

DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES E TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA À DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA: O CPC/2015 E A BUSCA DE UM PROCESSO CONSTITUCIONALIZADO

THE FOUNDATION OF DECISIONS AND THEORY
OF LEGAL ARGUMENTATION TO THE BURDEN
OF PROOF'S DYNAMIZATION: THE CPC/2015 AND
THE SEARCH FOR A CONSTITUTIONALIZED PROCESS

VICTÓRIA SANTOS MARQUES¹

EDUARDO CAMBI²

JAIME DOMINGUES BRITO³

RESUMO

O artigo objetiva analisar o dever e direito de fundamentação das decisões judiciais, no que a teoria da argumentação jurídica contribui nesse ponto, bem como o sistema de distribuição do ônus da prova trazido pelo CPC/2015, como forma de assegurar a garantia constitucional a uma tutela jurisdicional adequada e efetiva. Por meio do método dedutivo, constatou-se que o juiz deve legitimar a sua argumentação, conferindo isonomia material aos litigantes no que concerne à produção probatória, pautando-se o processo na cooperação processual. A pesquisa contribui nas áreas do Direito Constitucional, Direitos Humanos e Fundamentais, Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil.

1 Advogada. Mestranda em Ciência Jurídica na linha de pesquisa Função Política do Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Bolsista pela CAPES e pela Fundação Araucária. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Participa do Grupo de Pesquisa Intervenção do Estado na Vida das Pessoas (INTERVEPES). Tem experiência e realiza pesquisas na área do Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Constitucional e Direitos Humanos e Fundamentais, com ênfase, ainda, em questões voltadas à Educação. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-8420-8412>.

2 Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós-doutor pela Università degli studi di Pavia. Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça. Coordenador da Escola Superior do Ministério Público do Paraná. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4944-1256>.

3 Professor titular, desde 1987, dos cursos de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), na qual milita na Graduação, Mestrado e Doutorado. Leciona também no Curso de Pós-graduação de Direito Civil e de Processual Civil do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC), de Londrina, PR. Além de dedicar-se ao estudo do Direito Civil, investiga, também, o Direito Constitucional e o Direito Processual Civil. Tem sido objeto de seus estudos e reflexões, em linhas gerais, assuntos ligados aos seguintes temas: os defeitos dos negócios jurídicos; a prescrição e a decadência; a reparação do dano material e imaterial; o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. Tem também investigado assuntos ligados à Bioética e Biodireito, bem como métodos para a utilização de precedentes no sistema jurídico brasileiro. Coordena, junto à Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), o Grupo de Pesquisa intitulado "Direitos fundamentais e a sistematização precedentalista no Brasil?". É advogado militante. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5461-8514>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

MARQUES, Vitória Santos; CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime Domingues. Da fundamentação das decisões e teoria da argumentação jurídica à dinamização do ônus da prova: o CPC/2015 e a busca de um processo constitucionalizado. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 1, p. 9-29, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i1.8442>.

Palavras-chave: decisão judicial; motivação das decisões; discurso argumentativo; ônus probatório; cooperação processual.

ABSTRACT

The article aims to analyze the duty and right to justify judicial decisions, in which the theory of legal argumentation contributes in this point, as well as the system of burden of proof's distribution brought by CPC/2015, as ways to ensure the constitutional guarantee an adequate and effective judicial protection. Through the deductive method, it was found that the judge must legitimize his arguments, granting material isonomy to the litigants in what concerns to the evidential production, guiding the process on procedural cooperation. The research contributes in Constitutional Law, Human and Fundamental Rights, General Process Theory and Civil Procedural Law.

Keywords: *judicial decision; motivation of decisions; argumentative discourse; evidential burden; procedural cooperation.*

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe avanços importantes como a busca de uma maior celeridade dos julgamentos, a segurança jurídica como garantia dos cidadãos e uma maior democratização do próprio processo às partes litigantes, que colaboram com o órgão judicial na melhor forma de resolução do conflito. O que o CPC/2015 almeja é tornar o mais processo eficiente.

Tal objetivo pode ser alcançado com o fomento às técnicas autocompositivas, o primado do enfoque precedentalista e a proibição às decisões surpresa. Também ganha destaque o dever de fundamentação do juiz, que é um tema que cada vez mais se discute na atualidade, posto que objetiva tutelar a integridade do pronunciamento judicial, a segurança jurídica e a dignidade humana. Além disso, o CPC/2015 trouxe mudanças na teoria geral da prova, inovando ao contemplar a possibilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova, em detrimento do modelo anterior de distribuição estática do CPC/1973.

Esse artigo pretende tratar do dever de motivação das decisões judiciais e da teoria da argumentação jurídica, bem como da mudança na forma de se encarar o ônus da prova a partir do CPC/2015, na busca de o processo ser interpretado conforme os valores e as normas estabelecidos na Constituição Federal. Na verdade, o problema de pesquisa que se busca responder é o seguinte: como a teoria da argumentação jurídica, aliada ao dever de motivação das decisões e à distribuição do ônus da prova, pode contribuir na atividade do magistrado para que se alcance um processo civil constitucionalizado?

O texto foi dividido em três partes. A primeira delas trata de uma explanação resumida das inovações advindas do CPC/2015 para que haja uma tutela jurisdicional adequada e efetiva. A segunda parte discorre sobre a teoria da argumentação jurídica e a motivação das decisões como exigência racional do Estado Democrático de Direito, refletindo sobre como deve ser um pronunciamento judicial considerado adequadamente fundamentado. A terceira e última parte dispõe sobre as provas estatísticas e a distribuição dinâmica do ônus da prova, como instrumentos aptos a efetivar um processo pautado nos preceitos constitucionais.

Conclui-se que os mecanismos trazidos pelo CPC/2015 se baseiam cada vez mais na democratização e cooperação processuais, sendo que o juiz, ao decidir, deve fundamentar a sua decisão pautado em uma racionalidade adequada, distribuindo o ônus da prova conforme as peculiaridades de cada caso.

O método científico utilizado para a elaboração do presente artigo foi o dedutivo, mediante uma explanação documental, com levantamento de dados e análise de sua significância, a partir de pesquisas bibliográficas, leituras de obras doutrinárias, outros artigos científicos, revistas jurídicas e demais textos e materiais, incluída a análise da legislação pátria. A pesquisa, pois, enquadra-se nas áreas de Direito Constitucional, Direitos Humanos e Fundamentais, Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil.

2. AS INOVAÇÕES DO CPC/2015 PARA UMA TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA E EFETIVA: A BUSCA PELA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

A constitucionalização do processo civil é o viés metodológico e interpretativo para a compreensão do CPC/15, pelo qual o processo deve ser analisado como instrumento de efetividade dos valores constitucionais (NERY JÚNIOR, 1996, p. 19). Sendo hierarquicamente superiores, as disposições constitucionais são aquelas às quais todas as outras devem se adequar, inclusive as normas processuais (REALE, 2002, p. 343).

A partir do art. 1º do CPC/2015, é possível observar que a reforma processual teve o escopo de tornar o processo civil mais ordenado e disciplinado. A atividade jurisdicional foi adaptada às necessidades atuais, cabendo ao magistrado, após analisar as peculiaridades do caso concreto, procurar o significado da norma à luz da Constituição, dando ênfase aos direitos e garantias fundamentais (CRUZ; CRUZ, 2010, p. 03-09).

Além disso, o CPC/2015 criou mecanismos próprios para a efetivação das garantias processuais, tais como a fixação dos elementos essenciais da sentença, a primazia do julgamento de mérito, a paridade de tratamento entre as partes litigantes, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, e a vedação às decisões-surpresa, o que permitiu o amplo contraditório e gerou, conseqüentemente, uma maior democratização do processo (ASSAF FILHO, 2015, p. 02). O incentivo aos métodos autocompositivos reforçaram a participação da população no exercício do poder, tornando as partes protagonistas na solução dos litígios (TRIGUEIRO; BORGES, 2019, p. 321).

Essa visão democrática está intimamente ligada à concretização do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF/88), ao incentivar a participação popular no exercício da função jurisdicional (SILVA; NEVES, 2017, p. 100). A democracia contemporânea é caracterizada por um contexto amplo de garantias institucionais no qual é possível a efetivação dos direitos fundamentais (ALVES, 2014, p. 37-38).

