


# Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



Repositório autorizado de jurisprudência  
do Egrégio Supremo Tribunal Federal  
Registro nº 25/99, de 22/04/1999  
DJU nº 72, de 16/04/1999, p.1

Repositório autorizado de jurisprudência  
do Egrégio Superior Tribunal de Justiça  
Registro nº 37 – Portaria nº 1, de 26/10/1998  
DJU de 05/11/1998, p.137 - Registro retificado  
Portaria nº 9, de 14/06/1999 – DJ 22/06/1999

# A prova no processo coletivo entre duas decisões desastrosas: poderes probatórios do juiz e custeio da prova pericial<sup>1</sup>

Robson Renault Godinho\*

## Sumário

1. Introdução. 2. Os poderes instrutórios do juiz em recente julgado do Superior Tribunal de Justiça (REsp. 1.693.334). 3. O custeio da prova pericial nos processos coletivos em decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal: ACO 1.560 e ARE 1.283.040.

## 1. Introdução

Há muitos temas sofisticados e interessantes de direito probatório que merecem exame no contexto dos “processos sobre desastres” e, conseqüentemente, do processo coletivo, como o uso da inteligência artificial, a prova por amostragem ou por estatísticas, a prova do nexu causal, a prova pericial, as convenções probatórias, o ônus probatório, estândares probatórios,<sup>2</sup> entre outros, mas a opção temática desta intervenção é muito mais singela, como o título anuncia, e isso por três razões fundamentais:

1) não se pode apenas estudar o que é sofisticado ou vislumbrar o que se afigura ainda como novidade, quando se convive com obstáculos básicos e que dificultam ou impedem qualquer avanço efetivo e, no direito brasileiro, há uma espécie de âncora epistemológica que insiste em atrasar o percurso e nos manter presos aos mesmos problemas, como são exemplos as duas decisões de que trataremos nas linhas seguintes;

2) o Brasil é pródigo em catástrofes de todos os tipos, mas, quando se fala em processos sobre desastres, em regra se pensa no impacto de atividade de risco

<sup>1</sup> Palestra proferida no II Congresso Internacional de Direito Probatório, no dia 5 de dezembro de 2022, em Porto Alegre, no painel “Provas e processo coletivo. O que os recentes processos sobre desastres ensinaram sobre Direito Probatório?”. O texto foi publicado originalmente em livro coletivo com outras palestras do referido evento (*Direito Probatório*, Vol. II. Londrina: Thoth, 2023). Para a presente publicação, foi incluída a referência ao julgado do Superior Tribunal de Justiça citado na parte conclusiva, mantendo-se a estrutura do que foi apresentado oralmente em um tempo máximo permitido de vinte minutos e, para o texto escrito, no espaço máximo de quinze páginas.

\* Pós-Doutor pela UFBA. Doutor pela PUC/SP. Mestre pela PUC/SP em Direito Processual Civil. Mestre em Raciocínio Probatório pela *Universitat de Girona*, Espanha. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>2</sup> Cf. FERRER-BELTRAN, Jordi. *Prova sem Convicção: standards de prova e devido processo*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2022.

que atinge uma coletividade, como em questões ambientais ou de saúde pública;<sup>3</sup> entretanto, para fins de tutela do direito pelo processo coletivo, a jurisprudência, por meio de decisões catastróficas, pode constituir ela própria um desastre, de modo que se optou por tratar do tema a partir de decisões desastrosas;

3) por fim, podemos denominar de doutrina hagiográfica jurisprudencial um recente fenômeno editorial, em que textos são publicados para enaltecer a atuação dos tribunais, sem qualquer compromisso com devido exame teórico, como se a jurisprudência fosse objeto de culto e não de estudo e, inevitavelmente, de crítica.

Feitas essas considerações, serão examinadas uma decisão do Superior Tribunal de Justiça e uma do Supremo Tribunal Federal, ambas com potenciais catastróficos para o processo coletivo e que assumem especial gravidade se as contextualizarmos no sistema de precedentes, tal como visto pelos próprios tribunais, que cada vez mais buscam o fortalecimento de suas decisões, mas, paradoxalmente, produzem julgados que as desvalorizam, ainda que para os postulantes sempre se mantenha a exigência do que foi traduzido em “dever de candura”<sup>4</sup> que, como pode se notar, seria uma imposição de mão única apenas para quem se dirige ao julgador.

A primeira decisão a ser analisada diz respeito ao clássico tema dos poderes instrutórios do juiz, mas apresenta peculiaridades inéditas, além de não dialogar com as decisões anteriores e majoritárias do próprio tribunal. Como foi adotada em processo coletivo, o potencial desastroso da decisão é evidente.

A segunda decisão é monocrática<sup>5</sup> e se relaciona com o custeio de provas periciais pelo Ministério Público, notoriamente o legitimado ativo mais atuante em processos coletivos.

<sup>3</sup> Há aqui evidente simplificação conceitual, mas cabe assinalar que o Decreto nº 10593/2020 define desastre como um “resultado de evento adverso decorrente de ação natural ou antrópica sobre cenário vulnerável que cause danos humanos, materiais ou ambientais e prejuízos econômicos e sociais” (art. 2º, VII). Na doutrina se lê que “relação semântica pendular entre: (i) *causas* e (ii) *consequências* altamente específicas e complexas, convergindo para a descrição de fenômenos socioambientais de grande apelo midiático e irradiação econômica, política, jurídica e ambiental, capazes de comprometer a (iii) *estabilidade do sistema social*. Os desastres consistem, conceitualmente, em um *cataclismo sistêmico* de causas que, combinadas, adquirem consequências catastróficas.” (CARVALHO, Délon Winter de. *A natureza jurídica da pandemia covid-19 como um desastre biológico*: um ponto de partida necessário para o direito. *Revista dos Tribunais*, nº 1017, p. 243. São Paulo: RT, julho de 2020). (<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&sguid=i0ad6adc60000018651cea8962380bdc8&docguid=I5dadd8408afb11eab5f0f7023c26b452&hitguid=I5dadd8408afb11eab5f0f7023c26b452&spos=22&epos=22&td=32&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>)

<sup>4</sup> Cf. Superior Tribunal de Justiça: AgInt nos EDcl no RMS n. 34.477/DF, DJe de 27/6/2022. Além de desnecessária referência a uma expressão estrangeira quando há norma mais adequada no processo brasileiro, o uso de “candura” é ruim como tradução, mas ao mesmo tempo pode ilustrar a ideia de como os tribunais enxergam a autoridade externa de seus precedentes.

