metodologia que rearticula esse conceito da mínima atividade probatória por intermédio da verossimilhança ou pela hipossuficiência, a derradeira consideração do ensaio.

O juiz é consumidor, o enfermo é consumidor, o pesquisador é consumidor, o político é consumidor, o recém-nascido também é consumidor. Enfim, todo mundo já foi ou será um consumidor, o que resulta na impossibilidade do legislador elencar um rol de provas mínimas para a tutela da posição jurídica do consumidor, assim como se formulou na Lei 8.213/91. No mesmo sentido, o legislador não poderia vincular o consumidor a provas documentais, até porque os grandes problemas estão quando não existem documentos formalizando as relações.

Atento à massificação das demandas bem como levando em conta a premissa de que *#somostodosconsumidores*, o legislador conectou a facilitação da defesa do consumidor a regras de experiência (*quod plerumque accidit*) que refletem o que de comum acontece na vida das pessoas.

Voltando ao texto do art. 6º, VIII, do CDC, sem muito esforço, possível repartir a seguinte sistematização:

| | |
|---|---|
| <p>Art. 6º, VIII: “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.</p> | <p>(a) a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz,</p> |
| | <p>(b) for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente</p> |
| | <p>(c) segundo as regras ordinárias de experiências;</p> |

O caráter exemplificativo das técnicas para a facilitação da defesa do

consumidor remete a duas percepções finais, no particular do standard do convencimento.

Em primeiro lugar, o CDC refere (itens 'b' e 'c): “verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”. Observe-se que não existe vírgula entre “verossímil ou hipossuficiente”, o que confere uma solução de alternatividade em somatório, porque as modalidades são alternativas entre si, mas ambas devem ser adequadas ao que está após a vírgula – “segundo as regras ordinárias de experiência”.

Portanto, a questão da ordinary da experiência é uma condicionante tanto para a verossimilhança¹⁴³ como para a hipossuficiência, o que, de resto, vai ao encontro do critério da mínima atividade probatória, que o sistema jurídico de proteção do consumidor afirma. A verossimilhança e hipossuficiência, com efeito, são desdobramentos processuais de um mesmo substrato do direito material e da realidade social – a vulnerabilidade.

Em segundo lugar, e nisso está o interesse para o standard do convencimento, as regras ordinárias de experiência (parte final do dispositivo) são uma referência *desde fora* a todo um esquema de facilitação da defesa do consumidor (parte inicial do dispositivo) – o que acontece, *inclusive*, com a inversão *ope judicis* do ônus da prova.

A diferença entre a verossimilhança¹⁴⁴ e a probabilidade é polêmica. Contudo, mesmo sem aprofundar em definições¹⁴⁵, pode-se identificar que a prática aproxima a verossimilhança e a probabilidade, compatibilizando-as através de um utilitarismo¹⁴⁶ argumentativo que, em um primeiro momento, assinala uma referência objetiva do possível (aspecto positivo) e, em um segundo momento, afasta uma razão que deixaria *anormal* a narrativa afirmada.

Comenta-se que a doutrina alemã encampa o standard da verossimilhança, porque esse critério pormenoriza o requisito da suficiência da prova para,

¹⁴³ Contra, afirmando que, no caso especial do CDC, a verossimilhança não está atrelada ao *id quod plerumque accidit* – apenas a hipossuficiência é que estaria atrelada às regras gerais de experiência, ver Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, *Curso, op. cit.*, p. 87.

¹⁴⁴ Nesse comentário sobre a verossimilhança também se encaixa a hipossuficiência, pois, junto com a verossimilhança, a hipossuficiência está vinculada a regras ordinárias de experiência (art. 6º, VIII, do CDC), pelo menos segundo o legislador brasileiro.

¹⁴⁵ Calamandrei elenca a possibilidade, a verossimilhança e a probabilidade como padrões em uma espécie de escala aproximativa à questão da verdade. Ver CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. In CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). *Opere Giuridiche*, vol. V. Napoli: Morano Editore, p. 620/1.

