



5. Processo Civil do Consumidor

5.1. Competência

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 128.079-MT (2013/0136047-0)

Relator: Ministro Raul Araújo

Suscitante: Juízo de Direito da 14ª Vara Cível de Cuiabá - MT

Suscitado: Juízo de Direito da Vara Distrital de Embu Guaçu - Itapeçerica da Serra - SP

Interessado: Cleonice Alves Beraldo

Advogado: Roberto Barbieri Vaz

Interessado: Taiamã Plaza Hotel Ltda

Advogado: Geisler Evangelista de Oliveira e outro(s)

EMENTA

Conflito negativo de competência. Ação de inexigibilidade de cheque e de indenização por danos morais. Cheque falsificado dado em pagamento. Acidente de consumo (CDC, art. 17). Consumidor por equiparação ou *bystandard*. Competência do foro do domicílio do consumidor.

1. Cuida-se de suposto uso de cheque falsificado para pagamento de estadia em hotel, provocando a inscrição do consumidor em serviços de proteção ao crédito e a emergência de danos morais.

2. Configura-se, em tese, acidente de consumo em virtude da suposta falta de segurança na prestação do serviço por parte do estabelecimento hoteleiro que, alegadamente, poderia ter identificado a fraude mediante simples conferência de assinatura na cédula de identidade do portador do cheque.

3. Equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do acidente de consumo (CDC, art. 17).

4. Conflito conhecido para declarar competente o foro do domicílio do consumidor.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Seção, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o foro do domicílio do consumidor, Juízo de Direito da Vara Distrital de Embu Guaçu - Itapecerica da Serra - SP, suscitado, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Nancy Andrichi e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti, e, ocasionalmente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 12 de março de 2014 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Cuida-se de conflito negativo de competência entre o d. *Juízo de Direito da 14ª Vara Cível de Cuiabá - MT*, suscitante, e o d. *Juízo de Direito da Vara Distrital de Embu Guaçu/Itapecerica da Serra - SP*, suscitado, em ação de inexigibilidade de título de crédito cominada com indenização por danos morais proposta por Cleonice Alves Beraldo contra Taiamã Plaza Hotel Ltda, perante o Juízo suscitado.

A inicial da ação noticia que a autora teve seu nome incluído em cadastro de proteção ao crédito em razão da devolução de um cheque dado em pagamento de estadia no hotel requerido.

Afirma, desse modo, que, “não obstante a autora jamais ter se hospedado no referido hotel, não possui conta alguma no Banco Itaú, fato que demonstra que alguém se passando por ela, se hospedou no hotel ora processado e agindo de ma fé, usando de seu CPF emitiu um cheque forjando sua assinatura, cheque este que foi devolvido” (fl. 8) e, levado a protesto, provocou a inclusão de seu nome em cadastro de proteção ao crédito.

A ação foi proposta no d. Juízo de Direito da Vara Distrital de Embu Guaçu/Itapecerica da Serra - SP, foro do domicílio da autora, que, acolhendo exceção de incompetência relativa com base nos artigos 94 e 100, IV, a, e V, a, do CPC, determinou a remessa dos autos à comarca de Cuiabá-MT, local da ocorrência do fato e da sede da pessoa jurídica ré (nas fls. 36-37).

Redistribuídos os autos, o d. Juízo de Direito da 14ª Vara Cível de Cuiabá-MT suscitou o presente conflito de competência sob o fundamento de que, no presente caso, “a Autora é equiparada a consumidora, a teor dos arts. 17 e 29 do CDC, cuja competência para julgar a ação declaratória, por ela proposta, é o juízo de seu domicílio, em obediência à facilitação da defesa de seus direitos” (nas fls. 2-3).

A Subprocuradoria-Geral da República opina pela competência do Juízo de Direito da Vara Distrital de Embu Guaçu/ Itapeçerica da Serra - SP, foro do domicílio da autora (nas fls. 44-46).

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): Conforme relatado, tem-se conflito negativo de competência entre o d. Juízo de Direito da 14ª Vara Cível de Cuiabá-MT, suscitante, e o d. Juízo Direito da Vara Distrital de Embu Guaçu/ Itapeçerica da Serra - SP, suscitado, discutindo-se acerca da competência para processar e julgar ação de inexigibilidade de título de crédito e de indenização por danos morais.

De início, impende ressaltar que a competência para julgamento de demanda levada a juízo é fixada em razão da natureza da causa, que, a seu turno, é definida pelo pedido e pela causa de pedir deduzidos, que, na hipótese, demonstram a ocorrência de acidente de consumo, situação apta a atrair a competência do foro do domicílio da autora/consumidora.

Com efeito, a lide tem como fundamento dano moral emergente de uma relação de consumo supostamente defeituosa, da qual a autora não teria participado mas foi atingida reflexamente em virtude de alegado descumprimento pelo fornecedor do dever de cuidado. A propósito, confirmam-se os seguintes excertos da inicial:

O cheque clonado apresenta em seu bojo o CPF da requerente, contudo o *RG não exprime a mesma numeração da carteira de identidade da autora (...)*, esse motivo, por si só já seria suficiente para comprovar a clonagem. Não seria, como não é admissível imaginarmos que um hotel de tamanha reputação (...), tenha recebido um cheque, *não solicitando do emissor sequer seus documentos pessoais*. pois, se assim o fizesse, a grosseria da falsificação seria facilmente detectada no momento da emissão

(...)

Ao receber um cheque, cabe ao fornecedor da prestação de serviço, no mínimo, consulta-lo. Trata-se, aqui, de obrigação inerente ao fornecedor dessa prestação (dever de cuidado) (grifou-se, na fl. 8).

Na narrativa acima transcrita, fica evidente a existência de uma relação de consumo, estabelecida entre o fornecedor e o suposto falsário, bem como o acidente de consumo decorrente da alegada falta de segurança na prestação do serviço por parte do estabelecimento hoteleiro que, no entender da autora, em face de simples conferência de assinatura em cédula de identidade, poderia ter identificado a fraude e evitado o dano provocado a terceiro.

Outrossim, está claro o enquadramento da promovente da ação, suposta vítima da má prestação do serviço, no conceito de consumidor por equiparação, pois, conquanto não tenha mantido relação de consumo com a demandada, suportou danos que emergiram de um acidente de consumo, ocasionado em razão de atitude insegura do estabelecimento comercial.

Desse modo, destaque-se que o Código de Defesa do Consumidor previu, na Seção que trata da “Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço”, que, “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento” (CDC, art. 17).

Não é outro o entendimento de ambas as Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte. Confira-se, a título de exemplo:

Agravo regimental no recurso especial. Civil e Processo Civil. Responsabilidade civil.

1. *Utilização de cheque furtado para a compra de produtos em joalheria, ensejando a inscrição do seu titular no SPC e o protesto da cártula em tabelionato.*

2. *Enquadramento da vítima no conceito ampliado de consumidor, pois, embora não tenha mantida relação negocial com a empresa demandada, sofreu dano moral causado por defeito na prestação de serviço da empresa recorrente.*

3. Aplicação da regra do art. 17 do Código de Defesa do Consumidor.

4. Afastamento de excludente de responsabilidade civil do fornecedor pelo Tribunal de origem. Acolhimento da pretensão recursal a exigir a reavaliação do conjunto fático-probatório. Vedação da Súmula n. 7-STJ.

5. Pacificado o entendimento desta Corte Superior no sentido de que o valor da indenização por dano moral somente pode ser alterado na instância especial quando ínfimo ou exagerado, o que não ocorre no caso em tela, em que, consideradas as suas peculiaridades, foi arbitrado em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

6. *Agravo desprovido.*

(AgRg nos EDcl no REsp n. 1.192.871-RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe de 26.9.2012)

Responsabilidade civil e Direito do Consumidor. Recurso especial. Alegação de omissão do julgado. Art. 535 do CPC. Inexistência. Espetáculo circense. Morte de criança em decorrência de ataque de leões. Circo instalado em área utilizada como estacionamento de *shopping center*. Legitimidade passiva das locadoras. Desenvolvimento de atividade de entretenimento com o fim de atrair um maior número de consumidores. Responsabilidade. Defeito do serviço (vício de qualidade por insegurança). Dano moral. Valor exorbitante. Redução. Multa. Art. 538 do CPC. Afastamento.

1- O órgão julgador deve enfrentar as questões relevantes para a solução do litígio, afigurando-se dispensável o exame de todas as alegações e fundamentos expendidos pelas partes. Precedentes.

2- Está presente a legitimidade passiva das litisconsortes, pois o acórdão recorrido afirmou que o circo foi apenas mais um serviço que o condomínio do *shopping*, juntamente com as sociedades empresárias rés, integrantes de um mesmo grupo societário, colocaram à disposição daqueles que frequentam o local, com o único objetivo de angariar clientes potencialmente consumidores e elevar os lucros.

Incidência da Súmula n. 7-STJ.

3- *No caso em julgamento - trágico acidente ocorrido durante apresentação do Circo VostoK, instalado em estacionamento de shopping center, quando menor de idade foi morto após ataque por leões -, o art. 17 do Código de Defesa do Consumidor estende o conceito de consumidor àqueles que sofrem a consequência de acidente de consumo. Houve vício de qualidade na prestação do serviço, por insegurança, conforme asseverado pelo acórdão recorrido.*

4- Ademais, o Código Civil admite a responsabilidade sem culpa pelo exercício de atividade que, por sua natureza, representa risco para outrem, como exatamente no caso em apreço.

5- O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, na hipótese de se mostrar manifestamente exagerado ou irrisório, distanciando-se, assim, das finalidades da lei. O valor estabelecido para indenizar o dano moral experimentado revela-se exorbitante, e deve ser reduzido aos parâmetros adotados pelo STJ.

6- Não cabe multa nos embargos declaratórios opostos com intuito de prequestionamento. Súmula n. 98-STJ.

7- Provimento parcial do recurso especial.

(REsp n. 1.100.571-PE, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 7.4.2011, DJe de 18.8.2011)

Nesse contexto, em se tratando de relação de consumo, a competência é absoluta, razão pela qual deve ser fixada no domicílio do consumidor, no caso, no Foro Distrital de Embu Guaçu/Itapeçerica da Serra - SP.

Ante o exposto, conheço do conflito para declarar a competência do foro do domicílio do consumidor, o Juízo suscitado.

É o voto.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

Amanda Flávio de Oliveira¹

1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORDADAS NO ACÓRDÃO

Trata-se de discussão acerca de competência territorial para julgamento de ação de indenização por danos morais. A autora da ação teve seu nome inscrito em serviços de proteção ao crédito em decorrência de utilização indevida de seu CPF por falsário que, passando-se por ela, hospedou-se e efetuou pagamento em cheque em hotel, forjando sua assinatura. O cheque foi devolvido e levado a protesto, o que ensejou a negativação do nome da autora em cadastro de proteção ao crédito.

Tendo proposto a ação de indenização por danos morais em seu próprio domicílio, Embu Guaçu – Itapeçerica da Serra – SP, a autora viu os autos serem redistribuídos para Cuiabá-MT, em virtude do acolhimento, pelo juízo daquela Comarca, de exceção de incompetência relativa, com base nos artigos 94 e 100, IV, “a”, e V, “a”, do Código de Processo Civil (CPC). O juízo de Direito da 14ª Vara Cível de Cuiabá-MT, por sua vez, por considerar a autora “consumidora-equiparada”, entendeu aplicáveis os artigos 17 e 29 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), e suscitou o Conflito de Competência, cuja relatoria incumbiu ao Eminentíssimo Ministro Raul Araújo.



