

## O DIREITO PROBATÓRIO E O ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ALGUMA NOVIDADE?<sup>1</sup>

Marcelo Sant'anna Vieira Gomes<sup>2</sup>

---

*Fecha de publicación: 01/07/2014*

### RESUMO:

O presente estudo tem por escopo trazer à discussão da comunidade acadêmica a questão relativa ao Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil e como essas inovações podem afetar na dinâmica processo no que se refere ao ônus probatório. Para tanto, se estabelece primeiramente a crise que o Poder Judiciário vem passando ao longo de anos, fazendo com que as normas venham sendo retaliadas há décadas com o intuito de adequar à nova dinâmica social e estabelecendo alguns novos paradigmas processuais. Trazer à tona uma análise do Novo CPC, à luz da linguagem com que a legislação vem sendo escrita e estabelecer quais os parâmetros do ônus probatório têm sido relevantes nesse novo Diploma, faz crer que o tema merece cuidado por parte de todo o operador do Direito, principalmente ao se trabalhar com Direito ainda não vigente.

**Palavras-chave:** processo; Anteprojeto; Novo CPC, acesso à justiça; paradigma, ônus probatório; dinamização.

---

<sup>1</sup> Artigo elaborado na disciplina Temas de Direito, Justiça Processual e Sociedade: O Projeto do Novo Código de Processo Civil, Ministrada pelo prof. Dr. Bruno Silveira de Oliveira, vinculada ao O Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo- PPGDir

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Especialista em Direito Processual Civil e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV); Professor Assistente na FDV; Vice-Secretário Geral da Academia Brasileira de Direitos Humanos – ABDH. Assessor Jurídico no Ministério Público Federal, Procuradoria da República no Espírito Santo.

## ABSTRACT:

The scope of this study is to bring to the discussion of the academic community the question of the Draft of the New Code of Civil Procedure and how these innovations can affect the dynamic process as regards the evidential burden. To do so, it first establishes the crisis that the Judiciary has been going for years, making the rules will be retaliadas for decades in order to suit the new social dynamics and establishing some new procedural paradigms. Bring out an analysis of the New CPC, in light of the language in which the legislation is being written and establish which parameters the burden of evidence have been relevant in this new Diploma, does believe that this issue deserves careful by any operator of Law especially when working with law not yet in effect.

**Keywords:** process; Draft; New CPC, access to justice; paradigm; evidential burden; stimulation.

## INTRODUÇÃO

Em pleno século XXI, o mundo passa por um grande avanço em termos tecnológicos. Aparelhos celulares cada vez menores. Microcomputadores que se apresentam em tamanhos e formatos pequenos e finos (chegando ao ponto de mais parecerem folhas de papel, que aparelhos eletrônicos). Estreitamento das telecomunicações, com a utilização da rede mundial de computadores. Todas essas inovações já são uma realidade e sequer poderiam ter sido previstas há cerca de meio século.

Da mesma forma que a tecnologia tem facilitado o acesso pelos cidadãos e estreitado suas relações interpessoais, empresariais e etc., utilizando uma comunicação quase que instantânea, o sistema normativo tem se adequado a essa realidade. É nesse contexto que se insere o presente artigo.

O escopo central pretendido nesse artigo é o de analisar as inovações trazidas pelo Anteprojeto do Novo Código de processo Civil. O tema ainda é recente e necessita de uma melhor análise por parte do operador do Direito, uma vez que é na sua atividade profissional que essas inovações irão influir – tanto é importante que a bibliografia ainda é escassa e como o Anteprojeto tem sofrido várias alterações seja na Câmara dos Deputados, seja no Senado Federal, muitas coisas ainda poderão ser alteradas,

principalmente no que se refere ao ônus probatório dentro dessa nova sistemática.

Antes de se chegar a qualquer conclusão, é necessário um maior cuidado na análise de todo o contexto, com o intuito de evitar entendimentos mais passionais, que propriamente racionais. Veja, não se está aqui a afirmar que o trecho acima transcrito não está correto – longe disso. O que se pretende nesse estudo é que o leitor faça uma melhor reflexão sobre o tema, e possa, através das premissas aqui estabelecidas, chegar a um entendimento melhor sedimentado.

Para tanto, o artigo é dividido em três tópicos preestabelecidos: na primeira passagem, faz-se uma análise sobre o acesso ao Poder Judiciário na sociedade contemporânea, trabalhando com a lógica de que tem-se buscado evitar procrastinações desnecessárias por parte do operador do Direito. Ademais, se estabelece um paralelo para debater a constante necessidade do legislador de alterar a legislação com o intuito de adequar à realidade da época em que se apresenta, almejando gerar um maior acesso para garantir uma efetividade da tutela jurisdicional.

Já no segundo tópico, são estabelecidas algumas questões no sentido de questionar a forma como as leis são alteradas e os embrolhos que ela vêm gerando ao estabelecer uma completa colcha de retalhos.

Por fim, faz-se uma análise acerca das inovações trazidas no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, no que se refere ao direito probatório, em especial, ao seu ônus.

