

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

CRISTINA PASSOS DALEPRANE

PODERES PROBATÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO COLETIVO

VITÓRIA

2012

CRISTINA PASSOS DALEPRANE

PODERES PROBATÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO COLETIVO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo - PPGDIR-UFES, como requisito parcial para obtenção do título de Mestra em Direito Processual Civil.

Orientador: Professor Doutor Manoel Alves Rabelo.

Vitória

2012

CRISTINA PASSOS DALEPRANE

PODERES PROBATÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO COLETIVO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo - PPGDIR - UFES, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestra em Direito Processual Civil, sob a orientação do professor Doutor Manoel Alves Rabelo.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Manoel Alves Rabelo
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux
Universidade Federal do Espírito Santo
(Membro Interno)

Prof. Dr. Samuel Meira Brasil Júnior
Faculdade de Direito de Vitória
(Membro externo)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por conduzir a minha vida e por ter me abençoado com saúde e sabedoria para vencer todos os obstáculos.

Ao meu orientador, professor Dr. Manoel Alves Rabelo, por ter aceitado meu pedido de orientação mesmo diante de tantos compromissos profissionais e por sempre me atender com pontualidade.

Ao professor Dr. Geovany Cardoso Jevaux pela leitura minuciosa e crítica do texto e pelas valiosas observações feitas na banca de qualificação.

Aos professores Dr. Geovany Cardoso Jevaux e Dr. Samuel Meira Brasil Júnior por terem aceitado com cordialidade o convite para compor a banca de defesa.

Aos professores do Mestrado em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo.

À professora Dra. Margareth Vetis Zaganelli pelas preciosas indicações bibliográficas na seara probatória.

Aos meus pais por todo amor, incentivo, paciência e apoio incondicional.

Aos meus avós paternos e maternos. Aos meus tios e primos.

À minha irmã Rose, companheira de todas as horas, por todo apoio e amizade.

Ao Rodrigo, que está presente em todos os momentos da minha vida, me incentivando a seguir em frente, me ajudando; sempre me apoiando com todo seu amor, paciência e companheirismo.

Aos amigos do mestrado, em especial, à Layla, pela companhia de tantas horas dedicadas à pesquisa deste trabalho e pela amizade verdadeira, que dos bancos da sala de aula levo para a vida!

Aos meus amigos de sempre!

Por fim, agradeço a todos que contribuíram para o desfecho deste trabalho. Muito Obrigada!

RESUMO

O presente estudo analisa os poderes probatórios do juiz nas demandas coletivas. Para tanto, analisa os poderes probatórios de forma geral, destacando a posição doutrinária e jurisprudencial, posto que alguns doutrinadores se opõem à concessão de amplos poderes ao magistrado e, na prática, poucos são os operadores do direito que tomam iniciativas probatórias. Examina o instituto da prova a partir do enfoque constitucional e estabelece a interligação entre a prova, o processo e a verdade. Revela a magna relevância do instituto da prova na Ciência Processual Civil contemporânea. Conclama o fortalecimento dos poderes probatórios do juiz nas lides de massa, tendo em vista a relevância social e políticas dessas ações. Demonstra a importância dos princípios processuais e da garantia do contraditório, limitadores do autoritarismo do magistrado. Além disso, à luz do princípio cooperativo, assevera ser a atividade probatória dever das partes e do juiz, fruto do processo dialético. Corroborara que a decisão jurídica racional, aceita pela coletividade por emanar do discurso em contraditório, tem forte relação com a eficiente instrução probatória. Estuda os Códigos Modelos de Processo Coletivo que surgiram para inspirar a criação de um diploma único a reger as lides coletivas. Destaca os poderes de atuação e direção conferidos ao magistrado nas diversas fases do processo coletivo, à guisa de exemplo, na audiência preliminar, na distribuição do encargo probatório, na formação da coisa julgada *secundum eventum probationis* e no manejo do inquérito civil, ante sua utilização como meio de prova extra-autos.

Palavras-Chave: Iniciativa probatória. Processo Cooperativo. Processo. Direito Coletivo.

ABSTRACT

This study analyses the evidentiary powers of the judge in collective demands. It studies the evidentiary powers in general, highlighting the doctrinal and jurisprudential position. It also takes into account the fact that there are scholars who oppose the granting of broad powers to magistrates and in practice few operators of Law are taking evidentiary initiatives. This work examines the institution of proof from the constitutional approach and establishes the link between proof, process and truth. It reveals the utmost relevance of the contemporary Civil Procedure Science. It urges the strengthening of the evidentiary powers of the judge in group rights, with a view to social and political relevance of these actions. It demonstrates the importance of the procedural principles and *Audi alteram partem* as a mechanism to limit the authoritarianism of the magistrate. Moreover, in light of the cooperative principle, it asserts that the evidentiary activity is duty of the parties and the judge, as a result of the dialectical process. It also corroborates that the rational legal decision, accepted by the community for emanating the discourse in adversarial, has an intrinsic relationship with the efficient evidentiary instruction. It discusses the Model Code of Collective Procedure that appeared to inspire the creation of a single statute to govern group rights. It highlights the powers of acting and conducting given to the magistrate in the different phases of the collective process. For example, at the preliminary hearing, the distribution of the evidential burden, in the formation of *res judicata secundum eventum probationis* and management of the civil inquiry, before its use as evidence outside the record.

Keywords: Evidentiary Power. Proof. Cooperative Process. Collective Process. Burden of Proof. Principles. Judge.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIACÕES

Art. - Artigo

CDC - Código de Defesa do Consumidor

Cf. - Conferir

CF - Constituição Federal

CMPC - AG - Código Modelo de Processos Coletivos - Anteprojeto Antônio Gidi.

CMPC - IA - Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Íbero-América.

CMPC - IBDP - Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

CMPC - UERJ/UNESA - Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos UERJ - UNESA, de autoria de Aluizio Gonçalves Castro Filho.

CPC - Código de Processo Civil

LAP - Lei de Ação Popular

LACP - Lei de Ação Civil Pública

MP - Ministério Público

STF - Superior Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

IC - Inquérito Civil

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	9
PARTE I - CONSTITUIÇÃO, PROVA E PROCESSO.....	13
1 CONCEITO E FINALIDADE DA PROVA.....	13
2 A PROVA E O PROCESSO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	17
3 PROVA, PROCESSO E VERDADE	24
PARTE II - ASPECTOS RELACIONADOS À PRODUÇÃO DA PROVA PELO JUIZ: DO PROCESSO INDIVIDUAL AO COLETIVO	32
1 PODER PROBATÓRIO DO JUIZ: CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS	32
2 PODER PROBATÓRIO DO JUIZ E AUTORITARISMO.....	36
3 A ATUAÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO E A PROVA	40
4 PODERES PROBATÓRIOS E PRINCÍPIOS PROCESSUAIS	47
4.1. Princípio dispositivo e o controle da causa de pedir e pedido nas lides coletivas.....	48
4.2. Princípio da imparcialidade	52
4.3. Princípio da igualdade	56
4.4. Princípio da fundamentação das decisões judiciais	59
4.5. Princípio cooperativo	60
4.6. Princípio da comunhão das provas.....	65
5 A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO	67
PARTE III - PODER PROBATÓRIO DO JUIZ E DECISÃO RACIONAL EM HABERMAS: TENTATIVA DE APROXIMAÇÃO	72
1 DECISÃO JUDICIAL CORRETA NA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE JÜRGEN HABERMAS	72
2 A INTERLIGAÇÃO ENTRE O PODER PROBATÓRIO DO JUIZ E A TEORIA DO DISCURSO EM HABERMAS	77
PARTE IV - A PROVA E ATUAÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO COLETIVO	80
1 MICROSSISTEMA DO DIREITO COLETIVO.....	81
1.1 Dos direitos difusos, coletivos e individuais homogênos	89
1.2 Da legitimidade e da representação adequada	93
2 PROVA NO PROCESSO COLETIVO	96

2.1 Código de Processo Civil Coletivo: um modelo para países de direito escrito – Projeto de Antonio Gidi (CMPC-AG)	96
2.2 Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América – (CMPC-IA)	97
2.3 Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – Instituto Brasileiro de Direito Processual (CMPC-IBDP).....	98
2.4 Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – UERJ (CMPC - UERJ - UNESA)	99
3 ATUAÇÃO DO JUIZ NAS FASES DO PROCESSO COLETIVO	101
3.1 Ônus da prova - noções preliminares	101
3.1.1 Novas regras de distribuição do encargo probatório - ônus dinâmico e o projeto do novo Código de Processo Civil.....	107
3.1.2 Caso específico: ônus da prova nos processos coletivos.....	110
3.1.3 O ônus da prova nos anteprojetos de direito coletivo.....	115
3.2 Audiência Preliminar	116
3.3 A validade probatória do inquérito civil.....	121
3.4 Regime da coisa julgada	131
3.4.1 A coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor.....	142
4 CUSTO DA PROVA	145
CONCLUSÕES	147
REFERÊNCIAS.....	156
ANEXOS.....	170

INTRODUÇÃO

A prova é um dos institutos fundamentais da ciência processual civil moderna. É por meio dela que os litigantes corroboram a veracidade das teses jurídicas avançadas perante o Judiciário. É, ainda, elemento decisivo à outorga da tutela jurídica pleiteada, visto que sua ausência ou insuficiência no processo pode sacrificar o direito das partes e o resultado da tutela jurisdicional pretendida.

Como não é dado ao magistrado declinar a prestação jurisdicional (*proibição do non liquet*) ele é instado a tomar iniciativa probatória para melhor retratar os fatos aptos a embasar o livre convencimento motivado.

Nesse particular, o processo é alicerçado sob o enfoque constitucional. Via de consequência, ele tem o condão de atuar os princípios e valores consagrados na Constituição Federal, ante os escopos sociais, políticos e jurídicos que o sustentam. Logo, esse instrumento deve servir de meio eficaz à entrega da pretensão deduzida em juízo pelos litigantes.

O instituto da prova, por conseguinte, exsurge como direito fundamental, inserido na Carta Magna. Disso deflui ser uma garantia conferida aos litigantes para o exercício da ampla defesa, que deve ser efetivada por meio do processo.

Com efeito, o processo é um conjunto ordenado de atos que assume o formato necessário à efetivar as garantias constitucionais dos litigantes, entre as quais destaca-se o direito constitucional à prova. É inegável que há uma relação intrínseca entre a prova e o processo. Este é o instrumento estatal de resolução de conflitos e aquela o meio utilizado para formar o convencimento do juiz.

Assim, a atividade probatória não é exclusiva das partes, mas decorre da cooperação entre o autor, o réu e o juiz, posto que o magistrado, no atual estágio de desenvolvimento do processo, não é somente a boca que pronuncia a lei, pelo contrário, ele é instado a imprimir esforços para responder satisfatoriamente às pretensões de direito deduzidas pelos litigantes.

Tendo por base as considerações expendidas nas linhas anteriores, a presente pesquisa tem o objetivo geral de analisar os poderes probatórios do juiz, vislumbrando aplicar este estudo no caso particular: *a tutela de direitos metaindividuais*. Além disso, almejamos justificar a nossa escolha pela posição doutrinária que defende uma atuação mais ativa do

magistrado na instrução probatória, motivo esse que nos convidou a debruçar esforços para o desenvolvimento do tema proposto.

Como é cediço, o Processo Civil é vocacionado a tutelar os direitos individuais. Isso implica afirmar que ao ser chamado a tutelar situações que deparam a esfera individual, ele carece de instrumentos adequados. O mesmo ocorre em se tratando de prova. Como não há legislação probatória específica *da tutela coletiva*, aplica-se a mesma sistemática prevista no Código de Processo Civil (CPC).

Nesse prisma, obtempera-se que o objetivo específico da pesquisa que segue é examinar os poderes do juiz nas demandas coletivas, ante as funções sociais e políticas que elas representam no tocante ao implemento do acesso à justiça, e na diminuição de julgamentos contraditórios.

Com o propósito de melhor desenvolver o tema, o trabalho cinge-se em quatro partes.

Na primeira parte do trabalho analisamos a relevância do instituto da prova, por assumir, nos dias atuais, ponto de destaque na sistemática processual. Para tanto, serão estudados, a partir da melhor doutrina, os conceitos do instituto, relevando sua finalidade precípua: servir de base ao convencimento do juiz. Em seguida, iremos expor a interligação entre a prova, a verdade e o processo.

Na segunda parte do trabalho apresentamos os poderes probatórios do juiz, à luz dos princípios processuais e das garantias constitucionais. Expomos que instrução processual é resultado do processo cooperativo, pois o autor, o réu e o juiz trabalham juntos na produção da prova.

Na terceira parte do trabalho destacamos a estreita ligação entre a teoria do discurso em Habermas e o processo de resultados justos. Vislumbramos, com este estudo, convencer o leitor de que o provimento jurisdicional final é fruto da participação dos litigantes por meio do diálogo institucionalizado. Conseqüentemente, o *discurso* produzido no transcorrer processual será legítimo se convencer às partes de que foi garantido o exercício do contraditório, da ampla defesa e com adequada instrução probatória. E a decisão jurisdicional correta, terá elevado grau de aceitabilidade se for justificada com boas razões.

Na quarta parte do trabalho cuida-se de examinar a atuação do magistrado em pontos específicos do processo coletivo. À guisa de ilustração, expomos a necessidade de reativar a audiência preliminar; os problemas referentes às regras sobre o ônus da prova; o manejo do inquérito civil como meio de prova; o instituto da coisa julgada *secundum eventum*

probationis e custo da prova. Nesse ponto, vários problemas exsurtem. Em vista disso sugerimos as possíveis soluções.

Não obstante, antes de adentrar nas fases do processo coletivo, apresentamos os principais conceitos das modalidades de direitos coletivos, da legitimidade e da adequação.

Em seguida, examinamos as regras de distribuição do ônus da prova, a partir sistemática contida no artigo 333 do CPC. Não obstante, concluímos que a regra clássica da divisão do encargo probatório não serve a tutelar as demandas coletivas. Nesse passo, a distribuição dinâmica atende adequadamente os ideais de processo justo.

Nesse momento, importa trazer à colação a discussão referente à positivação da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo Projeto do novo Código de Processo Civil e, também, as soluções preconizadas pelos projetos que prevêem uma codificação da legislação coletiva. Entendemos ser a regra dinâmica a que mais se relaciona à matriz principiológica e aos fins colimados pela tutela coletiva.

Prosseguindo, averiguamos a sistemática da coisa julgada *secundum eventum probationis* (insuficiência de provas e prova nova), instituto singular nas lides coletivas e sua interligação aos poderes probatórios do juiz. Sugerimos que o juiz deve tomar iniciativa probatória, em vez de julgar pela improcedência.

Nesse viés, nos posicionamos no sentido de que a atuação do magistrado deverá ser ativa nas lides de massa, visto que o atual perfil da jurisdição e do magistrado que a exerce exige que a entrega da tutela seja justa e efetiva. E, assim, nas lides coletivas deve-se flexibilizar a técnica e ampliar os poderes do juiz, especificamente, sobre o tema de prova.

Na última parte do trabalho concluímos que em cada fase do processo coletivo, o juiz atua cooperativamente, com o fim precípua de possibilitar a prestação jurisdicional efetiva que tem o justo como valor primordial.

Diante das razões expendidas nas linhas anteriores, os poderes probatórios do juiz são um instrumento da técnica processual, que permite ao juiz tomar iniciativa probatória nos casos em que a prova estiver insuficiente.

Assim, no direito brasileiro não há legislação específica sobre a sistemática probatória aplicada aos direitos supraindividuais. Isso posto, torna-se imperioso afirmar a necessidade de adaptar as técnicas processuais existentes às novas exigências advindas da tutela coletiva.

Assim, aplica-se ao processo coletivo, desde que observadas suas particularidades e princípios, as regras probatórias positivadas no CPC.

Os Códigos Modelos de Processo Coletivo também serão objetos de estudo. Como retratamos no tópico específico, eles repetem as previsões legais tocantes à sistemática probatória, com algumas particularidades, da forma como insertas no CPC.

Para melhor desenvolver o tema proposto, registra-se que adotamos o método dedutivo: partimos de premissas gerais, entre as quais destacamos o direito constitucional à prova; a estreita ligação entre a prova e a verdade e o processo, com o propósito de chegarmos a seguinte conclusão: à iniciativa probatória do juiz nas demandas coletivas assume magna relevância para efetivar o ideal de processo justo e efetivo, apto a outorgar a esmerada prestação jurisdicional: justa e efetiva.

PARTE I - CONSTITUIÇÃO, PROVA E PROCESSO

1 CONCEITO E FINALIDADE DA PROVA

Comumente o termo prova liga-se à reconstrução dos fatos. Por meio dela os sujeitos do processo demonstram dados importantes à resolução da causa, almejando obter julgamento favorável. Logo, provar significa dar conhecimento de um fato com o fito de formar a convicção do juiz. Via de regra, cabe às partes trazê-la ao processo, observando-se certas limitações estabelecidas na Constituição.

Inicialmente cabe frisar: a prova liga-se à descoberta da verdade, àquilo que atesta a veracidade ou autenticidade de alguma coisa. Sua função é essencial, razão pela qual a investigação dos fatos ocupa quase a totalidade do procedimento e regras que disciplinam o tema, nos diversos códigos processuais. Contudo, a envergadura do tema exige um aprofundamento teórico.

Giovanni Verde¹ acentua que no processo as regras sobre prova não regulam apenas os meios de que o juiz se serve para “descobrir a verdade”, mas também traçam limites à atividade probatória, tornando inadmissíveis certos meios de prova, resguardando outros interesses (como a intimidade, o silêncio) ou, ainda, condicionando a eficácia do meio probatório à adoção de certas formalidades (instrumento público). Assim, pode-se inferir que o objetivo do direito não é buscar a verdade a qualquer custo.

James Goldschmidt entende ser a “produção das provas tarefa das partes destinada a convencer o juiz da verdade de um fato afirmado”. Complementa dizendo ser consequência do princípio dispositivo².

Como pontifica Giovanni Verde³, a prova é qualquer instrumento capaz de trazer ao presente fatos do passado. Ela permite ao juiz verificar a ocorrência dos fatos relevantes no processo, enfim, é expressão do direito de defesa, constitucionalmente previsto também na Itália, onde o processo civil é construído de modo a privilegiar a certeza nas relações jurídicas.

¹VERDE, Giovanni. Prova (diritto procesuale civile). **Enciclopédia del diritto**, s.d, 37 v, p. 590.

²GOLDSCHIMIDT, James. **Processual Civil**. Tradução de **Direito** Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseeler, 2003, 2 v, p. 12.

³VERDE, Giovanni. **Profili del processo civile**. 3. ed. Napoli: Jovene, 2006, p. 71-73.

Couture⁴ ensina que em "sua acepção comum, a prova é a ação e o efeito de provar; e provar é demonstrar de algum modo a certeza de um direito ou a verdade de uma afirmação". Arruda Alvim⁵ conceitua prova, dizendo consistir esta naqueles meios definidos pelo direito ou contidos por compreensão num sistema jurídico (cf. arts. 332 e 366), como idôneos a convencer (*prova como 'resultado'*) o juiz da ocorrência de determinados fatos, isto é, da verdade de determinados fatos, os quais vieram ao processo em decorrência de atividade principalmente dos litigantes (*prova como 'atividade'*).

Consoante Moacyr Amaral Santos⁶, prova "é a verdade resultante das manifestações dos elementos probatórios, decorrente do exame, da estimação e ponderação desses elementos; é a verdade que nasce da avaliação, pelo juiz, dos elementos probatórios". Pondera o mesmo autor que a afirmação do juiz sobre os fatos deve corresponder à verdade, o que enaltece a relevância da atividade probatória. Além disso, "a exigência da verdade, quanto à existência, ou inexistência, dos fatos, se converte na existência da prova destes"⁷. Aqui reside o conceito de prova como investigação, demonstração, apuração, exibição de dados, enfim, ela é "tudo" que possa formar a convicção do juiz.

Em sentido comum, a prova serve à demonstração da verdade. Em sentido jurídico, pode ser ato de provar como, por exemplo, aquele que alega um fato tem o ônus de prová-lo; pode ser meio, como, por exemplo, a testemunha, perícia, documento; e por fim, o resultado dos atos e meios utilizados para convencer o juiz.⁸

A propósito Michele Taruffo⁹ revela que há séculos o instrumento de que as partes se servem para demonstrar a veracidade de suas afirmações e o juiz para decidir sobre a verdade ou não de um fato se encontra na prova. Em termos gerais, enfatiza: ela pode ser qualquer instrumento, método, coisa ou circunstância útil para resolver as incertezas e proporcionar ao juiz meios para auferir a verdade ou falsidade de uma alegação. Além disso, pode ser

⁴ COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 215. No texto original do autor: "En su acepción común, la prueba es la acción y el efecto de probar; y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación".

⁵ ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, 2 v, p. 399.

⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, 4 v, p. 11.

⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, 2 v, p. 326-327.

⁸ DIDIER JR. Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, 2 v, p. 42.

⁹ TARUFFO, Michele. Considerações sobre prueba y verdad. Derechos y Libertades. **Revista del Instituto Bartolomé de Lás Casas**. Año VII, n. 11, p. 114, Enero/Dic, 2002.

admissível qualquer prova, típica ou atípica, desde que traga informações úteis à decisão, sendo inadmissível somente aquelas em virtude de alguma determinação legal, como ocorre com a prova ilícita.

Em continuidade, Taruffo explica que existem duas concepções do termo “prova”. De acordo com a primeira, a prova serve para trazer aos autos informações sobre os fatos da vida, ou melhor, sobre as alegações de direito deduzidas em juízo. Para a segunda, a prova é um instrumento de persuasão racional, pois é o meio pelo qual se utiliza para convencer o juiz.¹⁰

Nesse ponto, cabe frisar que a prova tem por base as duas concepções acima descritas, pois objetiva, além de levar ao juiz o conhecimento dos fatos da vida, convencê-lo acerca da veracidade das alegações. Assim, na prática, as funções cognoscitiva e persuasiva se entrelaçam de diferentes maneiras, de modo a dificultar a distinção entre ambas. Pensando nisso, Danilo Knijnik¹¹ alerta que os modelos de prova ora “pendem para uma dimensão demonstrativa, ora para uma persuasiva, conforme as necessidades”, e não há antinomia entre essas concepções posto que elas se complementam.

No escólio de Francesco Carnelutti¹² provar “significa uma atividade do espírito dirigida à verificação de um juízo”, ou seja, é a atividade pela qual os litigantes demonstram suas alegações. Ademais, “Prova, como substantivo de provar é, pois, o procedimento dirigido a tal verificação”. Nesse ponto, infere-se que o direito não cumpriria o seu objetivo, ou seja, não seria aplicado adequadamente caso não fosse permitido às partes exercerem o direito de provar. Por isso, entende-se que o ato de provar é o processo legal de aquisição da prova.

Nesse sentido, insta registrar que o direito das partes à proposição da prova é uma faculdade de indicar e requerer ao juiz os meios que entender necessários para esclarecer e demonstrar as próprias alegações e, como consequência, defender-se em juízo. Taruffo alerta que “o juiz deve obter conclusões racionalmente fundamentadas a partir dos elementos de prova de que dispõe para alcançar a decisão justa”¹³. Nesse ponto, destaca-se a importância

¹⁰ TARUFFO, 2002, p. 117, nota 9.

¹¹ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 11.

¹² CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito procesal civil**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, p. 495.

¹³ TARUFFO, op. cit., p. 118, nota 9.

que ela assume no processo. Ainda, sua função é servir como peça de argumentação no diálogo judicial, elemento de convencimento do Estado-jurisdição¹⁴.

Como é impossível demonstrar a veracidade dos fatos em sua inteireza, a prova é um instrumento destinado a convencer o juiz dos fatos alegados, é uma forma de reproduzir, no processo, os fatos relevantes ao deslinde da causa, observando-se a sistemática processual vigente, o procedimento correto, enfim, a atividade de instrução.

Marinoni e Arenhart tecem algumas críticas aos conceitos de prova, enfatizando que a maioria deles volta-se ao passado na tentativa de reconstruir fatos. Não obstante é impossível restabelecer os fatos pretéritos, já que jamais se conseguirá extirpar toda dúvida acerca da ocorrência ou inoocorrência do fato. A verdade enquanto essência do objeto jamais será atingida, ante a impossibilidade de se recuperar o que já passou. Concluem os mesmos autores: a atividade probatória assume diferentes nuances e pode resumir-se em um aspecto argumentativo-retórico, apto a justificar a escolha de uma das teses apresentadas pelas partes no processo. Consequentemente, aqueles autores definem como “todo meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”.¹⁵

Não se pode pensar que por essa definição estaria a prova perdendo seu referencial com a verdade. A busca da certeza possível sempre será uma meta do juiz na perquirição de argumentos de direito constantes no processo. Então, esse ideal não pode ser abandonado. Em contrapartida, é necessário ter em vista suas limitações, o que certamente conduzirá à impossibilidade de eternização da produção probatória para um utópico encontro da verdade¹⁶. A finalidade do ato de *provar*, por suposto, é retratar da melhor forma possível os fatos da vida, servindo de base ao convencimento do magistrado.

Na mesma linha de raciocínio de Juan Montero Aroca¹⁷ entendemos que a prova desempenha no processo diversas finalidades, e uma vez afastado o mito da busca da verdade metafísica, ela assume a função de elucidar os pontos controvertidos com o propósito de convencer o juiz da veracidade das alegações das partes.

¹⁴MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010, p. 51.

¹⁵MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 264.

¹⁶MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 265.

¹⁷MONTERO AROCA, Juan. **La Prueba en el Proceso Civil**. 3 ed. Madrid: Civitas, 2002, p. 38-39.

Pelas razões expendidas até aqui, sem sombra de dúvidas, a prova é o nó fundamental do processo, vez que a justa composição da lide somente será alcançada se houver a correta instrução probatória.

2 A PROVA E O PROCESSO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O direito Processual Civil relaciona-se a outros ramos do direito para formar uma unidade. Com efeito, dentre os diversos ramos do direito destaca-se o constitucional, posto que representa a “unidade”, o centro de onde os outros ramos do direito adquirem a sua jurisdição¹⁸. Assim, o Código de Processo Civil e as leis extravagantes processuais “regulamentam a garantia constitucional de justiça contida na Constituição”.¹⁹ Enfim, o Estado Constitucional de direito permite a execução dos direitos e garantias previstas como norma universal e o processo deve “fazer atuar os princípios e valores consagrados na Constituição”²⁰.

Como se vê a Carta Magna traz em seu bojo “regras, princípios, direitos fundamentais e justiça como elementos mínimos”, que devem garantir a prestação jurisdicional. Logo, o processo depende dessa matriz.

Nesse particular, “se a Constituição fala em igualdade formal e substancial, não pode o processo determinar privilégios que atentem contra a igualdade”. Conclui-se, portanto, que o estudo das relações entre processo e constituição “revela-se como o caminho que deverá permitir o reconhecimento no processo, não somente de um instrumento de justiça, mas também um instrumento de liberdade”.²¹

Sob esse prisma, o processo é indissociável das garantias constitucionais conferidas às partes, tanto para a tutela individual quanto coletiva de direitos, visto que ele é instrumento para garantir o justo, por meio do devido processo legal. Nesse viés, o devido Processo Constitucional é o modelo de processo constitucionalizado com todas as garantias necessárias

¹⁸ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional: o Modelo Constitucional de Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 4.

¹⁹COUTURE, Eduardo Juan. **Las garantías constitucionales del proceso civil**. In: Estudos de derecho procesal civil. 3 ed. Buenos Aires, Depalma, 1988, 1 v, p. 17-67.

²⁰LOPES, Maria Elizabeth de Castro; LOPES, João Batista. Princípio da Efetividade. In: LOPES, Maria Elizabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de. **Princípios Processuais Cíveis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 241.

²¹ZANETI JÚNIOR, op. cit., p. 4, nota 18.

à eficácia daquele instrumento. Cabe frisar: deve-se enxergar o processo sob um ângulo constitucional: “considerando toda interferência da Constituição nas noções de jurisdição, ação e processo”, com exigência de “correção formal e justiça substancial”²².

Nesse viés, com a Constituição de 1988 o direito Processual Civil brasileiro constitucionalizou-se em definitivo. Disso defluiu a constitucionalização de princípios processuais, como a garantia do contraditório, ampla defesa, isonomia, juiz natural, entre outros, como espaço de abertura para a percepção de um processo civil comprometido com a efetivação das garantias fundamentais e com o “[...] aprofundamento da democracia participativa, constituindo-se o Poder Judiciário como espaço privilegiado para o debate democrático [...]”²³.

E, por certo, “[...] todos os temas fundamentais do direito processual civil só podem ser construídos a partir da Constituição [...]” posto que, o primeiro contato com a ciência do processo civil se dá no plano constitucional²⁴. A respeito dessa consideração insta registrar: não se trata de saber os temas de direito processual civil contidos na Constituição, muito mais que isso, urge “aplicar as diretamente as diretrizes constitucionais com vistas à obtenção das fruições públicas resultantes da atuação do Estado, inclusive no exercício da função jurisdicional”²⁵. Portanto, o “[...] modelo constitucional de direito processual civil tem o condão de mostrar-se o norte interpretativo seguro”²⁶ para o funcionamento do sistema jurídico.

Pertinente trazer à colação o entendimento do mestre espanhol Joan Picó I Junoy²⁷:

Como advertimos, a partir da nova perspectiva pós-constitucional, o problema do processo não refere-se apenas ao seu “ser”, isto é, a sua concreta organização embasada nas leis processuais, mas também ao seu “dever de ser”, ou seja, a congruência de sua disciplina positiva com as disposições constitucionais.

²² ZANETI JÚNIOR, 2007, p. 6, nota 18

²³ Ibid., p. 56-57, nota 18.

²⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. O “Modelo Constitucional do direito Processual Civil. In: GONZAGA JAYME, Fernando; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Org.). **Processo Civil: Novas tendências: homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.157-166.

²⁵ BUENO, op. cit., p. 157-166, nota 24.

²⁶ Ibid., p. 157-166, nota 24.

²⁷ PICÓ I JUNOY, Joan. **Las garantías constitucionales del proceso**. 3. Reimpresão. Barcelona: Bosch, 2002, p. 39. Nas palavras originais do autor: “Como hemos tenido ocasión de advertir, bajo la nueva perspectiva post-constitucional el problema del proceso no solo hace referencia a su *ser*, es decir, a su concreta organización según las leyes de enjuiciamiento, sino también a su *deber ser*, es decir, a la conformidad de su regulación positiva con las previsiones constitucionales”.

Nesse contexto, o processo não é tão somente um “instrumento” por meio do qual se busca uma resposta do Judiciário. Em posição diametralmente oposta, ele tem o condão de prestar a tutela jurídica justa e efetiva para fazer atuar os princípios consagrados na Constituição. À toda evidência, o direito de provar está intrinsecamente ligado ao devido processo constitucional, que tem como corolário a efetividade. Nesse ponto, o que se entende por efetividade?

Como está inserto na Constituição Federal, no art. 5º, inciso XXXV, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Como se vê, a interpretação sistêmica do dispositivo em comento implica não apenas no direito de ajuizar a demanda, mas também, indubitavelmente, na garantia de tutela jurisdicional qualificada e efetiva. À toda evidência, a efetividade do processo é um instrumento de realização da justiça²⁸.

Luís Roberto Barroso²⁹ define “efetividade” como:

[...] a realização do direito, o desempenho concreto e sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

Por certo, as garantias constitucionais do processo asseguram mecanismos adequados à solução das controvérsias, garantias essas de meio e resultado. Ao lado das técnicas processuais, o princípio da efetividade da tutela jurisdicional “constitui um elemento essencial do Estado de Direito³⁰” e implica o efetivo acesso a um resultado útil.

Nessa mesma linha de ideias, a prova e o princípio da efetividade interlaçam-se com o fito de cumprirem o escopo da pacificação social do processo. Para tanto, urge conhecer e superar os óbices econômicos e jurídicos que se antepõem ao acesso à justiça³¹.

Nesse sentido, *Chivenda*³² pontua: “[...] o processo deve dar, no limite do praticamente possível, a quem tenha um direito, tudo aquilo e precisamente aquilo que faz jus”, e não um simples sucedâneo.

²⁸CRUZ E TUCCI, José Rogério. Duração razoável do processo (art. 5, LXXVIII, da Constituição Federal). In: GONZAGA JAYME, Fernando; FÁRIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (org.). **Processo Civil: Novas tendências: homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 432.

²⁹BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 220.

³⁰BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da amplitude de produção probatória. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). **Garantias constitucionais no processo civil**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999, p. 159.

³¹CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: editora Malheiros, 2005, p. 43.

Via de regra, o sistema processual deve assegurar às partes o direito de participação na formação do convencimento do juiz. Isso implica, evidentemente, a produção das provas destinadas a demonstração dos fatos controvertidos, ante a constatação do direito à prova ser “componente inafastável do princípio do contraditório e do direito de defesa.”³³

Nesse íterim, partindo da vinculação entre processo e Constituição, destaca-se o direito à prova que, na lição de Eduardo Cambi, é direito fundamental compreendido nas ideias de acesso à justiça, devido processo legal, contraditório e ampla defesa (Art. 5º, XXXV, LIV e LV da CF/1988) e da regra contida no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, que acolhe outros direitos fundamentais não explícitos em seu texto³⁴. Logo, na carta Magna há direitos implícitos e explícitos, decorrentes dos princípios por ela adotados e de tratados internacionais cujas normas forem incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro.

Explicitamente, o direito de provar está previsto em dois tratados internacionais recepcionados em nosso sistema jurídico: a Convenção Americana de direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), incorporada pelo decreto 678/67, no artigo 8º, e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, artigo 14, incorporado pelo Decreto 592/92.

O artigo 8.1 da Convenção americana de direitos humanos assim dispõe que:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

O artigo 8.2, do mesmo tratado internacional, por sua vez, assegura o direito provar, ao dispor que:

³²CHIOVENDA, Giuseppe. Dell'azione nascente dal contratto preliminare. **Saggi di diritto processuale civile**. Roma, 1930, p. 110. Nos originais do autor: Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha um diritto tutto quello e proprio quello che'egli ha diritto di conseguiri.

³³ BEDAQUE, 1999, p. 168, nota 30.

³⁴ CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006, p. 18.

Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:[...] concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;[...] direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.

Nessa senda, o direito à prova, garantia constitucional, é instrumento que permite o acesso à ordem jurídica justa e à legitimidade da tutela jurisdicional³⁵. Representa a garantia da ação, defesa e contraditório, por meio da qual os litigantes influem na decisão final, utilizando-se de todos os meios legais. Esse direito consubstancia-se em alegar e provar a veracidade ou não das alegações, com o fito de tornar justa a decisão, que dependerá da adequada instrução probatória.

Nesta senda, o acesso à ordem jurídica constitucional é direito fundamental de todos os cidadãos, posto que vive-se sob a égide do Estado Democrático de Direito.³⁶ Sendo assim, deve o Estado garantir a prestação jurisdicional, que não se restringe à mera possibilidade de ajuizamento da ação, mas antes de tudo, estende-se ao direito de provar as alegações em juízo como o fito de convencer o juiz e obter provimento final satisfatório. Além disso, a norma constitucional garante o acesso à justiça para tutela dos direitos individuais e coletivos e, para tanto, a tutela deve ser efetiva e deve “[...] respeitar as posições subjetivas das partes como direito fundamental na participação e formação da decisão³⁷”.

Tendo em vista a consagração do Poder Judiciário como órgão legitimado a resolver os conflitos de interesse por meio da aplicação do direito ao caso concreto, infere-se a exigência de um procedimento justo e adequado ao cumprimento desse mister, que represente a conformação jurídica do procedimento e do processo à Constituição.³⁸

Consoante Daniel Mitidiero, o processo no Estado Constitucional deve ser pensado na teoria dos direitos fundamentais. Nesse particular, o direito fundamental à tutela jurisdicional implica o direito à organização de procedimentos adequados para tutelar as mais diversas situações.³⁹

³⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 31.

³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 336-338.

³⁷ ZANETI JÚNIOR, 2007, p. 10-11, nota 18.

³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 274.

³⁹ MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 89-90.

Parece-nos clarividente: as técnicas processuais têm o fim precípua de efetivar a tutela jurisdicional, posto que não basta conferir ao cidadão o direito de ajuizar ação, mas sim, urge a prestação da jurisdição eficiente, justa, por meio do processo sem formalismos excessivos.

Não obstante seja reconhecido o direito de pleitear a solução de conflitos no Judiciário, vários obstáculos se impõem entres os litigantes que, na maioria das vezes, não possuem condições de lutar com paridade de armas. À guisa de ilustração, menciona-se as dificuldades dos litigantes provarem suas alegações, o que autoriza o juiz ter iniciativa probatória, como será discutido nos próximos capítulos.

A Constituição da República Federativa do Brasil assegura o devido processo legal, pois ninguém poderá ser sentenciado sem ser ouvido. Essa garantia abrange o direito de ação, ampla defesa e contraditório. Por conseguinte, a expressão *due process of law* contempla, por exemplo, as garantias do juiz natural e imparcial, o direito de ser citado, intimado, e de se manifestar no processo, enfim, o direito de alegar e produzir todas as provas necessárias e admissíveis, aptas a influir no convencimento do magistrado.

Pelas razões expendidas até aqui, concluímos que a instrução probatória é direito fundamental de todos que desejam acessar o Judiciário para resolver as crises de incertezas. Consequentemente, provar está intimamente ligado ao direito de ação, defesa e “[...] à possibilidade de assegurar às partes ampla participação na formação do convencimento do juiz, o que implica a produção das provas destinadas à demonstração dos fatos controvertidos”.⁴⁰

A constitucionalização do processo ampliou o leque de garantias dos litigantes. Nesse contexto, a atividade probatória se apresenta como um dos pilares para se atingir o ideal de justiça, por meio da atividade jurisdicional efetiva, tanto nas lides individuais quanto coletivas.

Nessa linha de ideias, contraditório efetivo e defesa ampla compreendem o poder conferido à parte de se valer de todos os meios de prova possíveis e adequados à reconstrução dos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos do seu direito. Isso posto, o direito à proposição de provas é a faculdade de indicar e requerer ao juiz os meios de prova

⁴⁰BEDAQUE. José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 23.

que entender necessários aos esclarecimentos de fatos alegados como fundamento para agir e se defender em juízo.⁴¹

Por outro lado, cabe frisar: esse direito não é absoluto. Há algumas limitações protetoras de outros valores também consagrados constitucionalmente, à guisa de ilustração, a honra, a imagem, a privacidade. Em vista disso, via de regra, proíbe-se o manejo de material probatório ilícito (vedação da utilização de violência física ou coação para obter a confissão, suborno da testemunha ou perito, entre outros).

Apesar disso, a regra prevista no artigo 332⁴² do Código de Processo Civil consiste no direito da parte se valer de qualquer fonte ou meio de prova, desde que legal e moralmente legítimo, pertinente e relevante para a demonstração dos fatos alegados como fundamento das pretensões.

Nesse viés, o direito de provar não é absoluto. A Constituição Federal veda provas obtidas por meio ilícito. Em contrapartida, há que se perquirir o equilíbrio entre o direito à prova e a razoável duração do processo, sendo considerada inútil uma diligência quando destoante do objeto de prova e, protelatória quando o intuito do manejo desse meio é tão somente retardar o curso do processo.

Cândido Rangel Dinamarco⁴³ pondera que a prova é o conjunto de oportunidades oferecidas à parte pela constituição e pela lei para demonstrar no processo a veracidade do que afirma em relação aos fatos relevantes para julgamento, do que se retira sua imprescindibilidade à concretização da ampla defesa.

Como pondera Eduardo Cambi, “o primeiro desdobramento do direito à prova é relativo à possibilidade de deduzir todas as provas que sirvam para demonstrar as próprias alegações”⁴⁴. Ela serve como meio de cognição para o juiz buscar os fatos que ocorreram e, ainda, legitima o exercício do poder jurisdicional, quando propicia, pelo desenrolar processual, a entrega da tutela pretendida. Desse modo, é preciso que o sistema probatório esteja voltado à busca da verdade e à concretização do acesso à justiça.

⁴¹GRINOVER, Ada Pellegrini. **O direito à prova e a garantia do duplo grau de jurisdição. O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 30.

⁴²Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

⁴³DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito Processual civil**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 46-47.

⁴⁴CAMBI, 2006, p.19.

Essa verdade pode ser definida como o juízo final que o magistrado fará, traçando um paralelo entre o que foi alegado pela parte e o que restou demonstrado após a fase cognitiva. Nesse sentido, Carnelutti informa que as provas são meios de busca da verdade⁴⁵. O mesmo autor obtempera ser essencial a colaboração dos sujeitos, no procedimento decisório, representados pelas partes e pelo juiz, que desde o início devem preocupar-se com a preparação do julgamento a ser realizado⁴⁶.

Destarte, o direito à prova se manifesta com a possibilidade de as partes se socorrerem de qualquer meio probatório, desde que legal e moralmente legítimo, como por exemplo, a utilização das provas produzidas no bojo do inquérito civil. À toda evidência sua produção é necessária para determinar os limites da demanda e fixar o *thema probandum*.

Por derradeiro, toda pessoa que é parte no processo tem o direito à prova. E parte são todos os destinatários dos efeitos do provimento jurisdicional final. Desse modo, a titularidade daquele direito não se restringe aos sujeitos ativo, passivo e aos litisconsortes, mas também abrange terceiros, desde que tenham interesse na obtenção de pronunciamento favorável, como os assistentes ou auxiliares das partes (art. 52 do CPC). E o juiz como destinatário da prova, poderá dar início à sua produção.⁴⁷

3 PROVA, PROCESSO E VERDADE

A prova é o instituto mais importante do processo. Para conceder ou negar a tutela jurisdicional pleiteada o juiz se vale dos fatos alegados pelas partes e demonstrados por meio da prova constante dos autos e raros são os casos que se resolvem à luz de puras questões de direito.⁴⁸

É a partir da prova que se chega mais próximo da verdade. Sua ausência ou insuficiência pode levar o juiz a proferir julgamento distante da realidade e incapaz de cumprir o escopo processual de prestar tutela justa e efetiva, pois não se pode admitir

⁴⁵ Desde el punto de vista del fin lãs pruebas son médios de búsqueda de la verdad: desde el del resultado, son médios para la fijación de los hechos (La prueba civil. p. 223).

⁴⁶ CAMBI, op. cit.; p. 2.

⁴⁷ BEDAQUE, 2009, p. 21, nota 40.

⁴⁸ Ibid., p.1, nota 40.

aplicação do direito substancial a fatos não provados⁴⁹, sob pena de o processo se tornar inútil. Assim, ela é instrumento para formar a convicção do juiz.⁵⁰

Cabe frisar, como foi dito antes, que o acesso efetivo aos meios probatórios é direito fundamental compreendido na garantia de acesso à justiça, devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5.º, XXXV, LIV e LV da Constituição Federal do Brasil de 1988).

Sob essa ótica, ela deve ser o resultado do processo cooperativo, como será desenvolvido com profundidade no tópico posterior. Pode-se dizer que, enxergando-se o processo sob um ângulo publicista, que não visa somente entregar a tutela por meio do provimento final, serão amplos os poderes do magistrado em matéria de prova.

Em contrapartida, a mera concessão de poder de agir de ofício não é suficiente para atender seu propósito: buscar condições para melhor proferir um julgamento justo. Essa prerrogativa deve ser exercida pelo magistrado, sob pena de tornar letra morta o artigo de lei.

O processo é um instrumento para a consecução dos fins do Estado (atuação da vontade concreta do direito objetivo para a eliminação de controvérsias e pacificação social). É constituído por uma seqüência de atos materiais, realizados conjuntamente entre as partes e o juiz.

A Constituição assegura aos jurisdicionados o processo com *resultado justo* para correta solução dos conflitos. Logo, a atuação do direito substancial é o escopo do processo, e para que este atinja sua finalidade, primordial a reprodução dos fatos essenciais ao deslinde da causa, que será feita por meio da prova.

Nesse ponto relevante se faz transcrever as considerações do autor Samuel Meira Brasil Júnior⁵¹: “O princípio do resultado justo deve ser considerado pelo intérprete em todo e qualquer provimento judicial. Sempre que for prestar a tutela jurisdicional, o juiz deverá indagar se o resultado produzido é justo e equo”.

⁴⁹ BEDAQUE, 2009, p. 13, nota 40.

⁵⁰ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 357, nota 31.

⁵¹ JÚNIOR, Samuel Meira Brasil. **Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 148. Consoante o autor: “Considerando que o resultado justo é um ideal que pode ser atingido em graus, modalizando deonticamente como obrigatório, vemos uma nítida natureza principiológica neste fenômeno processual (p. 148)”.

Ainda nessa linha de raciocínio, a constitucionalização das garantias e princípios que estruturam o processo civil implica a efetivação do direito ao processo justo, que significa garantia de meios e resultados.⁵²

Em outras palavras, sob uma visão publicista, a finalidade do processo é realizar a pacificação social e, ao fim da instrução, prestar tutela jurídica adequada por meio da prolação de uma sentença justa. E para a aplicação correta da vontade concreta da lei os fatos devem estar elucidados⁵³.

Não se pode olvidar que o processo é uma relação jurídica em contraditório, como garantia democrática de participação dos sujeitos na formação da decisão judicial, por meio da influência que possam exercer. Como “procedimento em contraditório” é jungido de valores constitucionais e garantias processuais mínimas, que configuram o devido processo legal (art. 5º, LIV), e através dele se estará a construir uma sociedade livre, justa e solidária, fundada na cidadania e dignidade da pessoa humana.⁵⁴

Não restam dúvidas de que há relação entre os poderes do juiz e os fins daquele instrumento: o juiz pode determinar a produção da prova que entender necessária para proferir decisão mais próxima da realidade e realizar a pacificação social, concedendo a tutela jurisdicional efetiva. Em contrapartida, esse poder é limitado pelas garantias processuais das partes, a fim de que não se confunda autoritarismo com efetividade.

Nesse particular, impende às partes demonstrar os fatos que lhe favoreçam, utilizando-se de todos os meios de prova admitidos em direito. Não obstante, no atual estágio de desenvolvimento da sociedade o magistrado não deve ser inerte, mas sim, deve estimular e garantir a participação em contraditório. Ele não deve ser omissivo quanto ao resultado, mas atuar para que o resultado do processo seja satisfatório, e quanto maior sua convicção acerca dos fatos, maiores as chances de proferir decisão mais próxima da realidade. A atividade instrutória oficial é justificada nesse sentido: quanto melhor os fatos estiverem representados nos autos, maior a possibilidade de um provimento justo.⁵⁵

⁵²CAMBI, Eduardo. Litisconsórcio ativo entre Ministério Público da União e dos Estados- Ação civil pública ambiental- Observância, pelo juiz federal, do princípio do promotor natural. In: MEDINA, José Miguel Garcia de (org). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 594.

