XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

FERNANDO DE BRITO ALVES

GABRIELA MAIA REBOUÇAS

ISAAC COSTA REIS

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fernando De Brito Alves; Gabriela Maia Rebouças; Isaac Costa Reis - Florianópolis: CONPEDI, 2017

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-419-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Igualdade 3. Princípios. 4.Filosofia.

XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

O XXVI Encontro Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, ocorrido em Brasília entre os dias 19 e 21 de julho de 2017, teve como tema central "Desigualdades e Desenvolvimento: o papel do Direito nas Políticas Públicas."

Ao longo de três dias, professores e pesquisadores de todo o Brasil debateram os principais temas ligados aos aspectos práticos e teóricos de sua atividade. Nesse contexto, o Grupo de Trabalho intitulado "Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica I" ocorreu na tarde do terceiro dia, sob a coordenação dos Professores Dr. Fernando de Brito Alves, da Universidade Estadual do Norte do Paraná, Dr.ª Gabriela Maia Rebouças, da Universidade Tiradentes/SE e Dr. Isaac Reis, da Universidade de Brasília- UnB.

Os trabalhos foram agrupados em blocos temáticos, visando possibilitar um diálogo mais profícuo dos temas. Após um conjunto de apresentações individuais, seguiu-se ao debate, que primou pela escuta atenta, pela colaboração entre os pares e pela problematização dos coordenadores, no intuito de qualificar e adensar as pesquisas, propondo melhorias na delimitação de seus objetos, de forma que todos os presentes manifestaram o apreço de se sentirem contemplados .

O primeiro grupo de trabalhos tratou de temáticas ligadas a igualdade, diferença e desigualdade, indo de questões como o acesso à terra e cotas raciais, até a discussão sobre o conceito de sujeito na modernidade e na pós-modernidade. No segundo bloco, as pesquisas giraram em torno das teorias e processos decisórios no Direito: ponderação de princípios, discricionariedade, ônus da prova, eficiência e argumentação estiveram entre os temas destacados. O terceiro bloco teve como foco as teorias da justiça e suas exigências nos processos decisórios, tanto judiciais quanto em matéria de políticas públicas. Um quarto bloco de pesquisas priorizou a abordagem de questões teóricas ligadas a aspectos linguísticos, argumentativos e justificativos do Direito enquanto prática decisional, ao passo que o último grupo de trabalhos buscou a aplicação das teorias na análise de discursos e decisões acerca de questões como união homoafetiva, direito à saúde e trabalho escravo.

Como conclusão, o grupo afirmou a tendência da área de Filosofia do Direito (e suas subdivisões) de caminhar na direção de pesquisas que utilizem os marcos teóricos

efetivamente como instrumentos para a análise de problemas jurídico-sociais concretos (teóricos ou práticos). Criticou-se a utilização de teorias desvinculadas de suas condições reais de produção e das questões a que elas procuraram, a seu tempo, dar respostas, apontando para um um paradigma de pesquisa no qual os autores e teorias mainstream sejam compreendidos a partir de sua realidade econômica, política e social.

As contribuições apresentadas deixaram patente que as comunidades acadêmicas ligadas ao GT, oriundas de diversos grupos de pesquisa e linhas dos programas stricto sensu no Brasil, com representatividade de todas as regiões – norte, nordeste, centro oeste, sul e sudeste – estão em processo de autoquestionamento e franco desenvolvimento, adensando e qualificando o debate , o que seguramente contribuirá para o aumento da qualidade da Pós-Graduação em Direito no Brasil.

Prof. Dr. Fernando De Brito Alves - Universidade Estadual do Norte do Paraná

Prof.ª Dr.ª Gabriela Maia Rebouças - Universidade Tiradentes

Prof. Dr. Isaac Reis - Universidade de Brasília (UnB)

A EQUALIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A NECESSIDADE DE POSTURA ATIVA DAS PARTES FRENTE AO PODER INSTRUTÓRIO DO JULGADOR

THE PRODUCTION OF EVIDENCE AND ITS EQUALIZATION IN THE JUDICIAL PROCESS: CONCEPT OF EVIDENCE AND THE ANALYSIS OF THE ROLE

Giovanni Bonato [1]
Lavínia Helena Macedo Coelho [2]

Resumo

Este ensaio aborda questão tormentosa para os operadores da ciência jurídica: a produção de prova e sua equalização de acordo com as novas diretrizes do processo civil. Partindo da formulação de conceito e de análise do papel das partes e do magistrado, busca-se comprovar a importância da descrição dos fatos jurídicos na distribuição do ônus da prova e na concretização do contraditório pleno e efetivo, normas fundamentes para elaboração de discurso jurídico válido.

Palavras-chave: Prova, Ônus, Poder instrutório, Discurso jurídico e tutela adequada

Abstract/Resumen/Résumé

This essay approaches a stormy question for legal science operators: the production of evidence and its equalization in the judicial process. Based on the formulation of the concept of evidence and the analysis of the role of the parties and of the judge, it is sought to prove the importance of describing to distribute the burden of proof and, consequently, full effective contradictory, funademental principle in the construcion of legal discourse.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Evidence, Burden, Instructional power, Legal discourse e guardianship

---

[1] Doutor em Direito Processual Civil pela Universidade "La Sapienza" de Roma (Itália). Professor Visitante na Universidade Federal do Maranhão, Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça

[2] Mestranda em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão - UFMA; Especialista em Direito Civil e Processual Civil

1. INTRODUÇÃO

A escolha de abordar o direito probatório à luz do Novo Código de Processo Civil transborda o exame dos ideais de democratização do processo para enfrentar questão relegada por estudiosos e operadores do direito que, historicamente, optaram por discussões teóricas, valorando de forma inferior os fatos jurídicos e a sua comprovação dentro do processo. Colhe-se referida postura como resultado da crítica rasa e infundada ao empirismo, método de conhecimento que legitima a produção do saber científico a partir das experiências práticas, apresentado em contraposição ao racionalismo.

