

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
EM DIREITO E INOVAÇÃO**

LAÍS ALMEIDA DE SOUZA LOPES

***STANDARDS* PROBATÓRIOS NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE
CIVIL DO MÉDICO: uma análise exploratória do grau de suficiência da
prova na narrativa jurisprudencial do TJMG e TJRS nos anos de 2013 a
2017.**

**Juiz de Fora
2018**

LAÍS ALMEIDA DE SOUZA LOPES

***STANDARDS* PROBATÓRIOS NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE
CIVIL DO MÉDICO: uma análise exploratória do grau de suficiência da
prova na narrativa jurisprudencial do TJMG e TJRS nos anos de 2013 a
2017.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre na área de concentração Direito, Argumentação e Inovação, sob a orientação da Profa. Dra. Clarissa Diniz Guedes.

**Juiz de Fora
2018**

Ficha catalográfica elaborada através do programa de geração automática da Biblioteca Universitária da UFJF, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Lopes, Laís Almeida de Souza.

Standards Probatórios no âmbito da responsabilidade civil do médico: : uma análise exploratória do grau de suficiência da prova na narrativa jurisprudencial do TJMG e TJRS nos anos de 2013 a 2017 / Laís Almeida de Souza Lopes. -- 2018.

119 f. : il.

Orientadora: Clarissa Diniz Guedes

Dissertação (mestrado acadêmico) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2018.

1. Standards Probatórios. 2. Persuasão Racional. 3. Juízo fático. 4. Culpa. 5. Médico. I. Guedes, Clarissa Diniz , orient. II. Título.

FOLHA DE APROVAÇÃO

LAÍS ALMEIDA DE SOUZA LOPES

***STANDARDS* PROBATÓRIOS NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: uma análise exploratória do grau de suficiência da prova na narrativa jurisprudencial do TJMG e TJRS nos anos de 2013 a 2017.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre na área de concentração Direito, Argumentação e Inovação submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientadora: Profa. Dra. Clarissa Diniz Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Vicente Riccio Neto
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dra. Flávia Pereira Hill
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Leonardo Faria Schenk
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, de maio de 2018.

RESUMO

O presente trabalho tem como tema a possibilidade de controle lógico-racional do juízo fático por meio da incidência da teoria dos *standards* probatórios, a qual é problematizada no contexto da responsabilidade civil do médico. Tem por objetivos centrais refletir acerca de qual *standard* de prova deverá incidir em ações de responsabilidade civil do médico, bem como observar se há um grau de suficiência de prova sendo exigido pelo TJMG e TJRS para aceitar como racionalmente comprovada a culpa nesse tipo de demanda. Esse estudo foi realizado não apenas mediante averiguação bibliográfica de doutrina nacional e estrangeira, mas também por meio de uma pesquisa empírica de natureza qualitativa das decisões cíveis dos Tribunais de Justiça do Estado de Minas Gerais e do Estado do Rio Grande do Sul que lidam com a prova da culpa e dos demais elementos ensejadores da responsabilidade civil do médico para que, assim, fosse possível compreender, através da análise do grau de prova das narrativas jurisprudenciais, como os juízes estão aferindo a suficiência do conjunto probatório quanto à comprovação da hipótese fática, diante dos elementos de juízo disponíveis. Adota-se como referencial teórico o princípio da persuasão racional, conceito construído gradativamente pela doutrina ao longo dos anos e interpretado, segundo a concepção atual de racionalidade que lhe subjaz, como liberdade relativa de valoração das provas, realizada dentro de parâmetros lógico-rationais entre os quais se incluem os *standards probatórios*. Essa pesquisa é de grande valia social e acadêmica, na medida em que traz uma perspectiva inovadora ao terreno da prova e da convicção judicial, proporcionando inegável desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário em nosso país, o que nos torna assim, mais próximos de alcançar decisões mais justas. Conclui-se, sob a ótica do referencial teórico previamente estabelecido, que a pesquisa teórica e a visão crítica sobre o resultado da pesquisa empírica confirmaram a hipótese no sentido de que ao julgamento fático em ações de responsabilidade civil médica incidirá o *standard* da prova clara e convincente enquanto critério de julgamento, o qual não apenas indica o grau de prova a ser necessariamente satisfeito para comprovar a culpa do médico, como também proporciona maior controle da motivação judicial sobre os fatos, dotando assim de maior legitimidade e racionalidade as decisões judiciais.

PALAVRAS - CHAVE: *standards* probatórios; persuasão racional; juízo fático; culpa; médico.

ABSTRACT

The present study has as its theme the possibility of logical-rational control of the phatic judgment through the incidence of the standard of proof theory, which is problematized in the context of medical civil responsibility. Its aims are to reflect on which standard of proof should be involved in actions of medical civil responsibility, as well as to observe if there is a degree of sufficiency of proof being required by the TJMG and TJRS to accept as rationally proven the fault in this type of demand. It was carried out not only through a bibliographic examination of national and foreign doctrine, but also through a qualitative empirical research of civil decisions of the Courts of Justice of the State of Minas Gerais and of the State of Rio Grande do Sul that deal with the proof of fault and other elements that give rise to medical civil responsibility, so that it would be possible to understand, through the analysis of the degree of proof of these jurisprudential narratives, how the judges are assessing the sufficiency of the probative set to prove the factual hypothesis, in view of the available evidence. It adopts as theoretical reference the principle of rational persuasion, a concept built gradually by the doctrine over the years and interpreted, according to the current conception of rationality that underlies it, as relative freedom of evaluation of the tests, carried out within rational-rational parameters between which include the *standards* of proof. This research is of great social and academic value, since it brings an innovative perspective to the field of proof and judicial conviction, providing undeniable jurisprudential and doctrinal development in our country, which makes us closer to reaching fairer decisions. It concludes, from the perspective of the previously established theoretical framework, that the theoretical research and the critical view on the result of the empirical research made possible the confirmation of the hypothesis that the *standard* of proof to be applied to the factual judgment in medical civil responsibility is the clear and convincing one, as a criterion of judgment, which will not only indicate the degree of proof to be necessarily satisfied to prove the doctor's fault, but also will provide better control of the judicial motivation on the facts, thus giving greater legitimacy and rationality to judicial decisions.

KEYWORDS: *standards* of proof; rational persuasion; phatic judgment; fault; doctor.

LISTA DE TABELAS (ver anexos 01 e 02)

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - TJMG

Tabela 01- Amostra total da pesquisa.

Tabela 02 - Amostra válida + *Standards* + Expressões indicativas do grau de prova

Tabela 03- Amostra válida + Procedência ou improcedência da culpabilidade do médico.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJRS

Tabela 01- Amostra total da pesquisa

Tabela 02 - Amostra válida + *Standards* + Expressões indicativas do grau de prova

Tabela 03 – Amostra válida + Procedência ou improcedência da culpabilidade do médico

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. - Artigo;

CPC/2015 - Código de Processo Civil;

CC/2002 - Código Civil;

CDC - Código de Defesa do Consumidor

CF/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;

N - Não;

S - Sim;

TJMG - Tribunal de Justiça de Minas Gerais;

TJRS - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO TEÓRICO-METODOLÓGICA.....	09
1. RACIONALIDADE DO DISCURSO JURÍDICO PROCESSUAL.....	17
1.1. O problema do controle do convencimento judicial.....	17
2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NA CONTEMPORANEIDADE: BREVES REFLEXÕES TEÓRICAS.....	21
2.1. Elementos ensejadores da responsabilidade civil do médico.....	24
2.1.1. A culpa: novos paradigmas.....	27
2.2. O emprego da ciência no processo civil: a questão da valoração das provas científicas...29	
3. A CONVICÇÃO DO JUIZ NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA SOB A PERSPECTIVA DOS <i>STANDARDS</i> PROBATÓRIOS.....	34
3.1. Critérios de suficiência para o juízo de fato: conceito, estrutura, finalidades e classificação dos <i>standards</i> de prova.....	34
3.1.1. A adoção do <i>standard</i> da prova clara e convincente na aferição da culpa do médico....49	
4. ANÁLISE CRÍTICA DAS DECISÕES DO TJMG E DO TJRS: RESULTADOS DA PESQUISA EXPLORATÓRIA.....	55
4.1. Finalidades e metodologia da pesquisa empírica.....	55
4.2. Análise <i>qualitativa</i> dos resultados obtidos a partir da pesquisa jurisprudencial exploratória.....	58
CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS.....	69
ANEXO 01 - Tabelas TJMG.....	76
ANEXO 02 - Tabelas TJRS.....	103
ANEXO 03 - Gráficos.....	116

INTRODUÇÃO TEÓRICO-METODOLÓGICA

Na dogmática jurídica nacional são escassos os trabalhos que tratam a respeito da estrutura da motivação ou mesmo fornecem critérios de orientação para as decisões fáticas, de tal maneira que há uma tendência a pressupor como racionalmente justificadas determinadas decisão judiciais que simplesmente trazem argumentos explanatórios sobre como foi alcançada a conclusão sobre os fatos, estabelecendo para tal *mister* uma comparação entre os elementos de juízo. Por sua vez, as disposições legais do art. 371 e 489, §1º do CPC/2015 são insuficientes para expressar os limites da liberdade que é dada ao juiz na valoração das provas e na decisão fática. Acrescente-se que o direito probatório muitas vezes se limita a enfatizar a exigência constitucional (art. 93, IX da CF/88) de fundamentação como garantia de controle do discurso jurídico processual, mas não desenvolve maiores considerações sobre seus requisitos mínimos.

Em consequência, há um grave comprometimento da legitimidade das decisões judiciais em nosso país, na medida em que a ausência de análise da estrutura lógica do convencimento judicial não possibilita o debate sobre a razoabilidade, acerto e coerência do juízo fático.

O presente estudo investirá sobre esse problema, apresentando como proposta para a tentativa de se conferir maior racionalidade às decisões judiciais a noção de possível controle lógico racional do juízo fático trazida pela teoria dos *standards* probatórios, os quais serão abordados no presente estudo no contexto das ações de responsabilidade civil do médico. A título de maiores esclarecimentos prévios sobre tema de tamanha complexidade, imprescindível é apresentar nesse espaço a excelente explicação fornecida por Daniel Silveira Coutinho a respeito dos *standards* probatórios e da contribuição deles para a teoria da prova:

Ao invés de conferir à consciência do juiz o poder de dizer sobre o grau de confirmação dos fatos, esses critérios seriam regulamentados de acordo com a proteção que as normas jurídicas dão ao bem que tutelam, conferindo-lhe uma dimensão argumentativa não apenas voltada à ânsia de conhecer a verdade dos fatos, mas em acordo com uma racionalidade consciente das limitações ínsitas à cognição humana e dos riscos sociais envolvidos em cada decisão. Trata-se de levantar a possibilidade e efetividade da apresentação de critérios capazes de evitar a fundamentação das decisões sobre os fatos apenas em expressões do convencimento subjetivo¹.

O referencial teórico que guiará todos os elementos da pesquisa foi concebido com base em uma sistematização doutrinária da persuasão racional que a compreende como

¹SILVEIRA, Daniel Coutinho. *Prova Argumento e Decisão: critérios de suficiência para orientação dos juízos de fato no direito processual brasileiro*. Dissertação de mestrado. Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: USP, 2001, p. 34.

liberdade *relativa* de valoração probatória, realizada dentro de parâmetros lógico racionais, entre os quais se incluem os *standards* probatórios². Assim sendo, entende-se a valoração da prova como sendo livre somente no sentido de não estar vinculada a normas legais que predeterminem taxativa e precisamente o seu resultado, mas permanece sujeita a regras científicas - lógicas, jurídicas, regras da experiência e critérios racionais de valoração e decisão fática, entre os quais se incluem os ônus de prova e os *standards* probatórios.

Isso não implica o desmantelamento da liberdade no convencimento por estar ele sujeito a regras; pelo contrário, o que se busca é alcançar uma decisão que seja advinda de um procedimento racional, orientado à obtenção da verdade possível³ sobre os fatos, segundo um método que permita o controle do juízo fático. A esse respeito, preleciona Michele Taruffo:

² Sem ter a pretensão de exaustividade, pois isso seria impossível nesse tema e contexto, listo aqui alguns juristas que contribuíram para essa sistematização sobre o que representa a persuasão racional na contemporaneidade: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Standards probatórios. In: *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. V. 2. 10ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. GUASCH FERNANDÉZ, Sergi. *El hecho y el derecho en la cassación civil*. Barcelona: Bosch, 1998. FERRER BELTRAN, Jordi. A prova é liberdade, mas não tanto: uma teoria da prova quase-benthamiana. In: DIDIER JR., Fredie (coord); MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Provas. Coleção novo CPC. Doutrina selecionada*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2007. GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. In: TARUFFO, Michele; FERRER BELTRÁN, Jordi et. al. *Proceso, prueba y estándar*. Perú: Ara editores, 2009. GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de doutorado, orientador: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: USP, 2013. KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997. NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A dimensão epistêmica do juízo por jurados: perspectivas para a racionalização das decisões do júri a partir dos fundamentos da concepção racionalista da prova. Tese de doutorado, orientador: Flávio Mirza Maduro. Rio de Janeiro: UERJ, 2017, pp. 170-180. REICHELT, Luis Alberto. *A Prova no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH, William Galle. Sobre um possível diálogo entre a crítica hermenêutica e a teoria dos *standards* probatórios: notas sobre valoração probatória em tempos de intersubjetividade. *Revista novos estudos jurídicos*. V.22, n° 2, pp.390-416, 2017. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/10981>>. Acesso em: 08/01/2017. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. Tradução: Vitor de Paula Ramos. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2012. WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y limites del libre convencimiento judicial*. Tradução de Tomás Banzhaf. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1985. ZAZA, Carlo. *Il ragionevole dubbio nella logica della prova penale*. Milano: Giuffrè, 2008.

³ Adota-se nessa dissertação o entendimento de que a compreensão entre prova e verdade não pode olvidar que a dimensão argumentativa não exclui o caráter demonstrativo da prova, cujo objetivo principal constitui a busca da verdade, mas em um sentido aproximativo. A concepção persuasiva enfatiza a consciência da chance de erro na reconstrução dos fatos, enquanto a demonstrativa, a busca pelo alcance máximo da verdade dos fatos, de modo que esses dois modelos se completam durante a atividade probatória. O estudo dos *standards* probatórios permite exatamente verificar sua importância no âmbito da consecução desses objetivos da prova, tanto na perspectiva demonstrativa como persuasiva. (KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 10 e 15; TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 178 e 180; FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*, 4ª. ed. rev. Trad. Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: RT, 2014, p. 55).

Falar de critérios para uma eleição racional da hipótese fática, que se reconheça como ‘verdadeira’ por ser a mais aceitável com base na prova dos autos, não significa, portanto, fazer referência a regras estritas e estritamente obrigatórias, senão a *standards* capazes de orientar as eleições e determiná-las. A eleição da ‘melhor’ alternativa, por ser mais racional, não está completamente determinada nem é inteiramente livre. Não é cálculo nem arbítrio. Pode ser, ao contrário, razoável se a valoração leva em conta a análise das situações probatórias e da forma que nelas se configura a relação inferencial entre elementos de prova e hipóteses fáticas, assim como se a eleição final se realiza, de sua vez, com base em parâmetros que partem daquela relação. Na realidade, a discricionariedade das valorações e das eleições pode não equivaler a uma irreduzível vagueza ou incerteza da decisão e a liberdade da convicção pode ser guiada por critérios racionais⁴.

Urge esclarecer que essa interpretação de persuasão racional não foi concebida, como outrora mencionado, com base em um único autor. Pelo contrário, ela representa o *fruto* de uma construção doutrinária gradativa que perpassa as diversas *dimensões* que o livre convencimento assume ao longo dos anos em termos de valoração probatória⁵, bem como identifica a forma por ele assumida atualmente no ordenamento pátrio, denominada de persuasão racional. Portanto, o livre convencimento assume em sua forma gradações que vão desde a íntima convicção até à persuasão racional, a depender das diretrizes impostas – ou não – à racionalidade lógica do convencimento.

Assim sendo, tem-se a consciência científica de que o livre convencimento é impossível de ser estabelecido a partir de um conceito inflexível e fechado, pois ele varia, e isso acontece inclusive na medida em que se altera, em um determinado momento da cultura jurídica de uma sociedade, a compreensão sobre o que é de fato aceito como racional em se tratando da valoração das provas. Essas ‘idas e vindas’ são mais perceptíveis se observarmos atentamente alguns aspectos da evolução dos sistemas de valoração da prova.

O sistema de prova legal, característica marcante do processo romano-canônico da Idade Média, teve seu surgimento motivado exatamente como reação aos excessos do livre

⁴TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 294 e 295. Tradução livre da autora. No original: “Hablar de criterios para una elección racional de la hipótesis sobre el hecho, que se asume como verdadera porque es más aceptable sobre la base de las pruebas, no significa, por tanto, hacer referencia a reglas precisas y estrictamente obligatorias sino a estándares capaces de orientar las elecciones sin determinarlas. La elección de la mejor alternativa, por ser más racional, no está completamente determinada ni es enteramente libre: no es cálculo ni arbitrio. Puede ser, em cambio, razonable si la valoración tiene em cuenta el análisis de las situaciones probatorias y de la forma em que em éstas se configura la relación inferencial entre elementos de prueba e hipótesis sobre el hecho, así como si la elección final se realiza, a su vez, sobre parámetros que parten de aquella relación. Em realidad, la discrecionalidad de las valoraciones y de las elecciones puede no equivaler a una irreducible vaguedad o incertidumbre de la decisión y la libertad de la convicción puede estar guiada por criterios racionales”.

⁵TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, op. cit., p. 393.

convencimento⁶⁻⁷, de tal modo que formulado como um método para racionalizar a valoração da prova e o juízo fático. Isso nos mostra que ele foi produto de uma cultura jurídica formalista, que via na incidência de critérios legais que predeterminassem o valor das provas a potencialização de uma racionalidade funcional⁸, não mais ficando as decisões sujeitas ao arbítrio do juiz.

Mas a cultura iluminista colocou em crise a racionalidade que vigia no sistema de prova legal⁹, e isso não aconteceu de forma brusca, obviamente, mas foram os excessos¹⁰ na valoração legal ou taxada que proporcionaram a conclusão de que as decisões com base nesse sistema não eram racionais. Reabre-se, portanto, o caminho para novas reflexões a respeito da valoração discricionária das provas pelo juiz, e portanto, ao livre convencimento¹¹.

Insta destacar que, embora a cultura iluminista tenha colocado em crise os modelos de racionalidade que acompanhavam os juristas desde a idade média até o século XVIII¹², o fato é que a mudança não foi repentina em direção ao livre convencimento e muito menos foi o sistema de provas legais superado completamente naquela época, como também não deixou de ter sua presença, ainda que limitada nos ordenamentos civis e penais pátrios na atualidade¹³. Conforme preleciona Gerhard Walter:

(...) o princípio da livre apreciação da prova, mas essa era do Iluminismo ainda não estava madura, por causa de seus fundamentos e idéias morais, para aceitar esse modo de pensar. A "exigência fundamental da política judicial" do Iluminismo era a legalidade absoluta da atuação dos juízes e exigia apenas um juiz que fosse o executor da lei também quanto à verificação dos fatos (...). Mas essa demanda só poderia ser atendida pela teoria das provas legais, e não por livre apreciação, com seu suposto árbitro judicial. O ritmo ainda não estava maduro, então, para libertar o juiz dos laços legais da teoria positiva. *Mas agora havia um sentimento crescente de*

⁶NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2010, pp. 46 e 47.

⁷Acrescenta ainda Nieva Fenoll que, o mais remoto sistema de valoração das provas é o livre, que teria surgindo espontaneamente do uso cotidiano da mente humana. Ademais, informa que as ordálias não devem ser consideradas como uma fase da história da valoração da prova. NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*, op. cit., pp. 39-40.

⁸TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, op. cit., p. 389.

⁹*Idem*, p. 390.

¹⁰NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*, op. cit., p. 69: "ésas orientaciones había propiciado que em la práctica, dichas guías acaban por suprimir, no ya la libre valoración del juez, sino la propia valoración de la prueba, realizando una interpretación abusivamente extensiva de esas guías probatorias del legislador".

¹¹TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. Tradução: Vitor de Paula Ramos. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 188.

¹²TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, op. cit., p. 390.

¹³Cf. nota de rodapé número 20 da presente dissertação.

que o antagonismo entre o resultado legal do julgamento e a convicção judicial era intolerável”¹⁴.

Segundo explica Michele Taruffo¹⁵, o princípio do livre convencimento do juiz veio evoluindo ao longo dos anos quanto ao seu conceito e limites, mas não sob a forma de um modelo único e sim, compreendido em duas versões possíveis: há uma versão que o concebe como liberdade irrestrita ao juiz do fato, que estaria desvinculado não apenas das regras de prova legal, mas também não estaria sujeito a quaisquer critérios racionais de valoração. A decisão fática seria, portanto, fruto de uma atividade radicalmente subjetiva. Em uma segunda versão, evoluiu-se o livre convencimento para assumir uma forma de poder discricionário que não estava desvinculado das regras da racionalidade, denominado mais corretamente como persuasão racional.

Na concepção clássica atual do livre convencimento, fala-se em liberdade de convencimento condicionada a regras da lógica jurídica, da experiência, regras científicas e uma apreciação dos fatos que seja privada do conhecimento subjetivo do juiz, ou seja, contextual, voltada à análise dos elementos de juízo admitidos¹⁶. Como explicado nos parágrafos anteriores desse capítulo, essa dissertação adota a concepção de persuasão racional que acrescenta, como um dos critérios de limitação à liberdade do julgador dos fatos, os *standards* probatórios.

Ultrapassadas as importantes considerações acima feitas, explica-se que essa dissertação tem por objetivo central responder, à luz do referencial teórico, a duas perguntas interdependentes, as quais proporcionarão uma reflexão acerca da possibilidade de se conferir maior racionalidade e controle das decisões fáticas em ações de responsabilidade civil do médico por meio da utilização dos *standards* probatórios enquanto critérios de julgamento. Nessa perspectiva, a primeira pergunta é: o TJMG e o TJRS aplicam *standards de prova* às ações de responsabilidade civil do médico, de modo a exigirem um grau de confirmação

¹⁴ WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial*. Tradução de Tomás Banzhaf. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1985, p. 72. Tradução livre da autora. No original: “(...) el principio de la libre apreciación de la prueba, pero aquella época de la ilustración no estaba aún madura, por sus bases morales e ideas, para aceptar esa manera de pensar. La “exigencia cardinal de política justicial” del iluminismo era la legalidad absoluta de la actuación de los jueces y solo satisfacía esa exigencia un juez que fuese el ejecutor de la ley también en lo concerniente a la comprobación de los hechos, esto es, la famosa bouche de la loi de Montesquieu. Pero esta exigencia solo podía ser cumplida por la teoría de las pruebas legales, y no por la libre apreciación, co su supuesto arbitrio judicial. El tempo no estaba todavía maduro, pues, para que se liberar al juez de las ataduras legales de la teoría positiva. Pero ahora já crecía la sensación de que el antagonismo entre el resultado legal de la prueba y la convicción judicial era intorelable”.

¹⁵ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*, op. cit., pp. 188-189.

¹⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2007, pp. 65-66; KNIJNIK, Danilo. *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc>>. Acesso em: 01/04/2017, p. 3.

prévio a ser alcançado para comprovação da culpa do profissional liberal? Para alcançar tal objetivo, será feita uma pesquisa jurisprudencial de natureza exploratória para observar como esses Tribunais estão aferindo a suficiência do conjunto probatório quanto à comprovação da hipótese fática. A segunda e principal pergunta, a ser respondida com base nos dados obtidos a partir da pesquisa teórica e bibliográfica, é: qual *standard* de prova deveria ser exigido e satisfeito para aceitar como racionalmente comprovada a culpa do profissional liberal em ações de responsabilidade civil do médico?

A hipótese central desse trabalho, à luz do referencial teórico, é a de que ao julgamento fático em ações de responsabilidade civil médica deverá incidir o *standard* da prova clara e convincente enquanto critério de julgamento, o qual não apenas indicará ao juiz o grau de prova a ser necessariamente satisfeito para comprovar a culpa do médico, como também proporcionará maior controle da motivação judicial sobre os fatos, dotando assim de maior legitimidade e racionalidade as decisões judiciais sobre os fatos.

A pesquisa teórica empreendida nesse trabalho foi feita mediante averiguação bibliográfica de doutrina nacional e estrangeira sobre o tema. Ademais, essa dissertação abarcou também uma pesquisa empírica, de natureza qualitativa, que foi realizada através da análise exploratória do grau de prova das narrativas jurisprudenciais em decisões cíveis do TJMG e TJRS que tratam da responsabilidade civil do médico, no período de 2013 a 2017¹⁷.

As opções metodológicas desse estudo se justificam em razão de serem os *standards* probatórios uma construção eminentemente jurisprudencial, de caráter não generalizável indistintamente a todos os tipos de processo, mas desenvolvidos a partir das particularidades de cada relação jurídica e bens jurídicos envolvidos.

Ademais, importante se faz, *ab initio*, o esclarecimento a respeito dos motivos que ensejaram a escolha dos Tribunais, bem como o instituto da responsabilidade civil do médico enquanto contexto fático para análise dos *standards* de prova nessa dissertação. O TJMG se deu em razão de ser efetivamente o estado em que a pesquisadora reside, e que, provavelmente, dará aulas e exercerá a advocacia.

Já a escolha do TJRS foi motivada pelo contato da autora, em momento distinto, com algumas decisões desse Tribunal, relacionadas a assuntos diversos da responsabilidade civil do médico, mas que já levaram a pesquisadora a perceber uma qualidade jurídica diferenciada na redação de seus julgados, de tal maneira que vislumbrou-se a possibilidade de ser esse

¹⁷Todos os filtros e parâmetros de seleção dos acórdãos que foram utilizados pela autora para realização da presente pesquisa empírica serão devidamente explicitados no capítulo 4 dessa dissertação.

Tribunal, eventualmente, um campo fértil de análise exploratória jurisprudencial em pesquisas.

Não obstante seja o instituto da responsabilidade civil do médico um tema complexo, a escolha desse contexto fático se deu em razão, primeiramente, do interesse da pesquisadora despertado ainda quando da realização de estágios na graduação em órgãos públicos que lidavam direta e especificamente na área da saúde, a saber, a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais e o Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Além disso, houve também a motivação pelo estudo do instituto da responsabilidade civil do médico em virtude de ser esse um tema ainda carente de maiores debates, inovações e amadurecimento, tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial.

O primeiro capítulo dessa dissertação buscará trazer uma visão crítica, à luz do referencial teórico adotado, a respeito de que tipo de liberdade de convencimento é dada ao julgador para apreciação das provas e decisão sobre os fatos no CPC/2015. Em um primeiro momento serão fundamentadas as razões pelas quais se torna possível afirmar que não há um controle efetivo do juízo fático no Brasil, revelando que a exigência de motivação, nos moldes em que preconizada pelo nosso ordenamento jurídico, acrescenta pouco em racionalidade ao discurso jurídico processual. Em um segundo momento será feito o enfrentamento desse problema a partir da proposta de adoção dos *standards* probatórios.

O segundo capítulo, por sua vez, é significativo para a compreensão de todo o raciocínio que será empreendido nessa dissertação, na medida em que esclarecerá, de forma crítica e atualizada, os principais elementos constitutivos de um instituto tão complexo como o da responsabilidade civil. Posteriormente será também feita uma análise crítica a respeito da utilização de provas científicas no processo civil, haja vista sua importância e grande influência sobre a decisão fática em ações de responsabilidade civil do médico.

Já o terceiro capítulo promoverá, inicialmente, uma abordagem detalhada a respeito dos *standards* probatórios a fim de levar o leitor a compreender e se familiarizar com o tema. Em um segundo instante, dar-se-á ênfase à convicção judicial em ações de responsabilidade civil do médico mediante uma análise do julgamento fático sob a perspectiva de exigência do *standard* da prova clara e convincente como grau de prova a ser alcançado para comprovação da culpa do profissional.

No capítulo quatro serão apresentados todos os resultados da pesquisa empírica, de natureza qualitativa, a qual foi realizada por meio da análise exploratória do grau de prova das narrativas jurisprudenciais do TJMG e TJRS no período de 2013 a 2017.

Nas considerações finais serão sintetizadas criticamente todas as conclusões a que se chegou ao longo do presente estudo no que concerne a cada capítulo, ocasião em que será demonstrada mais claramente a comprovação da hipótese dessa dissertação, à luz do referencial teórico adotado.

1. RACIONALIDADE DO DISCURSO JURÍDICO PROCESSUAL

1.1. O problema do controle do convencimento judicial

No direito brasileiro são diversas as disposições legais que enfatizam a exigência de motivação das decisões, de modo que se propõem a evitar uma convicção judicial arbitrária e não sujeita a controles¹⁸, haja vista ser o dever de motivação o contrapeso processual à liberdade de convencimento¹⁹. Assim sendo, segundo o art. 93, IX da CF/88, o órgão julgador deverá fundamentar todas as suas decisões²⁰. Já o CPC/2015, em seus artigos 371 e 489, §1²¹ reitera a obrigação de que o órgão julgador indique as razões de seu convencimento, bem como elenca um rol de situações que indicam quando não serão consideradas motivadas as decisões judiciais.

Ressaltam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira que o CPC/2015 definiu expressamente qual é o sistema de valoração adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro ao retirar todas as referências ao termo 'livre convencimento motivado' do seu texto, exatamente para expressar a exigência atual de que o convencimento do julgador deverá ser racionalmente motivado²². Nesse sentido, não há dúvidas de que a partir da

¹⁸DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. V.2. 10ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 103.

¹⁹ZAZA, Carlo. *Il ragionevole dubbio nella logica della prova penale*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 12.

²⁰Art. 93, IX CF/88: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;" (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: 21/01/2018.

²¹Art. 371 CPC/2015: "O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento"; Art. 489, §1º CPC/2015: "§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento". (BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 20/01/2018).

²²DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, op. cit., p. 103.

vigência do CPC/2015, *predomina*²³ no ordenamento jurídico brasileiro, o sistema da persuasão racional como base fundamental às decisões.

Há certamente uma preocupação doutrinária nacional contemporânea com a racionalidade das decisões judiciais, mas o tema ainda é pouco explorado²⁴, bem como são lacônicas as disposições sobre como efetuar o controle em si da convicção ou os diversos graus que se podem exigir do julgador para que um fato se considere provado. Ademais, não é usual na *práxis* brasileira o exame da formação da base fática de uma decisão como questão autônoma e relevante²⁵.

A persuasão racional, em sua concepção clássica, observa certas diretrizes gerais a fim de se prevenir o arbítrio e consagrar uma liberdade de valoração probatória submetida à racionalidade²⁶, mas isso não é suficiente para garantir um controle sobre o juízo fático, exatamente porque a ênfase na racionalidade negativa²⁷ que perpassa a livre convicção, no sentido de não mais estar submetida a regras legais que predeterminam o resultado da valoração, nada diz sobre como garantir ou tentar garantir que o julgador demonstre, em sua decisão, que seguiu de fato parâmetros de racionalidade ao formar sua convicção²⁸.

É diante do cenário aqui delineado que se propõem, à luz do referencial teórico adotado nessa dissertação, os *standards* probatórios enquanto critérios lógico racionais que incidirão no momento da decisão fática da atividade processual como guias para uma valoração racional²⁹⁻³⁰. Assim sendo, funcionam como critérios de julgamento que permitem

²³Ainda há resquícios do sistema da prova legal em nosso ordenamento, conforme se extrai do art. 443, II do CPC/2015, do art. 55, § 3º, da Lei 8.213/91 e à Súmula 149 do STJ (referentes à comprovação da atividade rural), arts. 158, 159 e 184, do Código de Processo Penal. BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto Lei n° 3689 de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 21/01/2018.