<sup>5</sup> Mas isso está longe de significar de que seja breve no tempo, já que no Supremo Tribunal Federal não é raro que decisões liminares não sejam submetidas ao colegiado por anos. No final de 2022, o Supremo Tribunal Federal aprovou a Emenda Regimental nº 58/2022, publicada no DJe em 19/01/23, que, entre outras medidas, visa a limitar temporalmente as decisões monocráticas e pedidos de vista. As decisões liminares aqui examinadas, porém, foram proferidas em 2020 e desde então nunca foram submetidas efetivamente a julgamento colegiado e há dois anos os processos não recebem qualquer movimentação

## 2. Os poderes instrutórios do juiz em recente julgado do Superior Tribunal de Justiça (REsp. 1.693.334)<sup>6</sup>

No direito brasileiro, os poderes instrutórios do juiz são reconhecidos legalmente há muitos anos e, além do art. 370, CPC, há previsões em outros vários dispositivos, como aqueles que preveem a possibilidade de colher o depoimento pessoal das partes (art. 385), inquirir testemunhas (arts. 456 e 459, §1º), determinar perícia ou prova técnica simplificada (art. 464, §2º), elaborar quesitos (art. 470, II), requisitar esclarecimentos ao perito (art. 477, §§2º e 3º), determinar segunda perícia (art. 480), realizar inspeção (art. 481) etc.<sup>7</sup>

Deve-se acrescentar, também, que os poderes instrutórios do juiz não se limitam à determinação de meios de prova não requeridos pelas partes, nem se limitam à instrução para o julgamento de mérito e, a rigor, compreendem em alguma medida todas as fases relacionadas à prova.<sup>8</sup> Entretanto, em que pese certa naturalidade com que a doutrina majoritária e a jurisprudência tratam do tema, a matéria pródiga em problemas clássicos que vão desde questões procedimentais, e também se é efetivamente um poder, uma faculdade ou um dever, até questionamentos sobre a constitucionalidade<sup>9</sup> dessa atividade judicial.

Em uma primeira aproximação e, portanto, simplificada, pode-se dizer desde logo que diante de regras legais expressas, permitindo atividade probatória oficial, há três caminhos possíveis:

a) entender que se trata de regras inconstitucionais e nenhuma atividade probatória pode ser exercida pelo juiz;

---

e permaneceram com o relator até sua aposentadoria, em maio de 2023; ainda não houve formalização de substituto no Tribunal para assumir a relatoria.

<sup>6</sup> DJe de 14/12/2021.

<sup>7</sup> Mesmo no processo penal, em que mais recentemente o Superior Tribunal de Justiça adotou discurso mais contundente sobre o processo acusatório, é admitido o exercício de poderes instrutórios pelo juiz com base nos mesmos argumentos utilizados no processo civil – “verdade processual não deve ser relegada apenas às partes” e “não se pode tolher por completo o juiz da possibilidade de, com isenção e prudência, também diligenciar para trazer aos autos informações e provas que conduzam à verdade mais próxima possível da realidade histórica dos fatos sobre os quais gira a pretensão punitiva” –; confirmam-se dois eloquentes julgados recentes: AgRg no HC n. 758.697/SC, DJe de 30/3/2023; REsp n. 2.022.413/PA, DJe de 7/3/2023.

<sup>8</sup> Sobre os poderes probatórios do juiz, são imprescindíveis dos textos de FERRER-BELTRÁN, que se complementam e abordam com profundidade sobre suas várias dimensões: Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, Vol. 7, nº 2, 2017, p. 137-164 (revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/19697). *Manual de razonamiento probatorio*, capítulo III. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México. México, 2022. Fundamental também a referência a um texto clássico: TARUFFO, Michele. *Poderes probatórios de las partes y del juez en Europa*. La Prueba (apêndice I). Laura Manríquez. Jordi Ferrer Beltrán (Trad.). Madrid: Marcial Pons, 2008. A bibliografia no direito brasileiro é longa, ainda que bastante repetitiva, cabendo indicar no momento a visão panorâmica que expusemos em GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe no “leito de Procusto”. *Revista de Processo*, n. 235. São Paulo: RT, set. 2014 (versão desse artigo pode ser acessada em [www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-53/artigo-das-pags-187-211](http://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-53/artigo-das-pags-187-211)).

<sup>9</sup> A discussão sobre a constitucionalidade das leis que autorizam a atividade probatória do juiz na realidade se refere a objeções clássicas do tema e que são abordadas por Taruffo no texto antes referido. De todo modo, ainda que no Brasil não haja essa discussão em sede jurisprudencial, de uns anos para cá a discussão ressurgiu com ares de artificial novidade. Pode se conferir uma abordagem relevante sobre o tema em SOUSA, Diego Crevelin. *Imparcialidade: a divisão funcional de trabalho entre as partes e juiz a partir do contraditório*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.

b) considerar que se trata de poderes amplos, previstos no interesse de uma prestação jurisdicional plena, devendo ser exercidos com amplitude;

c) afirmar que as regras vigentes são constitucionais, mas os poderes instrutórios se submetem a diversos limites, com diferenças de graus entre os adeptos dessa posição mais restritiva.

Pode-se afirmar que no processo civil brasileiro, doutrina e jurisprudência tendem para a segunda posição, isto é, ampla incidência dos poderes instrutórios do juiz (exemplos do próprio STJ: AgInt no AREsp n. 2.029.044/GO, DJe de 22/9/2022; AgInt no AgInt no AREsp 1533146/GO, DJe 04/12/2020; AgInt nos EDcl no AREsp 1817742/SP, DJe 18/10/2021; AgInt no REsp 1918008/MT, DJe 15/10/2021), inclusive o exercício de poderes instrutórios em sede de competência recursal (STJ: AgInt no REsp 1841905/MG, DJe 02/09/2020), com o Supremo Tribunal Federal admitindo sua constitucionalidade no processo civil e no penal (exemplos: HC 160496, DJe-034 de 23-02-2021; RHC 205921 AgR, DJe-241 de 06-12-2021; Pet 7074 QO, DJe-085 de 02-05-2018; HC 103070, DJe-146 de 29-07-2011; AR 1538 AgR-AgR, DJ 08-02-2002, sendo esse último julgado o exemplo da amplitude máxima para o tema). Vez por outra, porém, encontra-se na jurisprudência a tendência de se imporem alguns limites, ainda que tímidos, aos poderes probatórios (exemplo: STJ - REsp 894.443/SC, DJe 16/08/2010), especialmente quando as partes não produzem provas dos fatos alegados, como se colhe recentemente no julgado do Superior Tribunal de Justiça que dá título a este item: REsp. 1.693.334 – RJ, DJe 13/12/2021.