Após o advento do Estado Moderno, com a consolidação da burguesia, a busca do conhecimento por meio da prática fora relegada não apenas por filósofos, mas sobretudo por juristas, que preferiram deixar o problema atrelado ao mundo das ideias, ou seja, ao campo teórico. Destarte, o emprego do empirismo pelo sujeito para analisar o objeto de pesquisa fora tomado por vulgar (saber comum), que apenas servira em época da História para legitimar o sistema capitalista.

Delineando tal problemática, o jurista MARINONI, na introdução da obra Prova e Convicção de acordo com o CPC DE 2015, remete aos ensinamentos do Professor William Twining, que afirma: N*oventa por cento dos advogados gastam noventa por cento do seu tempo lidando com fatos e que isso curiosamente não se reflete nos cursos de direito* (2015, p. 27). E tratando da importância da demonstração dos fatos, prossegue:

> "*(...) E isso não apenas porque os juízes, promotores e advogados obviamente não podem trabalhar sem conhecer a matéria atinente à prova dos fatos em juízo, mas também porque a legitimidade das suas funções depende de uma adequada noção de justiça processual para cuja identificação e respeito é imprescindível o correto delineamento dos institutos probatórios*".

O apreço diminuto pelas questões fáticas contamina os operadores do direito e pode ser visualizado nas petições iniciais e contestações, onde límpida a preocupação com a formulação de tese jurídica, através da transcrição de obras e jurisprudências, em detrimento do acontecido no mundo fenomênico. É dentro do contexto que não valoriza as experiências fáticas que se transporta referida problemática para as ciências jurídicas, aqui abordada na visão de David Hume, para quem há três tipos de argumentos: as demonstrações, as probabilidades e as provas. Estas últimas, de acordo com a empiria, são as mais relevantes para elaboração de argumentos sólidos, por brotarem da experiência, razão pela qual foram eleitas como objeto do presente artigo.

Nessa esteira, propõe-se analisar as modificações do sistema probatório com o advento do Código de Processo Civil em 2015, partindo do pressuposto que apesar da repetição literal de artigos, a forma de interpretar exige releitura inspirada nos princípios democráticos constitucionais. A migração do critério da subjetividade para o da intersubjetividade; a priorização da resolução do mérito ao invés da extinção sem análise da controvérsia; a valorização da celeridade sem desvencilhá-la da boa-fé objetiva; e a concessão de maior poder instrutório ao julgador, desde que fundamentado; passaram a ser tomados como pilares da ciência processual civil.

2. A BUSCA PELA FORMULAÇÃO DE UM CONCEITO DE PROVA JURÍDICA

Almeja o presente artigo tratar das questões preponderantes para o aplicador do direito quando se depara com uma das mais difíceis regras da ciência jurídica: a prova e sua equalização nos casos concretos. Parte-se da tentativa de formular conceito que estabeleça nexo de causalidade entre as partes e o fato jurídico, sendo o juiz o coordenador dessa relação processual. Inicia-se com reflexão de POSNER (2009, p. 137):

> *Obviamente, poucos processos judiciais possuem a ambiguidade de um Hamlet. Muitos casos envolvem quebra-cabeças que podem ser solucionados com as ferramentas técnicas da análise jurídica. Nesses casos, o juiz é como o leitor de um romance policial. O Júri, como investigador dos fatos, desempenha uma função semelhante. Sua condição de espectador difere daquela que ressalto aqui, a do juiz recursal, que deve decidir não onde está a verdade, mas qual das partes tem mais razão. Em ambos os casos, contudo, a escolha é neutra, como a do público de uma peça de teatro, pois não afeta a renda do juiz ou do júri. Além disso, quanto menos informação o tribunal tiver, mais dramático terá de ser o julgamento se se quiser manter o público atento. Não é de surpreender que os julgamentos anglo-americanos, historicamente dominados pelos júris, sejam mais dramáticos que os europeus, dominados pelos juízes profissionais.*

Conceituar prova jurídica não se apraza tarefa fácil, já que uma formulação ampla e generalizante afasta-se das novas diretrizes processuais. Entendê-la como todo e qualquer instrumento capaz de reconstruir os acontecimentos do mundo fenomênico, necessários para exata compreensão da lide, pode ter sido suficiente por séculos, contudo, não mais se aperfeiçoa satisfativa na atualidade. Nem a parte, nem o julgador, pode contentar-se com a análise literal da regra jurídica decorrente da aplicação de método dedutivo e lógico. O positivismo de Hans Kelsen e Max Weber, assim como o cartesianismo social de Émile Durkheim, não se mostram mais suficientes diante do progresso da sociedade, que demanda por nova interpretação que supere a aplicação literal dos dispositivos legais e o emprego da lógica formal.

O julgador do presente resta obrigado a apelar para argumentos racionais que considerem o científico e o valorativo. A busca da certeza, e dentro dessa, a da própria verdade processual, passa a ser o objetivo da Ciência do Direito, que não mais cabe nos ideais positivistas. *A* prova é elevada a meio de formação de convencimento do julgador, desenvolvida, em regra, pelas partes, para embasar o discurso da argumentação. Ratificando dito posicionamento, destaca-se o entendimento de WAMBIER (2016, p.225)

> *Assim, a prova é o instrumento processual adequado a permitir que o juiz forme convencimento sobre os fatos pertinentes à situação jurídica objeto da atuação jurisdicional. Normalmente isso implica reconstrução histórica do passado, i.e., investigação de fatos pretéritos (p. ex. Definir se houve empréstimo, se houve pagamento, se um dos cônjuges cometeu falta grave, se a sociedade publicou todos os editais para fazer a assembleia etc.). Mas, em certas ocasiões, pode ser necessário aferir eventos ainda vigentes (p.ex., identificar se o filho tem necessidade de receber alimentos e se o pai tem condições de pagá-lo etc.) ou sua perspectiva de ocorrência, continuidade ou repetição no futuro (p. ex., definir se há o risco de rompimento de uma barragem, se o paciente falecerá se não fizer uma cirurgia etc.).*

No mesmo sentido, transcreve-se as lições de CÂMARA (2016, p. 224):