²⁴BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 298.

²⁵KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. Disponível em: < <http://www.abdpc.org.br/abdpc>>. Acesso em: 01/04/2017, p. 3.

²⁶FERNANDÉZ, Sergi Guasch. *El hecho y el derecho en la cassación civil*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 325. Conforme explicita Danilo Knijnik: “o princípio da persuasão racional – sua formulação clássica postula que a convicção está na consciência formada pelas provas, não arbitrária e sem peias, e sim, condicionada a regras jurídicas, a regras da lógica jurídica, a regras da experiência, tanto que o juiz deve mencionar na sentença os motivos que a formaram (...) há liberdade no sentido de que o juiz aprecia as provas livremente, uma vez que na apreciação não se afaste dos fatos estabelecidos, das provas colhidas, das regras científicas, regras jurídicas, regras da lógica, regras da experiência”. KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle, *op. cit.*, p. 3.

²⁷TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 396.

²⁸TARUFFO, Michele. Rethinking the standards of proof. *The american journal of comparative law*. Vol. 51, nº. 3, 2003, p. 666.

²⁹Embora na prática não seja possível fazer uma clara distinção, a atividade processual passa por três momentos logicamente distintos e sucessivos, é um processo de sucessão de estados epistêmicos, quais sejam: a conformação do conjunto de elementos de juízo sobre cuja base se adotará a decisão, a valoração desses elementos, e, por fim, a adoção da decisão. Nesse sentido, cf. REICHELTL, Luis Alberto. *A Prova no Direito*

submeter o convencimento judicial a mais um parâmetro de racionalidade³¹, garantindo, através de sua dinâmica, o diálogo e o contraditório a respeito do juízo fático, entre outras funções³²⁻³³.

Interessante é perceber, desde já, que estabelecer *standards* probatórios em um julgamento tem por consequência adotar a concepção de que o resultado de uma valoração nada mais é do que o estabelecimento de um nível de confirmação de uma hipótese fática, de modo a aceitá-la intersubjetivamente como sendo racionalmente verdadeira³⁴⁻³⁵. Isso não está em desarmonia com o objetivo institucional do processo de busca da verdade³⁶. De fato, há uma relação teleológica entre justiça e verdade³⁷, mas no direito, como em qualquer ciência, somente é possível alcançar verdades aproximadas e não uma verdade ontológica e absoluta, pois sempre existe a possibilidade abstrata de erros³⁸⁻³⁹.

Ademais, o objetivo de busca da verdade não é o único fim do processo⁴⁰; é preciso ter em mente que a possibilidade de se aceitar racionalmente módulos de provas diversos para comprovar uma hipótese garante também a proteção de outros valores igualmente elevados

Processual Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 223- 224; FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2007, p. 41.

³⁰GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. In: TARUFFO, Michele; FERRER BELTRÁN, Jordi et. al.. *Proceso, prueba y estándar*. Perú: Ara editores, 2009, p. 28.

³¹Como será visto nos demais capítulos dessa dissertação, os modelos de constatação são variáveis para as diversas espécies de processo, assim como são variáveis os contextos políticos e jurídicos que os determinam.

³²KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 46.

³³A dinâmica e demais funções dos modelos de constatação serão abordadas, em detalhes, no capítulo 3 dessa dissertação.

³⁴FERRER BELTRÁN, Jordi. FERRER BELTRAN, Jordi. A prova é liberdade, mas não tanto: uma teoria da prova quase-benthamiana. In: DIDIER JR., Fredie (coord); MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Provas. Coleção novo CPC. Doutrina selecionada*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 115.

³⁵Inclusive, não é outra a concepção de Marina Gascón Abellán sobre o significado de valorar livre e racionalmente: “consiste, mais precisamente, em avaliar se o grau de probabilidade ou de certeza alcançado pela hipótese que o descreve a luz das provas e informações disponíveis é suficiente para aceitá-la como verdadeira. Tradução livre da autora. No original: “*valorar libre y racionalmente consiste, más precisamente, em evaluar si el grado de probabilidad o de certeza alcanzado por la hipótesis que lo describe a la luz de las pruebas e informaciones disponibles es suficiente para aceptarla como verdadera*”. GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos, *op. cit.*, p. 18.

³⁶FERRER BELTRÁN. *La valoración racional de la prueba*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2007, p. 29.

³⁷BADARO, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Proceso Penal*, *op. cit.*, p. 266.

³⁸NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2010, p. 24.

³⁹WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial*. Tradução de Tomás Banzhaf. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1985, p. 122.

⁴⁰FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, *op. cit.*, p. 31.

para a sociedade, como, por exemplo, a celeridade nas decisões judiciais e o não perecimento de alguns direitos fundamentais⁴¹.

⁴¹WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial*, op. cit., pp.171-174.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NA CONTEMPORANEIDADE: BREVES REFLEXÕES TEÓRICAS

As peculiaridades inerentes às ações de indenização por culpa médica tornam essas demandas tormentosas e de difícil solução⁴². Isso se justifica pelo fato de que a natureza dessas ações envolve não apenas o direito constitucional à saúde (art. 6º, CF/88), mas também a ciência médica, que é por essência conjectural e não exata⁴³. Ademais, são pautadas na responsabilidade civil, um instituto que está em pleno desenvolvimento e reconstrução diante da nova realidade social, cultural e tecnológica em que se insere, trazendo consigo, como será visto adiante, ainda muitas dicotomias jurisprudenciais e teóricas em torno dos seus elementos constitutivos:

A doutrina de fato, tem falhado na elaboração dogmática dos novos critérios de responsabilidade civil e a jurisprudência, premida pelas necessidades impostas pela realidade social, vem desempenhando a tarefa por conta própria, criando um universo discricionário e, não raro, incoerente. Este contexto de crise é reconhecido e descrito pelo autor: “o diálogo entre a doutrina e jurisprudência em matéria de responsabilidade civil lembra uma babel de idiomas desconexos, em que não se chega a qualquer resposta por total desacordo sobre as perguntas”⁴⁴.

Há dois possíveis enfoques de análise da responsabilidade civil médica⁴⁵: aquele que se centra na prestação de serviço pelo médico enquanto profissional liberal individualmente considerado e o originado da prestação de serviços médicos empresariais por hospitais, clínicas, laboratórios etc. O presente trabalho, por questões metodológicas, prestigiará somente o estudo da responsabilização civil do médico enquanto profissional liberal.

A responsabilização civil dos médicos está pautada nos artigos 186, 927 e 951 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002) e no art. 14, § 4º do Código do Consumidor (Lei nº 8.078/1990). Depreende-se, a partir disso, que se trata de profissional liberal prestador de serviços cuja responsabilidade é subjetiva, ou seja, é necessário que sua culpa seja comprovada. A respeito da natureza jurídica da relação médico - paciente, adota-se nesse

⁴² MELISO RODRIGUES, Alessandro Carlo. Responsabilidade civil médica: distribuição do ônus da prova e a teoria da carga probatória dinâmica. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/507416/001017707.pdf?sequence=1>> Acesso em: 13.2.2017, p. 249.

⁴³ “As singularidades e controvérsias das ações de responsabilidade civil médica não são consequência da lei, do ordenamento, da doutrina ou jurisprudência, mas da própria medicina, que não é uma ciência exata”. (GARCIA, André Almeida. Prova e responsabilidade civil médica. In: Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 44). No mesmo sentido: BRASIL. TJMG. Apelação Cível nº 1.0687.09.072587-4/002, 2º câmara cível, Rel. Des. Hilda Maria Pôrto de Paula Teixeira da Costa, j. 25/02/2014; BRASIL. TJMG. Apelação Cível nº 1.0313.11.010722-1/001, 10º câmara cível, Rel. Des. Álvares Cabral da Silva, j. 29/11/2016. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>>. Acesso em: 18/11/2017.

⁴⁴ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Prefácio da obra “SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6ª ed. São Paulo: Atlas 2015, xiv”.

⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 472.

trabalho o entendimento de Sérgio Cavaliéri Filho e Gustavo Tepedino⁴⁶, no sentido de que é um contrato *sui generis*, haja vista não ser a prestação de serviços do médico limitada a uma atuação estritamente técnica mediante remuneração patrimonial, mas agregar também deveres extrapatrimoniais decorrentes das obrigações e princípios médicos que a norteiam.

Assim sendo, para que seja possível atribuir ao profissional liberal o dever de indenizar, caberá ao demandante o ônus de demonstrar o fato constitutivo do seu direito (art. 373, I, do CPC/2015), e nesse caso, isso ocorrerá por meio da comprovação dos pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam: ato ilícito, o nexo de causalidade, o dano e a culpa⁴⁷. Ademais, considerando a dificuldade de acesso a documentos e demais provas pelo paciente⁴⁸, o art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor⁴⁹, possibilita a inversão do ônus da prova em favor do consumidor se verificada a verossimilhança ou hipossuficiência deste, adotando-se aqui o entendimento majoritário de que essa última deverá ser compreendida como sendo técnica, relativa à falta de informação ou conhecimento e dificuldade de acesso às provas⁵⁰. Portanto, a inversão do ônus da prova não é automática, mas sim *ope judicis*, condicionada à satisfação dos mencionados requisitos⁵¹.

Importante enfatizar, nesse ponto, a respeito da possibilidade de se conferir à inversão do ônus da prova prevista no CDC uma interpretação à luz da doutrina das cargas probatórias dinâmicas⁵², a fim de se potencializar a “dimensão objetiva do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva (art. 5, XXXV, CF/88)”⁵³. Sob esse ângulo, leva-se em consideração mais a facilidade do acesso à prova diante do caso concreto do que posição

⁴⁶TEPEDINO, Gustavo. Responsabilidade médica. Entrevista feita pelo *Jornal Carta Forense* em 1.12.2008. Disponível em <<http://www.carteforense.com.br/conteudo/entrevistas/responsabilidade-medica/3129>>. Acesso em 10.2.2017; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil, op. cit.*, p.472.

⁴⁷AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico. Disponível em: <http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producao intelectual/23.pdf>. Acesso em: 10/11/2017, p.3.

⁴⁸RODRIGUES, Alessandro Carlo. Responsabilidade civil médica: distribuição do ônus da prova e a teoria da carga probatória dinâmica, *op. cit.*, p.252.

⁴⁹BRASIL. Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 2.12.2017.

⁵⁰Entre outros autores que adotam esse posicionamento: SICA, Heitor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). *Revista de Processo*. Vol. 146, 2007, pp. 54-55; GARCIA, André Almeida. Prova e responsabilidade civil médica. In: Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório, *op. cit.*, p. 57; RODRIGUES, Alessandro Carlo. Responsabilidade civil médica: distribuição do ônus da prova e a teoria da carga probatória dinâmica, *op. cit.*, 254.

⁵¹CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil, op. cit.*, p. 479.

⁵²Refiro-me à teoria das cargas dinâmicas probatórias, sistematizada pelo argentino Jorge W. Peyrano. Acerca da interpretação do art. 6º, VIII do CDC sob a ótica da teoria das cargas dinâmicas, cf. SOUZA, Eduardo Nunes de. Responsabilidade civil dos médicos e dos profissionais da saúde. In: MORAES, Maria Celina de; GUEDES, Gisela Sampaio da (coords.). *Responsabilidade Civil dos Profissionais Liberais*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 39-46.

⁵³CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) - exegese do art. 373, §§ 1º e 2º do NCP. In: DIDIER JR., Fredie (coord); MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Provas. Coleção novo CPC. Doutrina selecionada*. V.3, 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 539.

processual abstratamente considerada⁵⁴, distribuindo-se, portanto, o ônus *probandi* entre todas as partes envolvidas⁵⁵.

Privilegiam-se, nesse sentido, o contraditório, a publicidade, a fundamentação suficiente da decisão, a razoabilidade, a igualdade das partes em sentido material e a cooperação processual⁵⁶⁻⁵⁷. Entretanto, é preciso enfatizar que essa dinamização não se refere a todo o material fático, de modo a inverter-se completamente o ônus e deixar a parte contrária inerte na relação processual, mas se refere sim a determinados fatos ou circunstâncias que sejam de difícil ou impossível comprovação para o consumidor e, em contrapartida, facilmente demonstráveis pelo profissional médico⁵⁸. Ademais, a distribuição dinâmica do ônus da prova não tem por pressuposto a aplicação irrestrita, mas excepcional e residualmente aos casos em que a distribuição estática levaria a soluções manifestamente injustas⁵⁹.

Quanto à obrigação que o médico assume, é consolidado amplamente na doutrina e jurisprudência pátria⁶⁰ que se trata de obrigação de meio, pois “a ciência médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações que só os poderes divinos poderão suprir”⁶¹. Nesse sentido, o profissional não se compromete a curar ou produzir o efeito esperado, mas sim agir com perícia, prudência e ausência de negligência, nos estreitos limites e ditames que a literatura médica preconiza. Não obstante, existem exceções a essa obrigação de meio, como é o exemplo das cirurgias estéticas, em que o médico deverá atingir o

⁵⁴Nota a fallo - La doctrina de las cargas probatorias e la máquina de impedir em matéria jurídica, 2009, p.4. Disponível em: <<http://www.jussantiago.gov.ar/jusnueva/index.php>>. Acesso em: 20/01/2018.

⁵⁵ SOUZA, Eduardo Nunes de. Responsabilidade civil dos médicos e dos profissionais da saúde, *op. cit.*, p. 46.

⁵⁶PEYRANO, Jorge W. Las cargas probatorias dinámicas, hoy. Obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, 2016/02, p.2. Disponível em: <http://faeproc.org/wp-content/uploads/2016/02/Rosario_34.pdf>. Acesso em: 20/01/2018.

⁵⁷CAMBI, Eduardo. Teoría das cargas probatorias dinámicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) - exegese do art. 373, §§ 1° e 2° do NCPC, *op. cit.*, p. 545.

⁵⁸PEYRANO, Jorge W. Las cargas probatorias dinámicas, hoy, *op. cit.*, p.4.

⁵⁹Nota a fallo - La doctrina de las cargas probatorias e la máquina de impedir em matéria jurídica, *op. cit.*, pp.7-8.

⁶⁰À guisa de exemplo: KIELMANOVICH, Jorge. Cargas dinámicas y prueba de la responsabilidad médica. *Revista Derecho Privado*. Año I, NRO 1. EDICIONES INFOJUS, 2012, p.311; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, *op. cit.*, p. 431; FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 14. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 97; BRASIL. TJRS. Apelação cível n° 70059596486, 9° câmara cível, Rel. Des. Iris Helena Medeiros Nogueira, j. 10/09/2014; BRASIL. TJRS. Apelação cível n° N° 70071996169, 10° câmara cível, Rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, j. 27/04/2017. Disponíveis em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 10/12/2017; BRASIL. TJMG. Apelação cível n° 1.0627.12.000465-0/001, 17° câmara cível, Rel. Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira, j. 13/07/2017; BRASIL. TJMG. Apelação cível n° 1.0056.10.005290-3/001, 13° câmara cível, Rel. Des. Alberto Henrique, j. 26/10/2017. Disponíveis em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>>. Acesso em: 11/12/2017.

⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, *op. cit.*, p.472.

resultado previamente pactuado entre o paciente e o médico, e, portanto, a sua obrigação será de resultado⁶².

2.1. Elementos ensejadores da responsabilidade civil do médico

A responsabilização civil é um dever jurídico sucessivo e tem como principais objetivos a reparação do dano ou o ressarcimento patrimonial pelo prejuízo⁶³. Para que se configure a responsabilidade civil do médico e o consequente dever de indenizar, será necessária a prova conjunta de seus quatro pressupostos, quais sejam: a conduta ilícita, o dano, o nexo de causalidade e a culpa.

O ato ilícito decorre da violação de um dever jurídico preexistente e é uma das fontes de obrigação de indenizar, sendo, portanto, fato gerador da responsabilidade civil⁶⁴ (art. 927 CC/2002). Pode ser compreendido, em sua conceituação, sob o aspecto objetivo (*lato sensu*), o qual inclui somente a antijuridicidade da conduta em si mesmo, ou então, mediante o seu aspecto subjetivo (*stricto sensu*), que engloba também a vontade do agente no comportamento objetivamente ilícito, levando a um juízo de valor a seu respeito. Conforme preleciona Sérgio Cavalieri Filho, o conceito de ato ilícito *stricto sensu* não mais se amolda, por si só, às considerações e necessidades contemporâneas do instituto, haja vista a expansão de incidência da responsabilidade civil objetiva⁶⁵. O CC/2002 adota essa posição dicotômica ao dispor a respeito da responsabilidade civil subjetiva e também objetiva, como é possível observar da leitura atenta dos artigos 186, 187 e 927⁶⁶.

Já o nexo causal indica a necessidade de se aferir uma relação de causa e efeito entre a conduta imputada ao indivíduo e o dano experimentado pela vítima, ou seja, um vínculo efetivo entre os dois eventos, de tal maneira que não é suficiente ser determinado por uma

⁶² GARCIA, André Almeida. Prova e responsabilidade civil médica. In: *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 40. Embora seja essa a posição adotada amplamente na jurisprudência pátria, não adoto essa concepção, haja vista as particularidades de cada indivíduo e a reação de cada paciente aos procedimentos, bem como também ao fato de ser a medicina uma ciência não exata, de tal maneira que ao profissional médico é impossível exigir-se um resultado previamente determinado.

⁶³ Mas perceba que o ato ilícito nem sempre gerará um dano a alguém, mas nem por isso não haverá sanção para sua incidência. Trata-se da hipótese do art. 187 do CC/2002, em que o titular de um direito o exerce ultrapassando seus limites, configurando assim, abuso de direito. Nesse caso, estará sujeito a sanções diversas da obrigação de indenizar.

⁶⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, op. cit., p. 22.

⁶⁵ *Idem*, p. 24.

⁶⁶ Mas como bem observa Sérgio Cavalieri filho, *Programa de responsabilidade civil*, op. cit., p. 25: “A responsabilidade subjetiva continua fulcrada no ato ilícito *stricto sensu* (art.186), com aplicação nas relações interindividuais – violação de um dever jurídico -, e o ato ilícito em sentido amplo é o fato gerador da responsabilidade objetiva e tem por campo de incidência as relações entre o indivíduo e o grupo (Estado, empresas, fornecedores de serviços, produtos, etc.)”.

mera possibilidade ou probabilidade⁶⁷. Embora possa se imaginar o contrário, esse pressuposto é de difícil averiguação e se apresenta como um dos mais complexos na análise dos elementos constitutivos da responsabilidade civil. Primeiramente porque não se trata de uma mera causalidade natural ou de uma simples averiguação da conduta ilícita, ao revés⁶⁸, o conceito de nexo causal é jurídico-normativo⁶⁹. Além disso, a determinação do vínculo entre o fato e o dano torna-se mais complexa quando concorrem várias causas para o mesmo evento, o que é muito possível de acontecer na área médica⁷⁰. Cumpre ressaltar que culpabilidade e o vínculo causal são pressupostos que trazem abordagens diferentes, haja vista não ter sido ainda analisado o elemento subjetivo da conduta quando da determinação do nexo de causalidade.

As tentativas da doutrina quanto ao estabelecimento de teorias que possam auxiliar a análise desse elemento constitutivo não oferecem respostas definitivas, como também, não são adotadas pela jurisprudência de forma rigorosa ou uníssona⁷¹. Embora prevaleça no Supremo Tribunal Federal a teoria da causalidade adequada, sento esta também a disposição preconizada pelo art. 403 do CC/2002⁷², atualmente o que se verifica é uma erosão do filtro do nexo causal, no sentido de que as Cortes brasileiras têm buscado mais assegurar às vítimas alguma forma de compensação a partir do uso de sua criatividade quanto à miríade de teorias do nexo causal⁷³ do que se valer de uma justificação jurídica na adoção de determinada teoria que demonstre racional e fundamentadamente ter sido configurado o nexo causal:

Verifica-se, muitas vezes, que, mesmo na absoluta ausência de nexo causal sob a ótica de qualquer das teorias doutrinariamente reconhecidas, as cortes acabam condenando o responsável de modo a não deixar a vítima sem reparação. Interferem aí fatores os mais variados, de cunho mais político, moral e ideológico do que

⁶⁷ GARCIA, André Almeida. In: Prova e responsabilidade civil médica, *op. cit.*, p. 34.

⁶⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, *op. cit.*, p. 66.

⁶⁹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6ª ed. São Paulo: Atlas 2015, p. 55.

⁷⁰ MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência*. 3ª edição, São Paulo: Atlas 2014, p. 54.

⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, *op. cit.*, p. 68.

⁷² TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. *Revista Jurídica*. Ano 50 – Junho de 2002 - n° 296. Disponível em: <<http://www.prto.mpf.mp.br/pub/biblioteca/NotasNexoCausalidade.pdf>>. Acesso em: 15/11/2017.

⁷³ A respeito da crise contemporânea da responsabilidade civil, enfatiza Anderson Schreiber: “No afã de proteger a vítima, o Poder Judiciário dispensa, com facilidade, a prova da culpa e do nexo causal, mostrando-se interessado não em quem gerou o dano, mas em quem pode suportá-lo. A erosão dos filtros de reparação corresponde, portanto, não a um endêmico despreparo dos juizes com relação a uma disciplina secular – como desejam os cultores da responsabilidade civil –, mas a uma revolução gradual, silenciosa, marginal até, inspirada pelo elevado propósito de atribuir efetividade ao projeto constitucional, solidário por essência, a exigir o reconhecimento de que os danos não se produzem por acaso ou fatalidade, mas consistem em um efeito colateral da própria convivência em sociedade”. (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, *op. cit.*, 7).

técnico, e que tornam verdadeiramente imprevisível o resultado de certas demandas^{74, 75}.

Esse problema se acentua especialmente em virtude da proliferação, cada vez mais intensa, dos tipos de danos ressarcíveis⁷⁶. É claro que não se olvida da importância do instituto da responsabilidade civil para a proteção também dos interesses existenciais e não apenas econômicos ou patrimoniais, tendo dessa forma, como parâmetro maior, o princípio da dignidade humana, fundamentado na CF/88⁷⁷. Na verdade, o motivo pelo qual se convida a maiores reflexões é a possibilidade de banalização desse princípio, o que conduziria à arbitrariedade na atribuição do nexo causal entre o ato culposo ou atividade objetivamente considerada e o dano, gerando assim, não apenas decisões injustas, mas também insegurança jurídica em todos os que puderem vir a ser partes em um processo judicial⁷⁸.

Por fim, para que se configure a responsabilidade civil do médico, é também necessária a ocorrência de um prejuízo real e efetivo em razão da conduta culposa do agente, seja de ordem patrimonial ou extrapatrimonial, sendo possível também a cumulação entre eles. Entretanto, não basta que seja um dano hipotético ou eventual, sendo também obrigatória a demonstração do nexo de causalidade entre o fato e o dano, como outrora mencionado⁷⁹. Embora possa existir responsabilidade sem culpa, como é o caso da responsabilidade objetiva, não é possível responsabilidade sem dano⁸⁰.

A prova da existência do dano deverá ser feita por qualquer meio de prova em juízo admitida. Mas no caso dos danos morais, doutrina e jurisprudência entendem que se for

⁷⁴ *Idem*, p. 66.

⁷⁵ Discorda desse entendimento, o jurista Sérgio Cavalieri Filho, o qual, ao tratar da tendência da atual flexibilização do nexo causal, afirma que a postura da jurisprudência quanto à ausência de tratamento rigoroso e condizente a uma ou outra teoria traz, na verdade, resultados mais justos e individualizados a cada caso (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, *op. cit.*, p. 68).

⁷⁶ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, *op. cit.*, p. 85.

⁷⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Prefácio da obra "SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6ª ed. São Paulo: Atlas 2015, xvi.

⁷⁸ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, *op. cit.* p. 78. Nesse sentido, acrescenta ainda esse autor que: "a liberdade com que o Poder Judiciário trata a questão do nexo causal estimula pedidos de reparação, fundados mais na desgraça da vítima, que em uma possibilidade jurídica de imputação dos infortúnios ao sujeito que se considera responsável. Fala-se, neste sentido, em vitimização social ou *blame culture*".

⁷⁹ GARCIA, André Almeida. In: Prova e responsabilidade civil médica, *op. cit.* p. 32.

⁸⁰ MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência*, *op. cit.*, p. 34.

notório e de grande repercussão o prejuízo sofrido pelo paciente, restará configurado o elemento dano moral *in re ipsa*, de modo a justificar a indenização patrimonial⁸¹.

2.1.1. A culpa: novos paradigmas

A conduta humana culposa, seja por meio de uma ação ou omissão, é o elemento central da responsabilidade civil subjetiva. A violação ao dever jurídico de cuidado exterioriza-se através da imprudência, imperícia ou negligência. Embora seja possível afirmar, em linhas gerais, que atualmente o conceito jurídico de culpa se afigura como a “violação ao dever objetivo de cuidado, que o agente podia conhecer e observar, ou, como querem outros, a omissão de diligência exigível”⁸², o fato é que nem sempre esteve desvinculado de uma análise psicológica em relação ao comportamento do agente, no sentido de se fazer um juízo de valor quanto à reprovabilidade de sua conduta⁸³.

As dificuldades na demonstração da culpa, antes vinculada ao elemento moral, foram percebidas não apenas por tornarem muito complexa a sua aferição pelo Poder Judiciário, já que se dava com base em critérios psicológicos e de previsibilidade, mas também devido às transformações tecnológicas e do desenvolvimento do capitalismo industrial, contexto em que a prova da culpa chegou a ser considerada como prova diabólica⁸⁴.

Assim sendo, diante da inabilidade da concepção puramente subjetiva ou psicológica da culpa para atender aos propósitos de verificação da responsabilidade subjetiva do agente, a análise da conduta, apreciada em abstrato, tornou-se um caminho possível após algumas evoluções teóricas. Assim sendo, a verificação da culpa de forma objetiva, isto é, sem análise das condições morais ou psicológicas do sujeito, tinha sido inicialmente feita a partir de uma comparação entre a conduta efetivamente praticada pelo agente e o modelo abstrato de comportamento.

⁸¹CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil, op. cit.*, p. 127. A título de exemplo desse raciocínio na jurisprudência: “Nos termos do artigo 927 do Código Civil, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Verificado o ato ilícito o dano moral é ínsito à situação vivenciada pela autora e seus familiares, cuidando-se do chamado dano *in re ipsa*, cuja prova mostra-se desnecessária. Com efeito, considerando que o dano moral diz respeito à violação dos direitos referentes à dignidade humana e aos direitos da personalidade, a doutrina e a jurisprudência entendem que a consequência do dano moral em situações como a dos autos encontra-se ínsito no próprio fato lesivo em si, evidenciado simplesmente pela conduta ilícita por parte do réu, não necessitando de demonstração específica”. (BRASIL. TJRS. Apelação cível n° 70068017177. Quinta câmara cível. Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, j. 31/08/2016, pp. 26-27. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site>>. Acesso em: 10/03/2018).

⁸²CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil, op. cit.*, p. 50.

⁸³PEREIRA, Caio Mário Silva. *Responsabilidade Civil*. 11° ed. rev. atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 91.

⁸⁴SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos, op. cit.* p. 17.

Ocorre que, além do termo culpa objetiva transmitir a ideia errônea de que se tratava de uma responsabilidade objetiva, o modelo abstrato utilizado como referencial (*bonus pater familias ou reasonable man*), o qual designava o homem médio, sofreu críticas em virtude de sua indeterminação conceitual, que dava margem ao juiz para definir, segundo seus próprios critérios e valores, qual seria o padrão de comportamento que consideraria diligente e razoável em cada caso⁸⁵.

Nesse sentido, adotou-se posteriormente o conceito de culpa normativa, aceito atualmente pela doutrina⁸⁶ e que representa um método abstrato de aferição da culpa. Ele é feito mediante um juízo normativo entre a conduta do agente e os modelos fragmentados de conduta. A esse respeito, tem-se que a avaliação da conduta culposa não é mais realizada a partir de um padrão unívoco de conduta generalizado, mas orientada em consonância a parâmetros externos mais específicos que consideram as condições e contexto em que agiu ou poderia ter agido o sujeito em cada caso.⁸⁷ Em relação ao modo como vem sendo delineados os modelos fragmentados de conduta, esclarece Anderson Schreiber:

Mesmo fora do âmbito daqueles casos que tradicionalmente exigem perícia (como os relacionados a erro médico), os magistrados têm buscado recursos na sociedade para a formação dos *standards* de conduta, valendo-se, por exemplo, de diretrizes emitidas por associações profissionais, de códigos de conduta especializados mesmo desprovidos de valor normativo, da oitiva de assistentes judiciais especializados⁸⁸.

Já em relação ao valor atribuído à indenização, o art. 944 do CC/2002⁸⁹ traz a necessidade de análise da proporção entre a gravidade da culpa e a extensão do dano, a fim de que não submeta o ofensor a uma insolvência comprometedora à sua sobrevivência digna e

⁸⁵ Acrescenta ainda, com muita razão, Anderson Schreiber: “o desconforto torna-se ainda mais alarmante nos países latino-americanos, onde a pluralidade de culturas e o imenso abismo econômico existente entre as diversas classes sociais pode resultar em uma diversidade radical entre as concepções de diligência média do juiz e do sujeito que se pretende responsável”. (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, op. cit. p. 40).

⁸⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, op. cit., p. 53; PEREIRA, Caio Mário Silva. *Responsabilidade Civil*, op. cit. pp. 84-96; SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, op. cit. pp. 34-43; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade Civil do Médico*. Disponível em: <http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producao intelectual/23.pdf>. Acesso em: 10/11/2017, p.13.

⁸⁷ Sobre a concepção de culpa normativa, cf. MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León. *Tratado teórico e practico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. t. I. V. I. Trad. da 5ª ed. francesa por Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: EJE, 1962, v. I, n. 381. Tratando, ainda, a culpa como a falta do dever de diligência, mas com ressalvas à concepção dos irmãos Mazeaud, cf. LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: RT, 1999, 2ª ed., pp. 60-65.

⁸⁸ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, op. cit. p. 42.

⁸⁹ “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”. BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20/01/2018.

também não proporcione à vítima um enriquecimento ilícito⁹⁰. Essa disposição, entretanto, deve ser cautelosa e restritivamente interpretada, pois o que se almeja não é a desconsideração do princípio de *status* constitucional da reparação integral (art. 1º, III da CF/88), mas sim a aplicabilidade excepcional e restrita de um juízo de equidade feito pelo juiz nos casos em que a reparação integral, pelas particularidades e consequências da conduta culposa e do contexto econômico das partes, se mostre não razoável e injusta⁹¹.

2.2. O emprego da ciência no processo civil: a questão da valoração das provas científicas

A relação entre ciência e processo já é uma realidade e se mostra cada vez mais frequente nos tempos atuais⁹². O progresso da ciência tem proporcionado ao julgador se valer positivamente dos conhecimentos científicos na descoberta dos fatos, reduzindo em grande medida a influência e o espaço reservados antes ao senso comum no raciocínio judicial⁹³. Entretanto, existem algumas considerações e questionamentos quanto ao modo de utilização da ciência no processo e, por conseguinte, dos métodos científicos como instrumento de descoberta da verdade possível,⁹⁴ que precisam ser observados criticamente.