## **1 O ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO: EMPECILHOS À EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL**

### **1.1 Panorama da sociedade contemporânea: o processo como instrumento**

O famigerado *acesso à justiça* já vem sendo há anos estudado e tem sido uma constante suas variações de entendimento. O tema parece tão simples e ao mesmo tempo tão extenso que cada um, colocando seu ponto de vista e seu viés de compreensão do fenômeno, tem chegado a algumas conclusões que buscam facilitar o estreitamento da justiça àqueles que, efetivamente, necessitam de buscá-la. Há uma propensão de se evitar que o cidadão esteja relegado a só poder questionar seus direitos, desde que esteja representado por um conhecedor de leis (um advogado) – obviamente que o foco nesse trabalho é estabelecer uma análise das normas relativas ao contencioso judicial - mas é necessário uma remissão a premissas basilares.

Quando o fenômeno é estudado, não há como se afastar daqueles que são conhecidos como os precursores dos estudos sobre o tema: *Mauro Cappelletti e Bryant Garth*. Os autores acima mencionados (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 08), ao analisarem o tema relacionado ao efetivo acesso à justiça por parte dos cidadãos, já em 1988, afirmavam que

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. [...] Sem dúvida, uma premissa básica será de que justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, *pressupõe* o acesso efetivo.

Perceba-se com a afirmação acima que, já há pelo menos duas décadas, o acesso à justiça apresenta-se como a “bola da vez”, ou como o “carro-chefe” da discussão entre os processualistas. Isso porque, está claro que as recentes alterações legislativas, por mais significativas que tenham sido (e não se deve desmerecê-las), elas não têm conseguido suprir as graves falhas observadas.

Logicamente que, as *crises* são necessárias para que o operador do Direito perceba o problema que está sendo ocasionado e possa analisá-lo com o intuito de apresentar soluções viáveis. Contudo, é importante perceber que em uma sociedade dinâmica como a que se vive, em que o imediatismo é o foco, nem sempre o resultado acaba sendo satisfatório.

Mais que isso. A sociedade atual apresenta-se com diferenças significativas entre suas mais variadas classes sociais, razão pela qual, há uma necessidade premente, real e atual de que os modelos processuais se adequem a essa conjuntura.

O processo não deve ser observado como um todo isolado. Ele, na medida em que existe como instrumento a serviço da população, deve prestar-se à solucionar conflitos, evitando que haja um maior desgaste da máquina Estatal para solucionar questões simples. De acordo com Barbosa Moreira (1984, p. 29)

a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos (e às outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, resultem eles de expressa previsão normativa, ou inferíveis do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, sejam quais

forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem), inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos sujeitos; c) é preciso assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto possível, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o pleno gozo da utilidade específica a que faz jus segundo o ordenamento; e) esses resultados não de ser atingidos com o mínimo dispêndio de tempo e energia.

Assim, constata-se que o processo nada mais é que o meio pelo qual o cidadão “*bate às portas*” do Judiciário, pleiteando sua intervenção no conflito. Contudo, infelizmente alguns operadores do Direito utilizam as regras hoje postas da forma como melhor lhes aprouverem.

Assim sendo, quando se bate às portas do Estado, se anuncia a necessidade de sua atuação. É por isso que, na concepção de Enrico Tullio Liebman (1992, p. 03)

“Giudicare vuol dire valutare un fatto del passato come giusto od ingiusto, come lecito od illecito, secondo il criterio di giudizio fornito dal diritto vigente, ed enunciare in conseguenza la regola giuridica concreta destinata a valere come disciplina della fattispecie presa in esame (<<Caio è debitore di mille verso Tizio>>, << Sempronio há commesso furto ed è condannato alla reclusione>>)<sup>3</sup>.

Há uma total amnésia quanto ao fato de que a justiça é criada de forma a preservar os direitos do cidadão, o que, infelizmente, faz com que verdadeiras heresias sejam praticadas. Criticando o atual modelo do Direito e a forma como os operadores têm lidado com a matéria, é possível mencionar o que Antônio Carlos Wolkmer (2006, p. 183) defende em sua obra, ao estabelecer que

a estrutura normativa do moderno Direito positivo-formal é pouco eficaz e não consegue atender à mundialidade competitividade das atuais sociedades periféricas que passam por distintas espécies de reprodução do capital, por acentuadas contradições sociais e por fluxos que refletem tanto crise de

---

<sup>3</sup> Tradução livre: "Julga-se com meios para avaliar uma coisa do passado como justo ou Injusto como legal ou ilegal de acordo com o critério de julgamento previsto em lei existente, e estabelecer o império da lei, como resultado de concreto deve ser interpretado como disciplina o caso examinado (<< Caio deve muito ao Ticio >>, << Sempronio tenha cometido o roubo e condenado à prisão >>).

legitimidade quanto crise na efetivação da justiça. Daí a obrigatoriedade de se propor e introduzir discussões sobre a ‘crise de paradigmas’ dominantes e as rupturas dos modelos de fundamentação, pois, como na correta observação de Thomas S. Kuhn, as crises são uma pré-condição necessárias para a emergência de novas teorias e de novos referenciais.

Infelizmente, o que se percebe é que a justiça esperada, nem sempre consegue ser alcançada. E isso, exatamente devido ao excesso de formalismo a que o processo tem sido alçado.

