

O contraditório cooperativo no novo Código de Processo Civil

Marcus Vinicius Furtado Coêlho

Postulados constitucionais¹, o contraditório e a ampla defesa estão devidamente albergados no projeto do novo Código de Processo Civil, garantindo sua essencialidade para a distribuição de justiça com qualidade e para a segurança jurídica. Um dos resultados úteis do processo é justamente o assegurar da plenitude da defesa.

O código processual vigente é inspirado na teoria que estrutura a ciência processual nos institutos da jurisdição, da ação e do processo. Consoante abalizada crítica, “não é usual que se conceda à defesa o mesmo papel de relevo que se dá à trilogia consagrada” (SÁ; MARIA, 2005, p. 91). No projeto do novo Código, a defesa e os demais princípios constitucionais processuais alcançaram proteção especial, sendo capítulo inaugural da proposta de legislação codificada.

Inerente à própria noção de processo, o contraditório é corolário da audiência bilateral e indispensável ao exercício do poder jurisdicional. Em decorrência, a relação processual apenas se completa com o chamamento do réu a juízo, quando surge a condição de preparar o provimento judicial.

Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa possuem

Marcus Vinicius Furtado Coêlho é Secretário Geral da OAB Nacional, membro da Comissão de Juristas do Senado federal que elaborou o projeto do novo CPC, Doutorando em Direito Processual pela Universidade de Salamanca, autor, entre outros, de *Processo Civil Reformado*, Ed. Forense, e *Direito Eleitoral e Processo Eleitoral*, Ed. Renovar.

¹ Constituição Federal, inciso LV do artigo 5º: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes;”

elementos indissociáveis. Assim, “o contraditório se efetiva assegurando-se os seguintes elementos: a) o conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação; b) a oportunidade, em prazo razoável, de se contrariar o pedido inicial; c) a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário; d) a oportunidade de estar presente a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar; e) a oportunidade de recorrer da decisão desfavorável” (GRECO FILHO, 1996, p. 90).

A essencialidade do contraditório é ressaltada por Enrico Tullio Liebman (apud MARCATO, 1980, p. 111), para quem “a garantia fundamental da Justiça e regra essencial do processo é o princípio do contraditório, segundo este princípio, todas as partes devem ser postas em posição de expor ao juiz as suas razões antes que ele profira a decisão. As partes devem poder desenvolver suas defesas de maneira plena sem limitações arbitrárias, qualquer disposição legal que contraste com essa regra deve ser considerada inconstitucional e por isso inválida”.

A essencialidade da defesa é ressaltada pela doutrina, que entende a citação como pressuposto da própria existência da relação jurídico-processual (NERY JUNIOR; NERY, 2007), embora, para muitos, o processo já exista antes da angularização, sendo a citação adequada requisito de sua validade (DINAMARCO, 2009, p. 55-56); para outros, a falta de citação não significa a inexistência do processo (ARENHART; MARINONI, 2004, p. 124-125).

Tal qual a dialética, poder-se-ia qualificar o processo como a busca da verdade procurada. O Estado-Juiz objetiva elaborar a síntese a partir da síntese e antítese das partes. As partes são agentes colaboradores para a distribuição da justiça. Embora visando seu interesse, a parte colabora na resolução da controvérsia. A Justificativa do anteprojeto elaborado pela Comissão

de Juristas² aduz, com propriedade, que “a necessária observância do contraditório é enfatizada não só como sinônimo de defesa, mas de colaboração”.

Para o processo cooperativo (MITI-DIERO, 2009), a cooperação mútua entre autor – juiz – réu viabiliza a legítima concretização do *actum trium personarum*. O diálogo paritário entre todos os atores do processo passa a ser o fundamento do desenvolvimento processual, negando-se ao Estado-Juiz a posição autoritária ou absolutamente inerte. Sendo a decisão judicial um ato de poder, essencial a sua legitimação a participação isonômica e assimétrica dos envolvidos no processo.

O contraditório há de ser compreendido hodiernamente à luz do formalismo valorativo do direito processual (ALVARO DE OLIVEIRA, 1999, p. 135-150). O contraditório não é apenas uma garantia processual das partes como também uma garantia da jurisdição. A concepção tradicional ou estática é complementada pela concepção publicística ou dinâmica. Para além da tradicional compreensão que expressa a ciência e a possibilidade de contrariar os atos e termos do processo, o contraditório é um auxílio na construção da verdade material, comprometida com a realização da justiça, efetuando um constante e verdadeiro diálogo entre as partes – e destas com o Juiz, posicionando-se todos no mesmo patamar de hierarquia.

O Juiz deve respeitar e se sujeitar ao contraditório. Surgem ao julgador os deveres de esclarecimento, prevenção, auxílio e diálogo. Esclarecer para oportunizar às partes

² A Comissão de Juristas do Senado, presidida pelo Ministro Luiz Fux e relatada por Teresa Arruda Wambier, elaborou anteprojeto do Código de Processo Civil, apresentado pelo presidente do Senado José Sarney na forma do PLS n. 166, de 2010; após célere e intensa tramitação, o Senado aprovou o projeto, nos termos do Voto do Relator Senador Valter Pereira, cujo relatório expressa que “o projeto é meritório e merece ser aprovado”, fazendo-se necessário apenas “alguns ajustes pontuais no sentido de suprimir, alterar ou incluir dispositivos”.

que torne clara a sua manifestação. Prevenir para advertir à parte que determinada atitude pode gerar a concessão ou denegação de tutela almejada. Auxiliar no sentido de retirar empecilhos à concessão da tutela. Dialogar para evitar surpresas, possibilitando o amplo debate sobre as questões relevantes para a adoção de posição.