Importante esclarecer que não se pretende demonstrar soluções definitivas ao problema ou esgotar sua abordagem, mas apenas fornecer maiores elementos de reflexão quanto às peculiaridades subjacentes a ele, a fim de se prevenir uma postura teórico-jurisprudencial apressada quanto ao uso da ciência e o seu papel proeminente nas ações de responsabilidade civil do médico.

Primeiramente, no processo civil brasileiro a prova pericial está regulamentada no CPC/2015 na Seção X, art. 464 a 480. Em linhas gerais, é possível apreender que o juiz deverá nomear um perito oficial para perícia ou especialista para emissão de prova técnica

⁹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil, op. cit.*, p. 57.

⁹¹ PEREIRA, Caio Mário Silva. *Responsabilidade Civil*. 11ª ed. rev. atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 95.

⁹² TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. Tradução: Vitor de Paula Ramos. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 244. No mesmo sentido: “em si mesmo esse fenômeno não é novo, porque sempre se fez uso de provas científicas no processo, geralmente mediante o instrumento da perícia. O que, no entanto, representa um fenômeno novo e interessante é a dimensão que o problema das provas científicas assumiu nos últimos tempos”. (TARUFFO, Michele. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. Revista da Escola Paulista da Magistratura*, v.2, n.º. 2, jul-dez/2001, p. 192).

⁹³ TARUFFO, Michele. *Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial*. In: ABELLÁN, Marina Gascón; FERRER BELTRÁN, Jordi et. al.. *Proceso, prueba y estándar*. Perú: Ara editores, 2009, p. 34.

⁹⁴ Nesse sentido: “o recurso à ciência como instrumento de racionalização dos aspectos jurídicos do raciocínio do juiz abre, portanto, numerosas perspectivas de indubitável interesse, mas também dá motivo a uma série muito ampla de problemas de árdua solução”. (TARUFFO, Michele. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz, op. cit.*, p. 194).

simplificada sempre que a prova do fato depender de conhecimento especial e técnico⁹⁵⁻⁹⁶. As partes também podem, se assim desejarem, indicar assistentes técnicos, apresentar quesitos ou arguir impedimento ou suspeição do perito. Se houver consenso e atendido o disposto no art. 471, incisos I e II, do CPC/2015, o perito poderá ser escolhido, de comum acordo, pelas partes, mas exercerá, de qualquer modo, um *munus público*, sendo por isso considerado um sujeito imparcial no processo civil brasileiro. Ademais, se a perícia for complexa e abordar mais áreas de conhecimento especializado, poderá o juiz nomear mais de um perito e a parte indicar mais de um assistente técnico.

Seguindo a linha de raciocínio do sistema de persuasão racional adotado pelo nosso ordenamento jurídico⁹⁷, o juiz poderá, mediante motivação adequada, afastar-se das conclusões da perícia ao decidir o mérito⁹⁸, haja vista não haver hierarquia entre a prova pericial e os demais meios de prova. Entretanto, a jurisprudência⁹⁹ a respeito das ações médicas não revela, de um modo geral, a postura do juiz como crítica e ativa frente aos conhecimentos aportados pelo perito ao processo, não os considerando como passíveis de maiores questionamentos. Pelo contrário, o que se percebe claramente é que a prova pericial é incorporada ao processo como um elemento dado, que na verdade, somente é complementado ou esclarecido mediante a formulação de novos quesitos ou realização de nova perícia (arts. 469 e 480 do CPC/2015). Dessa forma, a contribuição do perito no *Civil Law* não vem, como regra, sob o molde de um parecer, mas sim de uma efetiva participação na formação da decisão¹⁰⁰.

⁹⁵ Isso se dá no sistema do *Common Law* de forma diferente, “onde são principalmente as partes que decidem servir-se da ajuda de peritos”. Tradução livre da autora. No original: “donde son principalmente las partes las que deciden si se sirven de la ayuda de expertos”. (TARUFFO, Michele. Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial, *op. cit.*, p. 36).

⁹⁶ No mesmo sentido, Clarissa Diniz Guedes: “não é demais frisar que o que determina a necessidade da prova pericial não é a exigência de maior ou menor grau de confirmação de uma hipótese fática, mas a natureza científica ou técnica do conhecimento demandado para esclarecer os fatos”. (GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de doutorado, orientador: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: USP, 2013, p. 324).

⁹⁷ Pelo fato de o princípio da persuasão racional ser o referencial teórico dessa dissertação, foi destinada a ele uma abordagem em capítulo separado. Para maiores detalhes, v. capítulo 1 dessa dissertação: “prova e persuasão racional”.

⁹⁸ DENTI, Vittorio. Cientificidad de la prueba y libre valoración del juez. *Estudios e derecho probatorio*. Trad. para o castelhano de Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974, p. 291.

⁹⁹ Julgados colacionados a partir da pesquisa empírica realizada nesse trabalho: BRASIL. TJRS. Apelação cível n° 700759544890. Décima câmara cível. Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, j. 31/07/2014; Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 25/01/2018; BRASIL. TJMG. Apelação Cível n° 1.0024.10.121322-1/001. Quinta câmara cível. Rel. Des. Áurea Brasil, j. 29/09/2016; BRASIL. TJMG. Apelação cível n° 1.0525.09.178424-5/001. Décima segunda câmara cível. Rel. Des. Maria Luiza Santana Assunção, j. 02/09/2015. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>>. Acesso em: 25/02/2018.

¹⁰⁰ DENTI, Vittorio. Cientificidad de la prueba y libre valoración del juez, *op. cit.*, p. 290.

Essa preocupação não passa despercebida pela doutrina, ao contrário. O autor Vittorio Denti anota que um dos pontos frágeis na prática da prova pericial nos países de *Civil Law* é exatamente a confiança demasiada do juiz nas conclusões do perito oficial, por ter sido nomeado por ele e por ser considerado imparcial, o que levariam a uma tendência da perícia em não se submeter efetivamente às regras do contraditório¹⁰¹.

Acrescente-se, ainda, que a manipulação dos métodos de produção da prova científica pode também contribuir para distorcer a verdade¹⁰². Nesse aspecto, José de Aguiar Dias alerta também para o risco, não improvável, de que o perito, em ações por indenização contra o médico, opine favoravelmente ao colega de profissão, por 'espírito de classe'¹⁰³.

Já Michele Taruffo aponta para a exigência de controle da racionalidade dos procedimentos do perito pelo juiz. Assim sendo, a prova científica deverá ser considerada pelo juiz como instrumento epistêmico¹⁰⁴, de tal modo que sua utilização deverá servir aos propósitos de busca racional da verdade possível sendo, portanto, imprescindível que todos os conhecimentos científicos engendrados no processo sejam submetidos à análise crítica do método utilizado, sua validade, credibilidade, autoridade científica e correção, mediante uma postura não passiva¹⁰⁵.

O CPC/2015, em grande medida, incorporou tal preocupação ao estabelecer a possibilidade de nomeação de perito que goze de credibilidade junto às partes (art. 471), bem como ao incorporar, no conteúdo do laudo pericial, alguns aspectos essenciais, que devem contribuir para o exercício efetivo do contraditório. O art. 473 menciona, em seus incisos, a necessidade de que, além da exposição do objeto da perícia e a própria análise técnica ou científica realizada pelo perito, seja indicado o método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou. Ademais, o § 1º do citado dispositivo estabelece a necessidade de fundamentação do laudo em linguagem simples e com coerência lógica. Essas alterações, se incorporadas à cultura jurídica de *Civil Law* para efeito de desmistificar a aura de indiscutibilidade do conteúdo do laudo pericial, certamente contribuirão para o exercício do direito à prova no âmbito da prova pericial.

Quanto ao risco de que conhecimentos não verdadeiramente científicos venham a ser utilizados no processo para descoberta dos fatos, paradigmático é o caso *Daubert*, decidido

¹⁰¹ *Idem*, p. 284.

¹⁰² *Idem*, p. 268.

¹⁰³ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade Civil* - 10ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 277.

¹⁰⁴ TARUFFO, Michele. Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial, *op. cit.*, p. 41.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 38.

pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1993¹⁰⁶, cujas reflexões contribuem até hoje para o avanço dos estudos em torno da relação entre ciência e direito. Nessa decisão, foram discutidos e adotados vários critérios que serviriam como guias ao juiz para que ele pudesse proceder à confirmação da confiabilidade e validade da ciência inserida no processo em suas várias nuances.

Portanto, o que se pretende enfatizar diante do exposto é que o progresso científico e tecnológico experimentados por todos na atualidade e as transformações decorrentes disso quanto ao modo como o julgador conduz a formação de sua decisão a respeito dos fatos, impreterivelmente, levam à conclusão de que não mais é suficiente e aceitável que o juiz se mantenha distante, inerte e passivo quanto à qualidade da ciência que é utilizada por ele e pelas partes ao longo do processo¹⁰⁷:

O juiz não está vinculado a aceitar as conclusões do perito, mas ganha um tom paradoxal se se entender que o juiz deve, ao valorar a obra do perito, recorrer justamente a conhecimentos científicos de que não dispõe. O paradoxo, entretanto, é somente aparente: em realidade não se espera que o juiz repita aquilo que o perito já faz (experimentos, investigações, cálculos), e nem mesmo que avalie o conteúdo das valorações que ele formulou. O dever do juiz é verificar a validade científica e a correção do método aplicado pelo perito, ou seja, verificar o fundamento racional e epistêmico daquilo que esse fez¹⁰⁸.

De fato, compreender, criticar e valorar a prova pericial é algo bem diverso de, a partir de conhecimentos técnico-científicos específicos, produzir o laudo pericial em si. Ao acolher ou rejeitar o laudo pericial o juiz analisa não apenas um juízo técnico-científico da aceitabilidade do método aplicado, como a própria coerência lógica do raciocínio pericial, o que somente será viabilizado se o laudo for elaborado de maneira clara e inteligível, mediante linguagem simples e acessível.

Ademais, ainda que se considere a grande contribuição da ciência para o mundo moderno e mesmo que se tenha presente a imprescindibilidade dos avanços científicos para toda a humanidade, não se pode perder de vista que a ciência não é imune a erros¹⁰⁹, bem como também não é exata. Isso, por conseguinte, significa que o processo não deve ser um ambiente dominado pela técnica e desligado dos valores sociais que estão ali sendo discutidos. Assim sendo, ao juiz é dado o dever de controle dos procedimentos do perito, tal

¹⁰⁶UNITED STATES SUPREME COURT. *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals. INC*, 1993. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/509/579.html>>. Acesso em: 25/02/2018.

¹⁰⁷TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz, *op. cit.*, p. 196.

¹⁰⁸TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*, *op. cit.*, p. 248.

¹⁰⁹TARUFFO, Michele. Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial, *op. cit.*, p. 40.

como é direito de toda a sociedade o controle da fundamentação e racionalidade de suas decisões¹¹⁰.

¹¹⁰DENTI, Vittorio. Cientificidad de la prueba y libre valoración del juez, *op. cit.*, p. 302.

3. A CONVICÇÃO DO JUIZ NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA SOB A PERSPECTIVA DOS *STANDARDS* PROBATÓRIOS

3.1. Critérios de suficiência para o juízo de fato: conceito, estrutura, finalidades e classificação dos *standards* de prova

É vasta a literatura que aborda o tema do convencimento judicial a partir da linha de evolução dos sistemas probatórios, destacando em seguida as características que fazem do sistema de persuasão racional o mais consentâneo com os valores e garantias dos ordenamentos jurídicos modernos democráticos, especialmente quanto à justiça, legitimidade e racionalidade das decisões judiciais¹¹¹. Entretanto, a adoção do sistema de persuasão racional é apenas um ponto de partida na tentativa de se conferir maior racionalidade ao convencimento judicial, pois a simples menção a ele não proporciona um meio de efetivamente exercer por si só o controle da formação do juízo de fato, e, por conseguinte, da convicção judicial objeto de determinada decisão¹¹²⁻¹¹³. É preciso, antes, definir o conteúdo e os critérios que compõem esse sistema de persuasão racional, que não se limita a uma liberdade de convencimento acompanhada de - qualquer - fundamentação.

Essa situação reflete a ausência de maiores aprofundamentos teóricos a respeito dos problemas vinculados à prova, herança de um positivismo jurídico¹¹⁴ baseado na concepção de que o direito se resume à lei. Assim, não é difícil notar que por muitos anos houve uma dificuldade dos doutrinadores quanto a destinar uma abordagem diversa da psicológica ao tema da prova e do juízo fático¹¹⁵.

¹¹¹A título de exemplo: THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. V.1. Forense: Rio de Janeiro, 2014, pp. 1421 e ss.; FERREIRA, Willian Santos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord) et al. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2°. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2016, pp. 940 e ss; GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil – Introdução ao Direito Processual Civil – V.1, 5° edição*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, cap.1.

¹¹²KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle, p. 2. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc>>. Acesso em: 01/04/ 2017.

¹¹³No mesmo sentido, FERNANDÉZ, Sergi Guasch. *El hecho y el derecho en la cassación civil*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 325: “O perigo de incorrer em arbitrariedade está presente na livre apreciação, caso não se dê uma definição baseada em critérios de racionalidade (...), de modo que, ainda que não se esteja vinculado por normas jurídicas, se esteja por normas lógicas”. Tradução livre da autora. No original: “*el peligro de incurrir en arbitrariedad está presente en la libre apreciación mientras no se de una definición basada em criterios de racionalidad (...), de modo que si no está vinculado por normas jurídicas lo está por normas lógicas*”.

¹¹⁴MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. V.1. São Paulo: RT, 2015, pp. 36 a 38. A respeito do positivismo abordado nesse trabalho, ver: Hans Kelsen. *Teoria Pura do Direito*. [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹¹⁵FERRER BELTRÁN, Jordi. Presentación. DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28 (2005): “a análise teórica dos problemas vinculados à prova no processo judicial foi até pouco tempo atrás um dos grandes temas esquecidos pela teoria do direito, embora ainda resulte quase inexistente o debate sobre a aplicação de *standards*

A dicotomia entre o sistema de provas legais e a íntima convicção pode ser solucionada se bem conceituado o livre convencimento *na perspectiva da persuasão racional* - a que muitos preferem denominar apenas persuasão racional -, a partir de algumas premissas, assim estabelecidas por Clarissa Diniz Guedes, com base em vasta bibliografia:

Deve-se pontuar que a persuasão racional observa certas diretrizes gerais, a fim de se prevenir o arbítrio: o juiz deve ater-se aos fatos debatidos, deve utilizar apenas os conhecimentos fáticos processualmente adquiridos, vedada a utilização da ciência privada, deve levar em consideração todo o material probatório (ou seja, todos os elementos de prova), todo o conhecimento extraído processualmente e deve, por fim, motivar seu convencimento.

Além disso, e antes mesmo da motivação, tendo em vista a consideração inicialmente feita sobre a amplitude da expressão livre convencimento, deve o juiz ter presente, no momento de decidir, após valorados os elementos probatórios, a gradação da prova considerada suficiente para decidir, conforme o grau ou modelo de constatação necessário à formação do convencimento em cada matéria específica.

Se a persuasão racional, inserida que está no sistema do livre convencimento – pois não há racionalidade sem liberdade –, refuta, por um lado, as limitações peremptoriamente impostas à valoração da prova, busca, por outro, impor limitações racionais e flexíveis ao arbítrio, nas quais se inserem as regras que estabelecem critérios para julgamento (v.g., fixação de ônus e previsão de *standards* probatórios).¹¹⁶

Sob o enfoque do presente trabalho - que é o estudo dos *standards* probatórios, urge a necessidade de se questionar se é realmente possível exercer um controle lógico do juízo de fato, partindo-se da premissa de que a racionalidade do convencimento do juiz sobre o direito está dada pelo valor da probabilidade sobre a qual se fundam as inferências probatórias ou então, decidir pelo contrário, excluindo mesmo essa opção ao realizar tal controle na mera renovação do próprio juízo em segunda instância¹¹⁷. O presente trabalho reage positivamente à possibilidade de se exercer um controle efetivo do juízo fático, proporcionando maior

de prova no momento decisório da valoração da prova”. Tradução livre da autora. No original: “*Si el análisis teórico de los problemas vinculados a la prueba en el proceso judicial es uno de los grandes olvidados por la teoría del derecho hasta hace poco tiempo, más aún resulta casi inexistente el debate sobre la aplicación de estándares de prueba en el momento decisório de la valoración de la prueba*”. No mesmo sentido, KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 3. Também Gustavo Badaró destaca que o tema dos modelos de constatação tem sido muito pouco explorado pela doutrina processual brasileira (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 298).

¹¹⁶GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*, op. cit., pp. 174-175, onde menciona outros critérios lógico-racionais que compõem o sistema de persuasão racional: as máximas da experiência comum e técnica, definidas como aquelas amplamente aceitas pela comunidade em dado espaço de tempo e lugar, bem como as diversas limitações de natureza epistemológica e contra-epistemológica analisadas ao longo do trabalho, por se tratar de limitações que incidem, direta ou indiretamente, sobre a valoração e julgamento das questões fático-probatórias.

¹¹⁷DENTI, Vittorio. *Cientificidad de la prueba y libre valoración del juez. Estudios de derecho probatorio*. Tradução para o castelhano de Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974, p. 296-297.

racionalidade¹¹⁸ e transparência a esse momento decisório a partir da adoção dos *standards* probatórios, os quais serão a seguir apresentados¹¹⁹.

Também conhecidos como modelos de constatação, módulos de prova ou graus de persuasão¹²⁰, os *standards* probatórios podem ser, a princípio e em linhas gerais, conceituados como um “complexo de regras lógicas de caráter auxiliar capazes de estabelecer um espaço crítico comum para o debate acerca da convicção judicial”¹²¹, ou então, “enunciações teóricas capazes de ensejar o controle da convicção judicial objeto de uma determinada decisão”¹²². Tais parâmetros lógico-rationais surgiram ao longo da prática jurídica do *Common Law*¹²³ e exercem uma dupla função, pois orientam racionalmente a decisão fática¹²⁴, como também possibilitam o seu controle¹²⁵. Isso se torna possível porque embora não sejam mecanismos numérico-quantitativos de controle¹²⁶, eles pressupõem em sua dinâmica a ideia de que a decisão acerca da ocorrência de um fato pode ser susceptível a diferentes graus de convencimento¹²⁷.

Emerge inevitavelmente dessa perspectiva a principal questão trazida à baila pelo estudo dos *standards* de prova: “quando os elementos de juízo disponíveis são suficientes

¹¹⁸ REICHELDT, Luis Alberto. *A Prova no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 187.

¹¹⁹ Isso não exclui outros critérios lógico-rationais que viabilizem a consecução da persuasão racional, tais como a coerência lógica do raciocínio judicial, a aceitabilidade das máximas científicas utilizadas etc.

¹²⁰ Todos esses termos serão utilizados como sinônimos no presente trabalho.

¹²¹ KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle, *op. cit.*, p. 8.

¹²² KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*, *op. cit.*, p. 21.

¹²³ REICHELDT, Luis Alberto, *A prova no Direito Processual Civil*, *op. cit.*, p. 216. Cf. ainda, BADARO, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, pp. 265-300. Para uma visão comparativa, ver TARUFFO, Michele. Rethinking the standards of proof. *The american journal of comparative law*. Vol. 51, n.º. 3, 2003, oportunidade em que faz uma crítica à visão de Clermont e Sherwin acerca das diferenças entre os *standards* nos sistemas de *Civil Law* e de *Common Law*.

¹²⁴ Quanto a essa função dos *standards* de prova, esclarece Luis A. Reichelt que: “sob essa perspectiva, impõe-se ao julgador a tarefa de aferir a maior ou menor proximidade entre o grau de probabilidade presente em sede de valoração da prova e o padrão expresso no módulo de prova a ser considerado pelo julgador na construção de sua decisão”. REICHELDT, Luis Alberto. *A Prova no Direito Processual Cível*, *op. cit.*, p. 212.

¹²⁵ Quanto à liberdade do juiz na apreciação da prova no sistema de persuasão racional, enfatiza Sergi Guasch Fernandez: “parece claro que o convencimento judicial está livre de vínculos legais, mas não está à margem dos critérios de valoração racional que permitem estabelecer se a valoração da prova produziu elementos idôneos para fundar o juízo de fato. Toda atividade jurídica (...) deve ser uma atividade racional, sujeita a uma atividade justificadora desse procedimento *prima facie* racional, o que permitirá contrastar que não é uma apreciação arbitrária e irracional”. Tradução livre da autora. No original: “*Parece claro que el convencimiento judicial está libre de vínculos legales pero no está al margen de los criterios de valoración racional que permiten establecer si la valoración de la prueba produce elementos idóneos para fundar el juicio de hecho. Toda actividad jurídica (...) debe ser una actividad racional y razonadora sujeta a una actividad justificativa de esse proceder prima facie racional lo que permitirá contrastar que no es una apreciación arbitraria e irracional*”. (FERNANDÉZ, Sergi Guasch. *El hecho y el derecho en la cassación civil*, *op. cit.*, p. 322).

¹²⁶ A esse respeito, enfatizou Danilo Knijnik ao citar Raffaello Lupi: “o controle numérico-quantitativo não é a única forma de controle de raciocínio”. (KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*, *op. cit.*, p. 36).

¹²⁷ MCBAIN, J.P. Burden of proof: degrees of belief. *California Law Review*, vol.32. Issue 3. 1944, pp. 242-268.

para que se repute racional aceitar uma proposição como verdadeira no âmbito do raciocínio decisório?¹²⁸⁻¹²⁹. Perceba que o resultado da valoração da prova nada informa ao juiz sobre qual decisão adotar¹³⁰, pois é o grau de confirmação expressamente estabelecido enquanto questão jurídica prévia à valoração¹³¹ que determinará se o conjunto probatório é suficiente para considerar o fato provado em termos objetivos. Ressaltando a imprescindibilidade de menção prévia e explícita do *standard* adotado pelo julgador:

É necessário que a decisão judicial enuncie, fundamentalmente, o modelo de constatação de que se vale para formar o juízo de fato – preponderância de prova, prova clara e convincente, prova acima da dúvida razoável e prova incompatível com qualquer hipótese que não a da acusação – viabilizando que esse critério seja conhecido, justificado e, obviamente, submetido ao contraditório enquanto capítulo essencial do julgamento¹³².

Ademais, embora o processo deva orientar-se pela busca da verdade¹³³, não se propõe alcançar uma verdade absoluta a partir da adoção dos *standards* de prova¹³⁴, haja vista

¹²⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi; LAUDAN, Laura. *Prueba y Verdad en el derecho*. Barcelona: Marcial Pons, 2005, p. 78; GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. In: TARUFFO, Michele; FERRER BELTRÁN, Jordi et. al.. *Proceso, prueba y estándar*. Perú: Ara editores, 2009, p. 18.

¹²⁹ Em decisão paradigmática, a Suprema Corte dos Estados Unidos, expressou da seguinte maneira o que representam os *standards*: “nesse sentido, um *standard* de prova representa a tentativa de instruir o julgador quanto ao grau de convencimento ou confiança que nossa sociedade pensa que ele deveria atingir para tomar suas decisões sobre os fatos. Embora as frases “preponderância da prova” e “prova além da dúvida razoável sejam quantitativamente imprecisas, elas comunicam ao julgador diferentes noções de graus de convencimento que é esperado dele para correção das suas conclusões factuais”. Tradução livre da autora. No original: “*In this regard, a standard of proof represents an attempt to instruct the fact-finder concerning the degree of confidence our society thinks he should have in the correctness of factual conclusions for a particular type of adjudication. Although the phrases 'preponderance of the evidence' and 'proof beyond a reasonable doubt' are quantitatively imprecise, they do communicate to the finder of fact different notions concerning the degree of confidence he is expected to have in the correctness of his factual conclusions*”. (UNITED STATES SUPREME COURT. In re Winship. No. 778. Decided: March 31, 1970. Disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=397&invol=358>>. Acesso em: 13/06/2017).

¹³⁰ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2007, p. 48.

¹³¹ Adota-se nesse trabalho a concepção de que é obrigatório o julgador explicitar prévia e claramente qual modelo de constatação será utilizado para decidir. Isso possibilita o efetivo controle do exercício do poder jurisdicional, representando o respeito à garantia constitucional de motivação das decisões, e por consequência, do princípio democrático. (REICHEL, Luis Alberto. *A Prova no Direito Processual Civil*, op. cit., pp. 217 e 218). Ademais, impede o indivíduo de ficar à disposição do acidente ou da causalidade da subjetividade do juiz. (WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial*. Tradução de Tomás Banzhaf. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1985, p. 153); Em concordância ao exposto, cf. também, KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*, op. cit., p. 33; FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, op. cit., p. 152.

¹³² KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*, op. cit., p. 45.

¹³³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. In: TARUFFO, Michele; FERRER BELTRÁN, Jordi et. al.. *Proceso, prueba y estándar*. Perú: Ara editores, 2009, p. 17.

¹³⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, op. cit., p. 47. Para uma abordagem mais detalhada a respeito da relação entre prova e verdade, conferir capítulo I da presente dissertação.

as limitações do conhecimento humano¹³⁵⁻¹³⁶ e as limitações legais de cada ordenamento jurídico decorrentes das regras sobre a produção e a valoração da prova¹³⁷. A descoberta dos fatos não é uma busca pela certeza irretorquível e sim uma questão de satisfazer graus de convencimento, os quais podem ser expressos em termos de probabilidades¹³⁸⁻¹³⁹. Não se deve perder de vista a inadequação parcial da probabilidade matemática ou estatística para fins de raciocínio probatório¹⁴⁰⁻¹⁴¹. Nesse aspecto, convém justificar tal assertiva mediante uma breve distinção entre as principais concepções de probabilidade, com o objetivo de

¹³⁵ “Decisões a respeito de eventos passados, entretanto, não podem recriar esses eventos com um conhecimento perfeito. O tempo é irreversível, os eventos são únicos, e qualquer reconstrução do passado é, na melhor das hipóteses, uma aproximação. Como resultado dessa incerteza sobre o que aconteceu, é inevitável que as conclusões do julgador sejam baseadas em probabilidades. Em outras palavras, devido ao fato de que o julgador nunca poderá ter certeza absoluta do que um fato particular é verdadeiro, as partes podem apenas persuadi-lo a um certo grau de certeza, de que o fato é *provavelmente* verdadeiro (...) Esta teoria das probabilidades pressupõe que o julgador em um processo, e na verdade, todos os seres humanos racionais, naturalmente atuam de acordo com a teoria das probabilidades ao tomar suas decisões”. Tradução livre da autora. No original: “*determinations of past events, however, cannot recreate those events with perfect knowledge. Time is irreversible, events unique, and any reconstruction of the past is at best an approximation. As a result of this lack of certainty about what happened, it is inescapable that the trier's conclusions be based on probabilities. In other words, because the trier of fact never can be absolutely certain that a particular fact is true, the parties only can persuade him to a particular degree of certainty that the fact is probably true (...) This theory of probabilities assumes that the factfinder in a trial and, indeed, all rational human beings, naturally act in accordance with the theory of probabilities in making their decisions*”. MCCAULIFF, C. M. A. “Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitucional guarantees”. In: *Vanderbilt Law Review*, vol. 35, pp. 1295-1296. Para uma abordagem mais detalhada a respeito da relação entre prova e verdade, conferir capítulo 1 da presente dissertação.

¹³⁶ MCBAIN, J.P. Burden of proof: degrees of belief. *California Law Review*, vol.32. Issue 3, 1944, p. 246.

¹³⁷ FERRER BELTRAN, Jordi. A prova é liberdade, mas não tanto: uma teoria da prova quase-benthamiana. In: DIDIER JR., Fredie (coord); MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Provas. Coleção novo CPC. Doutrina selecionada*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 108.

¹³⁸ MCCAULIFF, C. M. A. “Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitucional guarantees”, *op. cit.*, p. 1293.

¹³⁹ Não se trata aqui, é claro, de tentar quantificar o convencimento, mas como bem afirma Jeremy Bentham: “ninguém pode ser ignorante de que a crença/convicção é susceptível de graus diferentes de força, ou a intensidade”. Tradução livre da autora. No original: “*“Nobody can be ignorant, that belief is susceptible of different degrees of strength, or intensity”*. Jeremy Bentham, *A Treatise on Judicial Evidence* [London, 1825] p. 40. (Jeremy Bentham, *A Treatise on Judicial Evidence* [Londres, 1825] p. 40 *apud* MCBAIN, J.P. Burden of proof: degrees of belief. *California Law Review*, vol. 32. Issue 3, 1944, p. 242.

¹⁴⁰ “O método quantitativo de análise de evidências foi abandonado há muito tempo. Mas a velha ideia recorrentemente atrai aqueles que são ansiosos pela certeza (...). A verdade é: “que ninguém ainda inventou ou descobriu um modo de medida para a intensidade da crença/convicção humana. (...) a lei não pode pretender fazer o que a lógica e a psicologia ainda não fizeram”. Tradução livre da autora. No original: “*The quantitative method of assaying evidence has long been abandoned. But the old idea recurrently attracts those who are hot for certainty(...). The truth is, he wrote, 'that no one has yet invented or discovered a mode of measurement for the intensity of human belief (...). for the Law cannot expect to do what Logic and Psychology have not yet done*”. (UNITED STATES COURT OF APPEALS. Second circuit. *Larson v. Jo Ann Cab Corp.* No. 88. Decided: Jan. 1954, p.2. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/209/929/361981/>>. Acesso em: 08/10/2017).

¹⁴¹ Richard Eggleston, ao abordar a relação entre o grau penal de prova e probabilidade, atenta para o fato de que a dificuldade que torna quase impossível expressar, em termos percentuais, o grau de probabilidade necessário à confirmação ou refutação de uma hipótese atinge tanto os diferentes graus civis de prova do processo civil quanto o *standard* da prova além de toda dúvida razoável, próprio do processo penal. EGGLESTON, Richard. *Prova, conclusione probatória e probabilità*. Traduzione di Donata Romizi. Milano: Giuffrè, 2004, p. 169.

compreender o porquê é a probabilidade lógica ou indutiva considerada pela literatura o esquema de raciocínio adequado para a valoração da prova no processo judicial¹⁴².

A probabilidade matemática ou estatística e a probabilidade subjetiva se baseiam na aplicação de instrumentos matemáticos ao processo de valoração, indicando numericamente o grau de probabilidade que a hipótese fática deverá alcançar¹⁴³. Mas a insuficiência parcial da primeira se mostra clara por ela não ser capaz de tratar sobre fatos individuais, mas unicamente de medir a probabilidade da frequência com que determinado evento ocorre em uma sucessão dada de acontecimentos, estando voltada, portanto, a generalizações¹⁴⁴.

Já a probabilidade subjetiva mede o grau de crença em uma determinada hipótese, dado certos elementos de juízo. Concretiza-se mediante a aplicação do Teorema de *Bayes*¹⁴⁵ e tem como pressuposto as valorações prévias feitas a partir de critérios subjetivos, ou seja, adota-se uma interpretação subjetivista da probabilidade como grau de crença racional¹⁴⁶. Nesse sentido, o Teorema de *Bayes* possibilita descrever a probabilidade de um evento tendo em vista novas evidências, mas pressupõe por base de cálculo um conhecimento subjetivo prévio a respeito do evento¹⁴⁷.

Esse é exatamente o problema, pois a concepção de probabilidade subjetiva está relacionada com a crença que um determinado indivíduo tem sobre a probabilidade de um

¹⁴²FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba.*, op. cit., pp. 98 e 121; GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos, op. cit., p. 24; KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle, op. cit., p. 36; REICHEL, Luis Alberto. *A Prova no Direito Processual Civi*, op. cit., p. 212; TARUFFO, Michele. Rethinking the standards of proof. *The american journal of comparative law*. Vol. 51, n.º. 3, 2003, p. 659.