A busca por uma tutela jurisdicional célere, adequada e efetiva está voltada a assegurar meios e resultados. Tal perspectiva vincula o legislador e limita a sua atuação, norteando

a regulamentação das regras processuais para que se garanta, na maior medida possível, a Constituição Federal (CAMBI, 2020, p. 302-304). O processo civil contemporâneo deve se preocupar com a concretização das aspirações das normas de direito material, em especial as normas jus fundamentais (ZOLLINGER, 2005, p. 121), não podendo impor obstáculos desproporcionais e não razoáveis para a realização da justiça.

No entanto, para os direitos fundamentais serem garantidos e satisfeitos concretamente, é necessário formular técnicas idôneas para garantir o máximo grau de efetividade. No plano da jurisdição constitucional, os juízes não estão apenas sujeitos às leis, mas também à análise crítica de seu significado, como meio de controle da legitimidade constitucional (CAMBI, 2020, p. 302-303). Afinal, de nada adianta alguém ser titular de um direito material se não houver um direito ao processo indispensável para assegurar a sua eficácia (CAMBI, 2020, p. 305).

Como os direitos fundamentais não se operam automaticamente, deve haver a participação de todos os sujeitos no processo: o juiz deve fundamentar suas decisões; em contrapartida, as partes precisam cooperar para que seja obtida uma justa decisão (MITIDIERO, 2009, p. 140).

O art. 93, inc. IX, da CF/88 estabelece que a lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal disporá sobre o Estatuto da Magistratura, vinculando-a à observância de um rol de princípios orientadores, dentre eles, o de que “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*” (BRASIL, 1988, grifo nosso). Tal garantia fundamental é corroborada pelo art. 11 do CPC/2015. Ainda, o art. 20 da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro (decreto-lei nº 4.657/1942) estabelece que todas as decisões, sejam elas das esferas administrativa, controladora ou judicial, devem ser públicas e motivadas, levando-se em conta as suas consequências práticas, não podendo ser baseadas em valores jurídicos abstratos (CAMBI, 2020, p. 447-448). A ampla publicidade das decisões judiciais pode ser restringida nas situações em que a proteção aos direitos fundamentais à vida privada e à publicidade recomendem, limitando-se o debate às partes, seus advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público.

Mesmo nestes casos, toda e qualquer decisão judicial deve ser motivada e explicada pela autoridade que a proferiu de forma clara, expressa e coerente, com a exposição das razões de fato e de direito que levaram ao convencimento quanto ao mérito ou à existência de óbices processuais que teriam impedido a sua análise. Tudo isso para que a atividade judiciária seja transparente, permitindo o seu controle, para que as partes e terceiros possam compreender a decisão e, se for o caso, impugná-la (TALAMINI; WAMBIER, 2014, p. 73).

Além de possibilitar que da decisão se recorra, a fundamentação é meio de se evitar que o juiz decida com base em suas impressões pessoais, o que daria margem para arbitrariedades. Ao proferir decisão fundamentada, o magistrado está observando o dever de cooperar com as partes (art. 6º do CPC/2015), a que o legislador processual civil atribuiu acentuada relevância. No mesmo sentido, para evitar que as partes sejam colhidas de surpresa, o juiz deve assegurar o prévio contraditório, caso surjam fundamentos novos que possam influir no teor do julgamento (com fatos ou direito supervenientes, por exemplo), ou se forem constatadas nulidades absolutas, conforme estabelece o art. 10 do CPC/2015, que é norma fundamental do processo civil, a qual cuida do princípio da vedação às decisões surpresa (BRASIL, 2015).

[...] Na linha de pensamento tradicional a motivação das decisões judiciais era vista como garantia das partes, com vista à possibilidade de sua impugnação para efeito de reforma. Era só por isso que as leis processuais comu-

mente asseguravam a necessidade de motivação [...]. Mais modernamente foi sendo salientada a *função política* da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas *quisquis de populo*, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 92, grifos dos autores).

A ausência de fundamentação fere a garantia do contraditório. Por essa razão, o magistrado deve fundamentar de forma completa a decisão que profere, deixando claras as razões que o fizeram julgar daquela forma. É o que se verifica do art. 489, § 1º, do CPC/2015, que indica, de forma exemplificativa, quando a decisão (seja ela interlocutória, sentença ou acórdão), não é considerada fundamentada.

O CPC/15 adotou o princípio da completude da motivação mitigado, ao estabelecer que não é fundamentada a decisão que não enfrentar todos os argumentos trazidos no processo capazes de, em tese, contribuir na conclusão adotada pelo juiz (CAMBI, 2020, p. 426). Esse princípio, contudo, não exige que o julgador enfrente todos os fundamentos trazidos pelas partes. Quando um fundamento é suficiente para acolher o pedido ou para rejeitá-lo (com o julgamento da improcedência), não existe razão para que o magistrado analise os demais fundamentos jurídicos deduzidos (CAMBI, 2020, p. 428).

Isso significa que o juiz deve analisar todos os argumentos de fato e de direito apresentados pelas partes que sejam objetivamente capazes de alterar o resultado da causa. Deve indicar as provas e deixar clara a interpretação utilizada. Não precisa responder todas as questões suscitadas: os argumentos irrelevantes e impertinentes devem ser afastados. Se o magistrado se basear nas principais alegações, nas provas mais relevantes e no direito aplicado ao caso concreto, a decisão será suficientemente motivada (RODAS, 2015). Ademais, se houver motivo suficiente para proferir a decisão, o juiz pode julgar o mérito de forma antecipada, conforme o art. 355, inciso I, do CPC (BRASIL, 2015).

O dever de motivação judicial das decisões: a) é uma garantia contra o arbítrio; b) serve como garantia contra a influência de pontos de vista pessoais (subjetivismo); c) possibilita às partes conhecerem os fundamentos da decisão e, com isso, é um meio de impugnação e um modo de controle do raciocínio do magistrado; d) contribui para o maior grau de previsibilidade e segurança das normas jurídicas (CAMBI, 2020, p. 428-429).

O Estado Democrático de Direito impõe que o juiz motive suas decisões para que não exista margem para a íntima convicção do magistrado. Quando há argumentos racionais, a própria motivação justifica a decisão, não precisando o magistrado convencer as partes ou a opinião pública de seu “acerto”. A fim de evitar o arbítrio judicial, o julgador não pode perder a dimensão da verdade processual objetivamente realizável. Sabe-se que o conhecimento humano da verdade é imperfeito e incompleto, mas não é por isso que deve ser afastada a sua cogitação ou busca (CAMBI, 2020, p. 417).

A verdade, “valor político que não pode ser renunciado nas sociedades democráticas” (CAMBI, 2020, p. 424), que processualmente se objetiva e que interessa para o controle dos fundamentos da decisão judicial, é a que decorre das provas existentes nos autos. Um fato é tido como verdadeiro se for confirmado pelas provas produzidas no processo (CAMBI, 2020, p. 423).

Com efeito, o dever de fundamentação é levado a sério quando o juiz motiva tanto as questões jurídicas, quanto e, principalmente, as questões fáticas. A motivação fictícia - na

qual se omite a justificação da decisão sobre as questões fáticas ou se consideram questões jurídicas irrelevantes - deve ser combatida. O combate ao arbítrio judicial deve ser feito evitando-se os discursos jurídicos pautados no subjetivismo judicial, que se manifestam por meio de decisões sem qualquer motivação ou que possuam motivação fictícia (CAMBI, 2020, p. 424-425).

[...] o risco da onipotência judicial não fica afastado com o emprego do princípio da persuasão racional do juiz e do respeito aos princípios e as garantias constitucionais. O órgão judicial, ao justificar determinada visão dos fatos, com base em critérios vagos e indefinidos, não pode se valer de fórmulas puramente retóricas, destituídas de conteúdo, ao aludir, por exemplo, a “verdade material”, a “prova moral”, a “certeza moral”, a “prudente apreciação”, ou a “íntima convicção”. Tais expressões, como outras similares, dão margem ao subjetivismo e a manipulação semântica, por não assegurarem nenhuma racionalidade na valorização da prova, assim como implicam falsa motivação da decisão e, ainda, impedem o efetivo controle da atividade judicial por parte da sociedade, do jurisdicionado e da instância superior (CAMBI, 2020, p. 425).