¹ Professora dos cursos de graduação e pós graduação em Direito Econômico da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Doutora, Mestre e Especialista em Direito Econômico pela UFMG. Assessora-chefe de gestão estratégica do Supremo Tribunal Federal.

2. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

Ao longo dos primeiros vinte e cinco anos de aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) brasileiro, nenhum outro tema se mostrou mais sensível que a identificação precisa do campo de aplicação da lei. Embora o CDC tenha sido generoso em apresentar as definições relevantes para esse fim, interpretações diversas e alguma resistência justificada por questões ideológicas (esta ainda hoje verificável) terminaram por tornar complexo aquilo que não é.

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro é uma lei eminentemente protetiva. Quanto a isso, não há o que se contestar. Logo em seu primeiro artigo, ela estabelece com clareza: “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor...”². Nem poderia fazer diferente. Se em outros ordenamentos jurídicos é cabível a discussão acerca de se tratar de um “direito ao consumo” ou de um “direito do consumidor”, a lei brasileira foi enfática no ponto e afastou qualquer interpretação que insira no cerne da preocupação a *relação jurídica* em detrimento do *sujeito de direitos*³.

À lei federal não restou alternativa diferente do que ser eminentemente protetiva do sujeito de direitos, porque assim o determinou o legislador constituinte. Relembre-se que, de forma inédita no constitucionalismo brasileiro, o direito do consumidor foi alçado à condição de direito humano fundamental (art. 5º, XXXII). Como direito fundamental, os direitos do consumidor requerem ações positivas para sua plena realização. Do mesmo modo, ao indicar a defesa do consumidor como princípio informador da atividade econômica, a Constituição não se referiu à “defesa do mercado de consumo” ou à “defesa do ato de consumo”. A opção pela tutela subjetiva foi, por fim, consagrada no texto do artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que concedeu prazo de 120 dias para a elaboração de um Código *de Defesa do Consumidor*.

Sendo deliberada e objetivamente protetiva a lei, resta ponderar se ela pode ser considerada, por isso, *paternalista*, entendido este termo como manifestação

² A ementa da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, estabelece: “Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”.

³ Na França, na Itália, em Portugal, por exemplo, a discussão acerca de se dever proteger o “o ato de consumo” ou o “consumidor” já foi ou ainda é cabível. Não é o caso do Brasil. Para saber mais sobre o ponto: BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 e também ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina, 2005.

de presença, no texto da lei, de um excesso injustificável de proteção. A resposta, a priori, deve-se encontrar na própria Constituição.

Sabe-se que a chamada “Constituição Econômica” de 1988 (ou o conjunto de normas que disciplinam a atividade econômica presentes no Texto de 1988) guarda uma ideologia jurídico-econômica mista, privilegiando a liberdade de iniciativa, mas estabelecendo mecanismos de viés social de compensação para possíveis desvirtuamentos indesejados do comportamento dos agentes econômicos, capazes de gerar a autodestruição da própria economia de mercado⁴. Entretanto, a opção constitucional clara é pelo *capitalismo de mercado*, estando a livre iniciativa apontada como fundamento da República e da Ordem Econômica (art. 1º e 170, respectivamente). O mandamento para a defesa de um dos agentes econômicos, especificamente o consumidor, nesse contexto, *integra a preocupação do constituinte em manter equilibrado o mercado, compensando desequilíbrios naturais dele e com consequências nefastas não apenas para o consumidor, mas também para o próprio desenvolvimento nacional global e que, ao final e ao cabo, atingirá, novamente, as pessoas humanas.*⁵

O “Direito do consumidor”, nesse contexto, manifesta-se, do ponto de vista macroeconômico, como uma forma de proteção regulatória, de preservação da saúde do mercado⁶. Do ponto de vista microeconômico, é sobretudo e principalmente, um direito fundamental.

Em sendo assim, e para evitar excessos que a própria lei não acoberta, faz-se necessária a compreensão adequada de dispositivos centrais da lei. Se ao sujeito de direitos se assegura direitos e proteção, a própria lei define esse sujeito, e o faz em quatro dispositivos específicos: artigos 2º e parágrafo único, 17 e 29.

Mas o código é um conjunto coerente de normas e que requerem, para sua boa aplicação, a interpretação sistemática de seus dispositivos. O artigo 4º, inciso I, da lei, a seu turno, indica a vulnerabilidade como seu princípio informador, reconhecendo a “vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.

⁴ Sobre a característica *mista* ou *plural* da Constituição Econômica de 1988, recomenda-se: SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

⁵ Diz-se assentar o fundamento dos direitos humanos na qualidade de vida (Nesse sentido, FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 26). O mesmo deve-se esperar da busca constante pelo desenvolvimento econômico e da escolha de modelo econômico feita pelo Constituinte.

⁶ Ronaldo Porto Macedo define o “direito do consumidor” como “direito à proteção regulatória”. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

Também no ponto a jurisprudência e a doutrina, ao longo dos últimos 25 anos, por vezes complicou o que não é, em si, complexo: a vulnerabilidade, que pode se manifestar de formas diversas, nada mais é que a razão de existir do estatuto protetório. E é a vulnerabilidade a grande justificativa para a proteção especial do sujeito de direito assegurada na Constituição e promovida pela lei.⁷ Sua compreensão adequada, portanto, se faz premente: a vulnerabilidade do consumidor não é mera desigualdade entre ele e a outra parte, mas é exatamente a circunstância de desigualdade presente na relação jurídica de consumo e que justifica a norma de proteção⁸.

Se, a partir disso, costuma-se dizer que o consumidor deve sempre ser considerado vulnerável na relação jurídica de consumo, o contrário também é verdade: o vulnerável em uma relação de consumo é sempre o consumidor. Tem-se, aí, o critério de justiça, a precisar hipóteses de aplicação da lei e afastar excessos⁹. Assim, os conceitos de “consumidor” e de “vulnerabilidade” se “retroalimentam” no estatuto consumerista, tornando a lei uma norma justa, protetiva, mas nada paternalista.

O Conflito de Competência que ora se analisa requer, para a delimitação precisa de suas implicações jurídicas, a plena identificação dos fatos: reconhece-se, claramente, i) a existência de uma atividade econômica desenvolvida por empresa no mercado; ii) o fato de que essa atividade constitui o *oferecimento de uma prestação de serviço no mercado de consumo*; iii) e se tem presente um sujeito vulnerável, que sofreu dano em razão exatamente da prestação desse serviço. O vínculo entre o sujeito que sofreu o dano de consumo e o prestador do serviço (o fornecedor, na definição do CDC) não foi contratual, mas a lei não exige essa circunstância. Trata-se da figura do “consumidor equiparado”, assim admitido no CDC (arts. 17 e 29).

Eis, no ponto, a importância de se conciliar os conceitos de “consumidor” e de “vulnerável” na lei e no caso concreto, para se permitir a correta aplicação da lei, sem excessos criticáveis. Reconhecida, no caso concreto, a existência de uma

⁷ Segundo Lorenzetti: “La vulnerabilidad del consumidor es la que justifica la aplicación del principio protectorio constitucional.” LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. (s.d.).

⁸ Nesse sentido, Lorenzetti afirma ser a vulnerabilidade o impacto mesmo que a circunstância de desigualdade tem sobre a relação jurídica. Op. cit., p. 36.

⁹ Antonio Herman Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Bessa realçam a importância da utilização do princípio da vulnerabilidade para a definição de quem é consumidor. Op. cit., p. 51.

relação jurídica de consumo, de um sujeito enquadrado na conceituação legal de consumidor por equiparação e de sua flagrante vulnerabilidade, o Relator, no STJ, Ministro Raul Araújo, reconheceu a aplicação do CDC como adequada e solucionou o conflito declarando competente o foro do domicílio da autora.

A adequação e a justeza da aplicação do CDC ao caso emerge, nas palavras do Ministro, da existência de uma relação de consumo supostamente defeituosa, “da qual a autora não teria participado mas foi atingida reflexamente em virtude de alegado descumprimento pelo fornecedor do dever de cuidado”.

A decisão tomada foi precisa, simples, perfeita, justa e nada parternalista.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda hoje, vinte e cinco anos após a edição do CDC, incompreensões a respeito do exato campo de aplicação da lei podem ser verificadas. Felizmente, essas incompreensões são manifestações minoritárias em um cenário de evolução crescente e feliz da história consumerista no Brasil. Cumpre, sempre que possível, revisitar os conceitos da lei, guardiões que eles são dos limites legítimos do campo de atuação da norma protetiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina, 2005.

BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência n. 128.079-MT. Relator: Min. Raul Araújo. Julgado em 12.mar.2014.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 7a ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. (s.d.).

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

5.2. Inversão do Ônus da Prova

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 422.778-SP (2007/0233500-0)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha
Relatora para o acórdão: Ministra Maria Isabel Gallotti
Embargante: Spaipa S/A Indústria Brasileira de Bebidas
Advogada: Estefania Ferreira de Souza de Viveiros e outro
Embargado: Francisco Ferraz Caldas Filho
Advogado: Paulo Rangel do Nascimento e outro(s)
Interessado: Companhia Paulista de Seguros

EMENTA

Embargos de divergência. Inversão do ônus da prova. Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078/1990, art. 6º, inc. VIII. Regra de instrução. Divergência configurada.

1. O cabimento dos embargos de divergência pressupõe a existência de divergência de entendimentos entre Turmas do STJ a respeito da mesma questão de direito federal. Tratando-se de divergência a propósito de regra de direito processual (inversão do ônus da prova) não se exige que os fatos em causa no acórdão recorrido e paradigma sejam semelhantes, mas apenas que diverjam as Turmas a propósito da interpretação do dispositivo de lei federal controvertido no recurso.

2. Hipótese em que o acórdão recorrido considera a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC regra de julgamento e o acórdão paradigma trata o mesmo dispositivo legal como regra de instrução. Divergência configurada.

3. A regra de imputação do ônus da prova estabelecida no art. 12 do CDC tem por pressuposto a identificação do responsável pelo

produto defeituoso (fabricante, produtor, construtor e importador), encargo do autor da ação, o que não se verificou no caso em exame.

4. Não podendo ser identificado o fabricante, estende-se a responsabilidade objetiva ao comerciante (CDC, art. 13). Tendo o consumidor optado por ajuizar a ação contra suposto fabricante, sem comprovar que o réu foi realmente o fabricante do produto defeituoso, ou seja, sem prova do próprionexo causal entre ação ou omissão do réu e o dano alegado, a inversão do ônus da prova a respeito da identidade do responsável pelo produto pode ocorrer com base no art. 6º, VIII, do CDC, regra de instrução, devendo a decisão judicial que a determinar ser proferida “preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade” (REsp n. 802.832, STJ 2ª Seção, DJ 21.9.2011).

5. Embargos de divergência a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Isabel Gallotti acompanhando o Sr. Ministro João Otávio de Noronha, Relator, o Sr. Ministro Raul Araújo reformulou seu voto e passou a acompanhar o Relator.

Após, votaram os Srs. Ministros Antônio Carlos Ferreira e Villas Bôas Cueva acompanhando o Relator, e os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Nancy Andrighi, que declarou-se habilitada a votar, acompanhando o Sr. Ministro Sidnei Beneti.