¹⁴³GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos, op. cit., pp. 21 e 22.

¹⁴⁴FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba.*, op. cit., pp. 94, 98 e 106.

¹⁴⁵Para uma abordagem detalhada sobre a relação e a dinâmica entre o teorema de *Bayes* e a atividade probatória, cf. NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2010, pp.129-137. Conforme enfatiza o mencionado autor, o cálculo probabilístico matemático se mostra inadequado ao juízo jurisdicional, pois: “o uso do teorema de *Bayes* tem um âmbito necessariamente limitado. Pode servir para que um juiz valore que grau de confirmação matemático pode ter a hipótese que se declarou provada. Mas aí acaba sua função: tentar medir a intuição. Mas nem sequer é seguro que o cômputo que surja seja de todo correto, porque se trata de aplicar uma fórmula concebida para calcular a probabilidade de acontecimentos aleatórios. Insisto em que um juízo jurisdicional não é um acontecimento aleatório. Aleatória é a possibilidade de que morra uma pessoa por disparo no peito. Mas o juízo jurisdicional que condene ou absolva essa pessoa nunca será aleatório”. Tradução livre da autora. No original: “*el uso del teorema de Bayes tiene un ámbito necesariamente limitado. Puede servir para que un juez valore qué grado de confirmación matemático puede tener la hipótesis que há declarado probada. Pero ahí se acaba su función: intentar medir la intuición. Pero ni siquiera es seguro que el cómputo que surja sea del todo correcto em la realidad, porque se trata de aplicar una fórmula concebida para calcular la probabilidad de acontecimientos aleatórios. Insisto em que um juicio jurisdicional no es un acontecimiento aleatorio. Aleatoria es la posibilidad de que muera una persona por un disparo em el pecho. Pero el juicio jurisdicional que condene o absuelva a esa persona nunca será aleatório*”. NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba.*, op. cit., pp. 136 e 137.

¹⁴⁶*Idem*, p. 110.

¹⁴⁷GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos, op. cit., p. 22.

evento, de modo que todo o resultado do cálculo dependerá da probabilidade atribuída previamente pelo julgador¹⁴⁸. Isso é incompatível com o objetivo de racionalização do convencimento judicial, pois conforme Jordi Ferrer Beltrán:

A verdade de um enunciado probatório do tipo ‘está provado que p ’ (sobre a base de um conjunto de elementos de juízo c) não depende das crenças do julgador, senão da aceitabilidade de p como hipótese, dados os elementos de juízo disponíveis e um *standard* de prova determinado¹⁴⁹.

Por outro lado, a concepção de probabilidade lógica ou indutiva¹⁵⁰ não admite a quantificação da probabilidade exigível para provar um fato, mas possibilita estabelecer um nível de suporte indutivo para cada hipótese¹⁵¹. Nessa linha, a probabilidade equivalerá aos graus de confirmação da hipótese fática, dado os elementos de juízo disponíveis. Observe nesse ponto, que o grau de probabilidade/confirmação que será suficiente para confirmar, ou seja, aceitar racionalmente uma hipótese como provada, deverá ser previamente estabelecido¹⁵².

A título de curiosidade, Larry Laudan adverte que os juízes tendem também a ser especialmente relutantes a uma abordagem numérica quando da formulação dos *standards* probatórios devido à imagem negativa que isso traz ao judiciário, no sentido de ser uma admissão explícita de que o sistema está destinado a cometer erros¹⁵³.

¹⁴⁸ No que diz respeito à adequação do Teorema de Bayes ao raciocínio probatório, Larry Laudan se posiciona crítica e negativamente ao analisar o contexto de convencimento do júri. Segundo o autor, a dinâmica bayesiana desvirtua a interpretação constitucionalmente adequada ao princípio da presunção de inocência. Para maiores detalhes, cf. LAUDAN, Larry. Why presuming innocence is not a Bayesian prior. Guest Post, 2013. Disponível em: <<https://errorstatistics.com/2013/07/20/guest-post-larry-laudan-why-presuming-innocence-is-not-a-bayesian-prior/>>. Acesso em: 03/02/2018.

¹⁴⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, op. cit., p. 113.. No original: ‘*la verdad de un enunciado probatorio del tipo ‘está probado que p’ (sobre la base de un conjunto de elementos de juicio c) no depende de las creencias del juzgador, sino de la aceptabilidad de p como hipótesis, dados los elementos de juicio disponibles y un estándar de prueba determinados*’. Inclusive, ao tratar a respeito da relação entre suficiência de prova e verdade, Gustavo Badaró adverte sobre exatamente esse trecho acima referenciado da obra de Jordi Ferrer Beltrán,, no sentido de esclarecer qual é o sentido objetivado pelo autor estrangeiro: ‘‘o enunciado ‘p está provado’ deve ser entendido como sinônimo de ‘há elementos suficientes a favor de p. Isso não quer dizer que a proposição, porque está provada, seja verdadeira. Uma hipótese fática pode resultar provada ainda que seja falsa’’.

¹⁵⁰ Refiro-me aqui ao modelo de probabilidade lógica ou indutiva desenvolvido por L Jonathan Cohen, ver: FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2007; COHEN, L. J. *The probable and the provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977.

¹⁵¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, op. cit., p. 122.

¹⁵² *Idem*, pp. 139 e 140. Cf. Maria Gascón Abellán que, sem pretensão de exaustividade, fornece alguns elementos em razão dos quais a força do grau de confirmação da hipótese pode variar: a) fundamento cognoscitivo das leis causais que conectam as provas com a hipótese; b) a solidez epistemológica das provas; c) o número de passos inferenciais que separam as provas da hipótese; d) a quantidade de provas; e) a variedade de provas. GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos, op. cit., p. 29.

¹⁵³ LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28 (2005), p. 99. Conforme se verá adiante de forma mais detalhada, esse trabalho adota o entendimento que reconhece a falibilidade humana como algo inevitável na tomada de decisões a respeito dos fatos em um processo judicial.

Diante do exposto, depreende-se que, embora seja possível à epistemologia determinar qual o grau de confirmação foi alcançado por uma hipótese fática, ela não é capaz de dizer se esse grau de prova é suficiente para reputá-la como verdadeira e racionalmente provada. Portanto, a epistemologia não pode e não é capaz de determinar os modelos de constatação¹⁵⁴.

A escolha a respeito de qual *standard* será previamente estabelecido para confirmar a hipótese fática é uma opção política, jurídica e até moral, mas também se relaciona com a evolução tecnológica e o acesso à prova¹⁵⁵. Tais escolhas e circunstâncias são atinentes a cada sociedade em um dado contexto histórico. Nessa perspectiva torna-se possível vislumbrar a função simbólica dos modelos de constatação¹⁵⁶, pois ao guiarem racionalmente o julgador quanto ao grau de prova requerido, refletem, ao mesmo tempo, a importância social que é dada à decisão proferida¹⁵⁷. Os *standards* probatórios viabilizam a proteção conferida aos valores preponderantes de uma sociedade porque permitem, ao lado das regras distributivas do ônus de prova, a distribuição dos riscos de erro em uma decisão fática¹⁵⁸, conforme mecanismo que será a seguir explicitado.

Primeiramente, fala-se em distribuir e não em evitar erros de julgamento, pois se adota no presente trabalho a concepção de que embora a decisão justa esteja amparada na verdade dos fatos¹⁵⁹, a falibilidade humana leva necessariamente ao reconhecimento de que é impossível ao julgador atingir uma verdade absoluta ao realizar o juízo fático. Mas com isso, não se pretende, por óbvio, filiar-se a uma postura cética e rejeitar a possibilidade de alcance da verdade, haja vista ser esta visão incompatível com a própria essência e finalidade da atividade judicial¹⁶⁰⁻¹⁶¹.

¹⁵⁴FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba.*, *op. cit.*, p. 80.

¹⁵⁵TARUFFO, Michele. Rethinking the standards of proof. *The american journal of comparative law*. Vol. 51, nº. 3, 2003, p. 119; REICHEL, Luis Alberto. *A Prova no Direito Processual Civil*, *op. cit.*, p. 217;

¹⁵⁶MCCAULIFF, C. M. A. "Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitutional guarantees", *op. cit.*, p. 1319.

¹⁵⁷KNJNJK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*, *op. cit.*, p. 44.

¹⁵⁸Nesse sentido: "a maioria e os dissidentes também concordam que a escolha por um *standard* de prova reflete o fator de risco aceitável de uma decisão errada". Tradução livre da autora. No original: "the majority and dissidents also agree that the choice of a burden of proof reflects the acceptable risk factor for an erroneous determination". (MCCAULIFF, C. M. A. "Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitutional guarantees", *op. cit.*, p. 1323). Também em concordância sobre a relação entre a distribuição dos riscos e os *standards* de prova, cf. GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de doutorado, orientador: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: USP, 2013, p. 405.

¹⁵⁹LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar, *op. cit.*, p. 96. BADARO, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 266.

¹⁶⁰BADARO, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 266; WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial*. Tradução de Tomás Banzhaf. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1985, p. 71. Também no sentido de que o objetivo institucional e, portanto, fundamental da atividade probatória no

Conforme explica Larry Laudan, o objetivo de distribuição dos riscos de erros pertinentes à questão fática corresponde ao núcleo débil da epistemologia jurídica¹⁶², que encontra seu fundamento não na relação entre redução de erros e verdade no processo, mas sim em uma decisão política, no sentido de que certos tipos de erros são piores, menos aceitáveis que outros¹⁶³.

Nessa perspectiva, os *standards* probatórios representam “uma reação do próprio sistema contra a sua falibilidade na determinação do juízo fático”¹⁶⁴ e não um mecanismo ideal que proporcionará o atingimento da verdade absoluta dos fatos. Logo, os modelos de constatação revelam a impossibilidade de ser alcançada a verdade absoluta pelo julgador em sua decisão a respeito dos fatos¹⁶⁵. No caso do processo penal, por exemplo, o mecanismo de distribuição dos riscos de erro ocorre da seguinte maneira:

Há sempre no litígio uma margem de erro, representando um erro na descoberta do fato que ambas as partes devem suportar. Onde uma parte tem em jogo um interesse de valor transcendente - como a liberdade de acusado - a margem de erro é reduzida em relação a ele pelo procedimento de colocar, sobre a parte contrária, o ônus de persuadir o julgador dos fatos sobre a culpa do acusado além de uma dúvida razoável¹⁶⁶.

processo judicial é a averiguação da verdade, embora não seja o único: *La valoración racional de la prueba*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2007, p. 31.

¹⁶¹ Inclusive, a própria visão doutrinária que distingue verdade material e verdade formal entre o processo civil e penal para informar qual tipo de verdade é possível em cada um desses âmbitos é ultrapassada: STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH, William Galle. Sobre um possível diálogo entre a crítica hermenêutica e a teoria dos *standards* probatórios: notas sobre valoração probatória em tempos de intersubjetividade. *Novos estudos jurídicos*. V. 22, n° 2, pp.390-416, 2017. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/10981>>. Acesso em: 08/01/2017, p. 396 e 397; REICHEL, Luis Alberto. *A Prova no Direito Processual Civi*, op. cit., p. 165; BADARO, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, pp. 266-269.

¹⁶² LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28 (2005), pp. 96 e 97.

¹⁶³ EGGLESTON, Richard. *Prova, conclusione probatória e probabilità*. Traduzione di Donata Romizi. Milano: Giuffrè, 2004, p. 207.

¹⁶⁴ KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle, op. cit., p. 18.

¹⁶⁵ LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar, op. cit., p. 110. Conforme esclarece GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*, op. cit., p.403: “Advirta-se, desde já, que essas regras de julgamento são subsidiárias à busca da verdade, eis que a solução de mérito idealizada pelos processos civil e penal consiste numa sentença amparada na apuração completa dos fatos, sem objeções de qualquer ordem. Porém, como a verdade só pode ser alcançada na medida do que seja contextualmente possível, estes parâmetros estabelecem como deve o juiz decidir em situações em que: a) a verdade possível e aceitável não corresponda ao ideal de confirmação máxima e unívoca pelos elementos probatórios ou b) a verdade possível ou aceitável não tenha sido sequer alcançada”. (GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*, op. cit., p.403).

¹⁶⁶ MCCAULIFF, C. M. A. “Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitutional guarantees”, op. cit., p. 1320. Tradução livre da autora. No original: “there is always in litigation a margin of error, representing error in factfinding, which both parties must take into account. Where one party has at stake an interest of transcending value-as a criminal defendant his liberty-this margin of error is reduced as to him by the process of placing on the other party the burden of . . . persuading the factfinder at the conclusion of the trial of his guilt beyond a reasonable doubt”.

Portanto, quanto mais importantes para a sociedade forem os bens jurídicos que estão sendo discutidos no processo, mais exigente será o *standard* de prova, ou seja, o *quantum* de prova exigido poderá ser aumentado em virtude da necessidade de proteger tais valores¹⁶⁷. Não é difícil notar, a partir do raciocínio exposto, que no Brasil, por exemplo, a força de persuasão exigida para comprovar a restrição indevida ao crédito do consumidor por um determinado banco não será a mesma daquela exigida para destituição ou suspensão do pátrio poder de um dos genitores.

Ademais, é possível vislumbrar situações em que será necessário não apenas modificar o *quantum* de prova, mas também distribuir esse *quantum* disforme e desigualmente entre as partes, pois tais hipóteses caracterizam-se não apenas pela relevância do bem jurídico em tela, mas também por um desequilíbrio prévio na estrutura da relação processual¹⁶⁸⁻¹⁶⁹. Exemplo disso está no âmbito do processo penal, no qual é aplicado, devido à relevância do valor liberdade para a sociedade brasileira, o princípio da presunção de inocência, gerando assim, um desequilíbrio do ponto de vista probatório na relação processual.

Perceba que a escolha de um *standard* para comprovação de uma hipótese fática, tal como o da prova além de toda dúvida razoável, permite proteger o bem jurídico de maior valor para a sociedade na medida em que determina previamente sobre quem recairá a consequência negativa da prova insuficiente.

Insta ressaltar que, embora as regras distributivas do ônus da prova sejam critérios de decisão tal como os *standards*, a dinâmica deles não se confunde. Diferentemente das regras atinentes ao ônus de prova, os *standards* probatórios incidem sobre a suficiência do

¹⁶⁷ BADARO, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 298.

¹⁶⁸ GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de doutorado, orientador: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: USP, 2013, pp. 415-436.

¹⁶⁹ BADARO, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*, *op. cit.* p. 299. Partindo da diferença entre os *standards* de prova no processo civil e penal, Carlo Zaza preleciona sobre a relação entre os direitos fundamentais e a prova: “a sentença *in re* Winship também reconduz o critério da dúvida razoável ao princípio do julgamento justo, introduzido pela Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América. O método probatório, no entanto, está intimamente ligado a outros princípios substantivos que expressam os interesses fundamentais dos cidadãos em suas relações com a justiça criminal. Os valores de liberdade e dignidade dos cidadãos acima mencionados, bem como os relativos à sua estimativa social, são, sem dúvida inadmissivelmente afetados por uma condenação injusta; tal preconceito é incomparável com as implicações puramente pecuniárias do julgamento civil”. (ZAZA, Carlo. *Il ragionevole dubbio nella logica della prova penale*. Milano: Giuffrè, 2008, pp. 3- 4). Tradução livre da autora. No original: “*la sentenza in re Winship riconduce altresì il criterio del ragionevole dubbio al principio del giusto processo, introdotto dal quattordicesimo emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d’America. Il metodo probatorio, però, è direttamente collegato ad altri principi sostanziali, che esprimono collegato ad altri principi sostanziali, che esprimono interessi fondamentali dei cittadini nel loro rapporto con la giustizia penale. Vengono indubbiamente in risalto a questo proposito i già menzionati valori di libertà e di dignità del cittadino, oltre a quelli afferenti alla sua stima sociale. Valori inammissibilmente pregiudicati da una condanna ingiusta; essendo siffatto pregiudizio incomparabile con le implicazioni meramente pecuniarie del giudizio civile*”

convencimento do juiz de modo a limitar o seu julgamento fático, porquanto determinam um limite mínimo sem o qual não poderá o julgador considerar como provada a hipótese fática. Ademais, o ônus de prova enquanto regra de julgamento incide sobre a falta de convencimento judicial, ou seja, não mais no âmbito da persuasão racional, pois quando o julgador decide com base nas regras atinentes ao ônus de prova, já se está diante da aplicação de um critério legal¹⁷⁰⁻¹⁷¹. A esse respeito, Leo Rosenberg:

A livre apreciação da prova e o ônus da prova dominam dois terrenos que, embora situados muito próximos um do outro, estão claramente separados por limites fixos. A livre apreciação da prova ensina ao juiz a obter livremente a convicção acerca da verdade ou falsidade das alegações deduzidas e discutidas do conjunto do debate processual, sobre a base de sua experiência de vida e com as pessoas; o ônus da prova o ensina a encontrar a solução quando a livre apreciação da prova não o conduz a resultado algum. O domínio do ônus da prova começa ali onde o domínio da livre apreciação termina. Se o juiz atravessou aquele sem poder encontrar a sentença, o ônus da prova lhe dá o que a livre apreciação da prova lhe negou¹⁷².

Quanto à classificação dos *standards* probatórios, via de regra¹⁷³, é possível fazer a distinção entre três modelos fundamentais¹⁷⁴ em ordem decrescente de grau probabilístico: prova além de toda dúvida razoável, prova clara e convincente e preponderância de provas¹⁷⁵.

¹⁷⁰TARUFFO, Michele. Rethinking the standards of proof. *The american journal of comparative law*. Vol. 51, nº. 3, 2003, p. 673.

¹⁷¹GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*, op. cit., p. 405. A respeito da incidência do regime dos ônus probatórios, enquanto regra de julgamento, diante da falta de convencimento suficiente do juiz, ressalta Michele Taruffo que: “vale a pena frisar que essa falta verifica-se tanto no caso em que resulte demonstrada a falsidade de X como no caso em que não resulte demonstrada a veracidade de X (o que ocorre também quando não há provas suficientes da veracidade de X, e não somente quando não há prova alguma da veracidade de X)”. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*, op. cit., p. 260.

¹⁷²ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*, Traducción de la tercera edición de la obra alemana “Die Beweislást” (1951) de Ernesto Krotoschin, Buenos Aires: EJEJA, 1956, § 6, pp. 56-57. Na versão castelhana: “La apreciación libre de la prueba y la carga de la prueba dominan dos terrenos que si bien están situados muy cerca uno del otro, están separados claramente por límites fijos. La apreciación libre de la prueba enseña al juez a obtener libremente la convicción de la verdad o falsedad de las afirmaciones sostenidas y discutidas, en el proceso, del conjunto de los debates, a base de sus conocimientos de la vida y de los hombres; la carga de la prueba le enseña a hallar la solución cuando la libre apreciación de la prueba no ha dado ningún resultado. El dominio de la carga de la prueba comienza allí donde termina el dominio de la libre apreciación de la prueba; si el juez atravesó este último sin poder encontrar la solución, la carga de la prueba le da lo que la libre apreciación de la prueba le negó”.

¹⁷³Existem outros parâmetros de constatação além dos citados nesse estudo. José Paulo Baltazar Júnior (In: KNIJNIK, Danilo (coord.) *Prova Judiciária. Estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 158-159), exemplifica alguns deles, tais como, o da “mínima atividade probatória” do Tribunal Constitucional espanhol e o do “alto grau de verossimilhança sem dúvidas concretas”, de construção jurisprudencial germânica. Para maiores aprofundamentos quanto ao *standard* da “mínima atividade probatória”, cf. excelente obra de MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997. Já o autor Danilo Knijnik (*A prova nos juízos cível, penal e tributário*, op. cit., p. 47) considera haver diferentes *standards* de prova que condicionam os provimentos liminares, exemplos seriam o ‘*fumus boni juris*’ e o a ‘prova inequívoca’. Em defesa da existência de modelos de constatação frequentemente utilizados em decisões cautelares no processo penal brasileiro, como por exemplo; ‘fundadas razões... de autoria’ ou ‘indício suficiente de autoria’, cf. BADARO, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*, op. cit., p. 300.

Não é fácil precisar o significado exato de cada expressão que compõe o título do módulo de constatação, inclusive essa é uma das grandes polêmicas que circundam esse tema no sistema do *Common Law*¹⁷⁶, mas é possível utilizá-los a partir de uma perspectiva lógico-comparativa entre o grau de força que cada um expressa¹⁷⁷.

Inclusive, explica Danilo Knijnik, expressando ponto de vista adotado nesse trabalho, que os modelos de constatação necessariamente são abertos em seu conteúdo, no sentido de que funcionam semelhantemente a princípios jurídicos e não como regras configuradas conceitualmente, de modo que devem ser concretizados permanentemente em sua aplicação. Ao citar Michele Taruffo em sua obra, ressalta que: “a regra que eles encerram deve, assim,

¹⁷⁴ “De um modo geral, a atitude prevalecente é que os tribunais reconhecem três tipos de ônus da persuasão que devem ser suportados pelos litigantes em ações civis e em processos penais”. Tradução livre da autora. No original: “generally speaking the prevailing attitude is that the courts recognize three types of burdens of persuasion which must be borne by litigants in civil actions and in criminal prosecutions”. (MCBAINE, J.P. Burden of proof: degrees of belief. *California Law Review*, vol.32. Issue 3, 1944, p. 245); KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*, op. cit., p. 37. Também Gustavo Badaró adota esses três modelos de *standards* ao fazer um estudo sobre critérios de decisão em sua obra. (BADARO, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 299). Ressalte-se que optamos, por questões metodológicas, analisar de forma mais detalhada somente os *standards* de prova ligados à tradição jurídica do *Common Law*, os quais são também vem sendo adotados e estudados por doutrinadores brasileiros.

¹⁷⁵ A Corte Suprema dos Estados Unidos inclusive já reconheceu a função constitucional dos *standards* de prova sob a estrutura desses três modelos: “Durante a última década, a Corte Suprema tratou dos valores que os três *standards* de prova expressam. A Corte concentrou-se não apenas em casos criminais, mas também os processos civis sérios referentes à privação de liberdade e direitos pessoais importantes, tais como compromisso civil, perda de cidadania e extinção dos direitos de parentalidade. Com efeito, a Corte constitucionalizou os *standards* de prova. Como mostram os casos civis mais recentes, a articulação da Corte da função dos *standards* da prova no apoio aos valores societários tem crescido claramente, embora os julgadores do fato atualmente não desfrutem de similar clareza sobre o significado de cada *standard* em particular”. Tradução livre da autora. No original: “During the last decade the Supreme Court has dealt with the values that trial burdens of proof express. The Court has concentrated not only on criminal cases but also on serious civil suits concerning deprivation of liberty and important personal rights, such as civil commitment, loss of citizenship, and termination of parental rights. In effect, the Court has constitutionalized burdens of proof. As the most recent civil cases show, the Court’s articulation of the function of burdens of proof in supporting societal values has grown clearer, although factfinders and other decisionmakers today do not enjoy similar clarity about the meaning of particular burdens of proof”. (MCCAULIFF, C. M. A. “Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitutional guarantees”. In: *Vanderbilt Law Review*, vol. 35, p. 1318).

¹⁷⁶ A título de exemplo, listo aqui como referências para essa afirmação: DIAMOND, Henry. “Reasonable doubt: to define or not to define”. In: *Columbia Law Review*, vol. 90, pp. 1716-1736, 1990; GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la possibilidade de formular estándares de prueba objetivos. In: TARUFFO, Michele; FERRER BELTRÁN, Jordi et. al.. *Proceso, prueba y estándar*. Perú: Ara editores, 2009; MCBAINE, J.P. Burden of proof: degrees of belief. *California Law Review*, vol.32. Issue 3, 1944; MCCAULIFF, C. M. A. “Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitucional guarantees”. In: *Vanderbilt Law Review*, vol. 35.

¹⁷⁷ Em concordância ao exposto: SILVEIRA, Daniel Coutinho. *Prova Argumento e Decisão: critérios de suficiência para orientação dos juízos de fato no direito processual brasileiro*. Dissertação de mestrado. Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: USP, 2001, p. 38: “os critérios de suficiência (...) têm valor argumentativo para identificar a suficiência da prova. O conteúdo de cada uma das espécies apresentadas não é cabalmente determinado, mas é percebido mediante a comparação com outras categorias do mesmo tipo”. Já no sentido de que a impossibilidade de quantificação dos *standards* probatórios por inadequação e também por não aceitabilidade de abordagens numéricas pela maioria da doutrina não desqualifica a utilidade teórica e prática dos modelos de constatação, cf. BADARO, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*, op. cit., p. 299.

ser hetero-integradas, ou seja, completadas com base em critérios metajurídicos que, segundo o lugar comum tradicional, existem na sociedade”¹⁷⁸.

Importante também citar Luís Alberto Reichelt¹⁷⁹ que, ao concordar com o conteúdo aberto dos modelos de constatação, indica que isso se dá em virtude de propiciar uma dimensão dialética no debate dos autos quando da sua aplicabilidade. Ademais, no sentido de não ser inclusive desejável a tentativa de explicar conceitualmente cada expressão que compõe os *standards* de prova em razão da dinamicidade da linguagem e da sociedade, já se pronunciou a Corte de Apelação dos Estados Unidos:

Portanto, os juízes parecem bastante ingênuos quando confiadamente acreditam que eles estão suficientemente em contato com os assuntos para saber o significado que o homem comum na rua atribui à língua comum de todos os dias, ou o que palavras específicas transmitem para a mente comum. Barreiras resistentes de linguagem frequentemente existem entre o homem na biblioteca ou o juiz e o homem na rua (ou em um ônibus ou no metrô). É inútil, então, supor que toda linguagem - incluindo a jurídica - pode estar inteiramente à prova da ambiguidade, e *duvidoso se tal objetivo seria desejável*¹⁸⁰.

Mas, insta ressaltar que a necessidade de dar abertura ao conteúdo dos *standards* a fim de proporcionar a interpretação, o diálogo e a aplicação deles diante das peculiaridades do caso concreto não significa defender uma subjetividade em seu conteúdo que vincule o nível de suficiência probatória a um estado psicológico do julgador, situação esta que escaparia por completo da proposta dos *standards* enquanto critérios lógico racionais, bem como traria óbices a qualquer tentativa de controle da convicção judicial sobre os fatos¹⁸¹.

¹⁷⁸TARUFFO, Michele. La giustificazione delle decisioni fondate su ‘standards’. In: *la regola del caso; material sul ragionamento giuridico*. Milão: Cedam, 1995, p. 267) *apud* KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*, *op. cit.*, p. 46.

¹⁷⁹REICHELTL, Luis Alberto. *A Prova no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 216.

¹⁸⁰(UNITED STATES COURT OF APPEALS. Second circuit. Larson v. Jo Ann Cab Corp. No. 88. Decided: Jan. 1954, p. 3. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/209/929/361981/>>. Acesso em: 08/10/2017). Grifos e tradução livre da autora. No original: ‘judges therefore seem rather naive when the confidently remark that they are ‘sufficiently in touch with affairs’ to know the ‘meaning which the ordinary man on the street attributes to ordinary everyday English or what particular words convey to the common mind. Tough language-barriers often exist between the man in the library or the judge and the man on the street (or on a bus or in the subway)’.

¹⁸¹ Quanto a esse aspecto, adota-se nesse trabalho a visão que critica a tentativa de definição da estrutura e conteúdo dos *standards* probatórios de modo a atrelar, inapropriadamente, a flexibilidade necessária que os leve a operar como princípios, com uma subjetividade que vincule a certeza de suficiência probatória às convicções pessoais do julgador. Afirma-se, em consonância com LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28 (2005), pp. 104-106; NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. *A dimensão epistêmica do juízo por jurados: perspectivas para a racionalização das decisões do júri a partir dos fundamentos da concepção racionalista da prova*. Tese de doutorado, orientador: Flávio Mirza Maduro. Rio de Janeiro: UERJ, 2017, pp. 170-180; MCBAIN, J.P. Burden of proof: degrees of belief, *op. cit.*, p. 258; DIAMOND, Henry. ‘Reasonable doubt: to define or not to define’. In: *Columbia Law Review*, vol. 90, 1990, pp. 225-302, que os modelos de constatação, na verdade, devem estar expressos em termos e parâmetros objetiváveis, reconhecendo também ao defender essa concepção, que se trata de um dos aspectos mais polêmicos, de difícil solução prática e esgotamento do problema no que se refere ao tema dos *standards* probatórios.

Esta dissertação não tem a pretensão de analisar em detalhes o processo evolutivo de construção de cada *standard* de prova e todas as questões teóricas e práticas trazidas pela doutrina a respeito de cada um deles, pois isso seria inviável neste trabalho. Mas com o objetivo de identificação e distinção dos tradicionais módulos de prova, serão demonstradas sucintamente a seguir, as principais características de cada um.

Aplica-se ao processo civil em geral o modelo de constatação da preponderância de provas, ou como é conhecido no sistema de *Common Law*, '*preponderance of evidence*'. Consiste na noção de que 'os fatos são mais prováveis do que não'¹⁸². Ademais, tem a força de um grau mínimo de prova. Vale ressaltar que o *quantum* de prova é idêntico para o autor e para o réu, pois é pressuposto do processo civil, em regra, uma relação jurídica equilibrada e estruturalmente igualitária¹⁸³.

Já o *standard* da prova clara e convincente ou *clear and convincing evidence* aplica-se também ao processo civil, mas é destinado àquelas ações onde são discutidas questões que ultrapassam interesses meramente patrimoniais, que podem inclusive trazer a uma das partes sanções graves que se aproximam do processo penal ou até mesmo à perda/conflito de interesses de grande relevância para as partes¹⁸⁴.

Esse modelo de constatação traz também o entendimento de que há graus diversos de convencimento no processo civil, tal como existem também diferentes graus de persuasão possíveis no processo penal se levarmos em conta a diferença entre as decisões de mérito e cautelares quanto à suficiência do convencimento para decisão sobre os fatos. O módulo de constatação da prova clara e convincente indica que a força de confirmação deve se basear em

¹⁸² KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle, *op. cit.*, p. 22.

¹⁸³ Mas quanto ao termo preponderância de provas, explica-se muito própria e adequadamente que: "a convicção embasada na preponderância deve ser aferida, como já se pontuou, não mediante a constatação existência de *um* ou de *outro* elemento que confirme determinada tese fática, mas por uma *visão analítica*, que leva em conta a análise isolada e interdependente (ou conjunta), dos elementos probatórios. Nos casos complexos, porém, além desta análise – isolada e conjunta – dos elementos probatórios, ganha relevo a análise de critérios narrativos, consubstanciados, sobretudo, na coerência lógica da tese fática". GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de doutorado, orientador: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: USP, 2013, p. 406. Afinal, os *standards* de prova são critérios de decisão e julgamento, aplicáveis a essa fase da atividade processual e não à fase da valoração. Portanto, sua incidência se faz com base no conjunto probatório, de modo que o julgador faz a análise sobre se aqueles elementos de prova atingem o grau de convencimento exigido pelo módulo de prova adotado.