As decisões judiciais precisam se legitimar socialmente. As decisões politicamente ultrajantes não substituem o julgador, mas geram o descrédito das instituições jurídicas e dos processos de aplicação do direito, o que é prejudicial para a sociedade, que fica menos coesa e também instável (CAMBI, 2020, p. 424). Saliente-se que o dever de motivação é ainda mais complexo quando se problematiza o que é uma decisão suficientemente motivada.

Não é possível dizer qual é a decisão correta sem se falar no problema do regresso ao infinito, já que fundamentar é um exercício que pode ser feito indefinidamente, havendo uma série ilimitada de argumentos que podem ser questionados (CAMBI, 2020, p. 428).

É impossível conceber uma situação que seja bem fundamentada em todos os seus aspectos. Isso, contudo, não exclui a possibilidade de fundamentação das decisões judiciais. Não retira a necessidade de buscar, racionalmente, os melhores argumentos [...] é um mandamento de otimização ou um princípio que deve ser cumprido na melhor extensão possível [...] Considerar o art. 93, IX, da CF/1988 um princípio significa dizer que deve ser obedecido, no caso concreto, de acordo com a ponderação de outros valores em conflito (limites jurídicos) e das possibilidades fáticas disponíveis (limites fáticos) [...] a fundamentação das decisões passa, necessariamente, pelo conjunto dos fatos jurídicos pertinentes e relevantes para a solução do caso concreto (CAMBI, 2020, p. 428-429).

O juiz, ao analisar os fatos que sejam pertinentes e relevantes, cumpre uma dupla função: a de considerar provados os fatos que correspondam à história fática narrada nos autos e a de valorar esses mesmos fatos à luz do ordenamento jurídico, enquadrando-os aos princípios e às regras. Entretanto, não basta saber se o fato é pertinente e relevante: o magistrado deve dizer por que considerou aquele fato daquela forma, não podendo utilizar seus conhecimentos pessoais para julgar o mérito (exceto quando isso for permitido pela lei).

Para que se cumpra o princípio da imparcialidade, o juiz não pode ter conhecimento prévio dos fatos controvertidos (CAMBI, 2020, p. 430-431). Também, para que se fundamente uma decisão, não é suficiente a mera representação do fato. Por exemplo, uma foto falsa pode causar o mesmo estímulo visual que uma fotografia verdadeira. Por essa razão, o juiz deve qualificar como sendo correta determinada representação fática (CAMBI, 2020, p. 432).

A narrativa processual é a reconstrução dos fatos juridicamente relevantes e pertinentes para o julgamento do caso concreto, a ser buscada pelo juiz; deve ser, necessariamente, verdadeira, ainda que não seja boa [...] Como o advogado não tem o dever de buscar a verdade, posto que é contratado para defender os interesses de seu cliente, deve apresentar a narrativa mais persuasiva. Para tanto, precisa ser boa, ainda que não seja verdadeira. Isso pode ser suficiente para se vencer a causa (especialmente, quando se trata de julgamento pelo Tribunal do Júri, onde os jurados [...] não têm o dever de motivar a sua decisão). Por outro lado, o juiz, em razão da sua imparcialidade, tem a função primordial de procurar a narrativa verdadeira, isto é, que reconstrua adequadamente os fatos, ainda que não a transcreva de forma boa. Narrações boas, que incluíssem enunciados falsos e fatos privados de suporte probatório, conduziram a decisões equivocadas, viciadas e injustas. O ideal é que o juiz produza narrações boas e verdadeiras, mas, se não conseguir narrações boas, deve, pelo menos, esforçar-se para que sejam verdadeiras (CAMBI, 2020, p. 432-433).

No momento em que decide a causa, aplicando o direito ao caso concreto, o juiz deve levar em consideração regras, princípios, valores e fatos. Como uma norma pode ter vários significados ao ser interpretada e ao se determinar o significado objetivo de seu texto, o magistrado constrói a decisão. O produto da decisão judicial para o caso concreto é a norma jurídica.

O juiz parte de um problema trazido pelas partes, mas que também encontra no julgador uma “pré-compreensão” tanto da realidade existencial como do texto a ser interpretado (CAMBI, 2020, p. 433-434).

Sustentar que o art. 93, IX, da CF/1988 deva ser entendido como princípio é determinar a sua aplicação na medida do possível. Tal concepção permite contornar o problema do regresso ao infinito, na medida em que não há um fim natural no encadeamento de possíveis argumentos, já que não se pode excluir a possibilidade de novas informações e melhores argumentos a serem aduzidos. Porém, para evitar um processo interminável de argumentação, com a impossibilidade de se obter uma “única decisão correta”, é necessário traçar uma linha-limite (CAMBI, 2020, p. 437).

O juiz deve também motivar a valoração da prova, indicando as razões de apreciar determinada prova daquela forma. Portanto, apesar de a atividade da valoração probatória ser marcada, em regra, pela liberdade, não indicando o ordenamento jurídico como deve se dar esse exercício, o convencimento judicial não é livre a ponto de se admitir qualquer valoração, sujeitando-se a critérios lógicos e racionais de controle decisional. Isso é feito para que os critérios pessoais e íntimos do julgador fiquem reduzidos, devendo ser propostas pautas e diretrizes de caráter objetivo para a valoração lógica e racional da prova (CAMBI, 2020, p. 435).

A motivação adequada é a que contém justificativas suficientes sobre as questões de fato e de direito, sendo fundada em bons argumentos não apenas para o próprio juiz que profere a decisão, mas por todos aqueles que posteriormente possam valorar as razões do convencimento judicial. O bom juiz consegue persuadir a comunidade jurídica, elencando em suas decisões bons fundamentos após considerar os pontos relevantes para a solução do caso concreto, além de observar o mesmo entendimento a casos correlatos (CAMBI, 2020, p. 437-438).

O direito deve ser constantemente interpretado e reinterpretado. A fim de que não haja arbitrariedades, as decisões judiciais devem ser bem fundamentadas, para que os destinatários da justiça tenham a real dimensão do sentido atribuído, pelo Judiciário, aos direitos discu-

tidos no processo. O dever de motivação, pois, exerce uma função endoprocessual, ao buscar convencer as partes das razões que geraram o convencimento do magistrado, o que facilita a impugnação da decisão pela via recursal (a parte sabe as razões que deve combater em recurso). Também tem a função extraprocessual de servir de mecanismo de controle democrático do exercício do poder. A motivação interessa mais ao perdedor do que ao vencedor da causa, porque ele precisa buscar conforto e explicação na decisão judicial. Por fim, a fundamentação é dirigida à sociedade em geral, que tem o direito de conhecer as razões da decisão para poder exercer a cidadania e o controle social do poder jurisdicional (CAMBI, 2020, p. 439).

[...] Não é qualquer decisão que deve ser aceita socialmente como forma de exercício do poder. Deve-se, pois, buscar a legitimação social da decisão judicial, não podendo o juiz se esconder atrás da suposta neutralidade da norma. Concretizar os direitos fundamentais não é o mesmo que transformar juízes em legisladores. Por isso, para além de princípios e regras, deve haver uma teoria da argumentação jurídica, na qual seja possível buscar uma decisão racionalmente fundamentada (CAMBI, 2020, p. 439-440).

Frise-se que, apesar de o juiz ter o dever de motivar as decisões, a argumentação jurídica deve ser seguida por todos os sujeitos do processo (princípio da cooperação processual). Isso permite uma tutela jurisdicional mais adequada, célere e efetiva, com distribuição da justiça e diminuição de processos e recursos que sejam meramente protelatórios.

A argumentação correta conduz à fundamentação adequada, na medida em que contribui para a segurança jurídica, para a promoção da economia processual e do acionamento da máquina judiciária apenas nos casos em que realmente seja necessário um pronunciamento.