⁵³GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide. **Revista do processo**, São Paulo, ano 31, n. 141, p. 130, 2006.

⁵⁴MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 144-145.

⁵⁵BEDAQUE, 2009, p. 70-71, nota 40.

Nesse viés, não basta garantir a todos o direito de ação, constitucionalmente previsto, mas sim o acesso concreto à tutela jurisdicional, como corolário do acesso à justiça. E isso se faz por meio de um processo efetivo, em que o juiz intervenha no seu andamento.

Taruffo⁵⁶ pondera que a decisão judicial somente poderá ser justa se derivar da correta aplicação da norma jurídica que rege o caso particular. Para isso, afirma que a norma será adequadamente aplicada quando for corretamente interpretada e se for determinada a verdade acerca da realidade fática, que se faz, por meio da instrução probatória.

Em conclusão, a prova é meio de demonstração racional, são todos os meios de comunicação que transmitem os fatos relevantes, atividades humanas, argumentos, frutos do contraditório, que tem por elemento funcional formar a convicção do julgador. É, portanto, instrumento da técnica processual apto a descrever no processo os dados da vida, como ocorreram, sem que sua finalidade seja atingir a verdade absoluta.

Logo, ao se trazer ao processo uma alegação, ela deve restar comprovada, utilizando-se todos os meios admitidos em direito. Agora, qual é a função da prova? É a busca da verdade?

Marilena Chauí⁵⁷ afirma: quando estamos na ignorância, na dúvida ou em estado de perplexidade buscamos saber o que não sabíamos, por necessidade de sair do estado de insegurança, com o desejo de superar a incerteza. Quando isso acontece estamos na busca da verdade.

A autora ensina que no grego verdade (*alétheia*) significa o não-esquecido. É o que vemos em uma contemplação e se manifesta ou se mostra para os olhos do corpo e do espírito. É a manifestação daquilo que realmente é ou existe como se manifesta ou se mostra. É a essência (é a manifestação dos seres à visão intelectual do homem). Para os gregos o verdadeiro é o ser (o que realmente é), e o falso é o parecer, se refere as coisas que são. Em latim verdade se diz *veritas* e se refere à precisão, exatidão de um relato, no qual se diz com detalhes o que realmente aconteceu. Verdadeiro se refere à linguagem como narrativa dos fatos acontecidos. Seu oposto não é a aparência, mas a mentira e a falsificação. Assim, *veritas* se refere aos fatos que foram. Em hebraico, verdade se diz *emunah* e significa confiança, se refere as ações e coisas que serão. Continua a mesma autora dizendo que a nossa definição de verdade é uma síntese das três fontes e por isso se refere à concepção das coisas reais, à

⁵⁶TARUFFO, 2002, p. 120, nota 9.

⁵⁷ CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. 5. ed. São Paulo: Ática, 1995, p. 88-89.

linguagem que relata os fatos passados e à expectativa de coisas futuras. Logo, nossa concepção abrange o que é (realidade), o que foi (os acontecimentos passados) e a expectativa de coisas futuras.⁵⁸

Há, por conseguinte, interligação entre prova e verdade, mormente o conhecimento dos fatos relevantes ser pressuposto à aplicação da norma jurídica concreta. Não obstante, no que pese a opinião contrária, o fim precípua do processo não é buscar a verdade, mas sim, proporcionar a adequada tutela jurisdicional, que, de acordo com a posição adotada no trabalho, será alcançada quando houver prova suficiente nos autos, apta a formar o convencimento do magistrado e proporcionar ao jurisdicionado acesso à justiça.

Taruffo⁵⁹ ressalta ser comum aceitar que verdade não pode ser o escopo do processo, pois há limitações de diversas naturezas à sua busca incessante, como, por exemplo, normas que excluem certos tipos de provas, como as obtidas por meio ilícito, normas que prescrevem procedimentos para sua aquisição, normas que vinculam a valoração, como as presunções, e, ainda, normas de estabilização da demanda pelo manto da coisa julgada.

Malatesta⁶⁰ pontifica que prova é um modo de apreciação da verdade, é meio objetivo com que esta atinge o espírito, que pode chegar tanto à simples credibilidade, como à probabilidade e certeza, pois por nela preponderam as razões afirmadas, tendo eficácia e natureza de prova. Por esta definição é razoável se falar em verdade possível.

Nesse ponto, assume importância a fase cognitiva, haja vista que o direito processual é indissociável de sua nobre função: “descobrir os fatos, sobre os quais o Estado é chamado a manifestar-se⁶¹”, no momento que vai desde o aforamento da ação, à prolação da sentença. Seguindo essa linha de ideias, a atividade probatória legitima-se, entre outros argumentos, pela busca da verdade no “processo”, que persegue o justo. Para tanto, é a verdade obtida por meio da correta instrução processual, com todos os recursos e garantias constitucionais.

⁵⁸ CHAUI, 1995, p. 96.

⁵⁹ TARUFFO, Michele. Verità e Probabilità nella prova dei fatti. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 32, n.154, p. 207-210, dez. 2007.

⁶⁰ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução: Paolo Capitanio. 3 ed. Campinas, Bookseller, 2004, p. 87-91.

⁶¹ MARINONI; ARENHART, 2010, p. 27.

Pondera Taruffo⁶² que a verdade dos fatos jamais será absoluta porque nos é dada pela hipótese mais provável, sustentada pela maioria dos elementos aptos a confirmá-la. Da mesma forma, manifesta-se Cândido Dinamarco⁶³ para quem a obsessão pela verdade é utópica.

Arenhart e Marinoni afirmam ser função primordial do processo conhecer, matriz que legitima toda a atividade jurisdicional, que já era nítida na Roma antiga, em que o juiz poderia negar a prestação jurisdicional sob o argumento de desconhecimento da verdade.⁶⁴

Francisco Muñoz Conde⁶⁵ pontifica que a necessidade de motivar as decisões judiciais (argumentação intersubjetiva), indicando as razões de se chegar a determinada valoração, é consequência da teoria consensual da verdade, democrática e compreensível pelos membros da comunidade, que é a única possível no processo penal, ciência em que predomina o valor liberdade. Ainda o mesmo autor obtempera que esse argumento também se aplica ao Processo Civil, que protege os litigantes e a coletividade em suas relações sociais, não menos importante que a liberdade tutelada pelo direito penal. Cabe frisar: não se justifica a pretensa diferença entre processo civil e penal em matéria probatória⁶⁶. Disso resulta que ambas as ciências tem a verdade como um fundamento interligado a prestação judicial correta.

Na doutrina discute-se a diferença entre verdade formal, refletida no processo por meio das provas e juridicamente apta a fundamentar a decisão judicial, e verdade material ou histórica. Entendia-se a primeira como uma ficção da verdade, vez que obedecidas as regras do ônus da prova e decorrida a fase instrutória, cabia ao juiz ter por completa a reconstrução dos fatos. A segunda é a verdade absoluta. No entanto, atualmente a distinção entre verdade formal e substancial perdeu o brilho e a doutrina moderna rechaça essa diferenciação, absolutamente inconsistente. A diferenciação entre a verdade formal e substancial conduz a deduções de que o juiz, no processo, não julgaria lastreado em juízo de certeza, vez que ele deveria contentar-se com a verdade imperfeita, do modo como constante no autos, já que a substancial jamais será atingida.

⁶² TARUFFO, Michele. Modeli di prova i di procedimento probatório. **Rivista di diritto Processuale**, ano XLV, 45 v, p. 421-448, abr-jun, 1990.

⁶³ DINAMARCO, 2002, p. 142, nota 43.

⁶⁴ MARINONI, ARENHART, 2010, p. 29.

⁶⁵ CONDE, Francisco Muñoz. **Búsqueda de la verdad en el proceso penal**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi Srl, 2000, 1.v, p. 106-108.

⁶⁶ GRECO, Leonardo. O conceito de prova. In: MARINONI, Luiz Guilherme(Coord). **Estudos de direito processual Civil**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005, p. 368.

Consoante Hermes Zaneti⁶⁷, a concepção de verdade varia de acordo com os modelos probatórios e de acordo com o modelo adotado se chegará a um maior ou menor grau de certeza. O Modelo demonstrativo de prova sustenta que, uma vez provado o fato, a aplicação da norma opera-se de imediato, em atenção ao silogismo. A verdade obtida é formal, aquela possível a partir da análise da instrução processual, dentro dos limites traçados pela técnica processual. Tal modelo pode ser criticado, visto que impede a valoração dos fatos pelo juiz em contraditório, já que o raciocínio judicial se prende ao silogismo em cadeia, impeindo a atuação das partes. Em contrapartida, admitindo-se a prova não como demonstração, mas sim como argumento de discussão, como dialética, o Modelo argumentativo não se satisfaz com a verdade formal, mas pressupõe ser a verdade resultado do debate entre as partes, da dialeticidade processual, uma vez que toda decisão em matéria de prova deverá ser resultar do contraditório.

Por pressuposto, enquanto o primeiro modelo contenta-se com a verdade possível, o segundo opta pela verdade provável, obtida após debates e questionamentos dos atores processuais, e uma vez esgotadas as possibilidades de solução racional poderá ser dada solução ao caso. Trata-se da verdade como probabilidade, cuja força no processo será maior que a simples verdade formal, sem atingir, por certo, a verdade absoluta, intangível.

Como expõe Hermes Zaneti⁶⁸:

Para obter-se a decisão judicial mais qualificada será preciso uma revolução cultural, ao mesmo tempo abandonando-se a onisciência dos juizes(e do legislador), admitindo-se, no mesmo passo, a insuficiência da norma a priori para fornecer a “verdade” e dos fatos isoladamente para levarem à certeza jurídica. Nestas águas, é de rigor que se discuta direito e fato, buscando-se uma verdade provável, com alto grau de correção, dependente, justamente, do elevado contraditório processual e do comprometimento da decisão justa e aderente aos problemas discutidos [...].

Diante do exposto é fácil perceber que não é fim precípua do processo alcançar a “verdade metafísica”, aspiração demasiadamente ambiciosa, como entende Juan Montero Aroca⁶⁹. Na fase de conhecimento haverá a reconstrução da realidade fática por meio da atividade probatória, que servirá de base ao convencimento do juiz e à prolação da sentença justa.

⁶⁷ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório**. Revista do Processo. ano 29, n. 116, p. 346-368, jul-ago, 2004.

⁶⁸ Ibid., p. 347, nota 67.

⁶⁹ MONTERO AROCA, 2002, p. 35.

À toda evidência, no transcorrer processual não há busca incessante pela descoberta dos fatos como realmente ocorreram, pois isso redundaria no “regresso ao infinito”. Além disso, iria de encontro ao princípio da celeridade processual. Mais ainda, não há que se falar em duas verdades, esta é única e é obtida por meio do procedimento previsto pelas leis processuais. Além disso, entendemos que a prova é argumento de discussão e, por isso, o resultado obtido pelo juiz na valoração dos fatos deve ser debatido entre as partes, em contraditório.

A verdade absoluta, como dito alhures, é um ideal que deve ser abandonado. Em contrapartida, é perigoso contentar-se com a verdade formal, como fez Pilatos, que, em vez de investigar os fatos, cruzou os braços. Em vista disso, por meio do processo, urge encontrar a verdade provável, apta servir de base ao convencimento do julgador. Para tanto, o procedimento probatório desejado deve ser eficiente e deve ser garantido às partes a amplitude dos meios de defesa.

Assim, o objetivo do presente capítulo foi ressaltar o direito fundamental à prova, inserido no texto constitucional. Por meio da atividade probatória chega-se a um grau de certeza satisfatório, a verdade provável, construída por meio do diálogo de três pessoas: autor, réu e juiz, em atividade cooperativa e dialética, mormente juiz e partes influenciam no provimento final.

Por derradeiro, insta registrar que a atual perspectiva do Direito Processual revela uma intrínseca ligação entre a prova e o acesso à justiça: qualquer violação a esse direito constitucional influenciará no resultado do processo, que não cumprirá seu escopo jurídico, de prestar a devida tutela jurisdicional correta.

PARTE II - ASPECTOS RELACIONADOS À PRODUÇÃO DA PROVA PELO JUIZ: DO PROCESSO INDIVIDUAL AO COLETIVO

1 PODER PROBATÓRIO DO JUIZ: CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

O objeto de análise no presente trabalho cinge-se a ao estudo da iniciativa probatória do juiz, à luz do artigo 130 do Código de Processo Civil e das disposições insertas nos Códigos que pretendem servir de modelo à unificação da legislação coletiva. Entre eles, destaca-se o art.19, parágrafo terceiro, do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo idealizado por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (CMPC- AG), que assim dispõe: “O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.”

Na primeira parte do trabalho realçamos a magna relevância da prova no processo. Nas linhas posteriores, justificaremos a opção pela corrente doutrinária que defende uma atuação mais ativa no magistrado na instrução do processo. Antes disso, mostra-se relevante fazer uma incursão no direito comparado visando, sobretudo, informar ao leitor de que em diversos ordenamentos jurídicos alienígenas se conferem amplos poderes de direção do processo ao juiz.

Antes de adentrar nos meandros do debate, insta registrar que o termo *juiz ativo*, por diversas vezes utilizado no presente trabalho, refere-se à iniciativa do juiz em tema de prova e não se confunde com o termo ativismo judicial, movimento ideológico originado nos Estados Unidos. Como explica Geovany Cardoso Jevaux⁷⁰:

[...] Esse papel ativo do juiz não pode ser confundido, todavia, com o chamado ativismo judicial, que é, grosso modo, um movimento ideológico de justificação das decisões baseadas em princípios com alta carga moral, sem referência a um dispositivo legislativo ou constitucional exposto (*hard cases*).[...] O movimento do ativismo judicial tem origem nos EUA, durante o chamado *legal realism*, e provocou um contra-movimento denominado originalismo. O segundo deles reclama do judiciário a observância do texto escrito, como forma de referência obrigatória a um documento que expressa a vontade da maioria num regime democrático representativo, sem desbordar para o total subjetivismo do intérprete. O primeiro reclama um poder discricionário do intérprete judicial na aplicação do direito constitucional ao caso concreto, com recurso a princípios nem sempre expressos no texto escrito.

⁷⁰ JEVEAUX, Geovany Cardoso. Uma Teoria da Justiça para o acesso à justiça. In: _____. **Uma teoria da Justiça para o Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: GZ ed, 2012, p. 18.

O juiz deve ser ativo de modo a imprimir celeridade e efetividade ao processo. No entanto, ao ter iniciativa oficial em matéria de prova, o juiz age em consonância às leis processuais, que conferem a ele esse poder de forma expressa.

Na Alemanha, como o movimento reformista intitulado *Stuttgarter Modell* objetivou-se tornar o processo mais célere, o que necessitava, para atingir essa finalidade, de um magistrado comprometido e pronto a efetivá-las.

No que tange a atividade probatória, no sistema alemão o magistrado tem amplos poderes. Diferente do que ocorre no ramo civilista brasileiro⁷¹, as partes podem fazer perguntas diretamente às testemunhas e aos peritos. Ao julgador cabe informá-las de tudo que ocorre durante a instrução⁷², como, por exemplo, esclarecendo-as sobre as provas produzidas e solicitação de informações sobre fatos controversos. Ainda, poderá ele utilizar todos os meios de prova admitidos, mesmo que as partes não tenham requerido, exceto a prova testemunhal⁷³. Nesse caso, se constatar que há uma testemunha relevante para o caso e que não foi mencionada no processo, o juiz poderá perquirir o motivo de não a terem arrolado na inicial ou em contestação, a fim de que as partes requeiram essa prova. Esse juiz é ativo, possui amplos poderes de gestão processual, conferidos após uma série de reformas no século XX, que retiraram dos litigantes o monopólio sobre o processo e a prova.⁷⁴

Ainda, no ordenamento tedesco, em 2001, ampliou-se ainda mais tais poderes: facultou-se ao juiz determinar de ofício a exibição de documentos referidos no processo, bem como fiscalizar coisas e determinar a produção de provas. Trata-se, como bem dispõe Bauer⁷⁵, de uma forma de compensar as eventuais desigualdades existentes entre as partes.

Na Itália, de forma diametralmente oposta, o direito processual de 1865 não conferia amplos poderes ao magistrado, que deveria ser passivo. Tal regime não era democrático. Contudo, Taruffo⁷⁶ apresenta a Alemanha e a Itália como ordenamentos jurídicos que servem de parâmetro aos demais e, na atual conjuntura, prevêm poderes instrutórios ao juiz. No ordenamento processual italiano houve mudanças modestas, mas nem por isso irrelevantes. Por dicção do artigo 115 do Código Italiano as partes devem trazer ao autos as provas dos

⁷¹ Insta registrar que no processo penal as partes podem fazer perguntas diretamente às testemunhas.

⁷²TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europe. **Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile**, Milano, n. 2, p. 451-482, 2006.

⁷³ BEDAQUE, 2009, p. 80, nota 40.

⁷⁴ TARUFFO, op.cit., p. 451-482, nota 72.

⁷⁵ BAUER, Fritz. O papel ativo do juiz. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 27, p. 186-199, jul-set, 1982.

⁷⁶ TARUFFO, op. cit., p. 451-482, nota 72.

fatos. Contudo, Bedaque afirma não ser excepcional o poder instrutório do juiz, enfatizando ser maior em matéria trabalhista.⁷⁷

O sistema espanhol é fortemente influenciado pelo princípio dispositivo, logo, não há margem de atuação ao magistrado. Segundo Taruffo⁷⁸, a lei processual de 1881 permitia ao juiz determinar a produção probatória de ofício, por dicção do artigo 340. Entretanto, a nova lei processual de 2000 excluiu esse poder.

A doutrina considerava que a diligência espanhola de 1881, ao conferir ao juiz poder probatório, significaria uma negação do princípio dispositivo e da “aportación de parte”, pelo qual as partes devem provar os fatos alegados, e, ao mesmo tempo, afirma que serviria a beneficiar uma parte, em prejuízo da outra, ferindo a imparcialidade do julgador.⁷⁹

À guisa de ilustração, ainda no sistema Espanhol, cabe mencionar o artigo 429, I, II e III, da Lei processual civil de 2000, que autoriza o juiz considerar insuficientes as provas dos direitos controvertidos e indicar qual o direito será afetado por sua ausência. Após esse esclarecimento, poderá o tribunal determinar a prova cuja prática considere conveniente. As partes poderão assumir como própria a indicação feita pelo juiz, completando ou modificando-a. Ainda, a doutrina espanhola entende ser essa atuação uma intromissão na atividade organizativa das partes.⁸⁰

Nessa senda, diferente do ordenamento civil de 1881, com a nova legislação de 2000, o magistrado poderá agir, contudo, limitado pelo princípio dispositivo, o que não reduz sua atuação à mera passividade. Por conseguinte, a atuação do magistrado se limitará em alertar as partes de que a instrução probatória foi deficiente. Em outras palavras, poderá declarar a insuficiência probatória, mas não determinará a produção de prova de ofício, ou seja, juiz indicará a prova ausente ou insuficiente, mas caberá a parte acatar ou não a manifestação do juízo.

Além disso, o artigo 435 da nova legislação permite ao juiz determinar, excepcionalmente, de ofício, ou após acordo com as partes, a renovação de provas produzidas, sempre que se mostrar necessária ao esclarecimento do direito.⁸¹

⁷⁷ BEDAQUE, 2009, p. 82-83, nota 40.

⁷⁸ TARUFFO, 2006, p. 461-482, nota 72.

⁷⁹ MONTERO AROCA, 2002, p. 390-391.

⁸⁰ FRANCÉS, Ignácio Marrers; SÁNCHEZ, Mercedes Martínez; ANTÚNEZ, Daniel Rodríguez; SAMPEDRO, Mireia de ros. Análisis del artículo 429.I.II y III LEC. In: LLUCH, Xavier Abel. PICÓ I JUNOY, Joan (Coord). **Los poderes del Juz civil em Matéria Probatória**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2003, p. 43-66.

⁸¹ Ibid., p. 43-66.

Em contrapartida, predomina o entendimento de que o juiz não detém poder de iniciativa instrutória, fato causador de severas críticas da doutrina e jurisprudência. De modo diverso, ao interpretar o artigo 429, I e II, acima mencionado, entende Picó i Junoy⁸² ter o juiz espanhol iniciativa oficial em matéria de prova, observadas certas limitações: em primeiro lugar, a prova deve limitar-se aos direitos controvertidos, aduzidos pelas partes, em razão do princípio dispositivo. Em segundo lugar, o juiz deve se limitar às fontes de provas requeridas pelas partes, não podendo mencionar fontes novas, sendo-lhe vedado utilizar seu conhecimento privado, sob pena de comprometer a imparcialidade. Em terceiro lugar, é necessário oportunizar o contraditório, para que os sujeitos processuais participem da atividade probatória, manifestando-se, caso necessário. Tais limites, continua o autor, servem a proteger o processo, o princípio dispositivo, a imparcialidade do julgador e, enfim, o direito de ampla defesa.

Por fim, convém mencionar o caso da França, em que aos juízes são assegurados poderes discricionários para determinar, de ofício, a produção de qualquer meio de prova necessário a constatação da verdade de um fato. Taruffo⁸³ enfatiza não se tratar de um dever, mas sim, de um acentuado poder discricionário de determinar da produção de prova de ofício, o que, em nenhum momento pode ser considerado autoritarismo, já que, naquele ordenamento, há ênfase ao princípio do contraditório.

Como tudo indica, em vários ordenamentos jurídicos se conferem ao juiz o poder de produzir prova conjuntamente às partes. Assim, pode-se concluir que a prova assume o centro da ciência processual não só no ordenamento jurídico brasileiro, mas também nos ordenamentos alienígenas, tendo em vista sua intrínseca relação com o processo justo.

Conforme magistério de Pico i Junoy⁸⁴, a iniciativa oficial deve pautar-se dentro de certas limitações, como a impossibilidade de introduzir nos autos direitos que não foram alegados, pois essa iniciativa limita-se aos direitos controvertidos e discutidos pelas partes, permitindo-se o exercício do contraditório. Tal conduta justifica-se tendo por base o caráter social do estado de direito, que delega ao Estado-juiz a tarefa de prestar a tutela jurídica e lograr o valor fundamental “justiça”, aqui entendida como ideal a ser alcançado em vista do

⁸²PICÓ I JUNOY, Joan. **El juez y la prueba**. Barcelona: Bosch Editor, 2007, p. 116-118.

⁸³TARUFFO, 2006, p. 451-482, nota 72.

⁸⁴ABEL LLUCH, Xavier; PICO I JUNOY, Joan. La iniciativa probatória del juez civil. A propósito de um caso. In: _____. **Los poderes do juez civil em Materia probatória: seminário de estudio de la escuela judicial**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2003, p. 156-174.

interesse público do processo. Em outras palavras, a decisão jamais será justa se provier da determinação errônea ou inexata dos direitos.

2 PODER PROBATÓRIO DO JUIZ E AUTORITARISMO

Ada Pellegrini Grinover⁸⁵ alerta ser o ponto central dos processos individuais o incremento dos poderes do magistrado, não obstante “a soma dos poderes atribuídos ao juiz do processo coletivo é incomensuravelmente maior”.

Conforme expendido nos argumentos anteriores, a prova assume suma relevância no processo, já que, quanto mais provados estiverem os fatos, maior será a chance de o juiz prolatar decisão justa.

Fixadas essas premissas é emblemático entender o poder probatório do juiz como meio de superação da neutralidade do julgador, que deverá atuar energicamente para efetivação de direitos fundamentais consagrados, em todo caso, dentro da estrita legalidade.

Autores como José dos Santos Bedaque⁸⁶, Joan Picó I Junoy⁸⁷, Barbosa Moreira⁸⁸, Michele Taruffo⁸⁹, compactuam da premissa adotada no trabalho, de que o juiz possui amplos poderes de determinar de ofício a produção probatória, quando as teses jurídicas dos litigantes estiverem retratadas de modo insuficiente.

Nesse sentido, é dever das partes e do juiz atuar conjuntamente na instrução, na busca da igualdade e consecução do acesso à justiça, com respeito às garantias constitucionais, ao dever de informação e colaboração, posto que o magistrado não pode ser mera “boca da lei”, como escreveu Montesquieu⁹⁰, pelo contrário, deve ele atuar de forma cooperativa.

Os juízes desempenham uma magna função ao cumprirem os fins colimados pelo processo. Para tanto, devem utilizar todas as ferramentas disponibilizadas pelo ordenamento

⁸⁵GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio de Castro; WATANABE, Kasuo. **Direito Processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 13.

⁸⁶BEDAQUE, 2009, p. 48, nota 40.

⁸⁷PICÓ Y JUNOY, Joan. **El derecho a la prueba en el proceso civil**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1996, p. 224-253.

⁸⁸BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. In: **Temas de direito processual: nona série**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 88.

⁸⁹TARUFFO, 2006, p. 472, nota 72.

⁹⁰MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 172.

jurídico, com o fito de julgar bem sem, contudo, substituir o legislador ou agir em contrariedade a lei e aos direitos dos litigantes.

Resta clarividente a posição do magistrado como diretor do processo, sendo livre na busca das provas, tanto nas lides coletivas como individuais, já que é melhor sentenciar quando houver nos autos elementos de convicção, objetivando prestar a justiça por meio da adequada aplicação do direito. Em vista disso, é um contra senso inadmitir sua atuação ativa no desenrolar da ação, mormente a falta de prova representa um alijamento da garantia constitucional.

Nessa linha de ideias, entendemos que a regra inserta no artigo 130 do CPC é resultado da evolução social, política e cultural. Extrai-se daí que os poderes instrutórios do juiz estão intimamente ligados à noção de processo justo e efetivo. Contudo, há setores da doutrina contrários à concessão de maiores poderes ao juiz, sob o pretexto de corresponder a um autoritarismo. Para eles, “as coisas andarão tanto melhor quanto mais forem deixadas aos cuidados dos interesses em conflitos o que convém fazer ou não fazer para resolvê-los”⁹¹. Entendem que o incremento dos poderes do juiz é típico nas legislações autoritárias, emanadas de governos antidemocráticos.

Na linha de ideias de Micheli Taruffo⁹², um processo em que ao magistrado se confirmam poderes instrutórios não implica em autoritarismo. Ao contrário, representa uma atuação dele em conjunto às partes, até mesmo para resolver questão a respeito da prova. O mesmo autor cita como exemplos de regimes ditatoriais em que estava ao livre monopólio das partes a condução do processo e a disposição sobre provas, o Código Napoleônico de 1806, que serviu de modelo a outros códigos do século XVII, como o Austríaco de 1815.

É imperioso afirmar ser o processo influenciado pela posição política adotada pelo Estado. No entanto, como destaca Barbosa Moreira⁹³, é inconcebível associar que toda lei emanada de um governo autoritário será contrária às garantias democráticas. Isso porque há exemplos no Estado Brasileiro de leis criadas sob a égide do governo militar, mas de índole social e democrática, como por exemplo a Lei nº. 4717 de 1965, que regula a Ação Popular, e a Lei 7347 de 1985, que regula a Ação Civil Pública.

À guisa de ilustração cabe mencionar a Alemanha que, dentre as reformas introduzida na ZPO, em 1933, reforçou os poderes judiciais de esclarecimento e direção do processo, e

⁹¹ BARBOSA MOREIRA, 2007, p. 88, nota 88.

⁹² TARUFFO, 2006, p. 451-482, nota 72.

⁹³ BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 88, nota 88.

continuou em vigor por muito tempo, mesmo depois da queda do nazismo e divisão daquele país⁹⁴. Ainda, no que concerne ao código Austríaco, de cunho social, não emanou de ordem constitucional democrática e subsiste nos dias atuais.

Resta incontestemente o equívoco em associar os poderes probatórios do juiz aos regimes autoritários, pois nesses regimes reforça-se o Poder Executivo e não o Judiciário. Conforme ensinamento de Dalmo Dallari⁹⁵, as ditaduras, por serem governos ilimitados, são contrárias à independência da magistratura. Desta feita, nesses tipos de regimes, só se admite uma magistratura dócil e favorável ao governo, o que retira a possibilidade de atuar com ampla liberdade.

Nesse contexto, cita-se, no Brasil República, como exemplos de Constituições que restringiram os poderes do juiz, a de 1937 e a de 1967/1969. A Constituição Federal de 1937, conhecida como “Polaca”, limitou o âmbito de atuação dos juizes, a fim de garantir excessivo poder ao chefe do Executivo.

Ainda, durante o regime militar instaurado no Brasil, a partir de 1964, com a outorga do Ato Institucional nº. 01, de 9-04-1964, iniciou-se uma redução dos poderes dos juizes e ampliação do Poder Executivo, como se depreende da análise dos artigos 7º, § 4º do Ato Institucional nº. 01 e do Artigo 6º do Ato Institucional nº. 03, de 5-02-1966⁹⁶. A Constituição Federal de 1967/69, com a instituição do Ato Institucional nº 5, permitiu ao Poder Executivo demitir, remover, aposentar ou colocar em disponibilidade magistrados, além de suspender as garantias constitucionais da vitaliciedade e inamovibilidade.⁹⁷

A partir das explanações acima infere-se que, para melhor servir aos regimes ditatoriais, os julgadores devem estar despojados de autonomia e reduzidos a meros instrumentos do

⁹⁴ BARBOSA MOREIRA, 2007, p. 89, nota 88.

⁹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Poder dos Juizes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 49-51.

⁹⁶ Ato Institucional nº. 01, Art. 7º - Ficam suspensas, por 6 (seis) meses, as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade.

§ 4º - O controle jurisdicional desses atos limitar-se-á ao exame de formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que o motivaram, bem como da sua conveniência ou oportunidade.

Ato Institucional nº. 03, Art. 6º - Ficam excluídos de apreciação judicial os atos praticados com fundamento no presente Ato institucional e nos atos complementares dele.

⁹⁷ Ato Institucional nº 5 de 1967: Art 6º - Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo.

§ 1º - O Presidente da República poderá mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo, assim como empregado de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e demitir, transferir para a reserva ou reformar militares ou membros das polícias militares, assegurados, quando for o caso, os vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço.

Art 11 - Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.

Executivo. Por isso, não merece prosperar o entendimento de autores que assemelham o incremento de poderes dos magistrados ao caráter antidemocrático de determinado regime político. Aqui, o que se vê são juízes presos ao rigor da estrita legalidade formal, que muitas vezes poderá ser manipulada pelos governantes.

Na Inglaterra, berço do *Adversary System*, adotou-se, em 1988, as Civil Procedure Rules, que outorgaram amplos poderes aos juízes no que concerne à atividade probatória. Houve o deslocamento do controle do processo das partes para o juiz. Tal fato não pode ser associado a um governo autoritário.

Sem esgotar o tema e pôr fim a celeuma objetivou-se demonstrar o erro em associar a concessão de poderes ao juiz aos regimes autoritários, posto que o caráter mais ou menos liberal do sistema político de um estado não serve de base a qualificar como autoritária a iniciativa probatória oficial⁹⁸. Como entende Michele Taruffo⁹⁹, as expressões “Poderes Probatórios do juiz-regime autoritário” e “Juiz Passivo- regime liberal” são vagas e genéricas, e se revelam desprovidas de valor científico.

Com essas palavras entendemos que independentemente do regime adotado poderá ser conferido aos julgadores amplos poderes. O que se deve perquirir são os motivos que determinam a necessidade de se ampliar os poderes dos aplicadores da lei na direção e instrução do processo como, por exemplo, na determinação de prova de ofício, e estabelecer limites ao seu exercício. A resposta só pode ser que, não há espaço para o juiz descomprometido, mas sim, deve ele ser atento à realidade histórica, aos dados do caso concreto, aos princípios que informam o sistema, ao mundo que o cerca, visto que dizer o direito não se resume à subsunção da lei ao caso.

Em contrapartida, é inviável interligar a atribuição de poderes ao juiz ao autoritarismo, ou entre a ausência de poderes e o sistema democrático. Deve haver a justa medida entre ambos, afinal, o modelo de processo que se almeja é incompatível como a atuação passiva do magistrado frente às provas.

Nesse ponto, deve-se relacionar tais poderes a partir da análise do modelo de Estado que se almeja construir no Brasil que, de acordo com Alexandre Câmara¹⁰⁰, é um “Estado Ativo”, pois tem como fundamentos, entre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e

⁹⁸ PICÓ Y JUNOY, 2007, p. 117.

⁹⁹ TARUFFO, 2006, p. 458, nota 72.

¹⁰⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. In: JAYME, Fernando G.; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coords.). **Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 40-42.

como objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza, garantir o desenvolvimento nacional, e promover o bem de todos.

Em conclusão, quando o juiz determinar, de ofício, a produção probatória o fará no exercício de sua função de julgar bem, atendendo as finalidades do processo, já que não há nessa atitude autoritarismo.

Dalmo Dallari¹⁰¹ adverte que um Judiciário independente do rei ou do governo é necessário, contudo, se for independente da coletividade é um erro no governo republicano. Ou seja, respeitando-se os direitos constitucionais dos sujeitos processuais, não haverá óbices ao exercício, pelos magistrados, dos poderes que lhe são conferidos pelo ordenamento jurídico, já que o Poder Judiciário é fundamental, no sistema de freios e contrapesos, para impedir o excesso de poder, apto a destruir a liberdade.

3 A ATUAÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO E A PROVA

Nesse capítulo iniciaremos o estudo dos poderes probatórios, enfocando os seus limites, perspectivas e críticas para, em seguida, examinar sua utilização nas demandas coletivas, em que a repercussão social do resultado do processo justifica o maior comprometimento do magistrado.

Não há uma doutrina específica sobre os poderes do juiz nas demandas coletivas. A legislação probatória aplicável às tutelas coletivas são as mesmas regulamentadas no CPC, como se verá na parte IV do trabalho, quando do estudo dos códigos modelos. Assim, tanto nas demandas individuais, quanto nas coletivas confere-se ao juiz o poder de produzir prova sem ouvir inicialmente as partes.

Consoante exposto na primeira parte do trabalho, a prova é um veículo indispensável para formar o convencimento do juiz. Nesse ponto, tema objeto de intensa polêmica é a produção de prova de ofício. A discussão doutrinária gravita, na maioria das vezes, em torno da interpretação do artigo 130, conjugado ao art. 333, ambos do CPC.

¹⁰¹ DALLARI, 2010, p. 21-22.

O poder probatório do juiz está inserto de forma genérica nos artigos 130 e 131 do CPC¹⁰² e no artigo 19 do Anteprojeto de Código brasileiro de Processos Coletivos UERJ-UNESA¹⁰³(que lhe permite determinar de ofício as provas necessárias a formar seu convencimento, indeferindo as inúteis ou protelatórias), com o propósito de melhor julgar¹⁰⁴.

Nesta baila, além de competir ao juiz comandar e dirigir o processo, possui poder destinado essencialmente à produção da prova¹⁰⁵. Não é recomendável, contudo, proibir o manejo dessa prerrogativa para “teimar em reduzir-lhe o alcance a um resíduo inexpressivo de hipóteses acadêmicas”, sendo a escassez de iniciativas oficiais problema digno de atenção.¹⁰⁶

Não obstante, a doutrina diverge a respeito do alcance desse poder. De um lado há autores que afirmam ter o juiz amplos poderes probatórios, cabendo-lhe ter iniciativa probatória em qualquer momento do desenrolar processual. Por outro lado, há autores que asseveram caber ao juiz determinar a produção da prova oficialmente somente em caráter subsidiário, ou seja, no último caso, sob pena de quebrar a imparcialidade.

Seguindo esse raciocínio, Moacyr Amaral dos Santos¹⁰⁷ pondera:

Cumprir observar, porém, que o poder de iniciativa judicial, nesse terreno, deverá ser entendido como supletivo da iniciativa das partes, para que seja somente utilizado nos casos em que houver necessidade de melhor esclarecimento da verdade, sem o que não fosse possível ao juiz, de consciência tranqüila, proferir sentença. A regra é que as provas sejam produzidas pelas partes; por exceção, o juiz poderá, de ofício, ordenar diligências necessárias à instrução da causa.

¹⁰² Artigos 130 e 131 do Código de processo civil brasileiro: Art. 130: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Art. 131: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

¹⁰³ Art. 19, § 3º: “O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório”.

¹⁰⁴ Nesse ponto cabe destacar o Recurso Especial 43.467, de autoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

¹⁰⁵ AMENDOEIRA JR, Sidnei. **Poderes do Juiz e tutela jurisdicional: a utilização dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 35.

¹⁰⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre a ‘participação’ do juiz no processo civil, in: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 380-394.

¹⁰⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, v. 2. São Paulo: Saraiva, 24. ed., 2008, p. 364. Também seguem esse entendimento: ARRUDA ALVIM, Teresa. **Reflexões sobre o ônus da prova. Processo Civil: estudo em comemoração aos 20 anos de vigência do Código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 245.

José dos Santos Bedaque, em posição diametralmente oposta, assevera que:

Daí porque o artigo 130 do Código de processo civil deve ser interpretado da maneira mais ampla possível: o juiz pode, em qualquer caso, determinar a realização de provas.¹⁰⁸

Cândido Rangel Dinamarco¹⁰⁹, na mesma linha de ideias de Bedaque, acolhe uma atuação oficial do juiz em matéria de prova como resultado do desenvolvimento do processo, instrumento público, que não deve ser regido exclusivamente pelos interesses das partes:

Por isso, o princípio dispositivo vai sendo mitigado e a experiência mostra que o juiz moderno, suprindo deficiências probatórias do processo, não se desequilibra por isso, nem se torna parcial. Isso não significa que o juiz assuma paternalmente a tutela da parte negligente. O que a garantia constitucional do contraditório lhe exige é que saia de uma postura indiferente e, percebendo a possibilidade de alguma prova que as partes não requereram, tome a iniciativa que elas não tomaram e mande que se produza. Exige-lhe também, para a efetividade da isonomia processual (CPC, art. 125, inc. I), que diligencie o que a parte pobre não soube ou não pode diligenciar[...].

Como se percebe, a iniciativa probatória interliga-se à organização do processo justo, objetivo da jurisdição, possibilitando tanto a igualdade material, quanto a efetividade do processo¹¹⁰. Nesta baila, uma justificação ao exercício desse poder é a função do processo contemporâneo, que é instrumento de acesso à justiça. Assim, entendemos que o juiz tem no ordenamento jurídico brasileiro o poder de conduzir a instrução e determinar a produção probatória em qualquer momento, antes da sentença.

Nesse viés, muito embora se observe na doutrina e jurisprudência certa resistência à iniciativa probatória do magistrado, fruto do tempo em que imperava o cunho privatista do processo hoje, com o desenvolvimento de uma visão oposta, que vê o processo sob um ângulo publicista, a tendência é conferir ao Estado-Juiz amplos poderes instrutórios¹¹¹. Contudo, a mera concessão não é suficiente para atender seu propósito. Tal prerrogativa, que para nós é

¹⁰⁸ BEDAQUE, 2009, p.159, nota 40.

¹⁰⁹DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, 1 v, p. 134.

¹¹⁰MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentando artigo por artigo**. 4 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008, p. 176.

¹¹¹DÍDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 52, nota 8.

um poder,¹¹² deverá ser utilizada pelo magistrado, a fim de prestar a tutela jurisdicional justa e efetiva.

De acordo com a ideologia liberal vigente na época codificadora, em fins do século XIX, o processo era concebido como “coisa das partes”. Por esta concepção não só a iniciativa de demandar, mas também a marcha processual deveria restringir-se à atuação das partes, pois cabiam a elas tanto determinar o ponto litigioso, como comprová-lo.¹¹³

Cumprir observar que a pesquisa não pretende colocar o juiz como inquisidor, ou seja, um ser em constante busca da prova. Ao revés, sua conduta deve pautar-se na razoabilidade e, ao se deparar com ineficiente instrução probatória não deve o magistrado contentar-se com a regra do ônus, tampouco com a possibilidade de julgar improcedente por insuficiência probatória. Impende a ele tomar iniciativas probatórias.

Em contrapartida, o respeito à garantia do devido processo legal deverá ser norte de todo julgador, pois “todo empenho que se espera do juiz no curso do processo e para sua instrução precisa, pois, por um lado ser conduzido com a consciência dos objetivos e menos apego às formas [...], mas com preocupação pela integridade do “*due processo of law*”.”¹¹⁴

Com efeito, independentemente do interesse tutelado, se individual ou coletivo, o juiz não é uma figura inerte, simples expectador do conflito entre as partes e reproduzidor de “mera” decisão final. Ao contrário, ele assume uma figura atuante, com fito de evitar que as partes litiguem em desigualdade de condições, ou melhor, ele atua como gestor do processo. Na verdade, não se confere aos magistrados poderes irrestritos, ante os limites impostos pela garantia do contraditório.

Nesse passo, é imperioso que o juiz não profira julgamento diante de incertezas, porquanto o trabalho investigativo não será em prol de qualquer das partes. Isso implicar afirmar caber ao juiz, diante de um fato obscuro, determinar a produção probatória de ofício. No atual estágio do processo requer-se uma postura ativa do juiz, para que ele julgue livre de dúvidas, principalmente nos casos em que perceber que uma simples prova poderá elucidar um fato.

¹¹²Não entendemos que a iniciativa probatória é um dever, pois se assim fosse, as partes poderiam requerer ao juiz, em todos os casos, a determinação de prova oficiosamente ou, então, poderiam culpar o magistrado por eventual derrota no processo.

¹¹³ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000, p. 144.

¹¹⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 195-201.

Como expomos no trabalho, a prova tem a finalidade de convencer o magistrado das alegações dos litigantes. Nesse ponto deflui sua imprescindibilidade. Ademais, partes e juiz atuam em cooperação na atividade probatória, sem que a atitude de um retire ou diminua a do outro. Nesse sentido, as partes possuem o dever de provar suas alegações. Além disso, o juiz poderá atuar de ofício.

Liebman¹¹⁵ pontua que os poderes probatórios não poderiam ser conferidos diretamente ao juiz sem “desnaturar” as funções de “agir e julgar”, entre “propor o tema a ser decidido e decidir” e, por isso, haveria incompatibilidade entre as funções de investigar e decidir. Sustenta que esses poderes deveriam ser exercidos por outro órgão, pois, caso contrário o processo teria caráter paternalista. Nesse ponto, não concordamos com o autor, afinal, há mecanismos aptos a evitar a vinculação do juiz ao resultado da prova, como a garantia do contraditório efetivo e a motivação das decisões.

Nessa esteira, o processo tem o propósito de outorgar a tutela jurisdicional justa, tempestiva e efetiva. O Estado, representado pelo juiz, tem a função de aplicar corretamente as leis (dizer corretamente o direito). Sob esse prisma, o poder probatório do juiz tem um escopo social, entre os quais, destaco o objetivo de resolver corretamente o conflito de interesse posto em julgamento. Ora, isso ocorrerá quando o juiz, ao se deparar com um fato não provado, determinar a produção da prova necessária para formar seu livre convencimento.

No que pese a opinião contrária, a atitude do juiz que determina a produção de prova de ofício não beneficia qualquer das partes, comprometendo sua imparcialidade. Ele certamente deixará de ser neutro para esclarecer fatos controvertidos, o que poderá ajudá-lo a descobrir qual das partes tem razão. Destarte, e esse resultado não pode ser visto com maus olhos pelo direito.¹¹⁶

Nesse particular, a fim de não comprometer a imparcialidade do julgador, ao produzir determinada prova de ofício, deve o juiz motivar essa decisão e, ainda, submetê-la ao crivo do contraditório (art. 93, IX e art. 5º, LV da Constituição Federal de 1988), que é uma arma contra o arbítrio do julgador.¹¹⁷

Após as explanações anteriores, vislumbramos que o “poder probatório” é um instrumento processual colocado à disposição do magistrado para melhor julgar, posto que

¹¹⁵LIEBMAN, Enrico Tullio. **Fondamento del principio dispositivo: problemi del processo civile**. Milano: Morano, 1962, p. 13.

¹¹⁶BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e instrução do processo. In: **Temas de direito processual civil**: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 48.

¹¹⁷BEDAQUE, 2009, p. 115, nota 40.

não basta outorgar uma satisfação jurídica às partes. Ao revés, a aplicação do direito ao caso concreto deve gerar a solução correta e aceita pelos consorciados jurídicos, o que se alcançará mediante instrução probatória ampla.

Na verdade, a finalidade precípua do processo qualificado de constitucional é produzir decisões corretas e justas, consoantes a verdade dos fatos. Por conseguinte, é preciso que por meio da instrução probatória se busque determinar a verdade no processo¹¹⁸. Isso implica, indubitavelmente, acentuar os poderes probatórios do juiz, a fim de se atingir por meio desse instrumento a adequada tutela jurídica.

Nesse momento, em se tratando de lide coletiva, muito se espera do papel a ser desempenhado pelo magistrado. As situações carentes de tutela serão mais numerosas e diversificadas, se comparadas à lides individuais. À guisa de exemplo menciona-se, desde casos mais complexos, como causas de poluição ambiental e de degeneração na natureza, a casos mais singulares, como questões referentes a danos ao consumidor, ao idoso, a criança e adolescente. São situações que, para serem eficazmente tuteladas, dependerão de mais empenho do juiz.

Rodolfo de Camargo Mancuso¹¹⁹ pontua:

[...] Paralelamente é inegável o papel do juiz ativo no plano da jurisdição coletiva, quanto mais não seja pela circunstância de a eficácia do julgado apresentar-se potencializada, projetando-se ultra-partes ou mesmo erga omnes, donde dever o juiz desdobrar os cuidados com o quesito da relevância social do interesse e sua adequada representação nos autos.

A isso importa acrescentar que os poderes do juiz, nas lides de massa, vem de socorro àqueles titulares de direitos metaindividuais que, devido ao caráter coletivo do conflito, não acompanham fisicamente o desenrolar da disputa. Logo, impende ao juiz ter iniciativas probatórias, caso o representante não apresente as “[...] necessárias condições de seriedade e idoneidade [...]”¹²⁰, podendo disso resultar prejuízo ao interesse dos direitos supraindividuais.

¹¹⁸CÂMARA, 2008, p. 41.

¹¹⁹MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 284.

¹²⁰GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Processual Coletivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord). **Tutela Coletiva: 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do fundo de defesa dos direitos difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 308.