¹⁸⁴ KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle, *op. cit.*, p. 38; GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*, *op. cit.*, pp. 415-418; STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH, William Galle. Sobre um possível diálogo entre a crítica hermenêutica e a teoria dos standards probatórios: notas sobre valoração probatória em tempos de intersubjetividade. *Revista novos estudos jurídicos*. V.22, n° 2, p. 402, 2017. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/10981>>. Acesso em: 08/01/2017. Exemplos desse tipo de ação no processo civil: destituição ou suspensão do pátrio poder de um dos genitores; ações de responsabilidade civil do médico; ações de improbidade administrativa e etc.

uma alta probabilidade¹⁸⁵. Quanto ao fato de ser esse grau considerado mais alto do que o da preponderância de provas, explica-se que:

Não é necessário acreditar ao ponto de quase certeza ou além de uma dúvida razoável que os fatos são verdadeiros ou existem, ou que eles certamente são verdadeiros ou existem; ainda, não é suficiente acreditar que existe meramente a probabilidade de eles serem mais verdadeiros ou existirem do que falsos ou não existirem¹⁸⁶.

Mas desde já deve ser advertido que, a quantidade de provas ou testemunhas introduzidas no processo não é por si só, enquanto quantidade, aceita como medida de força a satisfazer a exigência desses *standards*¹⁸⁷.

O *standard* da prova além da dúvida razoável, ou como é conhecido no sistema de *Common Law*, ‘*beyond reasonable doubt*’ é aplicado ao processo penal, sendo, entre os três modelos apresentados nesse trabalho, aquele que exige um grau mais alto de confirmação, e não apenas isso, exige também que não restem dúvidas razoáveis de que o acusado cometeu o crime.

Segundo entende doutrina nacional e estrangeira a respeito desse modelo de constatação¹⁸⁸, a dúvida razoável não é uma mera dúvida possível, uma suspeita ou especulação, mas sim uma dúvida baseada na razão. Seria assim, o tipo de dúvida que levaria uma pessoa racional a hesitar, após análise de todo o conjunto probatório. Perceba que nesse módulo de constatação, o ônus da prova é totalmente direcionado à acusação, ou seja, não apenas o *quantum* de prova é elevado, como também é distribuído disforme e desigualmente entre as partes. Nesse caso desse *standard* em específico, a sociedade suporta ‘quase o risco total de erro’, em decorrência da presunção de inocência¹⁸⁹.

Quanto à eventual possibilidade de aplicação de um *standard* único à multiplicidade dos quadros fáticos submetidos à apreciação judicial, preleciona criticamente, Gerhard Walter:

¹⁸⁵KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle, *op. cit.*, p. 23.

¹⁸⁶MCBAINE, J.P. Burden of proof: degrees of belief. *California Law Review*, vol.32. Issue 3, 1944, p. 263. Tradução livre da autora. No original: “it is not necessary to believe to the point of almost certainty, or beyond a reasonable doubt that they are true or exist, or that they certainly are true or exist; yet it is not sufficient to believe that it is merely more probable that they are true or exist than it is that they are false or do not exist”.

¹⁸⁷MCBAINE, J.P. Burden of proof: degrees of belief, *op. cit.*, p. 263.

¹⁸⁸MCBAINE, J.P. Burden of proof: degrees of belief, *op. cit.*, p. 258; NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. *A dimensão epistêmica do juízo por jurados: perspectivas para a racionalização das decisões do júri a partir dos fundamentos da concepção racionalista da prova*. Tese de doutorado, orientador: Flávio Mirza Maduro. Rio de Janeiro: UERJ, 2017, p. 173; DIAMOND, Henry. “Reasonable doubt: to define or not to define”, *op. cit.*, p. 236; KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*, *op. cit.*, p. 40.

¹⁸⁹MCCAULIFF, C. M. A. “Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitutional guarantees”. In: *Vanderbilt Law Review*, vol. 35, p. 1320.

Não se pode por como fundamento de toda constatação possível e necessária em todos os ordenamentos processuais um módulo unitário chamado ‘verdade’. Os quadros fáticos que tem que reger são demasiadamente diversos para que possam ser *submetidos* a um padrão único. São demasiadamente diversos os fins regulatórios que perseguem o direito material para exigir sempre a convicção da verdade na regulação a se aplicar. E são igualmente demasiado diversos para propiciar um módulo probatório sem gradações, os efeitos que tem para o indivíduo uma sentença que se baseia em um conjunto de fatos não condizentes com a realidade¹⁹⁰.

Diante de todo o exposto, nota-se que há diferentes modelos de constatação a depender de cada tipo de processo, de modo que não há nenhuma regra, princípio ou teoria que imponha um mesmo *standard* a ser aplicado em todos os casos¹⁹¹. Pelo contrário, isso seria inviável e não compatível com a própria dinâmica processual e também com a finalidade do direito enquanto instituição destinada à realização da justiça e concretização dos direitos fundamentais subjacentes à determinada sociedade.

3.1.1. A adoção do *standard* da prova clara e convincente na aferição da culpa do médico

A análise da questão da prova nas ações de responsabilidade civil do médico abarca não apenas o âmbito jurídico no que concerne à estrutura da relação processual, à fase probatória, aos bens jurídicos em confronto e ao instituto da responsabilidade civil¹⁹², mas também nos leva, inevitavelmente, a refletir a respeito do contexto social em que essas demandas emergem, o qual traz um impacto significativo na dinâmica delas¹⁹³.

Refiro-me a um fator do nosso contexto social na contemporaneidade que é determinante no ajuizamento de ações fundadas em culpa atribuída à atividade médico: o crescente desenvolvimento tecnológico, que possibilita o acesso irrestrito a informações disponíveis *online*, levando pessoas que já estão vulneráveis devido a danos em sua própria

¹⁹⁰WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial*. Tradução de Tomás Banzhaf. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1985, p. 177. Tradução livre da autora. No original: ‘no se puede poner como fundamento de toda constatación posible y necesaria en todos los ordenamientos procesales un módulo unitario llamado ‘verdad’. Los cuadros factivos que hay que reglar son demasiado diversos como para que puedan ser sometidos a un patrón único. Son demasiado diversos también los fines regulatórios que persigue el derecho material como para exigir siempre la convicción de la verdad para que la regulación entre a aplicarse. Y son igualmente demasiado diversos como para propiciar un módulo probatório sin gradaciones, los efectos que tiene para el individuo una sentencia que se basa em um conjunto de hechos no concordantes com la realidad’.

¹⁹¹FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba.*, *op. cit.*, p. 139.

¹⁹² Conforme já visto com mais detalhes no capítulo 3 da presente dissertação.

¹⁹³ Corroborando a importância do contexto social para análise das ações de erro médico, cf., AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico, pp. 51-52. Disponível em: <http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producao intelectual/23.pdf>. Acesso em: 10/11/2017; SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6ª ed. São Paulo: Atlas 2015, pp. 3-8; GARCIA, André Almeida. Prova e responsabilidade civil médica, *op. cit.*, pp. 23-25.

saúde ou à de seus familiares, a serem muitas vezes persuadidas negativamente a respeito de fatos não cientificamente comprovados, ou mesmo diversos da condição médica específica do paciente¹⁹⁴.

Ademais, houve uma mudança na imagem que o paciente tem do médico, no sentido de que a relação médico-paciente está mais distante e impessoal se comparada à de tempos atrás, em que havia até um tom de mistificação e religiosismo do profissional, que era inclusive muitas vezes considerado como “médico da família”¹⁹⁵.

Conforme ilustra Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

As circunstâncias hoje estão mudadas. As relações sociais massificaram-se, distanciando o médico do seu paciente. A própria denominação dos sujeitos da relação foi alterada, passando para usuário e prestador de serviços, tudo visto sob a ótica de uma sociedade de consumo, cada vez mais consciente de seus direitos, reais ou fictícios, e mais exigente quanto aos resultados¹⁹⁶.

Vale notar também que o objeto dessas ações envolve conhecimentos técnicos, tangenciando significativamente as complexidades que envolvem a ciência e seus métodos¹⁹⁷ em todo o seu *iter* processual. É a partir da junção de todos esses fatores que envolvem as peculiaridades desse tipo de demanda que se torna possível compreender a proposta, do presente trabalho, de adoção do *standard* da prova clara e convincente como grau de confirmação a ser exigido para comprovar a culpa do médico¹⁹⁸.

À primeira vista, poder-se-ia pensar que o módulo de prova adequado às ações de responsabilidade civil do médico seria o da preponderância de provas, haja vista a natureza patrimonial de tais demandas¹⁹⁹. Entretanto, há conflitos de valores subjacentes a essas ações

¹⁹⁴ Vale mencionar novamente nesse ponto, que o autor Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ao tratar da tendência crescente de ajuizamento de ações de indenização por responsabilidade civil, enfatiza um aspecto do instituto da responsabilidade civil, já analisado nessa dissertação no cap. 3, que é relevante para entender a postura da jurisprudência quanto ao dever de ressarcir: a mudança do eixo da teoria da responsabilidade civil que passa do autor do ato ilícito para a reparação do dano à vítima. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico, *op. cit.*, pp.51-52.

¹⁹⁵ GARCIA, André Almeida. Prova e responsabilidade civil médica, *op. cit.*, p. 24.

¹⁹⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico, *op. cit.*, p. 2.

¹⁹⁷ Em consonância com André Almeida Garcia, o qual destaca que: “as singularidades e controvérsias das ações de responsabilidade civil médica não são consequência da lei, do ordenamento, da doutrina ou jurisprudência, mas da própria medicina, que não é uma ciência exata”. (GARCIA, André Almeida. Prova e responsabilidade civil médica. In: *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 44).

¹⁹⁸ Entendimento este que também é adotado por um dos maiores expoentes do tema no Brasil, a saber, Danilo Knijnik, professor Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo - USP (2002). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS (1997). Professor permanente do Programa de Pós - Graduação e Professor adjunto da faculdade de Direito da UFRGS.

¹⁹⁹ Cumpre esclarecer que, a respeito da prova da culpa pelo demandante, não seria possível optar pelo *standard* da preponderância de provas aplicado ao processo civil em geral, pois a prova preponderante representa apenas um grau mínimo de convicção – mera prevalência de determinadas provas em relação a outras - o que não se

que ultrapassam em muito esse aspecto e geram *graves* resultados para o médico demandado. Nesse sentido, perceba que há fatores nessas demandas que contribuem diretamente para o dano e que não estão associados à conduta do profissional, como por exemplo, as mazelas do sistema público de saúde e as condições pessoais do próprio paciente, as quais influenciam diretamente nos resultados advindos do tratamento médico ou dos procedimentos adotados pelo profissional. Ademais, a própria relatividade da medicina faz com que o objeto dessas ações de responsabilização civil do médico seja de difícil averiguação, tornando tormentosa a tarefa de constatar a sua culpa²⁰⁰⁻²⁰¹.

Seguindo o raciocínio exposto, a exigência de um *standard* mais alto de confirmação, tal como o da prova clara e convincente seria legítima na medida em que atenuaria o risco de erro de julgamento para o médico, pois protege o profissional de sofrer injustamente as consequências de um erro judicial com base em provas frágeis.

Há apenas uma situação²⁰² em que os Tribunais de Justiça do Estado de Minas Gerais e do Estado do Rio Grande do Sul julgam as questões fáticas nos casos de responsabilidade civil do médico com base em um conjunto probatório que *indica* um grau de suficiência de prova mais baixo: quando o Tribunal entende pela aplicação da teoria da perda de uma chance. Nesse caso, o nexos causal acaba sendo flexibilizado e a culpa decorre de não terem

afigura compatível com a complexidade desse tipo de demanda e, mais especificamente, com a natureza multifatorial desse elemento de responsabilização.

²⁰⁰ “A complexidade inerente à medicina faz com que a responsabilidade médica seja obrigatoriamente definida de maneira eminentemente casuística, para melhor reconhecê-la ou afastá-la, o mais seguro critério é investigar o caso concreto”. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade Civil* - 10ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 263.

²⁰¹ Não é por acaso que doutrina e jurisprudência majoritárias entendem a obrigação do médico como obrigação de meio, com exceção apenas no caso de cirurgias estéticas, em que a obrigação será de resultado. Faço essa afirmação com base em toda pesquisa teórica e jurisprudencial realizada nessa dissertação, mas a título de exemplo, listo os seguintes fundamentos: FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 14. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 97: “o médico, nas relações de consumo com seus clientes, não está obrigado a um resultado, pois entre eles existe um contrato de meios e não de fins. Seu compromisso é utilizar todos os meios e esgotar as diligências ordinariamente exercidas. Em suma: usar de prudência e diligenciar normalmente a prestação do serviço. Haverá inadimplência se a atividade for exercida de forma irregular, atípica ou imprudente, e, se na prestação do serviço venha ocorrer um acidente de consumo, o médico terá sua responsabilidade civil apurada dentro dos limites da má prática”; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 431 e 432. BRASIL. TJRS. Apelação cível nº 70069733129. Décima câmara cível. Rel. Des. Túlio de Oliveira Martins e Desa. Catarina Rita Krieger Martins, j. 29/09/2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 09/11/2017; BRASIL. TJMG. Apelação cível nº 1.0313.06.188121-2/002. Décima quarta câmara cível. Rel. Des. Valdez Leite Machado, j. 16/10/2015. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>>. Acesso em: 09/11/2017.

²⁰² É claro que se deve levar em consideração que as afirmações a respeito da jurisprudência sobre o tema estão sendo feitas com base nos parâmetros da pesquisa empírica realizada nessa dissertação, e jamais têm o condão de esgotar posicionamentos jurisprudenciais.

sido dadas todas as oportunidades ao paciente de cura²⁰³. Segundo consta do julgado analisado:

Teoria da perda de uma chance. A essência da teoria está justamente na ocorrência de *indícios capazes de apontar a responsabilidade do agente, ainda que não haja certeza* de que a conduta tenha contribuído para o resultado danoso²⁰⁴.

No que tange às ações de responsabilidade civil do médico²⁰⁵, observa Sérgio Cavalieri Filho que os Tribunais são severos na exigência da demonstração da culpa do médico²⁰⁶. Não basta que o autor da ação demonstre, para tal *mister*, que o médico se afastou da posição majoritária ou escolheu um procedimento isolado entre os aceitos por minoria da literatura médica²⁰⁷. Além disso, não basta que seja demonstrado um resultado insatisfatório, como também o dano não pode ser hipotético ou eventual²⁰⁸.

Então, a fim de averiguar eventual responsabilidade do médico, deverá o julgador se valer de uma ótica comparativa, aferindo se a conduta do profissional foi condizente não com um padrão ideal de médico, mas com a atuação possível de um profissional perito, cuidadoso e prudente diante das circunstâncias específicas do caso e dos padrões determinados pela literatura médica segundo os avanços científicos de sua época e das condições clínicas do paciente²⁰⁹⁻²¹⁰.

Insta ressaltar que a possibilidade de inversão do ônus da prova²¹¹ prevista no art. 6º, VIII do CDC não se confunde com a alteração do *standard* de prova ou com sua distribuição disforme e desigual, pois os objetivos e requisitos de incidência desses institutos são

²⁰³ Como bem explica Sérgio Cavalieri Filho: “nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas pela chance de que ele privou o paciente; a partir da percepção de que a chance, como bem jurídico autônomo, é que foi subtraída da vítima, o nexos causal entre a perda desse bem e a conduta do agente torna-se direto”. (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil, op. cit.*, p. 484).

²⁰⁴ BRASIL. TJRS. Apelação Cível nº 70052376779. Nona câmara cível. Rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary, j. 23/02/2013. Grifos da autora. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 09/11/2017.

²⁰⁵ Com exceção daquelas ações de responsabilização civil médica que tratam de cirurgias estéticas e daquelas que aplicam a teoria da perda de uma chance, como visto anteriormente.

²⁰⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil, op. cit.*, p. 473. Como será demonstrado adiante através das tabelas da pesquisa empírica desse trabalho, também o TJRS e o TJMG utilizam expressões indicativas do grau de prova do conjunto probatório que corroboram essa postura mais exigente dos Tribunais, haja vista demonstrarem claramente que está sendo exigida uma comprovação robusta e conclusiva da culpa do médico.

²⁰⁷ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário, op. cit.*, p. 185.

²⁰⁸ GARCIA, André Almeida. Prova e responsabilidade civil médica, *op. cit.*, p. 28 e 32.

²⁰⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil, op. cit.*, p. 474; GARCIA, André Almeida. Prova e responsabilidade civil médica, *op. cit.*, p. 27.

²¹⁰ A esse respeito, Ruy Rosado de Aguiar Júnior pondera que: “o médico tem o dever de agir com diligência e cuidado no exercício de sua profissão, conduta exigível de acordo com o estado da ciência e as regras consagradas pela prática médica”. (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico, *op. cit.*, p. 7).

²¹¹ O art. 6, VIII do CDC, o qual trata da possibilidade de inversão do ônus da prova, já foi analisado à luz da teoria das cargas probatórias dinâmicas no capítulo 3 da presente dissertação.

completamente diversos. É necessário se atentar para o fato de que a inversão do ônus da prova enquanto regra de conduta²¹² tem por objetivo facilitar o acesso à prova e não determinar quando o conjunto será suficiente para se afirmar racionalmente que a hipótese fática está provada.

Já o ônus da prova enquanto regra de julgamento é residual²¹³, incidindo somente quando não tiver havido suficiência de provas segundo o padrão de constatação previamente estabelecido. Isso significa que o conjunto probatório apto a ensejar ou não a responsabilização do médico será definido mais a partir do modelo de constatação do que nas regras de distribuição do ônus de prova²¹⁴.

Portanto, diante de todos os fundamentos delineados, reitera-se a adoção do *standard* da prova clara e convincente como grau de confirmação a ser satisfeito para a comprovação da culpa do médico.

Como será demonstrado no resultado desta pesquisa, a exigência de um grau de prova mais alto para a comprovação da culpa médica nas demandas de responsabilidade civil do médico já vem sendo percebida na jurisprudência²¹⁵ devido à utilização, pelos julgadores, de expressões indicativas do grau de prova do conjunto probatório, as quais, embora não possam ser consideradas como *standards* probatórios em sentido estrito, permitem já concluir que há uma opção política de valorização desse profissional, bem como a consciência das peculiaridades e complexidades que envolvem esse tipo de demanda.

Nesse sentido, a proposta desse trabalho é a de que os nossos Tribunais, adotem e sistematizem adequadamente o *standard* da prova clara e convincente²¹⁶ nessas ações de

²¹²Diferença entre ônus da prova enquanto regra de julgamento e regra de conduta, cf. ALVIM, Arruda. *Novo Contencioso Cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016, p. 248; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. V.2. 10ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, pp. 106-110.

²¹³DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, op. cit., p. 110.

²¹⁴GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*, op. cit., p. 412.

²¹⁵A afirmação é feita com base na pesquisa empírica realizada nessa dissertação, conforme se verá adiante através das tabelas e percentuais disponibilizados dos Tribunais de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Estado de Minas Gerais, referentes à amostra válida dos anos 2013 a 2017. Insta enfatizar que essa não é uma percepção isolada, haja vista vários autores brasileiros já terem abordado em suas obras essa tendência jurisprudencial, tais como: SANTOS, Ulderico Pires dos. *A responsabilidade civil na doutrina e na jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 361; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, op. cit., p. 473; KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*, op. cit., p.170;

²¹⁶Reitero que esse é também o entendimento adotado por um dos maiores expoentes do tema no Brasil, a saber, Danilo Knijnik, professor Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo - USP (2002). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS (1997). Professor permanente do Programa de Pós -

responsabilização civil do médico, a fim de que seja proporcionada maior racionalidade e controle na tomada de decisões fáticas, bem como que as opções políticas em torno dos valores em jogo sejam efetivamente resguardadas.

4. ANÁLISE CRÍTICA DAS DECISÕES DO TJMG E DO TJRS: RESULTADOS DA PESQUISA EXPLORATÓRIA

4.1. Finalidades e metodologia da pesquisa empírica

O principal objetivo da pesquisa empírica desse trabalho é verificar, a partir da exploração do grau da prova na narrativa jurisprudencial do TJMG e do TJRS, como os Tribunais estão constatando a suficiência do conjunto probatório para fins de comprovação da culpa do médico, diante dos elementos de juízo disponíveis. Assim sendo, busca-se aferir se esses Tribunais aplicam ou não modelos de constatação às ações de responsabilidade civil do médico. Insta ressaltar que na pesquisa exploratória foram utilizados como referência os *standards* probatórios de natureza própria do sistema de *Common Law* - consideradas todas as suas características gerais de aplicação prática, classificação e requisitos - os quais também já vem sendo desenvolvidos e preconizados explicitamente por alguns doutrinadores brasileiros²¹⁷.

Ademais, não se pode afastar a possibilidade dessa pesquisa empírica abarcar também uma finalidade jurídico-projetiva²¹⁸, na medida em que revela *tendências* futuras de desenvolvimento, pelos julgadores de Tribunais de segunda instância, de concepções a respeito de graus de prova em ações de responsabilidade civil do médico, as quais poderão eventualmente vir a ser, a longo prazo, sistematizadas e amadurecidas segundo a teoria dos *standards* probatórios do *Common Law*.

A pesquisa empírica foi realizada a partir dos seguintes passos: primeiramente, foram estabelecidos quais seriam os filtros de pesquisa a serem utilizados na plataforma de busca online de acórdãos em cada Tribunal. Assim, os termos utilizados para compor cada filtro foram definidos de modo a alcançar, ao máximo possível, todas as possibilidades de verificação da existência ou não de *standards* probatórios em ações de responsabilidade civil do médico. Foram utilizadas todas as ferramentas oferecidas em cada plataforma para excluir

²¹⁷BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Standards probatórios. In: *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; BADARO, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012; KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007; GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de doutorado, orientador: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: USP, 2013; SILVEIRA, Daniel Coutinho. *Prova Argumento e Decisão: critérios de suficiência para orientação dos juízos de fato no direito processual brasileiro*. Dissertação de mestrado. Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: USP, 2001; STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH, William Galle. Sobre um possível diálogo entre a crítica hermenêutica e a teoria dos *standards* probatórios: notas sobre valoração probatória em tempos de intersubjetividade. *Revista novos estudos jurídicos*. V.22, n° 2, pp.390-416, 2017. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/10981>>. Acesso em: 08/01/2017.

²¹⁸GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3ª ed. rev. e atual. - Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 29.

previamente dos resultados da amostra total todo o enorme volume de julgados que foram obtidos em um primeiro momento, mas que não eram pertinentes ao tema ou análise da problemática objeto da pesquisa. Nesse sentido, inseriu-se nos filtros do TJMG o conectivo 'NÃO' associado à palavra hospitalar, a fim de que se excluísse os resultados que traziam demandas relativas à responsabilidade civil dos hospitais, e no TJRS, o sinal de menos (-) associado às palavras -concessionária -estado -trânsito -odontológica -odontológico -dentista -"plano de saúde", com a finalidade de se excluir as demandas que não fossem relativas exclusivamente à responsabilidade civil médica.

Além disso, os demais campos de seleção de julgados oferecidos em ambas as plataformas foram preenchidos igualmente da seguinte forma: delimitação temporal de 01/01/2013 a 01/12/2017, somente âmbito cível; apenas acórdãos; somente decisões advindas efetivamente dos Tribunais em questão; sem busca de sinônimos ou termos relacionados e por fim, utilização do conectivo 'E' especificamente ao lado das palavras que compunham os filtros de busca do TJMG, pois era indicada em sua plataforma a necessidade de inserção desse conectivo para que todas as palavras de busca estivessem presentes no acórdão. Todos os passos até aqui relatados foram seguidos conforme indicações das próprias plataformas desses Tribunais. Segue, nesse sentido, a explicitação detalhada desses filtros:

Detalhes da seleção da pesquisa na plataforma online do TJMG:

- * Delimitação de tempo: 01/01/2013 até 01/12/2017;
- * Pesquisa feita sem termos relacionados/sinônimos;
- * Somente área cível;
- * Seleção por data de publicação;
- * Somente acórdãos;
- * Somente decisões de mérito
- * O conectivo E representa a necessidade de que todas as palavras de busca estejam presentes no acórdão;
- * O conectivo "NÃO" foi utilizado para descartar julgados que não são pertinentes ao objeto da pesquisa.

Filtros de pesquisa com as expressões de busca na plataforma online:

- 1) "erro médico" E "prova" E "ônus" NÃO hospitalar;
- 2) "erro médico" E "prova" "standard";
- 3) "erro médico" E "prova" E "grau de constatação";
- 4) "erro médico" E "prova prevalente";
- 5) "erro médico" E "prova clara e convincente";

- 6) “erro médico” E “prova além da dúvida razoável”;
- 7) “erro médico” E “prova” E “ modelo de confirmação”;
- 8) “responsabilidade civil do médico” E “prova” E “ônus” NÃO hospitalar;
- 9) “responsabilidade civil do médico” E “prova” E “*standard*”;
- 10) “responsabilidade civil do médico” E “prova” E “grau de constatação”;
- 11) “responsabilidade civil do médico” E “ preponderância da prova”;
- 12) “responsabilidade civil do médico” E “prova clara e convincente”;
- 13) “responsabilidade civil do médico” E “prova além da dúvida razoável”;
- 14) “responsabilidade civil do médico” E “prova” E “ modelo de confirmação” .

Detalhes da seleção da pesquisa na plataforma online do TJRS:

- * Delimitação de tempo: 01/01/2013 até 01/12/2017;
- * Pesquisa feita sem termos relacionados/sinônimos;
- * Somente área cível;
- * Somente acórdãos;
- * Somente decisões de mérito
- * Seleção por data de publicação;
- * O conectivo E representa a necessidade de que todas as palavras de busca estejam presentes no acórdão;
- * O conectivo “NÃO” e o símbolo de menos (-) foram utilizados nas expressões de busca para descartar julgados que não são pertinentes ao objeto da pesquisa.

Filtros de pesquisa com as expressões de busca na plataforma online:

- 1) "erro médico" “prova" "ônus" -concessionária -estado -trânsito -odontológica -odontológico -dentista -"plano de saúde";
- 2) “erro médico” “prova” “*standard*”;
- 3) “erro médico” “prova” “grau de constatação”;
- 4) “erro médico” “preponderância da prova”;
- 5) “erro médico” “prova clara e convincente” ;
- 6) “erro médico” “prova além da dúvida razoável”;
- 7) “erro médico” “prova” “modelo de confirmação”;
- 8) " responsabilidade civil do médico" “prova" "ônus" -concessionária -estado -trânsito -odontológica -odontológico -dentista -"plano de saúde";
- 9) “responsabilidade civil do médico” “prova” “*standard*”;

- 10) “responsabilidade civil do médico” “prova” “grau de constatação”;
- 11) “responsabilidade civil do médico” “preponderância da prova” “preponderância do direito à saúde”;
- 12) “responsabilidade civil do médico” “prova clara e convincente”;
- 13) “responsabilidade civil do médico” “prova além da dúvida razoável”;
- 14) “responsabilidade civil do médico” “prova” “modelo de confirmação”.

Entretanto, a amostra total obtida em cada um dos Tribunais revelou a ineficiência das plataformas de busca *online* para filtrar satisfatoriamente os julgados segundo os critérios previamente estabelecidos pela pesquisadora para ambos os Tribunais²¹⁹ - a) acórdãos que têm necessariamente em seu polo passivo o médico; b) acórdãos que efetivamente contenham decisões de mérito e, portanto, contêm em seu bojo a valoração das provas e o juízo fático; c) acórdãos que tratam de fato da responsabilidade civil do médico; d) acórdãos que avaliam a culpa do médico por condutas advindas estritamente do exercício da sua profissão - de tal maneira que foi necessário realizar uma seleção manual capaz de excluir todos os resultados que não eram pertinentes ao objeto da presente dissertação.

Conforme essa linha de raciocínio, vale mencionar que a amostra válida não contém apenas julgados que lidam com a responsabilidade civil do médico por erro médico, mas também inclui aqueles que tratam da responsabilização civil desse profissional em virtude de erro de diagnóstico e falha no dever de informação, haja vista tratarem igualmente da análise da culpa do médico por erros advindos do próprio exercício da medicina.

4.2. Análise *qualitativa* dos resultados obtidos a partir da pesquisa jurisprudencial exploratória

Os dados obtidos a partir da análise exploratória em ambos os Tribunais foram explicitados a partir de três tabelas e gráficos (cf. anexos 01, 02 e 03), a fim de que fossem proporcionadas transparência e cientificidade à pesquisa empírica. Os referidos gráficos e tabelas são complementares e interdependentes, trazendo como meta principal a interpretação dos dados obtidos na pesquisa jurisprudencial exploratória, de modo a tornar possível responder satisfatória e racionalmente a problemática objeto dessa pesquisa empírica.

A tabela número 01 busca verificar a pertinência de cada julgado da amostra total em relação aos objetivos da pesquisa. Logo, tem a função de apresentar em detalhes a amostra

²¹⁹ Os detalhes dos filtros de pesquisa com todas as expressões de busca encontram-se nas páginas 56 e 57 (TJMG) e página 83 (TJRS) da presente dissertação.

total obtida, estabelecendo, a partir disso, qual será a amostra válida da pesquisa realizada em cada Tribunal. Quanto ao formato dessa tabela, vale mencionar que: **a)** quando a tabela 01 indicar em sua primeira coluna, filtro de pesquisa utilizado: ‘x ou y’, significará que o mesmo julgado foi encontrado tanto no filtro de pesquisa x, como também no filtro de pesquisa y. Representam filtros com resultados de julgados em comum; **b)** a tabela 01 está organizada de modo a oferecer ao leitor a data de publicação dos julgados em ordem crescente, isto é, de 2013 até 2017. Mas essa ordem crescente de data de publicação se reinicia a partir da alteração do número sequencial que representa cada filtro. Assim sendo, à medida que muda o número referente a cada filtro de pesquisa, o recurso do Word “negrito” é utilizado para destacá-lo.

Já a tabela número 02 é composta especificamente dos julgados que foram selecionados manualmente para compor a amostra válida de cada Tribunal. Tem como finalidade a explicitação do conteúdo de cada julgado de tal maneira que seja possível observar como os juízes/Tribunais estão lidando com a análise individual e conjunta dos elementos probatórios, ou seja, como está sendo feita a valoração das provas e a decisão sobre os fatos. Assim sendo, as colunas dessa tabela foram projetadas para obter informações detalhadas sobre a presença ou não de expressões qualificadoras do valor individual dos elementos probatórios nos julgados, listando-as se houver; a presença ou não de *standards* probatórios nos julgados, listando-os se houver; a presença ou não de expressões indicativas do grau de prova do conjunto probatório, listando-as se houver.

A tabela 03, por sua vez, também abarca apenas os julgados da amostra válida de cada Tribunal. Foi projetada com o objetivo de contrastar o resultado do julgamento (procedência ou improcedência quanto à responsabilização civil do médico) com as expressões indicativas do grau de prova do conjunto probatório, já que não foram encontrados nos julgados *standards de* prova propriamente ditos. Assim sendo, essa tabela permite indicar qual o grau de força probatória que os elementos de juízo conjuntamente considerados alcançaram para satisfazer racionalmente eventual condenação do profissional.

Todos os gráficos elaborados nessa dissertação têm a função de trazer ao leitor uma perspectiva numérica e percentual a respeito de cada uma das tabelas de ambos os Tribunais, conferindo-se, por conseguinte, à presente dissertação, fundamentos objetivos para suas conclusões. Insta ressaltar que todos os gráficos foram projetados para estabelecer tanto uma visão comparativa da amostra válida de cada Tribunal, como também uma perspectiva advinda do somatório da amostra válida dos dois Tribunais, de modo a permitir ao leitor ter um panorama o mais completo possível para analisar e dialogar criticamente o tema.