> *Pode-se afirmar que prova é a alma do processo de conhecimento. É que só através das provas o juiz poderá reconstruir o mérito da causa e, com isso, produzir uma decisão que – construída através da participação em contraditório de todos os atores do processo – seja a correta para o caso deduzida. É através da atividade de produção e valoração da prova, portanto, que o processo de conhecimento poderá adequadamente produzir os resultados que dele são esperados.*

3 O PAPEL DAS PARTES NO SISTEMA PROBATÓRIO

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, a busca da verdade no processo ganha importância por possibilitar ao Juízo o conhecimento dos fatos jurídicos e a aplicação do princípio da subsunção. O relato do ocorrido no mundo fenomênico possibilita ao julgador selecionar a norma hipotética e abstrata adequada para o caso concreto, como já lecionava Eurico Tulio Liebman. Já a oferta da prestação jurisdicional resta condicionada à busca da verdade real, que essencial para prolação de decisão justa e fundamentada, sendo a participação ativa de todos os atores essencial[1]. Destaca-se o entendimento de YARSHELL, em palestra proferida acerca do sistema de provas:

---

[1] SÚMULA DE JULGAMENTO . AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. NÃO COMPROVAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE CONTRATO. CONDENAÇÃO EM REPARAÇÃO DO INDÉBITO E DANO MORAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – Pretende a parte recorrente a reforma da sentença que declarou a nulidade do contrato de empréstimo nº 203074838, determinando o pagamento em dobro das parcelas descontadas, totalizando o valor de R$ 3.401,64 (três mil, quatrocentos e um reais e sessenta quatro centavos), além de indenização de R$ 12.000,00 (doze mil reais) por danos morais. Para alcançar tal desiderato, alega a validade do contrato, ausência de dano moral, impossibilidade de restituição dobrada e valor excessivo na indenização. II - Validade do contrato. Conjunto probatório frágil. Deveria a parte recorrente apresentar o contrato de empréstimo, porém se limitou a juntar

> *In particolare, rispetto ai poteri istruttori, ha prevalso in dottrina la tesi secondo cui l'attività officiosa deve essere ampia e non è condizionata all'iniziativa delle parti. Inoltre, è stato riconosciuto che l'attività istruttoria del giudice non è meramente sussidiaria, né è condizionata o dipende dalla natura del diritto dedotto in giudizio o dalla posizione delle parti rispetto al rapporto giuridico sostanziale.*
> *(...)*
> *Tutto ciò è basato sulla convinzione che la ricerca della verità sarebbe un requisito essenziale per l'emanazione di decisioni giuste e che, pertanto, nel disporre d'ufficio l'assunzione di mezzi di prova il giudice starebbe attuando il diritto oggettivo, perseguendo in tal modo un obbiettivo che è prima di tutto dello Stato. La dottrina maggioritaria ha ritenuto che l'iniziativa ufficiosa del giudice in materia probatoria non violasse il principio di uguaglianza delle parti, né mettesse a rischio l'imparzialità dell'organo giudicante.*
> *(...)*
> *Accade che, paradossamente, il codice di procedura civile (del 2015), senza propriamente negare i poteri istruttori del giudice e l'iniziativa officiosa, ha finito per attribuire alle parti un ruolo particolarmente rilevante in materia probatoria.*

Com o advento do novo código, a figura do julgador não mais ocupa papel central, pois atribuído aos demais atores, que passaram a deter função extremamente relevante quando se trata da produção de prova, na medida em que obrigados a influir no juízo de convencimento daquele. Entretanto, apesar dos novos corolários, como o do contraditório pleno e o da impossibilidade de decisão surpresa, o legislador manteve a orientação de conservar os poderes instrutórios do juiz que pode, ainda que de ofício, determinar a produção quando pairar dúvida no caso concreto, desde que o faça por meio de decisão fundamentada e sem incidir na mácula da parcialidade.

Interessante destacar que é um tanto quanto utópico, para não se dizer temoroso, imaginar que o sujeito cognoscente é neutro e que o objeto contemple apenas uma verdade, e mais ainda, transferir a solução do problema para o campo da subjetividade. Nesse contexto, a regra da distribuição do ônus da prova, desde que aplicada corretamente e por um juiz imparcial, assegura a concretização do princípio do contraditório, evitando surpresas. Cabe ao julgador

---

cópias de outros contratos com numeração diferente do discutido nos autos. III – Logo, as circunstâncias mencionadas impelem em reconhecer a nulidade do contrato de empréstimo. Soma-se o fato da parte recorrida ter afirmado em Juízo que nunca realizara qualquer contrato de empréstimo consignado com a parte recorrente. IV - Com a inversão do ônus probante, deveria a parte recorrente apresentar o comprovante de transferência dos valores referente ao suposto empréstimo através de TED, porém não se prestou a juntá-lo, nem qualquer outro documento que comprovasse o repasse. Ora, tal inércia, de per si, justifica a manutenção da condenação em danos materiais (...). In casu, diante da constatação de realização de empréstimo não contratado, decorrente da falha na prestação de serviço do recorrente, o dano moral se faz presente. (...)XI - Recurso conhecido e parcialmente provido para reformar a sentença tão somente em relação ao valor de danos morais, mantendo-se integralmente os demais dispositivos. XII - Condenação da parte recorrente em custas processuais, já recolhidas, e na verba honorária em quantia equivalente a 10% sobre o valor da condenação. XIII - Súmula de julgamento que serve de acórdão (art. 46, segunda parte, da Lei n.º 9.099/95). (RECURSO INOMINADO Nº: 282/2013-1. RELATORA: LAVÍNIA HELENA MACEDO COELHO, ACÓRDÃO N.º 243).

proferir decisão construída de forma dialética, que reflita a verdade processual, e fulcrada em sólido arcabouço probatório.

A nova lei processual civil assegurou às partes *o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz* (art. 369, CPC/15). Esse dispositivo repete, quase que na integralidade, o código anterior, mas a expressão "influir eficazmente na convicção do juiz" exige comportamento ativo da parte, que obrigada a influenciar, de forma eficaz, na formação do convencimento. Assim, terá que produzir provas aptas a sustentar o diálogo e que se contraponham ao alegado pela parte adversa. Quanto ao magistrado, diante do conflito, deve utilizar do método dialético para superar a dicotomia e encontrar a verdade dos autos, a fim de aplicar o dispositivo mais adequado para resolver a demanda2.