Na ementa do referido acórdão consta que “a existência de regras disciplinando o ônus da prova não autoriza a conclusão de que o juiz está adstrito a uma posição de inércia no campo probatório, permanecendo estagnado diante da iniciativa probatória das partes. Pelo contrário, o magistrado, consoante as regras previstas no art. 130 do CPC/73, compartilha com elas o dever de evitar os efeitos do *non liquet*. Contudo, essa presunção não é absoluta, devendo, pois, ater-se às hipóteses nas quais, diante de um mínimo juízo de convicção quanto aos fatos narrados, a insuficiência de provas impede que o encontre de uma resposta jurídica para o julgamento. O juízo de conveniência quanto às diligências necessárias, além de ser exclusivo do julgador, deve considerar os seguintes elementos: i) mínima certeza da prática delituosa, ii) existência, ainda que mínimos, de elementos probatórios que indicam a prática de infração à ordem econômica por formação de cartéis, iii) ativa atuação do autor da ACP, notadamente quanto a delimitação dos fatos narrados e com intensa participação na fase instrutória do feito”.

Em síntese,<sup>10</sup> segundo o relatório do voto, foi ajuizada uma ação civil pública pelo Ministério Público Federal contra duas empresas em razão de alegadas infrações

<sup>10</sup> Na exposição oral das ideias agora escritas neste texto, como em todo estudo que se apresenta, foi feito um recorte do caso e, ainda que se tenha relatado brevemente o caso, apenas a fundamentação da decisão foi comentada, por razões óbvias. Além de não ser objeto da palestra a descrição pormenorizada do caso, mas, sim, o que se extrai com objetividade e potencial transcendência do decidido (até porque se fosse uma abordagem casuística eu cairia em um dos equívocos em que a decisão incorreu), havia o rígido

à ordem econômica, como prática de preços abusivos, formação de cartel e controle concertado de concorrentes para fornecimento de gases industriais a hospitais públicos federais. A sentença de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos por ausência de provas e em segunda instância por força de remessa necessária não se vislumbrou a comprovação de cartel nem se constatou cerceamento do direito à prova. Diante desse quadro, o Ministério Público recorreu ao STJ essencialmente com fundamento na incompatibilidade entre os poderes instrutórios e o julgamento por ausência de provas.

Na fundamentação do voto, além da reprodução dos trechos que constam na ementa, são relevantes as seguintes passagens: “não há que se falar em ampla atividade probatória a cargo do julgador de forma a alcançar diligências que uma das partes, a tempo e a ora, deixou de requerer. É fato que o princípio inquisitivo

---

limite temporal de vinte minutos para a exposição. De todo modo, o número do acórdão foi projetado em *slide* para conferência simultânea ou posterior, como é intuitivo. Faço todos esses esclarecimentos porque há um dado do caso, que em nenhum momento foi referido na fundamentação da decisão, que não foi objeto de menção com destaque na exposição e que aparentemente ensejou a equivocada ideia de sonegação de informação, o que, pelas razões antes expostas e também pela minha formação pessoal, jamais aconteceria como forma de direcionamento da exposição, até porque, como dito, o acórdão está sujeito à conferência de qualquer pessoa. Mas como possuo especial zelo pela seriedade e fidelidade na pesquisa, passo a detalhar o caso nesta nota, mas reiterando o registro de que continua me parecendo irrelevante para o exame da decisão. Como mencionado no corpo do texto e consta no relatório do acórdão (e não na fundamentação), o Ministério Público Federal não interpôs recurso contra a decisão de primeiro grau e o caso foi submetido à revisão por meio de reexame necessário. Evidentemente, como não existe no direito brasileiro o “reexame necessário especial”, a partir daí houve iniciativa recursal do Ministério Público. O fato de não ter havido recurso voluntário contra a decisão de primeiro grau é irrelevante para o que foi discutido na palestra e agora neste texto pelas seguintes razões: 1) a iniciativa recursal é irrelevante para fins de instrução da causa e inclusive a produção probatória oficiosa em segundo grau é plenamente possível e não condicionada à provocação da parte (até porque provocação e atuação de ofício são termos que claramente não possuem relação causal); 2) esse comportamento inerte (que efetivamente foi no mínimo estranho e deveria ter ensejado verificação disciplinar) não foi utilizado como fundamento em momento algum pelo Relator; 3) se, mesmo omitindo essa desídia como fator determinante, a vedação para a instrução de ofício se deu como forma de sanção para a omissão processual, houve desvio de finalidade, já que se aplicou uma consequência processual não prevista legalmente para um comportamento que não foi analisado na fundamentação; 4) além disso, não deve interessar à doutrina a peculiaridade do caso concreto que a ele deve ficar confinado, já que não se pode extrair efeito genérico de algo que sequer foi considerado pelo Relator e o relevante está na crítica daquilo que se extrai do julgado com potencial normativo; 5) se o acórdão considerasse que o reexame necessário impede a incidência dos poderes instrutórios do juiz, necessariamente esse tema seria enfrentado, mas, além de isso não haver sido afirmado, trata-se de ideia insustentável e que é impossível de ser considerada nos termos em que foi proferida a decisão; 6) é fundamental aqui ter clara a ideia de que o debate proposto é eminentemente técnico e limitado às razões de decidir, de modo que apenas o que foi considerado como comportamento processual na fundamentação foi analisado; 7) note-se que, caso o debate fosse apenas sobre o caso, numa espécie de crítica descritiva individualizada, haveria necessidade de análise das demais peças processuais, já que, por exemplo, alegou o Ministério Público Federal nas razões recursais e no parecer que exerceu ampla atividade probatória e, assim, teria também que ser analisada a postura do autor a partir de todo o alegado, o que simplesmente inviabilizaria um estudo que se pretende abstrato (mas também não se pode considerar que houve absoluta desídia e ignorar as peças processuais das partes, porque, se a opção for discutir detalhadamente os atos processuais, isso deve ser feito com rigor e completude); 8) é fundamental fixar que não importam os particularismos para fins de estudo doutrinário, sobretudo quando se pensa em decisão proferida sob um sistema legal de objetivação e transcendência das decisões e, por isso, somente o que pode ser extraído com eficácia normativa deve ser objeto de análise (e nesse ponto é interessante remeter ao item sobre particularismo e universalismo em FERRER-BELTRAN, Jordi. *Prova sem Convicção: standards de prova e devido processo*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2022, p. 76-109, em que se colhem importantes subsídios para o estabelecimento de um enfoque teórico que me parece mais adequado); 9) por fim, o fato de ter havido reexame necessário prossegue me parecendo irrelevante e, afinal, em nada altera tudo o que foi dito na apresentação do trabalho e agora é reiterado por escrito.

