



Hélcio Corrêa

50

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO NOVO CPC E A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

THE REVERSAL OF THE BURDEN OF PROOF ACCORDING TO THE NEW CPC AND JUDICIAL DISCRETION

Gabriela Soares Balestero

RESUMO

Objetiva o estudo das provas no Projeto de Lei n. 8046/2010 cujo art. 358, *caput*, diz respeito à possibilidade de o juiz inverter o ônus da prova, impondo-o a uma das partes com melhores condições de produzi-la.

Além disso, procede à análise da distribuição de modo diverso do ônus da prova a critério do julgador; necessidade de uma reformulação processual sob uma perspectiva democrática e de construção do provimento jurisdicional pelos sujeitos do processo em paridade de armas.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Processual Civil; ativismo judicial; ônus da prova – inversão; partes – participação; Projeto de Lei n. 8046/2010; discricionariedade judicial.

ABSTRACT

The author aims at examining evidence as set forth in Bill 8046/2010, article 358 caput of which refers to the possibility of reversal of the burden of proof by the judge, who will place that burden on the party with best chances of producing proof. Moreover, she analyses the divergent distribution of the burden of proof at the judge's discretion; the need for procedural restructuring under a democratic perspective and for the rendering of judgement to parties under the rule of the equality of arms.

KEYWORDS

Civil Procedural Law; judicial activism; burden of proof – reversal of; parties – participation of; Bill 8046/2010; judicial discretion.

1 INTRODUÇÃO

No presente artigo, dentre as diversas inovações trazidas com o Projeto de Lei n. 8046/2010, do novo Código de Processo Civil, em trâmite no Congresso Nacional, será analisada a questão da possibilidade de inversão do ônus da prova pelo julgador e sua imposição a uma das partes, existente no art. 358, *caput*, do Projeto de Lei n. 8046/2010, em trâmite na Câmara dos Deputados.

Por conta disso, o art. 358, *caput*, do Projeto de Lei n. 8046/2010 deixa ao magistrado a tarefa de inverter o ônus da prova e impor à parte a sua produção, havendo o risco da ocorrência de abusos na aplicação do dispositivo ao caso concreto, podendo gerar decisões solipsistas e muitas vezes arbitrárias do Poder Judiciário brasileiro¹.

Portanto, passa a ser necessária a coparticipação das partes cuja importância na construção do provimento será estudada, consoante a teoria fazzalariana, baseando-se principalmente na concepção procedimental de Habermas, na qual é proposto um modelo processual democrático, baseado em uma estrutura policêntrica, em que todos os sujeitos participam do processo em paridade de armas.

Nesse passo, pretende-se discutir quais seriam os limites do Poder Judiciário na tomada de decisões de maneira que o provimento jurisdicional seja construído de maneira democrática e em que ponto o art. 358, *caput*, do Projeto de Lei n. 8046/2010, do novo Código de Processo Civil, valoriza o contraditório e a intersubjetividade entre as partes na construção do provimento jurisdicional.

Um modelo democrático de processo deve seguir a perspectiva da teoria do direito de Jürgen Habermas e teoria processualista de Élio Fazzalari, em que o processo é um procedimento em contraditório no qual há a participação simétrica de todos os sujeitos envolvidos no processo na construção do provimento jurisdicional. Eis o objetivo do presente estudo.

2 O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

O Anteprojeto de novo Código Civil, apresentado pela comissão de juristas ao Senado, afirma literalmente que o desafio da comissão de juristas é resgatar a crença no Judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere. O mais alarmante é o seguinte questionamento apresentado pela comissão: Como desincumbir-se da prestação da justiça em um prazo razoável diante de um processo preñado de solenidades e recursos? Ou seja, o objetivo principal da comissão é a diminuição dos recursos e a quebra das solenidades. No Senado o anteprojeto se transformou no PL 166/2010 e atualmente o projeto de lei tramita na Câmara dos Deputados sob o n. 8046/2010.

Dentre as diversas proposições do novo Código de Processo Civil, sugeriu-se dotar o processo e, *a fortiori*, o Poder Judi-

ciário, de instrumentos capazes, não de enfrentar centenas e milhares de processos, mas antes, de obstar a ocorrência desse volume de demandas. Isso, a um só tempo, salvo melhor juízo, e sem violação de qualquer comando constitucional, visou tornar efetivamente alcançável a duração razoável dos processos, promessa constitucional e ideário de todas as declarações fundamentais dos direitos do homem e de todas as épocas e continentes, mercê de propiciar maior qualificação da resposta judicial, realizando o que Hans Kelsen expressou ser o mais formoso sonho da humanidade, o sonho de justiça.

O Anteprojeto de novo Código Civil [...] afirma literalmente que o desafio da comissão de juristas é resgatar a crença no Judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere.

O art. 358, *caput*, do Projeto de Lei n. 8046/2010 traz a possibilidade de inversão do ônus da prova a critério do julgador: *Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.*

Consoante Sidnei Amendoeira Jr. (2010, p. 315), *a prova é um instituto de direito processual já que visa atuar sobre o convencimento do juiz (verdadeiro destinatário da prova)*. Contudo, mesmo se a prova for requerida *ex officio* pelo juiz ela deve ser produzida em contraditório e é esse o ponto que será analisado.