Quando é observado todo esse formalismo, percebe-se que os postulados estabelecidos por nossa Carta Constitucional de 1988, acabam sendo deixados de lado, em nome de um tecnicismo evidenciado pela necessidade de acabar com mais um processo: os princípios da isonomia (*XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*) e da inafastabilidade do Poder Judiciário são de forma direta afetados pela postura adotada por alguns aplicadores da lei (a exemplo dos magistrados).

Assim, acaba sendo a instrumentalidade o ponto nodal a tentar solucionar o problema. De acordo com Cândido Rangel Dinamarco (1988, p. 151),

Essa postura descortina novos horizontes e perspectivas antes insuspeitadas, para o dogma da instrumentalidade do processo. Não constitui novidade a afirmação de que o processo é um instrumento, mas fica incompleta a afirmação e truncado o raciocínio, se não for logo em seguida determinado o fim a que se destina esse meio, ou seja, a missão ou missões que o instrumento é chamado a realizar. O raciocínio teleológico, inerente ao pensamento instrumentalista, há de incluir então, necessariamente a fixação de escopos do processo, ou seja, dos *propósitos* norteadores de sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. A riqueza da tese instrumentalista e a própria legitimidade metodológica derivam mesmo da oportunidade, que proporcionam, do estabelecimento de verdadeiros *pólos de atração*, para que os valores sociais e políticos inerentes à cultura nacional possam com isso ditar as linhas básicas do endereçamento de todo o sistema processual e das, especulações a seu respeito.

Por esse motivo, a melhor constatação que se extrai das palavras acima é que o ideário de justiça está intimamente ligado à instrumentalidade de formas. Nesse sentido, é necessário que todo o operador do Direito seja capaz de conceber o processo como um meio para

se chegar à solução de controvérsia, ou seja, a de levar justiça ao caso concreto (ou afirmando-se de acordo com a técnica jurídica, levar a tutela jurisdicional efetiva àquele que vai às portas do Estado, provocá-lo a atuar).

Se o operador do Direito necessita compreender que o processo é um instrumento e não um empecilho à concretização de direitos, resta saber se as alterações legislativas introduzidas no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, tenha o condão de, por mais que tenham sido incorporadas com a melhor das intenções, seguirem a mesma lógica. Para tanto, importante observar como vem ocorrendo as alterações legislativas de nosso Congresso Nacional.

## **2 A CRISE DO LEGISLATIVO NACIONAL: A FALTA DE FOCO NA PRODUÇÃO DAS NORMAS E SUAS IMPRECISÕES**

Termos imprecisos, obscuros, ambíguos ou sem qualquer aplicabilidade, são observados à exaustão no sistema normativo brasileiro. A linguagem apresenta-se como um instrumento importante para qualquer estudioso das ciências humanas e, em especial, para a ciência jurídica. Sua função é elevada ao patamar de sustentáculo da interpretação das inúmeras situações que acontecem no cotidiano forense.

É interessante consignar que os profissionais do direito nem sempre conseguem extrair a essência de determinados termos e interpretá-los de forma a preservar interesses particulares (de seus clientes) ou públicos (em nome da ordem jurídica).

Isso porque, o legislador infraconstitucional é falho. No entanto, essa falibilidade não decorre exclusivamente da falta de capacitação técnica destes profissionais para trabalhar com o sistema de normas brasileiro. Infelizmente, devido à constante dinâmica social existente nem sempre é possível ter condições de antever todos os casos que serão abarcados pela regra que se buscou estabelecer com a edição de um novo diploma legal – logicamente que, como se verá a seguir, observa-se falta de foco por parte de nossos legisladores, desprezando as prioridades nacionais.

Ademais, as consequências jurídicas advindas de determinada palavra, expressão ou termo inseridos em algum contexto, pode gerar correntes doutrinárias nas mais diversas direções. E é nesse momento que aquela novel legislação, criada com o escopo solucionar uma atecnia, aclarar uma dúvida ou finalizar uma discussão, acaba gerando ainda mais dúvidas àqueles que se socorrem à norma para solucionar sua controvérsia.

Em suma, toda essa dificuldade de interpretação surge em decorrência

de o legislador infraconstitucional lidar com a *linguagem*. Quando se está a trabalhar com a função com que as palavras são empregadas em determinado contexto, os problemas de ordem cognitiva ao interlocutor tornam-se ainda mais complexos.

Determinadas palavras e expressões que já se encontram arraigadas como representativas de um significado específico, podem acabar sendo inseridas em um contexto completamente diverso e fazer com que a interpretação a ser dada no caso concreto, sofra variações a depender de seu interlocutor e da circunstância em que foi inserida.

Inferese, portanto, que os problemas com linguagem não surgiram ao acaso. Valdeciliana Andrade e Valéria Gabriel (2005, p. 32) enfatizam a dificuldade com que o ser humano possui em atribuir significados às palavras. Desde os primórdios o ser humano veio desenvolvendo meios para se expressar e ser compreendido pelos seus pares. Assim, para que fosse possível o estabelecimento de uma convivência em sociedade harmônica, instituiu a fala e passou a atribuir significado às palavras, possibilitando que fosse convencionalizado o reconhecimento dos ruídos emitidos

Para que houvesse comunicação entre os seres humanos, foi preciso estabelecer uma forma convencional que pudesse ser disponibilizada a todos. Assim é que o homem passou a desenvolver a fala que, segundo alguns estudiosos, começou com um ruído um tanto quanto impreciso e foi se aperfeiçoando até chegar às formas que hoje temos: expressões mais complexas (palavras articuladas).