A prova assume *um papel de argumento teórico, elemento de argumentação, dirigido a convencer o magistrado de que a afirmação feita pela parte, no sentido de que alguma coisa efetivamente ocorreu, merece crédito* (MARINONI, 2015, p. 63). No mesmo sentido, transcreve-se lição do mesmo autor, agora citando CARNELUTTI: *A prova, então, assume a condição de um meio teórico, regulado pela lei, dirigido dentro dos parâmetros fixados pelo Direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo*.

Destinadas a corroborar os fatos trazidos pelas partes, quer na petição inicial, quer na contestação ou reconvenção, as provas são elementos de convencimento do julgador, dotadas de caráter científico, razão pela qual se conclui que apenas os fatos controvertidos serão objetos de prova, sendo despicienda quando se trata de afirmações incontroversas (arts. 341 e 374, III, CPC/2015).

As partes têm liberdade de produzir prova válida, sendo referido rol aberto, como se verifica quando da leitura do dispositivo. Entretanto, não se pode perder o referencial de que a prova tem como destinatário o magistrado, razão pela qual deve este sujeito ser convencido da

---

[2]SÚMULA DO JULGAMENTO: RECURSO INOMINADO EM AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. 1. Alega a parte autora, ora recorrida, ter contrato os serviços de internet (Plano Oi Velox Banda Larga), o qual desde agosto de 2014 tem funcionado de forma irregular. 2. Sentença. Procedência parcial dos pedidos contidos na inicial para condenar a parte recorrente ao pagamento de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) a título de indenização por danos morais. 3. Razões Recursais. Sustenta a parte recorrente a ausência de qualquer atitude ilícita ou irregular, ausência de dano moral e excesso no quantum indenizatório. 4. Falha na Prestação de Serviços. Ao disponibilizar o serviço, é dever da recorrente oferecê-lo com segurança e regularidade. Não há qualquer prova nos autos que ateste a correta prestação de serviço por parte da operadora de telefonia. Embora conteste os fatos alegados, não apresenta qualquer prova de suas alegações. Sendo assim, a responsabilização pelos prejuízos advindos da má prestação de serviço é medida que se impõe. 5. (...). 8. Recurso inominado conhecido e improvido. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. 9. Condenação da parte recorrente em custas processuais, já recolhidas, e na verba honorária em quantia equivalente a 20% sobre o valor da condenação. 10. Súmula de julgamento que serve de acórdão (art. 46, segunda parte, da Lei n.º 9.099/95). Resp: 173856. Rel. LAVÍNIA HELENA MACEDO COELHO.

sua validade. Há entendimento doutrinário que amplia a destinação para as partes e terceiros, já que o fim último da jurisdição seria a pacificação social. Convém dispor que ainda que as partes produzam provas que retratem fielmente o acontecido, inexiste método que garanta que julgadores distintos prolatarão sentenças de mesmo teor. Nesse sentido, destaco o escólio de MARINONI (2015, p.66):

> *Assim se explica o porquê, diante de dois processos idênticos em que foram produzidas as mesmas alegações e as mesmas provas, de dois juízes distintos poderem chegar a duas conclusões completamente antagônicas: é que a prova não se presta à reconstrução da verdade – caso em que as conclusões judiciais, como exercício de mero silogismo, deveriam ser, inexoravelmente, as mesmas -, mas a apoiar a argumentação retórica das partes (e também do magistrado) sobre a controvérsia exposta.*

Sabe-se da impossibilidade do ser humano alcançar a essência da verdade, limite esse reconhecido pelos filósofos há séculos. Sabe-se, ainda, da inafastabilidade da jurisdição por desconhecimento. Partindo dessas premissas, afere-se que ao magistrado do presente requer-se que, além de ciente da limitação quanto ao alcance da verdade em si, profira decisão jurídica convicto do acontecido no mundo concreto, sendo a prova indispensável para construção desse discurso válido. Acerca da teoria do discurso, destaca-se HECK (2010, p. 99):

> *A teoria do discurso é uma teoria procedimental. A concepção de racionalidade da teoria do discurso é, por isso, a de uma racionalidade universalista procedimental. (...) O conceito da teoria do discurso é o conceito do juízo racional. Esse é definido pelo conceito da fundamentação ou argumentação racional. O último, outra vez, é determinado pela ideia do discurso racional.*

A despeito da prova aproximar o julgador do fato jurídico, o ônus recai sobre as partes, sendo que apenas de forma suplementar aquele deve determinar a produção. Ora, como não lhe é dado o direito de recusar a jurisdição por ausência de conhecimento, nem fazer uso do *non liquet* (expressão romana aplicada quando o magistrado deixa de julgar por não conseguir formular resposta jurídica), pode determinar a produção de provas para suprir lacuna. Transcreve-se as lições de RAMOS (2015, p.73)

> *A doutrina atual, com a correção do brocardo, busca demonstrar, assim, que o aporte de provas ao processo não pode ser incluído no princípio dispositivo, nem pode ser limitado pelo princípio de aportación de parte (influenciado plo mencionado erro histórico). Afinal, os litigantes são livres para dispor dos interesses deduzidos em juízo,, ou seja, do objeto do processo, mas não o são a respeito do próprio processo, é dizer, seu desenvolvimento, ao conceber-se esse não somente como instrumento dirigido à tutela jurisdicional de direitos privados, mas, ainda, como função pública do Estado, interessado, portanto, no melhor cumprimento de tal função.*
> *As partes podem, em outras palavras, escolher se querem bater à porta do Judiciário ou não, podem escolher sair do Judiciário (quando há, por exemplo, desistência de uma das partes e concordância pela outra) – tudo isso está dentro do princípio do dispositivo. Não podem, entretanto, forçar o juiz a deixar de considerar uma prova*

> *relevante. As partes não têm esse direito (conforme, inclusive, demonstra o art. 370 do Novo CPC).*

O dispositivo que assegura a produção de prova de ofício deve ser aplicado com cautela, pois mecanismo para concretizar a verdade material quando o julgador tiver dúvida, jamais para suprir inércia de parte. Insiste-se que essa participação ativa do julgador é medida anômala e destinada a formar juízo de convicção, sendo lastreada na inafastabilidade da jurisdição.

