

Semana 3: Fase probatória e processo coletivo

1. provas e processo coletivo

A lei da ação civil pública e o Código de Defesa do Consumidor não criam um regime específico sobre provas no processo coletivo. Assim, elas seguem o mesmo sistema do processo individual, cujas regras gerais são as seguintes:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

2. Ônus da prova

Além disso, talvez a questão mais importante relacionada ao problema seja a regra de ônus da prova, ou seja, quem deve provar o quê, sob pena de ser derrotado na ação. As regras de ônus da prova têm dupla função: alertam a parte

sobre seus ônus no processo e permitem que o juiz tome uma decisão no caso de dúvida, evitando o chamado *non liquet* (não convém decidir) que é vedado. Em outras palavras, as regras de ônus da prova definem quem deve pagar pelo ônus da inescclarecibilidade, ou seja, pela impossibilidade de que alguma questão seja suficientemente comprovada perante o juiz. A regra está no art. 373 do CPC:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

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

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

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

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

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

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

O sistema processual civil brasileiro adota uma dinâmica de ônus da prova estático, porém, dinamizável pelo juiz. Ou seja, a lei diz, *a priori*, quem deve

provar o que. Porém, de acordo com as circunstâncias do caso, o juiz pode alterar isso, desde que se atenha aos requisitos legais.

Discussão: você considera que as regras de ônus da prova adotadas no Brasil são adequadas?

O Código de Defesa do Consumidor, todavia, têm regras de inversão do ônus da prova mais benéficas ao consumidor, ou seja, com menos requisitos do que aquelas estabelecidas no CPC. O STJ já decidiu que essa regra mais flexível se aplica também ao processo coletivo consumerista:

- "o Ministério Público, no âmbito de ação consumerista, faz jus à inversão do ônus da prova, a considerar que o mecanismo previsto no art. 6º, inc. VIII, do CDC busca concretizar a melhor tutela processual possível dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos e de seus titulares - na espécie, os consumidores -, independentemente daqueles que figurem como autores ou réus na ação" (STJ, REsp, 1.253.672/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 09/08/2011).VI. Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp 691.589/GO, Rel. Ministra ASSULETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 27/09/2016)

Discussão: você acha que no processo coletivo ambiental, a pretensão de inversão do ônus da prova deve ser baseada no CPC ou no CDC?

3. Custo da prova

Outro problema para o processo coletivo é quem deve arcar com o custo da prova. Como a LACP assegura ao autor coletivo o benefício de não adiantar custas e o perito, por exemplo, não é obrigado a trabalhar para receber apenas ao final do processo e, ainda, não é incomum que sejam necessárias provas de elevado custo no processo coletivo, a definição de quem deve custeá-las é complexa.

O Superior Tribunal de Justiça, depois de muito debate, decidiu da seguinte forma:

- PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. HONORÁRIOS PERICIAIS. ADIANTAMENTO DE DESPESAS PELO MP. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. É pacífico neste Tribunal Superior que, nas ações em que o MP atua em prol da sociedade, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e nenhuma outra despesa, salvo comprovada má-fé. 2. O acolhimento dos embargos de declaração não enseja modificação dos demais fundamentos do acórdão recorrido. De modo que deve ser mantido o entendimento de que é possível utilizar verba do Fundo Especial de Reparação de Interesses Difusos Lesados para que haja o pagamento dos honorários periciais. Embargos de declaração parcialmente acolhidos com efeitos infringentes. (EDcl no AgRg no REsp 1423840/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 09/05/2016)
- PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROVA PERICIAL REQUERIDA PELO AUTOR. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. HONORÁRIOS PERICIAIS. ADIANTAMENTO PELA PARTE DEMANDADA. IMPOSSIBILIDADE. ENCARGO DEVIDO À FAZENDA PÚBLICA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 232/STJ. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, se, por um lado, a parte autora está dispensada do adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas em ações civis públicas (art. 18 da Lei n. 7.347, de 1985), por outro, não cabe à parte demandada antecipar os honorários periciais, quando a prova não for por ela requerida. Em casos como este, o STJ orienta-se no sentido de que o encargo financeiro para a realização da prova pericial deve recair sobre a Fazenda Pública a que o Ministério Público estiver vinculado, por meio da aplicação analógica da Súmula 232/STJ. 2. A questão foi analisada sob o prisma de que a prova pericial foi postulada pela parte autora da ação civil pública. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1420152/SC, Rel.

Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 21/11/2014)

- ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESPESA PROCESSUAL. CUSTAS DE PUBLICAÇÃO DE EDITAL DE INTIMAÇÃO DO RÉU. ADIANTAMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 18 DA LEI N. 7.347/1985. ÔNUS CONFERIDO À FAZENDA PÚBLICA. 1. O entendimento jurisprudencial do STJ é no sentido de que "a isenção ao adiantamento dos honorários periciais conferida ao Ministério Público (art. 18 da Lei nº 7.347/85) não pode obrigar à realização do trabalho gratuitamente, tampouco transferir ao réu o encargo de financiar ações contra ele movidas (arts. 19 e 20 do CPC). Adiantamento dos honorários periciais suportados pela Fazenda Pública." (v.g.: REsp 1.188.803/RN, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 21/05/2010). Precedentes: EREsp 981949/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 15/08/2011; decisão monocrática: REsp 1126190, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 31/08/2010. 2. No caso, verifica-se que o Tribunal de origem decidiu em dissonância com entendimento desta Corte, ao concluir que o Ministério Público deve pagar previamente pelas despesas necessárias para a publicação do edital para intimação do réu, na medida em que o art. 18 da Lei da Ação Civil Pública o isenta do adiantamento de tais custas, competindo à Fazenda Pública adiantá-las. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1168893/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 21/03/2014)

Discussão:

O que você acha da decisão do STJ, do ponto de vista teórico? Quais são as suas vantagens e desvantagens? E do ponto de vista prático? Sua implementação parece viável? Aplicar esse entendimento é a melhor estratégia?

4. Inquérito Civil Público

O ICP é um caminho interessante para a produção antecipada de provas, antes que seja proposta a inicial. A LACP regula o ICP da seguinte forma:

- Art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias.
- § 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.
- Art. 10. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

O estabelecimento de uma metodologia dialogada de condução dos inquéritos civis não sigilosos, com a efetiva participação do réu, tem potencial para contribuir com a qualidade da prova produzida e com os debates pré-processuais.

Discussão: você acha que essa metodologia, abordada ao longo da aula desta semana, seria viável na prática?

Se for possível, essa metodologia transformaria o ICP em um processo de *Discovery*, como ocorre nos Estados Unidos.

Para saber mais, veja: [https://en.wikipedia.org/wiki/Discovery_\(law\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Discovery_(law))