previsto nos arts. 128 e 461 do CPC/73, confere ao juiz poder de não se conformar com a verdade apresentada pelas partes, se entender que aquela não se mostra suficiente para se aproximar o máximo da verdade substancial. Porém, o juízo de conveniência quanto as diligências necessárias, justamente por ser ele o destinatário da prova, é exclusivo do julgador”; “A lealdade processual é um dos deveres anexos criados pela boa-fé objetiva. Direcionada a todos os partícipes do processo, indica ser dever das partes – no campo probatório – narrar os fatos objeto da demanda, com indicação de todos os elementos probatórios, de forma a permitir que a parte *ex adversa* exerça o contraditório de forma eficaz. Como bem ensina o professor Arruda Alvim ‘(...) a lealdade é um paradigma ético, que informa a atividade, no sentido de o litigante agir de frente, sem chicanices, sem providências inesperadas, mesmo que tais providências sejam legítimas’. Deixar de apresentar documentos já conhecidos ao tempo da ação e atribuir responsabilidade instrutória ao magistrado, repito, fere de morte, os deveres anexos da boa-fé objetiva na seara processual”.

Com base nessas referências, passemos a comentários objetivos sobre os termos do julgado:

a) trata-se de decisão que diverge em alguns pontos essenciais do posicionamento majoritário do próprio STJ e, embora se encontrem outros julgados do STJ no sentido de que a atividade instrutória do juiz é limitada por prévia atuação das partes (exemplo: REsp 894.443/SC, DJe 16/08/2010; AgRg no REsp 1105509/RN, DJe 18/12/2012), não é esse o entendimento majoritário de sua jurisprudência e esse é o primeiro problema que se apresenta: o próprio julgado se baseia bastante na lealdade processual, que também deve se dirigir aos julgadores, e a previsibilidade, a coerência e a estabilidade das decisões integram esse quadro de boa-fé;

b) ao mesmo tempo em que a decisão atribui corretamente responsabilidade às partes – e realmente é um tanto bizarra a ideia de um processo em que as partes não produzem provas e aguardam a atuação instrutória do juiz, mas tal quadro de paroxismo é inerente a uma defesa ilimitada dos poderes instrutórios judiciais, como se estivéssemos permanentemente sob a vigência de uma versão ainda mais intensa do art. 1107 do CPC revogado, que é o que fazem majoritariamente a doutrina e a jurisprudência do STJ – a decisão se vale de concepção do juiz como destinatário da prova e senhor absoluto do que é relevante (“o juízo de conveniência quanto às diligências necessárias, além de ser exclusivo do julgador” e “o juízo de conveniência quanto as diligências necessárias, justamente por ser ele o destinatário da prova, é exclusivo do julgador”), o que torna difícil a atuação da parte, na medida em que mesmo uma postura ativa do litigante não é suficiente para a instrução da causa e, como inexistem regras de padrões probatórios, o umbral de suficiência probatória passa a integrar uma apreciação discricionária do julgador, o que nos parece um equívoco, com o acréscimo de que se submeteu a atuação probatória do juiz à sua convicção, ou seja, a um psicologismo;<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Cf. FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prova sem Convicção*: standards de prova e devido processo. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2022. Entre tantas passagens fundamentais no referido livro, lê-se na p.

c) deve ser notado que o recurso partiu da ideia de que haveria um dever de instrução do juiz, especialmente em processo de interesse público, e que isso supriria a inércia do legitimado ativo; logicamente, ao afastar essa ideia explicitamente, entendeu o STJ que se trata de atividade discricionária e excluiu qualquer referência a dever ou “poder-dever”, reservando-se a atuação discricionária quando o próprio juiz entender que há mínima instrução;

d) decorre desse quadro uma espécie de mistério epistêmico constante na afirmação de que o exercício dos poderes instrutórios deve “ater-se às hipóteses nas quais, diante de um mínimo juízo de convicção quanto aos fatos narrados, a insuficiência de provas impede o encontro uma resposta jurídica para o julgamento” (*sic*), já que não há elementos objetivos sobre o que significa mínima convicção, nem poderia haver já que convicção é necessariamente um estado mental pessoal e, portanto, não suscetível de controle intersubjetivo, bem como não é fácil perscrutar qual seria o grau de suficiência de provas para encontrar a resposta para o julgamento;

e) segue o julgado com outro asserção inquietante, quando diz que “não há que se falar em ampla atividade probatória a cargo do julgador de forma a alcançar diligências que uma das partes, a tempo e a ora, deixou de requerer” (*sic*), já que, se assim for, dificilmente haverá exercício do poder instrutório, porque necessariamente seu campo de incidência é limitado por diligências que uma das partes deixou de requerer no momento oportuno, ou seja, só há espaço para instrução, ainda que complementar, se algo deixou de ser produzido;

f) se se acolher o trecho citado na alínea anterior, fulmina-se a própria atividade probatória oficiosa, porque, mesmo considerando que inexistente preclusão para o juiz em matéria probatória – e o próprio STJ decide assim reiteradamente –, o meio de prova faltante deveria ser requerido por alguma parte (deve ser ressalvado que, nas razões recursais e no parecer dirigido ao Relator, o Ministério Público afirma peremptoriamente que havia alguma prova produzida e que houve requerimento de prova pericial pelos réus, mas não houve manifestação do juiz sobre o requerimento); se se tratar de fato superveniente ou de prova nova passível de se incluir no julgamento, igualmente se abre oportunidade para proposição das partes; enfim, a rigor essa assertiva do voto anula a atividade instrutória do juiz, que já é limitada somente a meios de prova, já que não há determinação de ofício sobre fontes de provas, e que necessariamente devem ser requeridos tempestivamente pelas partes;

g) acresça-se a esse quadro que deverá o juiz realizar um exercício retrospectivo para discernir os meios de prova faltantes e concluir que as partes não os requereram, passando assim a uma fase de autocontenção;

h) além disso, esse entendimento vai de encontro à jurisprudência do próprio STJ no sentido de que inexistente preclusão para o exercício de poderes instrutórios, já