Seguindo a mesma orientação, Fabio Konder Comparato¹²¹ aduz que:

[...] A era do juiz politicamente neutro, no sentido liberal da expressão, já foi superada. Os juízes deixam de ser, como têm sido até agora, exclusivamente árbitros e distantes e indiferentes de conflitos privados ou de litígios entre indivíduos e Estado. Doravante, incumbe também à justiça realizar, no seu campo de atividade, os grandes objetivos sócio-econômicos da organização constitucional.

Nesse contexto, o juiz é instado a participar junto aos litigantes, porque todo juiz tem a preocupação em entregar uma solução justa aos casos postos em julgamento. E quando o magistrado estiver diante de uma lide que envolver um objeto fundamental à vida de milhares de pessoas, como as causas referentes ao meio ambiente, a guisa de exemplo, sua “participação não pode ser falha”, haja vista a repercussão da decisão ser “de alcance público”¹²².

Outro motivo justificador da iniciativa probatória do juiz nas lides coletivas resume-se nessa premissa: “O certo é que o juiz, justamente porque a sentença terá eficácia ultra partes, deverá ter em mãos poderes nunca antes conferidos ao órgão judicial, sendo-lhe outorgada um série de previsões que, normal e tradicionalmente, não possui”¹²³.

Sem sombra de dúvidas, na sociedade contemporânea o magistrado é instado a participar ativamente nos processos coletivos e deverá, se entender necessário, utilizar a técnica processual disponível. Como exemplo, poderá determinar a prova de ofício, ante “[...] o incremento dos deveres do juiz na condução do processo e da efetividade das decisões judiciais”¹²⁴.

A atuação mais participativa do juiz, que deve trabalhar com as partes no desenrolar do feito, coaduna-se ao processo constitucionalizado, cujo fim precípua é outorgar a tutela jurídica efetiva e justa. De tal sorte, o conteúdo mínimo de um processo justo sintetiza-se, primordialmente, nas seguintes premissas: direito de acesso aos tribunais; direito a uma defesa efetiva em juízo; direito a litigar com paridade de armas; direito a ter acesso a toda prova e

¹²¹ COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais no Estado Moderno. **Revista dos Tribunais**, n. 614, p. 22-23, 1986.

¹²² RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação civil pública e meio ambiente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 211.

¹²³ OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 33, p. 33-46, 1984.

¹²⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 82, p. 92-151, 1996.

contraprova; direito a obter uma decisão emitida por juiz imparcial e, ainda, direito à razoável duração do processo.¹²⁵

Acresça-se às premissas levantadas nas linhas anteriores que o processo justo consubstancia-se com a participação ativa do juiz no conjunto probatório, ante a constatação de que o resultado da atividade instrutória será primordial para formar seu convencimento. Compactuamos com Bedaque ao dispor que o magistrado “não pode deixar de atuar, no sentido de construir conjunto probatório compatível com a realidade extraprocessual.”¹²⁶

4 PODERES PROBATÓRIOS E PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

O estudo em questão pressupõe que todo e qualquer litígio jurisdicional deve ser solucionado à luz dos princípios e regras constitucionais informadores do sistema jurídico, notadamente os que dizem respeito ao devido processo legal.

O Estado tem o dever de prestar a devida tutela jurisdicional, que segundo Marinoni¹²⁷ significa “direito a um processo efetivo, próprio às peculiaridades da pretensão de direito material de que se diz titular aquele que busca a tutela jurisdicional”.

Nessa linha de ideias, este tópico de discussão analisará os poderes do juiz sob a perspectiva dos princípios processuais, que funcionam como limites e, ao mesmo tempo, sustentáculo legitimador e não como óbices ao exercício de tais poderes.

Ou seja, os poderes probatórios do juiz poderão ser exercidos sempre, desde que não haja colisão com os princípios analisados, tais quais: princípio dispositivo, da igualdade processual, imparcialidade, dever de motivar as decisões judiciais.

Os princípios enfocados no tópico que segue alicerçam à atuação do juiz e ora funcionam como limites, ora como autorização para agir, com vistas a atingir a eficaz prestação jurisdicional, tanto nas lides coletivas, quanto nas lides individuais.

¹²⁵ COMOGLIO, Luigi Paolo. Il giusto processo civile in Italia e in Europa. **Revista de Processo**. São Paulo. v. 116, p. 116-119, jul-ago, 2004.

¹²⁶ BEDAQUE, 1999, p. 170, nota 40.

¹²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à adequada tutela jurisdicional. **Revista dos Tribunais**: São Paulo, v. 633, 2001, p. 244.

4.1. Princípio dispositivo e o controle da causa de pedir e pedido nas lides coletivas

Antes de adentrar no tópico central, insta frisar: o processo se inicia por ato das partes, mas segue seu rumo por impulso oficial, tanto nas lides individuais quanto nos processos coletivos.

De antemão, compactuamos com Ada Pellegrini Grinover¹²⁸ ao dispor ser a soma dos poderes atribuídos ao juiz uma questão relacionada ao modo pelo qual exerce o impulso oficial e, “[...] embora o aumento dos poderes do juiz seja, atualmente, visto como ponto alto do processo individual, a soma de poderes atribuídos ao juiz do processo coletivo é incomensuravelmente maior”. À guisa de exemplo, o juiz poderá desmembrar o processo coletivo em dois, um para tutelar interesses ou direitos difusos e coletivos e outro, voltado à proteção de direitos individuais homogêneos; deverá dirigir o feito como gestor do processo na audiência preliminar, decidindo desde já questões processuais e fixando pontos controvertidos sobre os quais incidirão a prova e ainda; poderá flexibilizar a técnica na interpretação do pedido ou causa de pedir, poderá ter iniciativa probatória.

Nessa abordagem, pelo princípio dispositivo fica ao arbítrio do autor iniciar o processo e definir seus limites, não cabendo à lei ou ao Judiciário intervir¹²⁹. Ainda, cabe às partes a direção material do processo, pois elas afirmam os direitos que constituem a causa de pedir e têm a faculdade de admitir como verdadeiro um fato alegado pela outra parte.

Por esse princípio a atividade judicial somente pode iniciar-se com a petição da parte, que estabelece livremente os contornos da demanda e o modo pelo qual irá pleitear seu direito em juízo. Por conseguinte, o órgão judicial deve ser congruente com as pretensões e resistências formuladas ao prolatar sentença.¹³⁰

O Código de Processo Civil consagra expressamente o princípio dispositivo ao dizer que “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer” (art. 2º) e, ainda, que “o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa das partes.”

¹²⁸GRINOVER; MENDES; WATANABE, 2007, p. 12-13, nota 84.

¹²⁹ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Tratado de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1990, p. 91.

¹³⁰MONTERO AROCA, 2002, p. 378.

Nesse sentido, as partes devem ajuizar a demanda e narrar a causa de pedir, expondo sobre quais pontos deverá recair a defesa. Cruz e Tucci¹³¹ explica que:

A regra da eventualidade, impondo um sistema rígido de preclusões, constitui, [...], pressuposto da teoria da substanciação, ao exigir a exposição simultânea, na inicial, dos fatos que fazem emergir a pretensão do demandante (causa petendi remota) e do enquadramento da situação concreta, narrada in status assertionis, à previsão abstrata, contida no ordenamento de direito positivo e do qual decorre a juridicidade daquela(causa de pedir próxima)[...].

Como se infere, os litigantes iniciam ao processo e limitam o objeto da controvérsia na inicial, a fim de permitir o exercício do contraditório e da ampla defesa.

José Roberto dos Santos Bedaque¹³² assevera que a doutrina confunde o real significado do princípio dispositivo, ligando-o a ausência de poderes do juiz, dizendo que ele significa deixar às partes o ônus de iniciar, determinar objeto, provas e impulsionar o processo.

Alguns doutrinadores afirmam que o princípio dispositivo, entre outras restrições impostas à atividade do julgador, impede sua iniciativa probatória, posto que as partes têm total liberdade para influir na prova como, por exemplo, não contestando ou confessando. Para outros, o legislador harmonizou o princípio dispositivo com o inquisitório, pois ampliou os poderes do juiz, sem excluir o ônus das partes de demonstrar os fatos narrados.¹³³

Sob esse ponto de vista, enquanto a possibilidade de iniciar o processo constitui-se poder exclusivo das partes¹³⁴, independentemente da natureza da pretensão discutida, sendo vedado ao juiz interferir no pedido e na causa de pedir (lides individuais), a constituição do conjunto probatório está relacionada ao exercício da jurisdição e não é monopólio dos litigantes: o interesse público exige que seja prolatada decisão quando formada a convicção do juiz.

O pronunciamento judicial cumpre a função de compor uma controvérsia e, no caso das lides coletivas, um conflito de alta relevância social. Por isso, acolhemos os argumentos esboçados por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira¹³⁵:

¹³¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A causa Petendi no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001, p. 187-191.

¹³² BEDAQUE, 2009, p. 88-89, nota 40.

¹³³ Ibid., p. 87, nota 40.

¹³⁴ Como exceção, o juiz poderá iniciar de ofício o inventário, nos casos previstos em lei.

¹³⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo. **Revista Processo e Constituição: Cadernos Galeno Lacerda de estudos de direito processual constitucional**, n. 1, Porto Alegre: Faculdade de Direito, UFRGS, 2004, p. 89-121.

Basta pensar em que a aplicação do princípio dispositivo em sua concepção clássica, impondo exclusiva contribuição das partes no aporte ao processo da matéria de fato, relativiza além do desejável a apreciação da verdade pelo juiz, forçando-o a se contentar passivamente com a versão trazida pelas partes. Também restringe a liberdade do órgão judicial de maneira inconveniente à adoção do chamado sistema da prova legal ante a rigorosa regulação da apreciação da prova, cujo exemplo mais acabado é fornecido pelo direito comum.

Nesse particular, como entendemos, o processo é um instrumento a serviço da jurisdição, que ostenta natureza pública, motivo justificador da atuação oficial do magistrado, visto que instaurado o processo e delimitado o pedido e causa de pedir, interessa ao Estado a correta aplicação da lei regente do caso, ou melhor, interessa ao juiz prolatar decisão que tenha elevado grau de aceitação. Para tanto, a prova assume posição de relevo, no sentido de permitir a formação do convencimento judicial.

Importante explicar que há uma contradição ao interligar o poder probatório do juiz à relação de direito material discutida, ou seja, se for direito disponível, não estará autorizado o magistrado a determinar a produção da prova; caso contrário, se direito indisponível, tanto as partes quanto o juiz devem atuar conjuntamente na produção da prova.

Ainda, infundado é o argumento de que a apuração oficial da verdade é expressão do autoritarismo político capaz de aniquilar a autonomia da vontade, posto que se a parte não requer a produção de determinada prova, estaria renunciando ao direito emergente do fato alegado e ao juiz não seria justo intervir.¹³⁶

Nesse passo, é irrelevante a natureza disponível ou indisponível da relação material para a iniciativa probatória do juiz. Assim, o princípio dispositivo é o poder conferido às partes de iniciar o processo e fixar seus limites, de modo que a única limitação à atividade do juiz quanto a prova é a de que a ele não é permitido ir além do que foi fixado na lide.

Logo, a questão não se resolve sob o ponto de vista da relação material discutida, mas sim, à luz do objeto litigioso das partes. Uma vez proposta a demanda por iniciativa das partes e fixado seu objeto, apto estará o juiz a determinar a prova necessária a formar seu convencimento.

Assim, cabe às partes fixar o objeto da demanda, seus limites, mas a determinação da prova não fica restrita ao seu poder. O juiz precisa ser ativo e determinar a produção das provas necessárias para servir de base do julgamento. Contudo, há limites à atuação de ofício, pois toda medida deverá ser submetida ao contraditório.

¹³⁶ BARBOSA MOREIRA, 1989, p. 48, nota 115.

Como por exemplo, se o juiz julgar necessária a realização de perícia deverá determinar sua produção por meio de um despacho motivado e, após a juntada do laudo aos autos, deve possibilitar às partes envolvidas o exercício do contraditório e da ampla defesa, corolários do processo. Logo, cabe às partes instaurar o processo, mas este se move por impulso oficial.¹³⁷

O que não se pode admitir é a vedação a iniciativa probatória oficial. O que é privado é o pedido de tutela jurisdicional e seus limites, feito exclusivamente pelas partes, independente da natureza da relação processual. Por outro lado, o modo de prestar a tutela é público, pois o ritmo e o impulso do processo são dados pelo juiz, com a colaboração das partes.

Por isso, o modo de buscar a verdade e de escolher a prova está ao arbítrio dos litigantes, posto que além dos interesses privados das partes existe outro, mais relevante: o interesse do Estado na correta atuação do ordenamento jurídico mediante a atividade jurisdicional.

Assim, os sujeitos do processo podem estabelecer limites aos fatos que serão examinados pelo juiz, mas não em relação à prova. Logo, na legislação contemporânea há uma tendência à ampliação dos poderes do juiz para verificar dados relevantes da causa, nos limites do pedido e causa de pedir, em consonância ao princípio dispositivo, sem retirar o dever das partes no que tange à instrução probatória.

Nas lides coletivas, em contrapartida, há um ponto que merece ser destacado.

O princípio da demanda rege de igual maneira as lides individuais e as coletivas: o legitimado a ajuizar a demanda coletiva deverá dar início ao feito, fixando seu limite e pedido, contudo, o juiz poderá fazer o controle do pedido e da causa de pedir. Além disso, há no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos coletivos iniciativas que competem ao juiz estimular o legitimado adequado a ajuizar uma ação coletiva quando houver, à guisa de exemplo, diversos processo individuais versando sobre o mesmo pedido.

Com efeito, nas demandas coletivas a fixação do objeto litigioso do processo submetese à interpretação extensiva do juiz, “nos limites da necessidade de proteção do bem jurídico coletivo subjacente, considerando o contraditório, como dinamizador da relação processual¹³⁸”.

¹³⁷BARBOSA MOREIRA, 1989, p. 46, nota 116.

¹³⁸LUCON, Paulo Henrique dos Santos. GABBAY, Daniela Monteiro. Superação do Modelo Processual rígido pelo Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, à luz da atividade gerencial do juiz. In: GRINOVER et. al. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 87.

Além disso, pode ser que, após o ajuizamento da demanda surjam fatos novos que devem ser agregados à ação coletiva ou até mesmo, que o juiz entenda que um fato não alegado, por questões de economia processual, poderá ser discutido no bojo desse processo que segue seu curso. Assim, a possibilidade de alterar o pedido e causa de pedir acarretará maior celeridade processual.

Desta feita, observando-se o contraditório, o objeto da demanda pode ser alterado em qualquer fase do processo, tendo em vista os princípios que informam o direito coletivo. Destarte, o juiz poderá determinar a produção da prova necessária ao esclarecimento dos fatos delimitados na inicial e, também, dos novos fatos aduzidos. Logo, devido ao interesse público na defesa do direito coletivo, como, por exemplo, nas causas referentes ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio cultural, às crianças e adolescentes, entre outros, a previsão de um sistema aberto é o mais coerente com a defesa dos interesses metaindividuais.

4.2. Princípio da imparcialidade

A imparcialidade do julgador é inseparável do órgão da jurisdição e, ao mesmo tempo, é pressuposto para a instauração válida da relação processual. Trata-se de garantia de justiça para as partes, que têm direito de serem julgados pelo órgão imparcial¹³⁹, visto que o julgador não pode formar seu convencimento previamente, antes de instaurado o contraditório.

Consoante Geovany Cardoso Jevaux¹⁴⁰:

A dogmática trabalha com a imparcialidade como um símbolo. Enquanto tal, a palavra imparcial configura-se num estereótipo que chama o senso comum de justiça: equilíbrio entre um interesse e outro de forma que nenhum deles esteja em vantagem ou desvantagem até que o “Estado” diga qual prevalece.

Nessa linha de ideias, a imparcialidade implica um senso de justiça, vez que o Estado, representado pelo juiz, somente resolverá os litígios postos para análise diante do material probatório aportado aos autos, e livre influência ideológica, sem pender para umas das partes. Não obstante, “o homem que produz a norma nunca se depreende de suas pressuposições e de

¹³⁹ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2005, p. 54, nota 31.

¹⁴⁰ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **A simbologia da imparcialidade do juiz**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 75.

sua experiência histórica”¹⁴¹. Contudo, apesar desses condicionamentos, o aplicador da lei é instando a decidir somente após formar seu convencimento, por meio da instrução processual.

Ultrapassadas as discussões conceituais, entre os argumentos utilizados por parte da doutrina¹⁴² contra a atividade instrutória oficial do juiz sobreleva-se o temor de se quebrar a imparcialidade do magistrado, que não pode favorecer qualquer das partes¹⁴³. Relatam que há incompatibilidade entre o exercício dos poderes conferidos pelo artigo 130 do Código de Processo civil e a imparcialidade do juiz¹⁴⁴. Afirmam que a inércia do julgador frente a prova garante sua imparcialidade.

Nesse ínterim, alguns doutrinadores obtemperam que o resultado do processo é reflexo do grau de empenho das partes, visto que a atuação oficiosa do juiz pode colocar em risco sua imparcialidade¹⁴⁵, pois o juiz estaria advogando em prol de uma das partes, suprimindo uma deficiência técnica, por exemplo¹⁴⁶. Contudo, em se tratando de direitos indisponíveis poderia o julgador exercer essa faculdade.

Dessas opiniões ousou discordar. A uma porque o poder conferido ao juiz na instrução probatória é indiferente ao tipo de relação material discutida. A duas porque o juiz poderia ser parcial em se tratando de direitos indisponíveis? A resposta é, sem dúvida, negativa.

Não se deve perder de vista que existe interesse público na obtenção da justa composição da controvérsia, acarretando a atribuição dos poderes instrutórios do juiz, independentemente da natureza da relação jurídica discutida. O processo como instrumento da atividade jurisdicional do Estado é um só, sendo irrelevante se a matéria é civil, penal, trabalhista, de direito material ou processual.

A prova tem por objetivo convencer o juiz sobre a existência ou não das alegações. Por isso, independentemente da natureza do direito, a atividade instrutória é permitida por lei. Assim, a atividade oficial do juiz não entra em choque com a imparcialidade do juiz e o direito das partes ao processo justo, exceto se o juiz não observar o contraditório e favorecer

¹⁴¹JEVEAUX, 1999, p. 78, nota 140.

¹⁴²JARDIM, Afrânio Silva. O princípio dispositivo e a intervenção do Ministério Público no processo civil moderno. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 44, n. 166, p. 44-166, dez. 2008.

¹⁴³BEDAQUE, 2009, p. 108, nota 40.

¹⁴⁴MONTERO AROCA, 2002, p. 412.

¹⁴⁵YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 130.

¹⁴⁶WAMBIER, Luiz Rodrigues. SANTOS, Evaristo Aragão. **Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar**. In: MEDINA, José Miguel (Coord). Os Poderes do Juiz e o Controle das decisões Judiciais: estudos em Homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 153.

uma em detrimento de outra¹⁴⁷. No magistério de Barbosa Moreira¹⁴⁸, quando se determina a produção da prova não se sabe de antemão a quem beneficiará, pois o juiz não tem condições de prever o seu resultado. Não seria parcial um juiz que, tendo conhecimento de que a produção de determinada prova possibilitará o esclarecimento de um fato, deixe de fazê-lo? E se tal atitude beneficiar a parte sem razão¹⁴⁹? Logo, o resultado da prova não será previsto pelo juiz.

Cabe enfatizar que não importa vencer autor ou réu: deve vencer quem tem razão. E a busca de provas serve para esclarecer fatos controversos e possibilitar a atuação do direito, sem que tal atitude esteja sendo tomada em prol de qualquer das partes.

O magistrado, ao determinar a produção de prova de ofício, não compromete sua imparcialidade. Ele não age em favor de qualquer das partes e não está subsidiando qualquer dos litigantes. Ao contrário, está desempenhando a sua função para julgar bem. Ele não advinha a quem a prova beneficiará, afinal, uma vez introduzida nos autos a prova passa a pertencer ao processo.

Se a determinação da prova de ofício compromettesse a imparcialidade do juiz, por beneficiar uma das partes, no caso de omissão em determinar a prova também a comprometeria. Ora, a falta da prova beneficiará a quem for desfavorável, caso se realizasse. Assim, se o juiz perceber que precisa provar determinado fato e não determinar a produção da prova de ofício estará sendo parcial.

Vislumbramos que o juiz, ao exercer o seu poder probatório, age de acordo com os fins do processo de prestar a tutela jurisdicional adequada, já que a atividade instrutória não deve ficar concentrada exclusivamente nas mãos das partes. Busca averiguar e verificar adequadamente os fatos, mesmo que seja tarefa difícil chegar a verdade real. Mas, quanto mais próximo a ela, melhor será a atuação da norma jurídica concreta. Seria parcial o juiz que assistisse o confronto entre as partes e nada fizesse para possibilitar o exercício do contraditório com paridade de armas.

¹⁴⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo. **Garanzie costituzionali e giusto processo (modelli e confronto)**. Revista do processo. São Paulo, ano 23, n. 90, p. 122, abr-jun, 1998.

¹⁴⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba**. In Temas de direito processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 81.

¹⁴⁹ BEDAQUE, 2009, p. 110, nota 40.

Nessa esteira, se a reconstrução adequada dos fatos, por meio de determinação da prova de ofício, beneficiar quem tem razão, não comprometerá a imparcialidade do juiz, que se revela quando há iguais oportunidades para os litigantes e atenção aos seus argumentos.¹⁵⁰

À luz desses argumentos compactuamos que o juiz não deve ser omissos com o resultado do processo, mas sim comprometido com a efetividade e a justiça. Em vista disso, exige-se do magistrado atuação voltada a busca da justiça. Em consequência, deve ser dotado de poderes instrutórios, pautados na ética, sem que isso comprometa sua imparcialidade, pois seu dever é dar razão a quem tem, por meio da prolação de uma sentença correta e justa.¹⁵¹

Todavia, ao produzir a prova de ofício, deve o juiz motivar a decisão que a determina, e ainda, submetê-la ao crivo do contraditório (art. 93, IX e art. 5º, LV da CF/1988), que é uma arma contra o arbítrio do julgador¹⁵² e, ao mesmo tempo, um limite imposto ao exercício do poder probatório.

Em outras palavras, “os verdadeiros modos de exorcizar o fantasma da parcialidade do juiz consistem, sobretudo, em submeter a atividade do juiz à observância do contraditório, [...] e também, principalmente, o dever de motivação¹⁵³.”

Logo, é perfeitamente viável o exercício do poder probatório do juiz, sem comprometer a garantia da imparcialidade. Para tanto, ao determinar a produção de determinada prova deve o julgador estar atento aos limites da demanda, às garantias das partes em juízo e, principalmente, à garantia do contraditório e da ampla defesa e à necessidade de motivar os atos judiciais.

O juiz seria parcial se permanecesse omissos e não exercesse o seu poder para tornar iguais partes desiguais. Sua interferência, sob esse aspecto, possibilitará às partes litigar em condições de igualdade e, via de regra, ajudará o litigante menos favorecido econômica, social ou intelectualmente a lutar com paridade de armas, por corrigir eventuais desvios. Tal atitude não significa assistencialismo, mas sim, a correta atuação do processo para dizer adequadamente o direito. E nas lides coletivas, essa atuação enérgica mostra-se condizente com os princípios informadores desse tipo de tutela.

¹⁵⁰TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. **Revista do Processo**. São Paulo. ano 23, n. 91, p. 107, 1988.

¹⁵¹RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 179.

¹⁵²BEDAQUE, 2009, p. 115, nota 40.

¹⁵³BARBOSA MOREIRA. O juiz e a prova. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 35, p. 177-184, 1984.

4.3. Princípio da igualdade

O princípio da isonomia decorre da garantia constitucional de igualdade de todos perante a lei, nos termos inserto no artigo 5.º da Constituição Federal de 1988. A igualdade é um direito fundamental alçado à categoria de cláusula pétrea. É um dos princípios que alicerça o sistema jurídico e, conseqüentemente está inserto em todas as normas processuais. Isso implica a observância do “equilíbrio e garantia de tratamento paritário entre as partes, tanto do ponto de vista material quanto processual¹⁵⁴”.

Sob esse prisma, a garantia da igualdade significa conferir aos litigantes as mesmas oportunidades e instrumentos processuais ao exercício do contraditório e ampla defesa, com fito de atingir a igualdade substancial.

Obtempera-se que, em decorrência desse direito fundamental, clama-se pela igualdade material, de modo a restabelecer o equilíbrio entre as partes e possibilitar a “[...] livre e efetiva participação no processo¹⁵⁵”.

Nesse sentido, a desigualdade substancial das partes justifica um maior grau de intervenção estatal e, portanto, maior atuação do juiz na instrução do processo¹⁵⁶, visto que a garantia constitucional da isonomia deve refletir no processo ante a incompatibilidade entre Estado social de direito e o Processo Civil de cunho individualista, cujas regras consagram a autonomia da parte como valor absoluto, sem ater-se à diferença de armas dos litigantes.

Nesta senda, por aplicação prática do princípio em comento, a todos os postulantes devem ser assegurados a garantia de desfrutar de iguais faculdades e sujeitar-se a iguais ônus e deveres. À toda evidência, sob o fundamento de legitimar o princípio da igualdade se justifica a maior intervenção judicial em tema de prova¹⁵⁷.

Para a concretização da isonomia no processo, imperioso que as partes disponham das mesmas oportunidades e dos mesmos instrumentos processuais aptos à realização de seus

¹⁵⁴ LEAL, Rogério Gesta. As garantias constitucionais do processo no Brasil. NASCIMENTO, Carlos Valder do. DELGADO, José Augusto (Org). **Coisa Julgada Inconstitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 431-455.

¹⁵⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. Os princípios e as garantias fundamentais no projeto de Código de Processo Civil; breves considerações acerca dos artigos 1 ao 12 do PLC 166/10. **Revista eletrônica de Direito Processual – REDP**. 6. v. Disponível em: www.redp.com.br. Acesso em: 10 de fev. 2010, p. 49-92.

¹⁵⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. **Revista do processo**. São Paulo, ano 10, n. 37, p. 140-150, 1985.

¹⁵⁷ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 389.

direitos. Nesse passo, sustenta-se que a igualdade aqui retratada é alcançada por meio da garantia do contraditório.

No processo coletivo, muitas vezes, o desequilíbrio entre as partes é fator que serve como desestímulo ao ajuizamento de ações, posto que geralmente o causador do dano possui melhores condições de obter profissionais de qualidade e de obter acesso a todos os tipos de provas.¹⁵⁸

Outrossim, como no exemplo citado, impende ao juiz possibilitar o equilíbrio entre as partes, como por exemplo, ao prestar informação sobre o ônus de cada litigante, ao determinar que esclareçam informações prestadas ou que produzam determinada prova, principalmente quando houver significativa desproporção econômica e sociocultural entre os litigantes.

O art. 125, I, do CPC consagra em termos expressos para o juiz o dever de “assegurar às partes igualdade de tratamento”. É um reflexo no plano processual do princípio da isonomia. Oportuno registrar que, ao conferir ao juiz o poder de determinar a produção de prova de ofício, o legislador lhe oferece um instrumento para concretizar a igualdade. Isso porque não basta alegar o direito constitucional de ação se, para exercê-lo, a parte não dispuser de meios eficientes e de instrumentos adequados.

Sendo assim, pode-se correlacionar o direito de ação à necessidade do exercício do poder probatório pelo juiz. Ou seja, não basta acionar a justiça, deve-se obter do Estado resposta condizente aos fatos ocorridos e, como esses muitas vezes não restam adequadamente provados, a parte carente de recursos poderá restar prejudicada.

Nesse particular, o litigante munido dos melhores advogados, por possuir maiores recursos, detém certas vantagens que desequilibram os pratos da balança. Com se vê, na prática as diferenças de paridade de armas funcionam como óbice ao acesso à justiça. Desta feita, não se pode utilizar do argumento de que os litigantes sabem melhor cuidar dos próprios interesses, reduzindo ao juiz o papel de mero árbitro¹⁵⁹.

Cabe ao juiz averiguar, no caso concreto, a necessidade da produção de prova, sem que isso signifique estar beneficiando qualquer das partes, com o fim de realizar justiça e igualdade no campo processual, que em certos aspectos reproduz desigualdades.

¹⁵⁸ MAZZEI, Rodrigo. Tutela Coletiva em Portugal: uma breve resenha. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coord). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 655.

¹⁵⁹ BARBOSA MOREIRA, 2007, p. 100, nota 88.

Nesta baila, a atuação do juiz é instrumento hábil na busca da igualdade real. No atual estágio da civilização é despiciendo contentar-se com uma igualdade aparente, formal. Registra Ada Pellegrini que os princípios atinentes ao processo liberal não garantem um processo efetivo, que somente será alcançado se houver igualdade técnica e econômica entre os litigantes.¹⁶⁰

Desse modo, a real igualdade será verificada no processo se a solução dada à lide não resultar da superioridade econômica e cultural de uma das partes. Nessa órbita, considerando-se que a parte mais fraca nem sempre possui as mesmas condições que a mais forte, a produção de prova de ofício é um instrumento de justiça, para corrigir eventuais desigualdades e realizar a pacificação social, com a correta aplicação da lei a fatos realmente provados e esclarecidos. Convém ressaltar que não se trata de função assistencialista, mas de atividade justificada pelo Estado social de direito.

Insta frisar que, ao atuar visando a busca da verdade real não estará o magistrado descumprindo o princípio da imparcialidade, tampouco agindo em prol de uma das partes, como será discutido abaixo, estará atuando para aplicar o direito de forma equânime e justa.
161

Somente um comportamento ativo do julgador faz com que seja efetivado o princípio da igualdade. A omissão de uma parte na instrução do feito, muitas vezes, é fruto do desequilíbrio material, o que demanda uma intervenção do Estado, representado pelo juiz, como o fito de efetivar esse princípio.

Logo, com vista ao pleno acesso do jurisdicionado à tutela efetiva, a determinação de prova de ofício é um instrumento colocado à disposição do magistrado para corrigir a desigualdade substancial que, no caso concreto, pode desequilibrar a relação jurídica processual, no tocante aos meios probatórios.

A despeito desse entendimento, importante trazer a colação o artigo 7º do anteprojeto de Código de Processo Civil em trâmite na Câmara dos Deputados:

¹⁶⁰GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1973, p. 14-15.

¹⁶¹Barbosa Moreira relata que: “atento à finalidade social do processo, conclui pela necessidade de adoção de determinadas diretrizes que, a seu ver, se harmonizam com a preocupação de humanização da justiça e atendem a um dos princípios fundamentais do processo, que é o da igualdade substancial e não apenas formal: acentuação do caráter publicístico do processo, maior adequação de suas regras e institutos aos fins visados, ampliação do papel do juiz e reforço de seus poderes”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As bases do direito processual civil. In: **Temas de direito processual civil**: quarta série. Saraiva, 1977, p. 11).

Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório.

4.4. Princípio da fundamentação das decisões judiciais

Outro limite à atividade oficial do juiz consta no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal¹⁶², que prescreve o dever de motivar as decisões judiciais.

É tamanha importância do dever de motivar que a Constituição Federal consagra ser nula qualquer decisão desprovida de fundamentação. Por esta razão, o dever de motivar é uma forma de legitimar a decisão. O juiz, nas razões de decidir, convence, por meio de bons argumentos, os litigantes de que o juiz está decidindo em respeito ao sistema jurídico vigente, e não por convicção íntima.

Nesse passo, o juiz deverá motivar a decisão em que determina a produção de prova de ofício como meio de legitimá-la, de sorte que, motivar uma decisão judicial é justificá-la, não é fundamentá-la de um modo impessoal, mas sim, é demonstrar as razões do julgador. O direito democrático, obra da persuasão e razão, deve procurar, pela motivação, ter uma decisão arrazoada e aceita por todos os membros da coletividade, logo, decisão racional e legítima.¹⁶³

Assim, não há óbices para o exercício da iniciativa probatória oficial. Contudo essa atividade implica no dever de fundamentar a decisão para permitir o exercício de ampla defesa pela parte que se opuser à atuação oficiosa do juiz.

O novo perfil do Estado ocasionou o crescimento da atividade judiciária. Conseqüentemente, sobleva-se a relevância da fundamentação das decisões judiciais, que não se dirige somente às partes, mas também à sociedade. Disso resulta que “[...] a legitimação da atuação do magistrado decorre da fundamentação de decisão judicial, sendo a falta de fundamentação uma violação à democracia e aos valores inseridos na Constituição Federal”¹⁶⁴.

¹⁶²Artigo 93, inciso IX – “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”.

¹⁶³ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins fontes, 2005, p. 569-579.

¹⁶⁴OLIVEIRA NETO, Olavo de. Princípio da fundamentação das decisões judiciais. In: LOPES, Maria Elizabete de Castro. OLIVEIRA NETO, Olavo de (org). **Princípios Processuais Cíveis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier Campos, 2008, p. 202-203.

4.5. Princípio cooperativo

O processo se desenvolve por uma sucessão de atividades. Nesse percurso, as partes e o juiz atuam conjuntamente vez que, por meio desse instrumento objetiva-se atingir a realização de valores, que alicerçam o sistema jurídico, especialmente, os de conteúdo constitucional¹⁶⁵.

Isso implica afirmar que no atual estágio do processo autor, réu e juiz trabalham juntos, cooperativamente. Nesse contexto, o tema poderes do juiz vincula-se estreitamente “à natureza e função do processo”, “à maior ou menor eficiência desse instrumento na realização dos seus objetivos” e ao “papel que é atribuído ao magistrado”, na condução e solução do processo, com vistas a atingir seus escopos jurídicos, sociais e políticos, com razoável duração e justiça¹⁶⁶.

Como dito alhures, o magistrado é instado a atuar em conjunto as partes, devido a sua função de agente-colaborador¹⁶⁷ do processo, participante ativo do contraditório. Logo, sua postura não se restringe a mero fiscal de regras.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira aduz que a complexidade da vida atual justifica a cooperação entre os atores processuais, mostrando-se inadequada a “investigação solitária do órgão judicial”.¹⁶⁸

Ensina Didier Junior¹⁶⁹ que o princípio da cooperação se alicerça nos deveres de esclarecimento, consulta e prevenção. O dever de esclarecimento consiste na função do magistrado de tornar clarividente as dúvidas das partes acerca de suas alegações, pedidos ou posições afirmadas em juízo. Cabe ao ele, por consequência lógica desse dever, alertar as partes sobre a relevância de dada prova para o deslinde da causa.

Tendo em vista o dever de cooperação, cabe ao julgador consultar as partes antes de decidir com base em questão de fato ou de direito não discutida, determinar de ofício a produção probatória, entre outros. Em outro viés, o dever de consulta se manifesta com a garantia do contraditório e assegura aos litigantes o direito informação e reação sobre as

¹⁶⁵ OLIVEIRA, 2004, p. 89-121, nota 135.

¹⁶⁶ Ibid., 89-121.

¹⁶⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo**. n. 127. São Paulo, p. 75-79, 2005.

¹⁶⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Garantia do contraditório”. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantias constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999, p. 139.

¹⁶⁹ DIDIER JÚNIOR, op. cit., p. 75-79, nota 167.

atividades realizadas no processo. Logo, representa uma vedação à decisão surpresa, pois os litigantes devem ser instados a se manifestarem sobre os atos processuais.

Quanto ao dever de prevenção, impende ao juiz apontar as deficiências dos litigantes durante a instrução probatória, possibilitando que as mesmas sejam supridas. Logo, o juiz deve prevenir às partes sobre eventual deficiência probatória.

Por dicção do artigo 130 do CPC caberá ao juiz determinar a prova de ofício e acrescenta-se, tal prerrogativa poderá ser exercida quando a atividade da parte for insatisfatória e dentro dos limites da demanda. Esse poder cristaliza-se diante do processo cooperativo, em que partes e juiz produzem a prova, sem que a atitude de um elimine ou diminua a do outro.

Nesse viés, constatamos a relevância do princípio cooperativo. Por meio da cooperação assegura-se o equilíbrio entre as partes no transcorrer do processo. Para tanto, o juiz assume o ponto central da problemática, não como fiscal da lei, mas como verdadeiro gestor processual.

Conveniente ressaltar nesse momento, que o conceito de processo não se restringe a um conjunto de técnicas e procedimentos, desprovido de valores culturais¹⁷⁰ ou sociais. Ao contrário, ele é informado por uma série de princípios dotados de relevância jurídica, como por exemplo, a busca incessante pela efetividade. Nesse terreno, a cooperação assume emblemática relevância, visto que a realidade processual “não constitui nem pode constituir, um recinto isolado, hermético, impermeável ao ambiente que se insere”.¹⁷¹

Nessa trilha de ideias, o princípio cooperativo emerge da nova visão do processo constitucionalizado, instrumento de efetividade, justiça e concretizador dos direitos fundamentais.

De curial, nessa quadra, que o processo depende da atuação das partes e do juiz para atingir suas finalidades precípuas. Conforme pontifica Mauro Capelletti¹⁷²:

¹⁷⁰MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 25-26. Segundo Mitidiero: “Com o decorrer da história o direito foi adquirindo uma feição técnica. Não obstante, sua compreensão como um conjunto de normas formais e abstratas teve como consequência sua colocação fora do âmbito cultural. Cabe advertir, no atual estágio incabível entender esse fenômeno distanciado da realidade cultural, pois, ele deve ser entendido com as características da “humanidade, socialidade e normatividade do jurídico, frisando-se a gênese axiológica e cultural” dessa ciência.”

¹⁷¹MOREIRA, 1984, p. 380-394, nota 105.

¹⁷²CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Tradutor: Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008, 1 v, p. 360-369.

[...] Ademais, enquanto o individualismo do oitocentos estava fielmente refletido na concepção do processo civil como “assunto privado das partes” - o movimento até a afirmação de um papel mais ativo do juiz na direção do processo reflete, na alteração, a crescente exigência de intervenções públicas na econômica e, em geral, na vida privada [...] o grande desafio de nossa época: o de conciliar a liberdade privada individual com a justiça social.

Nessa linha de ideias, o processo civil reedificou-se. Isso implica afirmar não ser mais uma técnica a restrita a *Caio e Tício*, exclusivamente. Ao revés, essa ciência exsurge como técnica de garantia da efetivação dos direitos, desde os individuais, aos que veiculam pretensões coletivas e, à toda evidência, confere-se mais poderes ao juiz.

Para melhor compreender a atual conjuntura do processo civil, em breves linhas estudaremos sua evolução histórica. Em termos de fases metodológicas, destacamos: o praxismo, o processualismo e o instrumentalismo, diferentes formas de pensar o instituto.¹⁷³

O praxismo desapontou na época em que o direito processual era mero apêndice do direito material. Em outras palavras era direito “adjetivo”, um ramo do direito desprovido de vida própria e indissociável do direito “substantivo”¹⁷⁴. Nessa fase o direito material e o processual confundiam-se. Trocando em miúdos, o processo era mero procedimento, um apêndice do direito material.

A dissociação entre os dois ramos de estudo defluiu do desenvolvimento da processualística alemã, na segunda metade do século XIX, ante o reconhecimento do processo como ciência racional autônoma e do nascimento de inúmeros institutos processuais, como os atos, a litispendência, a coisa julgada, entre outros.

O processo dissociou-se do direito material emergindo como ciência autônoma, com características próprias. No entanto, nessa fase ele ainda era destinado a tutelar, especialmente, as pretensões individuais. O aprimoramento do instituto nessa fase acarretou o distanciamento do processo de suas finalidades axiológicas.

Nesse viés, o processo era chamado a servir de instrumento do direito material, sem distanciar-se das necessidades sociais e políticas. Sob esse fundamento, portanto, exsurge sua perspectiva instrumentalista¹⁷⁵. Essa nova perspectiva defluiu da tomada de consciência da necessidade de se observar o sistema a partir das influências externas, no tocante às realidades sociais e políticas da sociedade.

¹⁷³ Essa divisão histórica foi estudada por Daniel Mitidiero que inclui como a fase atual do processo o formalismo valorativo. MITIDIERO, 2009, nota 170.

¹⁷⁴ MITIDIERO, op. cit., p. 29-47, nota 170.

¹⁷⁵ Ibid., p. 29-47.

Seguindo a mesma orientação, o processo é um “instrumento” com escopos sociais, políticos, jurídicos a alcançar¹⁷⁶ e, portanto, é dotado de “[...] propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam (escopos)¹⁷⁷”. Ele é instado a realizar a pacificação social, por meio da prestação jurisdicional comprometida a efetivar o direito fundamental de acesso à Justiça e, para tanto, é influenciado constantemente pelos valores emergentes da sociedade a que serve. Logo, não é uma ciência eminentemente técnica, ante os valores axiológicos que a estruturam.

A despeito desse entendimento, Dinamarco¹⁷⁸ afirmou que:

Nessa linha, foi surgindo a consciência de que o sistema processual não tem natureza e objetivos puramente técnicos, com a afirmação de sua permeabilidade à ação dos valores tutelados na ordem político- constitucional e jurídico- material (os quais buscam efetividade através dele) e com reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina.

Para acolher essa perspectiva, esse ramo do direito não pode estar infenso à realidade cultural que o cerca. Essa realidade conclama uma atuação enérgica do poder judiciário e um espaço mais democrático e autêntico ao exercício da cidadania. À toda evidência, o processo é ato de três pessoas: juiz, autor e réu e o princípio cooperativo exsurge como sustentáculo legitimador dessa atuação.

É uma premissa decorrente da visão constitucional desse instrumento primar pela justeza da decisão. No escólio de Daniel Mitidiero, o ativismo judicial emerge como “irreversível”, de modo a ser a posição mais engajada com o modelo de processo cooperativo.¹⁷⁹ Ao se conferir poderes instrutórios ao juiz, supera-se uma visão individualista e privatista do processo e prestigia-se sobremaneira a igualdade entre as partes.

Nesse contexto, o processualista moderno é sábio para compreender que imparcialidade não se confunde com neutralidade axiológica. Assim, a atividade cooperativa das partes e do juiz desenvolve-se com o fito de atingir a máxima instrumentalidade do processo e o juiz age como “canal de comunicação entre o universo axiológico da sociedade e o caso concreto”, sem infringir o dever de imparcialidade. Essa nova característica da atuação do julgador não o

¹⁷⁶ DINAMARCO, 1998, p. 212.

¹⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 116.

¹⁷⁸ Ibid., p. 113.

¹⁷⁹ MITIDIERO, 2009, p. 99, nota 170.

transmuda em legislador, tampouco quebra sua imparcialidade frente aos litigantes, porque ele se apega à solução de casos concretos¹⁸⁰.

Nessa linha de raciocínio, no modelo cooperativo de processo, a garantia contraditório destaca-se como valor primordial, inseparável do processo constitucional, que encontra na base mesma do diálogo, a cooperação¹⁸¹.

Nesse modelo o juiz assume duas posições: é paritário durante a instrução processual: participa do diálogo entre as partes, esclarecendo-as, prevenindo-as e auxiliando-as; por sua vez, é assimétrico na prolação a sentença¹⁸². Por esse entendimento, durante o curso processual o juiz deve oportunizar aos litigantes o direito de participarem do desenvolvimento do processo de decisão.

Não sendo despiciendo, no entanto, afirmar a necessidade de cooperação para o sucesso da fase de conhecimento, para resolver a situação litigiosa da melhor forma, por meio da prolação da sentença justa¹⁸³.

Por derradeiro, concluímos que, com sustentáculo no princípio da cooperação, as partes e o juiz trabalham na produção probatória e serão, ao mesmo tempo, os responsáveis pelo resultado do processo, visando a atingir o justo.

Corroborando os argumentos supramencionado, veja-se o artigo 5º do anteprojeto de Código de Processo Civil em trâmite na Câmara dos deputados:

Art. 5º As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhes subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas urgentes.

Como se vê, esse dispositivo refere-se ao princípio da cooperação, em que há um papel atribuído às partes e ao juiz. Quanto a estas, não podem provocar a jurisdição de forma despretensiosa mas sim, devem buscar a melhor solução ao conflito, por meio de sua participação. No caso do juiz, houve uma evolução do seu papel, ante o modelo de justiça adequado à contemporaneidade, “[...] o juiz deve adotar uma postura de intermediação,

¹⁸⁰ DINAMARCO, GRINOVER, 1988, p. 114, nota 177.

¹⁸¹ OLIVEIRA, 2004, p. 89-121, nota 135.

¹⁸² MITIDIERO, op. cit., 2009, p. 102-103, nota 170.

¹⁸³ Conforme Guasp, o desfecho final do processo se dará com a prolação da sentença de mérito. Cfr: GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**, 4. ed. Madri: Civitas, 1998, p. 477.

facilitando a comunicação, o diálogo entre as partes, que devem utilizar do processo para interagir e buscar, uma solução justa para o conflito¹⁸⁴”.

Diante das considerações expendidas até aqui, acolhemos o entendimento de que o ideal de cooperação, além de implicar um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, importará o restabelecimento do processo isonômico. Esse objetivo é alcançado no processo “[...] pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes¹⁸⁵”.

4.6. Princípio da comunhão das provas

Nesse particular, é de suma relevância registrar que o princípio da comunhão das provas¹⁸⁶ (também chamado princípio da aquisição) serve a legitimar a atuação oficiosa do magistrado.

Por esse princípio a prova pertence ao processo, pouco importando se o responsável por sua introdução nos autos tenha sido autor, réu, ministério Público ou juiz. Assim, ela não pertence à parte, tanto que, uma vez juntada aos autos poderá se utilizada em desfavor de quem a tenha produzido, ela não possui, portanto, identidade subjetiva.

Daniel Amorim Assumpção¹⁸⁷, ao se reportar ao princípio da Comunhão das provas, traz importante lição de Rui Portanova:

“Sendo o fim da prova levar a certeza à mente do juiz, para que possa falar conforme a justiça, diz Echandia, há um interesse indubitável e manifesto em razão da função que desempenha no processo. É o princípio do interesse público na função da prova. É evidente, cada parte persegue, com suas próprias forças, um benefício próprio e imediato. Contudo, há de se considerar, ainda, o interesse público mediato que está acima dos benefícios específicos das partes. Em consequência, a prova nunca pertence a uma ou outra parte, mas ao juízo. Por igual, o benefício que se retira do elemento probatório não se vincula somente ao interesse da parte que produziu tal prova. É o princípio da comunhão ou comunidade da prova, também chamado da aquisição”.

¹⁸⁴ PINHO, 2010, p. 49-92.

¹⁸⁵ OLIVEIRA, 2004, p. 89-121, nota 135.