Como observado, os problemas de ordem linguística surgem, então, no momento em que não se consegue estabelecer uma comunicação com o seu semelhante, sendo necessário que a emissão de sons em forma de palavras, seja um passo para a compreensão do que se pretendia informar a quem está do outro lado da relação. No cenário jurídico essa situação torna-se cada vez mais complexa, uma vez que, os sons emitidos pelo legislador infraconstitucional são colocados no papel, por meio das leis.

Ocorre que o legislador nem sempre é totalmente técnico ao estabelecer determinados termos, palavras ou expressões em determinado diploma legislativo. Se esse problema já é complexo quando se está tratar de questões relacionadas ao direito material, o problema torna-se ainda mais sério na seara processual. Isso porque, na medida em que não se estabelece a comunicação da forma como se pretendia, os problemas de ordem cognitiva podem gerar limitações ao exercício de determinados

direitos pelo cidadão.

O motivo de os problemas gerados na seara processual serem de natureza ainda mais gravosa dizem respeito ao fato de, em muitos dos casos, o intérprete se preocupar com as questões processuais controversas e esquecer o direito vindicado naquela lide. Lembre-se que o processo deve ser visto como a forma de se buscar o Estado para a solução de determinado conflito e não como mais um empecilho, haja vista que

Se o processo é um instrumento, e se para o exercício da jurisdição por meio do processo são traçados, pela lei, vários procedimentos – que devem estar de acordo com as normas e valores constitucionais -, o processo pode ser definido como o procedimento que, atendendo aos ditames da Constituição Federal, permite que o juiz exerça sua função jurisdicional (MARINONI e ARENHART, 2007, p. 54).

Ora, se a nova legislação acaba gerando empecilhos à proteção do cidadão por parte do Estado, algum problema existe e deve ser extirpado, repressivamente, através de uma interpretação mais alusiva aos ditames constitucionais, como sustentados pelos autores que estabelecem o preceito acima transcrito. No entanto, a solução pode perpassar a seara preventiva. Para que problemas desta natureza não ocorram, o legislador deve ter uma maior preocupação com a forma convencional com que vem trabalhando com linguagem, bem como com os termos e preceitos já estabelecidos, para evitar que as consequências jurídicas decorrentes desta proposição interfiram na solução correta do caso posto à apreciação.

Por esse motivo é que o papel do intérprete do direito torna-se cada vez mais importante com o avanço do sistema de normas, se comparado com o cenário da sociedade atual. O aplicador do direito passa a ser o responsável por dar uma lógica sistêmica ao termo, palavra ou expressão inserido em determinada norma, dentro do contexto em que foi empregado, sendo, portanto, ele o que atribui o sentido que a norma deve ser interpretada e para quais casos.

Apesar de se tentar aferir o real significado de uma norma, à luz do que foi pensado pelo legislador, o intérprete não está totalmente desvinculado de suas concepções prévias ou ideológicas. Nestes termos, estabelece os significados de acordo com a sua concepção do fenômeno observado, o que dificulta a idéia de se interpretar a norma, da forma como pensada, pois não se possui condições de adentrar o pensamento do legislador, para saber o que pensou quando elaborou determinada norma. Mauro Cappelletti (1993, p. 21) defende esse ponto de vista ao tratar da

interpretação jurídica pelo operador do direito, afirmando que

Em realidade, interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e – no caso do juiz, não menos que no musicista, por exemplo – reproduzi-los, “aplicá-los” e “realizá-los” em novo e diverso contexto, no tempo e lugar. É obvio que toda reprodução e execução varia profundamente, entre outras influências, segundo a capacidade do intelecto e estado de alma do intérprete.

Com essa dicção, percebe-se que é aquele que necessita do direito o responsável por aplicar a norma ao caso concreto e dar sentido ao preceito que se está a defender, estabelecendo as minúcias essenciais da norma aos operadores do Direito, que dela dependem. Logicamente, o faz de acordo com suas convicções.

Na verdade, nada mais faz o aplicador da norma que seguir o que preceitua o art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942) e tentar dar um sentido mais efetivo ao preceito inserto na legislação infraconstitucional, como estabelece o art. 5º deste diploma, que “*na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*”.

Ocorre que, buscar atingir os fins sociais a que a lei se dirige não é uma missão muito fácil. Na verdade, o que se deve depreender do trecho extraído da Lei de Introdução ao Código Civil é que o intérprete deve observar as normas jurídicas e adequá-las no sentido de interpretá-las à luz de todo o sistema. Não se pode entender o ordenamento jurídico como um conjunto de normas isoladas. Deve o intérprete observar o todo e, com isso, estabelecer a melhor solução diante deste conjunto.

Nesse momento é que surge a “magia” do Direito. Para algumas das situações do cotidiano é possível estabelecer mais de um significado. Dentre estas várias interpretações, todas acabam sendo absolutamente defensáveis por parte de seus seguidores. Logicamente que, a despeito de serem absolutamente defensáveis, o intérprete age dentro dos limites do razoável, não podendo agir de forma à desvirtuar, por completo de uma lógica coerente de sistema.