No projeto de novo CPC, tal contraditório cooperativo, ou efetiva participação das partes na legitimação do exercício da atividade jurisdicional, torna-se obrigação formal. No art. 5º é assegurado o direito das partes “de participar ativamente do processo, cooperando com o juiz e fornecendo-lhe subsídio para que profira decisões”. O art. 8 impõe “o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios”.

Neste diapasão, são deveres das partes expor os fatos em juízo conforme a verdade, proceder com lealdade e boa-fé, não formular pretensões e alegações destituídas de fundamento, não produzir nem praticar atos inúteis ou desnecessários, informar endereço atualizado para recebimento de intimações e cumprir com exatidão as decisões judiciais – art. 80. A negativa de cumprimento de decisões judiciais configura ato atentatório ao exercício da jurisdição e acarreta multa de até 20% do valor da causa – art. 80, par. 1º, além de responsabilização criminal, civil e processual. Em decorrência, considera-se litigante de má fé quem alterar a verdade dos fatos, opuser resistência injustificada ao andamento do processo, proceder de modo temerário, provocar incidentes infundados, entre outras hipóteses – art. 83.

O projeto do novo CPC garante às partes “paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais,

competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório” – art. 7º. Estabelece a regra da oitiva prévia para adoção de decisão – art. 9º. E, de modo mais alvissareiro e inovador, assegura a prévia manifestação em relação a qualquer fundamento de decidir, em todo grau de jurisdição, “ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício” – art. 10.

Emblemático reconhecimento da essencialidade da ampla defesa pode ser encontrado no capítulo inovador que versa sobre o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, quando se cria um procedimento que inicia com a citação do sócio e da pessoa jurídica para se manifestar e requerer as provas cabíveis – art. 78. O incidente será resolvido por decisão própria, de natureza interlocutória que desafia o agravo de instrumento – art. 79.

Assegurando o acesso à amplitude da defesa, o projeto prevê a declaração de ofício da nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, declinando a competência para o domicílio do réu – art. 63, par. 4º; bem assim veda a eleição de foro nos contratos de adesão e naqueles em que uma das partes esteja em situação que lhe impeça ou dificulte opor-se ao foro contratual – art. 63, par. 3º.

O profissional defensor do cidadão, o advogado, é valorizado pelo projeto de CPC. Assegura-se a natureza alimentar dos honorários e seu caráter de direito próprio, fixam-se percentuais nas causas contra a Fazenda, garantem-se honorários no caso de sucumbência recíproca, faz-se a previsão de novos honorários para cada nova instância que o profissional fica obrigado a trabalhar, elevando-se o limite da sucumbência para 25%, os prazos são contados apenas em dias úteis e os prazos processuais suspensos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro. Ao tratar com dignidade o advogado, o novo Código protege o cidadão, beneficiário da prestação jurisdicional efetiva e de qualidade, e assegura a ampla defesa.

No dever de cooperação, é previsto ônus ao advogado em informar ou intimar as testemunhas arroladas pela parte que representa quanto ao local, dia e horário da audiência designada, dispensando-se a intimação do juízo – art. 441. A parte pode comprometer-se em levar a testemunha à audiência. A não intimação ou o não comparecimento da testemunha importará em presunção de desistência da sua oitiva. As testemunhas, que deverão ser indicadas na petição inicial e na contestação, não poderão servir como instrumento procrastinatório, contribuindo as partes e advogados para a celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. A intimação judicial somente se fará quando a parte demonstrar a necessidade ao Juiz, for hipótese de servidor público ou a parte estiver representada pela defensoria pública, responsável pela defesa dos necessitados economicamente.

Simbolizando o novo momento da ciência processual e a necessidade de o julgador participar ativamente do diálogo processual, o projeto de CPC atribui ao Juiz a distribuição do ônus da prova de modo diverso ao previsto na norma, “impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la”, devendo considerar “as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado” – art. 358. Como ensina abalizada doutrina, “o princípio do contraditório, na atualidade, deve ser desenhado com base no princípio da igualdade substancial, já que não pode se desligar das diferenças sociais e econômicas que impedem a todos de participar efetivamente do processo” (MARINONI, 1996, p. 147). Tal inversão de ônus não é permitida nas hipóteses de direito indisponível e de dificuldade excessiva para a parte exercer o direito – art. 359, parágrafo único.

O novo CPC, aprovado pelo Senado e em tramitação na Câmara dos Deputados, prestigia a ampla defesa e o contraditório cooperativo, dando concretude aos postulados constitucionais e impondo às partes e ao julgador direitos e deveres que se harmonizam com a necessidade da colaboração por um processo substancialmente justo, realizador do direito e pacificador do corpo social. Um processo que busque responder às exigências e necessidades do milênio que ainda se inicia, não contente com as verdades formais, mas em busca da realidade o quanto possível, à procura de justiça.