A linha divisória entre a imparcialidade e a determinação de prova oficiosa é por demais tênue, motivo pelo qual a decisão deve conter argumentos jurídicos sólidos. Ressalve-se que há entendimento doutrinário, ainda que minoritário, que apenas aceita a participação ativa do magistrado na produção de prova quando se trata de direito indisponível, que não pode ser objeto de transação pelas partes.

Afere-se que o magistrado deve buscar a verdade dentro dos autos, precisamente nas provas; na ausência destas, fulcrado no poder instrutório, pode determinar a produção. Ocorre que tal poder sofre limitações, sendo que há duas correntes que abordam essa questão. A primeira, entende que *excluir ou limitar o poder judicial de instrução probatória implicaria excluir ou afetar o próprio poder de proferir a decisão adequada* (WAMBIER, 2016, p. 229). Como o juiz está obrigado a decidir, deve determinar a produção de provas de ofício, desde que não caracterizada omissão voluntária da parte, nem assistência unilateral em favor de um ator processual. Já a segunda corrente, minoritária, entende que o poder instrutório do julgador é limitado, haja vista ser da parte o direito e o ônus de produzir prova, sendo que apenas de forma supletiva e versando de direitos indisponíveis, poderia ser determinada a produção oficiosa.

Resta claro que o juiz não pode utilizar seus poderes instrutórios para beneficiar uma parte, nem tornar-se seu assistente. Entretanto, pode determinar a produção oficiosa, desde que, afastado o fator surpresa, apresente sólida fundamentação (art. 5º, LV, da CF/88 e arts. 9 e 10 do CPC/2015). Assim, o poder instrutório do juiz tem natureza jurídica de garantia estipulada em benefício dos atores processuais, que poderão obter julgamento adequado ainda quando a prova reunida não se mostrar suficiente.

De fato, em busca da construção da verdade do processo, o novo Código amplia os poderes instrutórios do magistrado, pois além de prevê a regra de distribuição do ônus da prova, inclusive sua inversão, e a litigância de má-fé, estabelece *medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido* (art. 400, CPC/2015). Todavia, as críticas quanto à ampliação desses poderes restam equivocadas, pois conferidos ao magistrado para assegurar a verdade real, a captura do acontecido. A postura ativa do

magistrado é necessária para a distribuição do ônus da prova quando faltam elementos nos autos para proferir decisão jurídica adequada. Corroborando esse entendimento, destaca-se trecho de obra de CAPPELLETTI (1989, p. 86):

> *O papel criativo dos juízes na evolução e modernização do direito constitui agora um dado geralmente aceito. Certamente, este papel implica certo grau de discricionariedade e, por isso, "de politicização" e "socialização" da atividade e, assim, do poder jurisdicional*".

Entende-se, pois, desarrazoada a crítica de suposto aumento do poder instrutório no novo código, pois formulado para instrumentalizar a busca da verdade processual, portanto, em benefício das partes. O papel do magistrado, no processo civil moderno, de cunho constitucional e democrático, é de coordenar o procedimento na busca da pacificação social, sendo refutada qualquer tentativa de desvirtuamento dos mecanismos processuais para beneficiar parte. Confirmando dito entendimento, transcreve-se MARINONI (2015, p. 189):

> *A quem pense serem exagerados esses poderes instrutórios, cabe invocar o exemplo do direito comparado. Merece referência, em especial, o disposto no art. 519 do CPC português. Esse artigo dispõe que "todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados". E, em seguida – estabelecendo as sanções cabíveis para o descumprimento do preceito -, afirma que "aqueles que recusem a colaboração devida serão condenados em multa, se prejuízos dos meios coercitivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal apreciará livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ônus da prova decorrente do preceituado n.2 do art. 344 do Código Civil.*

4. O PRINCÍPIO DA COLABORAÇÃO EM MATÉRIA PROBATÓRIA

Dentre todos as inovações em matéria processual advindas com o CPC/15, o dever de cooperação entre os sujeitos do processo, na busca por uma tutela justa e efetiva, ofertada em tempo razoável, merece especial análise. Com efeito, referida norma estabelece novo paradigma, por determinar que as partes têm o dever de colaboração com o sistema de justiça, sendo, portanto, considerada uma evolução, pois durante anos práticas desleais ficaram isentas de punição no desenrolar da relação processual. Cizânia doutrinária persiste quando se trata de analisar quais atores processuais teriam esse dever de colaboração.

A primeira corrente, majoritária em nosso ordenamento, entende que a postura cooperativa envolve apenas parte e juiz, excluindo tal dever na relação das partes entre si. Já a segunda, minoritária, empregada no ordenamento norte-americano, amplia o dever de colaboração ao envolver todos os atores processuais, ou seja, autor e réu devem colaborar inclusive entre si. Sem embargo, referida corrente é de difícil compreensão numa sociedade que

valoriza o litígio, cujo o operador é talhado tão somente para solucioná-lo, mas não se tem dúvida que representa o caminho por impor, aos que recorrem ao Poder Judiciário, postura ética e social adequada.

As partes têm o dever de expor os fatos em Juízo conforme a verdade; assim como qualquer pessoa capaz de manter ou modificar o curso do processo, através do desempenho de atividade probatória, é obrigada a fazê-lo (art. 77, I, CPC/2015). Referidas obrigações emanam do monopólio da jurisdição pelo Estado-Juiz, que não pode se esquivar da prestação da tutela. Logo, considera-se adequado e necessário o comando legal que estabelece o poder de colaboração de forma ampla, dirigido a todos, sendo que a sua violação caracteriza litigância de má-fé (art. 80, II, CPC/2015). Dispõe-se que esse dever de colaboração com o Poder Judiciário sempre esteve presente no direito processual civil, entretanto, fora elevado à categoria de princípio ante sua importância crescente.