¹⁴⁶ GIULIANI, Alessandro. b) Teoria dell'argomentazione. *Enciclopedia del diritto*, vol. XXV. Milano: Giuffrè, 1975, p. 32.

assim, afastar o julgamento com base na regra do ônus da prova (art. 333 do CPC). Nesses termos, “o convencimento reputar-se-á válido e legítimo na presença de um *alto grau de verossimilhança* em que as *dúvidas subjetivas*, ou seja, as *dúvidas do juiz* ‘in concreto’ sejam descartáveis. Então, sob essa ótica, dever-se-á, primeiramente, verificar se a convicção foi atingida, para, logo após, examinar os elementos que dela afastam, ou seja, as *dúvidas*. A qualificação teórica das dúvidas mencionadas na fundamentação da decisão é que servirão de *critério*. As dúvidas abstrato-negativas (teóricas) deverão ser desprezadas, enquanto que as dúvidas concreto-positivas viciarão a convicção judicial”¹⁴⁷. Esse movimento metodológico, que se atribui à doutrina alemã, em linha de princípio, efetua um exercício positivo para determinar a intensidade da prova que convence o juiz, e não desconsidera, para qualificar esse suporte, um outro movimento, daí negativo, que confronta aquele contexto probatório à normalidade inferenciada das regras experienciais. É quase um procedimento por eliminação, o que não elide a sua adoção como um critério acessório, proposta que ratifica a presente exposição.

As normas-tipo e a inversão judicial do ônus da prova, ambas sopesadas pelas regras ordinárias de experiência – ainda mais no cenário repetitivo e massificado das relações de consumo – refletem esse esquema circular, que se trata de uma compatibilização argumentativa em dicotomias, conforme o padrão kantiano¹⁴⁸. O ordenamento jurídico brasileiro elabora um exercício argumentativo análogo, embora a nomenclatura ora defendida, aqui, se reporta a uma mínima atividade probatória. Isso acontece tanto porque existe lei (Lei 8.213/91) que flerta com a definição ensaiada, como porque a realidade social do consumidor brasileiro é algo diversa da realidade em que aplicada a doutrina tedesca.

Com uma variação definicional, Marinoni parece defender, na essência, o rebaixamento do standard do convencimento na tutela jurisdicional do consumidor, quando ele refere: “Frise-se que, em um caso com esse (de defeito na composição de remédio), a relação de consumo *é marcada pela violação de uma norma que objetiva dar proteção ao consumidor*. O fabricante que viola essa norma *assume o risco da dificuldade de prova da causalidade*. Se a prova da causalidade é difícil, basta que o juiz chegue a uma convicção de verossimilhança para responsabilizar o réu. Essa convicção de verossimilhança, é claro, *não se confunde com a convicção de verossimilhança da tutela*

¹⁴⁷ Danilo, Standards do convencimento, *op. cit.*, p. 39.

¹⁴⁸ Kant, *Lógica*, *op. cit.*, p. 81.

antecipatória, pois não é uma convicção fundada em parcela das provas que ainda podem ser feitas no processo, mas sim uma convicção que se funda nas provas que puderam ser realizadas no processo, mas, *diante da natureza da relação de direito material*, devem ser consideradas suficientes para fazer crer que o direito pertence ao consumidor.”¹⁴⁹ O autor arremata: “Essa convicção de *verossimilhança nada mais é do que a convicção derivada da redução das exigências de prova*, e assim, em princípio, *seria distinta da inversão do ônus da prova*.”

Infelizmente, a doutrina comenta a inversão do ônus da prova, festejando o advento do CDC, sem, contudo, apreciar que, em especial, no caso limítrofe previsto pelo sistema, está a ponta do iceberg que afirma o standard da mínima atividade probatória. Ora, na responsabilidade pessoal do profissional liberal (art. 14, §4º, do CDC), mesmo pelos que defendem uma intensificação do standard, a inversão (ou a denominada dinamização) do ônus da prova surpreende um pressuposto de confirmação que aponta para uma mínima atividade. Para dinamizar o ônus da prova, ou para inverter o ônus da prova, deve ser comprovada a categorização jurídica do sujeito e uma vinculação à situação que enseja a redistribuição do ônus.

Logo, mesmo que se sustente um maior encargo ao consumidor, nesses casos, a inversão se presta a compensar os esquemas-tipo que a grande maioria dos casos encerra, daí conduzindo a uma solução de complementaridade ou na qual o legislador protegeu o consumidor – processualmente – sem, contudo, desprivilegiar o profissional liberal, mas, daí em termos de direito material (preservando a responsabilidade subjetiva). Na verdade, ocorre uma prejudicialidade integrativa – quando o mínimo de provas não é suficiente para o julgamento, em contrapartida, ele é suficiente para a inversão do ônus da prova.