---

325 que “incluir como condição necessária para que uma hipótese fática esteja provada que o julgador deva ter a crença de que a hipótese é verdadeira desemboca necessariamente em uma concepção subjetivista da prova, que impede o controle do raciocínio probatório, precisamente porque o parâmetro de decisão é a convicção do próprio julgador”.



que somente se pode defender essa ideia dominante se se admite que o juiz pode instruir o processo após esgotado o prazo das partes;

i) ainda que seja possível interpretar os fundamentos da decisão do STJ no sentido de que somente é necessária a proposição de algum meio de prova que dê “mínima convicção”, novamente cairemos no casuismo próprio do “leito de Procusto” e os poderes probatórios serão exercidos de modo incontrolável e imprevisível;

j) o julgado também retrata uma inversão de perspectiva ao afirmar que o juiz não deve produzir as provas que as partes deveriam ter produzido, como anteriormente descrito, já que, no caso de uma penúria probatória como no caso julgado, o controle deve ocorrer na admissibilidade da petição inicial, determinando-se ao autor especificamente sua complementação e, ultrapassada essa fase, as lacunas probatórias devem ser verificadas na fase de organização e saneamento (deve ser ressaltado que todo o caso foi julgado com base no CPC anterior, por questões de direito intertemporal, mas essas providências poderiam ter sido adotadas mesmo naquela época; de todo modo, este julgado somente possui relevância para os processos futuros e o atual Código possui regras muito mais adequadas para evitar um processamento às cegas como parece ter acontecido no caso), de modo que os poderes instrutórios devem pressupor, na realidade, a diligência das partes e também o dever de alerta do juiz, a fim de que não seja o autor informado do que era necessário provar somente após a última instância;

k) no caso sob exame, repita-se, a inicial sequer deveria ter sido admitida se efetivamente não estava acompanhada de provas ou não as requeresse e, quando muito, na fase de organização e saneamento deveriam ter sido fixados os pontos controvertidos e as lacunas de conhecimento (como no já citado exemplo do art. 429.1 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* da Espanha);

l) é fundamental que não se esqueça de que essas providências também expressam uma dimensão dos poderes probatórios, que, como já afirmado mais de uma vez, não se exaurem na produção de ofício de provas e é necessário que se percebam os múltiplos alcances dessa atuação judicial para que dela se extraia o melhor resultado dentro do sistema do CPC, que ao mesmo tempo lhe impõe limites, mas apresenta outras possibilidades;

m) é bem conhecida a proposta doutrinária<sup>12</sup> de que os poderes instrutórios do juiz devem incidir com menos intensidade em processos que versem sobre direitos disponíveis e com total força nos processos sobre direitos indisponíveis ou de interesse público, sendo que, em regra, essa distinção não foi acolhida pela jurisprudência e a produção de provas de ofício costuma atuar indistintamente em relação ao objeto do litígio; mesmo assim, é bastante relevante e eloquente que o presente caso trate de uma ação civil pública e que a tutela coletiva tenha versado sobre ilícitos relacionados

<sup>12</sup> O Superior Tribunal de Justiça também já se filiou a esse entendimento (exemplo: EDcl no REsp n. 1.344.511/DF, DJe de 15/8/2013), embora em regra chancele os poderes instrutórios independentemente da qualidade do direito controvertido.

a insumos essenciais para o funcionamento de hospitais públicos, revelando, assim, que mesmo em um processo com evidente interesse público não foi considerada a atuação probatória judicial;

n) se assim foi decidido em um processo coletivo, em que se procurava coibir a existência de cartel em serviço de saúde pública, dificilmente poderá ser sustentada a ampla incidência de poderes instrutórios em causas eminentemente disponíveis ou que admitem autocomposição;

o) com todas as ressalvas e críticas dos itens anteriores, entendemos que corretamente foi entendida a atividade instrutória do juiz como subsidiária e jamais autônoma, mas isso raramente fica claro nas decisões anteriores e posteriores do Tribunal em processos civis;

p) além disso, ficou bastante evidente que as fontes de prova não podem ser objeto dos poderes instrutórios, o que também se afigura correto, mas também aqui não é que se vê em boa parte da doutrina e na jurisprudência;

q) se o comportamento das partes é o elemento essencial para a limitação dos poderes instrutórios, a existência de convenções processuais sobre a exclusão de determinado meio de prova é um evidente e intransponível limite; com efeito, se o comportamento omissivo impede a atuação supletiva do juiz, com muito mais razão a manifestação de vontade impede a atividade probatória do juiz; ou seja: convenção probatória excluindo meio de prova é uma limitação aos poderes instrutórios, devendo haver uma leitura conjunta dos arts. 190 e 370, reforçando-se a ideia de que a convenção atinge o acervo probatório e não a atividade judicial, cuja limitação se dá objetivamente a partir do cenário fático delineado nos autos; as convenções probatórias típicas ou atípicas podem abarcar várias situações e não se limitam a exclusões de meios de provas, mas, no caso de haver manifestação de vontade das partes nesse sentido de limitação probatória, o juiz estaria diante de um cenário de explícita ausência de prova mínima, o que automaticamente impediria sua atuação instrutória; note-se que pode ser um antecedente lógico de uma convenção probatória a exclusão de fonte de prova, o que sempre depende da iniciativa da parte, e a consequência disso é ainda mais intensa, já que, como antes observado, as fontes de prova não passíveis de extração pelo juiz, o que ganha especial acréscimo limitador quando acompanhado de convenção probatória excluindo meio de prova;

r) por fim, apesar de na decisão haver muito espaço para críticas sobre questões relacionadas à teoria da prova, o fato de reconhecer que os poderes instrutórios possuem limites é um avanço importante no tema, mas não da forma como concluído do julgado, cabendo agora aguardar se se trata de uma decisão de exceção ou se o Superior Tribunal de Justiça ampliará a discussão e indicará o entendimento que observará a necessária estabilidade.