O atual Código de Processo Civil em seu art. 333 dispõe que o ônus da prova incumbe: *I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor; Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.* Tal disposição está prevista no Projeto do novo Código Civil no art. 357 na qual: *o ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.*

No estudo em tela discute-se o art. 358, *caput*, do Projeto de Lei n. 8046/2010, que traz a possibilidade de inversão do ônus da prova a critério do julgador.

Primeiramente, verifica-se que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor tem norma expressa a respeito da inversão do ônus da prova, constante em seu art. 6º, inc. VIII. São direitos básicos do consumidor: *VIII – a facilitação da defesa de seus*

direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

O Código de Defesa do Consumidor evidencia a regra processual, ou seja, constatando-se a presença de verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor, o juiz deverá inverter o ônus da prova. Desta forma, para ocorrer a inversão do ônus da prova é necessária a presença de um dos requisitos ali encontrados ou de ambos. Assim, o julgador verificando a ocorrência dessas hipóteses determinará a inversão do ônus da prova.

O instituto da inversão do ônus da prova, sem a presença de qualquer critério para a sua imposição a uma das partes, poderá não somente ser um instrumento à disposição do magistrado para suprir certas deficiências do material probatório, mas também foco de abuso, decisões arbitrárias e ativistas.

O art. 358, *caput*, do Projeto de Lei n. 8046/2010 dispõe que, considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que tiver melhores condições de produzi-la.

Desta forma, a inversão do ônus da prova na redação do novo Código de Processo Civil, deixa um leque extremamente aberto de possibilidades do julgador de distribuir o ônus da prova e de impor à parte que tiver melhores condições de produzi-los, pois, diferentemente do que ocorre com o Código de Defesa do Consumidor, não há a previsão de requisitos para a sua concessão, deixando a cargo da discricionariedade do decisor, sendo, portanto, tal situação extremamente perigosa.

O instituto da inversão do ônus da prova, sem a presença de qualquer critério para a sua imposição a uma das partes, poderá não somente ser um instrumento à disposição do magistrado para suprir certas deficiências do material probatório, mas também foco de abuso, decisões arbitrárias e ativistas.

Portanto, os critérios de inversão do ônus da prova devem ser disciplinados pelo legislador de maneira específica e não deixando a cargo do julgador.

Um aspecto interessante é constatar que a proposta inicial da comissão dos juristas previa a inclusão, na parte geral, de um dispositivo enumerando todos os poderes do magistrado, excluindo-os do livro próprio do processo de conhecimento. Contudo, nas proposições aprovadas verificou-se que na verdade tenta-se ampliar o poder do magistrado na condução do processo, ou seja, houve uma inversão da proposta inicial.

É necessário limitar os poderes do magistrado no caso em foco, uma vez que é conferido a este a possibilidade de distribuir o ônus da prova e impor à parte, de maneira a permitir que as partes envolvidas possam decidir sobre a própria produção da prova e que elas mesmas informem nos autos se estão aptas ou não a produzir aquela prova, pois é imprescindível, no caso

concreto, a valorização do contraditório como garantia de uma participação mais efetiva das partes e dos interessados na construção do provimento jurisdicional.

Por mais que as matérias conhecíveis de ofício pelo magistrado sejam sempre submetidas ao crivo do contraditório, segundo o anteprojeto apresentado, caberá ao magistrado a palavra final, de maneira que, ao enumerar as hipóteses de atuação dele e incentivar o contraditório, uma participação mais ampla e efetiva dos interessados no processo, dotando todas as decisões produzidas, no curso do processo, de legitimidade, serão evitados o decisionismo, o solipsismo metódico do julgador, identificando realmente o processo como um procedimento em contraditório. *O procedimento, como atividade preparatória do provimento, possui sua específica estrutura constituída da seqüência de normas, atos e posições subjetivas, em uma determinada conexão, em que o cumprimento de uma norma da seqüência é pressuposto da incidência de outra norma e da validade do ato nela previsto.* (GONÇALVES, 2001, p. 112).

Além disso, a atividade de preparação para a construção de um provimento jurisdicional deve envolver atos do próprio autor do provimento e de outros sujeitos processuais que concorrem para a sua formação.

Portanto, percebe-se que, apesar de a proposta inicial da comissão de juristas apresentar como objetivos do novo Código de Processo Civil o fornecimento de agilidade à Justiça e a ampliação à proteção dos direitos fundamentais, garantindo o exercício do contraditório, o projeto do novo Código de Processo Civil possui algumas contradições, como ocorre com a distribuição do ônus da prova pelo julgador mediante critérios de razoabilidade do decisor. Portanto, ao mesmo tempo em que se tenta reforçar a cognição, redefinir o princípio do contraditório, é ampliado o próprio papel do magistrado como gestor do julgamento do caso concreto, não apresentando um equilíbrio em tais papéis: *Outro aspecto importante é que a mera reforma legislativa não possui o condão de obter resultados úteis, fazendo-se necessária a implementação de uma política pública de democratização processual que imponha verdadeira reforma do Poder Judiciário, de suas rotinas, entre outras intervenções. A partir dessas premissas serão feitas considerações pontuais acerca do primeiro relatório apresentado pela Comissão de Reforma, divulgado em 15 de dezembro de 2009, do qual destaco a proposta de reforço do contraditório e de uma efetiva fase preparatória. Tal sugestão, que já vem sendo delineada por parcela da doutrina brasileira há algum tempo, se acolhida, poderá resultar em celeridade e eficiência da prestação jurisdicional.* (NUNES, 2010, p. 39)

O princípio do contraditório não deve ser analisado apenas como uma garantia formal de bilateralidade e sim como uma possibilidade de influência das partes sobre o desenvolvimento do processo e a comparticipação na formação das decisões judiciais de maneira que elas sejam racionais e mais justas, reduzindo a possibilidade de decisões surpresa.