As regras ordinárias da experiência implicam uma solução-tampão aos vazios normativos dos tipos-padrão, elas avisam quando a narrativa está desviada do ordinário. Nesse estado ideal de coisas, a exceção do sistema (art. 14, §4º) ratifica os indicativos textuais que conformam uma regra geral, no direito brasileiro – a mínima atividade probatória preenche o standard do convencimento para a tutela jurisdicional do consumidor.

¹⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Academia brasileira de direito processual civil*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo103.htm>>, acesso em 27/06/15.

5 Conclusão

Em uma cidade de um interior não muito distante da capital, um sujeito chegou à recepção do único hotel que estava aberto ao meio-dia, e colocou, sobre o balcão, uma nota de cem reais, quando ele falou – “eu quero um quarto”. O balconista, que era o dono do hotel, pegou a chave de um quarto e a entregou para o sujeito, que, imediatamente, dirigiu-se para o segundo andar.

Enquanto o cliente subia as escadas, o dono do pequeno hotel interiorano recolheu a nota de cem reais e atravessou a rua, local onde havia um açougue. Ali, o dono do hotel entregou a nota de cem reais para o dono do açougue e, assim, quitou uma dívida recente entre eles. Em seguida, o dono do açougue se apressou para levar a nota de cem reais ao dono do mercadinho, que ficava na esquina de onde estava o açougue. O dono do mercadinho, por sua vez, conferiu a nota de cem reais e a repassou para a única empregada, adiantando-lhe parte do salário. A empregada do mercadinho correu para o salão de beleza e pagou uma dívida que havia contraído há uns dois meses, usando a nota de cem reais. Surpresa, a dona do salão de beleza pegou a nota de cem reais e, por sua vez, foi ao restaurante da cidade, onde almoçava o vendedor de cosméticos, oportunidade em que ela folheou uma revista do tipo-catálogo, e realizou encomendas a esse vendedor, pagando-lhe com a nota de cem reais.

O vendedor de cosméticos recebeu a nota de cem reais e, sem colocar na carteira, pagou a conta no restaurante, amortizando uma dívida contraída no caderninho. Desde a chegada do forasteiro ao pequeno município interiorano, ainda não tinham passado uns vinte minutos, quando o dono do restaurante, com a nota de cem reais em mãos, deslocou-se ao hotel que ficava aberto ao meio-dia e se situava no outro lado da praça daquele município.

Finalmente, o dono do restaurante entregou a nota de cem reais para o dono do hotel, daí pagando uma antiga dívida que havia entre eles. O dono do restaurante retornava para o seu local de trabalho, oportunidade em que o forasteiro desceu as escadas do hotel, aproximou-se do balcão, e falou – “não gostei do quarto, vou embora, pode me devolver os cem reais que adiantei”.

Na alegoria da nota de papel, uma pequena estrutura social interagiu através de diversas relações, sejam elas de natureza comercial, trabalhista, civil, e de

consumo. A categoria jurídica do consumidor é a mola que impulsiona o giro da economia, sendo que o dinheiro somente tem algum sentido quando um punhado de interesses¹⁵⁰ comuns lhe atribui uma solução de contexto – a promoção da riqueza é a linguagem que confere valor a uma nota de papel, a promoção da riqueza é que confere energia a cem reais.

O que *interessa é o interesse* comungado pelos atores da sociedade ocidental, daí a importância de se preservar uma sobrevivência, a todos, por intermédio de enunciados jurídicos que pautam estabilidade e investem em um estado de equilíbrio material para que as relações continuem se perpetuando infinitamente e gerem riqueza. O legislador brasileiro encampou essa ideia, porque a Constituição formalizou a defesa do consumidor como um direito fundamental e, assim, implicou caráter de ordem pública e de interesse social às normas que tutelam o direito do consumidor, desde as previsões abstratas.

A tutela do consumidor deve ser concretizada nas relações do dia-a-dia. Um ciclo de experiências jurídicas refletido pela doutrina, mas que sobretudo depende da prática do processo civil, porque a jurisprudência é que identifica os valores e a deontologia estabelecida pelo sistema jurídico brasileiro.