Deve ser registrado que, embora o STJ tenha inúmeros julgados sobre os poderes instrutórios do juiz, nem todos harmônicos, mas com tranquila orientação do sentido de ausência desse tipo de limitação, chama a atenção que nenhum deles

tenha sido sequer mencionado no acórdão ora comentado, inexistindo um diálogo com a própria jurisprudência do próprio Tribunal. Em um contexto em que se afirma que há uma cultura de precedentes,<sup>13</sup> trata-se de prática decisória inconcebível.

### 3. O custeio da prova pericial nos processos coletivos em decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal: ACO 1.560 e ARE 1.283.040<sup>14</sup>

Além do grave problema envolvendo decisões monocráticas que não são submetidas a julgamento colegiado, essas duas específicas decisões apresentam outros problemas fundamentais:

a) as fundamentações são idênticas, já que se trata de mesmo problema jurídico, mas são genéricas e se prestam a abordar, em tese, qualquer outra questão naquilo que resvala em argumento de “incentivo processual”, valendo-se de noções superficiais da análise econômica e guindando-a à condição de superior método interpretativo;<sup>15</sup>

b) não há nenhuma questão constitucional no caso, tanto assim que na fundamentação não se encontra uma única vez referência à Constituição ou mesmo a menção retórica a palavras como “inconstitucional”, “inconstitucionalidade” etc., quando se sabe que o Supremo Tribunal Federal possui exagerada avareza para exame de temas processuais, mesmos aqueles com evidente sede constitucional, sempre se valendo da quase mística invocação da ofensa indireta ou reflexa à Constituição;

c) a questão já havia sido decidida de forma consolidada há anos pelo Superior Tribunal de Justiça, inclusive com edição de tema vinculativo que foi confirmado após a vigência do Código de Processo Civil e, além de aquele tribunal ser o competente para fixar o precedente sobre o tema, é no mínimo peculiar que uma decisão liminar proferida há três anos, sem apreciação do colegiado, modifique integralmente o entendimento vinculativo do órgão competente para interpretação da legislação

<sup>13</sup> Cf., no próprio STJ: AgInt no REsp n. 1.477.320/PR, DJe de 27/9/2018 e AgInt no AREsp n. 1.843.196/RJ, DJe de 22/9/2021. Ainda que se argumente que os julgados anteriores (e o tema é recorrente no STJ desde sua instalação, já que se trata de clássico debate processual) são apenas persuasivos, é da natureza de um Tribunal o diálogo com as decisões proferidas por ele, sobretudo quando se trata de proferir entendimento que vai contra toda uma previsível jurisprudência.

<sup>14</sup> Após as decisões monocráticas idênticas, o então Relator dos processos os paralisou por três anos, até que se aposentou; quando este texto foi concluído, ainda não estava formalmente nomeado seu sucessor no Tribunal. A emenda regimental nº 58/22, publicada em janeiro de 2023, alterou o Regimento do Supremo Tribunal Federal para fixar o tempo máximo de noventa dias para prosseguimento de votação após o pedido de vista (art. 134, *caput*, e parágrafo 5º. Resta aguardar para saber como será a efetiva aplicação do dispositivo de todo modo, no caso das decisões comentadas, não se tratou de pedido de vista, mas, sim, de eficácia de decisão liminar monocrática sem que o Relator libere o processo para julgamento, prática tão ou mais nociva do que o pedido de vista sem limite temporal. Na mesma emenda foi alterado o art. 21 na tentativa também de evitar esse grave desvio (as liminares no Supremo Tribunal Federal apresentam várias possibilidades de análises e interessante panorama pode ser consultado em REIS, Ulisses Levy Silvério dos; MEYER, Emílio Peluso Neder. “Ministrocracia” e decisões individuais contraditórias no Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 3. p. 401-425, 2021 (disponível em [www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/archive](http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/archive)).

<sup>15</sup> Cf., especificamente sobre as referidas decisões, o contundente trabalho de VITORELLI, Edilson. Análise econômica e comportamental da distribuição do custo da prova no processo coletivo. *Revista de Processo*, nº 327/2022, RT, p. 235-262, maio de 2022.

federal,<sup>16</sup> subvertendo todo o sistema de custeio da prova no processo coletivo e impactando ações no país inteiro;

d) o custeio da prova pericial no processo coletivo é disciplinado por lei específica<sup>17</sup> e o Superior Tribunal de Justiça editou enunciado sintetizando a questão, prossequindo a peculiar necessidade de um tribunal expedir entendimento no mesmo sentido de lei vigente, por meio de seu “tema repetitivo” nº 510: “Não é possível se exigir do Ministério Público o adiantamento de honorários periciais em ações civis públicas. Ocorre que a referida isenção conferida ao Ministério Público em relação ao adiantamento dos honorários periciais não pode obrigar que o perito exerça seu ofício gratuitamente, tampouco transferir ao réu o encargo de financiar ações contra ele movidas. Dessa forma, considera-se aplicável, por analogia, a Súmula n. 232 desta Corte Superior (‘A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito’), a determinar que a Fazenda Pública ao qual se acha vinculado, o *Parquet* arque com tais despesas”;<sup>18</sup>

e) consta da fundamentação da decisão que deve ser feita uma “releitura do art. 18 da Lei da Ação Civil Pública para conferir maior responsabilidade ao *Parquet* no ingresso das ações coletivas, por meio de incentivos financeiros voltados a esta finalidade” e prossigue da seguinte forma: “Penso que aprimorar os incentivos financeiros para que o *Parquet* tome medidas judiciais com maior responsabilidade é de todo desejável, eis que a atuação do Ministério Público como curador universal de todos os valores públicos, e sua pujante proeminência nessa função, não encontra justificção nem prática nem teórica. Criar incentivos para que esse órgão público passe a atuar, com maior frequência, juntamente com legitimados de direito privado, aperfeiçoando suas parcerias e oportunidades de litisconsórcio, é uma das tarefas pendentes para que a tutela do interesse público seja feita de forma mais profissional, especializada e responsável”. Trata-se de trecho a que podem se destinar muitas críticas, entre as quais a ideia legiferante de inovar no ordenamento com uma medida processual que, sem qualquer técnica, entende o julgador que pode incentivar melhores práticas. Trata-se de aplicação vulgar e equivocada de qualquer modelo teórico que se possa rotular – e na decisão é invocada a teoria econômica do direito, sem que se explique o que se entende por isso e apresentando-a como grande novidade.<sup>19</sup> Entretanto, dois outros dados impressionam ainda mais: 1) a absoluta ausência de qualquer referência a dados objetivos para fundamentar a premissa ou a conclusão, de modo

<sup>16</sup> Na decisão monocrática, afirma-se expressamente que é o caso de rever decisão do Superior Tribunal de Justiça na interpretação de legislação infraconstitucional: “Não obstante o entendimento atualmente predominante no Superior Tribunal de Justiça, entendo, com o devido respeito, que existem interpretações mais condizentes com o atual arcabouço legislativo processual e que calibram melhor os incentivos para a atuação das partes no processo”. Literalmente, a Constituição sequer foi aberta nesse caso.