A Seção, por maioria, conheceu dos embargos de divergência e deu-lhes provimento, vencidos os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Luis Felipe Salomão, Paulo de Tarso Sanseverino e Nancy Andrighi, que deles não conhecia. Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Raul Araújo, Antonio Carlos Ferreira e Ricardo Villas Bôas Cueva.

Lavrará o acórdão o Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Massami Uyeda.

Brasília (DF), 29 de fevereiro de 2012 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de embargos de divergência interpostos por *SPAIPA S/A - Indústria Brasileira de Bebidas* com o propósito de que se reforme acórdão da Terceira Turma da relatoria da Ministra Nancy Andrighi assim ementado:

Recurso especial. Civil e Processual Civil. Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Causa de pedir. Cegueira causada por tampa de refrigerante quando da abertura da garrafa. Procedente. Obrigação subjetiva de indenizar. Súmula n. 7-STJ. Prova de fato negativo. Superação. Possibilidade de prova de afirmativa ou fato contrário. Inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Regra de julgamento. Doutrina e jurisprudência. Arts. 159 do CC/1916, 333, I, do CPC e 6º, VIII, do CDC.

- Se o Tribunal *a quo* entende presentes os três requisitos ensejadores da obrigação subjetiva de indenizar, quais sejam: (i) o ato ilícito, (ii) o dano experimentado pela vítima e (iii) o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta ilícita; a alegação de violação ao art. 159 do CC/1916 (atual art. 186 do CC) esbarra no óbice da Súmula n. 7 deste STJ.

- Tanto a doutrina como a jurisprudência superaram a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos, razão pela qual a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se prova é inexata, pois há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada. Desse modo, sempre que for possível provar uma afirmativa ou um fato contrário àquele deduzido pela outra parte, tem-se como superada a alegação de “prova negativa”, ou “impossível”.

- Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6º do CDC é regra de julgamento. Vencidos os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, que entenderam que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento da dilação probatória.

Recurso especial não conhecido.

A embargante sustenta a existência de dissídio entre o entendimento manifestado no aresto impugnado e aquele adotado nos seguintes julgamentos:

Segunda Turma: REsp n. 343.904-PR, Ministra Eliana Calmon, DJ de 24.2.2003; e

Quarta Turma: REsp n. 591.110-BA, Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 1º.7.2004; REsp n. 662.608-SP, DJ de 5.2.2007, e REsp n. 881.651-

BA, DJ de 21.5.2007, os dois últimos da relatoria do Ministro Hélio Quaglia Barbosa.

Os embargos foram admitidos pela decisão de fl. 999 (e-STJ).

O prazo para impugnação transcorreu *in albis* (e-STJ, fl. 1.003). Após a certificação desse fato, o embargado peticionou alegando que a intimação fora realizada, por equívoco, em nome de causídico que não patrocina seus interesses. Juntou, então, cópia de informações processuais referentes a outros processos concernentes às mesmas partes e requereu a devolução do prazo para resposta, bem como a alteração, na contracapa dos autos, do nome dos advogados, devendo nela passar a constar o nome dos subscritores da referida petição a fim de que recebam as futuras intimações (e-STJ, fls.1.005-1.010).

É o relatório.

VOTO

Ementa: Processual Civil. Embargos de divergência. Inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC). Momento processual adequado. Fase instrutória.

1. As partes não podem ser surpreendidas com a inovação de ônus que, antes de decisão judicial fundamentada, não lhes era imputado. Por isso, concluindo o Tribunal de origem, quando do julgamento da apelação, pela inversão do ônus da prova, deve determinar o retorno dos autos ao Juízo de primeiro grau a fim de que reabra a oportunidade para indicação de provas e realize a instrução do processo.

2. Embargos de divergência conhecidos e providos.

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): De plano, afasto o pleito de reabertura do prazo processual para impugnação aos embargos, uma vez que das publicações, tanto no âmbito da Corte Especial quanto no desta Segunda Seção, constou nome de advogada regularmente constituída nos autos, conforme substabelecimento juntado às fls. 854-856 (e-STJ). Observa-se que, desde o termo de recebimento e autuação dos embargos de divergência, há o registro do nome da referida causídica como representante legal do recorrido (e-STJ, fl. 875). Além disso, antes do presente pedido, não consta requerimento para que se promovessem as publicações exclusivamente em nome de determinado advogado.

Verifico, inicialmente, que dois são os temas constantes destes embargos. O primeiro trata do valor fixado a título de indenização – paradigma originário da Segunda Turma: REsp n. 343.904-PR. O segundo diz respeito à interpretação do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente, à definição do momento oportuno para a inversão do ônus da prova – paradigmas originários da Quarta Turma: REsp n. 591.110-BA, REsp n. 662.608-SP e REsp n. 881.651-BA.

Distribuído o feito à Corte Especial para apreciação da matéria relativa ao valor fixado a título de indenização (paradigma originário da Segunda Turma), a relatora, Ministra Laurita Vaz, proferiu decisão nos seguintes termos:

Não obstante, na hipótese em apreço, as divergências suscitadas implicaram a feitura de *pedidos sucessivos*, os quais demandam a inversão dessa ordem de julgamento, ou seja, em primeiro lugar, deve a Segunda Turma apreciar a controvérsia acerca da nulidade argüida porque, caso sejam acolhidos os embargos de divergência, restará prejudicado o exame do segundo pedido; e, se forem rejeitados, aí sim, deve o recurso ser encaminhado para completar o julgamento perante a Corte Especial.

Ante o exposto, *determino* seja o presente feito distribuído para um dos ilustres Ministros integrantes da Eg. Segunda Seção, a fim de que seja analisado o recurso sob a luz dos paradigmas da 4ª Turma, nos termos da fundamentação acima esposada (e-STJ, fl. 980).

Assim, a matéria a ser apreciada por esta Segunda Seção, nos presentes autos, diz respeito ao momento em que se deve promover a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC).

A irresignação merece ser acolhida.

O tema em questão foi pacificado no julgamento do REsp n. 802.832-MG, afetado pela Terceira Turma, da relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, sessão de 13.4.2011, ementado nos seguintes termos:

Recurso especial. Consumidor. Responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). Ônus da prova. Inversão *ope judicis* (art. 6º, VIII, do CDC). Momento da inversão. Preferencialmente na fase de saneamento do processo.

I. A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei (*ope legis*), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial (*ope judicis*), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC).

II. Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e. 6º, VIII, do CDC.

III. A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina.

IV. Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão *ope judicis* ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão).

V. Previsão nesse sentido do art. 262, § 1º, do Projeto de Código de Processo Civil.

VI. A inversão *ope judicis* do ônus da prova deve ocorrer preferencialmente na fase do saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas.

VII. Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turmas desta Corte.

VIII. Recurso especial desprovido.

Ante o exposto, *conheço dos embargos de divergência e dou-lhes provimento* para determinar o retorno dos autos à primeira instância a fim de que, mantida a inversão do ônus da prova pelo Tribunal *a quo*, o Juízo de primeiro grau reabra a oportunidade para indicação de provas e realize a fase de instrução do processo.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Peço vênias ao eminente relator para divergir, votando no sentido do não conhecimento dos embargos de divergência.

Relembre-se que os embargos de divergência foram interpostos contra acórdão da Terceira Turma desta Corte, relatoria da Ministra Nancy Andrigli, no julgamento do Recurso Especial n. 422.778-SP, cuja ementa foi a seguinte:

Recurso especial. Civil e Processual Civil. Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Causa de pedir. Cegueira causada por tampa de refrigerante quando da abertura da garrafa. Procedente. Obrigação subjetiva de indenizar. Súmula n. 7-STJ. Prova de fato negativo. Superação. Possibilidade de prova de afirmativa ou fato contrário. Inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Regra de julgamento. Doutrina e jurisprudência. Arts. 159 do CC/1916, 333, I, do CPC e 6º, VIII, do CDC.

- Se o Tribunal *a quo* entende presentes os três requisitos ensejadores da obrigação subjetiva de indenizar, quais sejam: (i) o ato ilícito, (ii) o dano experimentado pela vítima e (iii) o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta ilícita; a alegação de violação ao art. 159 do CC/1916 (atual art. 186 do CC) esbarra no óbice da Súmula n. 7 deste STJ.

- Tanto a doutrina como a jurisprudência superaram a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos, razão pela qual a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se prova é inexata, pois há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada. Desse modo, sempre que for possível provar uma afirmativa ou um fato contrário àquele deduzido pela outra parte, tem-se como superada a alegação de “prova negativa”, ou “impossível”.

- Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6º do CDC é regra de julgamento. Vencidos os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, que entenderam que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento da dilação probatória.

Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 422.778-SP, Rel. Ministro Castro Filho, Rel. p/ acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19.6.2007, DJ 27.8.2007, p. 220).

A alegação central da empresa embargante diz com a divergência jurisprudencial desta Corte acerca da aplicação automática da regra de inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC, seja quanto à falta de fundamentação da respectiva decisão, seja quanto ao momento processual adequado para tal.

Citou como paradigmas os acórdãos da Quarta Turma proferidos nos Recursos Especiais n. 662.608 e 881.651, relatoria do Min. Hélio Quaglia Barbosa, bem como no Recurso Especial n. 591.110, relatoria do Min. Aldir Passarinho Junior.

No seu respeitável voto, o eminente relator mencionou precedente da minha relatoria, no REsp n. 802.832-MG, em que se estabeleceu que a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, não é regra de julgamento, mas de instrução, devendo ser deliberada pelo juiz em momento intermediário do processo, permitindo a produção de provas pela parte a quem se atribuiu a carga probatória.

A ementa desse acórdão foi a seguinte:

Recurso especial. Consumidor. Responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). Ônus da prova. Inversão “ope judicis” (art. 6º, VIII, do CDC). Momento da inversão. Preferencialmente na fase de saneamento do processo.

I. A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei (“ope legis”), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial (“ope judicis”), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC).

II. Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e. 6º, VIII, do CDC.

III. A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina.

IV. Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão “ope judicis” ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão).

V. Previsão nesse sentido do art. 262, § 1º, do Projeto de Código de Processo Civil.

VI. A inversão “ope judicis” do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas.

VII. Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte.

VIII. *Recurso especial desprovido.*

Ocorre que o presente caso, porém, versa acerca de responsabilidade pelo fato do produto, prevista no art. 12 do CDC, abrangendo os danos causados aos consumidores por produtos defeituosos, tutelando-se a sua segurança física e patrimonial.

No precedente da minha relatoria, por exemplo, mencionado no voto do relator, tratava-se de caso de responsabilidade pelo vício do produto (art. 18 do CDC), protegendo-se o consumidor em relação à falta da qualidade legitimamente esperada de um produto adquirido no mercado de consumo.

A peculiaridade da responsabilidade pelo fato do produto, assim como ocorre na responsabilidade pelo fato do serviço (art. 14), é a previsão, no microsistema do CDC, de regra específica acerca da distribuição do ônus da prova da “inexistência de defeito”.

O art. 12, § 3º, estabelece textualmente o seguinte:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - sua apresentação;
- II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador *só não será responsabilizado quando provar:*

- I - que não colocou o produto no mercado;
- II - *que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;*
- III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

A previsão legal é sutil, mas de extrema importância na prática processual.

O fornecedor, no caso o fabricante, na precisa dicção legal, “só não será responsabilizado quando provar (...) que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistente.”

Ou seja, o ônus da prova da inexistência de defeito do produto ou do serviço é do fornecedor, no caso, do fabricante demandado.

