

3

DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROJETO DE CPC DA *DUBITATIO À FIDES*¹.

José Marcos Rodrigues Vieira²

RESUMO

Por força da fixação dos pontos controvertidos e sob aplicação do princípio de cooperação entre os sujeitos do contraditório, a distribuição dinâmica do ônus da prova permite a vinda aos autos de todos os fatos relevantes, ainda os não alegados, para a completude da jurisdição. O saneamento, se necessário em audiência própria, destina-se também a isolar as questões principais, bem como, sob garantia de recurso, a impor a quem de direito, a prova do fato técnico controvertido.

Palavras-chave: Projeto de novo CPC brasileiro. Prova. Ônus. Distribuição dinâmica.

ABSTRACT

By the setting of disputed evidences and under the principle of cooperation between adversary parts, the dynamic allocation of the burden of proof allows the presence of all relevant facts in the records, even if not alleged, in order to fulfill the jurisdiction.

¹ Revivescência da terminologia da “escala” de BARTOLUS, cf. ROSONI, I. – *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria dela prova indiziarla nell’età medievale e moderna*, Milano, 1995, p. 73 e ss., apud CAVANNA, Adriano – *A Consciência do Juiz no Stylus Iudicandi do Senado de Milão*, in *A Consciência do Juiz na Tradição Jurídico Européia*, Jean Marie Carbasse e Laurence Depambour-Tarride (Coord.), 1. ed., Tempus, Belo Horizonte, 2010.

² Desembargador do TJMG. Professor de Direito Processual Civil da FDUFGM.

The corrective decision, if necessary, performed in the due hearing, also intends to clarify the main issues in the suit, as well as, under certainty of appeal, to impose the burden of proof of controversial technical facts to the rightful ones.

Keywords: Evidence. Burden of proof. Dynamic allocation. Brazilian New Code of Civil Procedure Bill.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Prova: instituto processual e substancial. 3. Fixação dos pontos controvertidos. 4. A prova equívoca e a Distribuição dinâmica. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O justo processo legal importa em revisão dos princípios dispositivo e inquisitivo. Nenhum deles sendo absoluto, como sempre se admitiu, haveria influência direta da distribuição do ônus da prova, por ter de ser revisto o próprio ônus da alegação. Não se justifica a submissão do Juiz ao recorte incompleto e tendencioso de qualquer das partes, cumprindo exercer seu poder, na dimensão plena do respeito ao contraditório, para que venha aos autos a integridade da pretensão resistida, não servindo o processo à verdade formal, porque transformado em forma de atração da verdade real.

2. PROVA: INSTITUTO PROCESSUAL E SUBSTANCIAL

O Projeto de CPC introduz a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova (§ 1º, do art. 380), ao lado de regra geral (*caput*, do art. 380), repetitiva da tradicional disposição constante do art. 333, do atual CPC. Destina-se a novidade à solução das dificuldades que, não raro, podem decorrer das limitações da regra geral – e que restam, em breve alusão, contidas nos dizeres do referido § 1º. Cuida, porém, o § 2º, do referido art. 380, de impedir que da distribuição dinâmica resulte extremamente difícil a produção da prova: seja para não se adotar o critério, seja para subsidiá-lo com alguma medida de apoio. Já o § 3º do art. 380, avança com a distribuição dinâmica convencional, que o Projeto admite (§ 4º) em caráter pré ou endoprocessual.

Para comodidade de leitura, transcrevem-se os Parágrafos (trata-se de regras da versão emergente do Senado e atualmente submetida à Câmara dos Deputados):

Art. 380. (*omissis*).

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

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

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

I – recair sobre direito indisponível da parte;

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

§ 4º A convenção de que trata o §3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Cabe confrontar diversos dispositivos do sistema do Projeto com os ora transcritos, por isso que o confronto é revelador da função dos dispositivos em comento, vale dizer, da superação da distribuição estática, segundo a qual a prova se atém ao critério da posição processual das partes e da natureza dos fatos objeto de prova.