É por esse motivo, que há quem afirme, categoricamente, que “a interpretação só pode traçar, amiúde, um marco dentro do qual *são racionalmente de igual valor diferentes soluções*.”(WALTER, 2006, p. 40). Em outras palavras, o que se pretende com essa afirmação é que o intérprete estabeleça uma coerência entre a norma e o caso concreto que

está sendo por ela regulada, sob pena de violar a ordem jurídica estabelecida e, por consequência a Carta Constitucional pátria, o que é inadmissível.

Ocorre que, como já salientado, nem sempre deixar margens às diversas interpretações seja a melhor solução. Na medida em que o legislador infraconstitucional seja considerado falho, ele insere normas com termos que carecem de objetividade e clareza, o que traz prejuízos de ordem linguística ao operador do direito, prejudicando, assim, a efetivação da tutela jurisdicional. O processo então deve seguir alguns parâmetros para que não se enquadre como entrave à efetivação de direitos, uma vez que

a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos (e às outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, resultem eles de expressa previsão normativa, ou inferíveis do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem), inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos sujeitos; c) é preciso assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto possível, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o pleno gozo da utilidade específica a que faz jus segundo o ordenamento; e) esses resultados hão de ser atingidos com o mínimo dispêndio de tempo e energia.(BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 29)

Esse fenômeno de entrave decorre, principalmente, do fato de que as situações em nosso cotidiano não possuem uma total previsibilidade. Sendo assim, sempre é possível que ocorram situações em que o operador do direito fique sujeito às diversas interpretações possíveis do caso concreto, sem que haja um entendimento uníssono em relação à matéria ali analisada, em decorrência da falta de normas para regerem o caso concreto ou da inserção de palavras e/ou expressões com vários sentidos. Quando surgem situações como essa, é necessário um maior cuidado com os termos imprecisos e indeterminados.

Na medida em que termos imprecisos e indeterminados surgem nos diplomas infraconstitucionais, a doutrina passa a debater suas reais aplicabilidades. Concepções divergentes surgem e o jurisdicionado acaba, conseqüentemente, ficando à mercê de uma complexa teia de insegurança jurídica, por desconhecer o entendimento deste ou daquele

intérprete/aplicador do direito. Muitas das vezes, a atribuição de significado a determinada palavra e/ou expressão, desencadeia numa perfeita discricionariedade (STRUCHINER, 2002, p. 71) por parte daquele que aplica a norma ao caso concreto.

Entenda-se aqui discricionariedade no sentido de valorar e atribuir sentido a determinada palavra, no formato com que se entenda mais adequado, de acordo com seus reais valores concepções. Entre os mais variados sentidos, se aplica ao caso concreto aquele que é o mais adequado. Como forma de defini-la, é possível se socorrer ao Direito Administrativo, para afirmar que discricionariedade está vinculada ao fato de o “agente avaliar a conveniência e a oportunidade dos atos que vai praticar” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 46).

Logicamente que, não se pode deixar de olvidar que, em algumas circunstâncias, a discricionariedade acaba por se direcionar à prática de arbitrariedades. De acordo com a doutrina administrativa é possível que determinado ato, ainda que praticado sob o pretexto de ser discricionário, acabe por ser caracterizado como arbitrário.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 426) estabelece que “ao agir *arbitrariamente* o agente estará agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente.” Quando transporta-se essa análise para o âmbito da linguagem jurídica, há uma confirmação de que, determinado sentido é atribuído por ser convencionado e imposto sua observância.

Por outro lado, não se deixa de lado os entendimentos majoritários, já delimitados por renomados *experts* na matéria, haja vista que a eles coube debruçar-se sobre aquele termo e estabelecer seu significado. Pelo fato de os vários posicionamentos serem passíveis de defesa, é absolutamente razoável que sejam firmados convencimentos próprios sobre determinada matéria, desde que esse convencimento padeça de coerência, sob pena de o discurso jurídico ser maculado.

É por esse motivo que trabalhar com o Anteprojeto do Código de Processo Civil é tão complexo, haja vista que, a todo o momento os legisladores infraconstitucionais alteram a redação do dispositivo, deixando todo o estudo que já havia sido desenvolvido, em segundo plano. Assim sendo, dentre as inúmeras alterações ocorridas, resta saber em relação ao direito probatório, quais foram relevantes e se tiveram, de fato, o condão de inovar em relação ao sistema anterior.

### 3 AS ALTERAÇÕES CONSIDERÁVEIS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO QUE SE REFERE AO DIREITO PROBATÓRIO E SEU ÔNUS

O tema relativo ao direito probatório é extremamente importante e merece atenção por parte dos operadores do Direito. Isso porque, na medida em que se ingressa com determinada demanda no Judiciário, se está a esperar que os fatos narrados esteja intimamente confrontados com provas que consigam fazer convencer o julgador a pender para alguma das partes.

Na verdade, a discussão que gira em torno do ônus probatório e de sua distribuição, nada mais é que fazer com que o magistrado consiga atingir aquilo que possa ser considerado como verdade formal, ou em outras palavras, aquela verdade que esteja nos autos comprovada.