A inversão do ônus da prova, nessa hipótese específica, não decorre de um ato do juiz, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, mas derivou de decisão política do próprio legislador, estatuinto a regra acima aludida.

É a distinção entre a inversão do ônus da prova “*ope legis*” (ato do legislador) e a inversão “*ope judicis*” (ato do juiz).

Em sede doutrinária, já tive oportunidade de analisar essa delicada questão processual (*Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 355-357).

Em síntese, são duas modalidades distintas de inversão do ônus da prova previstas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), podendo ela decorrer da lei (*ope legis*) ou de determinação judicial (*ope judicis*).

Na primeira hipótese, a própria lei – atenta às peculiaridades de determinada relação jurídica – excepciona a regra geral de distribuição do ônus da prova.

Isso ocorreu nas duas hipóteses previstas pelos enunciados normativos dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, do CDC, atribuindo ao fornecedor o ônus de comprovar, na responsabilidade civil por acidentes de consumo (fato do produto - art. 12 - ou fato do serviço - art. 14), a inexistência do defeito, encargo que, segundo a regra geral do art. 333, I, do CPC, seria do consumidor demandante.

Nessas duas hipóteses de acidentes de consumo, mostra-se impertinente a indagação acerca dessa questão processual de se estabelecer qual o momento adequado para a inversão do ônus da prova.

Na realidade, a inversão já foi feita pelo próprio legislador (“*ope legis*”) e, naturalmente, as partes, antes mesmo da formação da relação jurídico-processual, já devem conhecer o ônus probatório que lhe foi atribuído por lei.

A segunda hipótese prevista pelo CDC, relativa à inversão do ônus da prova “*ope judicis*”, mostra-se mais tormentosa, pois a inversão resulta da avaliação casuística do magistrado, que a poderá determinar uma vez verificados os requisitos legalmente previstos, como a “verossimilhança” e a “hipossuficiência” a que refere o enunciado normativo do art. 6º, VIII, do CDC.

Nestes casos, de que era exemplo marcante a situação retratada no REsp n. 802.832-MG, envolvendo responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC), é que surge a questão de se estabelecer qual o momento processual mais adequado para que o juiz, verificando a presença dos pressupostos legais, determine a inversão da distribuição do ônus probatório mediante decisão fundamentada.

Nesse ponto, no julgamento do REsp n. 802.832-MG, nesta Segunda Seção, consoante a ementa acima transcrita, já manifestei minha concordância com a posição do eminente relator no sentido de que a inversão *ope judicis* do ônus da prova deve ocorrer preferencialmente no despacho saneador mediante decisão fundamentada de molde a assegurar plenamente o contraditório e a ampla defesa.

O presente caso, porém, é um típico acidente de consumo em que o consumidor demandante, ao abrir uma garrafa de refrigerante, teve a infelicidade de a tampa ser arremessada em direção ao seu rosto pela pressão interna da garrafa, causando graves lesões em seu olho direito.

Esse fato amolda-se perfeitamente à regra do art. 12 do CDC, que contempla da responsabilidade pelo fato do produto.

Consequentemente, a regra de inversão do ônus da prova da inexistência de defeito do produto é a do art. 12, § 3º, inciso II, do CDC, e não a do art. 6º, VIII, do CDC, atribuído pelo próprio legislador ao fabricante, não havendo necessidade de qualquer ato decisório prévio do juiz.

Normalmente, a prova do defeito, como fato constitutivo do direito do demandante, deveria ser produzida pelo consumidor lesado, como autor da ação indenizatória.

Essa modificação na distribuição dos encargos probatórios pela própria lei, denominada de inversão *ope legis* do ônus da prova, tem um motivo claro.

Historicamente, a proteção efetiva ao consumidor sempre foi dificultada pela necessidade de ele comprovar os fatos constitutivos de seu direito. A vulnerabilidade do consumidor, no mercado massificado das relações de consumo em geral, constitui um enorme obstáculo a que ele obtenha os elementos de prova necessários à demonstração de seu direito. Isso é particularmente mais grave quando se sabe que essa prova é, via de regra, eminentemente técnica, sendo o fornecedor um especialista na sua área de atuação. Por isso, tendo o fabricante as melhores condições técnicas de demonstrar a inexistência de defeito no produto colocado no mercado, foi procedida a essa inversão pelo próprio legislador, sendo-lhe atribuído esse encargo.

Portanto, tratando-se de caso de inversão do ônus probatório por força de lei (*ope legis*), não há necessidade de o juiz reabrir a instrução, podendo a regra ser aplicada diretamente pelo juiz ou pelo próprio tribunal, como ocorreu no caso em julgamento.

Enfim, essa distinção é relevante, pois está-se a tratar, no presente caso, de uma situação de inversão do ônus da prova “*ope legis*”, como se fosse “*ope iudicis*”.

Anote-se que o eminente Min. Menezes Direito, em seu judicioso voto proferido por ocasião do julgamento do recurso especial, após consignar sua concordância com a posição doutrinária de Carlos Roberto Barbosa Moreira de que o juiz, ao perceber a necessidade de inversão do ônus da prova, deve reabrir a instrução processual para que o fornecedor possa produzir a prova adequada, observou o seguinte aspecto na presente demanda, *verbis*:

No caso, vale relevar, trata-se de responsabilidade pelo fato do produto que não ofereceu a segurança que dele legitimamente se esperava, com o que a

empresa ré deveria comprovar que não colocou o produto no mercado, ou que embora o tenha colocado, o defeito inexistia ou que a culpa foi exclusiva da vítima, como está expressamente indicado no artigo 12, § 1º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor. Se não se desincumbiu dessa prova, a responsabilidade estaria configurada. Essa obrigatoriedade da prova de uma das excludentes do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor decorre diretamente da lei. É que aqui a própria regra já impõe a inversão, isto é, já determina que se presume o defeito constatado o dano, passando ao fornecedor dos bens o dever de fazer a prova (cfr. Cláudia Lima Marques, cit., p. 261).

E finaliza o seu voto eminente Min. Menezes Direito:

Com isso, embora em desacordo com a fundamentação do acórdão no que se refere ao art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor naqueles pontos antes indicados, entendo que, no caso, com as razões antes deduzidas, não há como dar guarida ao especial para afastar a responsabilidade da empresa recorrente. Não conheço do especial.

Finalmente, a questão relativa à correta identificação do fabricante, ressaltada pela empresa recorrente nas suas razões, é irrelevante para o julgamento deste recurso, que busca superar uma divergência entre as turmas desta Corte e uniformizar a sua jurisprudência.

Trata-se, na realidade, de matéria de fato, cujo reexame refoge da competência desta Corte, especialmente em sede de embargos de divergência.

Por isso, com a mais respeitosa vênia ao eminente relator, voto pelo não conhecimento dos embargos de divergência.

É o voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: Sr. Presidente, também tenho como irrespondíveis os argumentos trazidos pelo eminente Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a quem acompanho, com a vênia do ilustre Ministro Relator.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se de embargos de divergência opostos por Spaipa S/A Indústria Brasileira de Bebidas contra acórdão da 3ª

Turma deste Tribunal (fls. 860-905), que considerou a inversão do ônus da prova de que trata o art. 6º, inc. VIII, da Lei n. 8.078/1990 (CDC) como regra de julgamento, que, portanto, pode ser estabelecida no momento em que o juiz proferir a sentença ou até mesmo pelo Tribunal ao apreciar a apelação, como ocorreu no caso em exame.

Afirma a embargante que o acórdão embargado encontra-se em divergência com o entendimento da 4ª Turma, que, nos julgamentos dos REsp's n. 591.110-BA, 662.608-SP e 881.651-BA, concluiu que a referida norma legal inseriu regra de procedimento, que, como tal, deve ser determinada pelo juiz durante a instrução do feito e mediante decisão que examine fundamentadamente os requisitos exigidos em lei, de forma a propiciar a produção da prova à parte a quem dirigida a ordem judicial e que irá suportar as consequências processuais de sua eventual não produção.

O relator, Ministro João Otávio de Noronha, conheceu e deu provimento aos embargos, “a fim de que, mantida a inversão do ônus da prova pelo Tribunal *a quo*, o Juízo de primeiro grau reabra a oportunidade para indicação de provas e realize a fase de instrução do processo”, com base no recente julgamento pela 2ª Seção do REsp n. 802.832-MG.

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em voto-vista, considerou não configurada a divergência entre os acórdãos embargado e paradigma, ao entendimento de que a discussão dos autos se refere à responsabilidade pelo fato do produto prevista no art. 12 do CDC, dispositivo que indica por quem e de que forma os fatos devem ser comprovados, motivo pelo qual não tem pertinência a discussão sobre o momento adequado para se estabelecer a inversão do ônus da prova, debate que tem cabimento somente nas hipóteses em que a inversão decorre de determinação judicial, na forma do art. 6º, VIII, do referido código.

Observou, ainda, ser irrelevante a identificação do fabricante do produto defeituoso para o julgamento do presente recurso, primeiro, em razão da finalidade dos embargos de divergência de uniformizar a jurisprudência no âmbito do Tribunal e, depois, porque a providência demandaria reexame do conjunto fático-probatório dos autos, provimento vedado pela Súmula n. 7-STJ. Diante disso, não conheceu dos embargos de divergência, no que foi acompanhado pelos Ministros Sidnei Beneti e Nancy Andrichi.

Pedi vista para melhor examinar a questão, trazendo agora o meu voto, a fim de prosseguir o julgamento.

Adiro integralmente aos fundamentos do voto do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em relação à precisa distinção das espécies de inversão do ônus da prova contidas no CDC, quando decorrente da lei (“*ope legis*”) ou por determinação judicial (“*ope judicis*”), conforme exposto de maneira brilhante no voto condutor do acórdão proferido no REsp n. 802.832-MG, cujo julgamento foi afetado à 2ª Seção e do qual extraio as seguintes passagens:

Inicialmente, deve-se estabelecer uma diferenciação entre duas modalidades de inversão do ônus da prova previstas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), podendo ela decorrer da lei (*ope legis*) ou de determinação judicial (*ope judicis*).

Na primeira hipótese, a própria lei – atenta às peculiaridades de determinada relação jurídica – excepciona previamente a regra geral de distribuição do ônus da prova. Constituem exemplos dessa situação as hipóteses previstas pelos enunciados normativos dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, do CDC, atribuindo ao fornecedor o ônus de comprovar, na responsabilidade civil por acidentes de consumo - fato do produto (art. 12) ou fato do serviço (art. 14), a inexistência do defeito, encargo que, segundo a regra geral do art. 333, I, do CPC, seria do consumidor demandante.

Nessas duas hipóteses, não se coloca a questão de estabelecer qual o momento adequado para a inversão do ônus da prova, pois a inversão foi feita pelo próprio legislador (“*ope legis*”) e, naturalmente, as partes, antes mesmo da formação da relação jurídico-processual, já devem conhecer o ônus probatório que lhes foi atribuído por lei.

A segunda hipótese prevista pelo CDC, que é a discutida no presente processo, mostra-se mais tormentosa, pois a inversão resulta da avaliação casuística do magistrado, que a poderá determinar uma vez verificados os requisitos legalmente previstos, como a “verossimilhança” e a “hipossuficiência” a que refere o enunciado normativo do art. 6º, VIII, do CDC.

Nestes casos, de que é exemplo marcante a situação retratada nos autos, relativo à responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC), surge a questão de se estabelecer qual o momento processual mais adequado para que o juiz, verificando a presença dos pressupostos legais, determine a inversão da distribuição do ônus probatório.