¹⁸⁶ Esse é argumento apresentado pelo autor Geovany Jevaux no exame de qualificação do curso de Mestrado em Direito Processual Civil, da Universidade Federal do Espírito Santo, em 02 de set. 2011.

¹⁸⁷ ASSUMPCÃO, Daniel Amorim Neves. O princípio da comunhão das provas. Disponível em: <www.professordanielneves.com.br>. Acesso em: 10 de fev. 2012, p. 3.

Nessa seara, como a prova pertence ao processo, a partir do momento de sua produção ela passará a integrar a relação jurídica processual, permitindo ao juiz “extrair as consequências do fato provado, pouco importando como tenha chegado ao processo¹⁸⁸”. Por decorrência lógica desse princípio, uma vez introduzida a prova nos autos, não cabe à parte prejudicada requerer seu desentranhamento dos autos, pois a eficácia da prova se desvincula de quem a produziu.

Completando esse raciocínio, Barbora Moreira¹⁸⁹ anota que:

[...] A prova, depois de feita, é comum, não pertence a quem a faz, pertence ao processo; pouco importa a sua fonte, pouco importa sua proveniência. E, quando digo pouco importa a sua proveniência, não me refiro apenas à possibilidade de que uma das partes traga a prova que em princípio competiria a outra, senão também que incluo aí a prova trazida aos autos por iniciativa do juiz.

Seguindo a mesma orientação Eduardo Cambi¹⁹⁰ obtempera que:

As provas, depois de ingressarem ou serem produzidas no processo, tornam-se públicas e passam a integrar um único conjunto, em que o resultado das atividades processuais são comuns a ambas as partes, não se levando em consideração o litigante que trouxe ou produziu o meio de prova. Assim, as provas, ao ingressarem no processo, são subtraídas da disposição das partes, que as introduziram ou produziram-nas [...].

Pelas razões expendidas até aqui concluímos que cabe ao juiz, frente à moderna sistemática processual, analisar globalmente o conjunto probatório, sem perquirir a quem competiria o ônus de provar. Isso porque não importa saber quem produziu a prova, mas se os fatos integrante do *thema probandi* foram demonstrados, posto que o processo objetiva sobretudo dirimir os conflitos de interesses, por meio da correta aplicação do direito. Logo, a prova serve a reconstruir fatos relevantes da causa. Nesse caso, se o julgador tem elementos suficientes a formar sua convicção, pouco importa auferir a procedência da prova¹⁹¹.

De outra sorte, poderá o juiz determinar de ofício as provas necessárias ao deslinde do caso, visto que, à luz do princípio da aquisição da prova elas pertencem ao processo, tanto que os meios probatórios trazidos por um dos litigantes podem vir a beneficiar o outro. Em suma, a prova não aumenta ou diminui seu valor em razão quem a tenha introduzido no processo, pois, depois de colhida ela passará a ser comum.

¹⁸⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia. TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 501-502.

¹⁸⁹ BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 181, nota 152.

¹⁹⁰ CAMBI, 2006, p. 319, nota 34.

¹⁹¹ Ibid., p. 319.

Nesse contexto, da interpretação sistemática do artigo 355 do Projeto de Novo Código de Processo Civil (similar ao artigo 131 do Código em vigor), infere-se o princípio da livre convicção do juiz e, o que por ora nos interessa, o princípio da comunhão das provas, ao constar a expressão: “independente do sujeito que a tiver produzido.

Art. 355. O juiz apreciará livremente a prova, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na sentença as que lhe formaram o convencimento.

Os juristas que elaboraram o projeto de Lei nº 166/2010, que repercutirá no novo Código de Processo Civil, cientes da necessidade de flexibilizar a técnica processual, a fim de prestar a tutela justa, avançaram no sentido de fazer constar expressamente o princípio da aquisição, o que representa um incremento dos poderes do juiz, autorizando a produção probatória por qualquer sujeito do processo, incluindo o juiz.

Essa compreensão da prova também torna o mecanismo processual menos rígido, pois qualquer parte pode assumir a responsabilidade de produzir a prova de um fato obscuro, não importa ser autor ou réu, independentemente de como será valorada pelo juiz. Em contrapartida, se o princípio da aquisição processual não fosse adotado pela sistemática processual, o juiz ficaria impedido de valorar as provas em desfavor do litigante não agravado com o ônus de sua produção¹⁹².

Por derradeiro, o princípio da comunhão das provas implica reconhecer amplos poderes ao juiz no tocante à produção de prova de ofício. Como interessa a todos o desfecho do processo, com a entrega da solução justa para o caso, é forçoso reconhecer que a prova pertence ao processo, o que eleva o dever cooperativo dos atores processuais no sentido de aclarar os fatos postos em julgamento.

5 A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO

A garantia do contraditório, inserta no artigo 5º., inciso LV, da Carta Magna de 1988 Destarte, essa garantia é um dos aspectos do direito fundamental à igualdade de todos perante a lei, porque não podemos fechar os olhos às desigualdades sociais que impedem a participação efetiva dos litigantes no processo, como já foi exposto.

¹⁹² CAMBI, 2006, p. 332, nota 34.

Consoante Bedaque¹⁹³ o contraditório é um “[...] postulado destinado a proporcionar ampla participação dos sujeitos da relação processual nos atos preparatórios do provimento final”. A observância dessa garantia constitui um “fator de legitimidade” estatal que se revela na possibilidade de as pessoas influírem no resultado do processo.

Rogério Leal¹⁹⁴ atribui ao contraditório, no mínimo, três condições especiais, a saber: “[...] o direito das partes de serem devida e suficientemente informadas do que e no que estão envolvidas; o direito de serem, igualmente, suficiente e devidamente ouvidas; o direito de produzirem provas necessárias ao deslinde da lide.”

Pelo que foi exposto pelo autor, o direito de reação consubstancia-se no trinômio informação - reação - instrução probatória. A uma porque deve-se permitir ao litigante ter conhecimento do conteúdo da imputação que contra si é feita. A duas, após a ciência dos atos e termos do processo, as partes devem ter oportunidade de contrariá-los (a famosa reação, ou, a mera possibilidade, caso optem por nada fazer). A três, deve ser conferido aos litigantes o direito a ampla produção probatória.

A nosso sentir o contraditório se realiza com o trinômio: informação, reação e direito de produzir prova. Já a doutrina tradicional entende cuidar-se de: informação- reação- participação. A participação cinge-se a possibilidade de se instaurar o diálogo no processo, uma vez que “a perfeita comunicação se concretiza por meio da interação aberta e franca entre seus integrantes¹⁹⁵.” Além disso, “[...] a ideia de contraditório, que advém da dialética, assegura a garantia constitucional de participação das pessoas no processo, com o escopo de que elas possam influir no resultado¹⁹⁶”.

Deflui dos argumentos supra que esse princípio se efetiva por meio da participação dos litigantes no processo de formação da decisão e funcionam como um meio de exercer influência na formação do convencimento do julgador.

¹⁹³BEDAQUE, 1999, p. 170, nota 30.

¹⁹⁴LEAL, 2006, p. 431-455.

¹⁹⁵LOPES, Maria Elizabete de Castro. Princípio do Contraditório. In: LOPES, Maria Elizabete de Castro. OLIVEIRA NETO, Olavo de (coord.). **Princípios Processuais Cíveis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 104.

¹⁹⁶BRASIL JÚNIOR, 2007, p. 43, nota 51. Nesse passo, é de suma importância transcrever a opinião do autor sobre o princípio em comentário: “Se o contraditório, a exemplo do que ocorreu com a relação jurídica, também não é característica fundamental do processo- em que pese sua inquestionável importância, resta indagar qual é a propriedade que define sua natureza. Entendemos que a característica fundamental do processo não é a dialética, mas sua estrutura argumentativa, que demonstra ser o processo um método de argumentação em que se busca resolver o conflito de interesses entre as partes.”

Insta registrar, para melhor compreensão do trinômio supramencionado, a definição exposta por Comoglio, Ferri e Taruffo¹⁹⁷ do conteúdo mínimo para a efetivação do contraditório: a) a igualdade das partes no sentido formal e substancial; b) a possibilidade de defesa técnica; c) adequação qualitativa entre as possibilidades de alegação e produção de provas capaz de influenciar o processo de formação do convencimento do juiz; d) direito à informação dos atos processuais, entre outros.

Nesse passo, o diálogo é uma garantia de participação dos litigantes. Assim, instaurado o processo há uma tendência de se reforçar o poder do juiz, também com anseios a determinar a participação das partes em contraditório. Além disso, “[...] todo sistema processual é constituído de modo a oferecer a cada uma das partes, ao longo de todo procedimento, oportunidades para participar pedindo, participar alegando e participar provando¹⁹⁸.”

Nesse ínterim, como garantia do princípio em comento, a informação dos atos do processo é sempre obrigatória; já a reação é sempre possível, mas não é obrigatória. Por fim, a participação completa o trinômio, como aduzimos nas linhas anteriores.

Cruz e Tucci¹⁹⁹ assevera que devido ao entrelaçamento das atividades dos sujeitos do processo, “[...] impõe-se ao juiz o dever de provocar o contraditório das partes acerca do material probatório reputado idôneo para fundamentar a decisão”. Além disso, nas lides coletivas, em cujo processo se torna impossível que todos os interessados participem, reclama-se um equilíbrio entre a tutela que se busca e as garantias de atuação. Por isso, os poderes do juiz devem ser realçados.

Cruz e Tucci²⁰⁰ reportando-se a Cappelletti e Vigoriti, aduz que: “[...] o direito de ação e defesa não está limitado ao pedido inicial ou à resposta, mas expressa também uma garantia geral do direito de ser adequadamente ouvido durante todo o procedimento”.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira acentua que o contraditório é um princípio essencial no processo, por permitir a participação das partes na de formação do provimento destinado a interferir em sua esfera jurídica, posto que o processo não é um monólogo, mas sim um diálogo, uma conversação, uma troca de propostas, respostas, réplicas. É uma luta de persuasão e uma disputa argumentativa.²⁰¹

¹⁹⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezione sul processo civile**. Bolonha: Il Mulino, 1995, p. 15.

¹⁹⁸ DINAMARCO, 2002, p. 215, nota 43.

¹⁹⁹ CRUZ E TUCCI, 2001, p. 187-191.

²⁰⁰ Ibid., p. 200.

²⁰¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo**. São Paulo,

Como dito alhures, o contraditório é uma arma contra o arbítrio do julgador²⁰². Por isso, ao determinar a produção de prova, deve o magistrado oferecer às partes a possibilidade de se manifestarem, por meio de diálogo. Eventuais desvios decorrentes da conduta de um juiz ativo são passíveis de correção pelo contraditório, dever de motivação e duplo grau de jurisdição.²⁰³

Essa garantia confere aos litigantes o direito de manifestarem-se sobre os atos do processo, a fim de evitar surpresa e influir no processo de decisão. Logo, representa a informação necessária com a possibilidade de reação da parte. Evita-se, dessa forma, que a decisão seja fruto de um convencimento íntimo do julgador.

No escólio de Ada Pellegrini Grinover²⁰⁴:

Aliás, uma consideração deve ser feita que distingue a *participação no processo*, pelo contraditório, entre o processo individual e o coletivo. Enquanto no primeiro o contraditório é exercido diretamente, pelo sujeito da relação processual, no segundo – o processo coletivo - o contraditório cumpre-se pela atuação do portador, em juízo, dos interesses ou direitos difusos e coletivos (transindividuais) ou individuais homogêneos. Há, assim, no processo coletivo, em comparação com o individual, uma participação maior *pelo processo*, e uma participação menor no processo: menor por não ser exercida individualmente, mas a única possível num processo coletivo, onde o contraditório se exerce pelo chamado “representante adequado”.

Dessa forma, podemos sintetizar assim: nas lides individuais a participação por meio do contraditório efetivo será exercida individualmente pelo interessado, enquanto no processo coletivo pela representante adequado. Em ambos os casos, o contraditório funciona como uma garantia constitucional apta a permitir a participação dos litigantes no processo de formação da decisão jurisdicional.

Nesse particular, insta registrar que nas lides coletivas é imprescindível atuação do representante adequado exprimir os anseios de toda coletividade. Para tanto, sua atuação deve ocorrer sobre o crivo do contraditório. Nesse passo, cabe advertir que assim como ocorre no sistema jurídico norte americano, no Brasil deveria haver a previsão do controle da legitimação adequada pelo juiz.

Sobre a superação da efetiva participação de todos em contraditório nas ações coletivas, importante mencionar as palavras de Mauro Cappelletti²⁰⁵:

ano 18, n. 71, p. 31-38, jul-set. 1993

²⁰² BEDAQUE, 2009, p. 115, nota 40.

²⁰³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo: proposta de um formalismo valorativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 181.

²⁰⁴ GRINOVER, 2006, p. 305, nota 119.

[...] O problema se apresenta com particular perspicácia em matéria de direitos de grupo ou coletivo. De um lado, pareceria, na verdade, um requisito inderrogável do “natural justice”, que cada sujeito participante de uma relação deduzida em juízo tenha uma efetiva oportunidade de ser ouvido, sem o que a sentença não deveria assumir a autoridade de coisa julgada nesses confrontos. Mas, por outro lado, tratando-se de relações meta-individuais ou difusas, nas quais é, evidentemente envolvido um número elevadíssimo e até materialmente impreciso de sujeitos, impor uma rígida observância da garantia do contraditório significaria tornar praticamente impossível a tutela judiciária daquelas relações, pela impossibilidade material de identificar todas as partes ausentes, de intimar todos dos atos do juízo, de oferecer, em suma, a todos uma real possibilidade de participar em juízo. Eis, portanto, porque mesmo os milenares princípios da defesa e de contraditório se revelam insuficientes diante das mutantes exigências da sociedade contemporânea. É necessário superar sistemas de garantismo processual de caráter meramente individualístico [...]. Em seu lugar, deve nascer um novo e mais adequado tipo de garantismo, que eu gostaria de definir como “social” ou “coletivo”, conceito não somente para a salvaguarda dos indivíduos em um processo individualístico, mas também para salvaguarda dos múltiplos e extremamente importantes novos grupos [...] que também reclama acesso à justiça para tutela de seus interesses.

Assim, a solução mais adequada para se cumprir a garantia da defesa ampla consubstanciada pelo contraditório efetivo que, nas lides coletivas não será possível ocorrer pela participação pessoal de todos no transcorrer do processo, deve ser buscada por meio do controle da representatividade adequada pelo juiz.

Como citado por Mauro Cappelletti nas linhas acima transcritas, deve nascer um novo e mais adequado tipo de garantismo nas lides coletivas que, como por ora se defende, ocorrerá com a atuação efetiva do representante adequado.

²⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, n. 05. Revista dos tribunais: São Paulo, 1977, p. 27.

PARTE III - PODER PROBATÓRIO DO JUIZ E DECISÃO RACIONAL EM HABERMAS: TENTATIVA DE APROXIMAÇÃO

1 DECISÃO JUDICIAL CORRETA NA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE JÜRGEN HABERMAS

Conforme analisado nos tópicos anteriores o ordenamento jurídico pátrio, representado pelo Código de Processo Civil e Códigos Modelos de Processo Coletivo, objeto da pesquisa, confere ao juiz poder de determinar prova necessária sem ouvir as partes, com o fito de entregar aos contendores provimento final justo, igualitário, efetivo e célere.

Em vista disso, o objetivo dessa parte da pesquisa é relacionar a instrução probatória à necessidade de o juiz prolatar a decisão correta (segurança jurídica) e não arbitrária, tendo por base argumentativa o Capítulo V da obra *Facticidade e Validade*, do autor alemão Jürgen Habermas.

Pertinente acentuar que não é o fim precípua da pesquisa aprofundar no tema teoria do direito. Assim, com o fito de confirmar as ideias de Habermas e correlacioná-las ao poder probatório do juiz, far-se-á um estudo sucinto de algumas correntes filosóficas, sem pretender esmiuçar o tema.

Em primeiro lugar, para responder a questão central de como compatibilizar segurança jurídica e justiça (aplicação correta do direito e aceitação social), Habermas analisou três teorias: a hermenêutica, o realismo jurídico e o positivismo, considerando-as insuficientes. Nesse sentido, o filósofo tedesco entende ser melhor fundamentada a teoria de Dworkin deslocando-se, entretanto, o peso da reconstrução crítica do Direito do Juiz Hércules para a comunidade jurídica.²⁰⁶

A hermenêutica (ciência da interpretação) tem uma visão anti-positivista, posto que vê o papel do juiz como intérprete e não como mero aplicador do direito, já que a simples existência da lei não significa que servirá a resolver todos os casos. Ora, há casos em que tanto a lei quanto a realidade prática precisam ser interpretados pelo juiz.

²⁰⁶ LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo J. Habermas. *Revista da Ajuris*, v. 107, p. 157, 2007.

Como limites à atividade interpretativa coloca-se o sistema de regras, ou seja, o juiz não pode interpretar em contrariedade às normas. Contudo, Dworkin critica o juiz como sendo um criador de direitos: se o juiz for um criador do direito uma pessoa poderá ser condenada por uma lei criada após o fato e pelo juiz (o que é vedado pela Constituição da República Federativa do Brasil).

Já o realismo tenta resolver o problema da racionalidade das decisões por meio da hermenêutica, mas sob um ponto de vista empírico²⁰⁷. Para essa corrente há um componente ideológico nas decisões jurídicas e há motivações externas (políticas, econômicas), que impulsionam o juiz a decidir de determinada maneira.

De acordo com essa teoria, o resultado do processo judicial pode ser explicado por interesses, pela política ou pela personalidade do juiz. Logo, não é possível distinguir direito e política. Habermas critica isso dizendo que “se for possível descrever os processos jurídicos de decisão do mesmo modo que os processos de poder político, não fará sentido o postulado segundo o qual a segurança do direito deve ser garantida através de decisões consistentes”.²⁰⁸

Em posição diametralmente oposta situa-se o positivismo jurídico. Para essa corrente filosófica a decisão emanada de um juiz competente, em estrita observância à lei e aos procedimentos previstos (cumprir a lei, subsumir) será racional. Logo, segurança jurídica se resume a mera aplicação da lei. Aqui se privilegia segurança jurídica e não justiça. Contudo, há no sistema normas lacunosas e incoerentes.

Contra o positivismo Dworkin relata que os juízes preenchem o vazio da regras por meio de princípios morais que fazem parte do sistema. Ou seja, o direito aceita razões morais, éticas e pragmáticas, que devem guardar conformidade com o sistema jurídico.²⁰⁹

Com efeito, o direito não é um sistema fechado de regras. Ele contempla princípios (universais e necessitam de interpretação) que justificam a aplicação das normas; é composto por regras (específicas para serem aplicadas no caso concreto) e princípios. Ora, se fosse um sistema fechado de regras em caso de conflitos a saída seria um decisionismo (o juiz agiria segundo sua avaliação, cuja fundamentação não estará prevista em normas). Contudo, o sistema de direito comporta princípios, que no caso de colisão possibilitam a decisão por meio de interpretação.

²⁰⁷ SIMIONI, RAFAEL LAZZAROTTO. Jurisdição e aplicação do direito em Jürgen Habermas. **Revista de processo**. São Paulo, n. 154, p. 316, 2007.

²⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1.v., 2003, p. 249.

²⁰⁹ LUCHI, 2007, p. 159.

Na doutrina de Dworkin o juiz é reconstrutor do Direito. Ele deve efetuar uma apropriação crítica da história institucional do direito²¹⁰. Mais ainda, deverá interpretar os precedentes para resolver o caso concreto à luz de princípios que informam o sistema. Logo, o juiz não está entregue à tradição (precedentes). Ele avalia-a, faz uma interpretação crítica dos precedentes: vai retomar leis e decisões anteriores para reconstruir um conjunto de normas, chegar a uma decisão correta e definir os direitos que cabe a cada um. Essa é uma atividade racional de reconstrução do direito, justificada pelos princípios.

Para tanto, a teoria de Dworkin confere grandes poderes ao juiz: somente um juiz comparável a Hércules²¹¹ poderia executar a função de reconstruir racionalmente o direito. Ele deve ter uma visão completa do direito válido, do seu passado e das argumentações relevantes, bem como dos princípios e programas relevantes para o presente, para reconciliar História (precedentes) e justiça.

O juiz Hércules “conhece todos os princípios e objetivos válidos que são necessários para a justificação; e, ao mesmo tempo ele tem uma visão completa sobre o tecido cerrado dos elementos do direito vigente, ligados por fios argumentativos.”²¹²

Como se percebe, a Teoria de Dworkin pretendia que o juiz fosse capaz interpretar a partir de vários elementos (como a reconstrução da história institucional de uma comunidade específica); no entanto não existe juiz tão virtuoso quanto Hércules.

Como observa Habermas a exigência da argumentação no modelo do juiz Hércules possui um conteúdo idealista muito forte e um princípio solipsista, no sentido de um juiz monocrático e com privilégios cognitivos²¹³. Isso porque o juiz não pode ser esse ser solitário, que decide tudo sozinho. Deve-se privilegiar o agir comunicativo (prática da argumentação), que exige de cada participante a assunção das perspectivas de todos os outros (prevalência do melhor argumento), pois o processo é um diálogo institucionalizado.

Nesse contexto o que é decisão racional²¹⁴? É uma decisão proferida com respeito às leis (sistema de direitos) e aos procedimentos emanados da autoridade competente, autorizada pelo sistema de direitos e aceita por todos (legitimada), por proceder de argumentos das

²¹⁰ HABERMAS, 2003, p. 252.

²¹¹ O juiz Hércules é um juiz capacitado, habilidoso e virtuoso. Ante essa perspectiva, os juízes são, ao mesmo tempo, autores (porque acrescentam algo ao Direito) e críticos (porque o interpretam).

²¹² HABERMAS, op. cit., p. 263.

²¹³ SIMIONI, 2007, p. 318.

²¹⁴ Esse conceito foi extraído das aulas e dos textos redigidos pelo professor Doutor Pedro Paulo Luchi, na disciplina Processo, Justiça e Ética, ministradas no curso de Mestrado em Direito Processual Civil, da Universidade Federal do Espírito Santo, no ano de 2010.

partes, desenvolvido no transcorrer processual. Logo, deve-se possibilitar às partes o emprego do melhor argumento, a fim de alcançar uma decisão favorável. Isso é para Habermas a decisão correta e legítima.

No escólio de Habermas, “[...] para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm de satisfazer simultaneamente a condição de aceitabilidade racional e da decisão consistente”²¹⁵. Para tanto, as partes devem participar do discurso que levará o juiz a proferir a decisão racional. Com esse propósito, os autos devem conter todo o material probatório essencial a formar o convencimento do juiz, tanto nas lides individuais quanto coletivas.

Além disso, o juiz deve fundamentar as decisões por meio de bons argumentos, expondo as razões que o levaram a formar a livre convicção, indispensável para que a sentença seja justa, efetiva e atenda ao escopo social do processo.

Obtempera Pedro Luchi “[...] que um juízo seja válido significa que ele seja aceito com boas razões em comunicações efetivas [...]”²¹⁶. Assim, a tarefa de julgar envolve várias questões: os magistrados devem se ater às leis do país, aos princípios informadores do sistema, aos procedimentos, aos destinatários e às finalidades do direito, tal qual produzir decisão justa e legítima e, como requisito constitucional legitimador do Estado de direito, há o dever de motivar as decisões.

Nesse ponto, a motivação é uma forma de eliminar decisões arbitrárias e possibilitar à parte descontente exercer o direito recursal. A observância desses fatores é necessária para que a decisão seja racional e aceita pelo auditório universal e, para isso, deve-se utilizar bons argumentos: “[...] Somente podemos saber se razões são boas conforme mostrem a capacidade de levantar motivações para aceitação ou rejeição de pretensões de validade no decorrer do processo.”²¹⁷

Tendo em vista as diferenças existentes na coletividade, que é formada por pessoas com diversas concepções políticas, as decisões jurídicas devem ser proferidas com respeito à lei, mas tais leis devem ser legitimadas pela comunidade a qual elas se destinam e devem ser aceitas como válidas.

²¹⁵ HABERMAS, 2003, p. 246.

²¹⁶ LUCHI, 2007, p. 157-185.

²¹⁷ Ibid., p. 159.

Pelas razões expendidas é premente que a argumentação jurídica reconstrua a teoria do direito de forma comunicativa, ou seja, que atenda aos anseios dos destinatários da norma, pois os jurisdicionados devem participar das etapas de produção das decisões jurídicas.

Como dito alhures, não basta uma atividade interpretativa da lei para se proferir uma decisão racional, deve-se chegar a realização de processos argumentativos. Somente podemos saber se as razões são justificáveis se nos convencerem de que podem ser aceita por todos, se estão em conformidade à lei e são racionais. Isso se dará por meio de bons argumentos. Com clareza, Habermas define argumentos:

“Argumentos são razões que resgatam, sob condições do Discurso, uma pretensão de validade levantada através de atos de fala constataivos ou regulativos, movendo racionalmente participantes da argumentação a aceitar como válidas proposições normativas ou descritivas.”²¹⁸

À toda evidência, para a decisão jurídica ser racional, não basta uma justificação interna, como, por exemplo, a adequação pura e simples da sentença à lei: deve haver procedimento cooperativo que garanta a legitimidade e aceitação das decisões. Consequentemente, a função dos jurisdicionados no processo de produção da decisão é crucial para legitimá-la.

Habermas aduz que “[...] correção significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos”. Ou seja, não basta que ao proferir uma decisão o juiz respeite a lei positivada, vez que uma decisão para ser racional não pode simplesmente ser imposta pela faticidade da ordem jurídica. A decisão racional deve ser legitimada. Prossegue o ilustre autor: “[...] isso só é possível através do discurso, ou seja, pelo caminho de uma fundamentação que se desenrola argumentativamente”.²¹⁹

Nesse caso, a decisão correta é aquela aceita pelos consociados jurídicos. Imprescindível haver o contraditório e a ampla defesa como meio de propiciar a influência das partes na decisão judicial e a não-surpresa, possibilitando às partes e ao juiz cooperarem na formação da decisão (deve haver igual consideração e respeito para todos os participantes), trazendo argumentos convincentes.

À luz dos argumentos lançados pode-se dizer que a integridade social alcançada com a prolação de decisões deve ter a participação dos cidadãos, posto que o juiz e o legislador não agem isoladamente, mas em conformidade ao sistema jurídico; e a decisão correta, por

²¹⁸ HABERMAS, 2003, p. 280 -281.

²¹⁹ Ibid., op. cit., p. 281.

consequente, emana do diálogo das partes no processo, da argumentação racional e da correta instrução processual.

2 A INTERLIGAÇÃO ENTRE O PODER PROBATÓRIO DO JUIZ E A TEORIA DO DISCURSO EM HABERMAS

A atividade de julgar não é dissociada de carga interpretativa. Por isso, o juiz, ao escolher a norma correta a ser aplicada ao caso, deverá justificar com boas razões o processo de escolha. Nesse âmbito, fala-se em discurso de aplicação e de fundamentação. Em discurso de aplicação não se trata da validade, mas sim da escolha adequada da norma que regerá dada situação²²⁰. Nesse tipo de discurso deve-se adequar a norma *prima facie*, produzida pelo legislador, ao caso concreto.

Por outro lado, em discurso de fundamentação abstrai-se o problema da aplicação concreta da norma e as normas são submetidas a pretensões de validade universais, enquanto no juízo de aplicação são selecionadas as normas mais adequadas a reger a situação concreta.²²¹

Dessa forma, o julgador possui uma dupla tarefa: a de selecionar a norma concreta a aplicar e ainda, deverá fundamentar essa escolha para que a decisão seja aceita por destinatários. Nesse sentido, a prova é fundamental para o deslinde da causa, pois funciona como um instrumento para formar o livre convencimento do juiz.

O poder de produzir a prova justifica-se porque, quanto mais completa a atividade instrutória, mais retratados serão os fatos, propiciando ao juiz proferir a sentença convencido de sua ocorrência ou inoocorrência (ou mais convencido do que se não tivesse determinado a produção da prova).

Partindo da premissa de que a decisão correta compatibiliza segurança jurídica e justiça, por aplicar corretamente a lei, ser aceita pelos litigantes, ser produzida com os melhores argumentos, conclui-se que, se o juiz conduzir eficazmente o processo, de modo a instruí-lo com todos os meios de provas necessárias, maiores as chances de proferir um julgamento justo.

²²⁰ HABERMAS, 2003, p. 270.

²²¹ SIMIONI, 2007, p. 319-321.

Somado a isso, a discussão dos fatos no processo, por meio do contraditório é uma condição necessária para se ter uma decisão racional, aceita por todos (legítima), pois ela será emanada a partir do discurso realizado entre as partes (contraditório), que poderão apresentar o melhor argumento e fazer com que todos concordem com a decisão.

Em conclusão: não basta o julgador se ater à estriala legalidade, mas sim, deve aplicar a lei em consonância com o sistema jurídico, que é formado por princípios, regras e valores, que propiciam a evolução histórica do tão complexo sistema normativo que é o Direito. Por isso, ele é o intérprete, o aplicador, e a ele é assegurada certa margem de atuação dentro dos limites impostos pela prática processual.

Assim, se a parte deixar de produzir determinada prova deve o juiz utilizar o poder probatório, pois somente dará razão a quem tem se conseguir retratar da melhor forma possível a realidade fática. Por conseguinte, proferirá uma sentença justa e aceita por todos, pois em sua motivação será consistente, convencendo as partes com os melhores argumentos. Nesse caso será atingida nos autos a verdade provável a ensejar a correção da decisão.

Portanto, as decisões judiciais só podem apresentar-se razoáveis na medida em que forem submetidas à aprovação do auditório universal, constituído pelo conjunto de homens normais e competentes para julgá-las²²².

Em outras palavras, a decisão correta deve emanar de um processo argumentativo, em que cada parte apresentou as melhores razões, produziu prova, tentou convencer o juiz com bons argumentos, com o desiderato de ter acolhida a pretensão deduzida em juízo. Aqui reside a garantia da ampla defesa, consubstanciada no contraditório efetivo, ou seja, o processo argumentativo representa a prerrogativa de interferir na decisão, por meio do discurso-diálogo, enfim, da utilização de todos os meios de prova não vedados pelo ordenamento jurídico.

Nesse particular, o poder probatório, inserido como regra geral pelo artigo 130 do Código de Processo civil no artigo 19, § 3º do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos UERJ-UNESA confere ao julgador a prerrogativa de produzir prova de ofício. Contudo, muitos magistrados, temerosos de perderem a imparcialidade, não exercem tal poder, mesmo em casos em que a deficiência ou ausência de prova podem acarretar um julgamento injusto.

²²² PERELMAN, 2005, p. 339.

Como restou demonstrado, há compatibilidade entre essa faculdade e os princípios processuais do dispositivo, da igualdade e imparcialidade.

Tendo em vista os fins do processo e sua instrumentalidade, o juiz deve abandonar a passividade e agir, juntamente às partes, em atividade complementar, para atuar corretamente a lei e realizar a pacificação social, já que a falta ou insuficiência de prova podem servir de instrumento para eternizar injustiças, o que vai de encontro dos anseios do Estado Social de Direito.

Em todo processo existe um interesse público e um ideal de justiça. Logo, desde que respeitadas as garantias das partes, o contraditório, ampla defesa e dever de motivar, não há óbices para a iniciativa oficial em tema de prova, o que enaltece a aceitação da decisão nas demandas individuais e coletivas.

Por fim, há perfeita compatibilidade entre a teoria do discurso em Habermas e o poder probatório do juiz como se tentou demonstrar. O filósofo alemão coloca em destaque o discurso como meio de se atingir a decisão judicial correta visto que, uma vez propiciado às partes a garantia de intervir no curso processual, por meio do diálogo e da produção de provas (visando a convencer de que suas razões são boas), ter-se-á uma correta atuação do órgão-jurisdição.

PARTE IV - A PROVA E ATUAÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO COLETIVO

O objetivo desta parte do estudo é examinar os principais aspectos da prova no processo coletivo relacionando-os aos poderes do juiz. Cuida-se de aplicar tudo que foi escrito nas linhas anteriores ao processo coletivo em particular, já que o CPC rege subsidiariamente as demandas coletivas.

É certo que as lides coletivas molecularizam conflitos e ampliam o acesso à justiça. Há um interesse público na criação de aprimoramento das técnicas processuais disponíveis à tutela desses direitos, pois as ações coletivas têm duas justificativas: “ [...] a primeira delas, mais abrangente, revela-se no princípio do *acesso à justiça*; a segunda, de política judiciária, no princípio da economia processual²²³”.

As motivações políticas mais relevantes da tutela coletiva referem-se à redução dos custos materiais e econômicos da prestação jurisdicional e à uniformização de julgamentos (evitação de decisões contraditórias).

O termo acesso à justiça não indica apenas “aceder aos tribunais”, mas implica, sobretudo, se alcançar, por meio de um processo cercado de garantias constitucionais, “a tutela efetivas dos direitos violados ou ameaçados”. Via de regra, o acesso à justiça para a tutela de direitos metaindividuais assume feição peculiar no direito coletivo, pois transmuda-se do plano individual para o plano coletivo, formado por “centenas, milhares e às vezes milhões de pessoas”²²⁴.

Ada Pellegrini Grinover²²⁵ pondera que liga-se ao princípio do acesso à justiça o da universalidade da jurisdição, segundo o qual: “ [...] o acesso à justiça deve ser garantido a um número cada vez maior de pessoas, amparando um número cada vez maior de causas.” Assim, por intermédio desse princípio “ [...] as massas têm oportunidade de submeter aos tribunais as novas causas, que pelo processo individual não tinham sequer como chegar à justiça. O tratamento coletivo dos direitos comunitários “abre as portas à universalidade de jurisdição.”

²²³DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, 4.v., p. 34.

²²⁴GRINOVER, 2006, p. 303-304, nota 120.

²²⁵Ibid., p. 304.

1 MICROSSISTEMA DO DIREITO COLETIVO

Com é cedido, o direito Processual Civil apresenta sensível vocação à tutela dos direitos individuais. Da interpretação do artigo 6º do Código de Processo Civil²²⁶ infere-se o cunho privatista desse ramo do direito, uma vez que “somente ao titular do direito é permitido pleitear seu cumprimento por via de ação”²²⁷.

Não obstante, com a modificação do paradigma liberal para o paradigma do Estado Democrático Constitucional as ações coletivas passaram a ter configuração de direito fundamental (art. 5º, inc. XXXV, LXX, LXXIII e 129, inc. II da CF/88). Tanto que, conforme afirmam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., a norma constitucional deveria prever: “a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou afirmação de lesão a direito individual ou coletivo (art. 5º, XXXV da CF/88).”²²⁸

Em decorrência do texto constitucional a tutela dos interesses coletivos entrelaça-se à garantia de acesso à justiça, que não restringe-se à mera possibilidade de qualquer cidadão ter suas pretensões analisadas pelo Poder Judiciário, mas “como um princípio que prescreve as vias mais rápidas, eficazes e justas para prover tutela jurídica em relação ao conflitos surgidos na sociedade”²²⁹.

Nesse particular, o foco direcionado à necessidade de ações supra-individuais é recente e, como adverte Rodrigo Mazzei²³⁰, seu aparecimento tardio pode ser atribuído basicamente a três fatores:

- “a) o capitalismo primitivo, voltado a uma intensa e desregrada exploração dos bens naturais e dos próprios seres humanos, pouco se preocupava em garantir direitos coletivos, como a proteção ao consumidor, ao meio ambiente saudável etc.,
- b) com o decorrer dos anos, as agregações a esses bens coletivos se tornaram mais intensas e a abertura da democracia permitiu que tal situação fosse regulamentada juridicamente; e
- c) por fim, o processo de globalização permitiu tanto o crescimento dessas relações de massa como a própria conscientização dos sujeitos [coletividade(s)] prejudicados, ensejando a jurisdicização desse fenômeno.”

Com efeito, no decorrer da evolução social novos tipos de demandas surgiram. Para a tutela desses direitos foi necessário criar novos mecanismos de tutela. Nesse particular, a

²²⁶ Art. 6º do Código de Processo civil brasileiro: Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

²²⁷ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes, 2009, p. 30, nota 223.

²²⁸ Ibid., p. 27, nota 223.

²²⁹ MAZZEI, 2005, p. 652.

²³⁰ Ibid., p. 653-654.

concepção do direito tão somente pelo âmbito da autonomia privada não serve para resolver os novos conflitos. Daí não se estranhar que, quando se trate de outorgar tutela que ultrapassa a esfera individual, a ciência processual clássica não detém instrumentos hábeis.

Ao cabo das considerações aduzidas, o reconhecimento jurídico dos interesses de massa demandou a reestrutura do Estado contemporâneo, no tocante a criação de mecanismos que servisse à tutela desses interesses.

Logo, os instrumentos da técnica jurídica utilizados para a tutela individual são inadequados e ineficazes ante os novos direitos, haja vista o direito processual ter sido forjado para a tutela de tipo Tício *versus* Caio.

Nesse particular, destaca-se a segunda onda renovatória do acesso à justiça proposta por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em 1976, que enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, por meio do reconhecimento de interesse dos grupos. Tal corrente aguçou o debate em torno da visão do processo sob a vertente individualista, que era o centro do sistema e não deixava espaço à proteção dos direitos coletivos, visto ser o processo assunto apenas de duas partes²³¹. Logo o centro do discurso e reflexão deveria deslocar-se das tutelas individuais à coletiva.

Consoante Hermes Zaneti Junior, a ação coletiva surgiu devido à relação entre a matéria litigiosa e a coletividade que necessita dela para resolver os novos conflitos.

Nesse particular, na atualidade multiplicam-se as lesões sofridas pelos consumidores, aposentados, contribuintes, servidores públicos, decorrentes de “[...] circunstâncias de fato ou relações jurídicas comuns”²³². Os danos decorrentes dessas lesões, se considerados separadamente, são de pequena monta e a relação custo-benefício funciona como uma barreira de acesso ao Judiciário e, conseqüentemente, demonstra a fragilidade em relação ao acesso à justiça. Além disso, o desequilíbrio entre as partes é outro fator que serve como desestímulo ao ajuizamento de ações, principalmente quando o causador da lesão possui melhor qualificação técnica e, por conseguinte, melhor capacidade de produzir provas. À toda evidência, o fator desigualdade funciona como óbice à tutela coletiva.

Seguindo esse raciocínio, a falta ou deficiência dos instrumentos processuais adequados para tutela dos chamados danos de “bagatela” que, considerados globalmente possuem

²³¹ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002, p. 49.

²³² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 28.

relevância econômica, estimula a perpetuação de “práticas ilegais e lesivas”²³³. No entanto, a situação poderá ser alterada por meio do ajuizamento de ações coletivas, tendo em vista que até o valor patrimonial de uma causa, que individualmente considerada seria mínimo, passa a ter relevância. Nesse sentido, “[...] as ações coletivas, se bem estruturadas, podem ser, portanto, um efetivo instrumento para o aperfeiçoamento do acesso à justiça, eliminando os entraves relacionados com os custos processuais e desequilíbrio entre as partes”²³⁴.

Nesse passo, após o reconhecimento pelo Estado dos direitos coletivos deve-se discutir qual a melhor forma para se obter a justa prestação deles: ou seja, como efetivar tais direitos. No caso da pesquisa que segue, entendemos que o incremento dos poderes do juiz tem o condão de servir de veículo adequado à prestação da tutela jurídica équa e justa.

A propósito, obtempera Rodrigo Mazzei²³⁵: “[...] a criação de meios apropriados para a defesa desses direitos vem servir de instrumento para implementação de um equilíbrio no processo[...], em benefício da parte mais fraca”.

Doravante, do direito subjetivo não será titular, em sede coletiva, o sujeito individualmente considerado, mas sim, a comunidade, a coletividade ou a comunidade de vítimas indivisivelmente consideradas, conforme seja o interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo. E como vantagens das ações coletivas podemos mencionar, à guisa de ilustração, a economia da atividade jurisdicional, por possibilitar a redução do número de ações individuais e a redução de decisões contraditórias.

É oportuno colacionar que a ação coletiva deve tutelar de forma mais eficaz o direito que a ação individual: ou seja, espera-se que a tutela coletiva tenha elevado grau de efetividade. Se assim não fosse, a tutela coletiva perderia sentido. Ada Pellegrini²³⁶ pondera que o requisito da superioridade dessa ação em relação à individual poder ser abordado a partir do interesse de agir e efetividade do processo.

No que tange ao requisito interesse de agir, nos ordenamentos da *Civil Law* é uma condição da ação que requer para o seu exercício, a necessidade e utilidade do provimento jurisdicional pleiteado. Quanto à utilidade, cabe aferir, no caso concreto, se o provimento jurisdicional invocado é apto a assegurar o bem da vida desejado pelo autor. Assim, o plano

²³³ MENDES, 2010, p. 28.

²³⁴ Ibid., p. 29.

²³⁵ MAZZEI, 2005, p. 653-655.

²³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo: Estudos & Pareceres**. São Paulo: Perfil, 2005, p. 196-197.

interesse-necessidade-utilidade harmoniza-se com a economia processual, pois a função jurisdicional somente poderá ser buscada se efetivamente necessária e útil.

Por suposto, deve haver superioridade da ação de classe em relação a outros meios de solução de conflitos, afinal, “ [...] se o provimento jurisdicional resultante da Ação Civil Pública em defesa dos direitos individuais homogêneos não é tão eficaz quanto aquele que deriva das ações individuais, a ação coletiva não se demonstra útil a tutela dos referidos interesses”²³⁷. Portanto, o resultado do processo coletivo deve ser superior ao que se alcança por meio da tutela individual.

Assim, por meio da tutela coletiva deve-se garantir a efetividade do processo, instrumento que se destina a solucionar controvérsias e, ao mesmo tempo, realizar a pacificação com justiça. Por isso, não será demais lembrar que um provimento desprovido de utilidade prática aniquila o processo. Sendo assim, deve-se utilizar o processo coletivo desde que seja útil e adequado à prestação jurisdicional.

Nesse ínterim, o ramo direito coletivo, dotado de princípios e legislação autônomos é fenômeno relativamente recente. Nessa perspectiva, como acentua Geovany Cardoso Jevaux, “[...] ao lados dos direitos individuais clássicos colocam-se hoje: os direitos individuais homogêneos, os direitos essencial e acidentalmente coletivos e os direitos difusos.”²³⁸

Ada Pellegrini Grinover²³⁹ faz uma ligeira comparação entre a nossa ação coletiva e a class action norte-americana para concluir que a predominância das questões comuns sobre as individuais, condição de admissibilidade no sistema das *class actions for damages* norte-americanas, é também um requisito da ação coletiva no ordenamento jurídico brasileiro, que permite a tutela coletiva dos direitos individuais “quando estes forem homogêneos. Prevalendo as questões individuais sobre as comuns, os direitos individuais serão heterogêneos e o pedido de tutela coletiva se tornará juridicamente impossível”.

Em outras palavras, as ações coletivas molecularizam conflitos, que deixam de ser tratados de forma individual para serem decididos de forma coletiva, por meio de uma decisão que abranja grande número de pessoas²⁴⁰. Trata-se de possibilidade de prestar a tutela jurisdicional de forma célere, eficaz e justa, mediante o cúmulo subjetivo de ações.

²³⁷GRINOVER, 2005, p. 196-197, nota 236.

²³⁸JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional. Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 39.

²³⁹GRINOVER, op. cit., p. 195, nota 236.

²⁴⁰OLIVEIRA, Cervone Swarai de. **Poderes do juiz nas ações coletivas**. Coord. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2009, p. 49.

No Brasil, a história das lides de massa sistematizou-se com a elaboração de leis esparsas prevendo a legitimação de associações e pela previsão da Ação Popular, primeiramente na Constituição de 1934 e posteriormente com a edição da Lei 4717/1965.

Ato contínuo, em 1985 houve a aprovação da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº. 7347/85), relevante instrumento na defesa de interesses de massa. Ademais, a incorporação das ações coletivas no ordenamento jurídico brasileiro deu-se com a Constituição de 1988 e com o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Impende reconhecer que o funcionamento deficiente do processo coletivo no cenário brasileiro ocasiona a multiplicidade de lides semelhantes, decorrentes de questões comuns de fato e direito, que poderiam ser solucionadas coletivamente, agravando a sobrecarga do Judiciário, implicando o elevado número de sentenças-padrão ou repetitiva, que descaracterizam a atividade judicial.²⁴¹

Insta frisar, as ações coletivas ampliam o acesso à justiça, por meio da tutela de direito ambiental, do consumidor, dos idosos, das pessoas com deficiência, entre outros, servindo de instrumento de tutela dos interesses de grupos, classes e categorias, pois permitem que várias pessoas tenham suas teses jurídicas discutidas por meio de uma única ação. Disso resulta a extensão da coisa julgada sobre todos, o que vai ao encontro dos princípios da economia processual, celeridade, isonomia e efetividade.

É certo, as ações de massa possibilitam a redução dos custos materiais e econômicos na prestação jurisdicional, pois concentram várias pessoas em um mesmo pólo da ação e, ao mesmo tempo. Ademais, o problema da falta de informação e formação jurídica representa entrave para o acesso à Justiça. Em vista disso, o processo coletivo pode superar o problema, na medida em que o direito das pessoas menos esclarecidas será defendido por um terceiro, legitimado a aforar a ação coletiva.

Entre outros benefícios dessas ações destaca-se a uniformidade de julgamento, já que as lides coletivas guardam semelhança entre si. Como vem ocorrendo na prática, pessoas em situações fáticas idênticas recebem tratamento diferenciado perante a lei. As ações coletivas podem, em contrapartida, eliminar as disjunções supramencionadas, na medida em que concentram a resolução do litígio no processo coletivo, “[...] eliminando ou reduzindo as possibilidades de soluções contraditórias²⁴²”.

²⁴¹ MENDES, 2010, p. 25, nota 232.

²⁴² Ibid., p. 36, nota 232.

Ada Pellegrini Grinover²⁴³ obtempera que “[...] reconhecimento e a necessidade de tutela desses interesses puseram em relevo sua configuração política. Deles emergem nova forma de gestão da coisa pública, em que se afirmaram grupos intermediários.” Disso resulta o fortalecimento dos grupos na luta pela defesa de seus direitos, não mais tomados individualmente.

Nesse contexto, convém assinalar que os processos coletivos servem à “[...] litigação de interesse público”, ou seja, às demandas judiciais que envolvem, para além dos interesses individuais, àqueles necessários a realização dos objetivos da sociedade.²⁴⁴ Como exemplo, citamos os direitos dos consumidores, do meio ambiente, dos trabalhadores, do patrimônio, entre outros.