3. A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES COMO EXIGÊNCIA RACIONAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Quanto à racionalidade e correção das decisões judiciais, a teoria da argumentação jurídica é uma grande ferramenta do neoconstitucionalismo, que é uma metodologia, inspirada em uma concepção pós-positivista, que tem como base a qualificação das regras e a sua distinção com relação aos princípios. Conforme essa teoria, o Direito não pode ser estudado como um produto acabado, criado pela ação legislativa, devendo ser visto como um processo no qual se chega à decisão judicial. Isso é feito não apenas através da análise dos aspectos jurídicos tradicionais, mas também das informações de outras ciências, como a Filosofia Política, Sociologia, Teoria da Linguagem, etc. Os princípios ocupam lugar de destaque, sendo considerados como normas fundamentais de todo o ordenamento, efetuando a concretização da norma constitucional (DORICO, 2013).

[...] Tanto regra quanto princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio de expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas (ALEXY, 2011, p. 87).

A existência e a eficácia dos fatos depende da argumentação jurídica, já que não são encontrados prontos. O juiz deve decidir quais argumentos são relevantes e pertinentes para a solução do conflito. Para tanto, deve se basear em parâmetros axiológicos oferecidos pelos princípios e regras jurídicas, ao selecionar os eventos que estejam nas esferas de interesses protegidos pelo ordenamento jurídico (CAMBI, 2020, p. 422).

Na argumentação jurídica, os discursos jurídicos se relacionam com a justificação interna e com a justificação externa. Na justificação interna, que implica o controle lógico da decisão, o que se busca saber é se foram observadas as formas predeterminadas. A lógica interna procura mostrar as premissas que devem ser externamente justificadas, evitando-se que fiquem escondidas as razões nas quais a decisão se baseia e que podem ser objeto de impugnação e críticas pelos interessados. De fato, a justificação interna exige que o intérprete recorra às regras gerais, contribuindo para a uniformização, a segurança jurídica e a justiça da decisão. A justificação externa, por outro lado, preocupa-se com a dimensão social da decisão, e se fundamenta na argumentação empírica, na interpretação, na dogmática, no uso dos precedentes judiciais e na argumentação geral prática (CAMBI, 2020, p. 440-441).

Em síntese, na argumentação jurídica, pode-se fazer distinção entre a justificação interna e externa. A primeira se preocupa com a disciplina das regras e a autoridade (competência) da autoridade interpretativa [...] A justificação externa, por sua vez, não diz respeito aos princípios lógico-dedutivos, preocupando-se com a aceitabilidade racional, que é a aceitabilidade das premissas da justificação interna. Logo, está voltada ao problema da correção ou da justiça da decisão; a partir de pontos de vista teleológicos, morais, políticos ou outros, os quais compõem a aceitabilidade racional do ato decisório (CAMBI, 2020, p. 441).

A propósito de que a argumentação jurídica deve-se mostrar como uma *argumentação prática*, Neil MacCormick ressalta que a primeira é uma ramificação da segunda e que consiste na aplicação da *razão* por parte dos seres humanos para decidir qual é a forma correta de se comportarem em situações onde haja escolha (MACCORMICK, 2006, p. 07, grifo nosso)⁴. E prossegue:

Um sistema de direito positivo, em especial, o direito de um Estado moderno, engloba uma tentativa de consolidar amplos princípios de conduta na forma de normas relativamente estáveis, claras, detalhadas e objetivamente compreensíveis, bem como de fornecer um processo aceitável e inspirador de confiança interpessoal para fazer vigorar essas normas [...] Consequentemente, a lógica de aplicação da norma é a lógica central do direito dentro do moderno paradigma da racionalidade jurídica sob o manto do “Estado de direito”. Talvez, para decepção de importantes teóricos, essa lógica seja na realidade relativamente simples e direta. A fórmula simples, porém muito criticada “N+F=C” ou “Norma mais fatos geram conclusão” é a verdade essencial (MACCORMICK, 2006, p. 08).

Conforme Alexy (2011, p. 292), todo enunciado dogmático colocado em dúvida deve ser fundamentado, pelo emprego de pelo menos um argumento prático do tipo geral. Para ele,

4 Referido autor, já no preâmbulo da obra *Argumentação jurídica e teoria do direito*, vai além e afirma que apesar de constantes negativas de eruditos, que sustentam que o direito concede espaço ao raciocínio dedutivo, ou até mesmo à lógica, está convicto e tem o posicionamento de que uma forma de raciocínio dedutivo é essencial para a argumentação jurídica, não querendo dizer, com isso, que a argumentação jurídica é exclusivamente dedutiva, tanto que cuida, na obra, de repensar os elementos da argumentação jurídica que não são dedutivos.

todo enunciado dogmático deve enfrentar uma comprovação sistemática, em sentido estrito e em sentido amplo. Se os argumentos dogmáticos são possíveis, eles devem ser utilizados.

Primitivamente, a garantia da aplicação do Direito era a força das armas. Modernamente, essa segurança advém dos recursos puramente linguísticos, de modo que os argumentos jurídicos são instrumentos de persuasão para convencer o julgador na obtenção da decisão. Por essa razão, a segurança jurídica é tida como um valor irrenunciável das sociedades contemporâneas, por gerar estabilidade (as decisões não podem ser alteradas de forma arbitrária), e também previsibilidade (por exigir certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, aos efeitos jurídicos dos atos normativos, dando confiança ao ordenamento) (CAMBI, 2020, p. 441-442).

A segurança jurídica é um instrumento de realização dos valores da liberdade, da igualdade e da dignidade: i) da liberdade, pois quanto maior é o acesso material e intelectual do cidadão às normas que deve obedecer, maior serão as condições para que possa conceber o seu presente e planejar o seu futuro; ii) de igualdade, pois quanto mais gerais e abstratas forem as normas, e mais uniformemente forem aplicadas, tanto maior será o tratamento isonômico entre os cidadãos; iii) de dignidade, porque quanto mais acessíveis e estáveis forem as normas, bem como mais justificadamente forem aplicadas, melhor será o tratamento do cidadão como ser capaz de definir-se autonomamente. A insegurança jurídica gerada pela instabilidade nas decisões judiciais é um estímulo às aventuras processuais e até mesmo ao abuso do direito processual, além de significar um fator que inibe à observância do cumprimento espontâneo das obrigações no plano do direito material (CAMBI, 2020, p. 442).

Assegurar a segurança jurídica por meio da emissão de juízos racionais de correção sobre as decisões que se interpreta é uma pré-condição da própria legitimidade do exercício do poder. A decisão judicial deve ser corretamente motivada, decorrendo de uma ordem jurídica formalmente válida, que deve também ser racional e justa. Uma decisão fundada em uma lei incorreta ou irracional, mesmo que seja válida no plano formal, é falha, porque nega a racionalidade e a justiça. Por exemplo, se uma pessoa, vítima do desemprego, é condenada à prisão pela contravenção penal de vadiagem (art. 59 do Decreto-lei 3.688/1941), ainda que a decisão esteja baseada em lei formalmente válida, não é correta, pois a lei é injusta, contrariando a dignidade humana. Assim, há valores éticos, políticos e jurídicos que estão além das regras do Direito e que lhe conferem legitimidade, os quais devem ser respeitados pelos julgadores (CAMBI, 2020, p. 442-443).

Com efeito, a norma jurídica deve ser compreendida no texto e no ato. O “direito vivente” resulta mais da argumentação jurídica, da interpretação do ordenamento necessária à efetivação dos direitos, do que das normas em si consideradas. Saliente-se, nesse sentido, que a tradição é um mero ponto de partida para que as decisões judiciais sejam legitimadas. De fato, um argumento até então aceito pela comunidade não pode ser deixado de lado sem que haja uma justificativa, um argumento melhor para lhe dar lugar (CAMBI, 2020, p. 443-444).

Na teoria da argumentação jurídica, a fundamentação das regras do discurso (teoria do discurso) é uma teoria processual de correção prática. Uma norma será correta e, destarte, válida, quando possa ser o resultado de um procedimento, ou seja, de um discurso prático racional. O ponto comum do discurso jurídico e do discurso prático geral é que as duas formas do discurso se preocupam com a correção de afirmações normativas. O discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, porque a fundamentação jurídica recai sobre as questões práticas, as quais concernem aquilo que

está ordenado, proibido e permitido. Trata-se de um caso especial, porque a argumentação jurídica está restringida por uma série de condições restritivas, sintetizadas na sujeição às leis, aos precedentes judiciais, à dogmática jurídica e às limitações impostas pelas regras de ordem processual (CAMBI, 2020, p. 444-445).