A este respeito, embora diante da responsabilidade pelo fato do produto – em que a inversão do ônus da prova, ao meu sentir, advém automaticamente da própria lei (*ope legis*) –, esta Terceira Turma, no REsp n. 422.778-SP, *leading case* do atual entendimento, entendeu possível a utilização, no momento do julgamento, do art. 6º, VIII, do CDC (*ope judicis*):

Recurso especial. Civil e Processual Civil. Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Causa de pedir. Cegueira

causada por tampa de refrigerante quando da abertura da garrafa. Procedente. Obrigação subjetiva de indenizar. Súmula n. 7-STJ. Prova de fato negativo. Superação. Possibilidade de prova de afirmativa ou fato contrário. Inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Regra de julgamento. Doutrina e jurisprudência. Arts. 159 do CC/1916, 333, I, do CPC e 6º, VIII, do CDC.

(...)

- Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6º do CDC é regra de julgamento. Vencidos os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, que entenderam que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento da dilação probatória. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 422.778-SP, Rel. Ministro Castro Filho, Rel. p/ acórdão Ministra Nancy Andri ghi, Terceira Turma, julgado em 19.6.2007, DJ 27.8.2007 p. 220)

Considerou-se que o ônus da prova, por ser regra de julgamento, poderia – e deveria – ter a sua inversão determinada na sentença, único momento processual em que a distribuição do encargo probatório possuiria sentido e relevância.

Não se desconhece que as normas relativas ao ônus da prova constituem, também, regra de julgamento para se evitar o *non liquet* do Direito Romano, pois as consequências da não-comprovação de fato ou circunstância relevante para o julgamento da causa devem, quando da decisão, ser atribuídas à parte a quem incumbia o ônus da sua prova.

Nada obstante, entendo ser este somente um dos aspectos relevantes da distribuição do ônus da prova. Trata-se do aspecto objetivo, dirigido ao juiz.

Não se pode olvidar, porém, que o aspecto subjetivo da distribuição do ônus da prova mostra-se igualmente relevante.

Pelo aspecto subjetivo ou – na doutrina de Barbosa Moreira (*Temas de direito processual civil: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 74) – formal do ônus da prova, ele se apresenta, conforme destacado por Fredier Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (*Curso de direito processual civil*, vol. 2, 4ª Edição. Editora Juspodivm. Salvador: 2009, p. 74), como uma “regra de conduta para as partes” ou ainda, nos dizeres de Daniel Mitidiero (*Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: 2009, p. 125), como uma “norma de instrução”.

A distribuição do ônus da prova apresenta extrema relevância de ordem prática, norteando, como uma verdadeira bússola, o comportamento processual das partes. Naturalmente, participará da instrução probatória com maior vigor, intensidade e interesse a parte sobre a qual recai o encargo probatório de determinado fato controvertido no processo.

Exatamente isso pode ser verificado no caso dos autos, pois o fornecedor do produto considerado viciado pelo recorrente desistiu da produção das provas

testemunhal e pericial que havia requerido, comportamento que certamente não adotaria se soubesse – antes da sentença – que sobre si recairia o ônus probatório.

Influindo a distribuição do encargo probatório decisivamente na conduta processual das partes, devem elas possuir a exata ciência do ônus atribuído a cada uma delas para que possam, com vigor e intensidade, produzir oportunamente as provas que entenderem necessárias.

Do contrário, permitida a distribuição, ou a inversão, do ônus probatório na sentença e inexistindo, com isto, a necessária certeza processual, haverá o risco do julgamento ser proferido sob uma deficiente e desinteressada instrução probatória, na qual ambas as partes tenham atuado com base na confiança de que sobre elas não recairá o encargo da prova de determinado fato.

De outro lado, o argumento de que a simples previsão legal da inversão *ope judicis* já seria suficiente para alertar as partes acerca da possibilidade da sua utilização pelo juiz quando da prolação da sentença desconsidera a distinção inicialmente referida, entre inversão *ope judicis* e *ope legis*.

Expressão dessa tendência de se conferir cada vez mais relevo ao aspecto subjetivo do ônus da prova é o Projeto de Código de Processo Civil, elaborado pela Comissão presidida pelo eminente Min. Luiz Fux (Projeto n. 166, de 2010, em tramitação no Senado Federal), cujo enunciado normativo do art. 262, § 1º, dispõe que “a dinamização do ônus da prova será sempre seguida de oportunidade para que a parte onerada possa desempenhar adequadamente seu encargo”.

Assim, a inversão *ope judicis* do ônus da prova deve ocorrer preferencialmente no despacho saneador, ocasião em que o juiz “decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento” (art. 331, §§ 2º e 3º, do CPC).

Desse modo, confere-se maior certeza às partes acerca dos seus encargos processuais, evitando-se a insegurança.

Considero irretocáveis esses ensinamentos, motivo pelo qual acompanhei o referido voto no julgamento concluído em 13.4.2011. Divirjo, todavia, quanto à solução dada ao caso presente, porque, aqui, não foi comprovado que a ré fabricou (forneceu) o produto defeituoso, de modo a ensejar a incidência das regras de ônus probatório estabelecidas no art. 12 do CDC. Estas têm por pressuposto lógico a identificação do responsável pelo produto defeituoso, encargo do autor da ação, o que não ocorreu no processo em exame. A sentença julgou improcedente o pedido exatamente porque não comprovado o nexo causal, vale dizer, o autor não comprovou que a fabricante do produto causador do dano foi a antecessora da ré. Não se cogitou de inversão do ônus da prova quanto à identidade do fornecedor na fase de instrução, providência decidida apenas durante o julgamento da apelação. O autor não comprovou que a ré

fabricou o produto (nexo causal). A ré teve contra si invertido o ônus de provar que não fabricou o produto na fase de julgamento de apelação, tendo suprimida a chance de fazer a prova negativa que lhe foi atribuída em segundo grau.

Com efeito, as hipóteses descritas nos incisos, I, II e III, do § 3º, do referido dispositivo legal, tratam de excludentes de responsabilização, sendo certo que somente é possível atribuir-se a incumbência de comprovar a não colocação de produto do mercado, que ele não apresenta defeitos ou mesmo a culpa exclusiva do consumidor, a quem detém a condição de fabricante, produtor, construtor ou importador do bem ou serviço, cujo alegado defeito provocou danos ao seu adquirente. A comprovação de quem é o fabricante do produto defeituoso compete ao consumidor. Este fica dispensado de comprovar apenas a culpa do fabricante pelo defeito que causou o evento danoso, mas não que o produto foi fabricado pelo fornecedor que indica na inicial.

Nesse sentido, posiciona-se Rizzatto Nunes ao comentar o art. 12 do CDC:

A primeira observação diz respeito aos sujeitos da oração. A norma diz “o fabricante, o produtor, construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador” abrindo mão de utilizar o termo geral: “fornecedor”.

Explica-se. Fornecedor é o gênero daqueles que desenvolvem atividades no mercado de consumo, conforme definido no art. 3º. Assim, toda vez que o CDC se refere a “fornecedor” está envolvendo todos os participantes que desenvolvem atividades, sem qualquer distinção. É o que ocorre, por exemplo, na responsabilidade pelo vício (que examinaremos na próxima seção). No art. 18 o CDC põe com sujeito “os fornecedores”, sem distinção. Como se verá, quando isso ocorre, cabe ao consumidor a escolha daquele que deverá resolver seu produto (v.g. o consumidor vai ao comerciante-lojista pedir a troca do produto).

Já na responsabilidade por defeito, a regra é a especificação do agente. Com isso, a sujeição passiva se altera, limitando a escolha do consumidor. Na hipótese de acidente de consumo com produto, a ação do consumidor tem de se dirigir ao responsável pelo defeito: fabricante, produtor ou construtor e, em caso de produto importado, o importador.

(Comentário do Código de Defesa do Consumidor, p. 251, 6ª ed., 2011, Saraiva).

Especificamente em relação às excludentes de responsabilização (CDC, art. 12, § 3º), acrescenta o citado autor:

Como a sistemática adotada é a da responsabilidade objetiva, demonstrado pelo consumidor o dano, o nexo de causalidade entre o dano e o produto com

a indicação do responsável, pode este, caso queira - e possa -, desconstituir sua obrigação de indenizar nas hipóteses previstas no § 3º do art. 12.

Contudo, antes de ingressarmos nessa avaliação, necessário se faz que comentemos um aspecto relevante da prova do nexo de causalidade. A pergunta que se faz é: o consumidor tem a obrigação de provar o dano, o nexo de causalidade existente entre o dano e o produto, e apontar o responsável pela elaboração deste?

Já tivemos oportunidade de comentar a norma que permite a inversão do ônus da prova em favor do consumidor (inciso VIII do art. 6º). Trata-se de norma processual que se espalha por todas as situações em que, eventualmente, o consumidor tenha de produzir alguma prova. Assim aqui também, na prova do dano e do nexo de causalidade.

Voltando à questão: é ao consumidor, naturalmente, a quem incumbe a prova do dano, do nexo de causalidade entre o dano e o produto, com indicação do responsável pela fabricação do produto. Todavia, o ônus de produzir essa prova pode ser invertido nas hipóteses do inciso VIII do art. 6º.

(...)

Concluída essa fase pelo consumidor, da prova do dano, do nexo de causalidade entre o dano sofrido e o produto, com a indicação do responsável pelo produto, deve este último pura e simplesmente pagar o valor da indenização que for apurada, sem praticamente possibilidade de defesa. Suas únicas alternativas de contestação são as previstas no § 3º do art. 12.

(Obra citada, p. 259-260).

Ora, se o consumidor não demonstrou que o réu da ação fabricou o produto defeituoso e, portanto, é o responsável pelo dano que alegou ter suportado, não têm aplicação as regras de apresentação de provas previstas no art. 12, § 3º, do CDC (inversão do ônus da prova “*ope legis*”). Caberia a inversão do ônus de comprovar a identidade do fabricante do produto defeituoso (nexo causal entre o dano e a ação do réu de fabricar o produto), mas esta inversão tem por fundamento o art. 6º, inciso VIII, do CDC (fundamento adotado pelo acórdão da apelação e pelo acórdão embargado), e deveria ter sido determinada pelo juiz, na fase de instrução, ou ao menos seguir-se da reabertura da instrução, a fim de dar oportunidade ao réu de demonstrar que não produziu, fabricou, construiu ou importou a mercadoria reputada defeituosa.

Ressalto que o Min. Paulo de Tarso Sanseverino, no âmbito doutrinário, ratifica esse posicionamento ao discorrer sobre a imputação de responsabilidade no CDC:

“O ordenamento jurídico atribui a determinadas pessoas o dever de reparar os danos causados a outras por certos fatos que a elas se vinculam. A imputabilidade consiste no nexo de atribuição (ou de imputação) que se deve estabelecer entre certo fato e determinado agente, para que ele possa ser considerado responsável, constituindo, assim, um pressuposto de extrema relevância na responsabilidade civil subjetiva ou objetiva.

Na responsabilidade civil subjetiva, a imputação guarda sempre referência a um determinado delito, atribuindo-se a obrigação de indenizar uma pessoa por ter, sob um ângulo objetivo, violado determinados deveres de cuidado fixados pela ordem jurídica (ilicitude) e por ter, sob um ângulo subjetivo, agido voluntariamente ou de forma diversa da que era devida nas circunstâncias (culpa *lato sensu*). Na responsabilidade civil objetiva, o elemento culpa é dispensado do suporte fático, derivando a formulação do nexo de imputação de critérios puramente objetivos.