Zaneti Junior e Fredie Didier²⁴⁵ elencam como características principais das ações coletivas a legitimação para agir, a afirmação de uma situação jurídica coletiva, a extensão subjetiva da coisa julgada e o regime da prova. Em seguida, dispõem:

“conceitua-se processo coletivo como aquele instaurado por ou em face de um legitimado autônomo, em que se postula um direito coletivo lato sensu ou se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva passiva, como o fito de obter um provimento jurisdicional que atingirá uma coletividade, um grupo ou um determinado número de pessoas.”

Nesse particular, objetivando regular uniformemente os conflitos de massa várias leis esparsas foram criadas. Por imposição expressa do artigo 5º, XXXII, da CF de 88 surgiu o Código de Defesa do Consumidor, chamado de “microsistema processual para as ações coletivas”. Não obstante, o CDC não traz todas as disposições legislativas ao direito coletivo.

Como exposto até aqui, houve o incremento das lides coletivas e disso resulta a necessidade de serem criados novos mecanismos singulares de tutela. O conjunto de instrumentos hoje existentes para essas novas formas de tutela constitui um “subsistema processual bem caracterizado, denominado, genérica e sinteticamente, de Processo Coletivo”.²⁴⁶

²⁴³GRINOVER, Ada Pelegrini. A ação popular portuguesa: uma análise comparativa. In: **A Marcha pelo processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 18.

²⁴⁴DIDIER JR.; ZANETI JR. 2009, p. 35, nota 223.

²⁴⁵Ibid., p. 43, nota 223.

²⁴⁶ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo. Tutela de direitos coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 27.

Ada Pellegrini Grinover²⁴⁷ obtempera que no campo dos institutos fundamentais o processo coletivo conta com institutos diversos daqueles utilizados para a tutela individual, como por exemplo, a legitimação das demandas de massa não segue o regime rígido do art. 6º do CPC, há o instituto da representatividade adequada, o regime do ônus da prova e da coisa julgada possuem características singulares. À guisa de exemplo, os princípios gerais do direito aplicam-se às demandas de massa, contudo, possuem feições próprias. Consoante a mesma autora²⁴⁸:

[...] Tudo isso autoriza a conclusão a respeito do surgimento e da existência de um novo ramo do Direito Processual, o Direito Processual Coletivo, contando com princípios revisitados e institutos fundamentais próprios e tendo objeto bem definido: a tutela jurisdicional dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Nessa linha de ideias, o subsistema do Processo Coletivo destaque-se na ciência processual brasileira, por ser um ramo do direito com princípios, objetivos e identidade próprios, cuja tutela pode ser efetivada por meio de Ações Civas Públicas, Ações Civas Coletivas, Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade, entre outros.

De outro modo, a particularidade do tema reside no fato de que não há, ainda, um diploma uniforme que sirva de norte à tutela dos direitos coletivos. Em decorrência, há várias leis esparsas tratando a matéria. Considera-se que as seguintes leis compõem o microsistema de direitos coletivos: Lei de Ação Popular (Lei nº. 4717/65), Lei de Ação Civil Pública (Lei nº. 7347/85), Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8078/90), Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº. 8429/92), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8069/90) e o Estatuto do Idoso (Lei nº. 1074/2003).

Corroborando a assertiva, assim se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão de relatoria do Ministro Luiz Fux²⁴⁹:

²⁴⁷ GRINOVER, 2006, p. 306, nota 120.

²⁴⁸ Ibid., p. 308.

²⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1085.218 – RS. Relator Ministro Luiz Fux. Recorrente: Luciana Arrua da Silveira Ames. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Brasília, 6 de novembro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801872713&dt_publicacao=06/11/2009> Acesso em: 25 de fevereiro de 2012.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.

No que pertine às normas regentes do processo coletivo, além das leis supramencionadas, aplica-se subsidiariamente o Código de Processo Civil, por dicção dos artigos 19 da Lei de Ação Civil Pública e 90 do Código de Defesa do consumidor(CDC)²⁵⁰. Não se olvida de uma interação entre os institutos. Não obstante, importa distinguir os limites da subsidiariedade ante a intensa orientação social e política dos interesses metaindividuais, que observam seus próprios princípios e institutos fundamentais. Logo, deve ser avaliado se o CPC adéqua-se à sistemática do processo coletivo, que é dotado de princípios e valores peculiares.

Alguns autores²⁵¹ são contrários à aplicação subsidiária do CPC ao Processo Coletivo. No entanto, se houver compatibilidade entre os diplomas legais, não há óbices para a aplicação do CPC, posto que as leis supramencionadas não se detiveram a certos temas relevantes, como pedido, resposta, prova e revelia. Por esse motivo conclamamos a necessidade de ser aprovado o Código Modelo de Processos Coletivos.

Via de regra, concluímos pela aplicação da sistemática probatória adotada no CPC às lides de massa e, por conseqüência, dos poderes probatórios do juiz, ante a ausência de um modelo de prova singular às tutelas de massa, desde que adaptados às particularidades das tutela dos interesses metaindividuais.

A propósito, pondera Rodolfo de Camargo Mansuco²⁵²:

Nesse campo, é fundamental a participação ativa do judiciário, que poderá, com coragem e criatividade, conferir a necessária plasticidade aos institutos e categorias processuais existentes, adaptando-os à tutela dos interesses metaindividuais, bem como poderá criar, no silêncio ou na falta de previsão normativa, a solução que melhor atenda os objetivos do caso concreto.

²⁵⁰ Código de defesa do Consumidor, lei 8078/90: Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições. Lei de Ação Civil Pública, n.º 7347/1985, Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.

²⁵¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo brasileiro**. São Paulo:Saraiva, 2003.

²⁵² MANCUSO, 2004, p. 280, nota 119.

Bem por isso, visando a conferir a máxima efetividade à tutela dos interesses coletivos impende ao magistrado distribuir o ônus da prova de modo dinâmico, de modo a adaptar a regra clássica do encargo probatório à tutela coletiva.

Por derradeiro, merece relevo a disposição contida no artigo 19, § 3º, do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, que concede ao juiz o poder de determinar de ofício a produção de provas.

1.1 Dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos

Em decorrência da evolução social do Estado surgiram novos direitos, que mereciam proteção estatal. Por conseguinte, novos instrumentos de tutela foram criados especificamente para a tutela dos direitos coletivos, como a Lei de Ação Popular (LAP) e, posteriormente a Lei de Ação Civil Pública (LACP). Como as leis citadas não eram suficientes para regerem de modo satisfatório as lides coletivas foi editado o CDC. Cabe registrar que os artigos 90 e 117 do CDC, de forma conjunta ao 21 da LACP estabeleceram um vínculo entre os dois diplomas legais, de modo que um complementa o outro e, juntos, funcionam como um sistema em perfeita harmonia.

Na verdade, a tutela coletiva está intimamente ligada ao reconhecimento dos interesses transindividuais pelo direito positivo, como decorrência da modificação do Estado Liberal para o Estado Social, em que se reconheceu a necessidade de a técnica processual tutelar os interesses pertencentes a um grupo de pessoas.

Nesse ponto cumpre observar que a tutela coletiva requer uma atuação mais efetiva do magistrado, seja para aplicar adequadamente o direito, fazendo do processo um instrumento do direito material, seja para promover maior igualdade entre os litigantes, por meio da utilização das técnicas processuais adequadas. Ainda, serve com meio de ampliar o acesso à justiça.

Para melhor entendimento do tema proposto no tópico em questão iremos definir, em linhas gerais, as modalidades de direito coletivo.

O legislador brasileiro adotou, para a defesa supraindividual uma classificação tripartida, baseada na distinção entre direitos difusos, coletivos (em sentido estrito) e individuais homogêneos²⁵³.

O CDC, no art. 81, estabelece definição para as categorias de direito coletivo. Nessa toada, cabe frisar que a expressão “direitos individuais homogêneos” foi cunhada originariamente pelo CDC. Assim, com o objetivo de propiciar melhor entendimento, passa-se a transcrever o dispositivo em questão para incluir, posteriormente, alguns conceitos doutrinários:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Por essa definição, os direitos coletivos dividem-se em três espécies ou categorias: difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

Como adverte, a propósito, Teori Albino Zavascki²⁵⁴:

Direitos coletivos são direitos subjetivamente *transindividuais* (= sem titular individualmente determinado) e materialmente *indivisíveis*. Os direitos coletivos comportam sua aceção no singular, inclusive para fins de tutela jurisdicional. Ou seja: embora indivisível, é possível conceber-se uma única unidade da espécie de direito coletivo. O que é múltipla (e indeterminada) é sua titularidade, e daí, a sua transindividualidade. “Direito coletivo” é designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo *stricto sensu* [...]. É direito que não pertence à administração pública e nem a indivíduos particularmente determinados. Pertence sim, a um grupo de pessoas, a uma classe, a uma categoria, à própria sociedade, considerada em seu sentido amplo.

Os direitos difusos “[...] pertencem a todos em geral e a ninguém em particular. Identificam-se com seus titulares através de uma relação meramente fática [...], seus titulares são indeterminados e seu objeto indivisível”²⁵⁵. Como exemplo destaca-se o direito ao meio

²⁵³ MENDES, 2010, p. 213.

²⁵⁴ ZAVASCKI, 2003, p. 41.

²⁵⁵ JEVEAUX, 2008, p. 41, nota 238.

ambiente equilibrado, a proteção à fauna e flora, aos ecossistemas, ao patrimônio histórico, paisagístico e cultural, entre outros.

Consoante a doutrina, os direitos difusos podem se caracterizar a partir de dois aspectos: subjetivo e objetivo. Sob a perspectiva *subjetiva* vislumbram-se a indeterminação dos membros do grupo a que esse direito pertence, bem como a inexistência de uma relação jurídica base entre as pessoas. Sob o aspecto *objetivo*, a característica é a indivisibilidade do bem jurídico²⁵⁶.

Obtempera Geovany Cardoso Jevaux²⁵⁷ que:

[..] O direito coletivo, por sua vez, ao contrário do individual, tem por núcleo um objeto que se atribui a um grupo de pessoas, identificadas por uma relação jurídica básica de identidade, e não por meras semelhanças fáticas[...]. O titular ideal é o grupo e não os seus componentes, em caráter particular. [...] por conta da natureza cíclica de sua composição, os titulares em particular dos direitos coletivos são determináveis, e não determinados, como nos direitos individuais.

Os direitos individuais homogêneos, por sua vez, são “direitos subjetivos individuais”. A nomenclatura *homogêneo* não altera sua natureza. “[...] É um qualitativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de *homogeneidade*, o que permite a defesa coletiva deles”. Não se trata de nova modalidade de direito material mas sim, de expressão cunhada para “[...] classificar certos direitos subjetivos individuais, aqueles mesmos aos quais se refere o CPC no art. 46, ou seja, direitos que “derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito”²⁵⁸.

Zavascki²⁵⁹ pondera que os direitos homogêneos são molecularizados não em função de terem uma indivisibilidade “[...] inerente ou natural (interesses e direitos públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação-jurídica de base (interesses coletivo stricto sensu), mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais”.

Na modalidade de direitos individuais homogêneos há uma pluralidade de titulares, como ocorre com os transindividuais. Contudo, diferentemente dos direitos coletivos e difusos (direitos indivisíveis e titulares indeterminados) o objeto material dos direitos homogêneos é divisível e pode ser decomposto. Assim, “[...] homogeneidade não é sinônimo

²⁵⁶ BELINETTI, Luiz Fernando. Interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 668.

²⁵⁷ JEVEAUX, op. cit., p. 40, nota 238.

²⁵⁸ ZAVASCKI, 2003, p. 160.

²⁵⁹ Ibid., p. 160.

de igualdade, mas de afinidade”. Por outro lado, “[...] neles é possível identificar elementos comuns (núcleo de homogeneidade), e, em maior ou menor medida, elementos característicos e peculiares, o que os individualiza, distinguindo uns dos outros (margem de heterogeneidade)²⁶⁰”. Do fato de terem origem comum decorre o núcleo de homogeneidade. E a coletivização, nesse caso, tem sentido instrumental, como estratégia para permitir tutela efetiva em razão da relevância desses direitos.

Ada Pellegrini Grinover²⁶¹ define os direitos individuais homogêneos como “[...] direitos subjetivos clássicos que pertencem a titulares determinados e podem ser tratados individualmente, mas, por força de sua origem comum, a lei permite serem tratados coletivamente. Assim, não se trata de direitos essencialmente coletivos, mas sim, acidentalmente coletivos.

Por fim, um mesmo fato pode originar pretensões difusas, coletivas e individuais a depender da pretensão material e do tipo de tutela jurídica pleiteada. Como exemplo, mencionamos uma ACP proposta pelo Ministério Público com a finalidade de compelir uma entidade educacional a adequar os reajustes dos encargos educacionais às normas fixadas pelo órgão competente. Trata-se de uma ação em que se requer um provimento jurisdicional comum ao grupo, mormente tutelar um direito que pertence a todos os pais e alunos atingidos. Segundo Kasuo Watanabe²⁶²:

[...] Trata-se de pretensão material e tutela jurisdicional de direito e interesse coletivo (em sentido estrito), formuladas em benefício do grupo, constituído pelos pais de alunos e próprios alunos atingidos. O reajuste sem observância das normas pertinentes lesa em bloco o grupo, assim como a cessação de reajuste ilegal o beneficia como um todo.

Em outras palavras, os direitos coletivos são transindividuais e indivisíveis. Podem ser difusos ou coletivos *stricto sensu*. Os direitos difusos são transindividuais (sem titular determinado) com indeterminação absoluta dos titulares e a ligação entre os sujeitos decorre de mera circunstância de fato, com por exemplo, morar em determinada região. Já os direitos coletivos *stricto sensu*, também são transindividuais, contudo, com determinação relativa dos titulares, visto que a ligação entre eles decorre de uma relação jurídica-base, como exemplo, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Já os direitos individuais homogêneos pertencem a sujeitos determinados, que se unem em razão de serem titulares de direitos com

²⁶⁰ZAVASCKI, 2003, p. 160.

²⁶¹GRINOVER, 2005, p. 204-205, nota 236.

²⁶²WATANABE, Kasuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 921-922.

origem comum, como exemplo, direito do adquirente obter abatimento de preço de produto com vício.²⁶³

Nesse particular, os direitos individuais homogêneos apresentam uma distinção evidente quanto aos direitos difusos e coletivos. Enquanto estes são considerados essencialmente coletivos, por serem indivisíveis e somente poderem ser tutelados de forma coletivas, os individuais homogêneos têm a divisibilidade como sua principal características, o que permite sua tutela individual.

Por derradeiro, para o processo cumprir seu principal escopo de pacificação social é necessário servir de instrumento adequado a tutelar as demandas atomizadas, posto que satisfação do direito de forma coletiva deve ser a melhor opção, por razões de economia processual e razoável duração do processo e efetividade.

1.2 Da legitimidade e da representação adequada

Nesse momento insta registrar que não há unanimidade na doutrina²⁶⁴ quanto à natureza jurídica da legitimidade nas lides coletivas. Segundo entendimento majoritário trata-se de hipótese de legitimação extraordinária. À guisa de exemplo quando o Ministério Público ajuíza uma ação civil pública atua em nome próprio na defesa de interesse de terceiros, sejam eles determinados, determináveis ou indetermináveis.

Nesse viés, na legitimação extraordinária a doutrina clássica afirma que o substituto processual figura no processo, em nome próprio, para defender direito alheio. Nesse caso particular, das ações coletivas, haverá substituição processual na medida em que a pretensão deduzida em juízo se vincule à coletividade, à categoria, à classe ou ao grupo, bem como aos indivíduos. Contudo, o bem tutelado não pertence, com exclusividade, ao substituto²⁶⁵.

²⁶³ ZAVASCKI, 2005, p. 44-45. Ao explicar os conceitos de direito coletivo, Zavascki enfatiza que deve ser ter em mente a diferença entre direito coletivo e tutela coletiva de direitos (individuais), já que o CDC introduziu mecanismos para a tutela de direitos individuais homogêneos(direitos subjetivos individuais), já que os primeiros são transindividuais e os segundos, individuais, mas que, por outras razões, poderão ser tutelados coletivamente. Coletivo é a espécie de direito e nada tem haver com a modalidade de tutela.

²⁶⁴ Cabe informa o leitor de que há divergência na doutrina no que toca à espécie de legitimidade quando se tratar de direito metaindividual. Cita-se três posições sobre a natureza jurídica da legitimidade para o processo coletivo: 1) Entendem ser sempre extraordinária(DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 204); 2) Legitimidade ordinária(WATANABE, Kasuo. **A tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir**. São Paulo: Max Limonad, 1984.; 3) os que entendem estar diante de uma legitimidade autônoma. ABELHA, 2004, p. 59, nota 121.

²⁶⁵ MENDES, 2010, p. 22.

Nesse particular, em linhas gerais, são legitimados a aforar uma ação coletiva os indivíduos, órgãos públicos e associações. O regime central que prevê a legitimação para as ações coletivas aglutina-se nos seguintes dispositivos legais: Lei de Ação Civil Pública, art. 5º, Código de Defesa do Consumidor, art. 82 e Constituição Federal, art. 5º. Assim, encontram-se legitimados o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, as entidades ou associações legalmente constituídas, que tenham por finalidade institucional a defesa e proteção dos bens e valores lesados, os sindicatos e os partidos políticos. Ainda, o cidadão, na forma do artigo 5º, inciso LXXIII, poderá ajuizar ação popular visando a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Tema de suma relevância nas demandas coletivas é a representatividade adequada, por ser imprescindível para que a tutela dos direitos coletivos atinja a finalidade de resolver conflitos inerentes a um número elevado de pessoas. A coletividade atingida pelo desfecho final do processo, geralmente, não irá a juízo pessoalmente exercer o direito à defesa ampla. Por essa razão, o representante da classe deve estar apto a tutelar o interesse de todos, de forma eficaz e de modo a assegurar o devido processo legal e a justiça da decisão.

No Brasil predomina na doutrina o entendimento de que não há controle judicial de adequação do representante, visto que não há previsão legislativa nesse sentido. Diferentemente, no sistema norte-americano há previsão expressa que autoriza o juiz a realizar, caso a caso, a fiscalização sobre os representantes.

No sistema estadunidense, para que a ação coletiva seja admitida o juiz deverá estar convencido de que a representação dos interesses coletivos será adequada, ou seja, de que os representantes estão aptos a efetuar a justa e adequada proteção dos direitos coletivos.

Por este contorno, observa-se que o requisito adequação no direito americano implica três resultados: “[...] minimiza o risco de colusão, incentiva a conduta vigorosa do representante e do advogado do grupo e assegura que se traga ao processo a visão e os reais interesses dos membros do grupo.”²⁶⁶

Além disso, o regramento previsto na *Rule 23 da Federal Rules of Civil Procedure* confere ao tribunal o poder de examinar a compatibilidade entre os interesses coletivos e a

²⁶⁶GIDI, Antônio. A representatividade adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 81, n. 108, p. 66, out-dez 2002.

representação. Caso vislumbre inadequada a atuação do representante coletivo, o tribunal poderá determinar a intervenção de outro membro da classe, com o desiderato de preencher esse requisito. Assim, há uma preocupação com a “qualidade” da defesa dos interesses da classe.

Observe-se que há uma falha legislativa no Brasil, por não autorizar o juiz a efetuar o controle da representação, de modo a aferir se a atuação do representante é legítima e se satisfaz de modo adequado aos interesses coletivos.

A doutrina tradicional afirma que a legitimação no país é determinada, a priori, pelo legislador. Em vista disso, não cabe ao juiz fiscalizar a forma de atuação do legitimado na defesa dos direitos do grupo. Não obstante, filiamo-nos aos que sustentam a necessidade de haver um controle judicial sobre a representação. A uma porque a coletividade não se apresenta em juízo pessoalmente para defender seus direitos. A duas porque caso a ação coletiva seja julgada improcedente, por atuação deficiente do legitimado (exceto por insuficiência de provas), ela repercutirá na vida de milhares de pessoas.

As legislações processuais modernas devem tutelar de forma efetivas os direitos. Para tanto, no caso em análise, “[...] é necessário haver um controle judicial da adequação dos legitimados para ação coletiva com fito de impedir que o instrumento criado para beneficiar o acesso à justiça produza resultados diametralmente opostos [...]”.²⁶⁷ Acaso não haja esse controle, cabe ao juiz, a todo tempo, instruir o feito e determinar a produção de provas para que o julgamento seja procedente com julgamento de mérito.

A despeito desse entendimento, o controle da atuação do legitimado serve a impedir uma representação inadequada. Como exemplo de atuação deficiente, Antônio Gidi²⁶⁸ retrata uma pequena associação, desaparelhada, que ajuíza uma ação em face de uma multinacional, em um litígio complexo, em que o juiz verifica, no decorrer do processo, que o advogado da associação não está representando adequadamente o grupo, por desinteresse pela causa. Assim, poderá o representante perder a causa propositalmente.

Por derradeiro, obtempera Antonio Gidi que no Brasil é possível o juiz fazer o controle da representação, apesar de não estar autorizado expressamente por lei, visto que há o dever de avaliar como os direitos do grupo estão sendo representados em juízo, por uma razão

²⁶⁷FREIRE JÚNIOR. Américo Bedê. Pontos nervosos da Tutela Coletiva: Legitimação, Competência e Coisa Julgada. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 66-80.

²⁶⁸GIDI, 2002, p. 62, nota 266.

fundamental: à luz da Constituição Federal deve vigorar o devido processo coletivo, em que o “direito de ser citado, de ser ouvido e de apresentar defesa em juízo são substituídos pelo direito de ser citado, ouvido e defendido por meio de um representante²⁶⁹” adequado.

2 PROVA NO PROCESSO COLETIVO

Quanto aos Códigos que visam a unificar as disposições legislativas referentes as demandas coletivas em um único diploma apresentamos, no que concerne ao instituto da prova e aos poderes do juiz, o Código de Processo Civil Coletivo: um modelo para países de direito escrito, de autoria de Antonio Gidi; o Código de Processos Coletivos para Íbero-América; o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos e Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos da Universidade Estadual do Rio de Janeiro.

O objetivo do estudo em foco é demonstrar que assim como nas lides individuais, nas lides coletivas confere-se ao juiz amplos poderes. Nesse caso singular, o exercício dos poderes probatórios servem como forma de atingir a “efetividade” por meio do processo coletivo. Inicialmente trazemos à colação os dispositivos referentes à prova constante nos Códigos Modelos. Posteriormente, iremos tratar de temas específicos da tutela coletiva e os poderes do juiz.

2.1 Código de Processo Civil Coletivo: um modelo para países de direito escrito – Projeto de Antonio Gidi (CMPC-AG)

O objetivo do código modelo proposto por Antonio Gidi era inspirar a redação do Código de Processo Civil Coletivo adaptado às realidades locais dos países de tradição da *Civil Law*, tendo como base a experiência internacional acumulada com a prática coletiva.

Quanto à prova, o CMPC- AG traz apenas alguns dispositivos referentes aos poderes do juiz e ao ônus da prova, não disciplinando os diversos aspectos como mencionado no CPC.

No que concerne aos poderes do juiz, importante destacar:

10. O juiz é neutro e imparcial, mas tem o dever de zelar pelo respeito aos direitos, interesses e garantias materiais e processuais do grupo e de seus membros.

10.1 O juiz manterá controle direto sobre o processo coletivo e tomará as medidas adequadas ao seu célere, justo e eficiente andamento.

²⁶⁹ GIDI, 2002, p. 61-70, nota 266.

10.3 O juiz poderá separar os pedidos ou as causas de pedir em ações coletivas distintas, se a separação representar economia processual ou facilitar a condução do processo coletivo.

10.4 O juiz poderá dividir o grupo em subgrupos com direitos ou interesses semelhantes para melhor decisão e condução do processo coletivo. Se houver conflitos ou divergências substanciais de interesses entre os membros do grupo, o juiz poderá nomear um representante e um advogado para cada subgrupo.

10.5 O juiz poderá limitar o objeto da ação coletiva à parte da controvérsia que possa ser julgada na forma coletiva, deixando as questões que não são comuns ao grupo para serem decididas em ações individuais ou em uma fase posterior do próprio processo coletivo. Em decisão fundamentada, o juiz informará as questões que farão parte do processo coletivo e as que serão deixadas para ações individuais ou para a fase posterior do processo coletivo.

10.6 As decisões do juiz poderão ser modificadas a qualquer tempo durante o processo, desde que não represente prejuízo injustificado para as partes e o contraditório seja preservado.

10.7 O juiz poderá aumentar os prazos do processo, quando houver um grande número de representantes ou intervenientes ou quando as questões de fato ou de direito forem complexas.

De outro lado, assim dispõe esse código modelo sobre a prova:

11. Quando o descobrimento da verdade dos fatos depender de conhecimentos técnicos ou de informações que apenas uma das partes dispõe ou deveria dispor, a ela caberá o ônus da prova, se as alegações da parte contrária forem verossímeis.

12. Quando a produção da prova for extremamente difícil e custosa para uma das partes e não para outra, o juiz atribuirá a sua produção à parte contrária, que terá o direito de ser ressarcida das suas despesas.

Nesse particular, infere-se do artigo 10.1 do CMPC-AG que há um interesse em se conferir maiores poderes de direção e instrução do processo ao juiz. Além disso, quanto ao ônus da prova, se verossímeis as alegações e se tiver a parte contrária melhores condições de produzir prova, sobre esta recairá o ônus, conforme discutido nos tópicos posteriores. Assim, das disposições transcritas deflui a nova roupagem conferida à regra estática no ônus da prova, prevista sobretudo no CPC. À toda evidência, a fim de prestar a tutela jurídica justa e efetiva deve o legislador prever formas mais democráticas de distribuição do encargo probatório.

2.2 Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América – (CMPC-IA)

A ideia de se criar um CMPC-IA surgiu em 2002, em Roma. A primeira versão foi apresentada pelos doutrinadores Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes Kasuo Watanabe e Antônio Gidi nas XVIII jornadas Íbero-americanas de Direito processual e, finalmente aprovado em 2004.

O objetivo do CMPC-IA era suprir uma lacuna dos países formados por Portugal, Espanha e América Latina, que possuem regras esparsas e legislação uma caótica sobre a tutela coletiva dos direitos. No que tange à prova, convém transcrever alguns dispositivos que guardam congruência com o objeto de estudo:

Art. 12: São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

Par. 1º- O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir à deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo requisitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, condenado-se o demandado sucumbente ao reembolso. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar sua realização, a cargo ao Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos.

Par. 2º- Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedido à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

Par. 3º - O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

Em linhas gerais, percebe-se que, assim como no CMPC-AG supramencionado, no Código de Processos Coletivos para Íbero-América ao juiz também é conferido de amplos poderes, inclusive para produzir prova sem ouvir previamente os litigantes.

Para a tutela dos direitos coletivos são admissíveis todos os meios de prova não vedados pelo ordenamento jurídico. Ainda, o ônus da prova é distribuído de modo dinâmico.

2.3 Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – Instituto Brasileiro de Direito Processual (CMPC-IBDP)

A evolução brasileira no que pertine ao direito coletivo conclama a elaboração de um Código de Processo Coletivo, que unifique as disposições legais do direito coletivo em um único diploma.

Com efeito, inspirados pelas reformas propostas no CMPC- IA, Ada Pellegrini Grinover e Kasuo Watanabe deram início aos debates em torno da elaboração do Anteprojeto de

Código Brasileiro de Processos Coletivos, diploma legal que destinava-se a “reunir, sistematizar e inovar os dispositivos processuais aplicáveis às demandas coletivas.”²⁷⁰

Pode-se afirmar que o Anteprojeto confere maiores poderes ao juiz, uma tendência que tem sido observada nas lides coletivas.

Segundo o artigo 10 do anteprojeto tem-se que:

Art. 10. Provas - São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§ 1º. Sem prejuízo do disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

§ 2º. O ônus da prova poderá ser invertido quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiência, ou quando a parte for hipossuficiente.

§ 3º. Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa (parágrafo único do artigo 5º deste Código), o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para sua produção, observado o contraditório em relação à parte contrária (artigo 25, parágrafo 5º, inciso IV).

§ 4º. O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

À toda evidência, os poderes do juiz são amplísimos na tutela coletiva, já que em todos os códigos modelos até aqui mencionados está o magistrado autorizado a agir de ofício, colocando em relevo a discussão acerca do artigo 130 e 333 do CPC. Logo, no que tange à prova, assim como nas lides individuais, o juiz está autorizado a agir conjuntamente às parte para a tutela dos direitos coletivos.

2.4 Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – UERJ (CMPC - UERJ - UNESA)

Inspirado pelas reformas propostas no Código Modelo de Processos Coletivos para Íbero-América, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes desenvolve, uma discussão em torno do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, na Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Estácio de Sá, que resultou em outra proposta de anteprojeto.

²⁷⁰ MILARÉ, Édis. CASTANHO, Renata. A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. MENDES, Aluizio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kasuo(Coord.). **Direito Processual Coletivo e anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 259.

O CBPC-UERJ objetiva conferir maior efetividade ao processo coletivo, por meio da adequação de alguns institutos à realidade social, como exemplo, por meio de modificações das regras de distribuição do ônus da prova.

No que pertine à prova é relevante destacar:

Art. 19 Provas - São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§ 1º. O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração, cabendo ao juiz deliberar sobre a distribuição do ônus da prova por ocasião da decisão saneadora.

§ 2º. Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante ao julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

§ 3º. O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observando o contraditório.

O código modelo CMPC- UERJ- UNESA, assim como os modelos supramencionados, positivou a regra do ônus dinâmico. Além disso, diferentemente dos outros projetos inspiradores de um código de processos Coletivos, está inserto no art. 19, parágrafo primeiro, que o momento adequado para se operar a inversão do ônus da prova é na fase saneadora, posição acolhida pelo trabalho.

Enfim, as ações coletivas molecularizam conflitos, que deixam de ser tratados de forma individual para serem decididos de forma coletiva, valorizando os princípios processuais da efetividade, segurança jurídica e economia processual. Destarte, não restam dúvidas sobre a relevância social desse tipo de demanda.

Nesse particular, ante a relevância social das demandas coletivas, justifica-se uma atuação ativa do juiz nas diversas fases do processo coletivo e, como anota Vittorio Denti²⁷¹ o incremento dos poderes do magistrado é uma exigência diante dos novos direitos, dada sua indisponibilidade e necessidade de proteger a sociedade, como, à guisa de ilustração, em uma ação civil pública de proteção ao meio ambiente.

É de suma relevância que ao poder probatório do juiz deve somar-se o dever de colaboração das partes com o fito de terem dos direitos adequadamente tutelados. Nesse íterim, o objetivo do estudo que segue é examinar a atuação do juiz nas diversas fases do processo coletivo, mais precisamente na audiência preliminar, na distribuição do ônus da

²⁷¹DENTI, Vittorio. Il ruolo Del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, v. 38, n. 3, 1984, p. 726-740.

prova, na utilização do inquérito civil como meio de prova, ainda, na formação da coisa julgada e possibilidade de instaurar nova demanda quando surgirem novas provas.

Insta registrar que o projeto da nova Lei de Ação Civil Pública²⁷² incorporou inúmeras proposições dos dois anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos (CMPC-IBDP e CPM- UERJ- UNESA) que, entre outras inovações, consta a positivação da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz.

3 ATUAÇÃO DO JUIZ NAS FASES DO PROCESSO COLETIVO

No estudo em foco iremos a analisar a atuação do juiz nas diversas fases do processo coletivo. Embora alguns aspectos tratados apresentem-se desconectados entre si, seu exame se faz com intuito de ligá-los ao tema poderes probatórios do juiz nas demandas de coletivas.

3.1 Ônus da prova - noções preliminares

O exame do tema em foco sugere que a distribuição do encargo probatório representa um ônus para as partes, que poderão ter sua esfera jurídica atingida caso não comprovem suas teses jurídicas. Assim, pode-se pensar, em um primeiro momento, ser um dever de quem alega provar, haja vista que “[...] alegar e não provar é o mesmo que não alegar²⁷³”.

De tal sorte, a noção de prova como *onus* merece se examinada devido a sua interligação ao tema dos poderes do juiz. Em um primeiro momento, poder-se-ia pensar que as regras do ônus esvaziam a atuação ativa do magistrado. Contudo, a descoberta da verdade por meio da prova atende ao interesse público, na medida em que é instrumento apto a entrega da tutela jurídica.

Inicialmente, como regra básica, o artigo 333 do CPC estabelece critérios distribuidores do encargo probatório. Por certo a importância do tema reside na determinação de quais serão os destinatários da regra e de seus desdobramentos.

É vedado ao juiz eximir-se de julgar. Em vista disso foram traçados critérios que distribuem o ônus da prova, para que, ao final, o juiz solucione os litígios postos em

²⁷² Nova lei de Ação Civil Pública, Projeto de Lei 5.139 de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2009/msg238-090413.htm>. Acesso em: 20 de fev. 2012.

²⁷³ YARSHELL, 2009, p. 47.

juízo, mesmo em casos de prova insuficiente. Assim, as regras do ônus determinam sobre qual demandante recairá o encargo probatório e, ainda, quais as consequências do eventual descumprimento.

Os resultados da atividade probatória podem ser insatisfatórios, até mesmo porque o *ônus* significa uma faculdade conferida à parte de produzir ou não a prova de suas alegações, mas que a sujeita aos efeitos de sua inércia. Logo, mesmo sendo a regra do ônus da prova uma faculdade, não se pode olvidar da existência de um encargo imposto às partes, posto que mesmo tendo elas liberdade de produzir ou não a prova, no caso de omissão, se sujeitam às consequências prejudiciais de sua indiferença.

Desta monta, a lei distribui riscos e traça critérios aptos a indicar qual dos litigantes terá de suportá-los e arcar com as consequências de não ter provado adequadamente as premissas avançadas²⁷⁴. Somado a isso, a lei diz a quem cabe provar, mas não impõe isso como um dever, como ressaltado nas linhas precedentes. Tanto é verdade que nem toda diligência realizada no processo pela parte é suficiente para garantir-lhe a vitória. Por outro lado, sua inércia não implicará necessariamente em sentença de improcedência do pedido.

Como ponderam Dinamarco, Grinover e Cintra²⁷⁵ a distribuição do ônus assenta-se na premissa de que, “[...] visando a vitória da causa, cabe à parte desenvolver perante o juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente”.

Nessa trilha, o fundamento da regra do ônus reside na ideia de equidade, segundo a qual não é justo impor somente a um dos litigantes o ônus da prova, ante a extensão da garantia da ampla defesa a todos os litigantes. Partindo desse pressuposto, cabe ao autor provar suas alegações iniciais, os fatos constitutivos do seu direito; e ao demandado provar os fatos elencados em sua defesa, modificativos, impeditivos e extintivos do direito do autor.

Em suma, destacam-se dois aspectos pelos quais a distribuição do encargo da prova é estudado: sob o prisma subjetivo ou objetivo. Pelo aspecto subjetivo visualiza-se o encargo sob o ponto de vista das partes, indagando-se quem deverá suportar o risco da prova insuficiente ou frustrada. O outro aspecto, conhecido como regra de julgamento ou ônus objetivo serve como princípio de direito público²⁷⁶, voltado à atividade jurisdicional,

²⁷⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e o ônus da prova. In: **Temas de direito processual civil: segunda série**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 75.

²⁷⁵ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 359, nota 31.

²⁷⁶ BUZUID, Alfredo. **Estudos de direito**. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 66.

fornecendo ao juiz um critério para julgar, mesmo sem formar seu convencimento sobre os fatos da causa.

Como adverte Barbosa Moreira prevalece na doutrina o entendimento da distribuição do ônus da prova como regra de julgamento²⁷⁷ nos casos de prova insuficiente, posição que serve a reger, com ressalvas, o processo de cunho individual.

Na mesma linha de ideias, Boaventura Pacífico²⁷⁸ também é adepto da posição doutrinária que consagra a regra do ônus (sob o ponto de vista objetivo) como regra de julgamento, posto que “[...] os riscos da insuficiência de provas para a formação de convicção judicial projetam-se sobre as partes, estimulando sua produção”.

De acordo com as considerações tecidas nas linhas anteriores, a regra clássica do ônus da prova não soluciona todas as questões levantadas perante o judiciário. Por interpretação do artigo 333 do CPC, a regra parte da premissa de que todos são iguais perante a lei, ou seja, de que todos possuem as mesmas facilidades na produção da prova. No entanto, a prática revela que há desigualdade material entre os litigantes, autorizando o juiz a determinar de ofício a prova ausente ou insuficiente. Consequentemente, o reconhecimento de poderes instrutórios ao juiz é um dos motivos pelos quais foi abalada a regra sob o aspecto subjetivo²⁷⁹.

De tal sorte, a regra do modo como consta, de forma rígida e inflexível entra em choque com o processo contemporâneo, dotado de escopos sociais, político e jurídicos.

Em suma, a ênfase dada à distribuição do encargo probatório, da forma como confeccionadas pelo legislador (regra clássica), faz o tema gravitar entre a atividade das partes, em um primeiro momento e a atuação do juiz, na hora do julgamento. Contudo, deve-se estabelecer um vínculo entre a atividade das partes e do juiz no que tange à prova e, por isso, a regra como definida é inoperante. Ainda nessa seara, urge desconsiderar qualquer regra estática que distribua o ônus de provar, ante a possibilidade de o juiz avaliar a capacidade da parte produzir a prova no caso concreto.

Consoante inserto no artigo 130 do CPC, o dever de provar não se restringe à atuação das partes. Anota a esse respeito Barbosa Moreira que nenhum ordenamento jurídico poderá

²⁷⁷BARBOSA MOREIRA, 1988, nota 274; GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. São Paulo: Forense Universitária, 2005; NERY JUNIOR, NERY, 2008, p. 389, nota 156.

²⁷⁸PACÍFICO, 2000, p. 142.

²⁷⁹Cf. PACÍFICO, 2000, p. 142-143; BARBOSA MOREIRA, 1988, p. 78-79, nota 274.

regular a instrução probatória recaindo o ônus exclusivamente em favor das partes ou do juiz. De tal sorte, deve haver certa dosagem, conferindo-se poderes a ambos.²⁸⁰

Como pondera José Rogério Cruz e Tucci²⁸¹, no sistema processual brasileiro, não importa a natureza da relação jurídica, além do ônus subjetivo da prova (art. 333 do CPC), o juiz deve “participar ativamente” devido a finalidade do processo de constatar fatos relevantes para solução da lide, “nos limites da causa de pedir e do pedido”.

Nessa mesma trilha, convivemos de um lado com o ônus conferido aos litigantes (art. 333 do CPC) e, de outro, com o poder do juiz de produzir a prova oficiosamente (art. 130 do CPC). Ambas possibilidades são compatíveis como o novo Processo Civil Constitucional. Logo, é cediço a insustentabilidade da distribuição da regra do ônus de forma estática, ainda mais em se tratando de tutela de direitos coletivos.

Nessa perspectiva, almeja-se que os litigantes se esforcem para provar as teses jurídicas avançadas, sem retirar do julgador o poder de determinar de ofício a produção da prova necessária, afinal não há norma dizendo qual regra deverá prevalecer: a distribuição do ônus nos moldes do art. 333 do CPC ou o poder instrutório, via de regra, art. 130 do CPC.

A prova é elemento de suma relevância na ciência processual. Imperioso que não deve ser relegada somente aos litigantes a obrigatoriedade de trazê-la aos autos. Por suposto, a atividade instrutória realiza-se mediante o trabalho do juiz e das partes. Isso implicar afirmar que a distribuição tão rígida do ônus decorre de uma filosofia liberal, valorizadora da propriedade, da individualidade e da igualdade formal.

Nessa toada, requer-se um papel atuante do magistrado nas lides de massa, já que a concretização do ideal de justiça será possível se “[...] o Estado permitir aos litigantes igualdade de armas e chances no manuseio dos instrumentos processuais, especialmente os probatórios”²⁸².

As normas processuais devem ser interpretadas à luz dos fins colimados pelo processo, entre os quais destaca-se a efetivação do direito substancial e pacificação social com justiça. Nesta baila, quando o órgão estatal determina de ofício a produção probatória não está

²⁸⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. In: **Temas de Direito Processual Civil**: nona série, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57.

²⁸¹ CRUZ E TUCCI, 2001, p. 187-191.

²⁸² RODRIGUES, Marcelo Abelha. A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do CBPC. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Direito Processual Coletivo e anteprojeto de Código brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 245.

subsidiando qualquer das partes, mas atuando na busca da verdade, com o objetivo de retratar fielmente os fatos e aplicar corretamente a norma jurídica regente.

Nesse viés, merece acolhida o argumento perfilhado por Marcelo Abelha Rodrigues segundo o qual é a prova elemento essencial à entrega da tutela jurídica justa e, por suposto, um instituto de direito público. Por certo, o juiz deve ser ativo, participativo e inquieto em relação a busca das provas que irão convencê-lo.²⁸³

Nesse particular, utilizar a distribuição do ônus como regra de julgamento não é o fim colimado pelo processo, visto que o magistrado poderá acertar ou errar, proferindo sentença injusta, que refletirá na vida do jurisdicionado, ocasionando-lhe efeitos diversos do pretendido pelo ordenamento jurídico.

Com efeito, impede ao julgador perquirir o motivo pelo qual os litigantes não produziram certa prova. A ausência da prova no processo pode ser justificada não por ato de disposição de vontade mas, sobretudo, por impossibilidade técnica, econômica ou científica de produzi-la. Entendemos que o juiz deverá ter iniciativa probatória quando inferir a existência de outros elementos essenciais e não explorados ou, à guisa de exemplo, quando for perceptível o risco de perda de direito ou atribuição de um bem jurídico indevido a uma das partes. Tudo porque não se pode relegar o resultado do processo somente à atuação dos litigantes, principalmente nas lides coletivas aonde o resultado do processo se estenderá a um número incontável de pessoas.

No espeque de Barbosa Moreira, ante a impossibilidade do julgador abster-se de julgar, em situações de *non liquet* (art. 126 do CPC) deve sentenciar distribuindo a carga probatória de cada litigante. Ato contínuo, o juiz irá verificar quem suportará as conseqüências nocivas da ausência²⁸⁴ ou insuficiência de prova. Discordamos desse argumento, pois o art. 333 do CPC distribui de forma rígida o dever de provar, em desconformidade à matriz principiológica da tutela coletiva. Nestes casos, urge aplicar o art. 130 do CPC.

A despeito desse entendimento, a regra que melhor tutela os direitos coletivos e individuais é a distribuição de forma dinâmica, não somente em razão das peculiaridades da prova e do papel que desempenha no sistema, mas também do prejuízo que poderá advir ao interesse público caso os escopos jurídico e sociais do processo não forem alcançados. Caso o autor não se desincumbir adequadamente do ônus da prova e o juiz extingue o feito sem

²⁸³ RODRIGUES, 2007, p. 247, nota 282.

²⁸⁴ BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 183, nota 152.

juízo de mérito, por exemplo, haverá prejuízo tanto às partes, quanto ao interesse público, ante a subsistência da controvérsia²⁸⁵.

Marcelo Abelha, atento à discussão em foco e com o fito de solucionar o problema do julgamento no caso de *non liquet* propõe: “[...] desativar a coisa julgada ao não ter sido alcançado o escopo social (justiça) do processo”²⁸⁶. Nesse caso, a coisa julgada proferida com base na distribuição da regra do ônus deveria ser relativizada, podendo ser rediscutida se surgirem novas provas, em todos os casos.

Complementando o argumento supra, se o juiz não se convencer das alegações formuladas, à partir das provas constantes nos autos, deverá determiná-las de ofício ou impor o ônus de produção ao litigante com melhores condições técnicas.

Nesse particular, é inadmissível utilizar a prova como meio de obstaculizar o direito e o acesso à justiça, pois se prevalecer a regra do artigo 333 uma parte, verificando a fraqueza da outra, poderá sonegar informações almejando aguardar a aplicação da regra acima exposta, forjando, por conseguinte, o resultado do processo.

É bem verdade, houve grande mudança no Código de Processo Civil com a inserção do artigo 6º, inciso VI, do CDC. Esse dispositivo introduziu a possibilidade da inversão da regra do ônus como meio de facilitação de defesa do consumidor em juízo. Poderá o juiz, inverter o ônus da prova, quando verossímil a alegação do consumidor ou diante de hipossuficiência. Essa regra conclama a necessidade de revisitar o sistema do encargo probatório.

O atual estágio do Processo Civil, iluminado pela Constituição Federal de 1988, demanda reflexões no tocante à visão estática da regra do ônus, posto que deve haver uma interpretação constitucional deste instituto, que “[...] leve em conta as peculiaridades do direito discutido, as possibilidades probatórias do interessado na produção da prova, sempre na busca de um contraditório efetivo”²⁸⁷. Atento a esse fato, o grupo de juristas responsáveis pela elaboração do novo Código de Processo Civil positivou a regra do ônus sob o aspecto dinâmico, como será estudado adiante.

Nesse diapasão, como nas lides coletivas o interesse público na resolução do conflito prevalece, as regras de distribuição do encargo probatório de modo estático não se prestam a reger aqueles tipos de demanda.

²⁸⁵ YARSHELL, 2009, p. 51.

²⁸⁶ RODRIGUES, 2008, p. 180-181, nota 150.

²⁸⁷ GUILHERME, Thiago Azevedo. **Regras de distribuição do ônus da prova e de efetivação do acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011, p. 144-145.

3.1.1 Novas regras de distribuição do encargo probatório - ônus dinâmico e o Projeto do novo Código de Processo Civil

No estudo em espeque destacam-se as mudanças legislativas propostas no Projeto do novo Código de Processo Civil (Projeto de lei n. 8046)²⁸⁸, que conferem ao juiz a possibilidade de distribuir o ônus da prova sob o aspecto dinâmico²⁸⁹.

A moderna teoria da carga dinâmica da prova foi incorporada em 2004 ao Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. Esse novo enfoque do estudo do engargo probatório sugere a distribuição do ônus da prova não com base na regra clássica do art. 333 do CPC, nem com base na técnica do art. 6º do CDC. Ela parte da premissa de que ambos os sistemas não tutelam de forma adequada o bem jurídico coletivo²⁹⁰.

Consoante Cambi²⁹¹, a distribuição do ônus da prova conforme “posição da parte em juízo” e quanto à espécie do fato do art. 333 do CPC preocupa-se mais com a decisão judicial do que com a tutela do direito, sem ater-se à “dificuldade ou impossibilidade” da parte ou do fato ser demonstrado em juízo. De tal sorte, essa distribuição diabólica do ônus da prova poderia inviabilizar a tutela de direitos.