Nesse sentido, por exemplo, é discutível a validade da juntada de cartas psicografadas por médiuns no processo. A justificativa de negar essa prova porque o Estado é laico é inválida, já que, se não há uma religião oficial, todas elas são admitidas. O problema, na verdade, está na ausência de argumentos lógicos para controlar a racionalidade discursiva da prova, que inviabiliza o exercício do contraditório e da ampla defesa. A credibilidade dessas cartas deve ser analisada pela autenticidade e veracidade: a autenticidade pode ser provada pela assinatura da pessoa morta, cujo espírito se comunica com o médium; a veracidade é mais difícil de ser provada, pois depende da crença de cada um, da idoneidade e confiabilidade do médium. Por depender unicamente da fé, a carta psicografada não pode ser usada como único meio de prova, já que a convicção precisa ser racionalmente motivada, conforme o art. 93, inc. IX, da CF/88, e o art. 371 do CPC/2015. Tal documento, contudo, pode ser usado no Tribunal do Júri (os jurados não precisam fundamentar o seu convencimento, que pode ser íntimo). Todavia, a decisão proferida pelo Conselho de Sentença pode ser anulada se ficar evidente que a convicção dos jurados contrariou de forma manifesta a prova dos autos, nos termos do art. 593 do Código de Processo Penal. Disso, verifica-se que uma condenação baseada apenas na carta psicografada e que destoe do conjunto probatório, não pode produzir efeitos jurídicos válidos. Portanto, a convicção judicial deve se pautar em dados da vida real, e não unicamente na fé (CAMBI, 2020, p. 445-446).

Frise-se, por fim, que a colisão de direitos fundamentais torna mais complexa a motivação das decisões judiciais, uma vez que exige a harmonização de princípios para a solução do caso concreto. Conforme o art. 489, § 2º, do CPC/2015, caso haja colisão entre normas jurídicas, o magistrado deve motivar o objeto e os critérios do sopesamento realizado, indicando as razões de afastar determinada norma e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão (CAMBI, 2020, p. 446).

A teoria do discurso jurídico estabelece critérios de discussão e julgamento, mas não é infalível. Ela apenas mostra que é possível a dedução de argumentos racionais sobre os direitos. Com efeito, a argumentação jurídica é condicionada ao auditório a que se dirige, de modo que depende da época e do lugar, dos níveis e ambientes de compreensão, ao envolver a comunicação e o entendimento da mensagem. Desse modo, não se argumenta de forma permanente, não havendo soluções infalíveis para problemas práticos (CAMBI, 2020, p. 446-447).

Os juízes devem levar a sério a Constituição, não permitindo que os direitos fundamentais se tornem promessas constitucionais não cumpridas [...] devem fundamentar suas decisões em standards jurídicos objetivos, sem que, destarte, ajam arbitrariamente ou possam vir a se colocar no lugar dos legisladores [...] o órgão judicial, especialmente na imposição de políticas públicas, deve avaliar as consequências de sua decisão para o Estado Democrático de Direito, para a ordem pública, para a economia, para o exercício da cidadania e, enfim, para o bem-estar social (CAMBI, 2020, p. 447).

Dessa forma, os problemas jurídicos devem ser encarados de acordo com os efeitos das soluções propostas, a curto ou longo prazo, para os indivíduos ou o sistema. Interpretar é

considerar as consequências das soluções alternativas, e escolher aquela que confira maior efetividade aos preceitos constitucionais, especialmente o ligado à dignidade humana, o que é corroborado pelo art. 8º do CPC/2015, que determina que o juiz promova esse valor na aplicação do ordenamento jurídico (CAMBI, 2020, p. 447-448).

O trabalho do juiz é o de concretizar o dever constitucional a uma adequada e legítima fundamentação das decisões judiciais, que deve ser racional, previsível, acessível e controlável, em contraposição a uma fundamentação livre, arbitrária, discricionária, solipsista, subjetiva, superficial e imprevisível. Para que isso, entretanto, seja efetivado, a decisão judicial deve se pautar em uma ótica racional, com a ponderação de princípios para a solução dos casos difíceis, o que é defendido pela teoria da argumentação jurídica.

4. AS PROVAS ESTATÍSTICAS E A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA COMO COROLÁRIOS DO PROCESSO CONSTITUCIONALIZADO

Uma crítica dirigida aos juízes, quando efetivam direitos fundamentais e sociais ou controlam políticas públicas, é o da credibilidade das fontes de informação que usam para julgar. Sabe-se que as teorias normativas dos direitos fundamentais têm falta de rigor e de saber, por abordarem problemas complexos, fazendo uso de termos vagos e imprecisos. Para que as decisões sejam motivadas de forma correta, são necessárias informações e provas científicas capazes de esclarecer as consequências que envolvam os direitos econômicos, sociais e culturais. E essas informações, para serem confiáveis, devem indicar o contexto em que a decisão vai influir (CAMBI, 2020, p. 448-449).

O Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, no caput do art. 12, assevera serem “admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem”. Tais provas, ainda que não estejam legalmente regulamentadas no ordenamento jurídico brasileiro, são admissíveis, devendo ser consideradas provas atípicas, por força do art. 369 do NCPC. A sua admissibilidade também decorre do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva (art. 5º, XXXV, da CF/1998), do qual decorre a necessidade da construção de técnicas processuais capazes de proteger os direitos materiais violados (CAMBI, 2020, p. 449).

A prova estatística, que possui uso ainda bastante controverso, indica de forma probabilística os dados científicos que sejam relevantes de um enunciado referente a fatos específicos que precisam ser provados. Isso não significa que a baixa probabilidade retire a credibilidade de certos dados e a validade de informações para determinados contextos: tudo depende da exatidão científica das informações. O grande perigo está ligado ao uso de dados não justificados, não verificados ou que sejam infundados. Quantificações estatísticas sem critérios científicos, erradas ou inventadas, influem na generalização de premissas falsas, vagas e enganosas que encobrem preconceitos de raça, gênero, origem, tendência sexual etc., impedindo que se descubra a verdade e que se promova a justiça, contrariamente ao que propõe o Estado Democrático de Direito (CAMBI, 2020, p. 449-451).

Ainda assim, a prova estatística pode ser muito útil para a proteção dos direitos fundamentais sociais da comunidade, especialmente a proteção do mínimo existencial, uma vez que tais direitos possuem custos que variam de acordo com a condição pessoal de cada um, sendo necessário um planejamento estatístico para a prestação do serviço. Por exemplo, a partir de listas elaboradas pelo Conselho Tutelar, pode-se verificar qual é o número de mães que possuem filhos pequenos e que necessitam trabalhar, e qual é a região da cidade que precisa de maiores investimentos na construção de creches (CAMBI, 2020, p. 453-454).

[...] A prova estatística é de grande utilidade no monitoramento da aplicação do postulado do desenvolvimento progressivo dos direitos fundamentais. A realização de estatísticas é indispensável para medir o sentido e a eficácia da política pública [...] Tal controle permite saber se as políticas públicas, voltadas à efetivação dos direitos fundamentais sociais, são adequadas, suficientes e capazes de realizar integralmente os direitos previstos na Constituição. Também possibilitam a comparação dos percentuais orçamentários destinados à efetivação dos direitos fundamentais sociais com outros gastos públicos, considerados socialmente menos relevantes. Além disso, o uso probatório dos dados estatísticos pode ser o ponto de partida para o desenvolvimento de técnicas de distribuição do ônus da prova que promovam o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, evitando o perecimento de direitos que exigem maior complexidade probatória (CAMBI, 2020, p. 454).

Ou seja, se usada de forma correta e suficientemente motivada, a prova estatística pode ter grande valor na promoção dos direitos fundamentais, especialmente àqueles ligados à dignidade da pessoa humana. Ao juiz, cabe fazer uso desse tipo de prova quando julgar necessário ao caso concreto, para a prestação de uma tutela jurisdicional cada vez mais adequada e efetiva.

Além disso, uma decisão correta não é aquela centrada unicamente na figura do juiz, devendo haver a participação das partes, que tem de provar os fatos que embasam as suas alegações. Esse exercício, além de ser um direito fundamental, é também um ônus.