Na responsabilidade civil por acidentes de consumo, como modalidade de responsabilidade objetiva, o suporte fático do fato do consumo, em si, é composto apenas pelos danos causados por um produto ou serviço defeituoso. A rigor, a atribuição do dever de indenizar esses danos deveria recair sobre as pessoas físicas ou jurídicas que mantivessem vinculação direta com a defeituosidade desse produto ou serviço causador do dano. A imputação deveria ficar restrita aos responsáveis pela criação desses produtos ou serviços e por sua colaboração no mercado de consumo, atingindo, assim, somente o fabricante, o construtor, o produtor ou o prestador de serviços.

Frequentemente, porém, para viabilizar uma proteção mais efetiva à vítima de acidentes de consumo, amplia-se o nexo de imputação para abranger outras pessoas, que, embora não tendo relação direta com o produto ou o serviço no momento da sua criação, instante provável do surgimento do defeito, participam ativamente da sua circulação no mercado de consumo até chegar às mãos do consumidor ou usuário, como ocorre com o importador, o distribuidor, o comerciante. Estabelece-se, assim, na responsabilidade por acidentes de consumo, uma ampliação do nexo de imputação para abranger pessoas que, no sistema tradicional, não seriam atingidas.

(...)

O comerciante atacadista ou varejista aparece como responsável aparente quando vender produtos anônimos ou produtos perecíveis em mau estado de conservação. Figura como responsável aparente, sendo somente responsabilizado subsidiariamente, quando não identificar o fabricante ou o importador do produto vendido.

(...)

Nas duas primeiras hipóteses (art. 13, incisos I e II), a responsabilização do comerciante justifica-se em face da dificuldade ou, até mesmo, da impossibilidade

de identificação dos nomes dos responsáveis reais (fabricante, produtor ou consumidor) ou do importador. As normas constantes do incisos I e II do art. 13 do CDC têm suscitado interpretações conflitantes. De um lado, interpreta-se restritamente o benefício concedido ao comerciante, permitindo que seja acionado pelo consumidor quando houver simples ausência de identificação. De outro lado, procede-se a uma exegese mais ampla, admitindo-se apenas a ação direta contra o comerciante quando houver impossibilidade de identificação.

Esta segunda linha de interpretação é a mais correta, pois, havendo possibilidade de identificação do responsável real, não é razoável afastar, desde logo, a eximente concedida pelo legislador e admitir a ação direta contra o comerciante. Imagine-se um consumidor que se intoxicou por uma fruta ou verdura adquirida em um grande supermercado, onde, normalmente, não existe a identificação do produtor. Por evidente, antes de ingressar com o processo, deve-se conceder ao comerciante a oportunidade de indicar o responsável real. Na prática, a melhor solução é a notificação prévia, por escrito particular, do comerciante para que indique o responsável real em prazo determinado, sob pena de ajuizamento de demanda indenizatória (Responsabilidade Civil no Código de Consumidor e a Defesa do Consumidor, p. 170-171 e 181-182, 3ª ed., 2010, Saraiva)

A responsabilidade do fornecedor pressupõe, pois, que o consumidor indique com precisão o fabricante, produtor, construtor ou importador do produto defeituoso que ensejou os danos para os quais busca reparação, admitindo-se, todavia, a inversão do ônus da prova, mediante decisão fundamentada do juiz, nos termos do art. 6º VIII do CDC, a fim de incumbir ao apontado como fornecedor (o réu) comprovar que não fabricou o produto defeituoso, conforme observa o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, na obra mencionada:

“No Brasil, o ônus probatório do consumidor não é tão extenso, inclusive com possibilidade de inversão do ônus da prova em seu favor, conforme será analisado em seguida, Deve ficar claro, porém, que o ônus de comprovar a ocorrência dos danos e da sua relação de causalidade com determinado produto ou serviço é do consumidor. Em relação a esses dois pressupostos da responsabilidade civil do fornecedor (dano e nexa causal), não houve alteração da norma de distribuição do encargo probatório do art. 333 do CPC.

Por outro lado, compete ao fornecedor a comprovação dos fatos impeditivos do direito do direito do demandante (a culpa exclusiva do consumidor, o fato exclusivo de terceiro, a força maior, o caso fortuito); dos fatos modificativos (v.g. a culpa concorrente); ou dos fatos extintivos (v.g. a prescrição). Além disso, deve também demonstrar o fornecedor os fatos cujo encargo probatório lhe atribuído pela lei ou pelo juiz. A inversão do ônus da prova pode decorrer diretamente

da própria lei (*ope legis*) ou de determinação (*ope judicis*), estando a primeira hipótese prevista no art. 12, § 3º, e 14, § 3º, enquanto a regra do art. 6º, inciso VIII, do CDC contempla a segunda situação (p. 354-355, grifei).

Ocorre, porém, que, no caso em exame, o autor da ação limitou-se a afirmar que adquiriu uma garrafa de coca-cola litro “no Posto de Gasolina situado na Rodovia Com. João Ribeiro de Barros, município de Iacri-SP, já que empreendia viagem a esta cidade de Tupi Paulista” e que a empresa Refrigerantes Marília Ltda, sucedida pela Spaipa S/A Indústria Brasileira de Bebidas, ora embargante, “é fabricante e comercializa COCA-COLA, nesta região do Estado de São Paulo” (fl. 7). A ré contestou, afirmando que “várias são as empresas que fabricam o produto, com fábricas sediadas em toda a região onde ocorrido o evento. O estabelecimento vendedor poderia ter adquirido o produto, pois, de qualquer um dos fabricantes.” (fl. 106). Não indicou o autor, sequer, o nome do estabelecimento no qual adquiriu o refrigerante, circunstância que impediu a empresa de até mesmo de verificar se mantém ou manteve, na época dos fatos, negócios com o ponto de venda no qual teria sido adquirido o produto.

Observo que a sentença não analisou a inversão do ônus da prova e, a despeito de reconhecer o dano provocado pelo estouro de garrafa de refrigerante, julgou improcedente o pedido porque entendeu não comprovada a fabricação do produto defeituoso pela ora embargante, confira-se (fls. 649-651):

“Enfim, foi comprovado que o autor sofreu um dano gerado pela expulsão involuntária da tampa de garrafa de coca-cola.

Todavia, *data venia*, não há prova de que a empresa incorporada, Refrigerantes Marília Ltda, tenha sido a fabricante do produto, de forma a gerar a obrigação de indenizar.

Embora a aludida empresa tenha fabricado e comercializado a coca-cola nesta região do Estado, fato esse que é incontroverso, nem por isso significa que aquele refrigerante tenha sido produzido por ela.

O próprio autor admitiu na petição inicial que aquela empresa era apenas uma, “como tantas outras fábricas existentes em todo o Brasil do refrigerante coca-cola.

Em outras palavras, é sabido que o autor adquiriu um refrigerante coca-cola no restaurante de um posto de abastecimento, mas não é sabido se tal estabelecimento comercial havia adquirido o produto de fabricação da empresa incorporada Refrigerantes Marília Ltda.

O aludido restaurante poderia muito bem ter adquirido o refrigerante produzido por qualquer outra fábrica da coca-cola.

E nem se diga que o autor da ação estaria impossibilitado de realizar tal prova.

Poderia ter apresentado a tampinha que lhe causou o ferimento e, dessa forma, noticiar a empresa produtora do refrigerante. É do conhecimento geral que as tampinhas dos refrigerantes trazem o nome do fabricante do produto.

Poderia também trazer depoimentos dos proprietários do restaurante para que eles esclarecessem de qual fábrica da coca-cola haviam adquirido o produto.

Enfim, não havendo nenhum adminículo de prova de que a empresa incorporada Refrigerantes Marília Ltda produziu o refrigerante que causou o acidente, impõe-se a improcedência da demanda.

Discute-se, pois, na presente ação, não o defeito da garrafa de coca-cola cuja explosão provocou seríssimos danos na visão do consumidor, fato esse incontroverso, mas se o produto defeituoso foi fornecido ao ponto de venda em que adquirido pela empresa incorporada pela ora embargante, prova que, mesmo nas relações de consumo, caberia ao autor da ação, admitindo-se a inversão do ônus da prova, com base no art. 6º, VIII, do CDC, mediante decisão fundamentada em que sejam examinados os requisitos descritos nele descritos (verossimilhança ou hipossuficiência).

No julgamento da apelação, todavia, o Tribunal de Justiça, ao interpretar o referido dispositivo legal, considerou que a inversão do ônus da prova em favor do consumidor deve ser automática, exigindo-se manifestação judicial fundamentada apenas quando o magistrado entender não aplicável a inversão, conforme se extrai das seguintes passagens do voto condutor (fl. 715):

“Não se pode deixar de lembrar, como bem ressaltado pelo autor nas razões de apelação, que estamos diante de uma relação de consumo, regida pelo Código de Defesa do Consumidor, que, pelo seu artigo 6º, inciso VIII, impõe ao juiz a inversão do ônus da prova em favor do hipossuficiente. A bem interpretar tal dispositivo, há de se compreender, porque presunção *juris tantum*, a hipossuficiência (deixando-se a verossimilhança da alegação quando se tratar de pessoas jurídicas, ou mesmo pessoas físicas, mas sempre em igualdade de condições com o fornecedor), invertendo-se, sempre, o ônus da prova, independentemente de expressa manifestação do juiz nesse sentido. Ou seja, apenas quando o juiz, nos casos de hipossuficiência, entender que não se inverter o ônus da prova, é que expressará o seu critério. Caso contrário, o alcance do artigo deixa de cumprir suas finalidades, considerando aqui tratar-se o Código de Defesa do Consumidor de norma de proteção ao consumidor hipossuficiente contra o fornecedor. E o critério para não se inverter o ônus da prova, há de ser fundamentado pelo juiz, levando-se em conta entre os seus direitos básicos a facilitação da defesa de seus direitos.

O Tribunal de origem, portanto, em manifestação dissonante da orientação deste Tribunal, considerou a inversão do ônus da prova de que trata o art. 6º VIII do CDC como regra de julgamento, atribuindo à ora recorrente o dever de demonstrar, independentemente de inversão judicial, que “não é a fabricante do refrigerante Coca-Cola distribuído naquela região, ou mesmo demonstrar que efetuou vendas ao estabelecimento apontado pelo autor como aquele em que adquiriu o refrigerante” (fls. 715-716). Não produzida a prova, sem considerar sequer que não fora declinado na inicial nem o nome (ou endereço completo) do estabelecimento comercial onde adquirido o produto, presumiu que a empresa incorporada pela ora embargante fabricou o produto defeituoso, condenando-a ao pagamento da indenização pleiteada na inicial.

Ao apreciar o recurso especial, o acórdão embargado adotou o entendimento de que “a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do CDC, é regra de julgamento” (fl. 904). A 4ª Turma, em direção diametralmente oposta, entende que o referido dispositivo legal regula regra de instrução, conforme demonstram os acórdãos paradigmas: REsp n. 881.651-BA, REsp n. 662.608-SP e REsp n. 591.110-BA (fls. 936, 946 e 955). Manifesta, portanto, data maxima vênia, a divergência a justificar o conhecimento dos presentes embargos de divergência.