Referências

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.
- _____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 11. ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 1996. v. 2.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. In: MARCATO, Antônio Carlos. *Preclusões: limitação ao contraditório? Revista de Processo*, São Paulo, ano 5, n. 17, p. 111, 1980.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: RT, 2007.
- SÁ; Radamés de; MARIA, Djanira. *Teoria geral do Direito processual civil*. 3. ed. Belo Horizonte: EDUFU, 2005.

El rol del juez en el anteproyecto del nuevo Código de Proceso Civil Brasileiro*

Margarita de Hegedus

Sumario

I) Introducción, II) Iniciativa probatoria: A) Aportación de prueba e iniciativa probatoria: B) límites: 1. Respecto de los medios de prueba, 2. Respecto de los hechos a probar, III) Cargas probatorias dinámicas, IV) Conciliación. V) Primeras reflexiones

I) Introducción

Un primer análisis sobre las disposiciones que el anteproyecto dispensa a la figura y rol del juez, nos permite afirmar, a modo de introducción, que Brasil ha diseñado para el proceso civil un juez activo, director del proceso, con amplias facultades procesales, para la tramitación y resolución del conflicto sometido a su conocimiento, siguiendo la línea del código vigente y profundizándola en algunos aspectos.

Se percibe, entonces, un juez al que se le impone ejerza en profundidad sus poderes deberes desde el comienzo del proceso hasta el dictado de sentencia y su eventual ejecución.

En este aporte, habremos de tratar de contribuir a la interpretación del rol del juez en dos aspectos que entiendo importantes: los probatorios y en la conciliación.

En relación a los aspectos probatorios dos son los temas que habremos de relevar. En primer lugar respecto de la iniciativa probatoria que se le asigna y en segundo

Prof. Dra. Margarita de Hegedus es Miembro de los Institutos Iberoamericano y Uruguayo de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal; Profesora Titular de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo; Codirectora de la Revista Uruguaya de Derecho Procesal.

* Sem revisão do Editor.

lugar, su participación en la distribución de la carga de la prueba.

En el tema conciliación haremos una breve descripción en cuanto a su regulación y cuales son a nuestro juicio las fortalezas y debilidades del sistema implementado.

II) Iniciativa probatoria

A) Aportación de parte e iniciativa probatoria

El anteproyecto en análisis asigna iniciativa probatoria al tribunal, con lo que adopta, al igual que en el código procesal vigente, la figura de un juez activo, cuyas potestades probatorias exceden las llamadas diligencias para mejor proveer que usualmente proveían los códigos procesales para que el juez al momento de fallar pudiera complementar la prueba.

Como nos enseña el profesor argentino Roberto Berizonce: *“en la valoración de las distintas actitudes que puede asumir el juez en la sociedad contemporánea, superado el modelo tradicional que lo concebía como instrumento meramente pasivo, vocero inanimado de la voluntad general, el denominado “activismo judicial” intenta responder a las reales y concretas exigencias de una sociedad globalizada, democrática, pluralista, dinámica y participativa”*.¹

La iniciativa probatoria asignada al tribunal, no altera el régimen general en materia de introducción de elementos probatorios en el proceso civil. El principio dispositivo que informa el proceso civil se manifiesta asimismo, en que la actividad de proposición de la prueba corresponde principalmente a las partes.

En tal sentido el art. 257 del anteproyecto, indica como principio general, que las pruebas se practicarán a instancia de parte. Em tal sentido expresa: *“As partes tem direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda não especificados neste Código, para provar fatos em que se funda*

¹ Cf. Roberto Berizonce: *“Recientes tendencias en la posición del Juez”*, en *“El Juez y la Magistratura – Tendencias en los albores del siglo XXI”*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, julio de 1999, pág. 58.

a ação ou a defesa e influir eficazmente na livre convicção”.

Por su parte el art. 258, señala: *“Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento da lide”*.

“Paragrafo único: O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

El anteproyecto mantiene, entonces, el principio general de que son las partes las que aportan los medios probatorios al proceso, sin perjuicio de regular también la iniciativa probatoria del Juez. Con ello se acompasa la figura del juez con el rol activo y directivo que le confiere en general el ordenamiento procesal, adecuándose cómodamente a la máxima de cooperación aludida por la doctrina.

Como señala Humberto Theodoro Junior, *“... o juiz, no processo moderno, deixou de ser simples árbitro diante do duelo judiciário travado entre os litigantes e assumiu poderes de iniciativa para pesquisar a verdade real e bem instruir a causa”*.²

La atribución de un papel más activo al juez en el seno del proceso civil no atenta con el principio de aportación de parte, con el que convive. Y se compensa, sin dudas, con el dictado de fallos más eficientes.

Este rol del Juez, puede verse, como el reverso del deber de colaboración impuesto a las partes. A éstas se les requiere prestar su concurso a la Justicia para la mejor realización de las actividades procesales, y al tribunal se lo dota del poder de colaborar con éstas en la búsqueda de la verdad, respetando las garantías del contradictorio y de la defensa.

Es sabido que parte de la doctrina procesal sostiene que esta asignación de iniciativa probatoria al tribunal afecta su imparcialidad y viola el principio de igualdad con el que ha de protegerse a ambas partes en el proceso.

No comparto esa posición.

² Cf. Humberto Theodoro Junior, en *Curso de Direito processual Civil Volume I* 51ª Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2010 pag. 427.