Segundo Alexandre Bahia e Dierle Nunes *ação, jurisdição e processo devem ser repensados desde uma perspectiva mais ampla: processual e constitucional* (NUNES, 2010, p. 3).

Nesse passo haveria, portanto, um dever de consulta pelo juiz às partes envolvidas no processo, para que elas decidam sobre a distribuição do ônus da prova e não o julgador, de forma a ha-

ver um incentivo ao debate garantindo a igualdade de chances e de armas pelas partes: *Na busca de eficiência do sistema processual faz-se necessário o reforço da cognição de primeiro grau, de maneira a ampliar o debate entre os sujeitos do processo (comparticipação) e, com tal medida, melhorar a qualidade das decisões judiciais. Tal aprimoramento implicará na diminuição de recursos e/ou redução das taxas de reforma dos provimentos judiciais.* (NUNES, 2010, p. 39).

Portanto, pode-se concluir que a distribuição do ônus da prova conforme previsto no art. 358, *caput*, do Projeto de Lei n. 8046/2010 possui uma atuação restrita e condicionada à discricionariedade do decisor, e dificultando a efetividade do contraditório. Esse ponto é nebuloso e, ao mesmo tempo, perigoso, contradizendo todo o objetivo da reforma, em especial a valorização da cognição e a busca por decisões de maior qualidade.

É necessária, portanto, uma reforma processual que incentive o debate preventivo e assegure realmente a participação das partes na construção² do provimento jurisdicional de maior qualidade.

3 A NECESSIDADE DE DEMOCRATIZAÇÃO PROCESSUAL COM A MUDANÇA DO PAPEL DO DECISOR

A deficiência estatal na realização de políticas públicas e do legislativo para a elaboração de leis que realmente acompanhem a mobilidade social e tecnológica proporcionou a derrocada dos ideais dos Estados sociais e a busca incessante pelo Poder Judiciário na esperança da implementação das atividades essenciais da sociedade. Portanto, verifica-se, por exemplo, a judicialização da política³, da saúde. Dierle Nunes e Alexandre Bahia contextualizam resumidamente: *Isso é particularmente preocupante em um momento, como o que se vivencia, no qual, diante da inércia do Legislativo, reivindicações políticas cada vez mais “batem às portas” do Judiciário, o que aumenta seu papel no jogo político (e, com isso, expõem-no ao debate político). Com isso, ao invés de luta pelo acesso (tal qual vinha ocorrendo nas últimas décadas), verifica-se hoje no Brasil (como de resto, na América Latina) movimento contrário de reformas tendendo à restrição, seja a Tribunais Superiores, seja mesmo às instâncias ordinárias;*

reformas estas motivadas, no mais das vezes, por razões de natureza econômica (nem sempre coincidentes com as garantias constitucionais do processo). (NUNES; BAHIA, 2010, p. 24).

Portanto, os critérios de inversão do ônus da prova devem ser disciplinados pelo legislador de maneira específica e não deixando a cargo do julgador.

Isso gera uma expectativa da sociedade de que o Poder Judiciário traga resposta para todos os problemas nacionais, figurando a concepção neoliberal de produtividade, em especial, após a Emenda Constitucional n. 45, que trouxe à Constituição Federal brasileira a previsão expressa do princípio da celeridade processual, sendo esse o objetivo principal das propostas trazidas pelo novo Código de Processo Civil. Nesse passo, a produtividade judicial passa a predominar, e os julgamentos em massa, as ações repetitivas, as súmulas vinculantes são o retrato de um Poder Judiciário pautado em números de julgamentos e não em análises criteriosas do caso concreto.

Ademais, as teorias de Bülow do processo como relação jurídica entre as partes subordinadas ao juiz reduziram o processo a um instrumento para que o magistrado atue de maneira solipsista na tomada de decisões no caso concreto.

Nesse sentido, em vez de o magistrado julgar de acordo com a contribuição trazida pelas partes, por todos os envolvidos no processo, construindo uma decisão mais adequada do ponto de vista constitucional para aquele caso concreto, ele se assujeita à coisa (STRECK, 2010, p. 46). O processo passa a ser o local em que o juiz atua de acordo com as suas próprias convicções e ideologias, havendo uma degeneração de todo o conteúdo da relação jurídica processual, ocasionando o descrédito do Judiciário e o protagonismo do juiz. Portanto, o arbítrio judicial é o perigo na atual redação do art. 358, *caput*, do Projeto de Lei n. 8046/2010 (novo Código de Processo Civil).