O presente recurso não tem, pois, por objeto verificar a existência do defeito no produto, o que demandaria reexame do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento vedado pela Súmula n. 7-STJ. Cuida-se de decidir se é possível inverter, no julgamento da apelação (como regra de julgamento, portanto, e não de instrução), o ônus da prova acerca do próprio nexa causal, no caso, a correta identificação do fabricante do produto defeituoso, sendo manifesta, pois, no ponto, a divergência de entendimento entre as turmas que integram esta 2ª Seção. Não tem relevância a circunstância de os acórdãos paradigmas terem examinado, respectivamente, indenização por dano moral decorrente de agressão por segurança de estabelecimento comercial e revisão de cláusulas de contrato bancário, dado que em todos os casos a conclusão decorreu da interpretação do art. 6º, VIII, do CDC.

A propósito, apenas a título de exemplo, cito o seguinte acórdão da 2ª Seção:

Embargos de divergência em recurso especial. Processual Civil. Desnecessidade de acórdãos absolutamente idênticos, bastando a similitude entre os julgados para a configuração da divergência. Litisconsórcio. Inexistência de sucumbência de dois dos três litisconsortes. Ausência de interesse para recorrer, no que lhes toca. Inaplicabilidade do art. 191 do CPC. Precedente. Apelação da embargante

que se diz manter o litisconsórcio entre embargada e hospital. Inaplicabilidade. Embargos acolhidos, negando-se provimento ao recurso especial.

1. A existência de diferenças pontuais entre os acórdãos não impede a admissibilidade dos embargos de divergência, se a questão nuclear foi abordada pelos julgados confrontados, exibindo clara a divergência no tocante à aplicação ou não do disposto no art. 191 do CPC, em situações parelhas, como indicadas.

2. Inexistindo sucumbência e interesse de recorrer, porém, por parte dos litisconsortes, que restaram vitoriosos em primeira instância, não se aplica a dobra do prazo. Precedente: EREsp n. 222.405-SP, Corte Especial.

3. A apelação da embargante manteve o litisconsórcio tão-somente no que toca àquele recurso, mas não em relação ao apelo da embargada, onde a participação do litisconsorte seria inócua.

4. Embargos de divergência acolhidos, negando-se provimento ao recurso especial.

(EREsp n. 525.796-RS, 2ª Seção, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 19.3.2007)

Diante disso, como bem delineado pelo Relator, Min. João Otávio de Noronha, “a matéria a ser apreciada por esta Segunda Seção, nos presentes autos, diz respeito ao momento em que se deve promover a inversão do ônus da prova”.

Esse tema, todavia, já está pacificado no âmbito desta 2ª Seção que, no recente julgamento do REsp n. 802.832-MG, consolidou a orientação de que a inversão do ônus da prova de que trata o art. 6º, inc. VIII do CDC é regra de instrução, devendo a decisão judicial que a determinar ser proferida “preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade”.

Em face do exposto, conheço e dou provimento aos embargos de divergência para anular o processo desde a sentença e determinar ao juiz de primeiro grau que, caso considere presentes os requisitos da inversão do ônus da prova estabelecidos no art. 6º, inc. VIII, do CDC, reabra a instrução do processo, a fim de propiciar à embargante a oportunidade de comprovar não ser a fabricante da garrafa de coca-cola adquirida pelo autor da ação.

É como voto.



RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Sr. Presidente, gostaria de reformular meu voto, em face das judiciosas razões trazidas pela eminente Ministra Isabel Gallotti, para conhecer dos embargos de divergência e dar-lhes provimento.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Sr. Presidente, o assunto é bastante controvertido exatamente pelas sutilezas que contém. Lembrando aqui, no caso concreto, que a sentença deste processo é de 1998, e o acórdão é de 2001. Ocorre que, no caso concreto, o Tribunal de origem e esta Corte discutiram o caso à luz da interpretação do art. 6º, inciso VIII, do Código do Consumidor, e os acórdãos paradigmas também estão fundamentados no mesmo art. 6º.

Portanto, reconheço a divergência em relação à interpretação do art. 6º do Código do Consumidor à luz das decisões proferidas no acórdão embargado e nos acórdãos paradigmas. E como bem destacaram os eminentes Ministros João Otávio de Noronha e Isabel Gallotti, a regra do art. 6º é de produção de prova (ou de procedimento), e não de julgamento. Aliás, nesse ponto, os eminentes Ministros não discrepam do entendimento do eminente Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Em tais condições, e com a devida vênia dos entendimentos em contrário, acompanho o voto do Relator com os acréscimos trazidos pela eminente Ministra Isabel Gallotti.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

Voltaire de Lima Moraes¹

1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORDADAS NO ACÓRDÃO

Trata-se de Embargos de Divergência² em Recurso Especial, julgados pela Segunda Seção, envolvendo suposta existência de dissídio verificada entre a Terceira e Quarta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, a respeito da interpretação correta a ser dada sobre a inversão do ônus da prova, prevista

¹ Voltaire de Lima Moraes: Bacharel em Direito pela UFRGS. Mestre e Doutor em Direito pela PUCRS. Professor Titular de Direito Processual Civil no Curso de Graduação da Faculdade de Direito da PUCRS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS, Mestrado e Doutorado. Desembargador do Tribunal de Justiça-RS.

² Os Embargos de Divergência estão previstos no art. 496, VIII, do CPC, bem como disciplinados nos arts. 266 a 267 do Regimento Interno do STJ.

no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), ou seja, se regra de julgamento como teria entendido o acórdão recorrido ou regra de instrução, conforme entendimento assentado nos acórdãos paradigmáticos.

Ainda são tecidas, em razão disso, considerações a respeito da interpretação a ser dada aos arts. 12, 14 e 18 do CDC, em cotejo com a situação prevista no art. 6º, VIII, do CDC, para, ao final, ser feito o devido diagnóstico jurídico do caso *sub judice*, fato relacionado com acidente de consumo, em que um consumidor, ao abrir uma garrafa de coca-cola, a tampa desse refrigerante, por pressão anormal, foi arremessada contra o seu rosto, provocando lesões graves em seu olho direito.

No acórdão é analisado, também, para o correto enquadramento legal da situação fática, se o caso diz respeito à inversão do ônus probatório na modalidade *ope legis* (regra de julgamento) ou *ope judicis* (regra de instrução).

O acórdão ainda enfrenta a questão relacionada com a temática relativa ao momento em que deve ocorrer a inversão do ônus da prova.

O ponto central da dissensão, no entanto, ao que se vê do acórdão em análise, tem a ver com a possibilidade de cabimento, ou não, no caso, de Embargos de Divergência. O entendimento pelo cabimento foi sufragado pela maioria, sob o fundamento de que isso é possível, pois “O cabimento dos embargos de divergência pressupõe a existência de divergência de entendimentos entre Turmas do STJ a respeito da mesma questão de direito federal. Tratando-se de divergência a propósito de regra de direito processual (inversão do ônus da prova), não se exige que os fatos em causa no acórdão recorrido e paradigma sejam semelhantes, mas apenas que diverjam as Turmas a propósito da interpretação do dispositivo de lei federal controvertido no recurso.” A minoria, contudo, entendeu pelo incabimento dos embargos, ou seja, pelo não conhecimento, sob o fundamento de que, ainda que ambos os casos, o retratado no acórdão recorrido e nos paradigmas digam respeito à inversão do ônus da prova, àquele é aplicável a inversão prevista no art. 12, § 3º, incisos I a III, do CDC (regra de julgamento, pois *ope legis*), decorrente de vontade do legislador, enquanto que nestes a do art. 6º, VIII, do CDC (regra de instrução, *ope judicis*), pois decorre de ato do juiz. Com isso, comportando os casos, ventilados no acórdão recorrido e nos paradigmas, a incidência de regramentos distintos, mostra-se inadmissível a oposição de Embargos de Divergência.

Os Embargos de Divergência, a final, foram conhecidos pela maioria composta pelos Ministros João Otávio de Noronha, Maria Isabel Gallotti, Raul

Araújo, Antônio Carlos Ferreira e Villas Bôas Cueva, vencidos os Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Sidnei Beneti, Luis Felipe Salomão e Nancy Andrichi que votaram pelo não conhecimento.

2. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

Da leitura do acórdão dessa Segunda Sessão, vê-se que os seus integrantes estabeleceram divergência quanto à aplicação dos dispositivos legais, constantes do CDC, a incidirem sobre o caso, envolvendo relação de consumo, considerando a situação fático-jurídica constante dos acórdãos embargado e paradigmas.

Primeiramente cabe esclarecer que o Relator, Ministro João Otávio Noronha, sintetizou a delimitação temática da divergência a ser enfrentada, no sentido de que ela “(...) diz respeito à interpretação do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente, à definição do momento oportuno para a inversão do ônus da prova (...)”. E, invocando precedente afetado pela Terceira Turma, relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, REsp n. 802.832/MG, julgado em 13.04.2011, em que a inversão do ônus da prova determinada pelo juiz (*ope judicis*), por constituir regra de instrução, deve ocorrer preferencialmente na fase do saneamento do processo, concluiu por conhecer dos Embargos de Divergência e deu-lhes provimento para determinar o retorno dos autos à origem, ficando mantida a inversão do ônus prova determinada pelo Tribunal *a quo*, cabendo ao juízo da comarca, onde fora proposta a ação, reabrir a instrução, oportunizando a indicação de provas a serem requeridas.

Por sua vez, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em seu voto-vista, entendeu por não conhecer dos Embargos de Divergência sob o fundamento de que o caso *sub judice*, referido no acórdão embargado, envolve acidente de consumo, não se submetendo, portanto, à modalidade de inversão do ônus prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC, mas à do art. 12, § 3, incisos I *usque* III, desse Diploma; em consequência, não via configurada, com isso, divergência de interpretação dada por Turmas distintas sobre o dispositivo legal. Em síntese, no caso em que foi Relator, envolvia vício do produto, logo, em tal situação, a inversão do ônus da prova aplicável é a do art. 6º, inciso VIII, do CDC, enquanto aqui, no acórdão embargado, por se tratar de acidente de consumo, responsabilidade pelo fato do produto (art. 12, *caput*, do CDC), a inversão é determinada pelo legislador (*ope legis*), regra de julgamento, caso em que descabe cogitar-se a respeito do momento em que se deve dar essa

inversão, pois em tal situação ela já é conhecida previamente pelas partes, seus advogados e demais operadores do Direito. Assim, sendo os casos retratados pelos acórdãos paradigmas e embargado distintos, submetendo-se à incidência de dispositivos legais diferentes, isso implicaria o não conhecimento dos Embargos de Divergência, pois estes, para que sejam conhecidos, deve-se partir da premissa de que, para casos semelhantes, com incidência normativa idêntica, tenha sido dada interpretação legal distinta, por Turmas do Superior Tribunal de Justiça.

Em seguimento ao julgamento, em seu voto-vista, a Ministra Maria Isabel Gallotti, designada Redatora para o acórdão, após conhecer dos Embargos de Divergência, deu-lhe provimento “(...) para anular o processo desde a sentença e determinar ao juiz de primeiro grau que, caso considere presentes os requisitos da inversão do ônus da prova estabelecidos no art. 6º, inc. VIII, do CDC, reabra a instrução do processo, a fim de propiciar à embargante a oportunidade de comprovar não ser a fabricante da garrafa de coca-cola adquirida pelo autor da ação.”