Os julgados que fazem parte da amostra válida encontrada em ambos os Tribunais foram selecionados manualmente, como outrora foi ressaltado. Antes de qualquer análise crítica a respeito do conteúdo advindo dessa pesquisa exploratória, importante é esclarecer os requisitos e justificativas de tal seleção, explicitando o porquê de sua restritividade. Buscou-se selecionar julgados que abordavam a responsabilidade civil do médico e a prova da culpa desse profissional, e para tanto, necessariamente algumas características precisavam estar presentes. Será, a seguir, explicada cada uma.

Inicialmente, só seria possível analisar como os julgadores estão lidando com a *suficiência da prova* para comprovação da culpa médica se as decisões analisadas fossem de mérito, haja vista a imprescindibilidade da presença de um juízo fático sendo realizado nos acórdãos para viabilizar tal *mister*.

Em segundo lugar, no polo passivo das demandas deveria estar necessariamente inserido o médico, ou então, deveriam estar inseridos o médico e os demais responsáveis. Não se prestariam aos objetivos desse trabalho os julgados de demandas em que no polo passivo constasse apenas o hospital, município ou então, apenas outro profissional liberal que não fosse o médico. Esse último requisito restringiu em significativa medida o número de julgados, especialmente em virtude de os Tribunais analisados entenderem - à luz da responsabilização solidária - que o paciente demandante ou sua família poderiam escolher qual dos responsáveis colocar no polo passivo ou então, inserir todos eles.

Assim, apesar de muitos julgados analisarem *estritamente* a culpa do médico, eles tinham em seu polo passivo apenas o hospital ou apenas o município e o hospital. Isso porque, embora os Tribunais levassem em conta, como indica o art. 14 do CDC, que o hospital tem responsabilidade objetiva, entendiam que essa responsabilidade somente seria analisada nesses termos se a demanda dissesse respeito à conduta da empresa hospitalar em si. Mas se o hospital estivesse nessas demandas como réu em virtude da conduta de seus prepostos, como seria o caso do médico, a sua responsabilidade seria advinda da análise subjetiva da culpa desse profissional²²⁰.

Ademais, a amostra total de ambos os Tribunais trouxe alguns resultados que, embora intitulados como responsabilidade do médico, tratava-se de julgados em que o fundamento da conduta culposa desses profissionais não estava relacionada ao exercício da

²²⁰A guisa de exemplo, listo esse julgado como representativo dos demais, de ambos os Tribunais, quanto aos fundamentos utilizados sobre a análise da responsabilidade objetiva dos hospitais: BRASIL. TJMG. Apelação cível n° 1.0471.07.085406-5/001. Décima sexta câmara cível. Rel. Des. José Marcos Vieira, j. 06/02/2014. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>>. Acesso em: 16/02/2018.

profissão médica em si; por isso, os julgados com essas características não foram selecionados. Isso pôde ser percebido em ações que analisavam a culpa da pessoa do médico, mas não como profissional, embora estivesse em ambiente hospitalar ou sala de consulta. Ademais, a responsabilidade do médico não era devida, por exemplo, à imperícia, à negligência ou imprudência na conduta especificamente médica, mas sim, por exemplo, a um possível constrangimento do paciente quando estava em contato com aquele profissional, seja com palavras ou atitudes grosseiras do médico²²¹.

A análise crítica exploratória dos julgados dos Tribunais de Justiça do Estado de Minas Gerais e do Estado do Rio Grande do Sul tangenciará três pontos percebidos como relevantes para serem comentados, considerando o objeto dessa pesquisa: análise individual dos elementos de juízo, presença ou não de *standards* probatórios e procedência ou improcedência das ações.

Conforme é possível observar das tabelas e gráficos de ambos os Tribunais (cf. anexos 01, 02 e 03), não é costume dos julgadores expressar o valor individual dos elementos probatórios durante a valoração, mas apenas qualificar, de maneira global, o valor do conjunto probatório. No TJMG, dos 39 acórdãos selecionados, somente 14 continham expressões qualificadoras do valor individual dos elementos de prova, já no TJRS, dos 26 acórdãos selecionados, somente 11 continham essas expressões. Isso demonstra que, embora possa ter havido, ao longo da valoração das provas, uma comparação lógica sendo feita entre os elementos individuais de prova, os juízes não se preocupam em fornecer à sociedade e ao Tribunal Superior o valor que entendem ser devido a cada elemento de prova, de tal maneira que não é possível realizar um controle efetivo sobre como o julgador chegou à convicção suficiente acerca dos fatos declarados como provados. Situação essa que é problemática, pois fere, entre outros, o direito das partes ao contraditório, à prova, à justiça das decisões e por fim, ao dever constitucional de motivação.

A forma racionalmente adequada de valoração das provas inclui, entre outros requisitos, a explicitação do apoio empírico que os elementos de prova fornecem *individual e conjuntamente* às hipóteses fáticas²²². A motivação das decisões não é uma atividade meramente descritiva, isso não é suficiente para justificar uma decisão. Muito menos seria se fosse feita apenas uma remissão genérica ao conjunto de prova. Exige-se sim, a explicitação

²²¹A guisa de exemplo, listo esse julgado como representativo dos demais, de ambos os Tribunais, quanto aos fundamentos utilizados sobre essa situação: BRASIL. TJRS. Apelação cível n° 70047062500. Sexta Câmara Cível. Rel. Des. Luis Augusto Coelho Braga e Rinez da Trindade, j. 01/10/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 16/02/2018.

²²²FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2007, p. 66.

das razões que levam a outorgar ou negar a eficácia probatória a cada uma das provas, com menção aos elementos probatórios que foram levados em conta para formar a convicção, bem como a intensidade de persuasão que os envolve, individual e conjuntamente, “a motivação fática supõe, portanto, a exteriorização da análise crítica da eficácia ou força persuasiva das provas levada a cabo pelo julgador para alcançar a convicção”²²³.

A análise exploratória dos julgados de ambos os Tribunais permitiu também afirmar que não foram encontrados *standards* probatórios propriamente ditos²²⁴ em nenhum deles. Isso significa expressamente que esses Tribunais não se utilizam de modelos de constatação das provas no juízo fático para comprovação da culpa do médico. Para que fosse possível se falar na presença de *standards* probatórios - ainda que o *standard* adotado não coincidissem com algum dos modelos aqui descritos, isto é, ainda que se tratasse de novo *standard* -, seria necessário que os acórdãos explicita e previamente indicassem que determinadas expressões estavam representando padrões de prova²²⁵, pois não existe *standard* de prova implícito.

Ademais, um *standard* de prova surge de uma construção jurisprudencial e sistematização doutrinária, as quais são feitas ao longo dos anos de forma conjunta. Não é uma expressão ou palavra individualmente considerada por aquela Câmara cível ou pelo julgador como modelo de constatação. Afinal, a própria conceituação da palavra *standard* em português torna possível essa acepção, pois significa padrão, e sendo assim, para que algo seja considerado como tal, precisa efetivamente ser utilizado de forma contínua em todas as demandas que exigem aquele grau de prova e aplicados por todos os Tribunais de forma consensual.

²²³MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997, p. 172. Tradução livre da autora. No original: ‘la motivación fáctica supone, por tanto, la exteriorización del análisis crítico de la eficacia o fuerza persuasiva de las pruebas llevado a cabo por el juzgador para alcanzar la convicción’.

²²⁴A expressão ‘propriamente dito’ se refere a *standards* probatórios que tenham as características, requisitos, classificação e natureza dos modelos de constatação tidos como referência nessa dissertação, quais sejam, os *standards* de prova do sistema de *Common Law* e aqueles que também já vem sendo adotados e sistematizados por alguns doutrinadores brasileiros, como pro exemplo, BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Standards probatórios*. In: *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; BADARO, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012; KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007; GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de doutorado, orientador: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: USP, 2013; SILVEIRA, Daniel Coutinho. *Prova Argumento e Decisão: critérios de suficiência para orientação dos juízos de fato no direito processual brasileiro*. Dissertação de mestrado. Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: USP, 2001; STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH, William Galle. Sobre um possível diálogo entre a crítica hermenêutica e a teoria dos *standards* probatórios: notas sobre valoração probatória em tempos de intersubjetividade. *Revista novos estudos jurídicos*. V.22, n° 2, pp.390-416, 2017. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/10981>>. Acesso em: 08/01/2017.

²²⁵FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2007, p. 152.

Alguns pontos do que foi afirmado no parágrafo anterior dessa dissertação tem fundamento nas observações de Jordi Ferrer Beltrán a respeito dos requisitos para a formulação de um *standard* probatório para que possa funcionar como um critério racional de decisão no processo penal, mas podem perfeitamente ser aplicados também como tais ao processo civil:

Em primeiro lugar, evitar vincular a prova com as crenças, convicções ou dúvidas do julgador acerca dos fatos. O grau de corroboração da hipótese não depende da posse de determinadas crenças pelo julgador, senão das afirmações verdadeiras que possam formular a partir das hipóteses e das dificuldades em dar conta das mesmas afirmações a partir de hipóteses rivais; Em segundo lugar, a formulação de um *standard* deve ser suficientemente precisa para fazer possível o controle intersubjetivo de sua aplicação; pode ser aludido como expressão das preferências políticas compartilhadas por nossas sociedades: o *standard* deve incorporar a preferência por erros negativos frente aos positivos para dar conta dos valores sociais garantistas²²⁶.

A pesquisa exploratória levou em consideração a existência de expressões utilizadas de forma não sistemática e aleatória pelos julgadores (não são *standards* propriamente ditos) que indicam uma espécie, por assim dizer, do grau de força de prova do conjunto probatório que é exigido por aqueles Tribunais para comprovação da culpa nas ações de responsabilidade civil do médico.

É possível perceber, pelo que foi exposto na Tabela 02 de ambos os Tribunais (cf. anexos 01 e 02), que *todas* as expressões indicativas do grau de prova do conjunto probatório que foram utilizadas pelos julgadores exprimiram, segundo uma ótica lógica e comparativa, que é necessário mais que uma mera preponderância de provas para que a culpa do profissional médico reste comprovada.

Isso pode ser percebido a partir da exigência de comprovação “*evidente*”, “*certa*”, “*crucial*”, “*concludente*” “*irretorquível*,” e “*inequívoca*”. Há um reconhecimento, por esses Tribunais, de que o profissional médico não pode ser o responsável único e máximo pelas mazelas do serviço público de saúde, bem como não pode ser considerado “um deus” que sempre alcançará resultados positivos e cura, pois há situações que são passíveis de erro humano. Por fim, os acórdãos deixam clara a consciência de que essas demandas tangenciam essencialmente a ciência médica, que é conjectural e não exata.

²²⁶*Idem*, p. 146. Tradução livre da autora. No original: “*en primer lugar, evitar vincular la prueba con las creencias, convicciones o dudas del sujeto decisor acerca de los hechos. El grado de corroboración de una hipótesis no depende de la posesión de determinadas creencias por parte del decisor, sino de las predicciones verdaderas que se puedan formular a partir de la hipótesis y de las dificultades para dar cuenta de las mismas predicciones a partir de hipótesis rivales. Em segundo lugar, la formulación del estándar debe ser suficientemente precisa para hacer posible el control intersubjetivo de su aplicación. Puede ser anadido como expresión de determinadas preferencias políticas compartidas en nuestras sociedades: el estándar debe incorporar la preferencia por los errores negativos frente a los positivos para dar cuenta de los valores sociales garantistas*”.

Mas insta enfatizar, levando em conta a *amostra válida* de ambos os Tribunais, que não foram todos os julgados que continham expressões indicativas do grau de prova do conjunto probatório, mas apenas 41% dos acórdãos no TJMG e 46% dos acórdãos do TJRS (cf. anexo 03), o que deixa claro que não há uma preocupação dos julgadores em qualificar, ainda que de forma assistemática, a força probatória do conjunto de provas que foi levado em consideração para realizar o seu juízo fático, seja para condenar ou não o profissional médico.

Vale mencionar que foram encontradas palavras nos julgados que se identificam, apenas linguisticamente dizendo, com alguns *standards* probatórios brasileiros, os quais são considerados assim por doutrinadores nacionais que desenvolvem o tema no Brasil: prova inequívoca e prova cabal²²⁷. Entretanto, a utilização dessas palavras nos julgados não seguiu os requisitos e as características elencadas pela própria doutrina brasileira para que pudessem ser efetivamente considerados como *standards* de prova, e por isso, não foram classificados nos resultados da pesquisa empírica como tais.

Ademais, houve acórdãos no TJMG²²⁸ que fizeram referência ao autor Ulderico Pires dos Santos²²⁹ para enfatizar a posição do Tribunal no sentido de adotar o entendimento doutrinário que preleciona que a culpa do médico é subjetiva e deve ser provada mediante uma confirmação probatória que exprima um grau de força probatória mais elevado. Mas a leitura atenta das considerações desse autor em sua obra, demonstra que as palavras utilizadas por ele para classificar a força probatória do conjunto de elementos de juízo não se tratam de *standards* probatórios propriamente ditos, mas no máximo, de uma tentativa de mostrar que o convencimento nessas demandas deve advir de um conjunto probatório que seja indicativo de uma culpa efetivamente demonstrada em todos os seus aspectos: negligência, imprudência e imperícia, e não apenas um indício de culpa.

²²⁷ A título de exemplo: BRASIL. TJMG. Apelação cível n° 1.0701.11.005990-7/002. Décima câmara cível. Rel. Des. Gutemberg da Mota e Silva, j. 15/10/2013. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>>. Acesso em: 16/02/2018; BRASIL. TJMG. Apelação cível n° 1.0342.09.127747-1/001. Segunda câmara cível. Rel. Des. Hilda Teixeira da Costa, j. 06/09/2016. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>>. Acesso em: 16/02/2018; BRASIL. TJMG. Apelação cível n° 1.0433.12.002167-3/001. Décima sétima câmara cível. Rel. Des. Amauri Pinto Ferreira, j. 20/04/2017. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>>. Acesso em: 16/02/2018. BRASIL. TJRS. Apelação cível n° 70068017177. Quinta Câmara Cível. Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, j. 31/08/2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 16/02/2018.

²²⁸BRASIL. TJMG. Apelação cível n° 1.0390.07.018568-6/002. Décima segunda câmara cível. Rel. Des. Anacleto Rodrigues, j. 26/11/2014. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>>. Acesso em: 16/02/2018; BRASIL. TJMG. Apelação cível n° 1.0433.12.002167-3/001. Décima sétima câmara cível. Rel. Des. Amauri Pinto Ferreira, j. 20/04/2017. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>>. Acesso em: 16/02/2018.

²²⁹SANTOS, Ulderico Pires dos. *A responsabilidade civil na doutrina e na jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 361: “é necessário que resulte provado de modo concludente que o evento danoso se deu em razão de negligência, imprudência, imperícia ou erro grosseiro de sua parte”.

Não é a outra a situação encontrada em alguns julgados do TJRS²³⁰, que se valeram de argumentos doutrinários do autor Arnaldo Rizzardo²³¹ para explicitar o ônus que deveria se desincumbir o demandante quanto às provas para comprovar a culpa do médico. Também se aplicam a esses acórdãos os mesmos comentários feitos no parágrafo anterior sobre essas palavras e a relação delas com os *standards* probatórios.

Por fim, a pesquisa exploratória também permitiu verificar uma tendência, em ambos os Tribunais, de que nas ações de responsabilidade civil do médico esse profissional não seja facilmente condenado, a facilidade se refere às características da atividade de valoração probatória e da decisão fática. Segundo é possível extrair dos dados numéricos e percentuais correspondentes à tabela 03 de ambos os Tribunais (cf. anexo 03), dos julgados que continham expressões indicativas do grau de força do conjunto probatório, as quais traziam a concepção, comparativa e lógica de que era necessário mais que uma mera preponderância de provas, somente houve procedência da culpa do médico em 25% dos acórdãos do TJMG e 16% dos acórdãos do TJMG.

²³⁰BRASIL. TJRS. Apelação cível n° N° 70063814909. Décima Câmara Cível. Rel. Des. Túlio de Oliveira Martins e Marcelo César Muller, j. 27/08/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 16/02/2018; BRASIL. TJRS. Apelação cível n° 70065456691. Décima Câmara Cível. Rel. Des. Túlio de Oliveira Martins e Marcelo César Muller, j. 26/11/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 16/02/2018.

²³¹RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. – 7. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 329: “para que emergja a responsabilidade por dano causado a paciente em consequência de atuação do profissional, é necessário que resulte provado de modo concludente que o evento danoso se deu em razão de imprudência, negligência, imperícia, que conduza a se estampar o erro grosseiro de sua parte.

CONCLUSÃO

As considerações finais que serão a seguir esboçadas exprimem a sintetização do raciocínio construído a partir da pesquisa teórica e empírica concretizada nessa dissertação. Mas é importante esclarecer que não se pretende expor fundamentos absolutos ou mesmo esgotar o tema; pelo contrário, o grande mérito dessa pesquisa é justamente indicar um caminho e intensificar o desenvolvimento e discussão de um raciocínio probatório ainda tão pouco difundido entre nós. Quanto à abordagem teórica da dissertação, buscou-se ao longo da trajetória percorrida nesse trabalho desenvolver uma proposta de estudo que, primeiramente, apresentasse o marco teórico e sua pertinência com o tema, bem como fossem discutidos os principais pilares que tangenciam o raciocínio atinente à teoria dos *standards* probatórios no contexto da responsabilidade civil do médico.

Assim sendo, foram abordadas criticamente as limitações que envolvem a fórmula tradicional da persuasão racional e, por conseguinte, as circunstâncias negativas que envolvem a motivação judicial das decisões em nosso país. Ademais, foram discutidos pontos atualizados sobre os elementos ensejadores da responsabilidade civil médica, e, posteriormente, abordadas as características processuais da relação jurídica nesses tipos de demanda, bem como as complexidades que envolvem a ciência médica e a valoração das provas científicas. Ao final, foi realizada uma junção desses fundamentos a fim de ser analisada, à luz do marco teórico, a proposta de adoção do *standard* da prova clara e convincente como grau de prova exigível para comprovação da culpa do médico em demandas de responsabilização civil desse profissional.

A averiguação bibliográfica de literatura nacional e estrangeira permitiu a percepção de que os modelos de constatação ou *standards* probatórios funcionam como mais um parâmetro de racionalidade a contribuir para o controle do juízo fático. Assim sendo, não obstante a necessária fluidez de tais critérios, a sua adoção e explicitação prévia pelo órgão julgador leva ao atingimento de três finalidades principais, quais sejam: *orientar* o juiz quanto à suficiência de determinado conjunto probatório para que a comprovação de determinada hipótese fática possa ser considerada racionalmente *aceitável*; *controlar* o raciocínio das decisões judiciais sobre os fatos, na medida em que o expõe ao contraditório, e, por conseguinte, à necessidade de uma motivação consubstanciada em um parâmetro lógico-racional e não em convicções subjetivas; *distribuir os riscos* de possíveis erros em um julgamento sob a perspectiva dos valores que a sociedade entende ser prioritários em relação

aos demais, da estrutura da relação jurídica processual no caso concreto e da facilidade de apuração fática.

Poder-se ia pensar que a satisfação probatória do nível exigido por um *standard* de prova configuraria uma situação ideal de atingimento da verdade absoluta sobre os fatos. Mas como foi possível observar ao longo dessa pesquisa, a presença e proposta de adoção de *standards* probatórios para o controle do juízo fático enfatiza exatamente uma racionalidade que exprime a consciência da falibilidade humana na descoberta dos fatos e dos riscos sociais que estão por trás de cada decisão.

Além disso, como foi visto, não é possível alcançar a verdade ontológica em nenhuma ciência. Constatou-se, também, que a polêmica que envolve a distinção entre verdade processual e material resta já superada. Daí falar-se na necessidade de distribuição de riscos de erros no julgamento, mas sem olvidar, é claro, que o objetivo institucional do processo é a busca da verdade, que há de fato uma relação teleológica entre verdade e justiça, mas uma verdade possível, que está em consonância e não em conflito com os demais objetivos da atividade processual.

Ademais, pode se depreender desse trabalho que os *standards* de prova são critérios de julgamento que atuam, juntamente com as regras atinentes ao ônus de prova, como limitações que incidem ao final do juízo fático. Trata-se dos primeiros critérios incidentes sobre a suficiência do convencimento judicial, enquanto as regras atinentes ao ônus de prova enquanto regra de julgamento, têm uma destinação residual nessa dinâmica, sendo aplicadas somente em caso de não ter sido alcançado o grau de constatação exigido para cada tipo de processo.

Já a pesquisa jurisprudencial exploratória, em sua natureza qualitativa, demonstrou, primeiramente, que o TJRS e TJMG não se utilizam de *standards* probatórios propriamente ditos no julgamento das questões fáticas em ações de responsabilidade civil do médico. Mas, ao mesmo tempo, levou à percepção de uma tendência no modo como os julgadores lidam com a suficiência da prova nesses tipos de demanda, haja vista terem sido encontradas diversas expressões *indicativas* do grau de prova do conjunto probatório, as quais foram devidamente explicitadas em tabelas e codificadas em gráficos. Tais expressões claramente ressaltam, mediante uma perspectiva comparativa com a lógica de funcionamento dos *standards* de prova, que esses Tribunais têm exigido mais que uma mera preponderância de provas para comprovação da culpa médica, não sendo suficientes também meros indícios de prova, o que desvenda a opção política de se preservar o exercício da profissão médica, bem

como a utilização, por esses Tribunais, de critérios relacionados ao próprio desenvolvimento e complexidade da ciência médica e à estrutura da relação jurídica processual subjacente.

A pesquisa jurisprudencial exploratória também foi útil na medida em que deu abertura, *de forma inovadora*, a pesquisas que envolvem simultaneamente modelos de constatação e ações de responsabilidade civil do médico. O caminho de estudos a ser percorrido ainda será longo e de maiores reflexões práticas e teóricas, mas espera-se que o que foi realizado nessa dissertação venha a contribuir para pesquisas e avanços jurisprudenciais a respeito do tema nos demais Tribunais no Brasil, na tentativa de alcançar decisões judiciais no terreno dos fatos que sejam dotadas de maior legitimidade e justiça em sua construção.

Considera-se também de grande relevância a pesquisa empírica por indicar, como resultado, que, se fossem de fato adotados sistemática e rigorosamente *standards* de prova, tal como é feito no sistema de *Common Law* ou já preconizado por alguns doutrinadores brasileiros, seriam utilizados nas ações de responsabilidade civil do médico nos Tribunais do TJRS e TJMG o modelo de constatação da prova clara e convincente.

Conclui-se, sob a ótica do marco teórico previamente estabelecido, pela confirmação da hipótese, haja vista ter sido confirmada, através dos passos metodológicos seguidos nessa pesquisa - averiguação bibliográfica de literatura nacional e estrangeira e visão crítica sobre o resultado da pesquisa jurisprudencial exploratória - a assertiva inicial, no sentido de que ao julgamento fático em ações de responsabilidade civil médica incidirá o *standard* da prova clara e convincente enquanto critério de julgamento, o qual não apenas indicará o grau de prova a ser necessariamente satisfeito para comprovar a culpa do médico, como também proporcionará maior controle da motivação judicial sobre os fatos, dotando assim de maior legitimidade e racionalidade as decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico. Disponível em: <http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producaointelectual/23.pdf>. Acesso em: 10/11/2017.

ALVIM, Arruda. *Novo Contencioso Cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Standards probatórios. In: *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BRASIL. Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 2.12.2017.

BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20/01/2018.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20/01/2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21/01/2018.

CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) - exegese do art. 373, §§ 1° e 2° do NCPC. In: DIDIER JR., Fredie (coord); MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Provas. Coleção novo CPC. Doutrina selecionada*. V.3, 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12° ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CRESWELL, John W. *Research design: qualitative, quantitative, and mixed methods approaches*. 4th ed. Los Angeles: SAGE, 2014.

DENTI, Vittorio. Cientificidad de la prueba y libre valoración del juez. *Estudios e derecho probatorio*. Trad. para o castelhano de Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, 1974.

DIAMOND, Henry. "Reasonable doubt: to define or not to define". In: *Columbia Law Review*, vol. 90, pp. 225-302, 1990.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade Civil* - 10^o ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. V.2. 10^a ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

EGGLESTON, Richard. *Prova, conclusione probatória e probabilità*. Traduzione di Donata Romizi. Milano: Giuffrè, 2004.

FERNANDÉZ, Sergi Guasch. *El hecho y el derecho en la cassación civil*. Barcelona: Bosch, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*, 4^a. ed. rev. Trad. Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: RT, 2014.

FERRER BELTRAN, Jordi. A prova é liberdade, mas não tanto: uma teoria da prova quase-benthamiana. In: DIDIER JR., Fredie (coord); MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Provas. Coleção novo CPC. Doutrina selecionada*. 2^a ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

_____. *La valoración racional de la prueba*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2007.

_____. Derecho a la prueba y racionalidade de las decisiones judiciales. *Jueces para la democracia*, n°47, 2003, pp.27-34.

_____. Presentación. DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28 (2005).

_____ ; LAUDAN, Laura. *Prueba y Verdad en el derecho*. Barcelona: Marcial Pons, 2005.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GARCIA, André Almeida. Prova e responsabilidade civil médica. In: *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. In: TARUFFO, Michele; FERRER BELTRÁN, Jordi et. al.. *Proceso, prueba y estándar*. Perú: Ara editores, 2009.

GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil – Introdução ao Direito Processual Civil – V.1, 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de doutorado, orientador: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: USP, 2013.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3ª ed. rev. e atual. - Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KIELMANOVICH, Jorge. Cargas dinâmicas y prueba de la responsabilidad médica. *Revista Derecho Privado*. Año I, NRO 1. EDICIONES INFOJUS, 2012, pp. 311-320.

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

_____. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc>>. Acesso em: 01/04/ 2017.

LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28 (2005).

_____. Why presuming innocence is not a bayesian prior. Guest Post, 2013. Disponível em: <https://errorstatistics.com/2013/07/20/guest-post-larry-laudan-why-presuming-innocence-is-not-a-bayesian-prior/>. Acesso em: 03/02/2018.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999.

MARINONI, Luiz G.; ARENHART, Sérgio C. e MITIDIERO. *Novo curso de Processo Civil - Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum*, vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León. *Tratado teórico e practico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. t. I. V. I. Trad. da 5ª ed. francesa por Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: EJE, 1962, v. I, n. 381.

MCBAINE, J.P. Burden of proof: degrees of belief. *California Law Review*, vol.32. Issue 3, 1944.

MCCAULIFF, C. M. A. "Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitucional guarantees". In: *Vanderbilt Law Review*, vol. 35.

MELISO RODRIGUES, Alessandro Carlo. Responsabilidade civil médica: distribuição do ônus da prova e a teoria da carga probatória dinâmica. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/507416/001017707.pdf?sequence=1> Acesso em: 13.2.2017.

MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência*. 3ª edição, São Paulo: Atlas 2014.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A dimensão epistêmica do juízo por jurados: perspectivas para a racionalização das decisões do júri a partir dos fundamentos da concepção racionalista da prova. Tese de doutorado, orientador: Flávio Mirza Maduro. Rio de Janeiro: UERJ, 2017, pp. 170-180.

NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.

PEREIRA, Caio Mário Silva. *Responsabilidade Civil*. 11° ed. rev. atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEYRANO, Jorge W. Las cargas probatórias dinâmicas, hoy. Obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, 2016/02. Disponível em: <http://faeproc.org/wp-content/uploads/2016/02/Rosario_34.pdf>. Acesso em: 20/01/2018.

_____. Nota a fallo - La doctrina de las cargas probatórias e la máquina de impedir em matéria jurídica, 2009. Disponível em: <<http://www.jussantiago.gov.ar/jusnueva/index.php>>. Acesso em: 20/01/2018.

REICHELDT, Luis Alberto. *A Prova no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. – 7. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*, Traducción de la tercera edición de la obra alemana “Die Beweislast” (1951) de Ernesto Krotoschin, Buenos Aires: EJE, 1956.

SANTOS, Ulderico Pires dos. *A responsabilidade civil na doutrina e na jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6ª ed. São Paulo: Atlas 2015.

SICA, Heitor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). *Revista de Processo*, v. 146, abr. 2007.

SILVEIRA, Daniel Coutinho. *Prova Argumento e Decisão: critérios de suficiência para orientação dos juízos de fato no direito processual brasileiro*. Dissertação de mestrado. Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: USP, 2001.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Responsabilidade civil dos médicos e dos profissionais da saúde. In: MORAES, Maria Celina de; GUEDES, Gisela Sampaio da (coords.). *Responsabilidade Civil dos Profissionais Liberais*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH, William Galle. Sobre um possível diálogo entre a crítica hermenêutica e a teoria dos *standards* probatórios: notas sobre valoração probatória em tempos de intersubjetividade. *Revista novos estudos jurídicos*. V.22, n° 2, pp.390-416, 2017. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/10981>>. Acesso em: 08/01/2017.

TARUFFO, Michele. Tres observaciones sobre ‘por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar’, de Larry Laudan. In: *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, n° 28 (2005).

_____. Rethinking the standards of proof. *The american journal of comparative law*. Vol. 51, n° 3, 2003.

_____. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. Tradução: Vitor de Paula Ramos. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2012.

_____. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, v.2, n° 2, jul-dez/2001.

_____. Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial. In: ABELLÁN, Marina Gascón; FERRER BELTRÁN, Jordi et. al.. *Proceso, prueba y estándar*. Perú: Ara editores, 2009.

_____. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. Responsabilidade médica. Entrevista feita pelo *Jornal Carta Forense* em 1.12.2008. Disponível em <<http://www.carteforense.com.br/conteudo/entrevistas/responsabilidade-medica/3129>>. Acesso em 10.2.2017.

_____. Notas sobre o nexó de causalidade. *Revista Jurídica*. Ano 50 – Junho de 2002 - n° 296. Disponível em: <<http://www.prto.mpf.mp.br/pub/biblioteca/NotasNexoCausalidade.pdf>>. Acesso em: 15/11/2017.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. V.1. Forense: Rio de Janeiro, 2014.

UNITED STATES SUPREME COURT. *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals. INC*, 1993. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/509/579.html>>. Acesso em: 25/02/2018.

UNITED STATES SUPREME COURT. *In re Winship*. No. 778. Decided: March 31, 1970. Disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=397&invol=358>>. Acesso em: 13/06/2017.

UNITED STATES COURT OF APPEALS. Second circuit. *Larson v. Jo Ann Cab Corp*. No. 88. Decided: Jan. 1954. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/209/929/361981/>>. Acesso em: 08/10/2017.

WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y limites del libre convencimiento judicial*. Tradução de Tomás Banzhaf. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1985.

ZAZA, Carlo. *Il ragionevole dubbio nella logica della prova penale*. Milano: Giuffrè, 2008.