Estabelece o Novo Código, no art. 379: *preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte: I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária; III - praticar o ato que lhe for determinado*". Segue no art. 380: *"Incumbe ao terceiro, em relação a qualquer causa: I - informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento; II - exibir coisa ou documento que esteja em seu poder. Parágrafo único. Poderá o juiz, em caso de descumprimento, determinar, além da imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias*".

Partindo de interpretação literal do dispositivo citado, constata-se a existência do dever de colaboração das partes e de terceiros com o Poder Judiciário na reconstrução de uma verdade processual. Todavia, há possibilidade de não produzir prova contra si, como os que estão impossibilitados de colaborar com a verdade na condição de testemunha e os considerados incapazes, impedidos ou suspeitos (NCPC, art. 477); bem como quando a declaração acarretar grave dano, também aplicado ao cônjuge, companheiro e parentes ou que tenha o dever profissional de zelar pelo sigilo. Já o art. 341 estabelece que o réu deve impugnar as alegações de fato deduzidas na exordial, sob pena de presunção de veracidade.

Da interpretação das premissas, conclui-se que ratificado o dever do réu de colaborar com a verdade e manifestar-se acerca dos fatos descritos pelo autor, sendo que a inércia quanto à impugnação enseja a aplicação da presunção de veracidade. Interessante destacar que ninguém é obrigado a produzir prova contra si, mas quando se trata da figura do réu essa inércia tem consequencialidade, pois do silêncio decorre a presunção de veracidade.

5 ÔNUS DA PROVA

É cediço que o julgador não pode se esquivar de decidir, nem aplicar o *non liquet*, razão pela qual obrigado a determinar, de ofício ou a requerimento das partes, a produção de provas necessárias para a resolução do mérito da controvérsia. É cediço mais, que há critérios que possibilitam a solução do conflito quando os fatos principais não estão límpidos, sendo esses o objeto de análise desse tópico. A regra determina que ao autor cabe provar os fatos constitutivos do seu pretenso direito; bem que ao réu, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, restando expressa no art. 373 do CPC/2015, tendo por inspiração a teoria alemã de Normentheorie.

Também determina que há fatos que não dependem de prova, quais sejam, os notórios; os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; os admitidos no processo como incontroversos; e os que em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. Fato notório é o que dispensa prova para ser tomado como verdadeiro. Confesso é quando uma parte admite por verdadeiro o levantado pela parte adversa. Incontroverso é o fato que não gera dúvida. Presunção legal de existência ou de veracidade envolve hipótese que não admite questionamento.

As regras de distribuição do ônus da prova são objetivas. Todavia, incide em erro quem imagina que essa equalização seja descomplicada, antes afigura-se como um dos problemas mais árduos para o julgador. STRECK (2016, p.), ao comentar o art. 370, destaca:

> Esse dispositivo se constituía no artigo 130 do CPC/73. Agora desdobrado em *caput* e parágrafo, não introduziu alterações sintáticas. Evidentemente, se o seu texto é o mesmo, a sua norma deverá ser diferente, na medida em que o CPC se inscreve em um novo paradigma de compreensão, isto é, do superado paradigma da subjetividade parte-se para a intersubjetividade. *Isso quer dizer que o juiz, quando agir de ofício, não terá a liberdade de convencimento ou a liberdade de apreciação do quadro probatório como tinha no CPC derrogado.*

Retorna-se aqui a questão do poder instrutório concedido ao julgador, pois entende dito jurista que esse não pode ser tomado como absoluto ou ilimitado, mas exercido de acordo com os princípios que fundamentam o novo processo civil. Assim, entende que se a parte autora não comprova os fatos constitutivos, não pode o julgador assumir tal ônus quando versar a demanda acerca de direitos disponíveis. Transcende, ao admitir a produção oficiosa de prova apenas nos casos de direito indisponível, em que não permitida transação. Segue-se destacando ainda entendimento de STRECK (2016), que se frise, é minoritário:

> *Mesmo que esteja autorizado a agir de ofício, não pode se colocar de um lado do processo, olvidando a necessária imparcialidade, que deve ser entendida, no plano*

> *do Constitucionalismo Contemporâneo, como o princípio que obriga o juiz a uma* fairness *(Dworkin), isto é, a um jogo limpo, em que as provas são apreciadas com equanimidade. Isso também quer dizer que, mesmo que possa agir de ofício, o juiz não o faça agindo por políticas ou circunstâncias de moralidade, e sim por intermédio dos princípios constitucionais.*

A despeito da regra ser límpida, exigindo, *prima facie*, apenas interpretação literal, tem-se que para uma correta distribuição do ônus mister uma real descrição dos fatos jurídicos. Diante da valorização do acontecido no mundo fenomênico para resolução da lide, exige-se mais das partes e do juiz com relação à prova, sendo que não mais suficiente a postura vigente no código anterior. As partes devem se preocupar mais com o relato dos fatos para possibilitar ao julgador a exata compreensão da controvérsia. Este não pode deixar de fundamentar suas decisões, assegurar o contraditório e evitar a decisão surpresa. Com efeito, a releitura deve ser efetivada a partir de novos paradigmas, quais sejam, os princípios constitucionais democráticos. Nesse sentido, transcreve-se ALEXY (2013, p.39):

> *Também algumas considerações do Tribunal Constitucional Federal em uma decisão recente evidenciam como desejável uma clareza do que deve ser entendido por argumentação racional. O Tribunal constata, primeiro, que em relação ao art. 20, § 3, da lei Fundamental, "o Direito,,, não se identifica com o conjunto de leis escritas". O juiz não está, portanto, "constrangido pela Lei Fundamental a aplicar ao caso concreto as indicações do legislador dentro dos limites do sentido literal possível". A tarefa de aplicação do Direito pode "exigir, em especial, evidenciar e realizar valorações em decisões mediante um ato de conhecimento valorativo em que não faltam elementos volitivos. Tais valorações são imanentes à ordem jurídica constitucional, mas não chegam a ser expressos nos textos das leis ou o foram apenas parcialmente. O juiz deve atuar sem arbitrariedade; sua decisão deve ser fundamentada em uma argumentação racional. Deve ter ficado claro que a lei escrita não cumpre sua função de resolver um problema jurídico de forma justa. A decisão judicial preenche então essa lacuna, segundo os critérios da razão prática e as concepções gerais de justiça consolidadas na coletividade.*