O ensaio afirma um ponto de partida, na medida em que serão definidos ao largo dos casos julgados pelos tribunais, dentro do possível, os subcritérios do standard da mínima atividade probatória. De qualquer maneira, a aproximação dogmática deixa como legado significativas implicações práticas:

* a fixação de um standard do convencimento judicial permite que as partes dialoguem sobre o critério utilizado, inclusive, para problematizar a utilização desse critério, o que assenta transparência ao contraditório e eleva ou rebaixa o ônus argumentativo da parte insurgente ou da parte favorecida pelo critério geral; de seu lado, o juiz, ao marcar o standard ou a intensidade de provas que lhe serve de paradigma para preencher o convencimento, como uma questão prévia à valoração propriamente dita da prova, rearticula os clássicos conceitos de certeza e dúvida, com uma nova interface entre o suficiente e o razoável; conseqüentemente, preenchido o standard, o juiz afastada a solução da questão com base na regra do ônus da prova (art. 333 do CPC);

* o standard não é um axioma ou um dogma, porém, a rejeição do critério que a dogmática afirma requer uma justificação, com o incremento do ônus argumentativo do juiz, quando da motivação judicial; o standard relativiza a velha separação

¹⁵⁰ *Interesse* está grifado porque é um conceito de base, uma categoria pré-jurídica.

entre a questão de fato e questão de direito, até porque a tutela jurisdicional assume a posição nuclear na teoria do processo, logo, o juízo de fato poderá ser eventualmente revisto em nível revisional ou cassacional, pelos tribunais superiores;

* no processo civil, as petições não precisam ser tão extensas e repetitivas, a ponto de sempre bricolarem a discussão sobre a inversão do ônus da prova, como se ela fora um exercício heurístico que sempre decide a causa, pois o protagonista do convencimento judicial é o standard da prova, que deve ser discutido em contraditório, e permite que o fornecedor se contraponha objetivamente, com a concentração de forças argumentativas para a descaracterização das categorias que as provas enfeixam segundo os esquemas normativos que servem de garantia às partes.

O standard da mínima atividade probatória pode ser problematizado, ele pode ser concretamente rejeitado, no debate. Afinal, uma aproximação dogmática trabalha com um estado ideal de coisas, ainda mais quando se está falando de processo civil, embora um processo polarizado ao encontro dos valores funcionalizados pelo direito material do consumidor.

Isso não lhe retira a validade, pois o standard sugerido é uma espécie de regra geral do sistema brasileiro, que reflete as normas estabelecidas, sendo que a partir desse standard inicial podem ser organizados outros critérios limítrofes, ou mesmo subcritérios que lhe seriam integrativos. O estrangulamento entre direito e processo, entre texto e norma, entre parte e todo, entre técnica e tutela, enfim, o estreitamento da dogmática do ordenamento jurídico à teoria do direito constrói conexões ou encerra uma metódica cultural que instrumentaliza o processo e todas as suas operações judiciais, sempre na busca das finalidades socialmente estabelecidas, desde fora, pelo direito constitucional e pelo direito material.

Uma abordagem dos pressupostos, da estrutura e de fatores de restrição, talvez, descerre uma porta ou uma janela para uma tese. A questão não é meramente acadêmica, a vida das pessoas poderia melhorar com a concretização da facilitação da defesa de seus direitos. A facilitação da defesa do consumidor não tem partido, não tem ideologia, não tem time, é um jogo de ganha-ganha, porque promove riqueza e concretiza a igualdade material em uma sociedade brasileira tão esquecida – afinal, *#somostodosconsumidores*.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BALTAZAR JR., José Paulo. Standards probatórios. In KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 1952.
- CAENEGEM, R. C. VAN. Juízes, legisladores e professores. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. In CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). *Opere Giuridiche*, vol. V. Napoli: Morano Editore.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça: conclusão de um projeto internacional de investigação jurídico-sociológica. Trad. Hermes Zaneti Jr. *Processo, ideologias e sociedade*, vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.
- CARLEO, Liliana Rossi. Il diritto dei consumi: profili introduttivi. In CARLEO, Liliana Rossi (a cura di). *Diritto dei consumi: soggetti, contratti, rimedi*. Torino: Giappichelli, 2012.
- CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Ação anulatória: de acordo com o CPC/73 e o Projeto no Novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2014.
- DALL'AGNOL JR., Antônio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, vol. 788, junho de 2001.
- DI MAJO, Adolfo. *Le tutele contrattuali*. Torino: Giappichelli, 2009.
- _____. *La tutela civile dei diritti*, vol. 3. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 2003.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- FALLON JR., Richard H. As-applied and facial challenges and third-party standing. *Harvard Law Review*. Cambridge: Harvard University Press, april 2000, v. 113, number 6.
- FALZEA, Angelo. Sistema culturale e sistema giuridico. *Rivista di diritto civile*. Padova: Cedam, anno XXXIV, 1988.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. de Elaine Nassif. 8ª edição traduzida. Campinas: Bookseller, 2006.
- _____. <Mondializzazione>, política, direito. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, settembre 2000, anno LIV, n. 3.
- FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. Por uma refundação epistemológica da teoria do direito. Trad. Daniel Ustarróz e Alexandre Aranalde Salim. In TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de (orgs.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri: Manole, 2010.
- _____. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Hermes Zaneti Júnior e Alexandre Salim. In FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- FILHO, Walter Camejo. Juízo de admissibilidade e juízo de valoração das provas. In OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro e alii (orgs.). *Prova cível*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- GIULIANI, Alessandro. Prova (Prova in generale). *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII. Milano: Giuffrè, 1988.
- _____. Teoria dell'argomentazione. *Enciclopedia del diritto*, vol. XXV. Milano: Giuffrè, 1975.