É importante partir, portanto, da ideia filosófica do que vem a ser verdade. De acordo com Marilena Chauí (1995, p. 90), entende-se que a palavra verdade está intimamente relacionada com a ideia de um valor e, ser um valor “*significa: o verdadeiro confere às coisas, aos seres humanos, ao mundo um sentido que não teriam se fossem considerados indiferentes à verdade e à falsidade*”.

Portanto, na medida em que se entende, processualmente afirmando, que o magistrado chegou à verdade dos autos, não necessariamente é a verdade que deveria ser, mas aquela que está ali demonstrada. Assim sendo, com as alterações introduzidas no sistema normativo brasileiro, há uma pretensão de que os escopos do processo sejam atingidos, ou seja, gerar efetividade da tutela jurisdicional, em um prazo razoável.

É com isso que são inseridos instrumentos de forma a garantir paridade entre os indivíduos, de forma a que não hajam, ou melhor, que ainda que existam, essas distorções quanto à efetiva defesa no processo sejam minimizadas. Até porque, se assim não for, a verdade almejada no processo pode restar maculada.

Por sua vez, também é necessário deixar claro que os magistrados não julgam com tanta objetividade, de modo a não se respaldar por suas convicções em relação ao caso concreto. Por óbvio, em se tratando de livre convencimento motivado, há toda uma carga subjetiva em seu julgamento, a fim de respaldar a tese que entende mais coerente naquele caso concreto, conforme bem se observa da análise das palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2000, p. 47-49)

Acreditar que o juiz possa analisar, objetivamente, um

fato, sem acrescentar-lhe qualquer dose de subjetividade, é pura ingenuidade [...]

De toda sorte, permanecer cultuando a ilusão de que a decisão judicial está calcada na verdade dos fatos, gerando a falsa impressão de que o juiz limita-se, no julgamento, a um simples silogismo, a um juízo de subsunção do fato à norma, é algo que não tem mais o menor respaldo, sendo mito que deve ser contestado. Este mito, de qualquer forma, já está em derrocada, e não é a manutenção da miragem da verdade substancial que conseguirá impedir o naufrágio destas ideias. Deve-se, portanto, excluir do campo de alcance da atividade jurisdicional a possibilidade da verdade substancial. Jamais o juiz poderá chegar a este ideal, ao menos tendo a certeza de que o atingiu. O máximo que permite a sua atividade é chegar a um resultado que se assemelhe à verdade, um conceito aproximativo, baseado muito mais na convicção do juiz de que ali é o ponto mais próximo da verdade que ele pode atingir, do que, propriamente, em algum critério objetivo.

Nessa concepção, nada mais coerente a abordagem dos autores, uma vez que, de fato, não há como o magistrado chegar à verdade substancial plenamente, uma vez que ele se baseia naquilo que é levado à sua análise. Como as partes é que vivenciaram o ocorrido, serão elas as capazes de melhor descrever o fenômeno. Contudo, a afirmação acima em nada determina que o magistrado não possa produzir provas, mas, simplesmente, que, com o intuito de evitar ser parcial em alguma medida, possui limites de atuação estabelecidos pelo próprio sistema normativo. Assim entende Michele Taruffo (2009, p. 30), afirmando que

El argumento, usado a menudo, de que en el proceso no se puede establecer la verdad “plena” de los hechos debido a los límites legales (esto es: normas que excluyen pruebas relevantes) o prácticos (est es: límites de tiempo y de recursos) que caracterizan la determinación judicial de los hechos, no prueba en absoluto lo contrario de lo que he dicho, sino que más bien lo confirma. Sólo prueba lo que es obvio e nadie discute, esto es, que el proceso es un contexto de búsqueda y aproximación a la verdad que tiene reglas y límites propios, como sucede en el resto de contextos prácticos em los que se averiguan hechos. Em definitiva, este argumento no dice nada distinto de lo que se dice cuando se observa que la verdad (como prueba de los hechos) que se puede conseguir em el proceso, es relativa y contextual, y

por tanto no puede ser outra que una aproximación mejor o peor a la realidad empírica de los hechos que son determinados<sup>4</sup>.

É diante desse contexto que se percebe a grande relevância em se estudar as questões relativas ao direito probatório. A ideia traduzida no excerto, vai, exatamente, ao encontro do que a doutrina brasileira trabalha em relação à aproximação com a verdade processual e o que o pano de fundo do sistema processual, desde seu início fincou seus pilares.

Alguns críticos (AROCA, 2006, p. 134) chegam a crer, exclusivamente, que “cuando me limito a decir que el aumento de los poderes del juez en materia probatoria no puede dejar de ser un reflejo del aumento de los poderes del Estado em la sociedad, aumento que a responde a una concepción autoritaria del propio Estado y, por conseguinte, del papel del juez em el proceso civil”<sup>5</sup>. Sendo assim, os poderes não podem ser excessivos e, tampouco, mínimos. É necessário que haja um equilíbrio com o intuito de evitar autoritarismos.

Como ponto de partida, analisando as questões já intrínsecas ao Anteprojeto do CPC, percebe-se já em seu art. 7º, a preocupação do legislador quanto à paridade existente entre os litigantes. A redação do dispositivo estabelece que “*é assegurada às partes paridade de tratamento ao longo de todo o processo, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório*”.