O ônus consiste na atribuição de determinada incumbência a um sujeito no interesse desse próprio sujeito. Ou seja, prescreve-se ao onerado uma conduta a adotar, pela qual ele poderá obter uma vantagem ou impedir uma situação que lhe seja desfavorável. Ônus e dever são figuras jurídicas distintas em pelo menos dois aspectos: (i) o dever implica um correlato direito de outro sujeito, ou seja, é uma conduta que a lei prescreve no interesse de outrem, enquanto que o ônus é estabelecido no interesse do próprio onerado; (ii) o descumprimento do dever pode implicar a incidência de uma sanção, ao passo que a inobservância do ônus apenas faz com que o onerado eventualmente perca a chance de desfrutar de uma situação melhor (TALAMINI, 2016).

Conceitualmente, o ônus da prova é a atribuição, à parte, da incumbência de comprovar os fatos que lhe são favoráveis no processo, caso as provas existentes nos autos não sejam suficientes para tanto. Ou seja, o ônus da prova é imprescindível quando não há provas de determinada alegação nos autos. Se essas provas já estão no processo, independentemente de quem a produziu, as regras do ônus da prova são desnecessárias, devendo o juiz reconhecer os efeitos que ela produz, adequando os fatos às normas jurídicas pertinentes (TALAMINI, 2016).

Assim, se não há prova nos autos, deve ser aplicado o instituto do ônus da prova para que o magistrado possa solucionar a demanda, aplicando o direito ao caso concreto. Isso porque o processo não pode durar indefinidamente na busca da verdade. Pelo contrário, é preciso que

haja a mais rápida resolução do processo, sob pena de grave afronta ao direito fundamental à razoável duração do processo, às garantias da celeridade e efetividade processuais. Por outro lado, o juiz não pode deixar de decidir sob o argumento de que não conseguiu formar convencimento sobre os fatos da causa (vedação ao *non liquet*). E é, para essas hipóteses em que o magistrado ainda não formou o seu convencimento, que a lei fixa as regras sobre distribuição do ônus da prova (TALAMINI, 2016).

Com relação à distribuição do ônus da prova entre as partes, o CPC de 1973 adotou a teoria estática. Referido diploma, pautado na concepção liberal-individualista, levava em consideração a posição das partes, o interesse no fato a ser provado e a natureza dos fatos (constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos). Não havia uma preocupação com as peculiaridades do direito material a ser protegido ou com as circunstâncias do caso em análise, o que era incompatível com a promoção de um processo coletivo e democrático, e com os próprios preceitos constitucionais (CAMBI, 2020, p. 454-455).

O art. 333 do CPC-1973 distribuía o ônus da prova, sem levar em consideração o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva (art. 5º, XXV, CF/1988), além de partir da premissa de que ambos os litigantes estariam, formalmente, em paridade de armas e, por isto, tinham iguais condições de produzir a prova [...] a regra do art. 333 do CPC-1973 era materialmente incompatível com a produção da prova nos processos coletivos, porque colocava em risco a efetividade da tutela do direito material coletivo (CAMBI, 2020, p. 455).

Esse panorama, contudo, foi alterado pelo CPC/2015 no seu art. 373, § 1º, que adotou a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, superando o modelo liberal-patrimonialista do Código anterior. Tal teoria harmonizou-se com o microssistema do processo coletivo e se tornou materialmente compatível com a produção das provas nos processos que envolvam direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (CAMBI, 2020, p. 455-456).

Nesse sentido, o art. 373 do CPC/2015 estabelece que o ônus da prova caberá ao autor, “quanto ao fato constitutivo de seu direito”, e ao réu, “quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor” (incisos I e II). Já o §1º dispõe que o juiz poderá “atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”, o que ocorrerá tanto quando houver “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 do fato contrário” quanto nas demais hipóteses previstas em lei (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Saliente-se, pois, que a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova depende de decisão rigorosamente fundamentada que justifique as razões de fato e de direito, o que deverá ser feito no saneamento do processo e jamais na sentença, conforme o art. 357, inc. III, do CPC/2015, para que nenhuma das partes seja surpreendida. Afinal, a surpresa prejudica o exercício das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (CAMBI, 2020, p. 468-469).

O ônus da prova está intimamente ligado à formação do convencimento judicial. Se o magistrado, para decidir, passa por um contexto de descoberta, é preciso que ele tenha conhecimento não apenas do objeto pretendido na ação, mas também qual dos litigantes têm

reais condições de esclarecê-lo. A exigência do convencimento varia conforme a situação do direito material, não havendo um único convencimento para todas as situações concretas. Consequentemente, o ônus da prova não pode ser encarado do mesmo modo, sem que se considere a dificuldade de convicção própria do caso que se analisa (CAMBI, 2020, p. 461).

Desse modo, conforme o novo sistema de distribuição, a prova incumbe a quem possua maior facilidade para a sua realização (seja pelo conhecimento técnico ou por informações específicas). Não se pode exigir do Ministério Público, por exemplo, ao ajuizar uma ação civil pública ambiental, o ônus de provar que a parte ré, empresa que explora os serviços de telefonia, gera risco à saúde da população ao construir estações rádio-base próximas às creches, escolas, hospitais, asilos e residências. A empresa exploradora é quem deve assumir esse ônus. Por essa razão, a ACP não pode ser julgada improcedente por falta de provas se não houver um consenso científico quanto aos males que a saúde ou o meio ambiente podem sofrer com a radiação oriunda das antenas de telefone. Verifica-se, destarte, que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova se coaduna com o princípio ambiental da precaução (CAMBI, 2020, p. 457).

Na busca pela verdade real, a problemática da distribuição do ônus probatório às partes se dá conforme as particularidades do caso concreto. O ônus da prova “estará em desacordo com os postulados do processo sob a égide do Estado Democrático de Direito” quando se tornar “impossível ou de extrema dificuldade o exercício da faculdade probatória” (DIAS, 2016, p. 521).

O Novo Código de Processo Civil [...] revoluciona o tratamento probatório, porque rompe com a prévia e abstrata distribuição do ônus da prova, não vinculando o magistrado aos critérios da posição das partes em juízo e das espécies de fatos controvertidos, preconizada pela técnica contida no art. 333 do CPC-1973. Ao contrário, possibilita que a repartição dos encargos probatórios leve em consideração a real condição das partes demonstrar os fatos necessários a tutela do direito material que, diante de suas peculiaridades, pode exigir uma técnica processual diferenciada para adequar o ônus da prova à natureza do direito substancial pretendido. Assim, o NCPC reforça a utilização do senso comum e das máximas da experiência, ao reconhecer, à luz do direito material discutido, que quem deve provar é quem está em melhores condições de demonstrar o fato controvertido, para evitar que uma das partes se mantenha inerte na relação processual, já que a dificuldade da prova a beneficia (CAMBI, 2020, p. 459).

A aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, em detrimento da anterior teoria estática, permite a facilitação da prova para a proteção do bem jurídico sem a prévia apreciação do juiz de critérios preestabelecidos de inversão do ônus (como ocorre no art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor). No entanto, cabe ao juiz, além dos casos previstos em lei, atribuir o ônus probatório de forma diferente quando, diante das peculiaridades do caso concreto, houver impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumpri-lo, havendo, em contrapartida, maior facilidade de obtenção da prova pela parte contrária. Com a distribuição dinâmica, pois, o julgador deve se atentar ao caso concreto, sendo gestor da prova, atribuindo o ônus de sua produção a quem tenha melhores condições para tanto (CAMBI, 2020, p. 458-459).

A distribuição da carga probatória, assim, não está mais ligada a critérios prévios, abstratos, rígidos e imutáveis que antes existia. A atual repartição do ônus considera a dinâmica fática, axiológica e normativa presente no caso concreto, a ser explorada pelos juízes (CAMBI, 2020, p. 459).

Frise-se, contudo, uma diferença importante entre a regra contida no art. 373, § 1º, do CPC/2015, e aquela contida no art. 6º, inc. VIII, do CDC. Este último diploma legal, alicerçado no direito fundamental segundo o qual o Estado deve promover a defesa do consumidor (art. 5º, inc. XXXII, da CF/88), estabelece como sendo um direito básico de todo consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a *inversão do ônus da prova*, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, conforme as regras ordinárias de experiências” (BRASIL, 1990, grifo nosso).