<sup>17</sup> Para completa exposição processual do tema: ZANETI JR., Hermes. Quem financia o direito fundamental à prova nos processos coletivos brasileiros? O problema da completude probatória e o custo da prova pericial no ARE 1.283.040/RJ (STF). In: *Direito Probatório*. Osna, Ramos e outros (Org.). Londrina: Thoth, 2022.

<sup>18</sup> Cf., ainda, no STJ o RMS n. 59.638/SP, DJe de 7/4/2021.

<sup>19</sup> Insista-se na indicação do seguinte artigo sobre esse debate teórico: VITORELLI, Edilson. Análise econômica e comportamental da distribuição do custo da prova no processo coletivo. *Revista de Processo*, nº 327/2022, RT, p. 235-262, maio de 2022.

que estamos diante de mais um caso de “impressionismo”, ou seja, de uma suposição subjetiva; 2) a frase, se generalizada, serviria para tudo e, portanto, não se presta para algo tão específico;

f) na ausência de qualquer dado que justifique o afirmado na decisão sobre o incentivo, fica difícil considerar que há alguma robustez no argumento sobre o incentivo para melhor atuação de legitimado ativo para o custeio de prova pericial, mas há ainda uma ponderação um tanto desconcertante: pressupõe o julgador que toda ação coletiva exige produção de prova pericial, o que é um evidente equívoco; ou, o que é ainda mais equivocadamente, parte o julgador da ideia de que apenas nos processos em que for produzida a prova pericial custeada pelo legitimado ativo estar-se-á diante de uma tutela “mais profissional, especializada e responsável”;

g) não se pode deixar de registrar uma última passagem da decisão, que é melhor não adjetivar: “Note-se que, com a presente interpretação, não se está, de maneira nenhuma, enfraquecendo o processo coletivo. Pelo contrário, o que se pretende é, de fato, fortalecê-lo, desenvolvendo-se incentivos para que apenas ações coletivas efetivamente meritórias sejam ajuizadas”. Evidentemente, a finalidade retórica dessa passagem é suficiente, por si só, para demonstrar a fragilidade de uma decisão que não foi feliz nem mesmo quando quis ser irônica e essa transcrição final é a ilustração do desconhecimento ou descompromisso em relação ao processo coletivo.

Valendo-se da autoridade de sua competência na matéria, mesmo diante dessas duas decisões monocráticas, o Superior Tribunal de Justiça corretamente reafirmou seu entendimento, valendo transcrever a ementa do julgado: “Processual civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação civil pública. Adiantamento dos honorários periciais. Responsabilidade do Estado a que estiver vinculado o Ministério Público, autor da ação. Tese firmada em recurso repetitivo. Incidência, por analogia, da súmula 232/STJ. Inaplicabilidade do art. 91 do CPC/2015. Princípio da especialidade. Precedentes do STJ. Violação à cláusula de reserva de plenário não configurada. 1. A Primeira Seção do STJ, sob o rito dos recursos dos recursos repetitivos, firmou a tese no sentido de que os valores dos honorários periciais devem ser suportados pela Fazenda Pública à qual se ache vinculada a parte autora da ação civil pública, em aplicação analógica da Súmula 232/STJ (REsp 1253844/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 13/03/2013, DJe 17/10/2013). 2. As Turmas de Direito Público do STJ entendem que, mesmo na vigência do CPC/2015, cabe à Fazenda Pública arcar com o adiantamento dos honorários de perícia requerida pelo Ministério Público em sede de ação civil pública (AgInt no RMS 55.757/SP, Rel. Min. Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região), Primeira Turma, DJe 29/04/2021; AgInt no AREsp 1768468/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 01/07/2021; AgInt no RMS 59.106/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 21/03/2019; AgInt no RMS 56.423/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 12/09/2018). 3. A existência de posicionamento monocrático e isolado do Supremo Tribunal Federal, em sentido contrário ao da jurisprudência desta Corte, não configura a superação dos precedentes elencados pela decisão agravada, tampouco caracteriza violação à

cláusula de reserva de plenário. 4. Agravo interno não provido". (AgInt no AREsp n. 2.028.790/RJ, DJe de 19/10/2022)<sup>20</sup>

A rigor, as duas decisões aqui comentadas brevemente se complementam e impedem a adequada produção da prova nos processos coletivos, razão pela qual foram adjetivadas de desastrosas.

A primeira decisão comentada, embora tenha a importância didática de reforçar a responsabilidade das partes na devida proposição probatória, caminha em sentido contrário das decisões do próprio Tribunal sobre os poderes instrutórios do juiz, não enquadra o caso (nem rechaça a proposta) dentro da ideia teórica de que os processos de interesse público admitem uma participação mais incisiva dos poderes do juiz, submetem a produção da prova apenas ao comportamento das partes, caem em evidente subjetivismo ao conferir ampla discricionariedade ao julgador, parecem vedar a produção probatória como forma de punir uma litigância que soou omissa, ou seja, há utilização velada de sanção não prevista em lei, limita os poderes do juiz apenas à produção da prova e, por fim, incide no grave problema de manipular os poderes probatórios casuisticamente, ou seja, sem qualquer objetividade e o enquadrando como artifício de política processual.

Já a segunda decisão é desastrosa integralmente, inexistindo até mesmo elementos técnicos que efetivamente ensejam debate direto sobre os termos genéricos e equivocados que se encontram na fundamentação, de modo que a manutenção do entendimento, em sentido totalmente oposto pelo Superior Tribunal de Justiça, se mostra perfeita tecnicamente e adequada simbolicamente.