ANEXO 01 - Tabelas TJMG**Tabela 01**

Filtro de pesquisa utilizado	Número dos autos dos processos da amostra total. Total de 137 processos nessa tabela.	Data de publicação	Julgamento da questão fática	Responsabilidade civil do médico
1	1.0287.10.000155-4/002	04/02/2013	S	S
1 ou 8	1.0145.07.425986-5/001	07/03/2013	S	S
1	1.0261.04.029803-4/003	01/04/2013	S	S
1	1.0145.09.564969-8/001	14/06/2013	S	N
1 ou 8	1.0476.11.001255-8/001	21/08/2013	N	S
1	1.0024.06.070444-2/001	18/10/2013	S	S
1 ou 8	1.0701.11.005990-7/002	25/10/2013	S	S
1 ou 8	1.0024.08.106720-9/003	14/11/2013	S	S
1	1.0145.12.032893-8/001	31/01/2014	N	S
1 ou 3 ou 10	1.0471.07.085406-5/001	17/02/2014	S	S
1 ou 8	1.0027.11.032183-6/001	25/02/2014	N	S
1	1.0439.12.001384-2/001	26/02/2014	S	S
1	1.0687.09.072587-4/002	14/03/2014	S	S
1 ou 8	1.0024.09.453158-9/001	28/03/2014	S	S
1	1.0024.08.006041-1/004	28/03/2014	S	S
1	1.0106.11.001375-7/002	04/07/2014	S	S
1	1.0479.11.002953-1/001	03/09/2014	S	S
1 ou 8	1.0223.10.010320-7/001	09/10/2014	S	S
1	1.0141.07.002201-9/002	24/11/2014	S	S
1 ou 8	1.0390.07.018568-6/002	04/12/2014	S	S
1	1.0024.10.040852-5/001	09/12/2014	S	S
1	1.0024.13.381233-9/001	10/12/2014	N	S
1	1.0024.13.309682-6/001	20/02/2015	N	S
1 ou 8	1.0145.08.465587-0/002	05/03/2015	N	S
1 ou 8	1.0702.12.024532-0/001	19/03/2015	S	N
1	1.0439.14.000784-0/002	09/06/2015	N	S
1 ou 8	1.0024.10.254301-4/001	10/07/2015	N	S
1	1.0194.13.003503-4/001	14/07/2015	N	S
1 ou 8	1.0439.14.002402-7/001	07/08/2015	N	S
1 ou 8	1.0394.08.081968-0/001	21/08/2015	S	S

1 ou 8	1.0525.09.178424-5/001	10/09/2015	S	S
1	1.0702.12.032439-8/001	11/09/2015	N	S
1	1.0024.15.101120-2/001	01/10/2015	N	S
1	1.0313.06.188121-2/002	23/10/2015	S	S
1	1.0702.13.013994-3/001	11/11/2015	N	S
1	1.0024.12.104656-9/002	13/11/2015	N	S
1	1.0707.12.022379-7/001	20/11/2015	S	S
1	1.0525.13.013804-9/001	11/12/2015	S	N
1	1.0000.15.078485-8/001	17/12/2015	N	N
1	1.0016.14.001156-6/001	29/01/2016	S	N
1	1.0118.11.001420-6/001	02/02/2016	S	S
1 ou 8	1.0702.13.030742-5/001	14/03/2016	S	S
1	1.0024.14.340607-2/001	12/05/2016	N	S
1	1.0000.16.008447-1/001	03/06/2016	S	S
1 ou 8	1.0439.14.002403-5/001	15/07/2016	N	S
1	1.0194.13.007565-9/001	22/07/2016	N	S
1 ou 8	1.0024.14.097839-6/001	22/07/2016	S	S
1	1.0024.13.077128-0/001	25/07/2016	S	S
1	1.0525.10.015626-0/006	29/07/2016	S	S
1	1.0000.15.051772-0/001	05/08/2016	N	S
1 ou 8	1.0145.05.201785-5/001	09/08/2016	S	S
1	1.0647.14.008011-8/001	12/08/2016	S	S
1	1.0024.11.117151-8/005	24/08/2016	S	S
1	1.0301.01.004589-8/001	06/09/2016	S	N
1 ou 8	1.0342.09.127747-1/001	16/09/2016	S	S
1	1.0024.10.121322-1/001	11/10/2016	S	S
1	1.0480.12.017424-2/001	15/12/2016	S	S
1	1.0024.14.203739-9/001	15/12/2016	N	S
1 ou 8	1.0313.11.010722-1/001	16/12/2016	S	S
1 ou 8	1.0003.13.002121-9/001	30/01/2017	S	S
1	1.0000.16.061602-5/001	09/02/2017	N	S
1	1.0024.03.009850-3/003	04/04/2017	S	S
1	1.0433.12.002167-3/001	03/05/2017	S	S
1	1.0702.13.082938-6/001	27/06/2017	N	S
1	1.0000.16.044193-7/001	12/07/2017	N	S
1	1.0112.12.007093-6/001	20/07/2017	S	S
1	1.0627.12.000465-0/001	25/07/2017	S	S
1 ou 8	1.0521.04.035023-8/001	22/08/2017	S	S
1 ou 8	1.0079.14.048895-2/001	08/09/2017	N	S

1	1.0024.13.301444-9/001	11/09/2017	S	N
1	1.0024.09.682664-9/002	15/09/2017	N	S
1	1.0024.08.102314-5/001	24/10/2017	S	S
1	1.0056.12.009421-6/001	27/10/2017	N	S
1 ou 8	1.0518.12.006670-0/001	30/10/2017	S	S
1 ou 8	1.0024.06.033461-2/002	09/11/2017	S	S
1	1.0056.10.005290-3/001	10/11/2017	S	S
2	Inexistente	-	-	-
4	1.0035.13.007088-7/001	29/08/2017	S	N
5	Inexistente	-	-	-
6	Inexistente	-	-	-
7	Inexistente	-	-	-
8	1.0699.09.105116-8/002	13/05/2013	N	N
8	1.0699.09.101913-2/002	13/05/2013	N	N
8	1.0145.11.027078-5/001	03/06/2013	N	N
8	1.0223.11.024606-1/001	23/08/2013	S	N
8	1.0338.10.007540-1/001	23/08/2013	S	N
8	1.0338.10.003540-5/001	23/08/2013	S	N
8	1.0702.13.008794-4/001	06/09/2013	S	N
8	1.0024.09.633613-6/001	10/02/2014	S	N
8	1.0024.08.169441-6/002	19/02/2014	S	S
8	1.0702.12.082128-6/002	28/02/2014	N	N
8	1.0313.10.002647-2/001	17/03/2014	S	N
8	1.0074.10.003165-2/001	16/05/2014	S	N
8	1.0024.10.306901-9/001	03/07/2014	S	N
8	1.0702.12.057593-2/001	07/07/2014	S	N
8	1.0313.09.296323-7/001	17/10/2014	S	N
8	1.0245.11.023112-4/001	04/11/2014	N	N
8	1.0145.14.033749-7/001	25/11/2014	N	N
8	1.0223.06.186386-4/001	10/12/2014	S	S
8	1.0024.11.296015-8/002	30/01/2015	N	S
8	1.0687.12.004320-7/001	27/03/2015	S	N
8	1.0439.05.042423-3/001	08/05/2015	S	S
8	1.0342.01.020181-8/001	09/06/2015	S	S
8	1.0271.13.003186-4/001	03/08/2015	S	N
8	1.0433.11.023027-6/001	07/08/2015	S	N
8	1.0672.06.209351-9/001	21/08/2015	S	S
8	1.0024.09.643456-8/001	25/08/2015	S	N
8	1.0702.14.065723-1/001	02/09/2015	S	N

8	1.0702.14.040836-1/001	09/10/2015	S	N
8	1.0144.11.002003-5/001	19/10/2015	S	N
8	1.0210.08.050587-3/004	11/12/2015	S	N
8	1.0210.12.004005-5/002	11/12/2015	S	N
8	1.0517.06.000102-4/001	22/01/2016	S	S
8	1.0024.10.191198-0/001	26/01/2016	S	N
8	1.0281.09.013888-0/002	04/02/2016	N	N
8	1.0024.13.326288-1/001	05/02/2016	S	N
8	1.0045.13.005045-8/001	05/02/2016	S	N
8	1.0188.14.012913-4/001	16/02/2016	N	N
8	1.0520.12.000921-9/001	15/04/2016	S	N
8	1.0024.11.109774-7/002	15/04/2016	S	N
8	1.0024.10.099129-8/001	15/04/2016	S	N
8	1.0313.14.010217-6/001	02/05/2016	S	N
8	1.0024.11.171273-3/001	18/05/2016	S	N
8	1.0114.10.003131-8/001	01/07/2016	S	S
8	1.0332.10.000367-9/002	24/08/2016	S	N
8	1.0024.11.112376-6/001	29/08/2016	S	N
8	1.0024.13.254706-8/001	30/08/2016	S	N
8	1.0702.12.049701-2/001	23/09/2016	N	S
8	1.0024.13.050092-9/002	07/10/2016	S	N
8	1.0694.16.003904-6/001	03/02/2017	N	N
8	1.0440.11.001644-9/001	21/02/2017	S	S
8	1.0024.14.267633-7/001	14/03/2017	N	N
8	1.0106.14.006057-0/001	21/03/2017	S	N
8	1.0687.13.007066-1/001	05/06/2017	S	S
8	1.0105.08.260700-0/001	09/06/2017	S	S
8	1.0023.12.000264-9/001	14/06/2017	S	N
8	1.0027.13.015201-3/001	21/06/2017	S	N
8	1.0702.07.381718-2/001	28/06/2017	S	S
9	Inexistente	-	-	-
11	Inexistente	-	-	-
12	Inexistente	-	-	-
13	Inexistente	-	-	-
14	Inexistente	-	-	-

Tabela 02

Filtro de pesquisa utilizado	Número dos autos dos processos da amostra válida. Total de 39 processos nessa tabela.	Ano	Expressões qualificadoras do valor individual dos elementos probatórios	Utilização de <i>standards</i>	Expressões indicativas do grau de prova do conjunto probatório
1	1.0287.10.000155-4/002 (18° Câmara Cível)	04/02/2013	Inexistente	N	Inexistente
1	1.0261.04.029803-4/003 (11° Câmara Cível)	01/04/2013	“Perícia judicial conclusiva”; “Digo isso tendo em vista que o prontuário médico, <i>prova robusta</i> a comprovar a regularidade da intervenção cirúrgica, bem como do tratamento posterior, não foi apresentada aos autos, situação no mínimo inusitada, visto que, frise-se imprescindível na hipótese, mormente considerando a inversão do ônus da prova”; “Deixou o apelante de reiterar o ofício junto ao nosocômio, para que este apresentasse o aludido prontuário, documento esse considerado <i>prova robusta</i> para a comprovação de suas alegações”; “os médicos devem atentar para o fato de que um prontuário bem confeccionado traduz, não somente a seriedade dos profissionais	N	Inexistente

			envolvidos, mas também um verdadeiro instrumento de defesa judicial”.		
1	1.0024.06.070444-2/001 (14° Câmara Cível)	18/10/2013	Inexistente	N	Inexistente
1 ou 8	1.0701.11.005990-7/002 (10° Câmara Cível)	25/10/2013	Inexistente	N	<p>“O mau resultado em tratamento médico de tal natureza, quando oriundo do risco do procedimento, não pode ser atribuído ao médico ou ao hospital, sem que reste <i>inequívoca a culpa</i> comissiva ou omissiva dos mesmos”;</p> <p>“No caso dos autos, <i>é presumível a culpa do médico, independentemente de prova</i>, uma vez que inquestionável sua negligência ao "esquecer" dentro da barriga do apelado uma tesoura de 20 centímetros de comprimento, que pode ser vista por qualquer leigo no exame de radiografia a que o apelado se submeteu”.</p>
1 ou 3 ou 10	1.0471.07.085406-5/001 (10° Câmara Cível)	17/02/2014	Inexistente	N	Inexistente
1	1.0687.09.072587-4/002 (2° Câmara Cível)	14/03/2014	Inexistente	N	“À guisa de conclusão, com todas

					as considerações feitas neste voto, <i>restando ausente a prova robusta da conduta culposa do médico</i> , afasto a responsabilidade civil e, conseqüentemente, o seu dever de indenizar, não havendo como se falar em ressarcimento a título de dano moral”; “Na hipótese dos autos, entendo que não restou demonstrada, com o <i>grau de certeza</i> que se requer em casos dessa natureza, a negligência, a imprudência ou a imperícia”.
1 ou 8	1.0024.09.453158-9/001 (18° Câmara Cível)	28/03/2014	“Foi realizada perícia técnica, tendo a i. expert, em seu laudo Pericial <i>concluído, de forma firme e segura</i> , que não houve falhas nem erro no procedimento realizado na pessoa do apelante”.	N	Inexistente
1	1.0024.08.006041-1/004 (18° Câmara Cível)	28/03/2014	Inexistente	N	Inexistente
1	1.0106.11.001375-7/002 (14° Câmara Cível)	04/07/2014	“O laudo pericial foi <i>categórico</i> ”; “Os documentos acostados aos autos pela apelante <i>são extremamente</i>	N	Inexistente

			<i>frágeis</i> para embasar a pretendida condenação, não havendo <i>prova robusta</i> que contrarie o laudo pericial”.		
1	1.0479.11.002953-1/001 (4° Câmara Cível)	03/09/2014	“A ciência da medicina foge ao conhecimento do jurista, tornando-se <i>imprescindível o parecer de um expert</i> de sua confiança nomeado em Juízo, pela segurança que o trabalho técnico de um especialista inspira ao Julgador na formação de seu convencimento”.	N	“O lesado deve provar o evento danoso, o dano e nexo de causalidade, <i>não bastando a existência de indícios da culpabilidade</i> , pois esta deve ser <i>concretamente demonstrada</i> para que importe na obrigação de indenizar”.
1 ou 8	1.0390.07.018568-6/002 (12° Câmara Cível)	04/12/2014	“A prova técnica produzida foi <i>concludente</i> ”; “Não há se cogitar de ato ilícito e o consequente dever de indenizar por danos quando <i>a prova técnica judicial é conclusiva</i> no sentido de que o procedimento empregado obedeceu aos preceitos da urologia e à literatura médica, acrescentando inexistir culpa por parte do profissional”.	N	“Assim, para que possa responsabilizar o médico pelos insucessos no exercício de seu mister <i>é necessário que resulte provado, de modo concludente</i> , que o evento danoso se deu em razão de sua negligência, imprudência ou imperícia”; “Tem-se que o conjunto probatório <i>não ostenta força suficiente de convencimento</i> ”; “Os autores/apelantes não lograram se

					desvencilhar do ônus fundamental do fato constitutivo da reparação almejada(...). Ou seja, <i>provar, de forma conclusiva, imprudência, imperícia ou erro grosseiro da parte requerida</i> ”.
1 ou 8	1.0394.08.081968-0/001 (18° Câmara Cível)	21/08/2015	Inexistente	N	Inexistente
1	1.0313.06.188121-2/002 (14° Câmara Cível)	23/10/2015	“Ocorre que, ao contrário do que afirmou o apelante, a prova pericial foi <i>conclusiva</i> no sentido que não houve erro no atendimento médico”.	N	Inexistente
1	1.0707.12.022379-7/001 (10° Câmara Cível)	20/11/2015	Inexistente	N	Inexistente
1	1.0118.11.001420-6/001 (10° Câmara Cível)	02/02/2016	Inexistente	N	Inexistente
1	1.0525.10.015626-0/006 (15° Câmara Cível)	29/07/2016	Inexistente	N	Inexistente
1	1.0647.14.008011-8/001 (14° Câmara Cível)	12/08/2016	Inexistente	N	Inexistente
1	1.0024.11.117151-8/005 (13° Câmara Cível)	24/08/2016	Inexistente	N	“Não comprovado <i>robustamente</i> nos autos a culpabilidade das requeridas”; “A prova para uma condenação neste caso deveria ser muito <i>robusta</i> o que aqui não se deu”; “Não comprovação cabal da culpa”; “A falha dele como

					médico deve estar <i>provada de forma inconteste</i> nos autos e <i>indene de dúvidas</i> , caso contrário, a sua condenação seria arbitrária e sem estribo nas provas acostadas aos autos”.
1 ou 8	1.0342.09.127747-1/001 (2° Câmara Cível)	16/09/2016	Inexistente	N	“Sendo a responsabilidade do médico eminentemente subjetiva, uma das formas de culpa - negligência, imperícia ou imprudência - deveria estar <i>cabalmente comprovada</i> ”; “A relação estabelecida entre médico-paciente é de meio, portanto, <i>requer inequívoca demonstração</i> da existência do dano, do nexo de causalidade e culpa do médico que prestou o atendimento ao paciente”;
1 ou 8	1.0313.11.010722-1/001 (10° Câmara Cível)	16/12/2016	Inexistente	N	“Erro médico não pode ser considerado como meramente culposo, em que pese sua responsabilidade seja subjetiva, impondo-se, portanto,

					a <i>comprovação robusta</i> da culpa ou dolo”; “A avaliação meramente aparente é inteiramente inaceitável, devendo ser buscada, como já dito, a <i>firme demonstração do equivoco</i> , exceto quanto se trata de erros grosseiros”; “É necessário que <i>resulte provado de modo concludente</i> que o evento danoso se deu em razão de negligência, imprudência, imperícia ou erro grosseiro de sua parte”.
1 ou 8	1.0003.13.002121-9/001 (7° Câmara Cível)	30/01/2017	Inexistente	N	Inexistente
1	1.0024.03.009850-3/003 (8° Câmara Cível)	04/04/2017	Inexistente	N	“Incumbia à parte autora fazer prova constitutiva de seu direito, a teor do artigo 333, I do CPC/1973 (que corresponde ao artigo 373, I do CPC/2015), apresentando <i>prova cabal</i> no sentido de que a falha médica lhe causou danos morais”.
1	1.0433.12.002167-3/001 (17° Câmara Cível)	03/05/2017	Inexistente	N	“Erro médico não pode ser considerado como meramente

					<p>culposo, em que pese sua responsabilidade seja subjetiva, impondo-se, portanto, a <i>comprovação robusta</i> da culpa ou dolo”; “A avaliação meramente aparente é inteiramente inaceitável, devendo ser buscada, como já dito, a <i>firme demonstração do equívoco</i>, exceto quanto se trata de erros grosseiros”; “Necessário que resulte <i>provado de modo concludente</i> que o evento danoso se deu em razão de negligência, imprudência, imperícia ou erro grosseiro de sua parte”; “As alegações deveriam ter sido <i>cabalmente comprovadas</i>, de forma <i>a não deixar dúvidas</i> da conduta do médico”; “Não havendo <i>provas suficientes</i> a ensejar uma condenação, ante a não <i>comprovação inequívoca</i> do alegado pela apelante”; “Deve</p>
--	--	--	--	--	--

					restar <i>satisfatoriamente comprovada</i> nos autos que houve, por parte do profissional médico, conduta irregular, decorrente de negligência, imperícia ou imprudência e que de tal conduta decorreram danos à paciente”.
1	1.0627.12.000465-0/001 (17° Câmara Cível)	25/07/2017	“Foi realizada a prova pericial nos autos, que é <i>imprescindível</i> para aferição da responsabilidade civil desses réus”.	N	“Deve restar <i>satisfatoriamente comprovada</i> nos autos que houve, por parte do profissional médico, conduta irregular, decorrente de negligência, imperícia ou imprudência e que de tal conduta decorreram danos ao paciente”.
1 ou 8	1.0521.04.035023-8/001 (17° Câmara Cível)	22/08/2017	“A perícia foi <i>categórica</i> em afirmar que o pós-operatório é de suma importância para o resultado pretendido com a cirurgia levada a efeito”; “Laudo <i>conclusivo</i> ”.	N	Inexistente
1	1.0024.08.102314-5/001 (9° Câmara Cível)	24/10/2017	Inexistente	N	Inexistente
1 ou 8	1.0518.12.006670-0/001 (8° Câmara Cível)	30/10/2017	“A conclusão à qual chegou perito judicial <i>não deixa dúvidas</i> de que o tratamento dispensado	N	Inexistente

			pela oftalmologista apelada durante a consulta médica foi acertado e adequado para o caso da apelante”;		
1 ou 8	1.0024.06.033461-2/002 (18° Câmara Cível)	09/11/2017	Inexistente	N	“O substrato probatório estabelecido nos autos fornece firme amparo à conclusão de que inexistente o erro médico”.
1	1.0056.10.005290-3/001 (13° Câmara Cível)	10/11/2017	“Perícia médica inconclusiva”; “Do laudo pericial não se extrai uma conclusão consistente”.	N	Inexistente
4	1.0035.13.007088-7/001 (3° Câmara Cível)	29/08/2017	“A prova testemunhal produzida não deixa dúvida alguma de que a ação praticada pelo servidor responsável pelo atendimento do autor no Pronto Socorro Municipal desatendeu a norma técnica específica”.	N	Inexistente
8	1.0024.08.169441-6/002 (10° Câmara Cível)	19/02/2014	Inexistente	N	Inexistente
8	1.0223.06.186386-4/001 (16° Câmara Cível)	10/12/2014	Inexistente	N	Inexistente
8	1.0439.05.042423-3/001 (15° Câmara Cível)	08/05/2015	“A prova oral em nada contribuiu para afastar as conclusões apresentadas no laudo pericial, haja vista que a única testemunha apresentada pela autora, por ser leiga, não possui força	N	“Incumbe à parte autora <i>comprovar, de forma segura e robusta</i> , a presença dos requisitos imprescindíveis à responsabilização civil do médico”;

			suficiente para tal’.		“Concluo, assim, não ter a autora se desincumbido do ônus de provar, <i>com a segurança e a certeza devidas</i> , ter o segundo réu agido culposamente”.
8	1.0342.01.020181-8/001 (15° Câmara Cível)	09/06/2015	Inexistente	N	“A meu ver, os prontuários médicos juntados às f. 76/91 e a prova oral produzida são incapazes em demonstrar, de <i>forma conclusiva</i> , que houve erro médico nos procedimentos adotados junto à apelante, sendo incabível concluir pela responsabilidade civil do apelado”; “Efetivamente, não conseguiu ela trazer para os autos <i>provas concretas</i> de que o apelado, na prestação de serviços médicos, teria agido com imperícia, imprudência ou negligência”; “Como não houve <i>prova segura</i> da ocorrência dos fatos expostos na exordial, deve ser desacolhida a pretensão da apelante, mantendo-

					se inalterada a sentença recorrida”.
8	1.0672.06.209351-9/001 (15° Câmara Cível)	21/08/2015	Inexistente	N	<p>“Incumbe à parte autora comprovar, <i>de forma segura e robusta</i>, a presença dos requisitos imprescindíveis à responsabilização civil do médico”;</p> <p>“Incumbe ao paciente provar, <i>de forma segura e robusta</i>, a existência destes requisitos”;</p> <p>“Concluo, assim, não ter a autora se desincumbido do ônus de provar, <i>com a segurança e a certeza devidas</i>, ter o réu agido culposamente”.</p>
8	1.0517.06.000102-4/001 (15° Câmara Cível)	22/01/2016	Inexistente	N	<p>“Incumbe à parte autora comprovar, <i>de forma segura e robusta</i>, a presença dos requisitos imprescindíveis à responsabilização civil do médico”;</p> <p>“Incumbe ao paciente <i>provar, de forma segura e robusta</i>, a existência destes requisitos”;</p> <p>“Concluo, assim, não ter o autor se desincumbido do</p>

					ônus de provar, com a <i>segurança e a certeza devidas</i> , ter o réu agido culposamente”.
8	1.0114.10.003131-8/001 (16° Câmara Cível)	01/07/2016	“O julgador não está adstrito à conclusão do perito, sendo a prova técnica apenas mais um elemento de convicção a ser associado às demais provas contidas nos autos”.	N	Inexistente
8	1.0105.08.260700-0/001 (15° Câmara Cível)	09/06/2017	“O laudo pericial da Polícia Civil tem <i>força probante relativa</i> ”.	N	“Incumbe à parte autora comprovar, de <i>forma segura e robusta</i> , a presença dos requisitos imprescindíveis à responsabilização civil do médico”; “Incumbe ao paciente <i>provar, de forma segura e robusta</i> , a existência destes requisitos”; “Não tendo os autores se desincumbido do ônus de provar, <i>com a segurança e a certeza devidas</i> , ter o réu agido culposamente por ocasião do parto, a improcedência do pedido exordial é medida que se impõe”.
8	1.0702.07.381718-2/001	28/06/2017	Inexistente	N	Inexistente

	(12ª Câmara Cível)				
--	--------------------	--	--	--	--

Tabela 03

Filtro de pesquisa utilizado	Número dos autos do processo da amostra válida: total de 39 processos nessa tabela.	Ano	Procedência	Improcedência	Expressões indicativas do grau de prova do conjunto probatório
1	1.0287.10.000155-4/002 (18° Câmara Cível)	04/02/2013	-	S	Inexistente
1	1.0261.04.029803-4/003 (11° Câmara Cível)	01/04/2013	S	-	Inexistente
1	1.0024.06.070444-2/001 (14° Câmara Cível)	18/10/2013	-	S	Inexistente
1 ou 8	1.0701.11.005990-7/002 (10° Câmara Cível)	25/10/2013	S	-	“O mau resultado em tratamento médico de tal natureza, quando oriundo do risco do procedimento, não pode ser atribuído ao médico ou ao hospital, sem que reste <i>inequívoca a culpa</i> comissiva ou omissiva dos mesmos”; “No caso dos autos, <i>é presumível a culpa do médico, independentemente de prova</i> , uma vez que inquestionável sua negligência ao “esquecer” dentro da barriga do apelado uma tesoura de 20 centímetros de comprimento, que pode ser vista por qualquer leigo no exame de radiografia a que o apelado se submeteu”.
1 ou 3 ou 10	1.0471.07.085406-5/001 (10° Câmara Cível)	17/02/2014	-	S	Inexistente
1	1.0687.09.072587-4/002 (2° Câmara Cível)	14/03/2014	-	S	“À guisa de conclusão, com todas as considerações feitas neste voto, <i>restando ausente a prova robusta da conduta</i>

					<i>culposa do médico, afastando a responsabilidade civil e, conseqüentemente, o seu dever de indenizar, não havendo como se falar em ressarcimento a título de dano moral''; ''Na hipótese dos autos, entendo que não restou demonstrada, com o grau de certeza que se requer em casos dessa natureza, a negligência, a imprudência ou a imperícia''.</i>
1 ou 8	1.0024.09.453158-9/001 (18° Câmara Cível)	28/03/2014	-	S	Inexistente
1	1.0024.08.006041-1/004 (18° Câmara Cível)	28/03/2014	-	S	Inexistente
1	1.0106.11.001375-7/002 (14° Câmara Cível)	04/07/2014	-	S	Inexistente
1	1.0479.11.002953-1/001 (4° Câmara Cível)	03/09/2014	-	S	''O lesado deve provar o evento danoso, o dano e nexo de causalidade, não bastando a existência de indícios da culpabilidade, pois esta deve ser concretamente demonstrada para que importe na obrigação de indenizar''
1 ou 8	1.0390.07.018568-6/002 (12° Câmara Cível)	04/12/2014	-	S	''Assim, para que possa responsabilizar o médico pelos insucessos no exercício de seu mister é necessário que resulte provado, de modo concludente, que o evento danoso se deu em razão de sua negligência, imprudência ou imperícia''; ''Tem-se que o conjunto

					probatório <i>não ostenta força suficiente de convencimento</i> ”; “Os autores/apelantes não lograram se desvencilhar do ônus fundamental do fato constitutivo da reparação almejada(...). Ou seja, <i>provar, de forma concludente</i> , imprudência, imperícia ou erro grosseiro da parte requerida”.
1 ou 8	1.0394.08.081968-0/001 (18° Câmara Cível)	21/08/2015	-	S	Inexistente
1	1.0313.06.188121-2/002 (14° Câmara Cível)	23/10/2015	-	S	Inexistente
1	1.0707.12.022379-7/001 (10° Câmara Cível)	20/11/2015	-	S	Inexistente
1	1.0118.11.001420-6/001 (10° Câmara Cível)	02/02/2016	-	S	Inexistente
1	1.0525.10.015626-0/006 (15° Câmara Cível)	29/07/2016	-	S	Inexistente
1	1.0647.14.008011-8/001 (14° Câmara Cível)	12/08/2016	-	S	Inexistente
1	1.0024.11.117151-8/005 (13° Câmara Cível)	24/08/2016	-	S	“Não comprovado <i>robustamente</i> nos autos a culpabilidade das requeridas”; “A prova para uma condenação neste caso deveria ser muito <i>robusta</i> o que aqui não se deu”; “A falha dele como médico deve estar <i>provada de forma inconteste</i> nos autos e <i>indene de dúvidas</i> , caso contrário, a sua condenação seria arbitrária e sem estribo nas provas acostadas aos autos”.
1 ou 8	1.0342.09.127747-1/001 (2° Câmara Cível)	16/09/2016	S	-	“Sendo a responsabilidade do médico eminentemente

					subjetiva, uma das formas de culpa - negligência, imperícia ou imprudência - deveria estar <i>cabalmente comprovada</i> ”; “A relação estabelecida entre médico-paciente é de meio, portanto, <i>requer inequívoca demonstração</i> da existência do dano, do nexo de causalidade e culpa do médico que prestou o atendimento ao paciente”;
1 ou 8	1.0313.11.010722-1/001 (10° Câmara Cível)	16/12/2016	-	S	“Erro médico não pode ser considerado como meramente culposo, em que pese sua responsabilidade seja subjetiva, impondo-se, portanto, a <i>comprovação robusta</i> da culpa ou dolo”; “A avaliação <i>meramente aparente</i> é inteiramente inaceitável, devendo ser buscada, como já dito, a <i>firme demonstração do equivoco</i> , exceto quanto se trata de erros grosseiros”; “É necessário que <i>resulte provado de modo concludente</i> que o evento danoso se deu em razão de negligência, imprudência, imperícia ou erro grosseiro de sua parte”.
1 ou 8	1.0003.13.002121-9/001 (7° Câmara Cível)	30/01/2017	-	S	Inexistente
1	1.0024.03.009850-3/003 (8° Câmara Cível)	04/04/2017	-	S	“Incumbia à parte autora fazer prova constitutiva de seu direito, a teor do artigo 333, I do CPC/1973 (que

					corresponde ao artigo 373, I do CPC/2015), apresentando <i>prova cabal</i> no sentido de que a falha médica lhe causou danos morais”.
1	1.0433.12.002167-3/001 (17° Câmara Cível)	03/05/2017	-	S	<p>“Erro médico não pode ser considerado como meramente culposo, em que pese sua responsabilidade seja subjetiva, impondo-se, portanto, a <i>comprovação robusta</i> da culpa ou dolo”;</p> <p>“A avaliação meramente aparente é inteiramente inaceitável, devendo ser buscada, como já dito, a <i>firme demonstração do equívoco</i>, exceto quanto se trata de erros grosseiros”;</p> <p>“Necessário que resulte <i>provado de modo concludente</i> que o evento danoso se deu em razão de negligência, imprudência, imperícia ou erro grosseiro de sua parte”; “As alegações deveriam ter sido <i>cabalmente comprovadas</i>, de forma a <i>não deixar dúvidas</i> da conduta do médico”; “Não havendo provas suficientes a ensejar uma condenação, ante a <i>não comprovação inequívoca</i> do alegado pela apelante”;</p> <p>“Deve <i>restar satisfatoriamente comprovada</i> nos autos que houve, por parte do profissional médico, conduta</p>

					irregular, decorrente de negligência, imperícia ou imprudência e que de tal conduta decorreram danos à paciente”.
1	1.0627.12.000465-0/001 (17° Câmara Cível)	25/07/2017	-	S	“A responsabilidade civil do médico (...) deve restar <i>satisfatoriamente comprovada</i> nos autos que houve, por parte do profissional médico, conduta irregular, decorrente de negligência, imperícia ou imprudência e que de tal conduta decorreram danos ao paciente”.
1 ou 8	1.0521.04.035023-8/001 (17° Câmara Cível)	22/08/2017	-	S	Inexistente
1	1.0024.08.102314-5/001 (9° Câmara Cível)	24/10/2017	-	S	Inexistente
1 ou 8	1.0518.12.006670-0/001 (8° Câmara Cível)	30/10/2017	-	S	Inexistente
1 ou 8	1.0024.06.033461-2/002 (18° Câmara Cível)	09/11/2017	S	-	“O substrato probatório estabelecido nos autos fornece <i>firme amparo</i> à conclusão de que Inexistente o erro médico”.
1	1.0056.10.005290-3/001 (13° Câmara Cível)	10/11/2017	-	S	Inexistente
4	1.0035.13.007088-7/001 (3° Câmara Cível)	29/08/2017	S	-	Inexistente
8	1.0024.08.169441-6/002 (10° Câmara Cível)	19/02/2014	-	S	Inexistente
8	1.0223.06.186386-4/001 (16° Câmara Cível)	10/12/2014	-	S	Inexistente
8	1.0439.05.042423-3/001 (15° Câmara Cível)	08/05/2015	-	S	“Incumbe à parte autora <i>comprovar, de forma segura e robusta</i> , a presença dos requisitos imprescindíveis à responsabilização civil do

					médico”; “Concluo, assim, não ter a autora se desincumbido do ônus de provar, <i>com a segurança e a certeza devidas</i> , ter o segundo réu agido culposamente”.
8	1.0342.01.020181-8/001 (15° Câmara Cível)	09/06/2015	-	S	“A meu ver, os prontuários médicos juntados às f. 76/91 e a prova oral produzida são incapazes em demonstrar, de <i>forma conclusiva</i> , que houve erro médico nos procedimentos adotados junto à apelante, sendo incabível concluir pela responsabilidade civil do apelado”; “Efetivamente, não conseguiu ela trazer para os autos <i>provas concretas</i> de que o apelado, na prestação de serviços médicos, teria agido com imperícia, imprudência ou negligência”; “Como não houve <i>prova segura</i> da ocorrência dos fatos expostos na exordial, deve ser desacolhida a pretensão da apelante, mantendo-se inalterada a sentença recorrida”.
8	1.0672.06.209351-9/001 (15° Câmara Cível)	21/08/2015	-	S	“Incumbe à parte autora comprovar, <i>de forma segura e robusta</i> , a presença dos requisitos imprescindíveis à responsabilização civil do médico”; “Incumbe ao paciente provar, de forma segura e robusta, a

					existência destes requisitos”; “Concluo, assim, não ter a autora se desincumbido do ônus de provar, <i>com a segurança e a certeza devidas</i> , ter o réu agido culposamente”.
8	1.0517.06.000102-4/001 (15° Câmara Cível)	22/01/2016	-	S	“Incumbe à parte autora comprovar, de forma <i>segura e robusta</i> , a presença dos requisitos imprescindíveis à responsabilização civil do médico”; “Incumbe ao paciente provar, de forma <i>segura e robusta</i> , a existência destes requisitos”; “Concluo, assim, não ter o autor se desincumbido do ônus de provar, <i>com a segurança e a certeza devidas</i> , ter o réu agido culposamente”.
8	1.0114.10.003131-8/001 (16° Câmara Cível)	01/07/2016	S	-	Inexistente
8	1.0105.08.260700-0/001 (15° Câmara Cível)	09/06/2017	S	-	“Incumbe à parte autora comprovar, de <i>forma segura e robusta</i> , a presença dos requisitos imprescindíveis à responsabilização civil do médico”; “incumbe ao paciente provar, de forma <i>segura e robusta</i> , a existência destes requisitos”; “Não tendo os autores se desincumbido do ônus de provar, <i>com a segurança e a certeza devidas</i> , ter o réu agido culposamente por ocasião do parto, a improcedência do

					pedido exordial é medida que se impõe”.
8	1.0702.07.381718-2/001 (12ª Câmara Cível)	28/06/2017	-	S	Inexistente