Nessa trilha, com escopo de propiciar a efetiva tutela do direito lesado ou ameaçado, nos Códigos Modelo idealizados para servir de inspiração à tutela coletiva, o ônus da prova incumbe ao litigante que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade na sua demonstração.

A regra do ônus dinâmico, portanto, “ [...] revoluciona o tratamento da prova, uma vez que rompe com a prévia e abstrata distribuição do ônus da prova²⁹²”. O juiz, continua sendo o gestor da prova, no entanto, com maiores poderes. Em qualquer caso, cabe ao julgador verificar quem detém melhores possibilidades de produzir a prova e, então, irá distribuir este ônus entre os litigantes.

Por suposto, tendo por base a regra dinâmica, o juiz irá determinar que produza a prova quem tiver melhores condições técnicas e econômicas. Muitas vezes o demandado

²⁸⁸ O anteprojeto do novo Código de Processo Civil foi elaborado por uma comissão de juristas, sob a presidência do Ministro Luiz Fuz e entregue ao Senado no dia 08/06/201(Projeto de lei n. 166/10). Hoje tramita na Câmara dos Deputados(Projeto de Lei n. 8046/10).

²⁸⁹ Sobre o tema, importante conferir: PEYRANO, Jorge.WHITE, Inés Lépori (coord). Cargas probatórias dinâmicas: Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores.

²⁹⁰ CAMBI, 2006, p. 341.

²⁹¹ Ibid., p. 342.

²⁹² Idem., p. 341-343.

possui maior capacidade de produzir determinada prova. Assim, diante do caso concreto cabe ao julgador analisar e avaliar as dificuldades de cada parte. Ato contínuo, deve proceder à distribuição do encargo. Tal medida visa a concretizar o ideal de justiça e igualdade, já que a parte não será privada da obtenção de um direito por não ter condições de produzir determinada prova. Por suposto, trata-se de uma regra de justiça substancial.

Com efeito, ante a insuficiência da regra contida no artigo 333 do CPC, que não trata o problema do ônus com justiça, mas revela sobretudo um modelo privatista de processo, são recebidas com aplausos as disposições insertas nos artigos 357 (regra do ônus da prova), 358 (ônus dinâmico) e 359 (regras sobre a convenção do ônus), do projeto de novo Código de Processo Civil. Neste momento, iremos expor as mudanças propostas no projeto de Lei.

Quanto à regra do ônus da prova, o artigo 333, como dito alhures, traça critérios que fixam o dever de cada litigante no tocante à prova. A nova roupagem dada ao artigo no Projeto de Código de Processo Civil (artigo 357) não altera substancialmente sua redação original. Ao se referir ao ônus da prova, diz expressamente que: “O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz [...]. Diferentemente, não há essa ressalva no diploma de 73 o que revela sobretudo, um incremento dos poderes do juiz.

Em contrapartida, o julgador está autorizado produzir prova de ofício, distribuir o ônus de modo diverso ou tomar atitude que reputar necessária à solução do litígio. Não se pode olvidar, por certo, da interpretação sistêmica do novo dispositivo infere-se que maiores poderes são conferidos ao juiz.

Nesse passo, é de magna relevância o artigo 358 do projeto de Lei n. 8046, por disciplinar a regra do ônus de forma equânime e justa ao prever a possibilidade de o juiz distribuí-lo de modo dinâmico.

Art. 358. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observando o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, atribuindo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

Parágrafo 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do artigo 357, deverá dar a parte oportunidade para o desempenho do adequado ônus que lhe for atribuído.

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

Como dito alhures, entendemos que a regra da distribuição do encargo probatório, da forma como insculpida no diploma de 73, não serve a solucionar o embate causado pela desigualdade técnica e econômica das partes, como se constata nos processo coletivos.

Nessa trilha, a adoção de um sistema dinâmico e *flutuante*²⁹³ da distribuição da carga probatória amplia os poderes do juiz. Diante das desigualdade fáticas, ou até mesmo, de dificuldade técnica ou econômica na produção da prova deverá o magistrado avaliar, no caso concreto, a quem incumbe provar, tendo por fundamento, as facilidades para se produzir prova. Assim, tanto a regra dinâmica, quanto a inversão do ônus se baseiam em critérios de *hipersuficiência*, uma vez que a força da parte será primordial para juiz à proceder a inversão ou distribuir o ônus de modo dinâmico.

Ao cabo das considerações aduzidas, os litigantes têm o ônus de provar os pressupostos fáticos de teses jurídicas alegadas em juízo. Contudo, essa regra não deve ser tão estática. Portanto, a facilidade da demonstração da prova serve a concretizar o princípio da isonomia entre as partes (art. 125, inc. I, CPC), bem como “[...] ressalta o princípio da solidariedade” consubstanciado no dever de os litigantes contribuírem com a atividade probatória²⁹⁴.

Some-se a isso que a regra de dinamização do ônus flexibiliza a rigidez das regras estáticas de distribuição do encargo probatório ao prever a produção da prova por quem detiver maior facilidade e condição técnica ou econômica. Somado a isso, a dinamização do ônus supera a visão individualista do processo civil clássico e, por conseguinte, facilita a tutela coletiva.

Malgrado, a distribuição dinâmica e a inversão do ônus da prova não podem ser desproporcionais, de modo a inviabilizar a produção da prova pela parte contrária. Atento a esse fato está inserto no artigo art. 358 do novo CPC que o juiz deverá, ao dinamizar o ônus, oportunizar à parte a possibilidade de se desincumbir do engargo que lhe foi imposto.

Outro ponto que merece relevo é a possibilidade de inversão do ônus de ofício pelo juiz. O parágrafo segundo do artigo 358 preceve não implicar alteração das regras do encargo probatório a inversão operada expressamente por decisão judicial. Ou seja, ao incrementar os poderes do juiz, o dispositivo em questão não retira das partes o dever de contribuir com o processo, no sentido de produzir a prova de suas alegações.

²⁹³RODRIGUES, 2007, p. 249, nota 282.

²⁹⁴CAMBI, 2006, p. 342, nota 34.

Revela-se importante, nesse ponto do estudo, perquirir sobre o melhor momento para o juiz distribuir o ônus ou invertê-lo. Entendemos que, tanto a inversão quanto a distribuição dinâmica deverão ocorrer na fase de saneamento do processo, com o fito de permitir o exercício do devido processo legal²⁹⁵, que tem como corolário o contraditório e ampla defesa.

À toda evidência, os juristas que elaboraram o projeto do novo Código de de Processo Civil deixaram de constar no art. 358 qual deverá ser o momento adequado para o juiz proceder a distribuição do ônus da prova e a inversão. Como será dito posteriormente, entendemos que a fixação do ônus da prova deve ocorrer na audiência preliminar ou no despacho saneador, se aquela não se realizar.

Insta registrar que colhemos o entendimento de que a audiência preliminar é o momento ideal para o juiz enxugar problemas referentes à prova e, por conseguinte, distribuir o ônus de modo dinâmico. Se ocorrer em outro momento, deve o juiz abrir nova oportunidade de produção de provas pelo litigante sobre a qual pesa o ônus invertido, de modo a evitar os prejuízos decorrentes da decisão surpresa²⁹⁶, possibilitando o exercício do contraditório.

3.1.2 Caso específico: ônus da prova nos processos coletivos

A regra do ônus da prova, da forma como inserta no artigo 333 do Código do Processo Civil, não serve a resolver as crises decorrentes da deficiência técnica, econômica e social que, muitas vezes, funcionam como entrave à produção da prova. Em vista disso, o direito processual coletivo alicerça-se em institutos próprios, como a distribuição dinâmica do ônus.

Indubitavelmente, como as relações nas lides coletivas são muitas vezes desequilibradas, face ao poderio econômico de uma das partes em desfavor da outra, a aplicação das regras clássicas do ônus não solucionam de modo justo os casos postos em juízo, que necessitam da atuação do juiz, até mesmo para tentar igualizar as partes desiguais. Por certo, utiliza-se a técnica da inversão e, como forma de melhor atender aos princípios informadores da tutela coletiva, o ônus sob o aspecto dinâmico.

²⁹⁵ CAMBI, 2006, p. 323, nota 34.

²⁹⁶ MILARÉ; CASTANHO, 2007, p. 260.

A propósito, o CDC trouxe grande mudança relativa ao ônus da prova ao prever, no o artigo 6º, inciso VIII, a possibilidade de sua inversão, em casos de verossimilhança e hipossuficiência.

Consoante Eduardo Cambi²⁹⁷:

[...] A técnica da inversão do ônus da prova é um instrumento para proteger a parte que teria excessiva dificuldade na produção da prova [...], ou para oferecer proteção à parte que, na relação jurídica substancial, está em posição de desigualdade, sendo a parte mais vulnerável. [...] Com a inversão do ônus da prova não se produz a prova do fato, mas apenas se considera que o fato alegado deve ser provado pela parte contrária.

A técnica da inversão serve de mecanismo à efetivação do princípio da igualdade, principalmente nas situações em que as partes não estejam em posição isonômica.

Adverte-nos Cruz e Tucci²⁹⁸ que o artigo 6º, inciso VIII, do CDC, “[...] agasalha a inversão do ônus da prova ao conferir poderes ao juiz de, [...] dispensar o encargo de comprovar a causa de pedir remota, quando, ao critério exclusivo do magistrado, reputar verossímil o fato alegado ou for o autor considerado hipossuficiente.”

A verossimilhança é a aparência da veracidade da alegação, ou seja, é o juízo de aparência da verdade formado a partir das afirmações dos litigantes. Quanto à hipossuficiência, como bem entende a doutrina, não se trata de conceito atrelado ao poder econômico, ao contrário, refere-se ao monopólio de informação.

Nesse ponto, convém ressaltar que há dúvida na doutrina quanto a aplicação do artigo 6.º do CDC em todos os casos de direito coletivo. A resposta só pode ser positiva, sobretudo porque a inter-relação entre a Lei de Ação Civil Pública e título III do CDC (parte processual) decorre de disposição expressa contida em ambos os diplomas (art. 90 do CDC e art. 21 da LACP).

Marcelo Abelha Rodrigues pondera que a distribuição e a inversão do ônus da prova não são sinônimas. As regras de distribuição têm duplo aspecto, um subjetivo e um objetivo e aplicam-se tanto para aferir a atividade das partes, quanto para solucionar o julgamento do processo cuja prova for insuficiente; a inversão, por conseguinte, é “[...] técnica processual que parte do pressuposto de que o ônus pertenceria, à data da propositura da demanda, àquele contra quem foi feita a inversão²⁹⁹”.

²⁹⁷ CAMBI, 2006, p. 410-411, nota 34.

²⁹⁸ CRUZ E TUCCI, 2001, p. 187-191.

²⁹⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo civil ambiental**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008, p. 158.

Questão que se coloca tormentosa é saber em qual momento deve operar-se a inversão. Existem três posições doutrinárias: uma entende ser no despacho inicial; outra ser no despacho saneador e, por fim, no momento da sentença³⁰⁰.

Como explanado nas linhas anteriores, a audiência preliminar é o momento mais apropriado para operar-se a inversão. A finalidade da inversão do ônus é facilitar a defesa em juízo e, ao contrário, não é favorecer uma das partes. À toda evidência, se resolvida a questão probatória na audiência inaugural a parte onerada terá melhores condições de se desincumbir do ônus. Ao contrário, se a inversão ocorrer na hora da sentença, a parte onerada será pega de surpresa, configurando ofensa à garantia do contraditório.

Com efeito, a regra da inversão, se operada no momento de decidir compromete o direito de defesa do demandado, por lhe transferir um ônus desconhecido o qual não teve o direito de se desonerar. Logo, como regra de julgamento a inversão do ônus da prova se mostra inoperante, por privar o postulante do direito de exercer a defesa ampla. Seguindo a mesma orientação Barbosa Moreira³⁰¹ pondera:

A aplicação do dispositivo em exame [...] redundaria em manifesta ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa: ao mesmo tempo em que estivesse invertendo o ônus da prova, o juiz já estaria julgando, sem dar ao fornecedor a chance de apresentar novos elementos de convicção, com os quais pudesse cumprir aquele encargo. Não seria demais recordar, ainda uma vez, que a facilidade da norma que prevê a inversão é a de facilitar a defesa dos direitos do consumidor, e não a de assegurar-lhe a vitória, ao preço elevado do sacrifício do direito de defesa, que ao fornecedor deve propiciar.

Nessa linha de ideias, as normas distribuidoras do ônus da prova direcionam-se tanto ao juiz quanto às partes. Impende concluir que “[...] é preciso reconhecer a necessidade de que tal inversão seja comunicada às partes em momento anterior ao julgamento³⁰²”, a fim de que a parte onerada seja informada sobre o encargo que pesa sobre si.

Além da possibilidade de se operar a inversão do ônus, de modo a melhor tutelar as lides coletivas, cabe registrar a positivação, no artigo 358 do projeto de Lei n. 8046, que instituirá o novo Código de Processo Civil, de outra técnica processual apta a corrigir as desigualdades decorrentes das deficiências probatórias: o ônus dinâmico da prova. À luz desse

³⁰⁰ PACÍFICO, 2000, p. 159; WATANABE, 2001, p. 612-620, nota 262.

³⁰¹ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 86, p. 306, 1997.

³⁰² YARSHELL, 2009, p. 90.

novo critério flexibilizador da regra do ônus, a prova dos fatos cabe a quem tiver “maior proximidade com eles e maior facilidade para demonstrá-los³⁰³.”

Consoante Samuel Meira Brasil Júnior³⁰⁴:

[...] de nada adianta disponibilizar a ação coletiva, ferramenta imprescindível à resolução dos conflitos de massa e, em seguida, privar o demandante da possibilidade de obtenção da respectiva tutela, em razão da impossibilidade de comprovar fatos substanciais, que justificam a procedência do pedido.

Nesse sentido, a distribuição do ônus de modo dinâmico é o que mais se adequa à tutela coletiva, tendo em vista o processo como instrumento de efetivação de garantias constitucionais. A razão dessa técnica consiste em possibilitar a produção da prova por quem detiver melhores condições de colacioná-la aos autos, ampliando o acesso à justiça. De fato, “[...] reconhecer a quem atribuir a responsabilidade da prova necessária e admitir sua distribuição entre os litigantes é tema relacionado, com indisfarçável certeza, ao próprio acesso à ordem jurídica e, de igual modo, à efetividade da tutela coletiva.³⁰⁵”

A distribuição dinâmica do ônus é uma ferramenta justa e equa, apta a reger à tutela coletiva, visto que por meio desse instrumento o juiz deve avaliar, no caso concreto, quem deverá ter o ônus de produzir a prova, já que nessas demandas, quase sempre o demandado possui melhores condições probatórias.

Instado a se manifestar o Superior Tribunal de Justiça³⁰⁶ exarou entendimento de que a técnica de flexibilização do ônus concretiza os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à justiça e da efetividade da prestação jurisdicional e, ainda, requer uma cooperação entre os sujeitos da demanda. Não é necessário grande esforço para afirmar que a jurisprudência está atenta a insuficiência do modelo estático para resolver problemas referentes a desigualdade substancial dos litigantes.

Desse modo, entendemos que a regra do ônus dinâmico é instituto da técnica processual que mais se aproxima dos anseios da tutela nas demandas coletivas. Destarte, com o fito de

³⁰³ GRINOVER, 2006, p. 308, nota 120.

³⁰⁴ BRASIL JÚNIOR. Samuel Meira. A prova no processo coletivo: Distribuição dinâmica do ônus da prova. In: CIANCI, Mirna et. al. **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos. Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 578.

³⁰⁵ Ibid., p. 578.

³⁰⁶ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 883656/ RS. Relator: Min. Herman Benjamin. Recorrente: Alberto Pasqualini Refap S/A. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Brasília: 28 de fevereiro de 2012. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=onus+da+prova+dinamico&b=ACOR. Acesso em: 05 de mar. 2012.

solucionar a questão de desigualdade técnica entre os litigantes caberá ao juiz, no caso concreto, definir sobre qual parte incidirá o ônus dinâmico.

Cabe anotar que não há disposição expressa do ônus dinâmico, tanto no Código de Processo civil quanto em outro diploma legal. Há previsões expressas nos Códigos inspiradores da tutela coletiva. Por isso, traremos à colação, no próximo tópico, as regras contidas nos Anteprojetos de Código de Processo Coletivo.

Antes disso, insta registrar o artigo 20 do projeto de Lei da nova Ação Civil Pública³⁰⁷:

Art. 20. Não obtida a conciliação ou quando, por qualquer motivo, não for utilizado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

I - decidirá se o processo tem condições de prosseguir na forma coletiva;

II - poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela dos interesses ou direitos difusos e coletivos, de um lado, e dos individuais homogêneos, do outro, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo;

III - fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas;

IV - distribuirá a responsabilidade pela produção da prova, levando em conta os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos detidos pelas partes ou segundo a maior facilidade em sua demonstração;

V - poderá ainda distribuir essa responsabilidade segundo os critérios previamente ajustados pelas partes, desde que esse acordo não torne excessivamente difícil a defesa do direito de uma delas;

VI - poderá, a todo momento, rever o critério de distribuição da responsabilidade da produção da prova, diante de fatos novos, observado o contraditório e a ampla defesa;

VII - esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova; e

VIII - poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório (grifo nosso).

Como se vê, o Projeto da nova Lei de Ação Civil Pública amplia os poderes do juiz de direção e instrução do processo e prescreve instrumentos aptos à tutelar de modo efetivo o direito coletivo, como por exemplo, com a positivação da distribuição da prova de modo dinâmico.

³⁰⁷BRASÍLIA. **Projeto de Lei nº 5.139/2009**: institui uma Nova Lei de Ação Civil Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2009/msg238-090413.htm>. Acesso em: 25 de fev. 2012.

3.1.3 O ônus da prova nos anteprojetos de direito coletivo

O objetivo desse item é destacar, entre os projetos³⁰⁸ que prevêm a codificação da legislação coletiva, o modelo mais adequado no tocante à regra do ônus da prova, à luz da posição adotada no trabalho, de que a distribuição sob o aspecto dinâmico coaduna-se aos anseios de justiça substancial e efetiva a justiça nas ações coletivas, visto que o juiz determinará a produção da prova por quem detiver melhores condições. Pelas razões expendidas até aqui, entendemos que não se coaduna com o processo constitucionalizado a regra que distribui o ônus da prova de forma estática.

Nesse contexto, não se pode olvidar que a mudança legislativa inserta no projeto do novo Código de Processo Civil e no Projeto da nova Lei de Ação Popular positivam regras mais justas e adequadas ao Processo Civil contemporâneo, para superar o problema da hipossuficiência técnica entre os litigantes. Entre as regras delineadas, os projetos consagram a teoria dinâmica, que tem impacto na jurisprudência. Destarte, o modelo flexibilizador do encargo probatório considera o “[...] fato desigualdade das partes fora do processo como algo que impede a obtenção de uma tutela justa”³⁰⁹.

No Código Modelo idealizado por Antônio Gidi a regra da distribuição do encargo probatório reafirma tudo que foi dito anteriormente ao prescrever (art. 11) que o ônus da prova deve ser recair sobre quem detiver informações e conhecimentos técnicos relevantes.

No Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América está inserto no (arts. 11 e 12), que o juiz deverá esclarecer às partes quanto ao seu dever de provar na audiência preliminar. Assim, em razão da garantia do contraditório, da ampla defesa e da igualdade, antes da instrução as partes deverão saber as deliberações sobre o ônus da prova, que poderá ser invertido ou recair sobre quem detiver melhor condições probatórias.

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos do Instituto brasileiro de Direito Processual, seguindo a mesma linha adotada nos modelos supramencionados, contempla a distribuição do encargo probatório de forma dinâmica como regra geral, acompanhando a evolução do processo coletivo como microssistema.

³⁰⁸ Cabe destacar que os dispositivos mencionados nesse tópico do trabalho foram citados expressamente na parte IV, tópico II, quando foi estudado a prova nos códigos-modelos. Por essas razões, o dispositivo mencionado não será novamente transcrito.

³⁰⁹ RODRIGUES, 2007, p. 250, nota 282.

Por derradeiro, as disposições tocantes ao estudo em foco inseridas no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, de autoria de Aluisio Gonçalves, traduzem tudo que foi dito até aqui. Inicialmente, há disposição expressa determinando ser a audiência preliminar o momento adequado para esclarecer às partes sobre o encargo probatório e quanto à distribuição do ônus da prova³¹⁰. Além disso, utiliza a distribuição do ônus em seu aspecto dinâmico, impondo o encargo de provar à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos e maior facilidade em sua demonstração.

Por derradeiro, a flexibilização da regra do encargo probatório, por meio técnicas adequadas a tutelar o caso concreto e a resolver possíveis desigualdades dos litigantes, entrelaça-se à moderna processualística, que tem a finalidade precípua de prestar a tutela jurídica efetiva, célere e justa. Nesse particular, o magistrado assume relevante função de avaliar no caso concreto as necessidades e capacidades probatórias de cada parte, o que implica a efetivação do princípio da igualdade.

É importante colacionar a esse respeito a lição de Édis Milaré e Renata Castanho³¹¹:

A esse respeito, vale ponderar que os poderes do juiz atinentes à distribuição do ônus da prova, nos moldes do Anteprojeto, parecem não violar o direito do acusado de não produzir prova contra si mesmo. Isso porque se trata, justamente, de um ônus processual, e não de um dever. Assim, estando o réu mais próximo dos elementos de convicção, o juiz poderá incumbi-lo do ônus da prova, em que pese não ser o réu obrigado a produzi-la contra si.

Desta feita, a regra dinâmica tenta sanar as mazelas decorrentes das deficiências probatórias, que muitas vezes funcionam com um óbice a obtenção da procedência do pedido. Essa técnica processual, afeita à tutela coletiva é decorrência lógica dos princípios da igualdade, devido processo legal, acesso à justiça e do direito constitucional à prova e processo de resultado justo.

3.2 Audiência Preliminar

O objetivo deste estudo é destacar a necessidade de revalorizar a fase de saneamento nas lides coletivas, com o objetivo de “[...] racionalizar a atividade instrumental do juiz para conduzi-la com mais eficiência a um resultado útil³¹²”.

³¹⁰ O art. 19 do CMPC- UERJ dispõe que cabe ao juiz deliberar sobre a distribuição do ônus da prova por ocasião do saneamento do processo.

³¹¹ MILARÉ; CASTANHO, 2007, p. 26.

Luiz Fux afirma que a reforma processual de 1994 legalizou a audiência “prévia”, precedente à de instrução e julgamento, o que representa um desejo moderno de estimular a autocomposição como forma eficaz de solução de conflitos. Completa o autor dizendo que o objetivo do artigo 331 do CPC é “pugnar” pela conciliação e, se não obtida:

“[...] declarar o saneamento, sem deixar qualquer questão processual pendente, determinando as provas necessárias após a fixação dos pontos controvertidos sobre os quais deverão versar os elementos de convicção, obedecendo o princípio da *necessidade da prova dos fatos relevantes e influentes*.³¹³”

Conforme delineado, o juiz designará audiência preliminar³¹⁴ e tentará conciliar as partes. Não obtida a conciliação, deverá o juiz sanear o processo, com a verificação das questões preliminares ao julgamento do mérito e não havendo irregularidades deverá fixar os pontos controvertidos e determinar as provas a serem produzidas. Assim, serão praticados os atos probatórios necessários para que seja proferido o julgamento do direito das partes, visando a um resultado válido e eficaz. Além disso, é o momento apropriado para o juiz determinar a produção oficiosa de prova. Contudo, sabe-se que o juiz poderá, a qualquer tempo, determinar o depoimento pessoal das partes (art. 118 do CPC) ou inspecionar pessoas ou coisas (art. 468 do CPC), por exemplo.

Em se tratando de fixação dos pontos controvertidos (teses jurídicas que dependem de prova) e determinação de prova, o juiz deverá conhecer minuciosamente os autos, a fim de delimitar o *thema decidendum* e o *thema probandum*, com o fito de direcionar corretamente a ação. Logo, antes mesmo da apresentação das provas urge situar os “pontos nebulosos”, os problemas, em tornos dos quais a instrução será construída. Ato contínuo, as provas deverão ser produzidas e valoradas.

Como se observa um dos aspectos positivos de se fixar os pontos controvertidos é demonstrar corretamente sobre quais fatos deverá incidir a produção prova. Para tanto, o juiz deverá fixar as questões de fatos controversas resultantes do confronto entre a inicial e a resposta, com a participação dos litigantes.

Não dependem de prova os fatos notórios, os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária ou admitidos no processo como incontroversos e os fatos em

³¹² GRECO, Leonardo. O saneamento do processo e o projeto de Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.redep.com.br/>>. Acesso em 20 de fev. 2012. P. 571.

³¹³ FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil. Processo de conhecimento**. Volume I, 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 462-463.

³¹⁴ A posição defendida no trabalho é a de que, independente da natureza do direito, poderá haver audiência preliminar sempre que for possível obter a conciliação e ainda, para fixação do objeto sobre o qual recairá a produção probatória.

que haja presunção legal de existência ou veracidade. Essa imposição legal visa a coibir a parte contrária de produzir prova com intuito de tumultuar ou delongar o andamento do processo e, ao mesmo tempo, dificultar a formação do convencimento do juiz.

Como adverte Athos Gusmão Carneiro³¹⁵ objeto de prova “[...] são fatos sobre que versa a lide (rectius, as alegações das partes relativamente aos fatos), os fatos relevantes ou influentes à solução da causa”. Assim, não serão objeto de prova os fatos incontroversos e aqueles que nenhuma influência exercem sobre a decisão da causa.

Quanto à conciliação das partes na audiência preliminar insta fazer algumas considerações. O problema que se coloca sobre a conciliação nas lides coletivas relaciona-se à indisponibilidade do objeto do litígio implicando a inviabilidade de atos transacionais. Ou seja, em se tratando de direitos indisponíveis vedada está a possibilidade de conciliação, já que o autor, representante adequado da coletividade, não poderá transacionar acerca de um direito que pertence à coletividade.

Embora a tutela coletiva refira-se a direitos indisponíveis, ao juiz cabe analisar a possibilidade de conciliação. Contudo, ela terá por objeto o modo, tempo, lugar e condições de cumprimento da obrigação. Logo, a transação proposta pelo juiz na audiência preliminar não poderá ser afastada, afinal, há um reconhecimento constitucional dado à tutela coletiva de direitos, que preza pela efetividade.

Com efeito, não haverá disposição do direito, mas acordo a respeito de como o réu poderá reparar o dano causado à coletividade, acertando, à guisa de exemplo, “prazos para a reparação do meio ambiente, para a retirada de produtos nocivos à saúde da coletividade³¹⁶”, para retirada de propaganda enganosa dor ar e, ainda, de cronograma para recuperação de um espaço ecológico degradado.

Nesse viés, os processos coletivos regem-se pelos princípios da celeridade, efetividade e economia processual. Em vista disso, deve o juiz tentar conciliar as partes a todo momento já que, muitas vezes, a prolação da sentença poderá demorar anos para ser executada.

Hugo Nigro Mazzilli³¹⁷, corretamente explica:

“[...] na ação civil pública, às vezes será mesmo de aceitar a transação: a jurisprudência, desde que acordes os interessados, de modo mais liberal, poderá

³¹⁵CARNEIRO, Athos Gusmão. **Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 59-61.

³¹⁶ OLIVEIRA, 2009, p. 79.

³¹⁷MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 345.

inclinar-se favoravelmente à homologação da transação, na qual se pode conseguir praticamente tudo que é objeto do pedido, sob a forma de autocomposição da lide.”

Destarte, é possível haver conciliação em se tratando de processos coletivos. Nesse caso, a postura do juiz será importante para resguardar o interesse metaindividual em sua parte “nuclear e substancial³¹⁸”. Para tanto, o juiz deve averiguar a adequação do acordo entabulado, podendo até negar sua homologação caso o fim atingindo contrarie os objetivos da tutela coletiva de direitos.

Cumpra observar que, em se tratando de Ação de improbidade administrativa há previsão expressa no artigo 17, parágrafo primeiro, da lei 8429/92 vedando a conciliação. Trata-se de ação de natureza dúplice (repressiva/ressarcitória) que, por sua vez, não comporta espaço para atos de disposição processual ou material.

Ato contínuo, não obtida a conciliação nas demandas coletivas e vencidas as questões preliminares, o juiz fixará os pontos controvertidos e determinará as provas a serem produzidas. Nesse ponto, não há diferenças entre as lides individuais e coletivas.

À luz dos princípios informadores da ciência processual, que tem o contraditório como corolário, a audiência preliminar é o momento mais apropriado para o juiz determinar de ofício a produção da prova. Se as partes estiverem presentes na audiência inicial, já saberão as provas que serão produzidas e poderão, desde logo, exercer o contraditório.

Nesse passo, oportuno lembrar a regra inserta no art. 19³¹⁹, parágrafo primeiro, do Anteprojeto de Código brasileiro de Processo Coletivo idealizado por Aluizio Gonçalves de Castro Mendes. Essa norma prescreve o momento ideal para o juiz distribuir o ônus da prova e avisar sobre qual parte recairá o encargo, a fim de possibilitar o exercício do contraditório e ampla defesa, garantias constitucionais plenas.

Cândido Rangel Dinamarco³²⁰ ensina que é dever do juiz, na audiência preliminar, *informar* o encargo de cada litigante e *adverti-las* sobre as conseqüências de eventual

³¹⁸Expressão utilizada por: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil Pública**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 246.

³¹⁹ Art. 19: Provas - São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§ 1º. O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração, cabendo ao juiz deliberar sobre a distribuição do ônus da prova por ocasião da **decisão saneadora**. O anteprojeto em questão foi proposto por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes.

³²⁰ DINAMARCO, 2005, p. 83-85, nota 43.

omissão, como forma de convidá-las a participar ativamente da instrução probatória, como fruto do *due processo of Law* e da exigência do diálogo como garantia do contraditório.

No entanto, não basta o juiz “informar” o ônus que cabe a cada litigante deve, todavia, se verificar hipótese de inversão, efetua-la desde já, como forma de proporcionar o direito de defesa e produção de provas pela parte onerada.

Por fim, a distribuição dinâmica do ônus da prova deve ser feita de forma expressa no momento da audiência preliminar, posto que é nessa fase que o juiz, por meio do processo dialético e cooperativo, informado pelos deveres de esclarecimento, consulta e prevenção, como dito na parte II do trabalho, estabelecerá os pontos controvertidos do litígio e determinará as provas a serem produzidas.

Nesse contexto, é oportuno mencionar a proposta legislativa inserta no projeto do Novo Código de Processo Civil (Projeto de lei 8046/2010) que indica como deve ser a conduta do juiz se a causa não estiver instruída a ponto de julgar antecipadamente a lide ou declarar a revelia:

Art. 342. Não ocorrendo qualquer das hipóteses deste Capítulo, o juiz, em saneamento, decidirá as questões processuais pendentes e delimitará os pontos controvertidos sobre os quais incidirá a prova, especificando os meios admitidos de sua produção e, se necessário, designará audiência de instrução e julgamento.
Parágrafo único. As pautas deverão ser preparadas com intervalo mínimo de quarenta e cinco minutos entre uma e outra audiência de instrução e julgamento.

A inovação contida no dispositivo acima merece acolhida no Processo Civil moderno, que prima pela efetividade. Ora, não sendo hipótese de julgamento antecipado da lide ou revelia, deve o juiz determinar audiência e emitir despacho saneador, em que resolverá questões pendentes e, como exemplo, determinará provas e esclarecerá às partes sobre a possibilidade de inversão do ônus.

Nesse particular, importa registrar que a prática do foro tem tornado inviável a realização da audiência preliminar em razão da quantidade de processos postos a julgamento. Em vista disso, ela tem sido substituída pelo despacho saneador. Isso implica afirmar que a prática relativizou a obrigatoriedade da audiência preliminar.

Com efeito, o projeto do novo Código de Processo Civil inclina-se no sentido de que deve haver uma decisão interlocutória específica de saneamento do processo, o despacho

saneador³²¹, com o fito de resolver as questões prévias em benefício da celeridade e segurança jurídica, em substituição à audiência preliminar.

Destarte, caso o juiz entenda incabível a audiência preliminar por razões de excesso de trabalho ou outros motivos semelhantes entendemos ser imprescindível proferir despacho saneador, que “tem lugar justamente nas hipóteses restantes, [...], em que, descabida a audiência preliminar, por inadmissível a transação [...], o órgão judicial chega à convicção de que é necessário o prosseguimento do feito”³²².

Marinoni e Mitidiero³²³ entendem ser imprescindível a realização da audiência preliminar e asseveram:

[...] em um processo de corte cooperativo, o mais adequado, contudo, é que a atividade de organização do processo (sanação de vícios processuais e preparação da prova) ocorra oralmente, em que as partes e o juiz possam dialogar e participar ativamente na decisão dessas questões.

3.3 A validade probatória do inquérito civil

Desde a regulação do inquérito civil (IC) na Lei de Ação Civil Pública há controvérsia na doutrina sobre a eficácia probatória dos elementos produzidos pelo Ministério Público no manejo do inquérito civil. Antes de iniciar o estudo em foco, insta registrar que a divergência doutrinária refere-se à admissibilidade ou não do contraditório nesse procedimento e à eficácia ou não dos elementos de prova ali colhidos.

As disposições legislativas pertinentes ao inquérito civil estão inseridas no art. 129, III da Constituição Federal de 1988; no art. 8º, parágrafo 1º da Lei de Ação Civil Pública (Lei 7347/85); no art. 90 do Código de Defesa do Consumidor; no art. 6º da Lei 7853/1989 (lei que dispõe sobre a proteção aos portadores de deficiência), no art. 201, V da Lei 8069/1990 (Estatuto da criança e do Adolescente) e art. 26 da Lei 8625/1993 (Lei orgânica Nacional do Ministério Público) e Lei Complementar 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União).

³²¹ GRECO, 2012, p. 575.

³²² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Novo processo civil Brasileiro**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 52.

³²³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC – crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010, p. 121.

Destarte, há alguns pontos divergentes na doutrina no tocante inquérito civil, como por exemplo, a existência ou não de contraditório e sua validade como meio de prova, já que é produzido extra-autos.

Quanto a natureza jurídica do instituto a doutrina majoritária entende³²⁴ ser o inquérito civil procedimento administrativo e não, processo administrativo, entre outros motivos, por ser desprovido de natureza jurisdicional.

No escólio de Daniel Amorim de Assumpção o inquérito civil é uma cautelar preparatória *sui generis* cujo objetivo é “[...] produzir elementos para a preparação da Ação Civil Pública consciente, evitando-se a propositura de demandas infundadas e fadadas ao insucesso.”³²⁵

Daniel Amorim³²⁶, de forma isolada, afirma que há aproximação entre o inquérito civil e as ações probatórias autônomas (justificação, produção antecipada de provas), embora reconheça a “jurisdicionalidade dos processos cautelares probatórios” e a natureza não jurisdicional do inquérito civil. A semelhança entre os institutos, de acordo com o autor, reside no fato de serem um conjunto de provas produzidos extrajudicialmente, que deverão ser valoradas posteriormente pelo órgão jurisdicional. Nessa linha de idéias, é um equívoco imaginar que somente as provas produzidas em juízo serão aptas a embasar o convencimento do julgador.

Assim, compactuamos do entendimento de que “[...] quanto mais público tiver sido o inquérito civil e maior tiver sido a participação do investigado, maior credibilidade a prova terá diante do juiz.”³²⁷

Consoante Rogério Lauria Tucci³²⁸ o IC é um procedimento meramente administrativo, de caráter pré-processual, realizado extrajudicialmente, de instauração facultativa, que desempenha importante função instrumental.

³²⁴ Cabe ressaltar que há divergência doutrinária quanto a natureza jurídica do inquérito civil, que para Daniel Amorim é cautelar preparatória *sui generis*, e para Marcelo Abelha Rodrigues é procedimento administrativo formal e solene. Já para José dos Santos Carvalho Filho o Inquérito Civil, mesmo não tendo função jurisdicional, é procedimento ou processo administrativo. Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil Pública**, Comentários por artigo (Lei nº 7.347, de 24.7.85). 6. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 258.

³²⁵ NEVES, Daniel Amorim de Assumpção. O inquérito Civil como uma cautelar preparatória probatória *sui generis*. In: MAZZEI, Rodrigo. NOLASCO, Rita Dias. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 216-245.

³²⁶ *Ibid.*, p. 244, nota 325.

³²⁷ *Idem.*, p. 244, nota 325.

³²⁸ TUCCI, Rogério Lauria. Ação Civil Pública: falta de legitimidade e de interesse do Ministério Público. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 745, p. 73-99, 1997.

Nessa trilha, o IC é um procedimento administrativo facultativo de natureza inquisitiva, de titularidade exclusiva do Ministério Público, que serve para coligir provas que possam fundamentar a atuação do fiscal da lei na ação civil pública, ação coletiva ou termo de ajustamento de conduta.

Logo, o IC é um procedimento preparatório, público, facultativo e dispensável. Ele não é obrigatório, visto que o MP pode instaurar a ACP se existirem outros elementos de prova. Sendo assim, o IC não é condição de procedibilidade para o ajuizamento das ações ministeriais, visto que ele não é peça obrigatória à propositura de qualquer medida judicial em prol de direito metaindividuais.

Esse procedimento serve a investigar qualquer violação a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos³²⁹, seja ofensa ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio cultural, às pessoas portadoras de deficiência, às crianças e aos adolescentes, por exemplo. Além disso, serve a averiguar fatos suficientes a desencadear o ajuizamento de quaisquer ações civis públicas, entre elas, “ação contra a improbidade administrativa, ação de nulidade de casamento, ação direta de inconstitucionalidade, ação de destituição de pátrio poder”³³⁰.

A partir das explanações tecidas até aqui, é possível inferir as seguintes características do instituto: a) é de titularidade exclusiva do Ministério Público; b) é facultativo; c) publicidade mitigada; d) formalidade restrita; d) auto-executoriedade; e) não possui natureza jurisdicional.

Portanto, o IC é uma investigação administrativa prévia presidida pelo Ministério Público e se destina a colher elementos de convicção³³¹ que servirão de base ao ajuizamento de uma futura ação coletiva. Disso resulta a primeira característica do instituto: é de titularidade exclusiva do Ministério Público, apesar da pluralidade de legitimados pela lei ao ajuizamento da ação civil pública.

Nesse tocante, a exclusividade para instaurar o procedimento se justifica em razão da função institucional conferida órgão ministerial pela Constituição Federal de 1988. Assim, se os outros legitimados pretenderem sua instauração devem requerer diretamente ao Ministério Público, por meio de representação. Caberá ao órgão ministerial decidir sobre seu cabimento.

³²⁹ MAZZILLI, 2007, p. 436, nota 317.

³³⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. Inquérito Civil e poder investigatório do Ministério Público. In: MILARÉ, Édís.; GRINOVER, Ada Pellegrini, (Coord.). **A Ação civil pública: após 20 anos : efetividade e desafios**. São Paulo: R. dos Tribunais, 2005, p. 225.

³³¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Inquérito Civil**. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2000, p. 53.

Consoante Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti³³² nada impede que o seu conteúdo seja utilizado por outro legitimado, como meio de prova.

A facultatividade também é uma característica desse instrumento. O MP pode ajuizar qualquer ação coletiva se houver elementos de convicção aptos a formar seu livre convencimento, não sendo o IC peça imprescindível. Ainda, impende registrar que a formalidade típica do processo judicial não se aplica ao instituto em comento, pois os formalismos exagerados podem prejudicar seu andamento.

O instituto em foco possui natureza pública e, via de regra, deve ser regido pelo princípio da publicidade dos atos (art. 37, CF/88). Mas, a depender do caso concreto, se a publicidade causar embaraços ao seu curso normal poderá ser mitigada.

Nessa linha de ideias, a regra da publicidade dos atos poderá restringida quando existirem no inquérito civil informações acobertadas por sigilo legal, quando da publicidade puder advir prejuízo à apuração dos fatos ou resultar em perturbação da ordem pública

No tocante à publicidade, o do Superior Tribunal de Justiça instado a se manifestar fixou o entendimento de que é ilícito negar ao advogado o direito de acessar os atos já documentados do IC³³³. Deflui-se desse entendimento que o Superior Tribunal de Justiça garante o exercício do contraditório também nessa fase pré-processual, o que implica conferir ao procedimento a cargo do MP amplo valor probatório.

Assim dispõe o art. 1º da Resolução n. 23 do CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público), de 17 de setembro de 2007 sobre o inquérito civil:

Art. 1º O inquérito civil, de natureza unilateral e facultativa, será instaurado para apurar fato que possa autorizar a tutela dos interesses ou direitos a cargo do Ministério Público nos termos da legislação aplicável, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais.
Parágrafo único. O inquérito civil não é condição de procedibilidade para o ajuizamento das ações a cargo do Ministério Público, nem para a realização das demais medidas de sua atribuição própria.

³³² DIDIER JR.; ZANETI JR., 2009, p. 215, nota 223.

³³³ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em sua maioria, entende ser o inquérito civil procedimento meramente informativo, no qual não é necessário atender aos princípios do contraditório e da ampla defesa. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso e em Mandado de Segurança n 31.747 – SP. Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI. Recorrente: Eduardo Bittencourt Carvalho. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Brasília, 17 de outubro de 2011. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=rms+31747&b=ACOR. Acesso em 10 de janeiro de 2012.

Oportuno, nesse passo, anotar que o IC é um procedimento investigatório e inquisitivo, instaurado pelo Ministério Público com objetivo de coletar de elementos de convicção aptos a legitimar as atuações processuais a seu cargo³³⁴.

Nesse momento urge examinar a aplicação do princípio do contraditório ao IC. De modo geral, a doutrina mitiga a observância desse princípio sob fundamento de ser o IC procedimento administrativo de natureza inquisitória, em que não há acusado e tampouco sanção a ser aplicada.

Na trilha de José dos Santos Carvalho Filho³³⁵ por ser o IC um procedimento inquisitivo não se aplicam a ele os postulados do contraditório. O texto constitucional, segundo o autor, impôs a observância desse princípio aos processos em que houver litigantes ou acusados. Como Ministério Público, no manejo do instituto, limita-se a apurar fatos, a colher provas, a requisitar de qualquer organismo público informações, certidões, exames, perícias enfim, a coligir elementos que comprovem ofensa a determinados interesses transindividuais, com o fito de formar seu convencimento sobre a necessidade ou não da instauração da ACP, descabe a observância do contraditório em seu curso.

Hamilton Alonso Junior³³⁶ caracteriza o instituto em espeque como “[...] procedimento investigatório informal no qual não se exige contraditório”. A formalidade, a burocracia e a lentidão são incompatíveis com o instrumento destinado a formar o convencimento ministerial.

Por outro lado, há autores que entendem ser a ausência do contraditório nesse procedimento um vício insanável. A despeito desse entendimento, Rogério Lauria Tucci³³⁷ assevera que “[...] o quadro constitucional no qual está inserido o Ministério Público impõe que o mesmo seja examinado dentro do contexto da ordem democrática e, portanto, deve considerar todos os princípios que lhe são inerentes, em especial, a ampla defesa e contraditório”. Assim, o membro do Ministério público deve permitir aos interesses o exercício do contraditório no IC, sob pena de nulidade de todos os atos realizados afinal, é indubitoso um instrumento que não propicia a participação daquele que sofrerá os efeitos da subsequente ACP.

³³⁴ MAZZILLI, 2005, p. 223, nota 330.

³³⁵ CARVALHO FILHO, 2007, p. 260-262, nota 320. Cabe advertir que, segundo Hugo Nigro Mazzilli o inquérito civil não é contraditório. Cfr: MAZZILLI, 2005, nota 330..

³³⁶ ALONSO JUNIOR, Hamilton. A valoração probatória do Inquérito civil. In: MILARÉ, Édís. (coord). **Ação Civil Pública. Lei 7.347/1985- 15 anos**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 293.

³³⁷ TUCCI, 1997, p. 83-84, nota 328.

Seguindo a mesma orientação, Nelson Nery Junior sustenta ser um dos objetivos do Ministério Público perseguir a verdade no interesse social e, para tanto, deve permitir aos interessados o exercício do contraditório no manejo do inquérito civil³³⁸. Em outra oportunidade³³⁹ o mesmo autor aduz que “[...] prova recolhida no inquérito civil, se para sua realização não tiver havido participação dos interessados, precisa ser refeita ou contrastada em juízo, em obediência ao princípio constitucional do contraditório”.

Ada Pellegrini Grinover³⁴⁰ é enfática ao afirmar que “[...] o direito à prova é uma resultante do contraditório, o direito de contradizer provando” e, sendo assim, “[...] o contraditório é uma condição de eficácia da prova”. Nessa linha de ideias, o direito de reação deve ser proporcionado aos litigantes não só nos processos judiciais como também em todos aqueles em que há o poder estatal. Segundo a autora, para se “[...] aproveitar, em juízo, a prova coligida nesse procedimento administrativo, é imprescindível a instauração do contraditório, sob pena de afronta à garantia constitucional anteriormente mencionada.”

Hugo Nigro Mazzili³⁴¹, seguindo a mesma linha, aduz:

[...] em alguns casos, o próprio investigado pode ter todo o interesse em precaver-se contra o possível ajuizamento de ações consideradas injustas e, assim, pode comparecer ao inquérito civil assistido por advogado, quando de sua inquirição pelo promotor de justiça; pode ainda oferecer documentos, peticionar ou sugerir a produção de provas- que serão produzidas ou não ao prudente arbítrio do inquérito. Em muitas vezes, a produção dessas provas, na fase preliminar, poupará muitos custos para o Ministério Público e para a administração da Justiça, pois poderá evitar o ajuizamento de ações desnecessárias ou infundadas.

Nesse passo, deve ser oportunizado aos litigantes exercer o contraditório no IC. Marcelo Abelha Rodrigues³⁴² sustenta que devem participar desse procedimento todos que possam colaborar com a investigação, desde que não prejudique seu andamento.

À toda evidência, desde que o exercício dessa garantia constitucional não prejudique o transcorrer do IC e implique em procrastinação indevida, deverá ser concedido às partes o direito ao seu exercício, até mesmo para impingir maior valor às provas ali produzidas. Em outro turno, não sendo viável o exercício do contraditório, ele será postergado para a fase

³³⁸ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 141.

³³⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 1424.

³⁴⁰ GRINOVER, 2005, p. 58-69, nota 236.

³⁴¹ MAZZILLI, 2000, p. 244-245, 331.