As especifidades de cada processo não permitem aplicação cartesiana ou positivista do dispositivo que trata do ônus da prova, razão pela qual o poder instrutório do magistrado fora ampliado para possibilitar a sua melhor equalização. Todavia, quando o julgador faz uso do poder instrutório fora das regras gerais, necessário que apresente sólida motivação. Acerca dessa redistribuição de modo diverso, destaca-se WAMBIER (2016, p.238):

> *O parágrafo primeiro do art. 373 do CPC/2015 autoriza o juiz a redistribuir o ônus da prova de modo diverso do previsto na regra geral se houver impossibilidade ou excessiva dificuldade no cumprimento do encargo ou, ainda, se for mais simples a obtenção de prova do fato contrário. Mas o juiz está proibido de proceder a tal redistribuição, se ela implicar a atribuição à parte de ônus impossível ou excessivamente difícil de ser cumprido (parágrafo segundo). Trata-se daquilo que a doutrina denomina de distribuição dinâmica do ônus da prova.*

Assim, o juiz pode redistribuir o ônus da prova de modo diverso do exposto na regra geral, devendo fazê-lo na primeira oportunidade a fim de assegurar o contraditório pleno e eficaz, sendo tal regra nominada por parte da doutrina de mudança de critério de desempate, por alterar a posição do ator processual que arcaria com determinado ônus. Ressalva-se que há limites bem delineados quanto à aplicação da regra, pois o julgador não pode atribuir ônus excessivo ou impossível a um dos atores. Traslada-se o entendimento de RAMOS (2015, p.86):

> *O que ocorre é que a chamada inversão do ônus probatórios, em realidade, nada mais é do que a mudança do critério de desempate, ou seja, a mudança do sujeito que sofrerá as consequências pela insuficiente corroboração das hipóteses fáticas. Opera, portanto, no momento em que já houve a instrução probatória, e não durante (no dito aspecto objetivo do ônus da prova, portanto).*

Destaca-se que é na questão probatória que o princípio da motivação racional encontra sua máxima, pois além dos argumentos serem expostos de forma lógica e concatenada na decisão judicial, devem estar fundamentados em sólido arcabouço probatório. Reside aqui a justificativa maior da produção de prova de ofício pelo Estado-juiz, pois quando se depara com a dúvida, deve produzi-la de ofício, caso não configurada inércia das partes. Insta mencionar os ensinamentos de THEODORO JÚNIOR (2015, p. 99):

> *De modo que o aumento dos poderes dos juízes não significou a redução das garantias de defesa das partes, tanto que os pontos delineados por estas devem ser levados em conta na fundamentação das decisões, e ao juiz não é dada a possibilidade de decidir de ofício sem anterior e prévio conhecimento das partes.*

Ainda como instrumento de limitação desse poder, fora previsto marco processual para a cientificação das partes acerca da distribuição do ônus, qual seja, até decisão de saneamento. Tal medida assegura que as partes terão conhecimento anterior do encargo, como estabelece o princípio da não surpresa (arts. 9 e 10 do NCPC), a fim de que se desincubam do ônus processual.

Destaca-se que a regra do ônus não é apenas dirigida ao julgador, mas a todos os atores que devem estar dela cientes desde antes da proposição da ação. Acresce-se que a doutrina pátria aborda a questão da prova como ônus e não como dever, sendo que de tal entendimento decorre algumas consequências. A parte inerte quanto ao desempenho do múnus probante não será impedida de buscar o Estado-juiz a fim de ter satisfeita pretensão, mas suportará os prejuízos advindos pelo desempenho não adequado. Já o julgador nunca poderá disponibilizar do poder instrutório para desempenhar papel de assistente de uma parte em detrimento da outra. Convém recorrer, mais uma vez, ao escólio de THEODORO JÚNIOR (2015, p.100):

> *Nota-se que, uma vez que os poderes do julgador são aumentados, impõe-se a este o dever de informar às partes as iniciativas que pretende exercer, de modo a permitir a*

> *elas um espaço de discussão em contraditório, devendo haver expansão e a institucionalização do dever de esclarecimento judicial a cada etapa do procedimento, inviabilizando julgamentos surpresas.*

Ainda com relação ao ônus da prova, destaca-se que o art. 364 do NCPC manteve regra que transfere ao autor que alega direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, o dever de provar o teor e a vigência, se assim o juiz determinar, exceto para os casos de direito municipal e estadual do local em que a autoridade judicial exerce sua jurisdição, tendo em vista decisão do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp 98377, de Relatoria do Ministro Garcia Vieira, datado de 03.08.1998, derrogando o Princípio *Iura Novit Curia*.

Outra questão que merece análise refere-se ao direito da parte que não tem o ônus processual, mas quer produzi-la. Entende-se que o magistrado não deve inibir tal conduta, pois seria admitir que a formação da convicção recairia tão somente na atuação da parte onerada. Ora, se a finalidade da produção da prova é a busca de uma verdade processual, nada mais lógico que todos possam colaborar. Agora, se a parte apresenta, voluntariamente, prova cujo ônus não lhe incumbia, nada impedirá que a mesma seja utilizada contra si, sendo tal risco uma consequência. Eis o Princípio da Comunhão da Prova, expresso no art. 371 do NCPC, conceituado por WAMBIER (2016. p. 228):

> A constatação de que a prova não "pertence" à parte implica relevante consequência prática. Uma vez produzida, a prova passa a integrar o processo, pouco importando quem a produziu. Tanto que, como adiante se verá, a parte não pode seccionar a prova para aproveitar apenas a parcela que lhe interessa. A prova é um todo, e como um todo deve ser considerada.