GUASTINI, Ricardo. Os princípios constitucionais como fonte de perplexidade. Trad. Anderson V. Teixeira. In TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de (orgs.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri: Manole, 2010.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. Realismo escandinavo. *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Trad. José Garcez Guirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Trad. João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

KANT, Immanuel. *Lógica*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Texto & Grafia, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

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

_____. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um direito probatório. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, jan/fer 2001.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Trad. Bruno Miragem, notas da trad. Cláudia Lima Marques. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. Ana Cristina Arante Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009.

MACCORMICK, Neil. Argumentação fundada em exceções (*arguing defeasibly*). *Retórica e o Estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. Em defesa do deducionismo. *Retórica e o Estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. Sobre o silogismo jurídico. *Retórica e o Estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. Usando precedentes. *Retórica e o Estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Academia brasileira de direito processual civil*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo103.htm>>, acesso em 27/06/15.

_____. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 45. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-março/2003.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Curso de direito do consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. O direito do consumidor como direito fundamental – consequências jurídicas de um conceito. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/setembro de 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. *Temas de direito processual* (primeira série). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual: segunda série*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Temas de direito processual* (segunda série). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

- MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NETO, André Perin Schmidt. Aplicação do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor: análise da relação jurídica de consumo. *Revista da Ajuris*, n. 117, março de 2010.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*, vol. 2. São Paulo: Atlas, 2012.
- _____. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- OPPO, Giorgio. Declino del soggetto e ascesa della persona. *Rivista di Diritto Civile*. Padova: Cedam, Nov/dez, 2002, anno XLVIII.
- PASQUALOTTO, Adalberto. Defesa do consumidor. *Revista dos Tribunais*, vol. 658. São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto de 1990.
- PICARDI, Nicola. A vocação de nosso tempo para a jurisdição. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. In OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org. e trad.). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PATTI, Salvatore. Libero convincimento e valutazione delle prove. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, n. 40. Padova: Cedam, 1985.
- _____. *Audiatu et altera pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório*. Trad. de Luis Alberto Reichelt. In PICARDI, Nicola. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org. e revisor técnico da tradução). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.
- RABITTI, Maddalena; BELLELLI, Alessandra; DINACCI, Giampiero. I remedi fra tutela individuale, tutela collettiva e tutele alternative. In CARLEO, Liliana Rossi (a cura di). *Diritto dei consumi: soggetti, contratti, rimedi*. Torino: Giappichelli, 2012.
- RAPISARDA, Cristina. Tecniche Giudiziali e stragiudiziali di protezione del consumatore: diritto europeo e diritto italiano. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 36. Padova: Cedam, 1981.
- SANTORO, Arturo. Convincimento del giudice. *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IV. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1959.

SARMENTO, Daniel. A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação 'de facto', teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2007.

SILVA, Clóvis V. do Couto. *A obrigação como processo*. 1ª ed. 6ª reimpressão. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*, vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Direito material e processo. In MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TARUFFO, Michele. Rethinking the standards of proof. *The American Journal of Comparative Law*, vol. LI, number 3, Summer 2003.

_____. *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*. Tradução de Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010.

_____. *Uma simples verdade: o juiz e a reconstrução dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4ª ed. portuguesa. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, tradução da edição alemã de 1967.

WEBER, Tadeu. John Rawls: uma concepção política de justiça. In TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de (orgs.). Barueri: Manole, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 9ª ed. Madrid: Trotta, 2009..

ZANETI JR., Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. *Revista de direito processual civil*, vol. 1, n. 1. Curitiba: Genesis, jan/abril de 1996.