Assim, desde o início constata-se que há uma tentativa de, efetivamente, garantir a participação no processo de forma a respeitar o art. 5º, inciso LV, da Carta Constitucional de 1988, com a seguinte redação “*LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em*

---

<sup>4</sup> Tradução livre: O argumento, usado muitas vezes no processo que não é possível definir a Verdade “Plena” dos fatos, devido aos limites legais (isto é, as regras que excluem Provas relevantes) ou práticos (isto é: prazos e recursos) que caracterizam a determinação judicial dos fatos, não prova o oposto do que eu disse, mas confirma. Só se prova o que é óvio e isso não se discute, isto é, que o processo é uma pesquisa de contexto e de aproximação à verdade que tem regras e limites a si mesmo, como o resto dos contextos práticos que os fatos são apurados. Em última análise, este argumento não diz nada além do que você diz quando você vê que a verdade (como prova o fato de) que o processo pode começar em, é relativa e contextual e, portanto, não pode ser outra aproximação melhor ou pior do que a realidade empírica dos fatos são determinados.

<sup>5</sup> Tradução livre: quando eu acabei de dizer que o aumento dos poderes do juiz probatório los não pode deixar de ser um reflexo do aumento de poderes do Estado para a nossa sociedade, aumento que responde a uma concepção autoritária do Estado e, por conseguinte, o papel do juiz no âmbito civil

*geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*“.

Sendo assim, há importante relevância no tratamento das distribuição do ônus probatório, a fim de evitar que alguma das partes esteja onerada tão excessivamente que não possa se defender de maneira adequada. Como são admitidos todos os meios legais e os moralmente legítimos para comprovar a verdade dos fatos, o novo CPC não traz inovação em relação a esse tópico específico, uma vez que o artigo 332 do CPC vigente (*todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa*) possui íntima relação com o art. 377 (*as partes têm 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 motivada do juiz.*) do Anteprojeto, não apresentando mudanças substanciais.

Até porque, na medida em que o processo se desenvolve, é possível que alguma das partes venha a mentir e essa mentira venha a ser difundida no bojo do processo, conforme se extrai das seguintes palavras (CIPRIANI, 2006, p. 283) “*como las partes pueden muy bien hacer declaraciones no verdaderas em sede de interrogatorio, así los defensores podrían <<difundir afirmaciones no verdaderas em los diversos actos del proceso, sin que al respcto se plantee siquiera un problema de deontología profesional>>*”<sup>6</sup>, o que pode prejudicar a atuação do magistrado. Sendo assim, o contraditório deve ser garantido ao máximo a fim de que as partes possam se manifestar contra pontos não verdadeiros. Isso é constatado das seguintes palavras

Inclusive, em termos de linguagem, não são vislumbradas, pelo menos até o momento de analisar os dois dispositivos acima, imprecisões ou indeterminações capazes de prejudicar a atuação do operador do direito. Rodrigo Klippel (2011, p. 352) ao trabalhar com o tema estabelece que

A dinamização do ônus da prova não é uma das “vedetes” do novo código de processo civil. Há outros temas mais “badalados”, mas que talvez não tenham o condão de resolver um problema tão sério quanto o antigo no processo, que é dotar o juiz de melhores mecanismos para decidir com acerto.

---

<sup>6</sup>Tradução livre: “como as partes podem muito bem fazer declarações falsas com base no interrogatório, os defensores poderiam, conseqüentemente << espalhar declarações falsas nos vários atos do processo, sem que haja ligação com questão de ética profissional >>”

De fato, se for analisada a dinamização com base no direito já positivo, infere-se que já existe diploma que estabelece a possibilidade de que o ônus da prova seja modificado, determinando a quem incumbe o dever de provar o alegado. O art. 381, do Anteprojeto de Código de Processo Civil, estabelecido no Relatório Geral da Câmara dos Deputados, estabelece que

Art. 381. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova contrária, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a

oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Interpretando o dispositivo, constata-se que a regra geral permanece mantida, ou seja, ao autor cabe provar o alegado e ao réu demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Em relação a esse ponto, dúvidas não pairam. Já os §§ 1º e 2º do dispositivo deixam claro que, verificando as peculiaridades do caso concreto, o juiz pode atribuir à parte contrária o dever de apresentar a prova que sustente suas alegações.

Isso quer dizer que, o legislador infraconstitucional, assim como já dito no início desse trabalho, deixa a legislação aberta à interpretação do magistrado, a fim de que possa ele trabalhar com as questões relativas ao caso concreto, sem que isso venha a dificultar a concretização do direito material envolvido. Da mesma forma, o § 3º, estabelece a possibilidade de as próprias partes acordarem quanto ao estabelecimento da distribuição do

ônus probatório, com as exceções de: (I) recair sobre direito indisponível da parte; (II) tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Essa nova regra estabelecida, nada mais faz que importar o que os juízes já aplicam nas relações consumeristas há tempos: a inversão do ônus da prova. De acordo com Leonardo de Medeiros Garcia (2009, p. 72)

O CDC adotou a regra da **distribuição dinâmica do ônus da prova**, uma vez que o magistrado tem o poder de redistribuição (inversão) do ônus probatório, caso verificada a verossimilhança da alegação ou hipossuficiência do consumidor. O CPC, ao contrário, adotou a regra da **distribuição estática do ônus da prova**, distribuindo prévia e abstratamente o encargo probatório, através do art. 333 do CPC .