La asignación de potestades probatorias al tribunal, junto a la iniciativa y cargas probatorias de las partes, no implica una eventual violación de la imparcialidad o de la igualdad de tratamiento de los litigantes, pues como nos enseñó José Carlos Barbosa Moreira, “A diferencia de lo que sugiere una larga tradición, alimentada con las ideas típicas del liberalismo clásico, refractario a cualquier intervención del Estado en el juego de la “libre concurrencia”, imparcialidad no significa indiferencia del juez respecto al resultado del proceso. El juez no puede dejar de tener interés en que su sentencia sea justa y, por consiguiente, en que la actividad procesal le suministre, en lo posible, los medios necesarios para decidir bien. No sería razonable acusarlo de parcial por el solo hecho de que, ejerciendo los poderes otorgados por la ley, y respetando las garantías de la defensa, tome las iniciativas que le parezcan indispensables en miras a la aclaración de los hechos, aunque el éxito de las providencias de instrucción por él ordenadas venga a beneficiar, en definitiva, a uno de los litigantes. De lo contrario, también la abstención del órgano judicial, al fin y al cabo, comprometería su imparcialidad, en tanto y cuanto resultaría benéfica para la otra parte. Lo que se opondrá a la exigencia de igualdad es que el juez se ciña a tomar la iniciativa únicamente cuando existan razones objetivas serias para suponer que la prueba favorezca a una de ellas”.³ Más adelante agrega: “... que no se logrará jamás suprimir o reducir la desigualdad material de las partes sin que el órgano judicial asuma decididamente un papel más activo en el proceso”.⁴

B) Límites de la iniciativa probatoria del tribunal

Cabe preguntarse, si la iniciativa probatoria del tribunal tiene límites o no y en caso de tenerlos, donde se encontrarían los mismos. Si requiere consagración legal, o ellos surgen de la aplicación e interpretación de la normativa procesal.

³ José Carlos Barbosa Moreira, “La igualdad de las partes en el proceso civil”, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal Nº 2/1987, pág. 118, Editora Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1987.

⁴ Ob.cit., pág. 122.

Entiendo que la iniciativa probatoria debe encuadrarse dentro de ciertos lites, justamente para no afectar su imparcialidad.

Analizaremos su existencia o no en dos aspectos. El primero que tiene que ver con los medios probatorios y el segundo con los hechos que se pretendan probar por su iniciativa.

1. Respecto de los medios de prueba

Nos preguntamos ahora, si la iniciativa probatoria del tribunal tiene límites en cuanto al medio probatorio a diligenciar por su solicitud.

En el anteproyecto, no existe norma expresa que limite la iniciativa en cuanto a los medios probatorios, por lo que analizaremos en los capítulos referentes a cada medio de prueba en particular, si se le asignan potestades de oficio al tribunal en materia probatoria.

En sede de *declaración de parte* el art. 364 expresa:

“Cabe a parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de ser interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poderá do juiz de ordená-lo de ofício”.

En la *exhibición de documento o cosa* el art. 375 admite:

“O juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa que se ache em seu poder”.

En relación a la *inspección judicial*, el art. 463 señala:

“O juiz de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse a decisão da causa”.

En *prueba pericial*, el art. 460 en sede de prueba pericial consigna:

“O juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento de parte, a realização de nova perícia quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida”.

En la *regulación de prueba testimonial*, el art. 440, expresa:

“O juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento da parte:

I – *A inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas:*

II – *A acareação de duas ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando, sobre fato determinado que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações.*”

Por lo que podría concluirse que no existe respecto de los medios probatorios límites al tribunal a su respecto, sin perjuicio de tomar en cuenta, por ejemplo en materia de prueba documental, que difícilmente el juez pueda solicitar la agregación de documentos, en la medida en que desconocerá su existencia, salvo que alguna de las partes haga referencia a determinado documento, y que el juez entienda pueda ser agregado por alguna de las partes. En todas estas hipótesis habrá que evaluar, muy precisamente, a quien hubiera correspondido la agregación del mismo de acuerdo a la disponibilidad que sobre el mismo tenía cada una de las partes. Por ello, el art. 375 limita la intimación del documento a la parte que lo tiene en su poder.

Ahora bien, en Uruguay, con normas similares, se ha discutido mucho acerca de si la iniciativa probatoria del tribunal, podía o no ejercitarse en hipótesis de que las partes no hayan realizado aporte probatorio alguno. Esto es, si la actividad de tribunal en esta materia sólo puede ser “complementaria” de la desarrollada por las partes, o bien, absolutamente independiente de la misma.

Las posiciones a favor de una y otra tesis, son numerosas, sin perjuicio de lo cual, entiendo que esta facultad que se le otorga al Juez, no está dada para suplir la negligencia de las partes o de alguna de ellas. La finalidad no puede ser otra que la de que el Juez, mediante el diligenciamiento de algún medio de prueba, logre aproximarse a la verdad material, a la solución más cercana a la realidad con lo que se obtendrá un fallo sustancialmente justo y no solo formalmente ajustado a derecho. Pero ello no implica que supla la falta de interés de las partes,

y deje de lado la regla en materia de carga de la prueba.