De início, ressalte-se que o § 1º, do art. 380, tem dimensão duplamente exauriente – de identificação dos fatos probandos e de determinação dos meios da respectiva prova. A primeira, ao proclamar as *peculiaridades da causa*: que deduz dos pontos controvertidos (arts. 6º e 364, II e IV) e faz resultante necessária da técnica de fixação respectiva (no que mesclada a aplicação dos princípios dispositivo e inquisitivo), a substituição da impossibilidade de prova do fato diretamente afirmado, pela imposição do ônus da prova do fato a ele contrário; a segunda, ao referir *os casos previstos em lei*, já que a natureza do direito material induz determinantes necessárias dos meios de prova e, por conseguinte, da posição da parte que melhor possa produzi-la.

Fácil verificar-se que a distribuição estática levaria à coisa julgada injusta, a rebuscar a justificativa formalista do caráter processual ou constitutivo da coisa julgada. Não por outra razão, a evolução da ciência processual desenvolveu a crença no sentido de superação do processo como puro jogo, como disputa puramente estratégica, tornando-o não mais permeável à sonegação de fatos. Deve-se dizer que tal perspectiva havia sido iniciada (e logo abandonada) em época inaugural de vigência do atual CPC, quando o respectivo art. 17, III, em sua redação original, reprimia como litigante de má-fé a parte que omitisse intencionalmente fato essencial ao julgamento da causa.

Dir-se-á que não se possa impor à parte declinar em juízo o que lhe seja nefasto. Todavia, há de se considerar que a jurisdicionalização da espécie não é algo cuja integridade possa ser truncada – quer por ação, quer por omissão das partes. É verdade que a lide não tem de ser esgotada, já que admissível o não exercício de alguma das pretensões cumuláveis. Daí, entretanto, a se admitir que possa ser deduzida com supressão de questões essenciais ao conflito existente, vai uma grande distancia. É que não é dado à parte – na estrutura de justo processo legal, inaugurada pelo Projeto de CPC e apenas esboçada anteriormente – conquistar a consciência do juiz, mediante a deterioração da respectiva ciência, ainda que se deva admitir que “a certeza é fracionável e que se pode obtê-la enquanto ‘firma opinio’, adicionando os segmentos indiciários que a compõem”.³

Tem posição de destaque no Projeto de CPC, a regra do art. 499, §1º, IV, que exige da fundamentação da sentença o enfrentamento de todos os argumentos deduzidos no processo, capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada (dir-se-á, também, da que projete o julgador, em sua consciência). Aí vem ter o elenco variável dos chamados argumentos de prova.

Os argumentos, em cotejo com a parcialidade da prova produzida pelas partes, configuram indícios, os aludidos segmentos indiciários.

Estamos em perseguir a conceituação adequada do fato jurídico. Não nos convence, na estrutura dinâmica do processo – relação de ação – a dimensão estática do fato jurídico. O Juiz há de verificar

³ CAVANNA, Adriano. *A Consciência do Juiz no Styllus...*, cit., p. 295.

o complexo factual, o conjunto de circunstâncias que lhe permita, a salvo de erro, aplicar o direito. A cognição tem de reunir a totalidade das regras legais aplicáveis. Julgar é enquadrar o caso no sistema juspositivo, o que supõe o confronto, mediante a fixação bilateral da matéria de fato – redução à unidade das alegações contrapostas – em soma, justaposição, subtração, exclusão, modificação, conversão ou qualificação de fatos, uns por outros, na composição do fato jurídico. O fato jurídico, imponível às partes e não apenas o estaticamente declinado nas peças postulatórias, é resultado recíproco das alegações e da interinfluência das questões que suscita o recíproco enfrentamento.

É esta imponibilidade bilateral, em *reductio ad unum*, inicialmente técnica e, a seguir, lógico-jurídica, do fato probando, que permite, sem violação de direitos, a distribuição dinâmica do ônus da prova – despersonalizada a alegação, desde a fixação dos fatos probandos, ante a reconstrução dialética dos pontos controvertidos, os de fato (pelas respectivas circunstâncias) e os de direito (pelos respectivos fatos jurídicos): reconstrução que se dá pela identificação das *questões principais*, a que alude o art. 499, III, do Projeto.

De outra coisa não se fala – mediante a técnica da fixação dos pontos controvertidos (sobre que, adiante, iremos discorrer) – que de articulações de interesses, mercê do que se engendra a composição do conflito, de que tratam os arts. 364, II e III, e 514, do Projeto: a sentença de mérito faz coisa julgada nos limites da *questão principal* expressamente decidida (aí incluída a questão prejudicial que não sofra limitação probatória, dentre outras limitações à cognição, conforme o § 2º, do referido art. 514).

E, força é reconhecê-lo, as normas sobre prova são retiradas tanto do direito processual quanto do direito material, havendo interação entre fatos alegados e fatos jurídicos descritos no molde legal. A aplicação do direito, que se dá mediante a subsunção dos fatos ao ordenamento juspositivo, percorre procedimento de comprovação unívoca, quando opera por indução e dedução, segundo sugerido por HERBERT SPENCER⁴, na idéia de que “o acordo da indução e da dedução proporciona sempre uma prova de uma solidez inexpug-

⁴ SPENCER, Herbert . *La Justicia*, Atalaya, Buenos Aires, 1947, p. 137.

nável; e quando (...) se realiza entre deduções e induções numerosas, pode-se dizer que temos alcançado a certeza mais sólida que se pode imaginar”.

3. FIXAÇÃO DOS PONTOS CONTROVERTIDOS

O Projeto busca viabilizar o justo processo legal, como dito. Aqui, tratamos de invocar, primeiramente, o respectivo art. 364, seus incisos e parágrafos, relativo à fixação dos pontos controvertidos, *sobre os quais incidirá a prova, especificando os meios admitidos de sua produção*. Outrossim, cabe lembrar a remissão expressa da fixação dos pontos controvertidos à criação de precedentes e à respectiva invocação como motivação de súmula – regra importantíssima constante do § 2º, do art. 520, e do art. 521. Busca-se a exatidão do concerto fático inerente ao precedente, atento o Projeto à mesma necessidade de identificação integral e essencial do conflito de interesses, a fim de que possam os institutos do *Common Law* ganhar equivalentes juspositivados.

Insta considerar que o Projeto, como assinalado, ao determinar o exame, na sentença, de todos os argumentos (art. 499, § 1º, IV), quer que a jurisdição, individual, coletiva ou transindividual importe sempre em exaustão da controvérsia e, portanto, em perquirição adequada das alegações e da competente prova.

Todo o destaque, por conseguinte, é dado ao esforço de descoberta das circunstâncias a partir das alegações, mediante a colaboração entre as partes e o órgão jurisdicional (declarada analiticamente nos §§ 1º, 2º e 3º, do art. 364), como operação inerente ao saneamento. O saneamento superará não apenas a insuficiência da adstrição do juiz às alegações, erguendo-o a cavaleiro de excessos e omissões, como também libertará o processo judiciário da classificação dos fatos em constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos do direito afirmado na inicial. (Desnecessário, neste passo, repassar a crítica doutrinária, sabido e ressabido que a prática do foro faça deparar, a todo instante, tipos híbridos).

A experiência da carga probatória dinâmica, concebida na Argentina por um grupo de processualistas ao redor do Professor Jorge

Peyrano⁵ – com as modificações que nosso sistema impõe – é, pois, uma das sensíveis inovações do Projeto de CPC brasileiro.

Inovação? Pergunta-se. Não exatamente. Creio que a experiência argentina apenas nos confirma a validade de raciocínio antigo, já pontualmente empreendido por juízes.

Não custa observar a recomendação do (hoje) Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sidnei Beneti,⁶ como técnica extraída de sua experiência e sugerida em duas passagens de sua “Palestra aos Juízes Substitutos e de Investidura Temporária aprovados no 148º Concurso de Ingresso na Magistratura do Estado de São Paulo”, *in verbis*:

O juiz pode manter a iniciativa no andamento do processo por intermédio da determinação da prova necessária, autorizado pelo art. 130 do Código de Processo Civil, atribuindo às partes o ônus de provar algum ponto, e alertando-as para a necessidade de trazer a prova decisiva e possível, sob pena de, não a trazendo, a omissão acarretar desequilíbrio no embate probatório em seu desfavor.

(...).

Podemos também induzir as partes à prática de atos processuais, estabelecendo que quem não o fizer será prejudicado. (...) bastará deixar claro que esta falta será interpretada em detrimento dele, pois detentor da prova [*refere-se, exemplificativamente, ao INSS, ante o pleito relativo a direito a benefício previdenciário ou acidentário, bem como aos bancos e instituições financeiras, nas revisionais de contratos ou repetitórias*], sentenciando-se fazendo de conta que a parte contrária provou tudo o que ele não trouxe aos autos.

É conhecida a regra de alguns Códigos europeus, como o *Codice di Procedura Civile* italiano, que autoriza o Juiz a inferir argumentos de prova da conduta das partes durante todo o processo (art. 116). Também a revogada *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola (arts. 340 a 342 e 507), com suas *diligencias para mejor prober*, oferecia mobilidade ao julgador, ante as omissões das partes e das provas.

⁵ PEYRANO, Jorge; LÉFORI WHITE, Inés (Coord.) *Cargas Probatorias Dinámicas*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, *passim*.

⁶ BENETI, Sidney Agostinho. *Da Conduta do Juiz*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 17-8 e 21.

Cuida-se de necessária limitação (ou crítica) ao princípio dispositivo, não se justificando – no justo processo legal, colimado pelo Projeto de CPC – que seja literalmente jungido o julgador ao estratagema fático-causal deduzido pelas partes, ora o autor, ora o réu.

O autor, pelo princípio dispositivo (levado a extremo), põe nos autos os fatos que quer (e retira os que não quer), com a prova que possui (e lhe interessa). O réu, pelo mesmo princípio (exacerbado) retira da causa, em juízo, os fatos que lhe acarretam responsabilidade. E o juiz, por não ter (não poder ter?) iniciativa processual (sequer, endoprocessual), mantém-se neutro, senão alheio, mesmo que perceba algo mais, algo menos, de possível deslize na narrativa factual ou na conclusão jurídica extraída pelas partes, em evidente quebra de verossimilhança.

Entre nós, José Roberto dos Santos Bedaque⁷ sugere a resultante dispositivo-inquisitiva:

Para que a decisão seja substancial e qualitativamente justa, não basta assegurar às partes exclusividade de iniciativa (...) é preciso buscar, pelo processo, a aplicação correta e racionalmente justificada do direito [*para o que*] fundamental é a preocupação com a verdade dos fatos, [*pois*] somente a solução baseada em fatos verdadeiros pode ser considerada justa.

Em mãos do Juiz, o *discrímen* – carregadamente técnico – no contraditório (de que é um dos sujeitos, à maneira do disposto no art. 16, do *Nouveau Code de Procédure Civile* francês) entre o verossímil e o inverossímil, o aparente e o real, o efêmero e o fundamental, o permanente e o contingente, o essencial e o acidental, o absoluto e o relativo, o principal e o secundário, o comum e o específico, o natural e o artificial, o são e o vicioso, o espontâneo e o injuntivo, o causal e o consequencial, o completo e o incompleto, o acabado e o inacabado, o simples e o complexo, o atual e o extemporâneo, o condicionado e o incondicionado. Tais bipolaridades são assentes às alegações das partes. E seu discernimento (ao incremento da atividade jurisdicional) revela o trâmite da *res in iudicium deducta à res judicata*, no que

⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 2. ed. São Paulo: RT, p. 107.

se descobre o bem jurídico tutelável, noutras palavras, tematiza-se a composição da lide.

Ninguém duvidará, por exemplo, da conveniência da atitude do Juiz que formule quesitos de esclarecimento à perícia, ou mesmo a de determinar segunda perícia. Nem se duvidará da pertinência da ordem de comparecimento às partes, a qualquer tempo, para prestação de depoimento pessoal. Cabe, agora sim, demonstrar que as razões de tais diligências judiciais são mais amplas e podem pertencer a instituto processual mais abrangente.

É o que se teve no processo espanhol, com suas *diligencias para mejor prover*, que o legislador quis antecipadas à produção de provas e, pois, a qualquer resultado de instrução processual, exatamente no escopo de direcioná-la, de orientá-la, de torná-la útil à justa solução do litígio.

Jaime Guasp,⁸ em um livro precioso, carregado de profundidade, formula acerba crítica ao princípio dispositivo, tradicionalmente tomado como conducente a não poder o juiz trazer para os autos os fatos – embora relevantes – não alegados. É o que reclama(va) para o conteúdo das *diligencias para mejor prover*, da Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola (a anterior à última grande reforma). O mestre catalão destaca a posição do juiz, entre os argumentos contrapostos, a exercer ato de vontade para a solução das dúvidas acerca das circunstâncias fáticas, no que deve conceder à parte, na prática da prova ordenada pela *diligencia*, uma intervenção bastante a evitar que seu interesse (substancial) quede indefeso. A concepção de ato de vontade (que completa, na sentença, o ato de inteligência) não se compadece com exercício apenas terminal. Viria em apoio de tal raciocínio a consciência arguta de Amilcar de Castro,⁹ para quem (*modus in rebus*), onde não haja substituição de atividade das partes, não há jurisdição (p. 240), o que implica dizer que as situações de fato, submetidas à apreciação judicial, nem ao menos serão julgadas tal como aconteceram, mas como reconstituídas perante o julgador e este, exercendo poder soberano, é quem vai decidir como ficarão reconstituídas (p. 241).

⁸ GUASP, Jaime. *O Juiz e os Fatos*, Bosch, Barcelona, s/d, p. 100 e 163 *passim*.

⁹ CASTRO, Amilcar de. *Lições de Direito Processual Civil e Direito Internacional Privado*. Belo Horizonte: Ed. do Brasil, 2000, p. 241.

Observe-se a seguinte passagem de Barbosa Moreira:¹⁰

(...) será equívoca a prova a que se possa atribuir mais de um sentido; inequívoca, aquela que só num sentido seja possível entender – independentemente, note-se, de sua maior ou menor força persuasiva.

Reencontramos a sede de tal explicação em tema de nosso estudo e produção escrita,¹¹ a tutela antecipada.

Em momento anterior à publicação do mestre carioca, asserimos a prova inequívoca (ou unívoca) como a que sirva tanto a confirmação do fato constitutivo do direito do autor, quanto a rebater o fato porventura impeditivo, modificativo ou extintivo do direito, fato constitutivo da exceção. Víamos a bilateralidade do litígio a comandar a função bilateral da prova.

Pode-se buscar a Lopes da Costa¹² a união dos dois raciocínios:

Na avaliação da prova, os elementos que ela fornecer não podem ser considerados separadamente, mas em conjunto, a ver-se a influência recíproca de uns sobre outros, a verificar-se se formam sistema.

Já o instituto da tutela antecipada punha em evidência a consabida insuficiência do critério geral de distribuição do ônus da prova. Ali, o deslocamento da prova (pelo menos em nossa concepção, que preserva a utilidade do contraditório) se dá mediante a transferência ao autor do ônus de prévia contraprova das possíveis objeções e exceções substanciais do réu – tanto quanto ao Juiz, desde a era dos glosadores, se impunham poderes, “quando uma das partes em causa tivesse omitido ‘alguma coisa’(e entende-se por isso uma argumentação jurídica errônea, ou uma prova omitida ou falsa)”¹³.

¹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Antecipação de Tutela. Algumas questões controvertidas, *Revista de Processo*, RT, n. 104, São Paulo, 2001, p. 104.

¹¹ VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Tutela Antecipatória. In: *Boletim Técnico da Escola de Advocacia da OAB-MG*, v. 2, n. 2, Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 99/111.

¹² LOPES DA COSTA, Alfredo de Araujo. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: RT, 1943, v, II, p. 429.

¹³ PADOA-SCHIOPPA, Antonio. Sobre a consciência do juiz no ‘ius commune’ europeu. In: CARBASSE, Jean-Maie; DEPAMBOUR-TARRIDE, Laurence (Coords.). *A Consciência do Juiz na Tradição Jurídica Européia*, op. cit., p. 117.

À guisa de exemplo, toda a amplitude do tema da responsabilidade civil, em sua natural destinação à pesquisa das causas, ao influxo da causalidade eficiente ou da causalidade adequada, como superação da *conditio sine qua non*. O mesmo percurso teórico serve à distribuição dinâmica da prova: busca-se a remissão ao destinatário do ônus de excluir a causalidade jurídica, a partir da causa de pedir mediata, quando não possa a parte que alega o fato causal prová-lo.

Tomem-se os exemplos de erro médico, quer no campo das obrigações de meio, quer (excepcionalmente) nas de resultado, como nas cirurgias estéticas. E, apesar da necessidade de alteração do critério de distribuição, não se pode perder de vista que, não raro, a parte que se apresente em melhores condições de produzir a prova necessária é, coincidentemente a que está em iguais condições de deturpá-la, desvirtuá-la ou fraudá-la. E assim, ainda quando faleçam os poderes instrutórios do juiz, serve-se ele da distribuição dinâmica – pelo Projeto, a ser feita como técnica de instrução e, por isso, necessariamente no saneamento (art. 364, III, com remissão textual ao art. 380).

Ainda quando o Juiz decida com base nas regras de distribuição do ônus da prova, que o faça de maneira justa, impondo o referido encargo probatório a quem esteja ao corrente da matéria fática e da possibilidade de trazê-la integralmente aos autos. Esquiva-se o novel instituto processual da pecha de persecução da verdade formal.

O Projeto de CPC brasileiro não quis adotar de modo puro a tese argentina, por isso que prefere compor – a modo de amálgama com o sistema tradicional – um sistema de auto-exclusão da conveniência da distribuição dinâmica. A impossibilidade porventura ocorrente do deslocamento da prova é tutelada pelo § 2º, do art. 380, em tipificada situação que conduz, no sistema do futuro Código, sob o pleno respeito ao contraditório, à interposição de Agravo de instrumento (art. 1.028, XIII).

4. A PROVA EQUÍVOCA E A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA

A razão de ser da distribuição dinâmica vai-se buscar ao trabalho do Juiz, em meio às chamadas questões técnicas (fatos técnicos controvertidos). Por serem técnicos, a experiência comum, aplicável pelo

Juiz, os degradaria a indícios. Para transitar de indícios equívocos a indícios unívocos, de discordantes a concordantes, para sair, portanto, do impreciso âmbito das cogitações, da *dubitatio*. Podemos tomar a discussão em juízo acerca do erro médico – hipótese clássica de distribuição dinâmica, sabido que quem conhece as regras profissionais não é a parte que demanda a reparação do dano, material, moral ou estético.

A técnica sugerirá, do procedimento médico, ação ou omissão tomada a risco. Mas o estreitamento da discussão irá de um a outro indício, na série de atos de que se compõe o procedimento clínico, a ponto de eliminar conclusões paralelas ou discordantes, reduzindo as possibilidades a um ponto em que se reduzam a tese e não mais a hipóteses. É a confirmação das induções pela dedução, ditada pelo raciocínio de HERBERT SPENCER, acima referido.

Distribuir dinamicamente o ônus da prova implica delimitar o espaço de prova deslocada, bem podendo o Juiz pedir explicações, no contraditório, sobre as hipóteses excludentes, reduzindo-as, ante a prova, a concludentes. Basta que se considere que o Juiz distribui a prova (inciso III, do art. 364), depois de fixar os pontos controvertidos, mas no próprio momento em que o faz (inciso II, do art. 364) – no que vai a excelência da técnica processual adotada no Projeto de CPC, que elimina o risco da decisão surpresa e da supressão de prova com que a parte pudesse evitar o julgado desfavorável. É que o Projeto adota o princípio de colaboração entre os sujeitos processuais, superando a dispositividade e a inquisitividade, de modo a permitir, sem violação ao contraditório, em forma aproximada da do §139 da ZPO alemã, a ordem às partes para manifestar-se, de modo completo, sobre os fatos da causa, aí abrangidos todos os relevantes e a complementação das declarações insuficientes, de modo a discutir com as partes a relação litigiosa, quer sobre os fatos, quer sobre os direitos.

O Projeto adota – quando se faça necessária – a audiência de saneamento (§ 3º, do art. 364), exatamente para, em cooperação com as partes, convidadas a integrar ou esclarecer suas alegações. Eis construído, no sistema do direito processual civil, o ônus da alegação.

Não interessa mais sejam os fatos tratados como dados pelas partes: *da mihi factum, dabo tibi ius*. Nem que sejam constitutivos, im-

peditivos, modificativos ou extintivos, já que a constituição dos fatos jurídicos é compartilhada entre os sujeitos do contraditório, aí incluído o Juiz. O deslocamento do ônus da prova a quem apresente, *in concreto*, melhores condições não só técnicas ou profissionais, mas mesmo fáticas, é imperativo de coerência do princípio da solidariedade processual. Ao que se soma a valoração, porque se tem de descontar o risco do desvirtuamento da prova pela parte circunstancialmente mais dotada de meios processuais e materiais. Além do juízo de simulação, quanto o risco de consequências legais inadequadas tem de ser ponderado, pela sobreconfiguração do fato jurídico, nova dimensão do fato jurídico, a depender do controle da postulação em juízo.

O Projeto corrigiu, com maestria, a inconsistência da audiência preliminar obrigatória, tanto quanto da sua conversão em facultativa. Criou, como dito, quando necessária (em face da complexidade da matéria de fato ou de direito), a audiência de saneamento. Deve a fixação dos pontos controvertidos ocorrer, tanto quanto a distribuição do ônus da prova, antecipadamente à instrução, ressalvada a prova documental indispensável à propositura ou à defesa. Já o Projeto retoma experiência tentada nas alterações do CPC vigente e que se vira superada, ante a resistência dos Juízes à realização de duas audiências no mesmo processo. Não impôs sempre duas audiências. Nem impôs sempre uma única. Impôs, sim, o que é diverso, a cognição prévia ao saneamento. E eliminou a praxe viciosa de o Juiz postergar para a audiência de instrução o exame de preliminares, prejudiciais ou a fixação dos pontos controvertidos.

Dir-se-á, talvez, que o Projeto exija muito mais do Juiz, que já não dispõe de horários em sua atribulada jornada e em sua preenchida agenda, atento ao conjunto metas de produtividade a que tem de fazer face.

A expectativa, neste sentido, altamente assustadora, quando o Projeto, transformado em futuro Código e posto em vigência, impõe metas qualitativas ao Juiz (ademais das quantitativas que o extenuam), se vê compensada em duas frentes: igual receio hão de ter os Advogados, de quem se exige trabalho redobrado, mas, sobretudo, a quem se impede o exercício das lides temerárias; crescente diminuição da carga de trabalho derivará do uso dos precedentes, da formação jurisprudencial do direito, com o incidente de resolução de de-

mandas repetitivas, os recursos especial e extraordinário repetitivos, as súmulas e a repercussão geral, institutos grandemente aproveitados e aprimorados.

O Projeto elimina o procedimento sumário, no qual a preclusão antecipada da prova relativamente ao conhecimento da controvérsia faria inviável a distribuição dinâmica. Haverá de lograr-se a completude factual, tão necessária à essência do julgado de mérito, à identificação das questões principais (a que se refere o art. 499, III, do Projeto), almejada resultante da ciência do direito processual: a solidariedade, efeito processual manifesto nas cargas compartilhadas, inspira a estrutura dialética das questões principais. Alcança-se a exaustão do contraditório, mas não se restringe a coisa julgada às questões que o Juiz quis decidir, como sugeria LOPES DA COSTA¹⁴, ao desejar que a lei abandonasse ao Juiz a escolha dos elementos que devam ser examinados, ainda quando a percepção do processualista apontasse para as questões do dispositivo sentencial.

A conduta das partes, na substanciação do processo, é algo que agora será submetido a controle. O Projeto consegue trazer para a discussão e para a prova, vale dizer, para a convicção do julgador, todos os pontos relevantes, de fato e de direito.

A distribuição dinâmica do ônus da prova, como técnica de instrução, tornada obrigatória, para a superação das injunções do dispositivo e do inquisitivo, princípios que nunca se poderiam tomar como absolutos, permite o diálogo entre as teorias concretista e abstracionista da ação em juízo. A revelha preocupação de se dar ação a quem tenha direito (e não a quem não o tenha), que ocupou os teóricos e não a *praxis* romana, tem sua retomada em evolução criadora: a *jurisdictio* do pretor romano, prévia à *actio* ante o magistrado, tornou-se compatível com o procedimento comum do Projeto, vale dizer que com o equivalente moderno da *extraordinaria cognitio*, da ação gênero, com a *ordinariedade*: é que o Projeto adota o caráter dúplice das ações (art. 344), tanto quanto o magistrado operará, na *ordinariedade*, com a dimensão da *actio in factum*, corrigindo, por vezes, a insuficiência da alegação.

¹⁴ LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. Op. cit., v. III, p. 143.

Haverá dois espaços de cognição. O primeiro, de discussão das alegações. O segundo, de discussão da prova.

Irá a Juízo quem tiver direito (estiver disposto a ter contra si imposto o ônus dinâmico). Defender-se-á, mediante *exceptio*, quem tiver direito (igualmente).

O instituto sob exame neste estudo assume, por assim dizer, a função de intersticial necessário de toda a cadeia conceitual da ciência que nos ocupa o dia-a-dia. Unificam-se “Anspruch” e “Klage”, no evoluído percurso histórico da publicização bilateral do conceito de ação. O direito autônomo pode, enfim, ser concreto, alcançado, na estrutura progressiva de preclusões (de questões), com o equilíbrio entre liberdade e autoridade.

As questões (que compõem a lide) são um amálgama entre fato e direito, tanto que a relação processual, dinâmica por excelência, apropriada a cadeia evolutiva dos fatos e os fatos jurídicos não se desprendem do comando reafirmado na sentença.

A distribuição dinâmica da prova é, em última análise, a evolução da dimensão carneluttiana da tríade ponto-questão-lide. É a forma de identificação e de resolução das controvérsias, dos conflitos de questões, com a redução destas às questões principais (art. 499, III), estabilizadas no saneamento (§1º, do art. 364).

5. CONCLUSÃO

As idas e vindas das reformas processuais, quando, após frustradas inovações, se rebusca o fio evolutivo e se identifica o ponto de desvio, trazem, retomada a evolução com direcionamento aperfeiçoado, o novo direito.

O princípio de solidariedade processual é o resultado da atividade judicial de adequação das alegações, ao influxo do contraditório; com o que o Projeto de CPC, ora em tramitação na Câmara dos Deputados, irá lograr a retomada da vanguarda das legislações processuais.

É possível, no concerto, sob o contraditório, dos princípios dispositivo e inquisitivo, resolver-se o problema do ônus da alegação, cujo descumprimento vitima a efetividade do processo. Para tal desiderato concorre, decisiva e essencialmente, a introdução da técnica da

distribuição dinâmica do ônus da prova – com a qual se solucionam as questões técnicas, os fatos técnicos controvertidos, revelado o necessário entrelaçamento entre as fases postulatória, ordinatória e de saneamento, na ordinaryidade atual.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 2. ed. São Paulo: RT, s/d.

BENETI, Sidney Agostinho. *Da Conduta do Juiz*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAVANNA, Adriano. A Consciência do Juiz no Stylus Iudicandi do Senado de Milão. In: CARBASSE, Jean Marie; DEPAMBOUR-TARRIDE, Laurence (Coords.). *A Consciência do Juiz na Tradição Jurídica Europeia*. 1. ed. Tempus, Belo Horizonte, 2010.

GUASP, Jaime. *O Juiz e os Fatos*, Bosch, Barcelona, s/d, p. 100 e 163 *passim*.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: RT, 1943, v. II e III.

PEYRANO, Jorge; LÉFORI WHITE, Inés (Coords.). *Cargas Probatorias Dinámicas*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, *passim*.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. Sobre a consciência do juiz no ‘ius commune’ europeu. In: CARBASSE, Jean Marie; DEPAMBOUR-TARRIDE, Laurence (Coords.). *A Consciência do Juiz na Tradição Jurídica Europeia*. 1ª ed., Tempus, Belo Horizonte, 2010.

SPENCER, Herbert. *La Justicia*, Atalaya, Buenos Aires, 1947.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Tutela Antecipatória. In: *Boletim Técnico da Escola de Advocacia do OAB-MG*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, v. 2, n. 2.