Perceba-se, portanto, que há a possibilidade de o magistrado, no caso concreto, inverter o ônus probatório em favor do consumidor, parte vulnerável na relação. É isso que, de certa forma, faz o Anteprojeto do CPC, estabelece a possibilidade de alguém que, diante das circunstâncias, não tiver condições de produzir determinada prova, a regra ser flexibilizada.

Por outro lado, o autor ainda faz uma ressalva, com relação à denominada dinamização do ônus probatório, estabelecendo que a regra geral, assim como no Novo CPC, permanece, o que se pretende é invertê-la durante o curso processual, conforme se extrai das palavras a seguir

Conclui-se, portanto, que o art. 333, incisos I e II, deverá ser aplicado às relações de consumo, ou seja, caso o consumidor venha a propor a ação (autor), deverá fazer prova constitutiva do direito. O que pode acontecer é que, em alguns casos, quando a prova a cargo do consumidor se tornar difícil de ser feita ou muito onerosa (requisito da hipossuficiência) ou quando os argumentos alegados, segundo as regras ordinárias de experiência do magistrado, forem plausíveis (requisito da verossimilhança das alegações), o juiz poderá inverter o ônus da prova que, a princípio, foi distribuído de acordo com o CPC (GARCIA, 2009, p. 71).

Nesse ponto é que se demonstra a relevância de toda a discussão aqui travada. As regras existem e a inovação trazida pelo legislador, apesar de não muito exorbitante, faz com que haja um maior respeito ao contraditório e à ampla defesa. Assim sendo, de fato se terá a efetividade da tutela jurisdicional se o magistrado estiver livre para transitar pela dinamização do ônus probatório.

## CONCLUSÕES

Em decorrência do grande número de normas que apresentam lacunas, incongruências ou inconsistências terminológicas, cabe ao aplicador do direito a função de julgar o caso, em consonância com os padrões normais da sociedade. Quando não existem normas regendo a contenda, o magistrado deve se valer de outros meios como a analogia, as regras de experiência, os princípios, entre outros, para buscar estabelecer justiça ao caso concreto.

São esses os direcionamentos que a própria legislação enuncia, com o objetivo de que seja realizado um julgamento, mais apropriado aos padrões gerais de todo o sistema. O problema mais grave que decorre desse fenômeno diz respeito à valoração dos termos inserido nas normas, uma vez que ela é realizada pelo intérprete que, nem sempre, se adéqua ao real significado inserido pelo legislador. Parte ele de suas pré-concepções, o que pode trazer insegurança àquele que dependa da tutela jurisdicional pretendida.

Essa nova legislação, importante instrumento legislativo a serviço dos operadores do Direito, surge com o escopo de gerar uma revolução no sistema judiciário brasileiro. É importante consignar que ao promulgar esse novo diploma, o legislador esperava que os direitos e garantias do indivíduos, constituídos processualmente, passariam a ser cada vez mais preservados.

Com o advento dela, a doutrina, apesar de escassa, passou a se debruçar sobre o tema, a fim de melhor compreender sua forma de tramitação e perceber se a nova legislação possui o condão de trazer, em uma ponderação de vantagens e desvantagens, maiores benefícios ou malefícios ao processo.

O que se percebe é que, apesar de pequena, a alteração se mostra bastante substancial com o intuito de facilitar a atuação do magistrado no transcorrer do processo.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Valdeciliana da Silva Ramos; GABRIEL, Valéria Cristina Barbosa. **Os meandros discursivos do texto jurídico: da leitura à prática**. Vitória: s.e, 2005.
- AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. In: **Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos**. \_\_\_\_\_. Valencia: Tirant to Blanch, 2006.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo. In: **Temas de direito processual**. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.

- BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 jan. 2013.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- \_\_\_\_\_. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.
- CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1995.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CIPRIANI, Franco. El abogado y la verdad. In: AROCA, Juan Montero. **Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos**. \_\_\_\_\_. Valencia: Tirant to Blanch, 2006. p. 283.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Escopos políticos do processo. In:\_\_\_\_\_; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- KLIPPEL, Rodrigo. O juiz e o ônus da prova no projeto de Novo Código de processo civil. In: DIDIER JR, Fredie *et al* (orgs.). **O projeto do Novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao prof. José de Albuquerque Rocha**. Salvador: JusPodVm, 2011. p. 343-352.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile. Principi**. Settima edizione. Milano: Giuffré Editore, 1992.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 2.
- GARCIA, Leonardo Medeiros. **Direito do consumidor**. 5. ed. Niterói/RJ Impetus, 2009. p. 71.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- STRUCHINER, Noel. **Uma análise da Textura Aberta da Linguagem e sua aplicação ao Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- TARUFFO, Michele. **La prueba, artículos y conferencias**. Santiago de Chile: Metropolitana, 2009.
- WALTER, Robert. A “Teoria Pura do Direito”. In: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.