³⁴² RODRIGUES, 2003, p. 97-102, nota 121.

judicial, em que será possibilitado amplo exercício do direito de defesa como garantia constitucional do processo.

Nelson Nery e Rosa Andrade³⁴³ apontam que o contraditório é uma garantia inerente ao Estado de direito e revela-se imperativa no inquérito civil sob o argumento de que, em caso negativo, não estaria este instituto cumprido sua função de servir de base à atuação do Ministério Público para evitar ou reparar lesões a direitos metaindividuais.

Por outro viés, deve ser analisado caso a caso se o exercício dessa garantia não prejudicará a celeridade impingida ao procedimento administrativo a cargo do fiscal da lei. Afinal, se não for possibilitado de plano o direito de reação, ele será postergado para a fase judicial, o que não acarretará nenhuma nulidade. O que não pode ser admitido nos processos em geral é que, sob o pretexto da celeridade, direitos sejam violados, restringidos ou até mesmo negados.

Nessa toada, vislumbramos que quanto maior a participação dos envolvidos nesse procedimento, maior valor probatório ele terá e, portanto, maior força terá a prova produzida. Entretanto, há autores³⁴⁴ asseverando a inutilidade das provas colhidas nessa fase, por não ter o contraditório como princípio basilar.

Com efeito, o simples fato de a prova não ter sido produzida em juízo não lhe retira o valor probante afinal, perícias são realizadas, documentos são juntados e analisados, pessoas são ouvidas no curso do inquérito civil. Ora, se as provas são legítimas, nada obsta sua valoração pelo juiz. Contudo, à luz da sistemática processual vigente há dificuldades em admitir a produção probatória fora do processo.

No sistema da *Civil Law* o processo se desenvolve por uma série de atos praticados por agentes oficiais, diferentemente do sistema da *Common Law*, em que o juiz distancia-se das partes durante a busca de provas.

Seguindo esse raciocínio nada impede que o juiz sentencie com base nas provas colhidas durante o inquérito, em conjunto aos outros elementos de convicção. No escólio de Pedro Silva Dinamarco³⁴⁵ “[...] todo cuidado deve prevalecer na valoração dessas provas”, pois elas terão maior valor se o réu tiver participado de sua colheita, como por exemplo,

³⁴³FIORI, Edgard. O contraditório no inquérito Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 811, p. 35-42, 2003.

³⁴⁴NERY JÚNIOR, NERY, 2008, p. 1332, nota 155.; JR. ALONSO, 2002, p. 294.

³⁴⁵DINAMARCO. Pedro da Silva. Responsabilidade Civil do Promotor de Justiça no Inquérito Civil. In: MAZZEI, Rodrigo. NOLASCO, Rita Dias. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 15-16.

formulando quesitos, indicando assistente técnico, arrolando testemunhas”. O mesmo autor entende que se for não houver contraditório o juiz não poderá dar “valor significativo” aos elementos de prova.

O contraditório é um princípio legitimador do pronunciamento judicial, inseparável das garantias constitucionais conferidas aos litigantes. No entanto, o direito não é uma ciência exata. Essa afirmação implica impor a toda regra uma exceção. Nesse caso, permite-se ao promotor de justiça avaliar, caso a caso, se a participação dos interessados não irá prejudicar seu curso normal. Caso contrário, poderá negar-lhes o exercício do contraditório nessa fase. Obtempera-se assim que o contraditório poderá ser postergado e exercido perante o juiz.

Nesse particular, o contraditório será sempre exercido, ou diante do órgão ministerial ou na fase judicial. Note-se, então, que esse procedimento é sim um meio de prova dotado de poder de persuasão.

Nesse ponto, surge outra questão. Os elementos colhidos no inquérito civil são eficazes? Qual o seu valor probatório?

Acolhemos o entendimento de que provas colhidas no bojo do IC possuem amplo valor probatório. Caso contrário, implicaria afronta aos princípios da economia processual e celeridade, pois testemunhas são ouvidas, perícias são realizadas, documentos são juntados. Ou seja, todo esse arcabouço probatório seria desprovido de valor e deveria ser refeito perante o juiz, se não tivesse poder de convencimento. Logo não se deve tolher à prova produzida extra-autor seu valor probatório.

Pelas razões expendidas até aqui, sem sombra de dúvidas, o IC É meio probatório apto a formar o convencimento do juiz, o que evitará a perda de tempo e dinheiro. Como argumento favorável, podemos utilizar o artigo 427 do Código de Processo Civil que diz: “O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial de contestação, apresentarem sobre as questões de fato pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficiente”.

Se os pareceres técnicos ou documentos elucidativos juntados pelas partes são aptos a formar o convencimento do juiz, não há razão para tolher o valor probatório desse procedimento de colheita de provas, presidido pelo fiscal da lei.

Dinamarco enfatiza que, à luz da do princípio do livre convencimento, o juiz analisa documentos, pareceres e emiti pronunciamentos sobre eles, por exemplo. A partir daí o julgador deduz se os elementos são ou não aptos a servir de base para negar ou conceder o pedido autoral, vez que “[...] tudo se resolve numa questão de convencimento racional do juiz.

Formá-lo-á livremente e declinará em sentença o porque, em cumprimento à exigência constitucional de motivar[...]”³⁴⁶»

Nesta senda, cabe ao juiz auferir o valor probatório das provas produzidas em sede de IC sem se esquivar de que, muitas vezes, ali constam provas irrepetíveis, como exemplo, no que atine a danos ambientais. Então, a aceitação da prova se dá, entre outros motivos, devido à impossibilidade de renovação de um exame pericial. Como exemplo, no caso de emissão de gases, partículas, derramamento de óleo, entre outros danos, que não permitem uma retratação posterior em juízo.³⁴⁷

As provas técnicas juntadas ao inquérito possuem uma “presunção juris tantum de validade, autenticidade e veracidade”, cabendo à parte contrária, a teor do artigo 364 do CPC, impugnar esses atributos, sob pena de “valoração maior ainda no panorama probatório”³⁴⁸.

Corroborando o entendimento exposto no parágrafo anterior, quanto à eficácia no processo judicial das provas produzidas no inquérito civil merece transcrição as lições de Hugo Nigro Mazzilli³⁴⁹:

Não se deve cair em dois exageros opostos, nessa matéria: um, de entender que os elementos indiciários devam ser recebidos sem quaisquer ressalvas – até porque foram colhidos sem as garantias do contraditório, e, por isso, deverão sempre ser analisados com extrema cautela; outro, de entender que os elementos indiciários devam ser pura e simplesmente recusados, porque só valem as provas colhidas na instrução judicial. Se o primeiro entendimento é inaceitável, como se expôs, também este último não merece prestígio, porque o inquérito civil contém peças colhidas por agente público, que exerce múnus público, e nele há provas que às vezes só puderam ser obtidas antes da propositura da ação e não há como reproduzi-las em juízo. E cujo valor há de merecer prudente apreciação conjunta, no contexto instrutório.

Nesse tocante, a simples circunstância de não ter sido o IC produzido perante o juiz não lhe retira a força probatória. Se produzido sob o crivo do contraditório melhor, caso contrário, será apenas uma prova atípica, nos moldes do artigo 332 do Código de Processo civil, sendo admissível.

Assim, uma condição imposta para o IC ter valor probatório é que seja permitida a ampla participação das partes (por exemplo, tomando ciência dos atos, formulando quesitos, se manifestando sobre laudos, acompanhando diligências). Não obstante, se não for possível, a parte poderá se manifestar perante o magistrado. É pertinente ilustrar que a concessão de

³⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma no código de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, p. 103.

³⁴⁷ ALONSO JUNIOR, 2002, p. 29.

³⁴⁸ Ibid, p. 297.

³⁴⁹ MAZZILLI, 2000, p. 62, nota 331.

oportunidade de reação no curso do procedimento em foco reforça o valor dos elementos de informação colhidos na fase pré-processual.

À guisa de ilustração mencionamos a poluição de um rio, que melhor será examinada e constatada através de perícias realizadas por especialistas da área. Essa prova é essencial para que o Ministério Público ajuíze ação para responsabilizar os causadores de dano ambiental. Nesse caso, por ser uma prova pericial, recomendável que o órgão ministerial intime as partes envolvidas para tomar ciência dos fatos e atos, e a se manifestarem. Seguindo esse curso, ou seja, sendo oportunizado às partes o direito de participar da produção probatória, ela não só poderá como deverá ser valorada pelo juiz, mesmo tendo sido produzida extra-autos.

Nesse particular, o juiz³⁵⁰ também deverá atuar no transcorrer do IC, seja resolvendo questões jurisdicionais que surjam em seu curso, como decidindo sobre Habeas Corpus ou Mandado de segurança em virtude de eventuais ilegalidades e ainda, irá apreciar o valor da prova colhida no procedimento para conceder ou negar liminar e formar sua convicção ao julgar eventual ACP ou ação coletiva nele embasada.

Por derradeiro, seguindo a linha de ideias aqui esboçada, conclui-se que a prova produzida no IC é dotada de poder de convencimento. Se o contraditório não for exercido em sede do procedimento, o juiz deverá intimar as partes para se manifestarem.

Corroborando esse entendimento o Superior Tribunal de Justiça³⁵¹ caracteriza o inquérito civil como procedimento informativo com valor probatório relativo, que só poderá ser afastado se houver nos autos contraprova de hierarquia superior.

Além dos exemplos supramencionados, convém transcrever o artigo 19 da lei 9605 de 1998, que dispõe sobre sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente:

Artigo 19, parágrafo único: A perícia produzida no inquérito civil ou no juízo cível poderá ser aproveitada no processo penal, instaurando-se o contraditório.

O dispositivo em comento demonstra a valorização da prova pericial, que poderá ser emprestada ao processo penal. Assim, não há óbice à utilização dessa prova e valoração pelo juiz desde que, na fase judicial, submeta-a ao contraditório e à ampla defesa.

Trocando em miúdos, entendemos ser de suma importância o manejo do IC como meio de prova, tendo por base que o artigo 332 do Código de processo civil, que rege de forma

³⁵⁰ MAZZILLI, 2005, p. 224, nota 330.

³⁵¹ Cf. REsp 383276/RJ (Em anexo).

subsidiária o processo coletivo e permite a prova dos fatos de todos os meios legais e legítimos, ainda que não tipificados, como por exemplo, o inquérito civil. Impende ao juiz avaliar caso a caso e valorar o poder de convencimento de cada prova produzida no IC.

3.4 Regime da coisa julgada

Neste tópico examinaremos o regime da coisa julgada nas demandas coletivas, por ser diferenciado em relação às lides individuais e, por conseguinte, ser um dos aspectos mais singulares da tutela jurisdicional dos direitos transindividuais.

Para tanto, inicialmente, teceremos algumas considerações sobre a coisa julgada nas lides individuais para, em seguida, analisar o fenômeno nas lides coletivas.

O instituto da coisa julgada é uma “garantia constitucional” que objetiva resguardar a segurança jurídica na medida em que estabiliza os julgamentos do Poder Judiciário “nos limites subjetivos e objetivos” da demanda, ficando imune à possibilidade de rediscussão.³⁵²

Está inserto no art. 467 do CPC que: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Nesse passo, o art. 467 do CPC não se manteve fiel à teoria de Liebman³⁵³, que define coisa julgada não como um efeito, mas sim uma qualidade ou modo de ser ou manifestar seus efeitos, ou melhor, é uma qualidade dos efeitos do julgado³⁵⁴. No escólio do autor italiano a coisa julgada: “[...] Não se identifica simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade [...] que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis”.

Quanto ao regime da delimitação da coisa julgada nas lides individuais, de modo geral ela obriga somente as partes e não prejudica nem beneficia terceiros, por dicção do artigo 472 do CPC: “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros”.

³⁵²VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 375.

³⁵³LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 40.

³⁵⁴Nesse ponto é relevante informar que o projeto de lei 8046 de 2010, que tramita na Câmara dos Deputados propõe mudança legislativa para fornecer nova denominação de coisa julgada ao artigo 467, adequando-se ao entendimento do mestre italiano Enrico Tullio Liebman. Assim, o novo dispositivo passará a ter a seguinte redação: Art. 489. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

O regime proposto pelo CPC, não serve a disciplinar a tutela jurisdicional coletiva, por tratar-se de um tipo de demanda que envolve pretensões comuns a milhares de pessoas, titulares do mesmo direito material que, “[...] em regra, não comparecem pessoalmente no procedimento judicial instaurado para sua tutela [...]”³⁵⁵. Por esse motivo, nas demandas de massa a força obrigatória da sentença atingirá, na maioria dos casos, número incontável de pessoas, ante a previsão do regime da coisa julgada erga omnes, elemento essencial do procedimento da ação coletiva³⁵⁶.

Logo, não é necessário grande esforço para se concluir que o sistema da coisa julgada concebido para reger a prestação jurisdicional individual não se presta, satisfatoriamente, a tutelar os direitos metaindividuais. Por essa razão há um regime próprio, com regras singulares e paradigmas distintos, como por exemplo, no tocante à determinação da eficácia erga omnes ou ultra partes da sentença e na formação da coisa julgada *secundum eventum probationem*.

Atenta aos novos paradigmas necessários à tutela dos direitos metaindividuais, a regra sobre a coisa julgada nas ações coletivas está prevista nos artigo 18 da LAP, 16 da LACP e 103 do CDC.

O artigo 16 da Lei 7347/85 (LACP) repete a fórmula da coisa julgada empregada anteriormente pelo artigo 18 da lei 4717/65 (LAP). Tais preceitos sinalizam a mudança de paradigma adotado para a tutela coletiva, no que se refere à limitação da extensão subjetiva e na possibilidade de a coisa julgada operar de acordo com a eficácia probatória dos elementos constante dos autos.

Com o fito de melhor explicar tema proposto, importante trazer à colação, respectivamente, o artigo 16 da Lei que regula a Ação Civil Pública e o artigo 18, da Lei que regula a Ação Popular:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso,

³⁵⁵VENTURI, 2007, p. 380.

³⁵⁶GIDI, Antônio. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Um modelo para países de derecho civil.** ACEVEDO, Lúcio Cabrera.(Tradutor). México: Univerdidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 98. Nos originais do autor: “O caráter erga omnes de la cosa juzgada es un elemento esencial del procedimiento de la acción colectiva”.

qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Como se constata, os dispositivos supramencionados são praticamente idênticos e permitem concluir que não são acobertadas pelo manto da coisa julgada nas demandas coletivas as decisões improcedentes por insuficiência das provas.

O sistema processual civil brasileiro divide as sentenças entre as que enfrentam o mérito da causa, concedendo ou negando o pedido (denominadas sentenças finais, definitivas) e as que não o resolvem (denominadas sentenças terminativas ou meramente processuais), como se infere da leitura dos artigos 269 e 267 do Código de Processo Civil. Por conseguinte, haverá resolução do mérito quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor.

Nesse viés, somente as sentenças de mérito são aptas a produzir a coisa julgada material, ficando acobertadas pela *auctoritas rei iudicatae* (autoridade da coisa julgada); já as sentenças terminativas, por sua vez, produzem uma imutabilidade dentro do processo (estabilidade endoprocessual) e, por isso, não impedem a repositura da lide.

O regime adotado pelo art. 18 da LAP e, posteriormente, no art. 16 da LACP Pública e art. 103 do CDC acolhe a técnica da coisa julgada *secundum eventum probationem*: de acordo com esse fenômeno processual a formação da coisa julgada nas demandas coletivas depende da massa probatória carreada aos autos ter possibilitado uma cognição exauriente ou não, aplicando-se a negativa quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com fundamento idêntico, mediante prova nova.

Cumpra registrar que por dicção do regramento inserto no art. 103 do CDC o regime da coisa julgada vai depender da categoria de direito tutelado ser difuso, coletivo ou individual homogêneo.

Tratando-se de direitos difusos e coletivos, a sentença terá efeitos *erga omnes ou ultra partes*, salvo se a rejeição ocorrer por ausência de provas, hipótese em que se permite a qualquer legitimado intentar ação coletiva com base em prova nova (art. 103 do CDC e Artigo 16 da LACP). Contudo, o regime da coisa julgada *secundum eventum probationem* não se aplica aos processos que abrangem direitos individuais homogêneos regidos pelo CDC.³⁵⁷

³⁵⁷ É importante mencionar que Antônio Gidi entende ser um erro do legislador não aplicar o regime da coisa julgada *secundum eventum probationem* às lides que envolvam direitos individuais homogêneos. [...] en realidad, el legislador habría sido más consistente si hubiese extendido la aplicación de esta regla a todos los tipos de acciones colectivas. [...]. GIDI, 2004, p. 107, nota 356.

Portanto, regra geral, se a demanda coletiva for julgada procedente defluiu-se que os autos foram instruídos adequadamente. Por suposto, o julgamento procedente será sempre com suficiência de provas. Caso contrário, a demanda será julgada improcedente e não fará coisa julgada material. Logo, poderá ser revista a qualquer tempo, se surgir prova nova.

No escólio de Fredie Didier e Hermes Zaneti³⁵⁸ a decisão que julga improcedente por falta de provas é “considerada uma decisão sem enfrentamento do mérito, a questão não é decidida ou é decidida sem o caráter de definitividade em face da própria cognição revelar-se *secundum eventum probationem*”.

A técnica em foco privilegia o membro da classe, assegurando-o contra uma possível representação inadequada e, ao mesmo tempo, permite ao juiz decidir pela improcedência no caso de provas insuficientes, o que não impede a rediscussão da matéria posteriormente.

Nesse momento importante tecer algumas considerações doutrinárias que explicam a razão de regramento tão singular para a tutela dos direitos metaindividuais.

O sentido da norma em questão, em um primeiro momento, visa a impedir o conluio ou manipulação entre as partes com o objetivo de ensejar a insuficiência probatória e o julgamento de improcedência, prejudicando o direito metaindividual. A norma almeja evitar fraude processual. Isso porque a parte mais favorecida economicamente poderia esperar, inerte, a derrota da outra parte, muitas vezes impossibilitada de produzir certa prova, para ter a seu favor uma sentença de improcedência.

Outra razão, esboçada por Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior³⁵⁹ é o interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo, como fundamento do regime da coisa julgada *secundum eventum probationem*. Segundo os autores, o legislador quis “[...] garantir que o julgamento pela procedência ou improcedência fosse de mérito, e não uma ficção decorrente da aplicação do ônus da prova como regra de julgamento (art. 333 do CPC)”. Logo, busca-se impingir máxima efetividade ao processo coletivo.

Como há interesse no conhecimento do mérito das ações coletivas é satisfatória a previsão legislativa de relativização da coisa julgada nos casos em que, pelo provimento jurisdicional final, não for possível atingir a justiça da decisão. Isso se revela por meio da permissão de se ajuizar novamente a ação, se houver prova nova, com o fito de tutelar eficazmente o direito coletivo. Assim, o processo não servirá de instrumento eternizador de

³⁵⁸ DIDIER JR.; ZANETI JR., 2009, p. 355, nota 223.

³⁵⁹ Ibid., p. 120.

injustiças, ante a inviabilidade do julgamento tão somente pela aplicação direta da regra do ônus.

O que se almeja da função jurisdicional, sob a diretriz instrumentalidade-efetividade, é que a resposta judiciária seja plena e exauriente e promova a maior coincidência possível entre o direito material (lesado ou ameaçado) e a reparação/prevenção resultante do cumprimento do julgado³⁶⁰.

Nessa linha de ideias, objetiva-se impingir plena efetividade ao direito coletivo e, para isso, o desfecho final nesse tipo de lide requer uma sentença que efetivamente adentre no mérito. Se isso não for possível, as questões poderão novamente suscitadas em outra demanda.

Outro ponto de vista que merece destaque é delineado por Antonio Gidi³⁶¹ ao comparar o sistema estadunidense no tocante ao descobrimento de provas (*discovery*) com o sistema brasileiro. Pois bem, o sistema da *discovery* proporciona maior acesso a todo tipo de prova. Por conseguinte, a ausência desse instrumento no Brasil resulta em decisões baseadas em provas e informações limitadas, justificando a regra estrita de coisa julgada na esfera de direitos metaindividuais.

Outro argumento utilizado para explicar a eficácia do regime da coisa julgada coletiva se refere ao controle da representação ativa adequada.

No ordenamento jurídico brasileiro, a legitimação ativa das ações coletivas é atribuída, *ope legis*, ao Ministério Público (art. 82, I, CDC³⁶²); à União, aos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 82, II, CDC); às entidades e órgãos da Administração Pública, ainda que desprovidas de personalidade jurídica (artigo 82, III, CDC); às associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que inclua entre os seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos (art. 82, IV, CDC). Entretanto, um ponto de destaque no estudo é averiguar a possibilidade de o juiz brasileiro controlar a adequação da representatividade.

Diferentemente do sistema norte-americano das *class actions*, não há previsão expressa que autorize o juiz brasileiro a controlar a representatividade adequada. Em vista disso, o instituto da coisa julgada *secundum eventum probationem* é uma técnica processual apta a

³⁶⁰ MANCUSO, 2007, p. 293, nota 318.

³⁶¹ GIDI, 2004, p. 108, nota 356.

³⁶² Cabe esclarecer que todas as disposições processuais do Código de Defesa do Consumidor aplicam-se a qualquer ação objetivando a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, por norma expressa introduzida no código.

evitar que ações mal propostas sejam acobertadas pelo manto da coisa julgada, prejudicando os interesses coletivos. Isso porque, a ação pode ser mal proposta, mal formulada e mal instruída devido ao desempenho desidioso do representante “adequado”.

No escólio de Antônio Gidi³⁶³, a “[...] inadequação da representação na ação coletiva se presume se novas provas são apresentadas na segunda ação coletiva”. Essa questão merece ser posta em debate, dentre outros motivos, devido aos problemas práticos surgidos no manejo das ações coletivas, por associações que, embora legitimadas, não apresentam credibilidade, conhecimento técnico-científico e capacidade econômica. Tudo isso repercute na carência da defesa da classe representada. Logo, quando for inadequada a representatividade do grupo e dela puder resultar prejuízos à classe deveria o juiz ser dotado de poderes fiscalizadores da representação.

Nesse ínterim, há indícios da possibilidade de controle da legitimidade nos casos concretos. Como por exemplo, o artigo 82, parágrafo primeiro, do CDC, que permite ao juiz dispensar da associação requisito da pré-constituição há pelo menos um ano, quando se constatar interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou relevância do bem jurídico protegido. Por consequência, poderá negar a referida ³⁶⁴legitimação quando ausente os requisitos delineados.

Com efeito, a regra aqui delineada permite a qualquer legitimado, inclusive o autor da demanda julgada improcedente por insuficiência de provas, ingressar novamente em juízo, aforando a demanda com os mesmos pedidos e fundamentos, contudo, munido de prova nova.

A prova nova, imprescindível à interposição da segunda ação deve ser “suficiente para um novo juízo de direito acerca da questão de fundo³⁶⁵”. Ademais, pontuam Fredie Didier e Hermes Zaneti que “deve decorrer do conteúdo da decisão que outro poderia ter sido o resultado caso o autor comprovasse os fatos constitutivos do seu direito.”

Em síntese, se o julgamento da ação coletiva for pela improcedência, com sustentáculo na ausência ou insuficiência de prova, a sentença não fará coisa julgada. Caso contrário, a coisa julgada se opera como nas lides individuais, sem possibilidade de rediscussões futuras após transcorrer *in albis* o prazo recursal. ³⁶⁶

³⁶³ GIDI, op. cit., p. 105, nota 356.

³⁶⁴ Ibid., p. 105.

³⁶⁵ DIDIER JR.; ZANETI JR, 2009, p. 356-357, nota 223.

³⁶⁶ Elton Venturi enfatiza que, “[...] Tal regime, repare-se, vem ao encontro precisamente da essência indisponível da tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, que motivou o legislador brasileiro a, superando as tradicionais técnicas de implementação do instituto da coisa julgada, formular um novo modelo

Vencidas essas premissas, outros pontos nebulosos se apresentam. Um deles consiste em auferir se a decisão de improcedência por insuficiência de provas é uma exceção à vedação ao *non liquet*, permitindo então o ordenamento ao juiz eximir-se de julgar.

Além disso, os estudiosos que se esbruçam sobre o tema em foco divergem quanto à necessidade de ser expressa ou não essa decisão de improcedência por insuficiência de provas. Nesse momento, trazemos à colação os argumentos que se colocam.

Rodolfo de Camargo Mancuso aponta na norma da coisa julgada *secuncum eventum probationem* uma dualidade. Ao mesmo tempo em que ela justifica-se para evitar o conluio entre as partes, isto é, que a ação seja mal proposta e instruída com o fito de induzir a um julgamento pela improcedência, ela permite o pronunciamento de um *non liquet*, impedindo a formação da coisa julgada material, “[...] atributo ligado à segurança jurídica, valor este que só a estabilidade, própria da coisa julgada material pode proporcionar³⁶⁷”.

No escólio de Ada Pellegrini Grinover³⁶⁸ a solução dada pela norma à ação coletiva por insuficiência probatória é clássica no direito brasileiro e foi incluída pela da Ação Popular de 1965, “[...] como garantia contra a colusão entre demandante e demandado, para evitar que se formasse uma coisa julgada prejudicial a toda comunidade [...]”. Entretanto, a autora adverte que no preceito houve a acolhida, excepcional, do instituto do *non liquet*, ou seja, ao juiz é permitido não julgar a lide em face da insuficiência de provas. Contudo, deve o juiz declarar explícita ou implicitamente na sentença que a improcedência ocorreu por carência probatória.

Seguindo a mesma orientação, afirmam Hermes Zaneti Junior e Fredie Didier Junior³⁶⁹ que: “[...] a decisão é considerada uma decisão sem enfrentamento do mérito [...]. Assim, considera-se excepcionada, nesses casos, a vedação ao *non liquet* em matéria probatória.”

Em posição diametralmente oposta, Antonio Gidi³⁷⁰ aduz não tratar-se a coisa julgada *secundum eventum probationem* de uma exceção ao *non liquet*. Nesse caso, o magistrado não deixará de julgar e haverá exame do mérito, contudo, será improcedente por falta de provas.

Do mesmo modo, Elton Venturi³⁷¹ aduz que

processual, especialmente voltado à absoluta instrumentalidade das pretensões meta-individuais, que passa pela viabilidade da rediscussão das decisões de improcedência, desde que suscitadas provas novas, independentemente de prazos prescricionais ou da via da ação rescisória.” In: VENTURE, 2007, p. 450.

³⁶⁷ MANCUSO, 2007, p. 292, nota 318.

³⁶⁸ GRINOVER, 2005, p. 58-69, nota 236.

³⁶⁹ DIDIER JR.; ZANETI JR., 2009, p. 355, nota 223.

³⁷⁰ GIDI, Antônio. **Coisa Julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 35-38.

³⁷¹ VENTURI, 2007, p. 388.

[...] Não seria lícito a juiz algum, no sistema processual brasileiro, fundamentar o julgamento de improcedência de uma demanda que revele interesse social (tal como ocorre com toda ação coletiva), na alegação de ausência de prova. Nessa hipótese, competiria ao magistrado, ex officio ou a requerimento do Ministério Público (atuando como fiscal da lei ou parte), determinar a produção das provas necessárias ao deslinde da causa, sob pena inclusive de nulidade da sentença.

Como não é objeto principal do trabalho adentrar nos meandros da natureza jurídica do instituto da coisa julgada nas ações coletivas, o estudo em foco permite concluir a possibilidade de o juiz julgar improcedente por insuficiência de provas não representa uma exceção ao non liquet. No entanto, por razões inerentes aos instrumentos de tutela do direito metaindividual, em casos como estes é possível à repositura e rediscussão do objeto posto em juízo, mediante novo arcabouço probatório. Contudo, colhemos o entendimento de Elton Venture, posto que nestes casos a melhor opção do julgador será determinar de ofício a produção probatória.

Nesse momento do estudo, teceremos maiores digressões sobre a necessidade de ser expressa ou não a decisão que julga improcedente por falta de provas. De antemão, a doutrina clássica aponta ser imperioso o juiz se manifestar de forma expressa na sentença, de modo a indicar ser decisão baseada na carência de provas. Somente assim a sentença coletiva não será acobertada pelo manto da coisa julgada.³⁷²

Consoante Arruda Alvim, se não constar na sentença que o julgamento foi improcedente por falta de provas, após transitar em julgado, ela somente poderá ser desconstituída por meio de ação rescisória, observado o lapso temporal de dois anos³⁷³.

De modo liberal Antônio Gidi³⁷⁴ sustenta que o juiz pode, em alguns casos, não estar habilitado a dizer se o material probatório era ou não suficiente para formar seu convencimento. Por esse motivo, impende ao legitimado que aforar novamente a demanda, com mesmo fundamento, demonstrar ao juiz que a anterior foi julgada improcedente por falta de provas. Isso poderá ser feito com a apresentação de prova nova.

³⁷² GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, n. 301, 1988, p. 13.

³⁷³ ARRUDA ALVIM. **Código do Consumidor Comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 461.

³⁷⁴ GIDI, 2004, p. 106-107, nota 356.

Gidi anota a esse respeito ser possível, a qualquer tempo depois de prolatada a sentença, o aforamento da demanda original desde que, mediante provas novas capazes de modificar o julgamento anterior.³⁷⁵

Assim, seguindo esse pensamento, o juiz não precisa dizer expressamente que julga improcedente por falta de provas. O autor da demanda, ao aforar a segunda ação, deverá trazer nova prova. Ao juiz caberá esmiuçar os autos e inferir que a ação primitiva foi julgada improcedente por falta de provas.

Do mesmo modo, aduz Elton Venturi³⁷⁶: “[...] a aferição sobre a possível suficiência probatória idônea à conclusão da improcedência da sentença que aprecia a lide coletiva só é factível sob uma perspectiva retrospectiva”, ou seja, somente ocorrerá quando o juiz da segunda ação coletiva apreciar a prova nova, em cotejo com as provas apresentadas na ação primitiva.

Em contrapartida, pelas razões expostas no trabalho, com premissas fundadas no processo civil constitucional, perfilha-se do entendimento doutrinário que entende ser necessário constar expressamente na fundamentação da decisão o motivo da improcedência. A motivação das decisões judiciais é pré-requisito para sua legitimidade. Ela permite às partes saber, de antemão, as razões do julgamento e, assim, abre-se àquele que sentir-se prejudicado a possibilidade de se insurgir por meio das vias recursais.

Como defendido no trabalho, entendemos que impende ao juiz determinar a produção probatória de ofício, com o fito de trazer aos autos um arcabouço probatório apto a servir de base ao convencimento. Dessa forma, o juiz resolverá a questão posta a julgamento. Enfim, como dito anteriormente, há um interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo.

A despeito desse entendimento, mesmo diante da norma que permite ao magistrado julgar pela improcedência em razão da cognição revelar-se *secundum probationem*, o resultado que se espera do processo é uma resposta, confirmada pelo pronunciamento final do magistrado. À toda evidência, é melhor outorgar aos litigantes uma resposta, do que uma sentença que não ingresse no mérito, ante a insuficiência probatória.

³⁷⁵ GIDI, 2004, p. 106-107, nota 356. No original do autor: “Si a cualquier tiempo después de la sentencia se descubre que nuevas pruebas podrían cambiar el resultado del caso, la acción colectiva que protege al mismo derecho del grupo puede volver a ser propuesta.[...]”.

³⁷⁶ VENTURI, 2007, p. 388.

Logo, a formação da coisa julgada para a estabilização das relações jurídicas é o ideal que deve prevalecer, é portanto a regra geral. A coisa julgada relativizada é uma exceção e, no caso vertente, serve também para corrigir algumas falhas legislativas, entre as quais destacamos a impossibilidade do juiz controlar a “adequada representação”.

Oportuno, nesse passo, lembrar: deve o juiz, nas lides coletivas determinar a prova de ofício, com o fito de pôr um fim a celeuma e entregar a tutela jurisdicional justa e efetiva. Se, diante do caso concreto, não for possível formar o convencimento judicial, deverá o juiz dizer expressamente que a decisão emanada é improcedente por insuficiência probatória.

É importante mencionar, nesse ponto, o artigo 12, parágrafo único do CBPC- IBDP, bem como o artigo 20, parágrafo único do CBPC- UERJ /UNESA, respectivamente:

Art. 12 - Parágrafo único. Na sentença de improcedência, o juiz deverá explicitar, no dispositivo, se rejeita a demanda por insuficiência de provas.

Art. 20 - Parágrafo único - Na sentença de improcedência, o juiz deverá explicitar, no dispositivo, se rejeita a demanda por insuficiência de provas.

Em continuidade, se a sentença coletiva for de improcedência por insuficiência probatória, a ação poderá ser reproposta mediante prova nova. Mas o que é prova nova?

Kasuo Watanabe e Ada Pellegrini Grionover³⁷⁷ perfilham do entendimento segundo o qual a reabertura do processo mediante prova nova cinge-se “[...] à hipótese de provas que não existiam à época do primeiro processo e que, portanto não poderiam ter sido produzidas”. Então, somente no caso de provas supervenientes estaria legitimado o interessado a aforar nova demanda.

No entanto, esse entendimento esvazia o instituto da coisa julgada *secundum eventum probationem*. Portanto, o adjetivo “nova” qualificador da prova hábil a modificar o julgamento primitivo não se restringe à prova superveniente, mas sim refere-se a qualquer prova não juntada no processo primitivo, capaz de produzir um resultado diverso da anterior. Essa é a melhor interpretação dada ao instituto.

Antônio Gidi³⁷⁸ aduz que a apresentação de provas funciona como um requisito para a segunda ação coletiva ser conhecida. Contudo, ao se debruçar sobre o tema, diferentemente de Ada Pellegrini, Gidi pontua não ser necessário o demandante demonstrar que esta prova estava disponível, mas não era acessível ao tempo do aforamento da ação. Isso porque, “a

³⁷⁷ GRINOVER, 2005, p. 224-225, nota 236.

³⁷⁸ GIDI, 2004, p. 105-106, nota 356.

simples apresentação da nova prova é suficiente” para o ajuizamento da segunda ação, ante a impossibilidade de a lei prever quando a parte terá acesso a essa prova, que pode ocorrer anos depois do julgamento da ação primária ou até mesmo, ser resultado do avanço tecnológico.

Quanto à força da nova prova, obtempera Antônio Gidi³⁷⁹ que ela não necessita ser tão persuasiva e capaz de sozinha modificar o resultado do processo primitivo. Mas, sob outro enfoque, ela deve ser forte o suficiente para acarretar uma solução diferente. Por consequência, a nova prova será avaliada pelo juiz não em separado, mas sim, em cotejo a outros elementos de convicção constante nos autos da ação primitiva.

Seguindo a mesma orientação, Arruda Alvim³⁸⁰ aponta que a prova nova não significa que ela surgiu “ulteriormente”, ao término da ação julgada improcedente. Por outro lado, é toda prova que não foi apresentada. Por suposto, o adjetivo “nova” implica “novidade em relação à ação civil coletiva” julgada improcedente por falta de provas.

Aliás, a prova nova implica ser apta a formar o convencimento do juiz e a modificar o julgamento anterior. Assim, ela é suscetível de alterar o processo anterior e fortalecer o arcabouço probatório, com o fito de embasar a formação do convencimento do juiz e a prolação da sentença no processo secundário. Essa prova deve ser “sozinha, responsável por proporcionar melhor sorte à mesma demanda coletiva” e será cotejada às outras provas produzidas na demanda primitiva.³⁸¹

A nova prova será, portanto, avaliada em cotejo ao material produzido nos autos da primeira demanda. Aliás, o princípio da aquisição das provas informa que elas pertencem ao processo e assim, todo arcabouço probatório servirá de base à formação do convencimento do juiz.

Em suma, a apresentação da prova nova é critério de admissibilidade à propositura da ação coletiva secundária, portanto, se o magistrado perceber que ela não é nova ou não tem o condão de modificar o julgado, impende a ele sentenciar pela improcedência da ação sem julgamento de mérito, por faltar ao autor interesse de agir.³⁸²

Após as considerações tecidas até aqui é importante registrar que há um interesse no conhecimento do mérito do processo coletivo. Isso implica afirmar caber ao juiz tomar

³⁷⁹ GIDI, 2004, p. 106, nota 356.

³⁸⁰ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Mandado de segurança, direito público e tutela coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 455.

³⁸¹ RODRIGUES, 2008, p. 234-235, nota 299.

³⁸² Ibid., p. 236-237, nota 299.

iniciativas oficiais com o fito de esgotar os meios de produção de prova, a fim de emitir pronunciamento judicial justo. Portanto, a decisão de mérito deve ser a regra geral também nos processos coletivos, visto que a coisa julgada é um instituto ligado à segurança jurídica³⁸³, devido a estabilização que confere às decisões judiciais.

3.4.1 A coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor

A Lei de Ação Popular (Lei 4717/65) foi a primeira, no Brasil, a legislar sobre o regime da coisa julgada nas ações coletivas. Em seguida, foi editada a Lei de Ação Civil Pública (Lei 7347/65) que, no art. 16, preceitua extensão erga omnes aos efeitos do julgado, em caso de procedência da ação. Ato contínuo, foi editado o Código de Defesa do consumidor, que possui algumas feições próprias no que tange ao estudo em foco.

Nesse item será analisado, em linhas gerais, o regramento da coisa julgada insculpido no CDC. Inicialmente, cumpre lembrar que na temática do CDC a regra relativa à *coisa julgada secundum eventum probationem* não se aplica à tutela dos direitos individuais homogêneos³⁸⁴.

No art. 103³⁸⁵ desse diploma legal estão previstas regras específicas sobre o regime da coisa julgada.

³⁸³ “Partindo da ideia de que o homem necessita de uma certa segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente sua vida, desde cedo se considerou como elementos constitutivos do Estado de Direito os dois princípios seguintes: o princípio da segurança jurídica e o princípio da confiança do cidadão”. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1991, p. 375-376.

³⁸⁴ Nesse ponto há divergência doutrinária. Há autores que pregam que o regime da coisa julgada secundum eventum probationes se aplica a todas as categorias de direito coletivo (difusos, coletivos e individuais homogêneos. (Didier Jr. Zaneti JR, 2009, p. 359, nota 223.). Em posição diametralmente oposta, a doutrina clássica adota a interpretação literal do art. 103, inciso III, do CDC, como explicado nesse tópico. LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, p. 286; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 5. ed. São Paulo: forense universitária, 2008. p. 926 e 933.

³⁸⁵ Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

Da análise do art. 103 infere-se que o CDC utiliza a técnica da coisa julgada *secundum eventum litis* (depende do resultado da lide). Essa técnica parte da premissa de que a coisa julgada não pode prejudicar terceiros. Ao contrário, tem força para beneficiá-los, com o fim precípua de aproveitar o máximo o resultado do processo coletivo e, ao mesmo tempo, evitar contradição entre os julgados.

O artigo 103, inciso I, do CDC dispõe que, no tocante aos direitos difusos a sentença coletiva fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado está autorizado a repropor a demanda, com idêntico fundamento, munido de prova nova. Assim, o alcance subjetivo da coisa julgada dependerá do resultado da lide e não atingirá as partes se não houver o esgotamento das provas. Logo, se a ação for julgada improcedente, com esgotamento dos meios probatório, não poderá ser repetida, mas poderão ser ajuizadas ações que veiculem pretensões individuais (art. 103, parágrafo primeiro).

Já no inciso II, do art. 103 do CDC consta que tratando-se da categoria de direitos coletivos, a sentença fará coisa julgada *ultra partes*, mas se limitará ao grupo, categoria ou classe, salvo se o pronunciamento for julgado improcedente por insuficiência de provas. Nesse passo, a expressão *ultra partes* significa que a autoridade da sentença atinge não só as partes, mas também os terceiros, como os membros o grupo, a categoria ou classe, “limitadamente aos que compõem essas entidades³⁸⁶”.

Insta frisar que o parágrafo primeiro do art. 103 do CDC assegura o ajuizamento de ações individuais pelos titulares de direitos difusos e coletivos, mormente os efeitos da coisa julgada não prejudicarão as pretensões individuais dos integrantes da coletividade, que poderão aforar suas ações caso a demanda coletiva seja julgada improcedente. Todavia, se houver demanda individual em curso o autor deverá requerer a suspensão dela, nos moldes do artigo 104 do CDC, para beneficiar-se dos eventuais resultados que possam advir da ação coletiva.

Em se tratando de interesses individuais homogêneos, o inciso III, do artigo 103 do CDC, prescreve que a sentença fará coisa julgada *erga omnes* somente no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores. Nessa hipótese o tratamento será semelhante ao conferido à tutela dos direitos difusos e coletivos, exceto no tocante ao

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

³⁸⁶ARRUDA ALVIM, Eduardo. Apontamentos sobre o processo das ações coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 40.

regime da coisa julgada *secundum eventum probationis*, que não se aplica aqui. Assim, a autoridade da coisa julgada abarcará a todos os legitimados coletivos, que serão chamados a ingressar na ação como litisconsortes, a teor do art. 94 do CDC.

Se a sentença coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos for julgada procedente fará coisa julgada perante todas as vítimas e sucessores. No entanto, se for julgada improcedente, os efeitos serão *erga omnes*, em relação aos legitimados do artigo 82 do CDC e também, em relação aos interessados que se habilitaram como litisconsortes (artigo 103, parágrafo 2º), posto que os interessados que não se habilitaram como litisconsortes poderão ajuizar ações individuais, qualquer que seja a causa de extinção do processo coletivo, porque a extensão dos efeitos da sentença não prejudicarão os terceiros não habilitados.

Todavia, se essa ação for julgada procedente, mesmo aqueles que não tenham ingressado no pólo ativo da demanda coletiva como litisconsortes serão beneficiados pela decisão, ante a demonstração do enquadramento do direito suscitado na questão decidida, fato esse que vai ao encontro do princípio da economia processual.³⁸⁷

O artigo 104 do diploma de proteção consumerista prescreve não haver litispêndia entre ações individuais e coletivas. Nesse passo, nos interessa explicar a segunda parte do dispositivo ao prescrever que a qualidade da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*³⁸⁸ não se estenderá aos autores das ações individuais, se não for requerida a suspensão da pretensão individual, dentro do prazo de trinta dias, a contar da ciência do ajuizamento da ação coletiva, conforme art. 94 do CDC.

Diante dessa hipótese o autor da pretensão individual terá duas opções: caso almeje prosseguir com a ação individual será excluído dos efeitos da coisa julgada da sentença coletiva, mesmo em caso de procedência da ação. Ao contrário, poderá requerer a suspensão da ação individual ajuizada. Nesse caso, será atingido pelos efeitos da sentença se a ação coletiva for julgada procedente. Se for julgada improcedente o autor da ação individual poderá retomar o curso da ação individual suspensa.

Em outras palavras, havendo concomitância entre ações coletivas e individuais (fundadas na mesma causa de pedir remota), o autor da ação individual, para beneficiar-se do

³⁸⁷ ARRUDA ALVIM, 2005, p. 28-63, nota 386.

³⁸⁸ Insta frisar que a doutrina entende que a restrição prevista na segunda parte do artigo 104 do Código de Defesa do consumidor abrange direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Cfr. ARRUDA ALVIM, op. cit., p. 42, nota 386.

resultado da ação coletiva deverá requerer a suspensão de sua ação individual, no prazo de trinta dias. Caso contrário, os efeitos da coisa julgada coletiva não lhe alcançarão.

4 CUSTO DA PROVA

O presente trabalho põe em relevo o instituto da prova na moderna ciência processual. Ainda, com sustentáculo na função que a prova assume no processo o estudo defende uma atuação participativa do magistrado no que pertine aos meios probatórios. Nessa trilha, uma das dificuldades da produção da prova pode recair em seu custo, o que não ocorre em se tratando de prova testemunhal ou documental, mas sim, quanto à prova pericial.

O artigo 18 da Lei 7347/85 estabelece que não há adiantamento de custas, emolumentos e honorários periciais, fato esse que embaraça a prática de perícias no processo coletivo.

A questão se mostra de difícil solução, podendo o juiz determinar o rateio dos custos das provas pelas partes (Tribunal Regional Federal 1- AI 01226460); a paralisação do processo(Tribunal Regional Federal 1- AI 01483144) ou até mesmo a determinação de adiantamento dos honorários, caso o perito não seja servidor da Justiça (Tribunal Regional Federal 4 AI – 9704637136)³⁸⁹.

Outra solução consiste na possibilidade de, uma vez invertido o ônus da prova ou, distribuído o encargo probatório de modo dinâmico, ser também invertido o custo de sua produção. Esse recurso coaduna-se com as regras de proteção do direito coletivo, visto que o esgotamento dos meios probatório implica, muitas vezes, pronunciamento judicial de mérito.

O Superior Tribunal de Justiça³⁹⁰ decidiu que a inversão do ônus pode transferir ao réu a obrigação de antecipar as despesas de perícia que o juiz entender imprescindíveis ao julgamento da causa. Contudo, essa não é a posição predominante nas cortes superiores.

Tendo em vista os argumentos retro, a dificuldade relacionada ao custo da prova demanda soluções a serem avaliadas caso a caso, posto que, muitas vezes, a previsão de não adiantamento dos honorários periciais implica a paralisação de ações coletivas.

³⁸⁹ ANTUNES, Paulo de Bessa. Prova Pericial. MILARÊ, Edis (Coord). **Ação civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 468.

³⁹⁰ Nesse sentido, cfr. Resp. 383276/RJ, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Em anexo).

Por outro lado, merece destaque a solução apontada por Antônio Gidi, que não fechou os olhos ao problema do custo da prova ao idealizar o Código Modelo de Processos Coletivos- GIDI.

O CMPC-AG, no art. 12, descreve norma segundo a qual pode o juiz ordenar ao réu produzir qualquer tipo de prova, quando detiver conhecimentos técnicos e informações específicas sobre fatos ou maior facilidade em sua demonstração. Poderá ainda, requisitar perícias a entidades públicas, condenando-se o demandado sucumbente ao reembolso. Ademais, o projeto ousa ao prevê a possibilidade de o juiz ordenar a produção da prova a cargo do Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos.³⁹¹

Por fim, a regra geral é o autor custear a prova, seja quando a postula ou quando determinada pelo juiz. Malgrado, o Código Modelo idealizado por Antônio Gidi³⁹² adota providência democrática e atenta às razões da proteção dos direitos coletivos: “o ônus da prova deve ser imposto a quem detiver conhecimentos técnicos ou informações sobre os fatos que, por sinal, tem o dever de colaborar com a verdade”.

Cabe ainda salientar que o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos- Instituto Brasileiro de Direito Processual adota a seguinte técnica, no art. 11, parágrafo 5º: “Para a realização de prova técnica, o juiz poderá solicitar a elaboração de laudos ou relatórios a órgãos, fundações ou universidades públicas especializados na matéria”.