Disso se denota que a especificidade de se inverter o ônus da prova, inserida no microsistema de defesa e proteção ao consumidor, é justificado pela sua vulnerabilidade frente à cadeia de fornecedores, tendo em vista que nem sempre dispõe dos conhecimentos técnicos ou das informações necessárias para realizar a própria prova. Por essa razão, e para garantir que as partes estejam em condições paritárias de participação no processo de influir no convencimento do juiz, a inversão do ônus da prova, deferida por meio de adequada fundamentação, gera o equilíbrio das partes, evitando prejuízo àquele que não consiga provar o fato constitutivo de seu direito, especialmente quando se constata que o adversário possui melhores condições de provar o fato negativo (DIAS, 2016, p. 522).

No entanto, o art. 6º, inc. VIII, do CDC somente pode ser aplicado se ficar caracterizada a relação de consumo (CAMBI, 2020, p. 461). A dinamização do ônus da prova, ao contrário, pode ser aplicada em qualquer caso, não se restringindo ao procedimento comum, estendendo-se de forma supletiva inclusive aos procedimentos especiais. Pode, por exemplo, ser usada a dinamização do ônus probatório na Lei de Alimentos, de forma que seja dado ao alimentante o ônus de provar as suas condições econômico-financeiras, ao mesmo tempo em que protege a pessoa mais vulnerável da relação jurídica (alimentado). Isso demonstra que a dinamização do ônus da prova se aplica para além das hipóteses de relação de consumo, concretizando os princípios da boa-fé e da cooperação processual, ao garantir maior igualdade às partes hipossuficientes (CAMBI, 2020, p. 460).

As técnicas de inversão do ônus da prova não se limitam ao art. 6º, VIII, do CDC. O desequilíbrio entre as partes não é uma exclusividade do direito do consumidor. As desigualdades tampouco precisam ser econômicas ou financeiras [...] dentro da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, basta que uma das partes tenha melhores condições de provar os fatos juridicamente relevantes e pertinentes que o adversário (CAMBI, 2020, p. 468).

Não é suficiente, contudo, a mera condição de vulnerabilidade ou de hipossuficiência para que seja invertido ou amenizado o ônus probatório, devendo ser respeitados os limites impostos pela lei processual. A dinamização, assim, não é automática, dependendo da análise judicial das circunstâncias do caso concreto. Ela também não pode ser usada como forma de prejulgamento da causa (prova diabólica reversa), uma vez que não se pode exigir da parte contrária o ônus da prova quando isso for impossível ou quando for extremamente difícil de dele se desincumbir, nos termos do art. 373, § 2º, do CPC/2015 (CAMBI, 2020, p. 460).

Não se pode exigir de alguém provar além do que esteja ao seu alcance demonstrar, porque isso gera um ônus probatório diabólico, ou seja, a extrema dificuldade de provar impede a realização dos direitos materiais. Como o processo é mero instrumento para a realização dos direitos materiais, haverá negação ao direito fundamental à tutela jurisdicional adequada

(art. 5º, XXXV, da CF/1998) se, pela não formulação das técnicas processuais, não existirem mecanismos de facilitação da prova (CAMBI, 2020, p. 468).

Nesse sentido, é importante ressaltar que, a despeito de o art. 77, inc. I, do CPC/2015 estabelecer o dever de todos os sujeitos processuais em expor os fatos em juízo conforme a verdade, isso não obriga a produção da prova em favor da parte contrária. É autoritário impor que o advogado sacrifique o interesse de seu cliente na busca da justiça ou da obtenção da verdade real, da mesma forma que é totalitário exigir à parte o dever de afirmar tudo o que conhece ou de apresentar meios de prova que lhe sejam prejudiciais (CAMBI, 2020, p. 464).

Não se pode exigir que o advogado diga toda a verdade, a ponto de prejudicar o seu cliente, contribuindo com argumentos e provas favoráveis à parte contrária. Mas a ética profissional determina que a defesa se dê nos limites do ordenamento jurídico, sendo exigível que a sua atuação se circunscreva a padrões morais razoáveis e às limitações legais, não sendo tolerável a destruição de provas, deturpar ou manipular, arditosamente, os fatos, ou ainda coagir ou subornar testemunhas, uma vez que o processo como conquista civilizatória de promoção da justiça, não pode admitir que os fins (obtenção da vitória) justifiquem os meios (CAMBI, 2020, p. 466).

Com efeito, o processo não se reduz a um jogo de esperteza, em que as partes e seus advogados podem tudo, de modo que se perca o seu caráter publicístico, sendo o julgador reduzido a um mero mediador de conflitos, fantoche das partes a serviço da dissimulação e da fraude. Isso retira a confiança da sociedade na justiça (CAMBI, 2020, p. 466).

A busca impessoal da verdade, pelo órgão judicial (art. 370 do NCPC), permite que o Judiciário exerça seu papel de guardião da Constituição, não se limitando o processo a um jogo de sofismas e de artimanhas, pois, se as limitações do conhecimento humano impedem o completo acesso à verdade dos fatos, esses obstáculos não implicam concluir que a verdade não deva ser perseguida ou que se possam considerar justas as decisões baseadas em fatos inteiramente dissociados da realidade da vida ou para legitimar qualquer reconstrução dos fatos juridicamente relevantes [...] O magistrado não se pode contentar com uma igualdade puramente formal, entre os litigantes, tendo o dever de, ao dirigir o processo, assegurar às partes igualdade de tratamento e prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça [...] A boa-fé deve nortear a relação entre o juiz e as partes, impondo o dever recíproco de atuar dentro dos parâmetros éticos indispensáveis à resolução racional e pacífica dos conflitos (CAMBI, 2020, p. 466-467).

Logo, ainda que se afirme, em razão da liberdade, que a parte contrária não pode ser obrigada a colaborar com o Judiciário na descoberta da verdade, é possível que sejam desenvolvidas técnicas de distribuição dinâmica e de inversão do ônus da prova a fim de facilitar a proteção do direito material. A súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, estabelece que a recusa do suposto pai em se submeter a exame de DNA induz presunção de paternidade, a qual é relativa (*juris tantum*), admitindo prova em contrário posteriormente. Referido instituto assegura, pois, o direito ao silêncio do demandado, ao mesmo tempo em que evita que ele seja beneficiado da sua inércia, uma vez que isso acarretaria a perda da ação pelo demandante, impossibilitado de produzir a prova do fato constitutivo de seu direito (CAMBI, 2020, p. 467-468).

Saliente-se, por fim, que apesar dos grandes avanços da teoria da distribuição dinâmica, ela pode ainda ser aperfeiçoada pela jurisprudência, a fim de que a inversão do ônus da prova

seja integral, de forma que nisso se incluam os encargos financeiros, uma vez que não é razoável que a parte beneficiada pelo instituto tenha de arcar com a antecipação dos honorários periciais (CAMBI, 2020, p. 463).

Cabe ao juiz potencializar o diálogo processual, observado o contraditório, não podendo aplicar a teoria da dinamização para surpreender as partes, ainda que a sua decisão seja justa no caso concreto. Superando-se o modelo estático de distribuição da carga probatória, é possível que o processo seja um instrumento ético, a favor da igualdade material (CAMBI, 2020, p. 460). Verifica-se, assim, que a facilitação do ônus da prova, através de sua dinamização a partir do CPC/2015, é uma forma de proteção do direito material, estando diretamente ligada à tutela jurisdicional adequada e efetiva (CAMBI, 2020, p. 462).

O exercício do direito fundamental à prova e a distribuição do ônus, por meio da sua dinamização e inversão, e desde que respeitadas as garantias do contraditório e da ampla defesa, influem diretamente na busca por um processo constitucionalmente mais justo, conforme o almejado pelo Estado Democrático de Direito.

5. CONCLUSÃO

Tratou-se da sistemática decisória advinda do CPC/2015 e dos mecanismos que viabilizaram a discussão acerca da produtividade, celeridade, economia processual e proatividade do Estado-Juiz e das partes integrantes do processo, em nome de uma prestação jurisdicional cada vez mais adequada e efetiva. O processo civil contemporâneo, pautado nos ditames constitucionais, precisa estar aberto à democratização e inclusão, a partir da boa-fé, da cooperação entre os sujeitos processuais, da paridade de tratamento, do pleno e efetivo contraditório, da ampla defesa, dentre outros preceitos.

Foi analisado o dever constitucional de motivação das decisões, que deve ser observado pelo juiz, para que as partes saibam as razões pelas quais determinado direito foi declarado, quais os motivos devem debater em eventual impugnação, e para que a sociedade como um todo tenha conhecimento e segurança jurídica quanto à interpretação e aplicação do direito.

Uma decisão corretamente motivada é aquela previsível, acessível e controlável, pautada em uma ótica racional, com a ponderação de princípios para a solução dos casos difíceis, o que é defendido pela teoria da argumentação jurídica. Uma decisão suficientemente motivada, a que se tenha dado prévia oportunidade de contraditório pelas partes, é uma forma de assegurar o Estado Democrático de Direito, no âmbito do processo civil. Por outro lado, se o juiz não observa o dever de motivação inculcado na Carta Magna e no CPC/2015, isso pode gerar nulidade processual, o que, por sua vez, caracteriza desperdício de tempo e dinheiro na solução de conflitos levados a sua apreciação, além do descrédito no Poder Judiciário pela sociedade.

Um juiz aberto ao diálogo com o jurisdicionado, mas que não se exima de resolver a causa com respeito aos ditames da política e do Legislativo, por meio de decisões devidamente fundamentadas, segundo as leis e a Constituição, é o perfil que deve ser seguido pelo juiz constitucional contemporâneo. Isso não significa que o processo deve se pautar no pro-

tagonismo judicial: as partes e os demais sujeitos processuais são chamados a dialogar junto do Estado-Juiz, na construção de um procedimento colaborativo e participativo.

O processo trazido pelo CPC/2015 se baseia cada vez mais na cooperação e democratização no deslinde das controvérsias. Quanto maior a integração entre os participantes do processo e quanto mais fundamentada uma decisão, maior será o grau de resignação dos jurisdicionados ao direito aplicado, o que contribui na desjudicialização de demandas, que podem ser melhor resolvidas com diálogo, inclusão e promoção da paz.

Diante desse novo cenário, o papel do Judiciário na condução do processo se afasta do tradicional paradigma triangular, das partes subordinadas ao juiz, para dar lugar a um modelo cooperativo, com paridade de armas aos litigantes. Cabe ao julgador o sopesamento dos interesses, esclarecimento, diálogo, prevenção e auxílio, concedendo-se, em razoável período de tempo, uma justa e efetiva decisão. Além disso, pela análise do caso concreto e das partes nele envolvidas, o magistrado deve verificar se os meios de prova escolhidos são capazes de resolver a questão posta em juízo.

Portanto, compete ao juiz a atividade de verificar a suficiência da prova, não importando quem a produziu (princípio da comunhão das provas). No caso de insuficiência, todavia, a regra do ônus ganha relevo, pois é a partir da ausência que é determinado quem deve arcar com a falta da prova. O juiz pode, a depender de cada caso, atender aos requerimentos das partes ou determinar de ofício a produção de provas, para tornar o processo eficiente.

Pode-se valer do instituto da inversão do ônus da prova, seja em um conflito consumerista (quando houver verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência técnica do consumidor), seja nas demandas cíveis, pela distribuição dinâmica do ônus da prova (quando for impossível ou de extrema dificuldade o cumprimento do encargo probatório pelo autor ou pelo réu, e mais fácil a obtenção de prova pelo adversário, ou quando assim a lei o determinar). Isso somente terá lugar se houver a fundamentação da decisão judicial, conforme as imposições casuísticas, a fim de se buscar a verdade real.

Deve-se, pois, conferir isonomia material aos litigantes, com o estímulo ao contraditório e à cooperação processual, para que as controvérsias levadas à apreciação do Judiciário sejam resolvidas. O processo civil deve ser um instrumento de consolidação e efetivação dos princípios e valores constitucionais, a fim de não apenas ser concedida uma tutela jurisdicional efetiva, célere, adequada e justa, mas também de ser atendida a finalidade social da jurisdição, que é a justa pacificação dos conflitos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schikd Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALVES, Fernando de Brito. *Democracia à portuguesa: retórica democrática na tradição jurídica lusófona*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ASSAF FILHO, Alexandre. A vedação à decisão surpresa e a democratização do contraditório. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 24, n. 5789, 8 maio 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73774/a-vedacao-a-decisao-surpresa-e-a-democratizacao-do-contraditorio>. Acesso em: 26 out. 2020.

BIANCO, Paolo Roberto de Angelis; MARQUES, Victória Santos. O papel do juiz contemporâneo no processo civil: da fundamentalidade das decisões à gestão do Judiciário. In: IX SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO (SIACRID), 2019. **Anais Novos Rumos do Processo Civil**. Jacarezinho: UENP, 2019. p. 284-301. Disponível em: <http://siacrid.com.br/repositorio/2019/novos-rumos-do-processo-civil.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941**. *Lei das Contravenções Penais*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. *Código de Processo Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 26 out. 2020.

BRITO, Jaime Domingues; BIANCO, Paolo Roberto de Angelis; MARQUES, Victória Santos. Direito fundamental à prova e ônus das partes: aspectos constitucionais e implicações a partir do CPC/2015. **Index Law Journals Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**, Encontro Virtual, v. 6, n. 2, p. 36-56, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/7172>. Acesso em: 18 mar. 2021.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia: Homenagem ao Professor Luiz de Pinho Pedreira**, Salvador/BA, v. 2008-2, n. 17, p.93-130, 11 dez. 2008. Disponível em: https://vitorfreitas.goias.ufg.br/up/662/o/Eduardo_Cambi_Neoconstitucionalismo_e_Neoprocessualismo.pdf. Acesso em: 26 out. 2020.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 3. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

CRUZ, Danilo Nascimento; CRUZ, Karine Rodrigues Piauilino. **Processo Civil contemporâneo: aspectos conceituais, constitucionalização e tutela jurisdicional efetiva**. 2010. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/O%20PROCESSO%20CIVIL%20CONTEMPORANEO%20-%20ASPECTOS%20CONCEITUAIS.pdf>. Acesso em: 26 out. 2020.

DIAS, Patrícia Mendanha. O ônus da prova no processo constitucional sob a égide do Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP - Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ*, Rio de Janeiro, ano 10, v. 17, p. 515-530, 2 jul./dez. 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/25989/18977>. Acesso em: 29 out. 2020.

DORICO, Eliane Aparecida. **A teoria da argumentação jurídica como instrumento para a solução justa dos casos**. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-116/a-teoria-da-argumentacao-juridica-como-instrumento-para-a-solucao-justa-dos-casos/>. Acesso em: 29 out. 2020.

INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL. *Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*. Disponível em: <http://www.politicaeprocessos.ufpr.br/wp-content/uploads/2017/02/CodigoModelo.pdf>. Acesso em: 29 out. 2020.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução Waldéa Barcellos. Revisão da tradução Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 19.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. 15. tir. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODAS, Sérgio. *Fundamentação de decisões no novo CPC gera confronto entre advogado e juiz*. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-26/fundamentacao-decisoes-gera-confronto-entre-advogado-juiz>. Acesso em: 27 out. 2020.

SILVA, Anna Isis Teran; NEVES, Isabela Dias. Processo Civil Democrático: ativismo judicial frente às provas. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 215, p. 97-115, jul./set. 2017. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/215/ril_v54_n215_p97. Acesso em: 26 out. 2020.

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, volume 1. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TALAMINI, Eduardo. **Ônus da prova**. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/235364/onus-da-prova>. Acesso em: 29 out. 2020.

TRIGUEIRO, Victor Guedes; BORGES, João Paulo Resende. Análise econômica da litigância - pressupostos básicos e o Código de Processo Civil de 2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*. Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. ISSN 1982-7636. Rio de Janeiro, ano 13, v. 20, n. 2, p. 313-338, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/44561/30281>. Acesso em: 26 out. 2020.

ZOLLINGER, Márcia Brandão. *Proteção Processual aos Direitos Fundamentais*. Curitiba, 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp007803.pdf>. Acesso em: 26 out. 2020.

Recebido/Received: 27.03.2021.

Aprovado/Approved: 06.05.2021.