ANEXO 02 – Tabelas TJRS**Tabela 01**

Filtro de pesquisa utilizado	Número dos autos do processo da amostra total. Total de 94 processos nessa tabela.	Data de publicação	Julgamento da questão fática	Responsabilidade civil do médico
1 ou 8	70049362072	26/04/2013	S	N
1 ou 8	70047895883	20/05/2013	S	S
1 ou 8	70037190451	06/09/2013	S	S
1 ou 8	70046929394	06/09/2013	S	S
1 ou 8	70042719807	06/09/2013	S	S
1 ou 8	70047638739	06/09/2013	S	S
1 ou 8	70029771672	06/09/2013	S	S
1 ou 8	70048604615	06/09/2013	S	S
1 ou 8	70056884968	02/12/2013	S	S
1 ou 8	70056176548	14/03/2014	S	S
1 ou 8	70058752759	05/05/2014	S	S
1 ou 8	70058611310	07/05/2014	S	S
1 ou 8	70058527417	12/05/2014	S	S
1 ou 8	70059721142	26/06/2014	S	S
1 ou 8	70059359687	07/08/2014	S	S
1 ou 8	70059544890	12/08/2014	S	S
1 ou 8	70060801370	15/08/2014	S	N
1 ou 8	70059596486	12/09/2014	S	S
1 ou 8	70061063475	05/11/2014	S	S
1 ou 8	70063814909	16/09/2015	S	S
1 ou 8	70064073190	18/09/2015	S	S
1 ou 8	70064651433	09/10/2015	S	N
1 ou 8	70064878150	15/10/2015	S	S
1 ou 8	70065456691	10/12/2015	S	S
1 ou 8	70066313529	11/12/2015	S	S
1 ou 8	70066941733	20/01/2016	S	S
1 ou 8	70063815583	22/01/2016	S	N
1 ou 8	70068017177	31/08/2016	S	S
1 ou 8	70069096873	04/10/2016	S	S
1	70065526733	05/10/2016	S	S
1	70064634876	05/10/2016	S	S

1 ou 8	70070557004	21/10/2016	N	S
1 ou 8	70069860955	05/12/2016	S	S
1 ou 8	70071429245	14/12/2016	N	S
1 ou 8	70072139009	03/04/2017	N	S
1 ou 8	70072517188	03/04/2017	N	S
1 ou 8	70071484034	03/05/2017	N	S
1 ou 8	70071996169	04/05/2017	S	N
1 ou 8	70071811772	29/05/2017	N	S
1 ou 8	70072570732	30/08/2017	N	S
1	70073955031	01/09/2017	N	N
1 ou 8	70074252180	05/09/2017	S	S
1	70073996621	06/10/2017	S	N
2	Inexistente	-	-	-
3 ou 10	70052376779	04/03/2013	S	S
3 ou 10	70070701933	31/05/2017	S	S
4	70069733129	04/07/2016	S	S
4	70073053373	04/07/2017	N	S
4	70073053118	04/07/2017	N	S
4	70073210346	04/07/2017	N	S
5	Inexistente	-	-	-
6 ou 3 ou 10 ou 13	70071623235	03/04/2017	S	N
7	Inexistente	-	-	-
8	70048203244	26/03/2013	S	N
8	70051366276	21/05/2013	S	N
8	70054387675	18/06/2013	S	N
8	70053934063	20/06/2013	S	N
8	70055465629	06/08/2013	S	N
8	70035106756	06/09/2013	S	N
8	70055891352	11/09/2013	S	N
8	70042564153	12/09/2013	S	N
8	70055756647	01/10/2013	S	S
8	70055297592	01/11/2013	S	N
8	70055642359	12/12/2013	S	S
8	70061424578	10/10/2014	S	N
8	70063607212	04/05/2015	N	N
8	70043450998	26/05/2015	S	N
8	70065012486	01/09/2015	S	N
8	70064253065	14/09/2015	S	N
8	70063886360	16/09/2015	S	N

8	70047062500	06/10/2015	S	N
8	70066295437	07/10/2015	S	N
8	70067083550	19/04/2016	S	N
8	70063751275	14/06/2016	S	N
8	70063267934	18/10/2016	S	N
8	70070320700	15/12/2016 (data julgamento)	S	N
8	70071250757	20/01/2017	S	N
8	70070615711	30/03/2017 (data julgamento)	S	N
8	70071913966	05/04/2017	S	S
8	70071816094	02/05/2017	S	N
8	70069158624	26/07/2017 (data julgamento)	S	S
8	70069158210	26/07/2017 (data julgamento)	S	S
8	70072518632	31/08/2017	S	N
8	70074810276	27/09/2017 (data julgamento)	N	N
8	70074581794	27/09/2017 (data julgamento)	S	N
8	70074185281	05/10/2017	S	N
9	Inexistente	-	-	-
10 ou 13	70059502898	15/02/2016	S	N
10 ou 13	70057340960	21/03/2016	S	N
11	Inexistente	-	-	-
12	Inexistente	-	-	-
13	70056589716	01/12/2014	S	N
13	70046633046	23/03/2015	S	N
14	Inexistente	-	-	-

Tabela 02

Filtro de pesquisa utilizado	Número dos autos do processo da amostra válida. Total de 26 processos nessa tabela.	Ano	Expressões qualificadoras do valor individual dos elementos probatórios	Utilização de <i>standards</i>	Expressões indicativas do grau de prova do conjunto probatório
1 ou 8	70047895883 (10ª Câmara Cível)	20/05/2013	Inexistente	N	Inexistente
1 ou 8	70037190451 (6ª Câmara Cível)	06/09/2013	Inexistente	N	Inexistente
1 ou 8	70046929394 (6ª Câmara Cível)	06/09/2013	Inexistente	N	“Sendo necessária a evidente comprovação de cometimento de negligência, imprudência ou imperícia, pela profissional médica”.
1 ou 8	70042719807 (6ª Câmara Cível)	06/09/2013	“A prova testemunhal coligida no caderno processual foi <i>conclusiva</i> no sentido de que a autora recebeu o tratamento correto pelo médico demandado”; “Observo que não houve a realização da perícia médica judicial em virtude da desídia da parte autora, a qual não compareceu na data e hora agendada pelo juízo <i>a quo</i> , sendo que tal prova era <i>de suma importância</i> para o caso em testilha”.	N	Inexistente
1 ou 8	70047638739 (6ª Câmara Cível)	06/09/2013	Inexistente	N	“Sendo necessária a evidente comprovação de cometimento de negligência, imprudência ou

					imperícia, pela profissional médica”.
1 ou 8	70029771672 (6° Câmara Cível)	06/09/2013	“Isto porque, as conclusões periciais são <i>provas suficientes</i> para o deslinde da questão, em conjugação à presença de outros elementos de provas, carecendo de sucessiva e reiterada realização de outra prova técnica. Além disso, as perícias foram realizadas por <i>profissionais nomeados pelo juízo, os quais trabalham com presunção de imparcialidade e confiança</i> ”; “A prova pericial existente, com conjunto com as demais provas, se <i>mostra suficiente para apurar a verdade real da situação fática</i> retratada na petição inicial”.	N	“Sendo necessária a <i>evidente comprovação</i> de cometimento de negligência, imprudência ou imperícia, pelo profissional médico”.
1 ou 8	70048604615 (6° Câmara Cível)	06/09/2013	Inexistente	N	“Sendo necessária a <i>evidente comprovação</i> de cometimento de negligência, imprudência ou imperícia, pela profissional médica”.
1 ou 8	70056884968 (9° Câmara Cível)	02/12/2013	“ <i>Elucidativa a prova pericial</i> produzida nos autos (fls. 587/592), atestando a correção do procedimento médico ministrado à autora”.	N	Inexistente
1 ou 8	70058752759 (5° Câmara Cível)	05/05/2014	Inexistente	N	Inexistente
1 ou 8	70059721142	26/06/2014	Inexistente	N	Inexistente

	(9° Câmara Cível)				
1 ou 8	70059359687 (10° Câmara Cível)	07/08/2014	“A rejeição dos pareceres periciais pressupõe a existência de outros elementos de convicção nos autos hábeis para solucionar questão de natureza técnica, que depende de conhecimento especial e não pode ser suprida pela experiência pessoal do julgador ou de testemunhas”.	N	“A culpa do profissional deve <i>ficar certa</i> , afirmada nos autos”; “Portanto, não há como responsabilizar o médico (...) <i>sem comprovação efetiva</i> de que tivesse o profissional se portado com imperícia, imprudência e negligência”.
1 ou 8	70059596486 (9° Câmara Cível)	12/09/2014	Inexistente	N	“Prova dos autos que não permite a conclusão <i>com um mínimo de certeza</i> de que houve falha na prestação do serviço pelo réu”.
1 ou 8	70061063475 (5° Câmara Cível)	05/11/2014	A perícia é <i>veemente</i> ao indicar que houve agir negligente do médico.	N	Inexistente
1 ou 8	70063814909 (10° Câmara Cível)	16/09/2015	“E, considerando a alegação de erro de diagnóstico e, em consequência, de tratamento, a prova pericial é de <i>suma importância</i> para o deslinde do feito”; “As conclusões do perito foram <i>claras</i> em confirmar o diagnóstico da autora”	N	“Para que emerja a responsabilidade por dano causado a paciente em consequência de atuação do profissional, é <i>necessário que resulte provado de modo concludente</i> que o evento danoso se deu em razão de imprudência, negligência, imperícia, que

					conduza a se estampar o erro grosseiro de sua parte. Essa prova é ônus do paciente”.
1 ou 8	70064073190 (10° Câmara Cível)	18/09/2015	Inexistente	N	Inexistente
1 ou 8	70065456691 (10° Câmara Cível)	10/12/2015	Inexistente	N	“Para que emergja a responsabilidade por dano causado a paciente em consequência de atuação do profissional, é <i>necessário que resulte provado de modo concludente</i> que o evento danoso se deu em razão de imprudência, negligência, imperícia, que conduza a se estampar o erro grosseiro de sua parte”.
1 ou 8	70066941733 (9° Câmara Cível)	20/01/2016	“O magistrado não está obrigado a seguir ao pé da letra o laudo pericial, caso haja elementos científicos idôneos para desconsiderá-lo, dado o princípio do livre convencimento do juiz. Todavia, para afastar-se das conclusões estampadas na perícia, deve encontrar apoio em <i>razões sérias, ou seja, em fundamentos indubiosos</i> de que a opinião do perito colide contra princípios	N	Inexistente

			lógicos, científicos ou máximas de experiência e que existem no processo elementos probatórios com grau de verossimilhança superior, em relação aos fatos controvertidos”.		
1 ou 8	70068017177 (5° Câmara Cível)	31/08/2016	Inexistente	S	“Necessidade de um conjunto probatório <i>irretorquível</i> ”; “Portanto, o conteúdo probatório dos autos, de <i>forma inequívoca</i> , demonstra a falha na prestação dos serviços”.
	70065526733 (6° Câmara Cível)	05/10/2016	Inexistente	N	Inexistente
	70064634876 (6° Câmara Cível)	05/10/2016	Inexistente	N	Inexistente
1 ou 8	70069860955 (5° Câmara Cível)	05/12/2016	“O perito, Dr. Alberto Naiditch, apresentou laudo (fls. 125/128), cujas <i>conclusões foram determinantes</i> para o convencimento do Magistrado de primeiro grau, bem como para o deste Relator”.	N	“Necessidade de <i>conjunto probatório irretorquível</i> nas demandas por suposto erro médico”.
1 ou 8	70074252180 (9° Câmara Cível)	05/09/2017	Inexistente	N	Inexistente
3 ou 10	70052376779 (9° Câmara Cível)	04/03/2013	Inexistente	N	“Teoria da perda de uma chance: a essência da teoria está justamente na ocorrência de <i>indícios capazes de apontar a</i>

					<i>responsabilidade do agente, ainda que não haja certeza de que a conduta tenha contribuído para o resultado danoso</i> ”.
4	70069733129 (10° Câmara Cível)	04/07/2016	“O fato é que a prova hábil a amparar o juízo em tal espécie de pleito é <i>exclusivamente pericial</i> . É o exame técnico na área médica que tem condições de trazer elementos que atestem a qualidade do serviço prestado e a ocorrência, ou não, de conduta culposa”.	N	“A condenação do profissional da Medicina por “erro médico” exige <i>prova crucial</i> de que tenha agido com negligência, imprudência ou imperícia”.
8	70055756647 (10° Câmara Cível)	01/10/2013	“A prova pericial produzida foi <i>conclusiva</i> no que tange à ausência de erro nos procedimentos escolhidos pelos médicos”.	N	Inexistente
8	70055642359 (9° Câmara Cível)	12/12/2013	“Todavia, para afastar-se das conclusões estampadas na perícia, deve encontrar apoio em razões sérias, ou seja, em fundamentos indubitáveis de que a opinião do perito colide contra princípios lógicos, científicos ou máximas de experiência e que existem no processo elementos probatórios com grau de verossimilhança superior, em relação aos fatos controvertidos”.	N	Inexistente

Tabela 03

Filtro de pesquisa utilizado	Número dos autos do processo da amostra válida	Ano	Procedência	Improcedência	Expressões indicativas do grau de prova do conjunto probatório
1 ou 8	70047895883 (10° Câmara Cível)	20/05/2013	-	S	Inexistente
1 ou 8	70037190451 (6° Câmara Cível)	06/09/2013	-	S	Inexistente
1 ou 8	70046929394 (6° Câmara Cível)	06/09/2013	-	S	“Sendo necessária a evidente comprovação de cometimento de negligência, imprudência ou imperícia, pela profissional médica”.
1 ou 8	70042719807 (6° Câmara Cível)	06/09/2013	-	S	Inexistente
1 ou 8	70047638739 (6° Câmara Cível)	06/09/2013	-	S	“Sendo necessária a evidente comprovação de cometimento de negligência, imprudência ou imperícia, pela profissional médica”.
1 ou 8	70029771672 (6° Câmara Cível)	06/09/2013	-	S	“Sendo necessária a evidente comprovação de cometimento de negligência, imprudência ou imperícia, pelo profissional médico”.
1 ou 8	70048604615 (6° Câmara Cível)	06/09/2013	-	S	“Sendo necessária a evidente comprovação de cometimento de negligência, imprudência ou imperícia, pela profissional médica”.
1 ou 8	70056884968 (9° Câmara Cível)	02/12/2013	-	S	Inexistente
1 ou 8	70058752759 (5° Câmara Cível)	05/05/2014	S	-	Inexistente
1 ou 8	70059721142 (9° Câmara Cível)	26/06/2014	-	S	Inexistente
1 ou 8	70059359687 (10° Câmara Cível)	07/08/2014	-	S	“A culpa do profissional deve ficar certa, afirmada

					nos autos”; “Portanto, não há como responsabilizar o médico (...) <i>sem comprovação efetiva</i> de que tivesse o profissional se portado com imperícia, imprudência e negligência”
I ou 8	70059596486 (9° Câmara Cível)	12/09/2014	-	S	“Prova dos autos que não permite a conclusão <i>com um mínimo de certeza</i> de que houve falha na prestação do serviço pelo réu”.
I ou 8	70061063475 (9° Câmara Cível)	05/11/2014	S	-	Inexistente
I ou 8	70063814909 (10° Câmara Cível)	16/09/2015	-	S	“Para que emerja a responsabilidade por dano causado a paciente em consequência de atuação do profissional, <i>é necessário que resulte provado de modo concludente</i> que o evento danoso se deu em razão de imprudência, negligência, imperícia, que conduza a se estampar o erro grosseiro de sua parte. Essa prova é ônus do paciente”.
I ou 8	70064073190 (10° Câmara Cível)	18/09/2015	-	S	Inexistente
I ou 8	70065456691 (10° Câmara Cível)	10/12/2015	-	S	“Para que emerja a responsabilidade por dano causado a paciente em consequência de atuação do profissional, <i>é necessário que resulte provado de modo concludente</i> que o evento danoso se deu em razão de imprudência, negligência, imperícia, que conduza a se estampar o erro grosseiro de

					sua parte”.
1 ou 8	70066941733 (9° Câmara Cível)	20/01/2016	S	-	Inexistente
1 ou 8	70068017177 (5° Câmara Cível)	31/08/2016	S	-	“Necessidade de um conjunto probatório <i>irretorquível</i> ”; “Portanto, o conteúdo probatório dos autos, de <i>forma inequívoca</i> , demonstra a falha na prestação dos serviços”.
1	70065526733 (6° Câmara Cível)	05/10/2016	-	S	Inexistente
1	70064634876 (6° Câmara Cível)	05/10/2016	-	S	Inexistente
1 ou 8	70069860955 (5° Câmara Cível)	05/12/2016	-	S	“Necessidade de <i>conjunto probatório irretorquível</i> nas demandas por suposto erro médico”
1 ou 8	70074252180 (9° Câmara Cível)	05/09/2017	S	-	Inexistente
3 ou 10	70052376779 (9° Câmara Cível)	04/03/2013	S	-	“ Teoria da perda de uma chance: a essência da teoria está justamente <i>na ocorrência de indícios capazes de apontar a responsabilidade do agente, ainda que não haja certeza</i> de que a conduta tenha contribuído para o resultado danoso”.
4	70069733129 (10° Câmara Cível)	04/07/2016	-	S	“A condenação do profissional da Medicina por “erro médico” exige <i>prova crucial</i> de que tenha agido com negligência, imprudência ou imperícia”.
8	70055756647	01/10/2013	-	S	Inexistente

	(10° Câmara Cível)				
8	70055642359 (9° Câmara Cível)	12/12/2013	S	-	Inexistente

ANEXO 03 – GRÁFICOS

Interpretação numérica dos dados correspondentes à Tabela 01:

a) amostra total e amostra válida de cada Tribunal

Tribunal	Período	Amostra total:	Amostra válida: acórdão selecionados manualmente
TJMG	01/01/2013 à 01/12/2017	137 acórdãos	39 acórdãos
TJRS	01/01/2013 à 01/12/2017	94 acórdãos	26 acórdãos

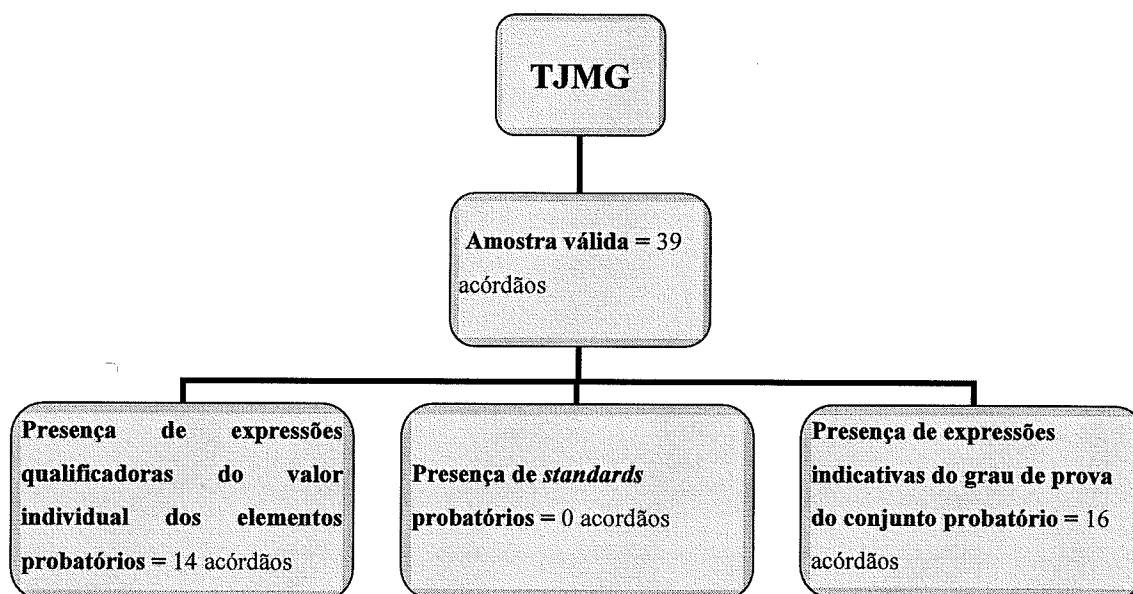
b) somatório da amostra válida de ambos os Tribunais

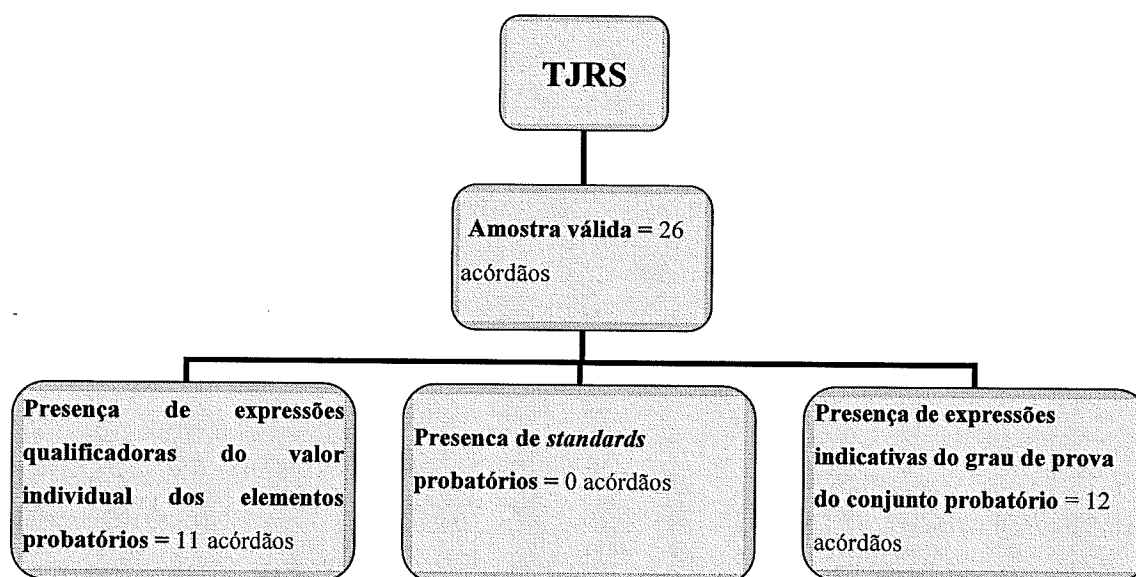
Tribunal	Período	Amostra total	Amostra válida
TJMG + TJRS	01/01/2013 à 01/12/2017	231 acórdãos	65 acórdãos

Fonte: elaborados pela autora.

Interpretação dos dados correspondentes à Tabela 02:

a) resultados numéricos

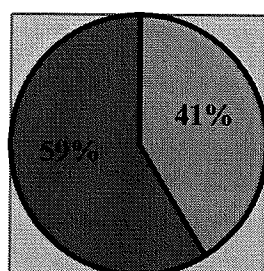




Fonte: elaborados pela autora

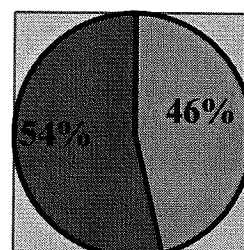
b) resultados percentuais: esses gráficos interpretam em termos percentuais os resultados numéricos obtidos a partir da tabela 02 para fins de estabelecer o percentual de acórdãos da amostra válida que utilizaram expressões indicativas do grau de prova do conjunto probatório. A legenda indica Sim ou Não para a presença, nos julgados da amostra válida, das referidas expressões. Perceba que primeiramente é feito cálculo da porcentagem que leva em conta a amostra válida de cada Tribunal, e em seguida, o cálculo da porcentagem é realizado com base no somatório da amostra válida de ambos os Tribunais.

TJMG



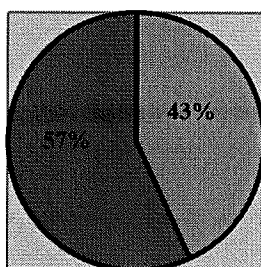
■ SIM ■ NÃO

TJRS



■ SIM ■ NÃO

TJMG + TJRS

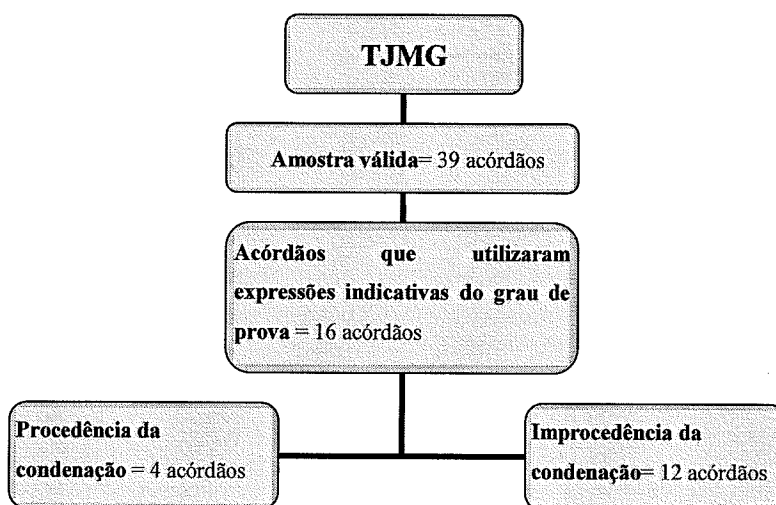


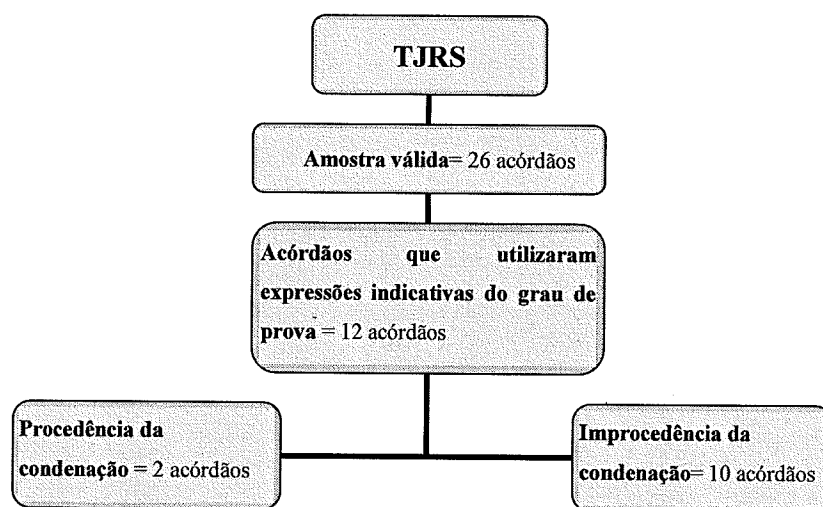
■ SIM ■ NÃO

Fonte: elaborados pela autora

Intepretação dos dados correspondentes à Tabela 03:

a) resultados numéricos

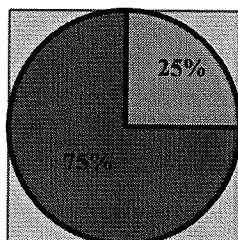




Fonte: elaborados pela autora

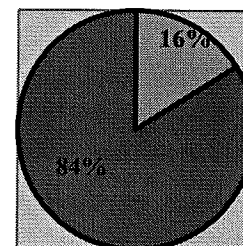
b) resultados percentuais: esses gráficos interpretam em termos percentuais os resultados numéricos obtidos a partir da tabela 03 para fins de determinar o percentual de acórdãos da amostra válida que, ao se valer de expressões indicativas do grau de prova do conjunto probatório, julgaram procedente ou improcedente a demanda contra o médico.

TJMG



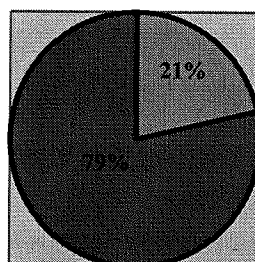
■ Procedência ■ Improcedência

TJRS



■ Procedência ■ Improcedência

TJRS+ TJMG



■ Procedência ■ Improcedência

Fonte: elaborados pela autora