Convém ainda dispor que o juiz pode *alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito* (art. 139, VI, do NCPC), desde que submeta previamente às partes, e, por decisão fundamentada, altere a ordem sem causar prejuízo a nenhuma delas. Dita medida também decorre da consumação de negócio jurídico celebrado entre as partes, com a chancela do juiz (arts. 190 e 191 do NCPC), sendo a admissibilidade atrelada à não adoção de dispositivos ofensores ao ordenamento legal.

Em suma, ônus da prova é regra de julgamento prevista no ordenamento jurídico para fornecer critério ao julgador para distribuí-la nas incertezas diante da situação fática. Logo, apenas é necessário o seu emprego quando não provados os fatos. Acerca do tema, destaca-se RAMOS (2016, p.116):

> *Procede dessa forma, como demonstrado, o ônus da prova nada mais será do que uma regra de julgamento, dirigida ao juiz (mesmo nos casos de dinamização, autorizados pelos parágrafos do art. 373 do CPC), a ser utilizada nos casos em que,*

> *mesmo diante de ordens judiciais, não tiver havido suficiência de corroboração objetiva das hipóteses fáticas.*
> *A regra de julgamento, entretanto, terá função ainda mais residual (visto que na maioria dos casos será possível a apuração dos fatos através dos métodos racionais), devendo ser evitada ao máximo. Afinal, sua aplicação acarreta, como visto, resultados tendencialmente menos justos, por se afastarem tendencialmente da busca da verdade.*

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Interpretado a partir dos novos princípios, o sistema probatório passou a exigir postura ativa das partes e dos magistrados. Das partes, diante da nova obrigação de influir na convicção do magistrado; deste, por ser o responsável da distribuição do ônus na busca da verdade concreta. Equacionar o ônus a partir do relato dos fatos e de teses contraditórias, mantendo a condição de terceiro imparcial, para buscar a pacificação social através da formulação de discurso válido, talvez seja o maior desafio do julgador do século XXI. Nesse sentido, destaca-se pensamento de ALEXY (2014, p.222):

> *Suponha-se que as partes em um processo civil se limitam a declarar seus respectivos interesses. Não afirmam que tem um direito, pedem meramente ao juiz um a decisão que seja vantajosa. Pretendem por todos os meios que o juiz seja favorável, mais não com argumentos que aspiram à correção ou justiça da decisão solicitada por eles. Se o juiz entra no jogo e pronuncia uma sentença como "outorgo uma vantagem ao senhor N porque é para ele que mais favorável me tendi", não se trata mais de um debate judicial, ainda que tudo se desenvolva dentro do âmbito institucional de um sistema judicial. Se o juiz deixa as partes agire(mas não entra no jogo), decidindo ao final como se tivesse o direito válido como correto, então ele trata as partes como pessoa que não compreendera, o que é um debate judicial e que, por isso, não podem realmente participar nele. Isso mostra que a argumentação diante do juiz não só pode, mas que deve ser interpretada no sentido da teoria do discurso.*

Os poderes do juiz para avaliar as provas são plenos, mas a decisão que equaciona o ônus deve apresentar sólida fundamentação, como determina o Princípio do Livre Convencimento Motivado, constante na parte final do art. 371 do NCPC/15. Ainda que livre em seu convencimento, deve justificar o resultado alcançado a partir do arcabouço probatório constante nos autos. Destarte, a regra da distribuição do ônus, antes de ser destinada ao magistrado, fora pensada para a parte, que obrigada a produzir prova a fim de obter tutela favorável. A omissão quanto ao múnus e a inércia não implicam, necessariamente, na prolação de julgamento desfavorável. Há casos em que mesmo a parte produzindo prova deficiente tem direito reconhecido ante o comportamento da parte adversa.

Constata-se que a análise desse novo sistema probatório exige a substituição de paradigmas, consolidando os que exigem a aplicação de ideais democráticos no processo.

Referida mudança de postura iniciou com o movimento do Círculo de Viena, nominado de neopositivismo, que reabraça o empirismo tradicional e a lógica moderna, atrelando-os à cientificidade. Consolida-se, portanto, a incorporação de princípios que refletem valores do Estado e da sociedade no interior das Constituições, sendo que o julgador resta obrigado a empregar as regras processuais a partir daqueles, que dotados de forte carga valorativa. Nesse sentido, transcreve-se BARROSO (2005):

> *Sob a forma de princípios, os valores passaram a ser as ideias centrais das Cartas constitucionais, filosófica e juridicamente, bem como dos pilares dos Estados por elas organizados. Os princípios, então, passaram a ter reconhecida sua eficácia jurídica, pois seu conteúdo reflete os valores mais importantes do Estado e da sociedade, de forma que, à luz da simples aplicação dos mesmos poderia o Poder Judiciário resolver um caso concreto que lhe fosse submetido.*

Conclui-se que o Novo Código de Processo Civil requer maior cautela de todos os operadores do direito na descrição dos fatos jurídicos, o que perpassa pela escuta atenta das partes antes mesmo da proposição da ação ou da apresentação da defesa em Juízo. Sem embargo, tal medida oportunizará futuramente ao magistrado, ser imparcial por natureza, melhor equalização do ônus, assegurando, por consequência, a concretização dos princípios processuais constitucionais democráticos. Por fim, cabe dispor que para o oferecimento de uma tutela jurisdicional adequada mister que as partes e os magistrados priorizarem o elemento prova, o que perpassa pela descrição e avaliação do acontecido, por ser indispensável para elaboração e validação do discurso jurídico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional civil brasileiro. **Revista da EMERJ**, v.4, n.15, 2001.

_____ . **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do direito** (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Paraná: Notadez, 2005.

BOBBIO, Noberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.. Lei nª13.105, de 16 de março de 2015**.** Dispõe sobre o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis.** São Paulo: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

HECK, Luís Afonso (Org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. MARINONI, Luís Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e Convicção de acordo com o CPC 2015. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAMOS, VÍTOR DE PAULO. **Ônus da prova no processo civil**. Do ônus ao dever de provar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

POSNER, Richard A. **Para além do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

STRECK, L.L, NUNES D., CUNHA L.C e FREIRE, Alexandre. **Comentários ao CPC**. São Paulo: Saraiva, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo**. Curso Avançado de Processo Civil**: cognição jurisdicional. Vol 2.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.