As críticas e ideias da presente intervenção visam apenas a tentar contribuir com o debate do incipiente – e especialmente relevante – movimento que busca a construção de um modelo racional da prova no direito brasileiro,<sup>21</sup> evitando-se que o subjetivismo no tema impeça a efetiva tutela de direitos.

<sup>20</sup> No mesmo sentido, os seguintes julgados posteriores: AgInt no REsp n. 1.944.981/CE, DJe de 10/2/2023; AgInt no REsp n. 1.947.312/PE, DJe de 23/3/2023; AgInt no RMS n. 61.139/SP, DJe de 17/5/2023.

<sup>21</sup> Cf. ACCATINO, Daniela. Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora? *Revus*, v. 5, n. 39, p. 85-109, 2019 <https://journals.openedition.org/revus/5559>. TWINING, William. La tradición racionalista en el estudio de la doctrina probatoria. In: *Repensar el Derecho Probatorio: ensayos exploratorios*. Paul William Cifuentes (Trad.). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2022. FERRER BELTRÁN. *Valoração Racional da Prova*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2021. A visão racionalista da prova, na síntese de Ferrer Beltrán, apresenta como notas essenciais (a) a valoração da prova a partir do método de corroboração e refutação de hipóteses, (b) opção por uma imediação limitada do princípio da imediação, (c) forte exigência de motivação sobre os fatos e (d) defesa de sistema de recursos que possibilite amplo controle da decisão (FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração Racional da Prova*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2021, p. 96. Do mesmo autor, reforçando a ideia racionalista, mas enfatizando a necessidade de padrões probatórios para o controle objetivo e intersubjetivo da decisão, refinando as ideias expostas no livro antes citado, é fundamental a leitura de *Prova sem Convicção*, também publicado em tradução de Vitor de Paula Ramos pela editora JusPodivm, cuja 2ª edição foi publicada em 2023). A essência dessa concepção é retirar a convicção subjetiva do julgador como componente do raciocínio probatório. A depender da visão sobre o raciocínio probatório, “convicção subjetiva” pode ser visto como uma tautologia, mas preferimos essa expressão para deixar bem clara a ideia em um contexto em que prevalece a concepção persuasiva da prova, cuja proeminência doutrinária vem sendo fortalecida até mesmo com a estranha empolgação com algumas ideias sobre direito e economia e também psicologia, além das novas tecnologias e a aplicação jurídica. O que importa neste texto, porém, é marcar definitivamente essa ideia do racionalismo probatório

Note-se, por fim, que o Superior Tribunal de Justiça voltou a tratar do tema dos poderes instrutórios na forma como reiteradamente julga o tema, com expressa referências às peculiaridades do processo coletivo: “[...] 6. Malgrado o art. 370, *caput*, do CPC estabeleça poder instrutório amplo, em linha de princípio, deve ser utilizado somente de forma complementar, proporcionando às partes primeiramente se desincumbirem de seus ônus da forma que melhor lhes aprouver. Contudo, no âmbito do processo coletivo, em razão do princípio da indisponibilidade da demanda coletiva, haverá um poder instrutório amplo para o juiz, uma vez que: a) deve fiscalizar a produção probatória, bem como atuar ativamente na sua produção, inclusive com a possibilidade de averiguar a deficiência do substituto processual em produzi-la; b) por serem os representantes escolhidos por um rol legal, ganha ainda mais destaque a função do juiz na instrução probatória, atuando ativamente, ainda que de forma complementar, suprindo eventual deficiência dos substitutos processuais; c) sob um viés estático, as provas pertencem ao campo do direito material, pois, sob esse aspecto, elas são consideradas como meios ou fontes, relacionadas à função de certeza dos negócios jurídicos; mas, sob um aspecto dinâmico, a prova ganha especial importância no direito processual, em razão de importar numa reprodução ao juízo do fato a se provar, o que ocorre no bojo do processo e obriga todos os sujeitos processuais; d) não há nenhum impedimento para a aplicação dessa redistribuição do ônus da prova nas ações civis públicas que veiculem relações de consumo, desde que para beneficiar o consumidor (ou, no caso, o substituto processual dos consumidores). 7. No processo coletivo, as situações jurídicas discutidas são complexas, envolvendo direitos essencialmente coletivos, cuja titularidade pertence a uma coletividade, ou direitos individuais homogêneos, que envolvem a existência de um grande número de lesados. A produção da prova, nesses casos, afigura-se dificultosa, uma vez que, em muitas situações, é impossível demonstrar a lesão aos sujeitos individuais, ou mesmo inviável diante do grande número de sujeitos eventualmente lesados, sendo recorrente e válida a utilização como meio de prova da amostragem (a partir da prova de um fato ou de alguns fatos selecionados de um conjunto comum, formula-se um raciocínio indutivo no qual se pressupõe que, uma vez demonstrada determinada situação para os objetos selecionados, ela também se repetirá para os demais componentes do conjunto). 8. Por um lado, em linha de princípio, quem afirma um fato positivo tem de prová-lo com preferência a quem sustenta um fato negativo, não sendo conveniente o ajuizamento de ação civil pública, apontando abusividade contratual sem que seja colacionado aos autos um único contrato, extrato, recibo de pagamento ou documento equivalente que indique a cumulação da cobrança de comissão de permanência com outros encargos. Por outro lado, deveria o Juízo de primeira instância ter determinado

---

e sobre o tema é incontornável o já citado livro de Ferrer-Beltrán, *Prova sem Convicção*. Confirmam-se, ainda, inclusive para outras referências bibliográficas: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: RT, 2019. RAMOS, Vitor de Paula. *Prova Testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2022. E sempre TARUFFO, Michele. *La Prova dei Fatti Giuridici*. Trattato di Diritto Civile e Commerciale. Antonio Cicu, Francesco Messineo e Luigi Mengoni. Vol. III, t. 2, sez. 1. Milano: Giuffrè, 1992. *Uma Simples Verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2012.

ao menos que a parte demandada colacionasse aos autos seus contratos de adesão, de modo a aferir a efetiva existência de cláusula abusiva, prevendo a cumulação de comissão de permanência com encargos narrada na exordial; por sua vez, a própria recorrente, exercitando o seu lícito direito de defesa, poderia ter colacionado aos autos esses contratos e demais documentos que fossem úteis para a formação do convencimento do Juízo, não se estando a falar de prova diabólica (verdadeiramente impossível). [...]”. (REsp n. 1.583.430/RS, DJe de 23/9/2022)