Tal fenômeno apelidado de ativismo judicial é sintetizado pela afirmação de Streck: *Forma-se, desse modo, um círculo vicioso: primeiro, admite-se discricionarismos e arbitrariedades em nome da ‘ideologia do caso concreto’, circunstância que, pela multiplicidade*

de respostas, acarreta um sistema des-governado, fragmentado [...] (STRECK, 2008, p.110-111).

Segundo Marcelo Cattoni (2001, p. 160), *ao tomar suas decisões, também,*

é preciso lembrar que o juiz não está sozinho no exercício das suas atribuições. Afinal, do procedimento que prepara a decisão final, devem, em princípio, diretamente participar, em contraditório, em simétrica paridade, os destinatários desse provimento jurisdicional. Como bem ressaltam Dierle Nunes e Alexandre Bahia, a partir do momento em que o processo é visto como um processo constitucional, toda justiça, ou seja, juiz, tribunal é constitucional (NUNES; BAHIA, 2010, p. 7): *Juízes e tribunais, desse modo, não estão autorizados a desprezar os procedimentos comuns definidos pelas leis do processo, para, em nome de princípios genéricos da Constituição, proceder de maneira livre e autoritária, sujeitando os litigantes a ritos, obrigações, deveres e sujeições contrários aos ditames das leis processuais e materiais vigentes.* (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 260-261)

Surge então o ativismo judicial ocasionado pelo protagonismo do juiz, pois é entregue a ele uma capacidade sobre-humana de proferir uma decisão mais justa de acordo com as suas concepções pessoais e ideologias, em sua maioria, desprezando possíveis contribuições das partes, dos advogados e até mesmo da jurisprudência e da doutrina⁴. Em sentido semelhante, Dierle Nunes afirma: *a degeneração de um processo governado e dirigido solitariamente pelo juiz, como já criticada em trabalho anterior (NUNES, 2006, p. 23), gerará claros déficits de legitimidade, que impedirão uma real democratização do processo, que pressupõe uma interdependência entre os sujeitos processuais, uma co-responsabilidade entre estes e, especialmente, um policentrismo processual.* (NUNES, 2008, p. 195).

Nessa vereda, busca-se um afastamento do decisionismo do julgador⁵ para que sejam abertos espaços alternativos

que proporcionem a discussão, a participação dos interessados na formação das decisões. Portanto, a ampliação dos poderes do magistrado trazida com o projeto do novo Código de Processo Civil ainda traz ligado intrinsecamente o discurso do neoliberalismo processual, reduzindo o processo a uma mera burocracia e centrado na figura do juiz⁶.

Para Dierle José Coelho Nunes (2008, p. 14), *o processo não pode ser, nesse contexto, enxergado como um mal a ser resolvido, eis que este constitui uma garantia de legitimidade e participação dos cidadãos na formação das decisões*.

É necessário, portanto, um Poder Judiciário que se preocupe em democratizar o processo, pois a atividade jurisdicional deve ser movida pelo discurso e pela participação efetiva dos interessados, ou seja, as decisões devem ser pautadas a partir das pretensões arguidas pelas partes em meio ao processo.

Consoante o entendimento de Aroldo Plínio Gonçalves (2001, p. 102): *o procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma seqüência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento*.

Segundo Fazzalari: *Se, pois, no procedimento de formação do provimento, ou seja, se nas atividades preparatórias por meio das quais se realizam os pressupostos do provimento, são chamados a participar, em uma ou mais fases, os “interessados”, em contraditório, colhemos a essência do “processo”: que é, exatamente, um procedimento, ao qual, além do autor do ato final, participam, em contraditório entre si, os “interessados”, isto é, os destinatários dos efeitos de tal ato*. (FAZZALARI, 2006, p. 33)

[...] a atividade de preparação para a construção de um provimento jurisdicional deve envolver atos do próprio autor do provimento e de outros sujeitos processuais que concorrem para a sua formação.

Nesse passo, requer-se a participação simetricamente igual dos interessados na construção do provimento, e, deste modo, nenhum julgador deve proferir qualquer decisão utilizando argumentos não debatidos pelas partes em contraditório, de maneira a haver um processo pautado em um procedimento democrático e discursivo⁷.

Em um processo encarado sob uma perspectiva democrática há a construção do provimento jurisdicional pelas partes em simétrica paridade de armas, sendo, necessário, portanto, o afastamento do decisionismo do julgador e a implantação da comparticipação na formação das decisões.

Segundo Aroldo Plínio Gonçalves (2001, p. 112), *o controle das partes sobre os atos do juiz é de suma importância e, nesse aspecto, a publicidade e a comunicação, a cientificação do ato processual às partes (que é, também, garantia processual) é de extrema relevância*.

Para Nunes, *a implementação dinâmica dos princípios fundamentais do processo mediante a estruturação técnica adequada permitirá uma democratização do processo sem*

preocupações com o esvaziamento do papel diretor do juiz e do papel contributivo das partes na formação das decisões. (NUNES, 2008, p. 197)

O juiz deve ser visto como um garantidor dos direitos fundamentais, respeitando e assegurando às partes a participação na formação das decisões, ou seja, na produção do provimento jurisdicional.

Nesse passo, o procedimento seria uma seqüência de atos valorados, que alcançariam o ato final proferido pelo magistrado, para cuja formação todos concorreram, havendo uma combinação (NUNES, 2008, p. 91) com conexões entre normas, atos e posições subjetivas em meio ao processo.

Por essa visão conclui-se que não existe entre os sujeitos processuais uma submissão das partes ao juiz e sim uma interdependência, sendo inaceitável, portanto, o esquema de relação jurídico processual: *não se podem mais realizar interpretações do sistema processual sem tomar por base o “modelo constitucional de processo” e sem perceber que além de se buscar a eficiência (geração de resultados úteis) há de se buscar uma aplicação que implemente a percepção dinâmica das normas constitucionais, lidas de modo a permitir participação e legitimidade em todas as decisões proferidas*. **Inaugura-se uma concepção garantística do processo em contraponto e superação com sua concepção publicística e socializadora**. (NUNES, 2008, p. 14)

Fazzalari (NUNES, 2008, p. 207), ao adaptar o procedimentalismo democrático discursivo de Habermas ao processo, entende que a participação é um elemento estrutural e legitimante das atividades processuais, daí sendo importante a participação técnica das partes na construção do provimento jurisdicional⁸.

Porém, infelizmente essa não é a realidade atualmente vista no ordenamento jurídico brasileiro, na qual há a concentração excessiva de todo o poder decisório nas mãos do Judiciário diante da postura solipsista do magistrado na tomada de decisões, tornando-as cada vez mais arbitrarias: *o direito não é aquilo que o judiciário diz que é. E tampouco é/será aquilo que, em segundo momento, a doutrina, compilando a jurisprudência, diz que ele é a partir de um repertório de ementários ou enunciados com pretensões objetivadoras. Do mesmo modo, o direito não é um dicionário recheado de conceitos [...] As tentativas de “aprissonar” o direito no interior de conceitos fracassaram de forma retumbante*. (STRECK, 2010, p. 107)

Um processo construído a partir da comparticipação das partes permite que todos os sujeitos processuais discutam argumentos normativos para a produção do provimento na busca de uma solução mais adequada ao caso concreto, evitando decisões arbitrarias do julgador.

Esse é um ponto que deveria ser repensado pelo Congresso Nacional ao analisar o Projeto do novo Código de Processo Civil, pois a mera alteração legislativa não tem o condão de resolver todos os problemas do direito processual como demora e baixa eficiência, sem uma preocupação de repensar o contraditório e redimensionar a própria estrutura do Poder Judiciário.

4 POR UM PROCESSO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

A teoria do processo como um procedimento em contraditório possui, em sua essência, viés democrático com forte influência de Habermas, segundo a qual o Direito funcionaria como

um mediador, um instrumento⁹, entre a facticidade e as pretensões de validade, como mecanismo de integração social: *ao se fazer uma releitura da teoria do processo a partir da teoria habermasiana, vislumbra-se que o processo estruturado em perspectiva participativa e policêntrica, ancorado nos princípios processuais constitucionais, impõe um espaço público no qual se apresentam as condições comunicativas para que todos os envolvidos, assumindo a responsabilidade de seu papel, participem na formação de provimentos legítimos que permitirá a clarificação discursiva das questões fáticas e jurídicas.* (NUNES, 2008, p. 211)

Ademais, para Habermas haveria duas ações estratégicas: a integração sistêmica correspondente à economia, dinheiro e poder e a integração social, que são as ações comunicativas, orientadas pelo consenso social, composta por outros elementos, como os valores, a moral, a ética.

No âmbito da Jurisdição, Habermas – apoiado em Klaus Günther – divide a teoria do discurso em discursos de fundamentação ou de justificação das normas jurídicas e discursos de aplicação. No caso, o Poder Judiciário não pode fazer discursos de justificação, ou seja, criar a norma jurídica, diante da ausência de uma participação efetiva dos interessados na construção do provimento, de maneira a tornar legítimo, apenas podendo fazer discursos de aplicação da norma.

Busca-se a preservação das liberdades, de maneira a manter abertos os canais de participação política, de forma a proporcionar o bom funcionamento do regime democrático.

O processo baseado na participação das partes na construção do provimento jurisdicional está lastreado nos princípios constitucionais, havendo a possibilidade de que todos os interessados, venham por intermédio do debate endoprocessual, participar da formação da decisão pelo magistrado. Consoante Dierle Nunes e Alexandre Bahia: *a postura reducionista do papel do cidadão e a visão degenerada da atividade judiciária permitem o surgimento de entendimentos judiciais subjetivistas e particulares acerca da aplicação normativa (com o uso de jargões de fundamentação desprovidos de maior significado quando*

de sua aplicação, v.g., “proporcionalidade”, “supremacia do interesse público”, “dignidade da pessoa humana”), como se as decisões pudessem surgir de modo solitário e voluntarístico da cabeça de alguém. (NUNES; BAHIA, 2010, p. 15).

Segundo Rafael Lazzarotto Simioni (2007, p. 12-13), na teoria de Habermas, a normatividade do direito é fruto da legitimidade, e problemas de eficácia do direito, ou seja, da própria realização do direito, estariam atrelados à questão da legitimidade. Nesse sentido, sendo os cidadãos ao mesmo tempo destinatários e autores do direito passariam a assumir a responsabilidade individual pelo seu cumprimento.

É necessária, portanto, uma reforma processual que incentive o debate preventivo e assegure realmente a participação das partes na construção do provimento jurisdicional de maior qualidade.

Nesse passo, a legitimidade seria uma condição da força normativa do direito, transferindo o problema da realização dos direitos, que possui cerne positivista, para se tornar um problema de legitimação. Para isso, Habermas propõe um novo paradigma, denominado ‘procedimentalismo’, no qual o direito gerado mediante o discurso democrático pode transformar a realidade, de maneira a diminuir as tensões sociais existentes.

Portanto, Jürgen Habermas¹⁰ atribui um papel central à linguagem no processo de formação da opinião e da vontade dos cidadãos. Sua teoria desenvolve-se no interior de um Estado democrático de Direito, em que se pressupõe a existência de um espaço público não restrito ao âmbito estatal, de uma comunidade de homens livres, iguais e capazes de criar as leis que os regem e em que os próprios envolvidos têm de entrar em acordo, prevalecendo a força do melhor argumento.

Habermas apresenta a democracia como o núcleo de um sistema de direitos fundamentais, havendo a institucionalização democrática dos direitos, em que os cidadãos aparecem não somente como destinatários das leis, mas também, consoante Rousseau, como seus autores. Portanto, como destinatários e autores do seu próprio Direito, os cidadãos devem poder participar e ter voz ativa nos processos de interpretação constitucional.

Nesse passo, Habermas tenta equilibrar e compatibilizar a soberania popular e os direitos humanos, aos direitos econômicos e sociais básicos, essenciais à dignidade humana, constituinte do chamado “mínimo existencial”.

Adaptando a teoria habermasiana ao processo, o princípio da democracia proporcionaria a abertura de um campo de discussões que abrangeria vários tipos de discursos sejam morais, éticos, pragmáticos, incluindo as negociações, de maneira a modelar as normas jurídicas. Portanto, o princípio da democracia fixa os parâmetros e legitima a produção do próprio direito.

Mister o uso do espaço discursivo

instaurado pelo processo, um espaço público para a problematização e formação de todos os provimentos, ou seja, a participação das partes, uma vez que o contraditório: *mais que a simples garantia de dizer e contradizer, é garantia de participação em simétrica paridade. Portanto, haverá processo sempre onde houver o procedimento realizado-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está justamente na simétrica paridade de participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos.* (CATTONI, 2001, p. 194).

A ampliação do contraditório na verdade constituiria uma garantia ao princípio da não surpresa¹¹, pois impõe o debate¹² acerca de todas as questões envolvidas no processo antes da tomada de decisão pelo juiz: *ao se fazer uma releitura da teoria do processo a partir da teoria habermasiana, vislumbra-se que o processo estruturado em perspectiva participativa e policêntrica, ancorado nos princípios processuais constitucionais, impõe um espaço público no qual se apresentam as condições comunicativas para que todos os envolvidos, assumindo a responsabilidade de seu papel, participem na formação de provimentos legítimos que permitirá a clarificação discursiva das questões fáticas*

e jurídicas (HABERMAS, 1994, p. 270). (NUNES, 2008, p. 211)

Para Habermas, essa legitimidade democrática, na modernidade, remete-se ao chamado vínculo ou coesão interna entre Estado de Direito e Democracia, de que nos fala Habermas, fundamentalmente a partir do Direito e Democracia: entre facticidade e validade. (OLIVEIRA, 2007, p. 5).

O espaço público, para que haja a coparticipação e a discussão de maneira democrática, é o processo que deve ser estruturado em uma perspectiva coparticipativa e policêntrica, apresentando condições comunicativas para que todos os envolvidos participem da formação de provimentos justos e legítimos, e não embasado no protagonismo judicial.

Essa releitura processual coaduna-se com o paradigma do Estado democrático de Direito, em que se busca a prevalência da soberania popular em todos os campos. O prof. Dierle José Coelho Nunes apresenta um modelo de como seria a coparticipação na construção do provimento jurisdicional, na qual haveria um procedimento bifásico: a primeira fase seria preparatória e a segunda fase seria de discussão (NUNES, 2008, p. 243-244).

A percepção democrática do direito visa a que todos os interessados possam influenciar na formação das decisões, refutando, portanto a possibilidade de decisões solipsistas dos magistrados.

Nesse sentido, cabe uma análise mais aprofundada do Congresso Nacional no que tange à adoção da possibilidade da inversão do ônus da prova pelo julgador da forma prevista no art. 358 do Projeto do novo Código Civil na Câmara dos Deputados, em que há concentração de poderes na figura do juiz.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, nota-se que o anteprojeto do Código de Processo Civil apresentado pela Comissão de Juristas ao Senado pretendeu dar efetividade ao princípio constitucional da celeridade processual, trazendo algumas mudanças importantes.

Entretanto, a ampliação dos poderes do magistrado coaduna com um dos objetivos da reforma, que é a valorização do contraditório, equilibrando a atuação das partes e o papel do julgador.

A situação pode ser observada no art. 358, *caput*, do Projeto de Lei n. 8046/2010, em trâmite na Câmara dos Deputados, vez que dá ao decisor a possibilidade de distribuir (inverter) o ônus da prova em meio ao processo e impor a uma das partes que possuir melhores condições de produzi-la, não existindo previsão de requisitos mínimos legais. Tal dispositivo poderá gerar abuso em sua aplicação, o ativismo judicial, de maneira a ampliar o solipsismo metódico do julgador.

Percebe-se a necessidade do afastamento do decisionismo do julgador na tomada de decisões, para que sejam abertos espaços discursivos que proporcionem o debate endoprocessual, a coparticipação das partes na produção do provimento jurisdicional, dentro de uma fase discursiva que deve ser valorizada no novo Código de Processo Civil.

Conforme analisado, as decisões judiciais devem ser pautadas por argumentos de direito e oriundas da participação simétrica dos envolvidos.

Ademais, nenhum julgador deve proferir qualquer decisão utilizando argumentos não debatidos pelas partes em contra-

ditório, diante da necessidade da participação simetricamente igual dos interessados na construção do provimento, de forma que os cidadãos interessados se sintam mais próximos da Justiça, afastando, portanto, a ideia de que o juiz é o único portador da cognição para a elaboração das decisões judiciais.

Infelizmente, com a abertura dada ao magistrado, no art. 358 do Projeto de Lei n. 8046/2010, constata-se a possibilidade da ocorrência de abuso com tal poder dado ao juiz, havendo no caso o predomínio da assimetria, ou seja, as partes e os intervenientes estão submetidos ao juiz/decisor, em uma relação processual baseada na hierarquia. Com a concepção procedimental baseada em Jürgen Habermas e em Élio Fazzalari, busca-se uma reconstrução processual mais democrática.

Propõe-se um modelo democrático de processo em que predomina o policentrismo, ou seja, uma participação legítima e simétrica de todos os sujeitos participantes do processo, sem qualquer grau de hierarquia.

É nesse sentido que o novo Código de Processo Civil deve se direcionar a fim de garantir um processo constitucional democrático que permita que o cidadão seja autodesinatário dos provimentos, tendo em vista que a decisão não deve ser apenas a expressão da vontade de maneira solitária pelo decisor, mas sim construída e discutida pelas partes endoprocessualmente.

Portanto, incumbiria às partes envolvidas no processo decidir pela distribuição do ônus da prova (impondo a uma das partes com melhores condições de produzi-la) e ao legislador disciplinar quais seriam as hipóteses dessa distribuição e não deixar a cargo do julgador, conforme apresentado no art. 358, *caput*, no Projeto de Lei n. 8046/2010.

Por fim, o instituto da inversão do ônus da prova, nos moldes delineados no instituto acima mencionado, será mais um instrumento a ser manejado discricionariamente pelo julgador.

NOTAS

- 1 Situação essa que infelizmente tende a permanecer com o novo Código de Processo Civil, considerando-se a ampliação dos poderes do magistrado.
- 2 *O conceito de processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes permite que se deduza que os atos dos sujeitos do processo, das partes, do juiz e dos auxiliares, são mutuamente implicados, o que decorre da própria estrutura do procedimento e da essência do contraditório.* (GONÇALVES, 2001, p. 152)
- 3 *Tal expressão ganhou delineamento a partir do trabalho coordenado por C. Neal Tate e Torjón Vallinder, intitulado The global expansion of judicial Power, no qual foi denominada de judicialização a tendência de transferir poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário.* (NUNES, 2008, p.179)
- 4 *Uma Ordem Constitucional, como a brasileira de 1988, que cobra reflexividade, nos termos do paradigma do Estado Democrático de Direito, exige, portanto, dos operadores jurídicos, maior "consciência hermenêutica" e responsabilidade ética e política para sua implementação – algo que, infelizmente, e muitas vezes, falta a doutrinadores e a tribunais no País.* (CATTONI, 2001, p. 160)
- 5 *Percebe-se, assim, que a disputa entre uma matriz liberal, social ou, mesmo, pseudo-social (neoliberalismo processual) do processo, não pode mais solitariamente responder aos anseios de uma cidadania participativa, uma vez que tais modelos de concepção processual não conseguem atender ao pluralismo, não solipsista e democrático do contexto normativo atual.* (NUNES, 2009, p. 349-362)
- 6 *Mediante o discurso do protagonismo judicial, típico da socialização do processo, vai-se esvaziando o papel técnico e democrático do processo e vai-se idealizando e amalgamando a ideia de que este somente serve para legitimar as decisões dos agentes políticos, quando não é analisado como formalismo que cria embaraços e protela o auferimento de direitos*

- 7 *Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanação do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados.* (Ibidem, p. 119-120)
- 8 *Se, pois, o procedimento é regulado de modo que dele participem também aqueles em cuja esfera pública o ato final é destinado a desenvolver efeitos – de modo que o autor dele (do ato final, ou seja, o juiz) deve dar a tais destinatários o conhecimento da sua atividade, e se tal participação é armada de modo que os contrapostos “interessados” (aqueles que aspiram a emanação do ato final – “interessados” em sentido estrito – e aqueles que queiram evitá-lo, ou seja, os “contra – interessados”) estejam sob plano de simétrica paridade, então o procedimento compreende o “contraditório”, faz-se mais articulado e complexo, e do genus “procedimento” é possível extrair a species “processo”.* (FAZZALARI, 2006, p. 94)
- 9 *Mas para atingir esse objetivo, Habermas indica transformações necessárias ao modo de produção e aplicação do direito. A fundamentação do direito e do Estado Democrático vai ser deslocada, da soberania do povo, para a soberania de um procedimento discursivo público sob condições ideais. O resultado é uma reconfiguração da separação dos poderes de acordo com os tipos de discursos predominantes em cada um deles. O poder administrativo (executivo), o legislativo e o judiciário ganham assim atribuições e competências cuja legitimidade pressupõe um outro poder, chamado por Habermas de ‘poder comunicativo’, que é o poder resultante de uma discussão pública racional onde todos os implicados passam a ser, ao mesmo tempo, destinatários e autores do próprio direito.* (SIMIONI, 2007, p. 12)
- 10 *Essa legitimidade democrática, na modernidade, cabe esclarecer, remete-se ao chamado vínculo ou coesão interna entre Estado de Direito e Democracia, de que nos fala Habermas, fundamentalmente a partir do Direito e Democracia: entre fadacidade e validade.* (OLIVEIRA, 2007, p. 5)
- 11 *Garante-se, desse modo, a cada afetado a exposição de razões relevantes para determinação do tema a ser debatido e julgado endoprocessualmente, dentro de uma linha temporal, de uma fixação adequada do objeto de discussão e de uma distribuição dos papéis a serem desenvolvidos, em um espaço público processual moldado pelos princípios do modelo constitucional de processo, notadamente o contraditório como garantia da influência e de não – surpresa.* (NUNES, 2008, p. 27)
- 12 *Não se pode acreditar mais em uma justiça social predefinida antes do debate processual, eis que só as peculiaridades do caso concreto (não de uma massa de casos), definidas endoprocessualmente, conseguem permitir, mediante o estabelecimento de um fluxo discursivo entre os interessados e o órgão decisor, a formação de um provimento adequado.* (NUNES, 2009, p. 356).

REFERÊNCIAS

- AMENDOEIRA JR., Sidnei. Direito Constitucional à prova e suas limitações. In: THEODORO JR., Humberto et alli (Orgs.). *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 311-328.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Reforma do Judiciário: o que uma súmula vinculante pode vincular? *Revista Forense Eletrônica – Suplemento*, v. 378, p. 665/671, mar-abr. 2005.
- _____. Anteprojeto do Novo CPC: Pressa e atropelo. Pouso Alegre: *Jornal A Tribuna*, ano V, n. 237, p. 6.
- BINENBOLN, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro; Renovar, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2001.
- CATTONI, Marcelo. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2001.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do Código de processo civil. *Revista Consulex*, v. 14, n. 314, p. 30-33, fev. 2010.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre a facticidade e a validade*. 2. ed. v. 1 e 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- MADALENA, Pedro. Novo Código de processo civil: Sucesso em risco. *Consulex: revista jurídica*, v. 14, n. 314, p. 34-35, fev. 2010.
- MOREIRA, Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 27, n.105, p. 183-190, jan./mar. 2002.
- NUNES, Dierle José Coelho. Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Orgs.). *Constituição e processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 349-362.
- _____. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.
- _____. Reforma total do Código de processo civil. Breves considerações sobre o primeiro relatório da Comissão de Juristas do Senado para elaboração de novo CPC. *Jus Navegandi*, Teresina, v. 14, n. 2408, 3 fev.2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=142298>>. Acesso em: 28 abr. 2010.
- _____. Teoria do processo contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Edição Especial, 2008, p. 13 – 29.
- _____; BAHIA, Alexandre. Processo Constitucional Contemporâneo. In: THEODORO JR., Humberto; CALMON, Petrónio; NUNES, Pierle (Coords). *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 1-31.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A Súmula Vinculante n. 4 do STF e o “desvio” hermenêutico do TST: notas programáticas sobre a chamada “nova configuração” da jurisdição constitucional brasileira nos vinte anos da Constituição da República. In: MACHADO, Felipe Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de (Coords.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.39-53.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito, política e filosofia*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2007.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito constitucional democrático*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- _____. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- ROQUE, André Vasconcelos. As provas ilícitas no Projeto do novo Código de Processo Civil: primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, a.4, v. 7, jul/dez. 2010, p. 5-31.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica; desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do sujeito – objeto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- _____. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. *O que é isto: decido conforme a minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Hermenêutica e Processo*. In: M. A. C. de OLIVEIRA; F. D. MACHADO (Coords.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 233 - 263.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O Novo Código de Processo Civil. *Revista Consulex*, v. 14, n. 314, p. 28-29, fev. 2010.

Artigo recebido em 14/7/2012.

Artigo aprovado em 2/8/2012.

Gabriela Soares Balestero é professora da Faculdade São Lourenço (Unisepe) e advogada em Cachoeira de Minas-MG.