Nesse sentido, outra alternativa é o juiz recorrer a técnico integrante do funcionalismo público para produzir a prova necessária a formação de seu convencimento. Aqui constata-se a cooperação que deve haver entre os órgãos para a prestação da justiça.

Corroborando a premissa avançada no parágrafo anterior, o art. 11, parágrafo 5º, do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos do Instituto de Direito Processual, permite ao juiz: “Para a realização de prova técnica, o juiz poderá solicitar a elaboração de laudos ou relatórios a órgãos, fundações ou universidades públicas especializados na matéria.”

³⁹¹ GIDI, Antônio. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos. Um diálogo Ibero- Americano.** Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 229.

³⁹²Ibid., p. 231.

CONCLUSÕES

As demandas coletivas ampliam o acesso à justiça. Cuida-se de tutelar, por meio de uma única ação, as pretensões de milhares de pessoas. Consequentemente há um interesse público na criação e aprimoramento das técnicas processuais disponíveis à tutela desses direitos. Em razão da magna relevância do processo coletivo, ampliam-se os poderes probatórios do juiz, que como gestor do processo deve imprimir esforços para que ele atinja sua finalidade de responder satisfatoriamente às pretensões dos litigantes, com celeridade e economia processuais, a fim de que a proteção dos direitos transindividuais transcenda os estudos teóricos e seja concreta.

Emoldurando as questões discutidas no trabalho, colhem-se as seguintes conclusões gerais:

Parte I

1. A prova é um instituto de suma relevância para ciência processual civil moderna. É um direito fundamental compreendido no ideal de acesso à justiça, na garantia do contraditório e da ampla defesa. É o meio de formar a convicção do juiz acerca das teses jurídicas avançadas pelos litigantes.
2. Se não houver nos autos elementos de convicção suficientes, a decisão judicial poderá eternizar injustiças. Logo, há uma estreita ligação entre o direito fundamental à prova e o processo de resultados justos.
3. O Processo Civil contemporâneo é um instrumento de efetivação dos valores e garantias albergados pela Constituição Federal de 1988, que consagra regras, princípios, direitos fundamentais e justiça com elementos mínimos a serem efetivados pelo Estado.
4. Nesse prisma, entendemos que o processo civil moderno é indissociável das garantias preconizadas na Carta Magna e, ao mesmo tempo, é um instrumento de efetivação dos direitos. Assim das garantias extraídas da Constituição Federal o direito à prova emerge como o nó vital do Processo Civil contemporâneo.
5. Expomos que o processo tem o condão de ser o norte interpretativo do sistema jurídico, o meio pelo qual o Estado resolve as crises de incerteza e entrega a resposta das pretensões buscadas pelos jurisdicionados. Ele é permeável de valores e princípios que emergem da sociedade. Sendo assim, os valores *efetividade* e *justiça* enaltecem a função desse instrumento

de resolver os conflitos de interesses dos litigantes da melhor forma possível, a fim de que o resultado produzido tenha aceitação na sociedade.

6. Concluimos que a verdade e o processo andam de mãos dadas. A ciência pelo juiz dos fatos relevantes ao pronunciamento final é pressuposto à aplicação da norma jurídica concreta. Não obstante, a finalidade precípua do processo não é buscar a verdade intangível, visto que é impossível retratar os fatos em sua inteireza. Mas a verdade é um ideal que não deve ser abandonado. Em contrapartida, é imprescindível ao juiz utilizar as provas para formar seu convencimento diante dos fatos. Não se pode olvidar, nesse particular, que a verdade no processo será alcançada se houver o esgotamento dos meios probatórios.

7. Isso implica admitir a magna relevância da prova no processo para se obter um grau de certeza satisfatório, a verdade provável, construída por meio do diálogo entre três pessoas: autor, réu e juiz, em atividade cooperativa e dialética, mormente juiz e partes influenciam no pronunciamento final.

Parte II

1. Partindo-se da premissa de que a prova é um instituto fundamental do processo, o legislador confere amplos poderes ao juiz em tema de prova, tanto por disposição legal expressa do CPC (genericamente no artigo 130) e, ainda, dos projetos que prevêm uma codificação da legislação coletiva.

2. Não é correto associar os poderes probatórios ao Estado autoritário. Pelo contrário, hoje o processo é regido por uma filosofia publicista em que prevalece o interesse do Estado na adequada prestação tutela jurisdicional. Some-se a isso que a maioria dos ordenamentos jurídicos confere ao juiz iniciativas probatórias.

3. Instada a se manifestar sobre o tema a doutrina cinde-se: de um lado há autores favoráveis à iniciativa probatória do juiz em qualquer fase do processo, observadas as garantias constitucionais das partes; de outro lado, há autores que interpretam o artigo 130 do CPC de forma restritiva. Para esses, o juiz somente poderá atuar de forma subsidiária, quando não constar nos autos provas aptas a formar o livre convencimento, ante o temor de quebrar a imparcialidade do julgador.

4. Entendemos que o artigo 130 do CPC deve ser interpretado à luz da sistemática processual e, portanto, de forma ampla.

5. Nessa abordagem, vislumbramos que impende ao juiz tomar iniciativa probatória, contudo, sua atuação deve pautar-se nos ditames da legalidade, sem tolher aos litigantes as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, corolários do devido processo legal.

6. O processo é iniciado por ato das partes, contudo, segue seu ritmo e pulso de modo oficial. Assim, o modo de prestar a tutela jurídica é público, implicando concluir que o juiz pode agir de ofício, desde que nos limites da causa de pedir e pedido insertos na exordial. Ainda, nas lides coletivas o juiz poderá interpretar de forma ampla o pedido.

7. O princípio da imparcialidade impõe ao julgador o dever de decidir livre de influências ideológicas, sem pender para uma das partes. Via de regra, não é imparcial o juiz que determinar a prova faltante, visando, sobretudo, igualizar as partes desiguais, econômica e socialmente. Isso porque, quando se determina a produção da prova não se sabe de antemão a quem ela beneficiará.

8. Em vista disso, não seria parcial um juiz que, tendo conhecimento de que a produção de determinada prova possibilitará o esclarecimento de um fato, deixe de fazê-lo? Nesse caso, ele poderia saber quem se beneficiaria da não produção da prova. Logo, a celeuma se resolve atentando-se aos valores consagrados pelo sistema processual, que sobreleva a justiça e a efetividade das decisões jurídicas. Assim, acolhemos o entendimento de que não é imparcial o juiz que assumir iniciativa probatória.

9. Concluimos que, para a consolidação da isonomia no processo é imperioso que as partes disponham das mesmas oportunidades e dos mesmos instrumentos processuais aptos à realização de seus direitos. No entanto, o dia a dia da prática de foro comprova que há diversos óbices à efetivação da isonomia, como por exemplo, a desigualdade técnica e econômica. À toda evidência é o Judiciário o órgão mais indicado a promover o direito à isonomia. Atento à realidade social que nos cerca, os idealizadores no Projeto do novo Código de Processo Civil, no art. 7º, consagram esse princípio de modo mais abrangente que o CPC atual.

10. O contraditório é corolário do devido processo legal. É uma garantia conferida aos litigantes de obter informações do que estão envolvidas, de se manifestarem sobre essas informações e de produzirem provas de suas alegações. No caso vertente, esse princípio funciona como legitimador da atuação do magistrado.

11. Nessa linha de ideias, se o juiz adotar iniciativa probatória deverá instar os litigantes a exercerem o direito de manifestação, com o fito de influírem no resultado final. Assim,

obtempera-se que a garantia do contraditório é usado contra o arbítrio do julgador, já que para o resultado do processo ser consistente, é imprescindível a participação dos envolvidos.

12. Nessa esteira, a fundamentação das decisões judiciais demonstra que o resultado do processo é fruto de um procedimento adequado, realizado em contraditório e resulta do esgotamento dos meios probatórios. Atente-se que por meio da justificação é possível alcançar elevado índice de aceitação das decisões judiciais. Destarte, o contraditório e o dever de motivar são garantias fundamentais legitimadoras da atuação do juiz como gestor do processo.

13. Ainda, o princípio cooperativo sustenta-se nos deveres de esclarecimento, consulta e prevenção. Isso implica afirmar que é dever do julgador tornar clarividente as dúvidas das partes acerca de pedidos, alegações e posições afirmadas em juízo. Ainda, pelo dever de consulta, impende ao juiz, antes de dirimir questões controvertidas, oportunizar aos litigantes o direito de participação em contraditório. Enfim, como resultado do dever de prevenção, o julgador aponta as deficiências dos litigantes e os fatos que dependem de prova, com o fito de solucionar questões pendentes.

14. De tudo que foi dito, concluímos que há relação entre os poderes do juiz e os fins do processo: o juiz pode determinar a produção da prova necessária para demonstrar as alegações e proferir a decisão mais próxima da realidade e da verdade. Ao litigante, por sua vez, impende provar as teses jurídicas afirmadas, utilizando-se de todos os meios de prova admitidos em direito. Destarte, no atual estágio de desenvolvimento do processo, jungido de valores constitucionais, o juiz é convocado a participar do processo e dialogar com as partes, com desiderato de trabalharem cooperativamente.

15. Destaque-se, outrossim, que os juristas elaboradores do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil consagraram o princípio cooperativo expressamente no art. 5º, ao constar que as partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz, com o propósito de fazer valer seus direitos e pretensões.

16. Corroborando as conclusões dos parágrafos anteriores, insta registrar que o princípio da comunhão das provas é o sustentáculo legitimador da iniciativa probatória do juiz, haja vista a prova pertencer ao processo, não importando quem foi o responsável por sua introdução nos autos, posto que ela é desprovida de identidade subjetiva.

17. À guisa de ilustração, acolhemos que o juiz é livre a determinar de ofício a produção da prova, pois ela não diminui ou aumenta o seu valor em razão de quem a tenha introduzido nos

autos e, depois de colhida ela terá uma destinação comum: servir de base à formação do livre convencimento do julgador.

18. Atenta a esse fato e à necessidade de regulamentar expressamente esse princípio, já que há pouca menção na doutrina, a comissão de juristas assim dispôs no art. 355 o anteprojeto no novo Código de Processo Civil: o juiz é livre a apreciar a prova, “[...] independentemente do sujeito que a tiver produzido [...].”

19. Por derradeiro, à guisa de conclusão, entendemos que os poderes probatórios do juiz, tanto nas lides individuais quanto nas coletivas, funcionam como um instrumento de técnica processual colocado à disposição do julgador para determinar oficiosamente a produção de provas ausentes ou insuficientes, que por diversos motivos, como pela desigualdade material entre os litigantes, não foram aportadas aos autos. Assim, o atual perfil da atividade jurisdicional e do magistrado que a exerce exige uma postura mais ativa deste, com o fito de consubstanciar o acesso à ordem jurídica justa.

Parte III

1. A decisão jurisdicional correta deve ter elevado grau de aceitação pelo consociados jurídicos.

2. A decisão legítima emana do discurso argumentativo resultante do desenrolar processual e da atividade cooperativa das partes e do juiz. E a decisão correta deflui da garantia conferida aos litigantes de participação em contraditório, além do direito à ampla atividade probatória. Logo o juiz é livre para determinar a prova sem ouvir às partes, desde que possibilite a participação dos envolvidos no processo decisório.

3. Desta feita, a participação dos litigantes no processo decisório ocorre por meio do exercício da garantia constitucional do contraditório.

4. Enfim, acolhemos o entendimento de que a decisão correta e justa emana do processo com esgotamento dos meios probatórios, da efetiva participação dos interessados por meio de bons argumentos e é justificada se houver fundamentação idônea a conformar a realidade fática ao sistema de regras e valores.

Parte IV

1. A Constituição Federal garante a todos o acesso à justiça, tanto para a tutela dos direitos individuais, quanto coletivos. Muito embora o Processo Civil brasileiro tenha sido construído para tutelar exclusivamente os direitos individuais, com o surgimento dos novos direitos e da ampliação das necessidades dos grupos, novas técnicas foram construídas para viabilizar a proteção dos direitos coletivos.
2. Por isso vislumbramos que nas lides coletivas se requer uma postura mais comprometida do magistrado, visto cuidar-se de demandas que envolvem número expressivo de pessoas que, na maioria das vezes, não podem representar-se pessoalmente em juízo. Ainda, há um interesse público na tutela coletiva, em razão de ampliar o acesso à justiça, por meio da celeridade e economia processuais.
3. Portanto, a singularidade do tema direito coletivo reside no fato de que não há um diploma uniforme que sirva de norte à tutela dos direitos coletivos. Em decorrência, há várias leis esparsas tratando a matéria, que formam o microssistema de processo coletivo.
4. Aplica-se a sistemática probatória inserta no CPC às lides coletivas e, por consequência, os poderes probatórios do juiz.
5. Os direitos coletivos podem ser divididos em três categorias: direitos difusos, coletivos (em sentido estrito) e individuais homogêneos.
6. A legitimação para a tutela coletiva é extraordinária. Nesse caso, o substituto processual figura no processo, em nome próprio, para defender direito alheio. Problema que se coloca nesse ponto refere-se ao controle da legitimidade. Como a coletividade representada não comparece pessoalmente em juízo para defender seus interesses, entendemos ser imprescindível haver o controle da legitimidade pelo juiz, tanto para evitar o conluio entre as partes, quanto para averiguar a aptidão do legitimado para a defesa desses direitos. Contudo, não há disposição legislativa nesse sentido, preponderando na doutrina o entendimento de que não há controle judicial de adequação do representante.
7. Assim, sugerimos que o juiz deverá exercer o controle da representação, ante a possibilidade do interesse do representante não refletir os ideais dos legitimados. Ademais, uma ação representada inadequadamente poderá trazer prejuízos ao direito metaindividual. Assim, um dos desígnios das demandas coletivas é derrubar os óbices ao acesso efetivo à justiça e, para tanto, o juiz deve estar convencido de que o representante é apto a efetuar a justa e adequada proteção dos direitos coletivos.

8. Não há um diploma único que disponha sobre os direitos coletivos. Em vista disso, a fim de clamar pela necessidade de se criarem mecanismos singulares para a tutela coletiva, emergem os códigos modelos, servindo de inspiração a criação de um Código Brasileiro de Processos Coletivos.

9. No que pertine ao tema poderes do juiz analisamos os seguintes modelos: Código de Processo Civil Coletivo: um modelo para países de direito escrito, de autoria de Antonio Gidi; o Código de Processos Coletivos para Íbero-América; o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos do Instituto de Direito Processual e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos da Universidade Estadual do Rio de Janeiro.

10. Todos os projetos que prevêm uma codificação da legislação coletiva conferem ao juiz amplos poderes de iniciativa probatória, com o fito de igualizar as partes e possibilitar a prestação jurisdicional justa.

11. O trabalho dissertativo cingiu-se a analisar os poderes probatórios do juiz em etapas singulares do processo coletivo.

12. Acolhemos o entendimento de que a regra do ônus da prova da forma como inserta no art. 333 do CPC (distribuição estática) não serve a tutelar os direitos coletivos, visto distanciar-se dos anseios da defesa coletiva dos direitos, pois traça critérios rígidos de distribuição do encargo probatório. Os litigantes nem sempre têm condições de atender esse encargo, rigidamente atribuído pela lei. Por conseguinte, aplicação inflexível dessa regra poderá conduzir a julgamentos injustos.

13. Dada a insuficiência da técnica individual sugerimos que a regra que melhor atende às expectativas da tutela coletiva é a da flexibilização do ônus (ônus dinâmico), segundo a qual o dever de provar incumbe a quem tiver melhores condições de fazê-lo, à luz das circunstâncias do caso concreto. Esta regra fundamenta-se nos princípios da cooperação e igualdade, difundidos anteriormente. Outra regra que também merece destaque é a inversão do ônus da prova.

14. Os projetos que servem de inspiração ao Código de Processo Civil Coletivo, anteriormente mencionados acolhem as regras dinâmica e da inversão do ônus, como regra de distribuição do encargo probatório.

15. A jurisprudência, instada a se manifestar, decidiu em alguns casos, que a regra dinâmica é a que melhor atende aos anseios de um “sistema jurídico cujo valor primordial reside na justiça”.

16. O grupo de juristas responsáveis pela elaboração do novo Código de Processo Civil readaptou a regra inserta no art. 333 do CPC vigente e acrescentou, no art. 358 do Projeto de lei 8046/2010, a regra da distribuição dinâmica. Dessa forma, se aprovado o novo Código de Processo Civil, o problema da regra estática do ônus será sanado, ante a positivação da distribuição dinâmica.

17. Logo, há necessidade de readaptação da regra de distribuição do encargo probatório nas lides coletivas, para que o juiz possa auferir no caso concreto quem terá melhores condições de produzir a prova e, assim, distribuir o ônus, por um critério de hipossuficiência.

18. Também foi objeto de estudo da quarta parte do trabalho o instituto da audiência preliminar. Cuida-se de enfatizar que é de suma relevância revalorizar a audiência inicial no Processo Coletivo.

19. Consoante explicado nas linhas anteriores, o juiz designará audiência preliminar na tentativa de conciliar as partes. Sendo esta infrutífera, deverá sanear o processo com a verificação das questões preliminares ao julgamento do mérito. Não havendo irregularidades o juiz fixará os pontos controvertidos e determinará as provas a serem produzidas.

20. Assim, cuida-se a audiência preliminar do momento adequado para o juiz determinar as provas de ofício. Além disso, entendemos ser a ocasião conveniente para o juiz inverter o ônus da prova. Realizados estes atos nessa audiência, as partes não serão surpreendidas na decisão final, pois cada uma já será cientificada de seu ônus na própria audiência e terá todos os meios admitidos em direitos para realizar contraprova. Em contrapartida, o princípio do contraditório será conferido aos litigantes, que não serão pegos de surpresa na hora do pronunciamento jurisdicional final.

21. O inquérito civil é um procedimento administrativo inquisitório de natureza facultativa, de titularidade exclusiva do Ministério Público, que serve a coligir provas aptas a fundamentar sua atuação no ajuizamento da ação coletiva. Por esse instrumento o órgão ministerial investiga qualquer violação a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Contudo, é um procedimento de rito informal, em que a garantia do contraditório é facultativa.

22. Da relevância do inquérito civil acolhemos que as provas colhidas em seu bojo possuem amplo valor probatório e são aptas a servir de base a formação do convencimento do magistrado. Para tanto, deve o juiz analisar se a prova ali produzida teve a participação dos interessados. Ou seja, se for produzida com a devida garantia do contraditório, poderá ser

utilizada como meio de prova. Caso contrário, o juiz deverá intimar às partes para exercerem o direito de participação.

23. À toda evidência o inquérito civil funciona como uma prova atípica e não há óbices que impedem sua valoração pelo juiz, desde que resguardadas as garantias das partes, de se manifestarem acerca dessas provas.

24. Também foi objeto de análise o instituto singular da coisa julgada *secundum eventum probationem*, que justifica-se, entre outras razões, pela consequência negativa de uma ação coletiva mal proposta, em razão dos interesses do representante coletivo colidirem-se com os interesses dos legitimado e, ainda, em razão de haver possível conluio entre as partes.

25. Vislumbramos que, para a coisa julgada coletiva não produzir seus efeitos formais e materiais deve o magistrado declarar de forma expressa em sua decisão que ela é improcedente por insuficiência probatória. Assim, reconhece-se que a exceção à formação da coisa julgada depende da decisão expressa nesse sentido, por razões de segurança jurídica. Caso contrário, o réu poderia ser surpreendido a qualquer tempo com o ajuizamento da mesma ação.

26. Nesse particular, mesmo em se tratando de uma técnica processual destinada a reger as demandas coletivas, entendemos que, antes de decidir pela improcedência da demanda coletiva por insuficiência de provas, impende ao julgador esgotar os meios probatórios disponíveis. Oportuno, nesse passo, lembrar que há um interesse no mérito do processo coletivo e para tanto, deve-se prestigiar decisões que resultem no provimento jurisdicional final (sentença de mérito), em vez de decisões que não adentrem no mérito.

27. É certo que o desfecho do processo coletivo deve resultar no pronunciamento judicial que produza todos os seus efeitos jurídicos, como a formação da coisa julgada material, que expressa a certeza das decisões judiciais e propicia a estabilidade das relações jurídicas (segurança jurídica). Portanto, concluo que deve o juiz assumir iniciativa probatória antes de decidir pela improcedência lastreada na ausência ou insuficiência de provas.

REFERÊNCIAS

- ABEL LLUCH, Xavier; PICO I JUNOY, Joan. La iniciativa probatória del juez civil. A propósito de um caso. In: _____. **Los poderes do juez civil em Materia probatória: seminario de estudio de la escuela judicial**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2003.
- ALONSO JR., Hamilton. A valoração probatória do Inquérito civil. In: MILARÉ, Édís. (Coord). **Ação Civil Pública. Lei 7.347/1985- 15 anos**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- AMENDOEIRA JR., Sidnei. **Poderes do Juiz e tutela jurisdicional: a utilização dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva**. São Paulo: Atlas, 2006.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. Prova Pericial. MILARÉ, Edis (coord). **Ação civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. 2.v.
- ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Tratado de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1990.
- _____. Apontamentos sobre o processo das ações coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.
- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Mandado de segurança, direito público e tutela coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Manual de direito processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- ARRUDA ALVIM, Thereza. ARRUDA ALVIM, Eduardo. SOUZA, James J. Marins de. **Código do consumidor comentado**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- ARRUDA ALVIM. Thereza. Reflexões sobre o ônus da prova. **Processo Civil: estudo em comemoração aos 20 anos de vigência do Código de Processo Civil**. Coord. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo, Saraiva, 1995.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. **Revista do processo**. São Paulo, ano 10, n. 37, p. 140-150, 1985.

_____. **Novo processo civil Brasileiro**. 22 ed. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2002.

_____. O juiz e a prova. **Revista do processo**. São Paulo, n. 35, 1984-b.

_____. Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba. In: **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984-a.

_____. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. In: **Temas de direito processual**: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. O neoprivatismo no processo civil. In: **Temas de direito processual**: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. As bases do direito processual civil. In: **Temas de direito processual civil**: primeira série. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. Os poderes do juiz na direção e instrução do processo. In: **Temas de direito processual civil**: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Julgamento e ônus da prova**. In: **Temas de direito processual civil**: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988-a

_____. Sobre a 'participação' do juiz no processo civil. In: **Participação e Processo**. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. WATANABE, Kazuo (coord.) . São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988-b.

_____. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 86, 1997.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BAUER, Fritz. O papel ativo do juiz. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 27, p. 186-199, jul-set, 1982.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. Garantia da amplitude de produção probatória. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Direito e Processo. Influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BELINETTI, Luiz Fernando. Interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord). **Estudos de direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL JÚNIOR. Samuel Meira. **Justiça, direito e processo. A argumentação e o direito processual de resultados justos**. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. A prova no processo coletivo. Distribuição dinâmica do ônus da prova. In: CIANCI, Mirna et. al. **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos. Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 578

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Projeto de Lei 8046/2010. Dispõe sobre o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em 20 de fev. De 2012.

Projeto de Lei nº 5.139/2009, que institui uma Nova Lei de Ação Civil Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2009/msg238-090413.htm>. Acesso em: 25 de fev. De 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1264313 – RS. Relator: Ministro Humberto Martins. Recorrente: ADPJ e Recorrido: Fazenda Nacional. Brasília, 14/10/2011. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=producao+d e+provas+iniciativa+do+juiz&b=ACOR. Acesso em: 20 de mar. de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 883656/ RS. Relator: Min. Herman Benjamin. Recorrente: Alberto Pasqualini Refap S/A. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Brasília: 28 de fevereiro de 2012. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=onus+da+prova+dinamico&b=ACOR. Acesso em: 05 de mar. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 383.276 – ES. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Recorrente: Bozano Simonsen Leasing S/A. Recorrido: Luiz Clóvis Ferraz Lemos. Brasília, 12 de agosto de 2002. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=-Aplicase+o+CDC+%E0s+opera%E7%F5es+de+leasing&b=ACOR. Acesso em: 20 de fevereiro de 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. As class Actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**. São Paulo. v. 82, p. 92-151, 1996.

_____. O “Modelo Constitucional do direito Processual Civil. In: GONZAGA JAYME, Fernando; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. **Processo Civil: Novas tendências. Homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1991.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. In: JAYME, Fernando G.; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coords.). **Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006.

_____. Litisconsórcio ativo entre Ministério Público da União e dos Estados- Ação civil pública ambiental- Observância, pelo juiz federal, do princípio do promotor natural. In: MEDINA, José Miguel Garcia de (org). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e sociedade**. Tradutor: Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008, 1.v.

- CAPPELLETTI, Mauro. **Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil**. Revista de Processo, n. 05. Revista dos tribunais: São Paulo, 1977.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.
- CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. **Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública: comentários por artigo (Lei nº 7.347, de 24.7.85)**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 5. ed. São Paulo: Ática, 1995.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993.
- COUTURE, Eduardo Juan. **Las garantías constitucionales del proceso civil**. In estudos de derecho procesal civil. 3 ed. Buenos Aires, Depalma, 1988, 1.v.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. “**Il ‘giusto processo’ civile in Italia e in Europa**”. Revista de processo. São Paulo, v. 116, 2004.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. “**Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli e confronto)**”. Revista do processo. n. 90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezione sul processo civile**. Bolonha: Il Mulino, 1995.
- COMPARATO. Fábio Konder. Novas funções judiciais no Estado Moderno. **Revista dos Tribunais**, n. 614, São Paulo.
- CONDE, Francisco Muñoz. **Búsqueda de la verdad en el proceso penal**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi Srl, 2000, 1.v.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Dell’azione nascente dal contratto preliminare. **Saggi di diritto processuale civile**. Roma, p. 110, 1930.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A causa Petendi no processo civil**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001.

_____. Duração razoável do processo (art. 5, LXXVIII, da Constituição Federal. In: GONZAGA JAYME, Fernando; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (org.). **Processo Civil: Novas tendências. Homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Poder dos Juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELGADO, José Augusto. Ativismo Judicial. O papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea. In: JAYME, Fernando G.; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coords.). **Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DENTI, Vittorio. Il ruolo Del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, v. 38, n. 3, 1984.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Instituições de direito Processual civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, 1.v.

_____. **A reforma no código de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros.

_____. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

DINAMARCO. Pedro da Silva. Responsabilidade Civil do Promotor de Justiça no Inquérito Civil. In: MAZZEI, Rodrigo. NOLASCO, Rita Dias. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

_____. **Ação civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DIDIER JR. Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

_____. **O princípio da cooperação: uma apresentação**. In: revista do processo. n. 127. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo.** Salvador: Jus Podivm, 2009, 4.v.

FIORI, Edgard. O contraditório no inquérito Civil. **Revista dos Tribunais.** Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 811, p. 35-42, 2003.

FRANCÉS, Ignacio Marrero. SÁNCHEZ, Mercedes Martínez. ANTÚNEZ, Daniel Rodríguez. SAMPEDRO, Mireia de ros. Análisis del artículo 429.I.II y III LEC. In: LLUCH, Xavier Abel. PICÓ I JUNOY, Joan (coord). **Los poderes del Juz civil em Matéria Probatória. Barcelona.** J. M. Bosch Editor, 2003.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil. Processo de conhecimento.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, 1.v.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide. **Revista de Processo.** São Paulo, n. 141, 2006.

GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil,** 4. ed. Madri: Civitas, 1998.

GUILHERME, Thiago Azevedo. **Regras de distribuição do ônus da prova e de efetivação do acesso à justiça.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011.

GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas.** São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos:** as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

_____. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Um modelo para países de derecho civil.** México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

_____. A representatividade adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo.** São Paulo, ano 81, n. 108, p. 62, out-dez 2002.

GIDI, Antônio. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos. Um diálogo Ibero- Americano. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

GIUSEPPE, Chiovenda. **Instituições de Direito Processual Civil.** 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2000.

GOLDSCHIMIDT, James. **Direito Processual Civil**. Tradução: Lisa Pary Scarpa. 1. ed. Campinas: Bookseleer, 2003, 2.v.

GRECO, Leonardo. O conceito de prova. In: Luiz Guilherme Marinoni (coord). **Estudos de direito processual Civil**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

GRECO, Leonardo. O saneamento do processo e o projeto de Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.redp.com.br/>>. Acesso em 20 de fev. 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias Constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1973.

_____. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. **O Processo: estudos e pareceres**. São Paulo: Perfil, 2005.

_____. Das class actions for damages à ação de classe brasileira: requisitos de admissibilidade. MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil Pública- Lei 7347/85 – 15 anos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **O direito à prova e a garantia do duplo grau de jurisdição. O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

_____. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 5. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2008.

_____. **Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada**. Rio de Janeiro: Revista Forense, n. 301,1988.

_____. A ação popular portuguesa : uma análise comparativa. In: **A Marcha pelo processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. Direito Processual Coletivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord). **Tutela Coletiva: 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do fundo de defesa dos direitos difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2006.

GRINOVER, Ada Pelegrini. MENDES, Aluisio de Castro. WATANABE, Kasuo. **Direito Processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed v.1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JARDIM, Afrânio Silva. O princípio dispositivo e a intervenção do Ministério Público no processo civil moderno. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 44, n. 166, p.44-166.

JEVEAUX, Geovanny Cardoso. **Direito Constitucional. Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Uma Teoria da Justiça para o acesso à justiça. In: _____. **Uma teoria da Justiça para o Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: GZ ed, 2012.

_____. **A simbologia da imparcialidade do juiz**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. As garantias constitucionais do processo no Brasil. NASCIMENTO, Carlos Valder do. DELGADO, José Augusto (org). **Coisa Julgada Inconstitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile.settima edizione**. Milano: Dott. A. Guiffre Editore, 2007.

_____. **Eficácia e autoridade da sentença**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. **Fondamento del principio dispositivo. Problemi del processo civile**. Milano: Morano, 1962.

LOPES, Maria Elizabete de Castro. Princípio do Contraditório. In: LOPES, Maria Elizabete de Castro. OLIVEIRA NETO, Olavo de. **Princípios Processuais Cíveis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro; LOPES, João Batista. Princípio da Efetividade. In: LOPES, Maria Elizabete de Castro. OLIVEIRA NETO, Olavo de. **Princípios Processuais Cíveis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

LLUCH, Xavier Abel. PICÓ I JUNOY, Joan (coord). **Los poderes del Juiz civil em Matéria Probatória. Barcelona**. J. M. Bosch Editor, 2003.

LUCHI, José Pedro. A racionalidade de decisões jurídicas segundo J. Habermas. **Revista da Ajuris**, v. 107, 2007.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. GABBAY, Daniela Monteiro. Superação do Modelo Processual rígido pelo Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, à luz da

atividade gerencial do juiz. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, et. al. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução: Paolo Capitanio. 3ª ed. Campinas, Bookseller, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública. Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 10 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007.

_____. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. O Princípio do contraditório como elemento essencial para a formação da coisa julgada material na defesa dos interesses transindividuais. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentando artigo por artigo**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à adequada tutela jurisdicional. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 633, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART. Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC – crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

MAZZEI, Rodrigo. Tutela Coletiva em Portugal: uma breve resenha. In: **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Inquérito Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Inquérito Civil e poder investigatório do Ministério Público. In: MILARÉ, Édis. GRINOVER, Ada Pellegrini, (Coord.). **A Ação civil pública: após 20 anos : efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MILARÉ, Édis. CASTANHO, Renata. A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluizio Gonçalves de Castro; WATANEBE, Kasuo (coord.). **Direito Processual Coletivo e anteprojeto de código brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MITIDIERO, Daniel. **Processo civil e estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

_____. **Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos**. MARINONI, Luiz Guilherme; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Elementos para uma teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MITTERMAYER, C. J. A. **Tratado de prova em matéria criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1879.

MONTERO AROCA, Juan. **La prueba en el proceso civil**. 3. ed. Madrid: Civitas, 2002.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MENDES, Aluizio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e Nacional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

NEVES, Daniel Amorim de Assumpção. O inquérito Civil como uma cautelar preparatória probatória sui generis. In: MAZZEI, Rodrigo. NOLASCO, Rita Dias. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

_____. O princípio da comunhão das provas. Disponível em:<www.professordanielneves.com.br>. Acesso em: 10 de fev. 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria d Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Nova lei de Ação Civil Pública, Projeto de Lei 5.139 de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2009/msg238-090413.htm>. Acesso em: 20 de fev. 2012.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. Princípio da fundamentação das decisões judiciais. In: LOPES, Maria Elizabete de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de. **Princípios Processuais Cíveis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. **O juiz e o princípio do contraditório**. Revista de Processo. ano 18, n. 71, p. 31-38, jul-set. 1993.

_____. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. “Garantia do contraditório”. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantias constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Poderes do juiz e Visão Cooperativa do Processo. **Revista Processo e Constituição**: Cadernos Galeno Lacerda de estudos de direito processual, n. 1, Porto Alegre: Faculdade de Direito, UFRGS, 2004, p. 89-121.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da Prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.

PICÓ Y JUNOY, Joan. **El juez y la prueba**. Barcelona, Bosch Editor, 2007.

_____. **El derecho a la prueba en el proceso civil**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1996.

_____. **Las garantías constitucionales del proceso**. 3. Reimpressão. Barcelona: Bosch, 2002.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. Os princípios e as garantias fundamentais no projeto de Código de Processo Civil; breves considerações acerca dos artigos 1 ao 12 do PLC 166/10. Revista eletrônica de Direito Processual – REDP. V. VI. Disponível em: www.redp.com.br. Acesso em: 10 de fev. 2010, p. 49-92.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins fontes, 2005.

RABELO, M. A.; SANTOS, K. M. . **Teoria geral da prova cível: breves considerações**. In: Margareth Vetis Zaganelli. (org.). *Processo, Verdade e Justiça - estudos sobre a prova judicial*. 01 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo civil ambiental**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

_____. **Manual de direito processual civil**: teoria geral: premissas e institutos fundamentais, relação jurídica: procedimentos em 1. e 2. graus : recursos , execução, tutela de urgência. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Ação civil Pública e meio ambiente**. São Paulo: Forense Universitária, 2003.

_____. A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do CBPC. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluizio Gonçalves de Castro; WATANEBE, Kasuo (coord.). **Direito Processual Coletivo e anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, 2.v.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, 4 v.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, 2.v.

SWARAI, Cervone de Oliveira. **Poderes do juiz nas ações coletivas**. Carlos Alberto Carmona (coord.). São Paulo: Atlas, 2009.

SIMIONI, RAFAEL LAZZAROTTO. **Jurisdição e aplicação do direito em Jürgen Habermas**. *Revista de Processo*. São Paulo, n.154, dez, 2007.

TARUFFO, Michele. *Verità e Probabilità nella prova dei fatti*. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 32, n.154, p. 207-210, dez 2007.

_____. *Considerações sobre prueba y verdad. Derechos y Libertades*. **Revista del Instituto Bartolomé de Lãs Casas**. Año VII, n. 11, p. 114, Enero/Diciembre, 2002.

_____. *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europe*. **Rivista Trimestrale De Diritto e Procedura Civile**, Milano, n. 2, p. 451-482, 2006.

———. *Modeli di prova i di procedimento probatório*. **Rivista di diritto Processuale**, ano XLV, v.45, p. 421-448, abril-junho, 1990.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. **Revista do Processo**. São Paulo. ano 23, n. 91, p. 107, 1988.

TUCCI, Rogério Lauria. Ação civil Pública: falta de legitimidade e de interesse do Ministério Público. **Revista dos tribunais**. São Paulo, n. 745, p. 83-84, 1997.

VERDE, Giovanni. **Profili del processo civile**. 3. ed. Napoli: Jovene, 2006.

_____. Prova (diritto procesuale civile). **Enciclopédia del diritto**. 37v., s.d, p. 590.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil**. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional. O Modelo Constitucional de Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. **Revista do Processo**, n. 116. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo. Tutela de direitos coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar. In: MEDINA, José Miguel Garcia. CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de. JUNIOR GOMES, Luiz Manoel (coords.). **“Os Poderes do Juiz e o controle das decisões Judiciais: Estudos em Homenagem à prof. Teresa Arruda Alvim Wambier”**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia. TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WATANABE, Kasuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. **Da cognição no processo Civil**. 3. Ed. São Paulo: DPJ editora, 2005.

_____. **A tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir**. São Paulo: Max Limonad, 1984.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.

ANEXOS

Destacamos alguns acórdãos do Superior Tribunal de Justiça.

1- Poderes Probatórios do Juiz

A) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1264313 – RS. Relator: Ministro Humberto Martins. Recorrente: ADPJ e Recorrido: Fazenda Nacional. Brasília, 14/10/2011. Trata-se de recurso especial em que infirma que o magistrado deve ter ser atuante no campo instrutório.

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ILICITUDE DA PROVA. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL NÃO ATACADO POR RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 126/STJ. PRODUÇÃO DE PROVAS. INICIATIVA DO JUIZ. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SIGILO PROFISSIONAL. ADVOGADO E CLIENTE. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO NÃO ATACADO. SÚMULA 283/STF. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES RECURSAIS. INCONFORMISMO COM A TESE ADOTADA. 1. O Tribunal de origem rechaçou a alegação de ilicitude da prova emprestada e solucionou a controvérsia à luz do art. 1º da Lei n. 9.296/96, do art. 5º, XII, da Constituição Federal, e de precedente jurisprudencial do STF. O acórdão recorrido abriga fundamentos de índole constitucional e infraconstitucional. O recorrente não cuidou de interpor o devido recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal. Incidência da Súmula 126/STJ. 2. A Corte a quo infirma a alegação de violação dos arts. 130 e 131 do Código de Processo Civil, ao fundamento de que "tampouco se vislumbra, na decisão do magistrado a quo determinando a juntada de tais elementos probatórios aos autos, qualquer desdordamento (sic) de seus poderes ou atuação ex officio indevida. Com efeito, a moderna processualística já em por ultrapassada a concepção primeva segundo a qual o magistrado figura como sujeito inerte, de atuação meramente passiva, no campo instrutório. Compete-lhe, hodiernamente, determinar a produção de provas necessárias à formação de seu livre convencimento, em busca da verdade material". 3. O entendimento firmado encontra respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pois, "sendo o juiz o destinatário da prova, cabe a ele, com base em seu livre convencimento, avaliar a necessidade desta, podendo determinar a sua produção até mesmo de ofício, conforme prevê o art. 130 do Código de Processo Civil" (AgRg no Ag 1.114.441/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em

16.12.2010, DJe 4.2.2011). Outros precedentes: AgRg na AR .746/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, julgado em 9.6.2010, DJe 18.6.2010; AgRg no REsp 294.609/RJ, Rel. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 8.6.2010, DJe 24.6.2010. 4. Em relação ao sigilo profissional entre cliente e advogado, resguardado no art. 7º da Lei n. 8.906/94, o acórdão recorrido firmou que: a) as provas colhidas na investigação revestiam-se de regularidade, pois foram autorizadas judicialmente; b) não há irregularidade quanto ao sigilo profissional, se a escuta autorizada foi obtida em relação ao investigado, e não ao causídico; c) a captação do diálogo se deu em relação ao cliente, o que preserva a validade do material probatório colhido; d) a inviolabilidade da comunicação entre cliente e advogado não abarca interceptação fortuita, menos ainda a relação desvirtuada não caracterizadora do "exercício da advocacia"; e) a prematuridade das investigações não deixa clara a atuação do causídico, mas a consultoria advocatícia voltada à prática de crime desborda dos limites do exercício profissional, não ensejando sua proteção.

B) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 43467 – MG. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Recorrente: Eduardo Olímpio de Carvalho Recorrido: Savini Carvalho de Miranda. Brasília, 12/12/1995. Trata-se de recurso especial em que infirma que o magistrado deve ter ser atuante no campo intrutório, ante a inexistência de provas aptas a formar o livre convencimento.

DIREITOS CIVIL E PROCESSUAL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. DETERMINAÇÃO DE OFICIO DE AUDIENCIA DE TESTEMUNHAS. POSSIBILIDADE. DIREITO INDISPONIVEL. ART. 130, CPC. DIREITO DE FAMILIA. EVOLUÇÃO. HERMÊNUTICA. PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO.

I - Na fase atual da evolução do direito de família é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor.

II - Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, e certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório.

II- Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e

igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes.

2) Ônus dinâmico da prova

A) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 883656/ RS. Relator: Min. Herman Benjamin. Recorrente: Alberto Pasqualini Refap S/A. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Brasília: 28 de fevereiro de 2012. Infere-se da análise da ementa abaixo transcrita que o Superior Tribunal de Justiça manifesta-se no sentido de que o ônus da prova estático é um modelo abstrato e apriorístico, e portanto, não serve a tutelas as lides de massa. Obtempera-se que o ônus dinâmico é o que melhor atende aos anseios de um sistema jurídico cujo valor primordial reside na justiça.

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. CONTAMINAÇÃO COM MERCÚRIO. ART. 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ÔNUS DINÂMICO DA PROVA. CAMPO DE APLICAÇÃO DOS ARTS. 6º, VIII, E 117 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ONUS PROBANDI NO DIREITO AMBIENTAL. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO NATURA. 1. Em Ação Civil Pública proposta com o fito de reparar alegado dano ambiental causado por grave contaminação com mercúrio, o Juízo de 1º grau, em acréscimo à imputação objetiva estatuída no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81, determinou a inversão do ônus da prova quanto a outros elementos da responsabilidade civil, decisão mantida pelo Tribunal a quo. 2. O regime geral, ou comum, de distribuição da carga probatória assenta-se no art. 333, caput, do Código de Processo Civil. Trata-se de modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, que, por isso mesmo, sofre abrandamento pelo próprio legislador, sob o influxo do ônus dinâmico da prova, com o duplo objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas (a probatio diabólica, p. ex., a inviabilizar legítimas pretensões, mormente dos sujeitos vulneráveis) e instituir um ambiente ético-processual virtuoso, em cumprimento ao espírito e letra da Constituição de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito. 3. No processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da

efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda. 4. O legislador, diretamente na lei (= *ope legis*), ou por meio de poderes que atribui, específica ou genericamente, ao juiz (= *ope judicis*), modifica a incidência do *onus probandi*, transferindo-o para a parte em melhores condições de suportá-lo ou cumpri-lo eficaz e eficientemente, tanto mais em relações jurídicas nas quais ora claudiquem direitos indisponíveis ou intergeracionais, ora as vítimas transitem no universo movediço em que convergem incertezas tecnológicas, informações cobertas por sigilo industrial, conhecimento especializado, redes de causalidade complexa, bem como danos futuros, de manifestação diferida, protraída ou prolongada. 5. No Direito Ambiental brasileiro, a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e *ope legis*, direta ou indireta (esta última se manifesta, p. ex., na derivação inevitável do princípio da precaução), como também de cunho estritamente processual e *ope judicis* (assim no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanção natural do seu ofício de condutor e administrador do processo). 6. Como corolário do princípio *in dubio pro natura*, "Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução" (REsp 972.902/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.9.2009), técnica que sujeita aquele que supostamente gerou o dano ambiental a comprovar "que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva" (REsp 1.060.753/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.12.2009). 7. A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, contém comando normativo estritamente processual, o que a põe sob o campo de aplicação do art. 117 do mesmo estatuto, fazendo-a valer, universalmente, em todos os domínios da Ação Civil Pública, e não só nas relações de consumo (REsp 1049822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 18.5.2009). 8. Destinatário da inversão do ônus da prova por hipossuficiência - juízo perfeitamente compatível com a natureza coletiva ou difusa das vítimas - não é apenas a parte em juízo (ou substituto processual), mas, com maior razão, o sujeito-titular do bem jurídico primário a ser protegido. 9. Ademais, e este o ponto mais relevante aqui, importa salientar que, em Recurso Especial, no caso de inversão do ônus da prova, eventual alteração do juízo de valor das instâncias ordinárias esbarra, como regra, na Súmula 7 do STJ. "Aferir a hipossuficiência do recorrente ou a verossimilhança das alegações lastreada no conjunto probatório dos autos ou,

mesmo, examinar a necessidade de prova pericial são providências de todo incompatíveis com o recurso especial, que se presta, exclusivamente, para tutelar o direito federal e conferir-lhe uniformidade"

2- Custo da prova

A) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 383.276 – ES. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Recorrente: Bozano Simonsen Leasing S/A. Recorrido: Luiz Clóvis Ferraz Lemos. Brasília, 12 de agosto de 2002. O STJ já manifestou-se no sentido de impô-lo custo da prova ao réu. Mesmo sendo uma decisão minoritária, é relevante trazê-la à colação.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Leasing. Inversão do ônus da Prova. Perícia. Antecipação de despesas.

-Aplica-se o CDC às operações de leasing.

- A inversão do ônus da prova significa também transferir ao réu o ônus de antecipar as despesas de perícia tida por imprescindível ao julgamento da causa. (REsp 383276/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR. QUARTA TURMA, Data de julgamento: 18/06/2002, DJ 12/08/2002).

2) Inquérito civil

A) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 476.660. Rel. Eliana Calmon. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Brasília, 04 de março de 2003. Cuida-se de recurso especial em que o STF confirma ser o IC um procedimento que visa a colher elementos probatórios dotado de valor de convencimento.

PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INQUÉRITO CIVIL: VALOR PROBATÓRIO - REEXAME DE PROVA: SÚMULA 7/STJ.

1. O inquérito civil público é procedimento facultativo que visa colher elementos probatórios e informações para o ajuizamento de ação civil pública.

2. As provas colhidas no inquérito têm valor probatório relativo, porque colhidas sem a

observância do contraditório, mas só devem ser afastadas quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório.

3. A prova colhida inquisitorialmente não se afasta por mera negativa, cabendo o juiz, no seu livre convencimento, sopesá-las.

4. Avanço na questão probatória que esbarra na Súmula 7/STJ.

5. Recursos especiais improvidos.

B) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança.

RELATOR: TEORI ALBINO ZAVASCKI. Recorrente: Eduardo Bittencourt Carvalho.

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Brasília, 17 de outubro de 2011.

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO CIVIL. DILIGÊNCIAS EM CURSO. DADOS DE TERCEIROS. ACESSO RESTRITO. 1. Segundo jurisprudência assentada no STJ, "Não é lícito negar ao advogado constituído o direito de ter acesso aos autos de inquérito civil", relativamente "(...) aos elementos já documentados nos autos e que digam respeito ao investigado", aplicando-se, quanto ao ponto, a orientação da Súmula Vinculante 14/STF, segundo a qual "é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa".