

A prova no processo coletivo

Wilson de Souza Malcher

*Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul
Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual
Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto
Brasileiro de Direito Processual
MBA em Direito Econômico e das Empresas pela
Fundação Getúlio Vargas/DF
Mestre em Direito Processual pela Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra – Portugal
Doutorando em Direito Processual pela Faculdade de
Direito da Universidade de Salamanca – Espanha
Presidente da Comissão Especial do
Advogado Empregado – OAB/RS*

RESUMO

Segundo a regra dominante no sistema probatório brasileiro, a parte que alega a existência de um determinado fato tem a incumbência de demonstrá-la. No processo coletivo não é diferente. E, por mais que se afirme que os institutos clássicos do processo civil foram pensados para a resolução de conflitos individuais, o sistema de provas pode perfeitamente ser adaptado às demandas coletivas, com as adaptações necessárias e considerando as formações doutrinárias e jurisprudenciais desenvolvidas especialmente para esse sistema processual.

Palavras-chave: Prova. Encargo. Instrução. Processo coletivo.

ABSTRACT

According to the prevailing rule in the Brazilian probation system, the party who claims the existence of a particular fact is tasked to demonstrate it. In the collective actions is no different. And as much as it is claimed that the classical institutes of civil procedure were designed to resolve individual disputes, the proof system can be perfectly adapted to the collective actions, with the necessary adaptations and considering the doctrinal and jurisprudential formations developed especially for this procedural system.

Keywords: Proof. Obligation. Instruction. Collective actions.

Introdução

Este trabalho, na singeleza de seu desenvolvimento, procura estudar a sistemática probatória pensada para os processos indivi-

duais, em especial, para os sistemas brasileiro e espanhol, porém com o propósito de adaptá-la à nova realidade dos chamados processos coletivos.

Sabemos que, na generalidade dos sistemas processuais, compete a cada uma das partes o encargo de fornecer os elementos de prova capazes de demonstrar a veracidade dos fatos alegados, pois o objetivo final é o convencimento do juiz.

Procuraremos, no entanto, lançar um olhar mais consentâneo com a realidade do processo atual, relativamente ao encargo da prova e à ampliação dos poderes de instrução do juiz, levando-se em conta as modernas doutrinas e jurisprudências aplicáveis aos processos coletivos.

1 A prova e a generalidade dos sistemas processuais civis

Para o desenvolvimento da atividade jurisdicional é imprescindível, antes de tudo, a existência dos direitos. Porém, considerá-los afastados dos fatos é negar sua própria gênese. Por certo, são os fatos suscetíveis de apreciação jurídica que dão vida aos direitos.

Na generalidade dos sistemas processuais cíveis, são as partes de cada processo os principais protagonistas da iniciativa de apresentação dos fatos relevantes. Assim, na demanda – ato inicial do processo civil – ao menos o demandante apresenta perante o tribunal o fato ou fatos que se consideram juridicamente relevantes.

O art. 282 da Lei 1/2000 (Ley de Enjuiciamiento Civil – LEC), sobre “Iniciativa da atividade probatória”, dispõe que as provas praticam-se à instância da parte e o tribunal só poderá permitir, de ofício, que se pratiquem determinadas provas ou que se aporem documentos, ditames ou outros meios, quando o disponha a lei expressamente. Assim, como já referido aqui, a iniciativa de apresentação dos fatos considerados relevantes e fundamentais de suas pretensões, bem como das provas, é de responsabilidade das partes.

Como sustenta Martin Ostos (1981, p. 20), está o processo nas mãos das partes durante quase todo o seu curso e o juiz, muitas vezes, como espectador. Nessa linha de raciocínio, está o direito processual espanhol, assim como o brasileiro, ainda fortemente influenciado pelo princípio dispositivo. Porém, um “dispositivo atenuado”, porque a LEC (art. 282)¹ permite que, de ofício, se pratiquem determinadas provas ou que se aporem

¹ “Art. 282. *Iniciativa de La actividad probatoria.* – *Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargos, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley.*”

documentos, opiniões técnicas ou outros meios quando o disponha a lei expressamente.

Existe, é verdade, uma tendência de ampliação dos poderes de instrução do juiz, a exemplo do *Code de Procédure Civile* francês, que confere ao juiz a possibilidade de iniciativa de medidas de instrução legalmente admissíveis (art. 10).

Em geral, o autor deve provar os *atos constitutivos*, que são os fundamentos de sua demanda, ou seja, qual o fato ou fatos geradores do direito afirmado. O réu, por sua vez, pode defender-se simplesmente negando os fatos apontados, a chamada *defesa direta*. Porém, ao invés, por decidir-se pela apresentação de fatos novos, pode adotar a *defesa indireta*, devendo apresentar as provas dos *atos impeditivos*, *extintivos* e *modificativos*, que permitam, de alguma forma, comprometer o direito afirmado pelo autor.

Na lição de Didier Jr. (2012, p. 81-82), *fato impeditivo* é aquele que a existência obsta que o fato constitutivo produza efeitos, a exemplo da incapacidade, do erro e do desequilíbrio contratual. O *fato extintivo* é aquele que retira a eficácia do fato constitutivo, fulminando o direito do autor, tal como o pagamento, a compensação, a prescrição, a decadência legal. E, finalmente, o *fato modificativo*, que, tendo por certo a existência do direito do autor, pretende apenas o modificar de alguma forma, tal como a moratória permitida ao devedor.

Os romanos aplicavam a regra *semper onus probandi ei incumbit qui dicit*, ou seja, *semper necéssitas probandi incumbit illi qui agit*. E, para completar, *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*. Assim, como a defesa da demanda é de negação do fato afirmado pelo demandante, a qual, em sua maioria, consiste na articulação de outro fato, ou fatos, que extinga, anule, impeça ou modifique aquele, o encargo de provar, nesse caso, é direcionado ao demandado. Nesse sentido, o Código Processual brasileiro (artigo 333, I e II) mantém-se fiel ao princípio segundo o qual o encargo de provar incumbe: I – ao demandante, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao demandado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do demandante.

A propósito, Baptista da Silva (1998, p. 344) assevera: “*Como todo direito sustenta-se em fatos, aquele que alega possuir um direito deve, antes de mais nada, demonstrar a existência dos fatos em que tal direito se alicerça*”. A presente afirmação está de acordo com a regra dominante do sistema probatório adotado pelo legislador brasileiro, segundo a qual, a parte que alega a existência de um determinado fato tem a incumbência de demonstrá-la.

Em outros termos, o encargo de produzir a prova dos fatos cabe a quem os alega.²

Para Bentham (1971, p. 10), “a arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar as provas”. Assim, cada parte narra sua versão sobre os acontecimentos. E a versão mais bem provada, aquela que convencer o julgador, tende a sair vencedora.

No processo coletivo não é diferente. E, por mais que se afirme que os institutos clássicos do processo civil foram pensados para a resolução de conflitos individuais, o sistema de provas pode perfeitamente ser adaptado às demandas coletivas. É lógico, com os devidos ajustes, visto que estamos diante de questões que a rigor poderiam exigir a produção de inumeráveis provas ou, dependendo do tipo de prova, de difícil ou de impossível produção por uma das partes.

2 Os processos coletivos e a inversão do encargo da prova

Como antes mencionado, na generalidade dos processos civis, compete a cada uma das partes o encargo de fornecer os elementos de prova capazes de demonstrar a veracidade dos fatos alegados. O objetivo é o convencimento do juiz, portanto a parte interessada deseja o reconhecimento dos fatos e a satisfação de sua pretensão.

Desse modo está estruturado o sistema processual brasileiro, como se constata da dicção do artigo 333 do CPC. Adota a legislação processual brasileira a concepção estática do encargo da prova. Porém, esse regramento revela-se insatisfatório a cada dia, por desdenhar as especificidades do direito material presente e da realidade concretamente vivida, o que fez surgir uma nova teoria, a chamada *teoria da distribuição dinâmica do encargo da prova* (DIDIER JR., 2012, p. 82).

Há situações, por certo, em que as provas carreadas ao processo não são suficientes para evidenciar os fatos; e, em certos casos, poderá o juiz proferir decisão injusta, diante de uma regra rígida do encargo de prova. Para corrigir essa imperfeição do sistema processual civil, a doutrina criou a *teoria da distribuição dinâmica do encargo da prova*, segundo a qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la. Em outras palavras, prova quem pode.

² *É importante dizer: falamos de “encargo”, não de uma “obrigação”. A parte não está obrigada a assumir o encargo. O encargo da prova é uma consequência do encargo de dizer, de afirmar ou de fazer (SANTOS, 1987, p. 347). Allegatio et non probatio quae non allegatio.*

Em realidade, cabe ao juiz, diante de cada caso, avaliar qual das partes está em melhores condições de produzir a prova à luz das circunstâncias concretas. Assim, de acordo com essa nova teoria: a) o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, e sim casuisticamente; b) sua distribuição não pode ser estática e inflexível, e sim dinâmica; c) não importa a posição da parte, se autor ou réu; d) interessa quem tem a possibilidade de produzir a prova.

No Brasil, diante das constatações, o legislador positivou a técnica e criou a possibilidade de inversão do encargo da prova, como forma de prestigiar a parte da relação jurídica que está em estado de inferioridade. Na lição de Didier Jr. (2012), as normas de inversão do encargo da prova podem ser divididas em normas de inversão legal (*ope legis*) e normas de inversão judicial (*ope iudicis*). Nas primeiras, a determinação é da lei. A inversão independe do caso concreto ou da vontade do juiz.

A jurisprudência brasileira, na apreciação das demandas coletivas em defesa do patrimônio ambiental, consolidou o entendimento da inversão do encargo probatório nas demandas de dano ambiental. Confira-se recente julgado do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

PROCESSUAL CIVIL – COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL DE MULTA POR DANO AMBIENTAL – INEXISTÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL – PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – OMISSÃO – NÃO-OCORRÊNCIA – PERÍCIA – DANO AMBIENTAL – DIREITO DO SUPOSTO POLUIDOR – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

1. A competência para o julgamento de execução fiscal por dano ambiental movida por entidade autárquica estadual é de competência da Justiça Estadual.
2. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.
3. O princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva.
4. Neste sentido e coerente com esse posicionamento, é direito subjetivo do suposto infrator a realização de perícia para comprovar a ineficácia poluente de sua conduta, não sendo suficiente para torná-la prescindível de informações obtidas de sítio da internet.
5. A prova pericial é necessária sempre que a prova do fato depender de conhecimento técnico, o que se revela aplicável na seara ambiental ante a complexidade do

bioma e da eficácia poluente dos produtos decorrente do engenho humano.

6. Recurso especial provido para determinar a devolução dos autos à origem com a anulação de todos os atos decisórios a partir do indeferimento da prova pericial. (REsp 1060753/SP. Segunda Turma. Ministra Eliana Calmon. Data de julgamento 01/12/2009. DJE 14/12/2009).

Assim, a Corte Superior brasileira consolidou a posição de que quem, por suposição, promoveu o dano ambiental deve comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não nos é prejudicialmente lesiva. Trata-se da aplicação do consagrado *princípio da precaução*, segundo o qual é dever do Poder Público diante de ameaça à saúde dos homens e à preservação do meio ambiente atuar de modo preventivo, a fim de afastar qualquer risco. A propósito, a Carta Magna brasileira consagrou que é dever do Poder Público “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e ao meio ambiente” (art. 225, inciso V, da CF).

A segunda, a inversão *ope iudicis*, é considerada a verdadeira inversão do encargo da prova, donde a lei não excepciona a regra geral, porém abre a possibilidade para que o juiz, no caso concreto, permita a inversão. Essa possibilidade ocorre, por exemplo, na defesa do consumidor. Em efeito, o consumidor comumente não está em perfeita condição de produzir a prova, o que caracteriza a sua inferioridade diante de outra parte. É a consagração do *princípio da vulnerabilidade*, em verdade, uma representação de um movimento de política jurídica destinada à defesa da parte débil, como aponta Stiglitz (1986, p. 4).

A garantia da inversão do encargo da prova está consagrada na legislação brasileira nos artigos 6º, VIII, e 38 do Código de Defesa do Consumidor.³

É o caso típico da inversão do encargo da prova a critério do juiz, quando a legislação abre a oportunidade para o magistrado permitir a inversão. Os dois artigos estão correlacionados e garantem a proteção processual e jurídica dos consumidos em juízo. O artigo 38 estabelece que o encargo de provar a veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe ao patrocinador.

³ “Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: [...] VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.”

“Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação cabe a quem as patrocina.”

A inferioridade ou subordinação dos consumidores é uma preocupação das legislações brasileira e espanhola. O Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de novembro de 2007,⁴ por exemplo, assegura a proteção dos direitos de consumidores e usuários mediante procedimentos eficazes, em especial perante situações de inferioridade, subordinação e falta de defesa, como forma de garantir a igualdade de parte, empresário e consumidor.

Resta claro que as legislações espanhola e brasileira, ao pensarem sobre a proteção dos direitos de consumidores, afastam-se da concepção do Estado liberal clássico, que delimitava, de forma rígida, os poderes de intervenção na esfera jurídica privada. O Estado liberal imaginava que, para garantir a liberdade dos homens, deveria interferir o mínimo possível na esfera dos particulares. Sustentava-se a ideia de igualdade (formal) de todos diante da lei (MARINONI, 2004). Nesse caso, a lei não deveria considerar as diferenças de posição social, como forma de dar tratamento igual às pessoas. Hoje, a lei observa e declara que existem jurisdicionados que merecem tratamento diferenciado diante de situações de inferioridade, subordinação e falta de defesa.

3 A prova no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América

O Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, na busca de unificação e harmonização de normas entre os países ibero-americanos, aprovou em Caracas, a 28 de outubro de 2004, o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, cuja base normativa, pode-se afirmar, é a legislação brasileira, principalmente o Código de Defesa do Consumidor. Porém, no que se refere à prova, afasta-se da tradicional distribuição prevista no Código de Processo Civil brasileiro (art. 333), bem como não adota a possibilidade de inversão do encargo probatório prevista no art. 6º, VII, do CDC. O Código Modelo, como se nota do parágrafo 1º, art. 12, optou por uma fórmula que atribui a responsabilidade da prova à parte que possua conhecimentos científicos, técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade para sua demonstração. Confira-se:⁵

⁴ *O Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de novembro de 2007, art. 8º, "f": "A protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión".*

⁵ *Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/direitoshumanos/cpcc_ape02.php>. Acesso em: 21 fev. 2013.*

Art. 12. Provas - 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.

A opção de a comissão atribuir o encargo da prova a quem detém os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, em princípio, pode parecer mais favorável à parte débil. Porém, a complementação imediata da possibilidade de não cumprimento de tal carga talvez denuncie a real dificuldade de implementação, pois “maior facilidade de demonstração”, por exemplo, pode se constituir em matéria controvertida. Logo, partir para o recurso da perícia técnica, por deliberação de ofício do juiz, parece encurtar o caminho para a decisão de mérito.

Nesse pensar, o parágrafo 2º do citado artigo 12 prevê a possibilidade de revisão da decisão jurisdicional de distribuição da carga de prova, inclusive com a previsão de determinação de ofício de sua produção (parágrafo 3º).

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 sendo assim, o modelo aprovado, a despeito de procurar inspiração em modelos já existentes nos países da comunidade ibero-americana, em especial na legislação brasileira, em determinados pontos, como apresentado em relação à carga da prova, afasta-se dos modelos visitados para criar um sistema original.

4 O caráter publicista do processo e a prova

É importante ressaltar o papel do processo civil contemporâneo, que passou a assumir um caráter social, na realização das funções de pacificação social e de realização de justiça. Esse caráter público, segundo anotação de Álvaro de Oliveira (2009, p. 55), toma forma no final do século XIX e começo do século XX, em especial, com a codificação austríaca de 1895, graças a Franz Klein.

No Brasil, a própria Constituição de 1988 consagra o caráter público do processo como instrumento para a tutela dos direitos fundamentais. Portanto, seus fins confundem-se com os objetivos do próprio Estado, na medida em que a jurisdição é uma das funções com que se procura cumprir seu papel, qual seja, o de assegurar o bem-estar da sociedade (BEDAQUE, 1994, p. 10-11).

A visão publicista do processo vem acompanhada de uma nova tendência: *a possibilidade de produção probatória por iniciativa do órgão jurisdicional*. Essa nova visão, de ângulo totalmente publicista, encontra resistências na doutrina e na jurisprudência, porém é uma tendência cada vez mais forte e presente, conferindo ao Estado-juíz amplos poderes de instrução. O professor Bedaque, na obra dedicada ao tema, cuja lição merece destaque, defende o poder de instrução dos juízes como uma forma de melhor prestar a tutela jurisdicional. Confira-se:

[...] ainda que privada a reação material, o Estado tem interesse em que a tutela jurisdicional seja prestada de melhor maneira possível. Assim, se o pedido da tutela e os limites da prestação são privados, o modo como ela é prestada não o é [...]

O único limite imposto ao juiz reside nos limites da demanda (CPC, arts. 128 e 460). No mais, deve ele desenvolver toda a atividade possível para atingir os escopos do processo (BEDAQUE, 1994, p. 70-71).

O consagrado professor e processualista brasileiro defende que, por meio da atuação ativa e presente do juiz, possa-se respeitar um dos princípios processuais de maior relevância social: *o princípio da igualdade real entre as partes*. Assim, o juiz teria nas mãos um poderoso instrumento para corrigir as desigualdades econômicas presentes na relação processual. A participação efetiva do juiz na produção da prova seria, por exemplo, uma forma de evitar que eventuais desigualdades econômicas pudessem repercutir no resultado do processo (BEDAQUE, 1994, p. 72-73).

Com efeito, existem aqueles que argumentam em desfavor da iniciativa do juiz em prol da realização da prova. Um argumento

forte, segundo alegam, seria a necessidade de preservar-se a imparcialidade do julgador, não favorecendo a nenhuma das partes. Porém, como afirma Bedaque (1994, p. 82-83):

não se deve confundir imparcialidade com passividade do julgador durante o desenvolvimento do processo. [...] Para que o juiz mantenha a imparcialidade, diante de uma prova por ele determinada, é suficiente que permita às partes sobre ela se manifestar.

Nesse caso, o princípio do contraditório deve funcionar como um limite natural que impeça transformar a arbitragem em arbitrariedade. Assim, a atividade do juiz determinando a realização das provas, desde que submetida ao princípio do contraditório e sempre acompanhada de motivação, não pode ser taxada como parcial, porém como exercício da jurisdição.

5 Os poderes de instrução dos juízes nos processos coletivos

Como sabemos, a atuação positiva do Estado é indispensável para assegurar o gozo dos direitos sociais básicos, entre eles, a efetiva tutela jurisdicional, como reconhecimento de um direito fundamental diante do próprio Estado.

Quando falamos de processos coletivos, falamos de discussões de macrointeresses, de fatos envolvendo um grupo ou grupos, uma coletividade. Portanto, a atenção dos operadores de direito deve ser reforçada, porque muitos são os interessados envolvidos. E, aqui, mais do que nunca, se faz presente a importância dos juízes comprometidos com a justa resolução dos conflitos.

Por isso, acreditamos que, nos processos coletivos, é de suma importância que o juiz não adote uma posição de mero observador do duelo travado entre as partes. Deve, por certo, estar preocupado com o resultado da demanda coletiva. Assim, quando as provas carreadas ao processo não se mostrem suficientes para evidenciar os fatos, deverá o juiz – assim defendo – apartar a regra rígida de encargo de prova e adotar a técnica de distribuição dinâmica, segundo a qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la.

E, não raro, nos processos coletivos, o grupo ou a coletividade como um todo estará em dificuldade de produzir a prova ou em estado de inferioridade, como ocorre com frequência nas ações em defesa dos consumidores. Em casos assim, devemos contar com a técnica de inversão do encargo da prova, como forma de prestigiar a parte da relação jurídica que está em dificuldade ou em estado de inferioridade.

Somos adeptos da teoria de que o juiz não deve ser mero espectador do litígio entre as partes, pois tem poderes de instrução e deve utilizá-los sempre que necessário, em prol da celeridade processual e da efetiva prestação jurisdicional. Sem olvidar, claro, os princípios da legalidade e do devido processo legal.

Podemos perceber certa evolução e uma tendência das legislações processuais, tanto de países de *civil law* como de *common law*, na ampliação dos poderes de instrução dos juízes, com a finalidade de esclarecer a verdade dos fatos controvertidos.

O *Code de Procédure Civile* francês, de 1975, por exemplo, confere ao juiz a iniciativa de ordenar, de ofício, todas as medidas de instrução legalmente admissíveis. Dita o artigo 10 do referido código: "*L'article 10. Le juge a le pouvoir d'ordenner d'office touté lé méuré d'instruction légalement admisiblé*".⁶

De igual modo, o Código Processual Civil e Comercial da Argentina (Lei 17.454, com as modificações da Lei 25.488/2001), estatui como dever dos juízes e tribunais ordenar as diligências tendentes a esclarecer a verdade dos fatos controvertidos, *in verbis*:⁷

Artigo 36. Deberes y Facultades ordenatorias e instructorias. Aún sin requerimientos de parté, los juecé e tribunalé deberían: [...] 4) Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. A ese efecto, podrán:

- a) Disponer, en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito;
- b) Decidir en cualquier estado de la causa la comparecencia de testigos con arreglo a lo que dispone el artículo 452, peritos y consultores técnicos, para interrogarlos acerca de lo que creyeren necesario;
- c) Mandar, con las formalidades prescritas en este Código, que se agreguen documentos existentes en poder de las partes o de terceros, en los términos de los artículos 387 a 389.

E o artigo 378 do vigente Código de Procedimento Civil da Bolívia (Decreto-lei nº 12.760, de 6 de agosto de 1975, elevado a categoria de lei, em 28 de fevereiro de 1997, pela Lei nº 1.760), faculta aos juízes a produção de toda prova que se julgar necessá-

⁶ Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=DE61E2328403A867713270662EF57FEE.tpdjo02v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006149637&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20140217>. Acesso em: 3 fev. 2014.

⁷ Disponível em: <<http://www.legislaw.com.ar/legis/cpcc%20completo/cpcc-complibro1tituloprim.htm>>. Acesso em: 3 fev. 2014.

ria e pertinente, dentro do período de prova (um período não menor que dez dias nem maior que cinquenta, segundo o processo de que se tratar).⁸

Artigo 378. (Facultad do Juiz). O juiz, dentro del período probatorio o hasta antes de la sentencia, podrá ordenar de oficio declaraciones de testigos, dictámenes de peritos, inspecciones oculares y toda la prueba que juzgare necesaria y pertinente.

Por certo que as legislações citadas não foram pensadas para processos coletivos, porém estão plenamente adaptadas à nova realidade das demandas de grupo, em que a participação do juiz na formação do conjunto probatório mostra-se imprescindível diante das questões postas a desate. Acredito, sobretudo, que a determinação da realização de provas necessárias e pertinentes ao esclarecimento dos fatos deduzidos pelas partes é de fundamental importância para a obtenção mais próxima da verdade e de uma sentença mais justa.

Conclusão

Torna-se, assim, palpável a afirmativa de que não se pode mais aceitar um juiz inerte diante dos fatos e apartado da formação do conjunto probatório do processo. Assim, quando as provas carreadas ao processo não se mostram suficientes para evidenciar os fatos, deverá o juiz apartar a regra rígida do ônus da prova e adotar a técnica de distribuição dinâmica, segundo a qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la. Deve, portanto, demonstrar o juiz estar preocupado com o resultado da demanda, seja individual ou coletiva.

Essa preocupação, como antes mencionado, restou demonstrada pela Corte Superior brasileira ao consolidar a posição de que quem, por suposição, promoveu o dano ambiental deve comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não nos é prejudicialmente lesiva.

⁸ Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=252914>. Acesso em: 3 fev. 2014. Importa dizer que a Bolívia, em 2013, aprovou um novo Código de Processo Civil (Lei n. 439, de 19 de novembro de 2013), o qual deverá entrar em vigor em agosto de 2014. O novo código processual no art. 137 trata do ônus da prova (nos mesmos moldes do art. 333, do CPC), fazendo referência no inciso III a que o ônus da prova, nos moldes assinalados pelo Código, não impede a iniciativa probatória da autoridade judicial. Disponível em <<http://derecholeyes.blogspot.com/2013/12/descargar-ley-439-nuevo-codigo-procesal.html>>. Acesso em: 7 fev. 2014.

E, com alegria, percebe-se uma evolução e uma tendência cada vez maior das legislações processuais, tanto de países de *civil law* como de *common law*, na ampliação dos poderes de instrução dos juízes, com a finalidade de esclarecer a verdade dos fatos controvertidos, principalmente diante da realidade dos processos coletivos, como instrumento de defesa e de preservação dos direitos difusos e coletivos.

Referências

- ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Curso de Processo Civil**. 4ª ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 1998.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do juiz**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las pruebas judiciales**. Trad. Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: Valleta Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971. v. 1.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Do processo civil clássico à noção de direito à tutela adequada ao direito material e à realidade social**. **Jus Navigandi**, jun. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5046/do-processo-civil-classico-a-nocao-de-direito-a-tutela-adequada-ao-direito-material-e-a-realidade-social>>. Acesso em: 19 fev. 2013.
- MARTIN OSTOS, José dos Santos. **Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil**. Madri: Editorial Montecorvo S.A., 1981.
- SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 2º Volume. São Paulo: Saraiva, 1987.
- STIGLITZ, Gabriel A. **Protección jurídica del consumidor**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986.