2. Respecto de los hechos a probar

En relación a los hechos que pueden ser objeto de prueba por iniciativa del tribunal, entiendo que existen límites claros impuestos al tribunal.

El juez únicamente podrá recaer prueba de oficio, sobre los hechos alegados por las partes, sólo podrá ejercer su iniciativa probatoria respecto de esos hechos.

Y ello en tanto tiene plena vigencia el principio dispositivo en el diseño del objeto del proceso y de la prueba, lo que le impide al tribunal aportar probanza sobre hechos que no estén comprendidos en dichos objetos, cuya delimitación resulta de los actos de proposición de los litigantes, siendo tarea que le es ajena.

El juez no podrá, ni directa ni indirectamente aportar hechos al proceso, mediante la proposición de diligenciamiento de algún medio de prueba. De hacerlo se violaría el principio de congruencia lo que resulta inadmisibles en un proceso civil informado por el principio dispositivo.

De acuerdo a jurisprudencia uruguaya en este punto debe tenerse presente la vigencia general del adagio “*da mihi factum dabo tibi ius*”, en función del cual son los sujetos interesados quienes, en principio, conocen los hechos relevantes para la decisión del conflicto, encontrándose, por ende, en mejores condiciones para realizar el aporte probatorio. Este aspecto hace esencialmente distintas las situaciones jurídicas de los sujetos del proceso y determina el natural acotamiento de los poderes del tribunal en relación a su iniciativa probatoria, en tanto el órgano judicial resulta vinculado al relato fáctico que realicen las partes.⁵

Tampoco podrá de conformidad a lo regulado en el art. 264 del anteproyecto, probar los hechos que según dicho artículo no requieren prueba.

⁵ Sentencia nº 261 de fecha 4 de octubre de 2007, publicada en RUDP 1-2/2009 caso 825 pág. 447.

Por tanto, tampoco podrán ser objeto de prueba mediante el diligenciamiento de medios de prueba ordenados por el tribunal, por ejemplo, los hechos admitidos en el proceso como no controvertidos.

Ejemplo de esta situación la encontramos en los arts. 340 inciso primero y 342 del anteproyecto.

El art. 340 inciso primero, expresa: *“Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial, presumindo-se verdadeiros os ñao impugnados...”*

Y el art. 342 en sede de Rebeldía, señala: *“Se o réu ñao contestar a ação, considera-se verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”.*

Por tanto, si el demandado al contestar la demanda no se pronuncia en forma expresa respecto de algún o algunos de los hechos afirmados por el actor en su demanda, esos hechos no podrán ser objeto de prueba, y por tanto, tampoco podrán ser objeto del diligenciamiento de ningún medio de prueba ordenado por el tribunal, en uso de su iniciativa probatoria. Igual situación, ocurre en caso de rebeldía del demandado, conforme al art. 342 citado.

Naturalmente que en el ejercicio de su iniciativa probatoria el tribunal también se encontrará limitado por pruebas inadmisibles, inútiles o retardatorias. Y además, no podrá prescindir de las garantías de defensa de los litigantes, en tanto habrá de admitir el control que las partes hagan de la prueba ordenada de oficio por el tribunal, ya sea solicitando contrapruebas, pronunciarse sobre la valoración, etc.

Asimismo, la producción de prueba de oficio tampoco puede implicar desconocimiento del régimen legal de valoración de la prueba; ni involucrar el empleo del saber privado del Juez; ni soslayar preclusiones operadas como sanción al litigante no colaborador o negligente⁶. En Uruguay, analizando la iniciativa probatoria del juez, la jurisprudencia ha indicado que la misma

⁶ Cf. Luis María Simón, *“El proceso laboral luego del Código General del Proceso”* pub. en Revista Judicatura N° 40, Ed. F.C.U., Montevideo, agosto de 1999, pág. 202.

no faculta al Juez a desconocer el sistema de plazos, preclusiones y caducidades establecidas por el Código, que representa un régimen de garantías para las partes⁷ posición enteramente aplicable a la normativa proyectada.

En el anteproyecto que estamos analizando, no encontramos normas que expresamente condicionen o limiten el ejercicio de la iniciativa probatoria del tribunal.

Uruguay, en su Código General del Proceso, tampoco las tiene.

Por ello me parece oportuno, ya que estamos analizando un anteproyecto de código, consignar en este trabajo, la solución de España en este punto.

El art. 429.1.II y III LEC, establece: *“Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal”.*

Analicemos su regulación.

En primer lugar, la norma marca una primera exigencia: la necesidad de el Juez se pronuncie, en forma previa, sobre la suficiencia o insuficiencia de las pruebas ofrecidas.

Para ello deberá efectuar un análisis previo sobre las pruebas ofrecidas por las partes, y que de ese análisis surja, en su opinión, que las mismas puedan resultar insuficientes.

En este análisis que el juez civil debe realizar sobre la prueba propuesta, deberá tomar en cuenta el conjunto de pruebas ofrecidas, a efectos de definir la suficiencia

⁷ Cf. Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal N° 4/2000, c. 317, pág. 622 con cita doctrinaria de Enrique Vescovi y otros, en op. cit., Tomo 1, pág. 337.

o insuficiencia de los medios probatorios propuestos.

De darse esta última hipótesis, es decir encontrar insuficiente la prueba ofrecida por las partes, deberá así hacerlo saber, de forma tal que el proceso puede conducir a una resolución del conflicto más justa.

Una segunda exigencia o limitación que impone el texto legal español refiere a que el juez no puede ordenar medios de prueba sobre fuentes probatorias que no consten en autos.

Y esta limitación es al decir del profesor español Pico Junoy la garantía para los justiciables que evita que el juez pueda actuar inquisitivamente, buscando pruebas más allá de las libremente introducidas por las partes.⁸

El artículo analizado contiene dos acciones diferenciadas. La primera tiene que ver con la emisión de un juicio sobre la suficiencia probatoria. La segunda está encaminada a introducir pruebas que el juez considere conveniente.

Los términos en que está redactado el artículo español no permite concluir acabadamente si se trata de una sugerencia formulada al tribunal o una verdadera iniciativa probatoria, si es facultativo o de obligado cumplimiento por el juez.

La duda surge del propio artículo al señalar que «cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes...»

En mi opinión, podrá discutirse la obligatoriedad o no de la primera, esto es de pronunciarse acerca de la suficiencia o no de los medios ofrecidos por las partes, Lo que si parece claro es que la introducción de medios de prueba por el tribunal si es facultativa, ya que la forma en que está redactado el artículo, «podrá señalar también

la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente», siempre que se ciña a los elementos probatorios que resulten ya en autos, no deja lugar a dudas.

Otra duda que pueda plantearse en relación a esta iniciativa probatoria por insuficiencia de prueba, es si puede igualmente aplicarse, en hipótesis de ausencia de prueba. Esto es, cuando las partes, o alguna de ellas, no ofrecen prueba.

En mi opinión, la iniciativa probatoria, no puede suplir la ausencia de prueba, cualquiera que sea la razón que tuvo esa parte para no ofrecer medios de prueba. Como ya lo indicamos más arriba, la finalidad de la norma no está dada para suplir la negligencia o el desgano de la parte, sino el de tratar de llegar a un conocimiento mejor de los hechos alegados y controvertidos. Si la parte eligió no aportar prueba sobre un hecho determinado, el tribunal, al igual que si se tratara de un hecho admitido, no podrá ordenar el diligenciamiento de medio de prueba alguno en ese aspecto.

Con lo reseñado, aporte español incluido, se podría analizar la conveniencia o no de incluir en el texto legal, los límites precisos a su actuación en materia de iniciativa probatoria, o bien dejarlo librado al análisis que efectuará el tribunal en cada caso, sin constreñir sus facultades.

III) Cargas probatorias dinámicas

Es sabido que la carga de la prueba es el imperativo que pesa sobre cada litigante de suministrar la prueba de un hecho controvertido mediante su propia actividad, si quiere evitar perder el juicio.

La oportunidad de su relevo será en el momento en que el Juez va a dictar sentencia. En ese momento, si encuentra que no existen en el expediente suficientes elementos de juicio que lo convenzan de la existencia de un determinado hecho, decidirá en contra de quien debía probar y no lo hizo. Es decir que la carga de la prueba es un parámetro decisorio que indica quien

⁸ Pico Junoy, Joan en: El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado, Revista Uruguaya de Derecho Procesal N° 3/2003, pág. 407, Ed. F. C.U. Montevideo, 2005

debe probar y prescribe, que si no probó, el juez resuelve contra es parte, que debía probar y no lo hizo.

El anteproyecto regula en su art. 261, la regla general en materia de carga de la prueba. En tal sentido expresa:

Art. 261: Regla general

O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe:

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

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

Por su parte el art. 262 consagra, a texto expreso, la teoría de las cargas probatorias dinámicas. La alteración del “*onus probandi*”, a quienes se encuentren en mejores condiciones de probar.

“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 estiver em melhores condições de produzi-la.”

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 261 deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.

Como es sabido el desplazamiento de la carga probatoria a quien se encuentre en mejores condiciones de probar el hecho de que se trate, constituye doctrina recibida, que sin embargo importa un apartamiento excepcional de las normas legales en materia de carga de la prueba. Ponderando las circunstancias de cada caso, la carga de la prueba se desplaza del actor al demandado o viceversa, evaluando quien se encontraba en mejores condiciones de probar un hecho controvertido y no lo hizo. Desde el punto

de vista de los litigantes se trata de una regla que impone una suerte de colaboración para la recolección del material probatorio.

La teoría de las cargas probatorias dinámicas opera como fórmula de corrección de los criterios sobre la carga de la prueba, que funciona en casos de excepción, permitiendo efectuar las correcciones que corresponda a cada caso concreto, habilitando a considerar la conducta de quien teniendo en su poder los medios idóneos de prueba no los produce. Resulta entonces evidente que esta teoría o tesis se funda en la aplicación de los principios generales de buena fé y lealtad procesal así como el deber de colaboración en la información y comprobación de los hechos objeto del proceso.

Como se concluyó en Argentina en el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en Termas de Rio Hondo en el año 1993, sólo debe recurrirse a la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas cuando la aplicación de la regla general arroje consecuencias manifiestamente disvaliosas. Allí se consignó: “Dicho apartamiento se traduce en nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria ceñidas a las circunstancias del caso y renuentes a enfoques apriorísticos (tipo de hecho a probar, rol del actor o demandado, etc.). Entre las referidas nuevas reglas se destaca aquella, consistente en hacer recaer el “*onus probandi*” sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva. Se debe ser especialmente cuidadoso y estricto a la hora de valorar la prueba allegada por la parte que se encuentre en mejor situación de producirla porque, normalmente, la misma también está en condiciones de desvirtuarla o desnaturalizarla en su propio beneficio”.⁹

Se desplaza, entonces, la carga de la prueba en base al principio de solidaridad y colaboración que se reclama al litigante que dispone de la misma y por tanto, se en-

⁹ Hacia Una Justicia Mas Efectiva, XVII Congreso Nacional de derecho procesal, Del 19 al 22 de mayo de 1993 termas de Rio Hondo, Santiago del Estero, Ed. La Ley pag. XLI

cuentra en mejores condiciones de ilustrar al juez en la búsqueda de la verdad.

Resulta incuestionable la base solidarista de esta regla, al propugnar una actividad de cooperación de las partes con el tribunal en orden a la investigación de los hechos que el juez debe esclarecer.

La regulación en el Anteproyecto contempla adecuadamente la preocupación de quienes advertían que el cambio en la regla de la distribución de la carga de la prueba, podía afectar la garantía de defensa en juicio.

En efecto, al establecer, que el Juez, en caso de entender aplicable esta diferente distribución de la carga de la prueba, debe advertirlo oportunamente a las partes, y asimismo, *“deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído”*, otorga suficientes garantías para la debida defensa de quien se pueda sentir afectado.

Esta era la solución que propiciaba la doctrina argentina para evitar que el litigante a quien se le cambiaban las reglas del juego no se encontrara en una emboscada.

Y para ello propiciaban: *“Ello podrá tener lugar si imponemos al juez el deber de anticipar su criterio en tema de distribución de la prueba de modo que el ahora cargado sepa con seguridad que la jurisdicción espera su aporte probatorio-dinámico, solidarista y de colaboración exigida-bajo pena de aceptarse la afirmación fáctica de su contrario”*.¹⁰

Y también a este desplazamiento de la carga probatoria se refería el profesor Humberto Theodoro Junior, analizando la distribución dinámica de la carga de la prueba en el código procesal vigente, donde con acierto señala que si bien el código no consagra las cargas probatorias dinámicas, la experiencia de vida muestra que las causas disputadas en juicio no siempre permiten una satisfactoria separación entre los hechos constitutivos y los extintivos de derecho en compartimentos estancos. Y por ello en doctrina y jurisprudencia, sobretudo

referido a acciones de responsabilidad civil, en situaciones de prestaciones de servicios técnicos como médicos, dentistas u otros de igual complejidad se ha admitido una flexibilización del rigor en la distribución de la carga de la prueba que impone el art. 333 citado.¹¹

Uruguay no tiene regulado expresamente la posibilidad del desplazamiento de la carga de la prueba a quien se encuentre en mejores condiciones de probar, pero esta tesis ha sido recogida en varias oportunidades por nuestra jurisprudencia, en casos de responsabilidad médica, responsabilidad profesional en general y también en acciones por simulación.

Pero lamentablemente, la oportunidad en que dicha circunstancia se releva es en etapa de valoración de la prueba producida, previo al dictado de sentencia. No se resuelve previamente ni se le formula advertencia alguna a las partes, lo que ha llevado a parte de la doctrina a manifestarse en contra de su aplicación.

Ahora bien, volvamos al análisis del art. 262 del anteproyecto.

Los requisitos exigidos en el texto legal para la aplicación de las cargas probatorias dinámicas son:

- a) El análisis previo del tribunal respecto a las circunstancias y particularidades del proceso respecto de los hechos a probar
- b) En base a ese análisis el juez puede, distribuir la carga de la prueba de forma diferente, a la tradicional regulada en el art. 267, imponiéndosela a quien este en mejores condiciones de producirla.
- c) Dicha atribución debe formularla en decisión fundada.
- d) Debe, asimismo, otorgar, a la parte a quien se la atribuye, la oportunidad de poder efectivizarla adecuadamente.

¹¹ Humberto Theodoro Junior, en Curso de Direito Processual Civil Volume I 51ª Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2010 pag. 423

¹⁰ Hacia Una Justicia, ob.cit. pag.: 500

e) No podrá invertir la carga de la prueba en las hipótesis del art. 263, esto es si la pretensión deducida en el proceso versare sobre derechos indisponibles o dicho cambio tornase excesivamente difícil para una parte el ejercicio de su derecho.

Como puede apreciarse, resulta una garantía para las partes, que la decisión del juez sea fundada, explicitando las circunstancias del caso y consecuentemente el porqué desplaza la carga de una parte a la otra.

También resulta una garantía para las partes, que se haya consignado expresamente, la oportunidad que debe otorgarse a quien ahora deberá probar hechos que, cuando se presentó la demanda o contestación, no le correspondía probar de conformidad a la regla sobre carga de la prueba del art. 261.

Y finalmente, un límite a esa facultad que se le concede al juez lo constituye la materia indisponible de los derechos debatidos así como la excesiva dificultad que ello pueda acarrear a la parte a quien se le pretenda atribuir, ambas hipótesis enteramente compartibles.

Lo que no está expresamente previsto, o mi escaso conocimiento del portugués me impidió encontrarlo, es en qué oportunidad el Juez deberá formular esa manifestación.

Una posible, y tal vez la más adecuada sea en oportunidad del saneamiento del proceso que regula el art. 354. Este artículo bajo el nomen iuris "Del saneamiento del proceso", expresa que no ocurriendo ninguna de las hipótesis previstas en las secciones del capítulo (X) declarando saneado el proceso, "delimitará os pontos controvertidos sobre os quais deverá incidir a prova, especificará os meios admitidos de sua produção, designará audiência de instrução e julgamento".

Esta sería una buena oportunidad para que la parte a quien se le atribuya la carga de probar, pueda defenderse adecuadamente y desembarazarse de la carga que

le fue atribuida, en aplicación de las cargas probatorias dinámicas.

IV) El juez y la conciliación

El anteproyecto prioriza, sin lugar a dudas, la conciliación como medio alternativo al fallo judicial, para la solución del conflicto sometido a la justicia.

Regula dos oportunidades específicas para que el juez intente la conciliación entre las partes, sin perjuicio de la facultad de proponerla en cualquier momento.

Las oportunidades expresamente previstas se encuentran reguladas en los arts. 333 y 355:

El art. 333 dispone que después de admitida la demanda, *o juiz designará audiência de conciliação com antecedência mínima de quinze dias*.

El art. 355, por su parte prescribe; "... *Parágrafo único. Logo após a instalação da audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente de ter ocorrido ou não tentativa anterior*:"

Y en general, en cualquier oportunidad: el art. 107 dentro del capítulo que regula los poderes, deberes y la responsabilidad del juez, en el apartado IV) establece: "*tentar, prioritariamente e a qualquer tempo, compor amigavelmente as partes, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais*".

De los artículos citados pueden extraerse ciertas características que definen el perfil de conciliador del juez en el anteproyecto.

Así por ejemplo, puede entenderse que la conciliación es una facultad discrecional del juez, que puede efectuarse sin asistencia letrada.

- Facultad discrecional del Juez: *O juiz dispensará a audiência de conciliação quando as partes manifestarem expressamente sua disposição contrária ou quando, por outros motivos, constatar que a conciliação é inviável*.

- Sin asistencia letrada: *A eventual ausência do advogado não impede a realização da conciliação*.

Respecto de la no comparecencia del demandado y del actor, se advierte que respecto del actor nada se prevé en cuanto a su inasistencia y si lo hace respecto de la inasistencia del demandado, entendiendo, en este último caso que será considerada una actitud de atenta contra la dignidad de la justicia y pasible de una sanción procesal.

En mi opinión sería importante asegurar también, imponiéndola como una carga, la presencia del actor, ya que la reunión de ambas partes es lo que posibilita el llegar a un acuerdo conciliado. En Uruguay, la conciliación intraprocesal se regula como una de las actividades obligatorias que debe realizar el Juez en el curso de la Audiencia Preliminar, ubicada en el tracto procesal a continuación de los actos de proposición: demanda y contestación.

En esa oportunidad, nuestro sistema procesal civil sanciona gravemente al actor que no comparece a esa audiencia preliminar, con la posibilidad de que se le tenga por desistido de su pretensión, si no acredita, en determinado tiempo, las causas justificadas de su incomparecencia. Y la experiencia nos ha indicado, que esta ha sido la única forma de lograr reunir a las partes con el juez, para intentar conciliar, sin perjuicio de reconocer las objeciones que a esa carga procesal y sus consecuencias, se le ha hecho por parte de la doctrina.

En relación al demandado, las consecuencias de su inasistencia no justificadas pueden importar, en términos generales, la admisión de ciertos hechos alegados por el actor, que nos se encuentran contradichos con la prueba ya aportada al proceso.

De la regulación en el anteproyecto destacan como logros importantes la posibilidad cierta de que la conciliación sea realizada a través de conciliadores o mediadores que naturalmente se capaciten

especialmente a esos efectos. También la regulación profesional para los mismos.

La circunstancia de poder utilizar conciliadores o mediadores, permite soslayar el cuestionamiento que en nuestro País se efectúa respecto de la imparcialidad que pueda verse afectada cuando es el Juez quien participa de conciliador.

Si se destaca, como una debilidad del sistema brasileiro proyectado, las varias razones por las cuales puede prescindirse de la conciliación y la asignación de la tarea a abogados inscritos en perjuicio de otros profesionales.

V) Primeras reflexiones

Se mantiene en el anteproyecto la figura de un juez activo, participativo y no mero espectador.

La regulación de las cargas probatorias dinámicas se ha formulado adecuadamente superando las objeciones que se habían formulado e n torno a la protección del derecho de defensa. Disponerlo por resolución fundada y otorgar al afectado las debidas oportunidades para cumplir con la carga que ahora le es atribuida, es prueba cabal de ello.

La iniciativa del tribunal podría encuadrarse dentro de ciertos límites como la advertencia en resolución fundada de la necesidad de solicitar nuevos medios probatorios, siempre y cuando con ello no se supla la negligencia de las partes en hipótesis de falta de aportación de las mismas.

Finalmente, las diferentes instancias conciliatorias previstas en el anteproyecto demuestran cabalmente que se comparte la tesis de que la composición del conflicto por esa vía sigue siendo una de las mejores alternativas en punto a la satisfacción que se logra en ambas partes.