Em razão desses entendimentos, pode-se dizer que há um ponto de sintonia entre os votos do Relator, Ministro João Otavio Noronha, e o da Ministra Maria Isabel Gallotti: ambos conheceram dos Embargos de Divergências para dar-lhes provimento; a diferença reside no fato de que, enquanto o Ministro João Otavio Noronha manteve a inversão do ônus da prova determinada pelo Tribunal *a quo*, determinando ao juízo de primeiro grau que “(...) reabra a oportunidade para a indicação de provas e realize a fase de instrução”, a Ministra Maria Isabel Gallotti, contudo, houve por bem anular o processo a partir da sentença, inclusive, e determinar que o juiz reapreciasse a presença ou não dos requisitos do art. 6º, VIII, do CDC e, se os considerasse presentes, então fizesse a reabertura da instrução do processo, propiciando com isso à embargante que pudesse produzir prova de que não foi a fabricante da garrafa coca-cola, adquirida pelo embargado, o autor da ação, especialmente considerando que teve contra si invertido o ônus probatório quando do julgamento da apelação, sem que antes tivesse tido a oportunidade de produzir prova negativa desse encargo que lhe foi atribuído pelo Tribunal de origem.

Assim, vê-se que, a despeito desses ilustrados Ministros convergirem quanto ao conhecimento dos Embargos de Divergência, a dissensão entre eles deu-se quanto ao fato de um manter a inversão do ônus da prova determinada pelo Tribunal *a quo*, mas propiciando a reabertura da instrução, com a produção

de provas; enquanto a outra linha de entendimento, a da Ministra Maria Isabel Gallotti, não mantinha essa inversão determinada, pois anulava o processo desde a sentença, propiciando ao juízo *a quo* o reexame dessa inversão e, havendo o entendimento que seria o caso, então reabrisse a instrução, facultando ao embargante a produção de prova de que não seria o fabricante da garrafa coca-cola.

A propósito, cabe ponderar que o CDC contém algumas disposições atinentes à aplicabilidade da inversão do ônus da prova. Algumas são determinadas pelo legislador (*ope legis*), sendo pois previamente do conhecimento de todos, caso em que podem ser reconhecidas inclusive em sentença ou em acórdão, uma vez que são regras de julgamento, v.g. arts. 12, § 3º, I a III; 14, § 3º, I e II. Há, todavia, a que decorre de ato do juiz (*ope judicis*), caso do art. 6º, VIII, e sendo regra de instrução, descabe aplicá-la em sentença ou em acórdão, sob pena de a parte a quem cabe esse ônus probatório ver-se surpreendida com essa inversão, com violação, inclusive, dos princípios do contraditório e da mais ampla defesa.

Por prudência, contudo, é sempre recomendável, especialmente considerando a decisão tomada pela douta maioria neste recurso em análise, que, mesmo em se tratando de inversão do ônus da prova *ope legis*, que o juiz, no máximo até o saneamento do processo, já deixe tal temática devidamente aclarada, inobstante, em tal situação, ninguém possa alegar desconhecimento dessa inversão, pois a lei já dispõe a esse respeito.

As divergências acima esposadas, decorrentes da interpretação do direito processual aplicável, em face do caso *sub judice*, com relação ao ônus da prova e notadamente em face da sua inversão, nos faz lembrar a observação feita por Luiz Eduardo Pacífico³: “A distribuição do ônus da prova entre as partes litigantes, portanto, é uma tarefa que nem sempre se mostra simples e pressupõe a prévia definição das normas aplicáveis e o seu cotejo com as pretensões deduzidas em concreto.”

O instituto da inversão do ônus prova, em se tratando de relação de consumo, tem razão de ser porque o consumidor é a parte tida como frágil (art. 4º, I, do CDC) e o fornecedor é considerado a parte forte e, com isso, procura-se estabelecer o equilíbrio no âmbito dessa relação.

³ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **Perspectiva sistemática do momento de inversão do ônus da prova: do CDC ao CPC**. Revista Jurídica, nº351. Sapucaia do Sul-RS: Notadez; São Paulo-SP: Editora Fonte do Direito, 2007, p. 50.

De observar, ainda, que o novo CPC, de 2015, seguindo uma tendência de expandir a possibilidade de inversão do ônus prova para outras relações de direito material, também a prevê (art. 373, §§ 1º e 2º), além de admitir que as partes possam convencionar sobre distribuição diversa do ônus da prova que o estabelecido no art. 373, *caput*, conforme dispõem os seus §§ 1º e 2º desse dispositivo legal.

Quanto ao momento da inversão do ônus prova, já tivemos oportunidade de sustentar, em nível doutrinário, ao analisar a inversão *ope judicis* (art. 6º, VIII, do CDC), que não tem sentido ser ela determinada quando o juiz recebe a petição inicial, pois neste estágio processual sequer houve manifestação da parte contrária, tampouco quando da prolação da sentença, pois não se trata de regra de julgamento, mas de instrução, razão pela qual a ocasião mais adequada para essa inversão seria quando do saneamento do processo (art. 331, § 2º, do CPC)⁴.

Também nessa mesma linha de pensamento é o magistério de Rizzatto Nunes, ao tratar da inversão da inversão *ope judicis*, salientando que ela pode ocorrer no lapso temporal que vai do pedido inicial ao despacho saneador, sendo este o melhor momento⁵.

Assim, tal inversão deve ocorrer até o saneamento do processo, que é o momento processual mais adequado, pois a partir daí já começa a fase instrutória, precisando cada parte estar devidamente ciente de como deverá agir processualmente, inclusive sobre tal encargo probatório.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que se vê do acórdão em análise, a despeito de o fato retratado no acórdão embargado envolver acidente de consumo, caso em que a inversão do ônus da prova é estabelecida pelo legislador (*ope legis*), sendo regra de julgamento, podendo ser reconhecida essa inversão tanto em sentença como no acórdão do Tribunal de origem, como o foi, ainda assim, com uma preocupação maior com os princípios do contraditório e da ampla defesa, e porque essa inversão deu-se em acórdão, e especialmente considerando que, no caso, não fora feita prova do próprio nexu causal, foi determinada a anulação do processo



4 MORAES, Voltaire de Lima. **Anotações sobre o ônus da prova no código de processo civil e no código de defesa do consumidor**. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS), volume 74, 1998, p.44-53.

5 NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 2ª ed. rev. modif. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 743.

a partir da sentença, inclusive, determinando ao juiz que reaprecie se o caso é realmente de inversão e, em sendo, que propicie à ré-embargante provar que não é a fabricante da garrafa que provocou o acidente de consumo.

É possível afirmar, contudo, em face do que foi analisado nesses Embargos de Divergência e com apoio doutrinário, que o CDC possui regras de inversão do ônus de prova que decorrem de disposição legal (*ope legis*), como as constantes dos arts. 12, § 3º, incisos I a III e art. 14, § 3º, I e II, regras de julgamento, podendo dar-se tal inversão em sentença, sem que haja ofensa aos princípios do contraditório ou da ampla defesa, pois as partes, de antemão, em face desses preceitos legais, têm conhecimento de que, em se tratando de responsabilidade pelo fato do produto (art. 12, *caput*) e reponsabilidade do serviço (art. 14, *caput*), essa inversão é previamente conhecida, não podendo, por conseguinte, ser alegada surpresa a esse respeito. A nosso ver, todavia, por prudência, é sempre recomendável, mesmo nessas hipóteses de inversão *ope legis*, que no máximo, até o saneamento do processo, o juiz deixe claro a quem compete esse ônus probatório, mormente considerando o entendimento sufragado pela douta maioria no acórdão destes Embargos de Divergência.

Em se tratando de inversão do ônus da prova decorrente de ato do juiz (*ope judicis*), portanto regra de instrução, a inversão do ônus da prova, devidamente fundamentada, deve dar-se no máximo até a fase de saneamento do processo. Possível, contudo, ser determinada anteriormente a esse estágio processual, após o decurso do prazo da contestação, não podendo, no entanto, ocorrer em sentença e muito menos em acórdão, sob pena de violação dos princípios do contraditório e da mais ampla defesa, como nas hipóteses de responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço (arts. 18 e 20, do CDC, respectivamente).

RECURSO ESPECIAL N. 802.832-MG (2005/0203865-3)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Recorrente: Ana Maria Guimarães Cruz

Advogados: Sérgio Murilo Diniz Braga

Giovanni José Pereira

Sylvio Miranda Júnior e outro(s)

Recorrido: Tecar Minas Automóveis e Serviços Ltda

Advogados: José Arthur de Carvalho Pereira Filho e outro(s)

Renato César Savassi Fonseca

Renato Penido de Azeredo

Alexandre Orsi Guimarães Pio

EMENTA

Recurso especial. Consumidor. Responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). Ônus da prova. Inversão “ope judicis” (art. 6º, VIII, do CDC). Momento da inversão. Preferencialmente na fase de saneamento do processo.

I. A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei (“ope legis”), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial (“ope judicis”), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC).

II. Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e. 6º, VIII, do CDC.

III. A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina.

IV. Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão “ope judicis” ocorrer quando do julgamento da causa pelo

juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão).

V. Previsão nesse sentido do art. 262, § 1º, do Projeto de Código de Processo Civil.

VI. A inversão “*ope judicis*” do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas.

VII. Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte.

VIII. *Recurso especial desprovido.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sidnei Beneti dando parcial provimento ao recurso especial anulando o acórdão recorrido, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), por maioria, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencidos os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) e Sidnei Beneti. Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Nancy Andrighi, João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo votaram com o Sr. Ministro Relator.

A Sra. Ministra Isabel Gallotti acompanhou o Sr. Ministro Relator em sessão anterior.

Brasília (DF), 13 de abril de 2011 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de *recurso especial* interposto por *Ana Maria Guimarães Cruz*, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição, contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que deu provimento à apelação da recorrida.

Entendeu o acórdão *a quo*, ao desconstituir a sentença que julgara procedente o pedido da recorrente relativo à responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC), inviável, no momento da sentença, a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC.

Nas suas razões de recurso especial, sustentou a parte autora a violação dos arts. 6º, VIII, 14, § 4º, 18, § 1º, I, do CDC, e 333, I, do CPC, bem como a existência de dissídio jurisprudencial. Impugnou o argumento do acórdão recorrido de que a responsabilidade por vício do produto não seria objetiva.

Sustentou que a inversão ocorreu antes da instrução, já que a recorrida teria postulado a produção de prova testemunhal e pericial, vindo a delas desistir quando intimada para o depósito dos honorários, o que excluiria a alegada surpresa na inversão do ônus da prova.

Subsidiariamente, afirmou ter se desincumbido do seu ônus probatório de comprovar a existência de vícios no Fiat/Uno Mille Smart que adquiriu em maio de 2000.

Foram apresentadas contrarrazões.

Na sessão do dia 16.11.2010, a Terceira Turma afetou o julgamento do presente recurso à Segunda Seção.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes Colegas! A controvérsia consiste em definir qual o momento processual adequado para que o juiz, na responsabilidade por vício do produto (art. 18 do CDC), determine a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC.

A questão não é pacífica neste Superior Tribunal de Justiça, havendo divergência entre as duas Turmas que compõem a Segunda Seção (*v.g.* AgRg nos EDcl no Ag n. 977.795-PR e REsp n. 949.000-ES, *Terceira Turma*; REsp n. 720.930-RS e REsp n. 881.651-BA, *Quarta Turma*).

Processual Civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Inversão do ônus da prova. 2º grau de jurisdição. Possibilidade. Critério de julgamento.

Sendo a inversão do ônus da prova uma regra de julgamento, plenamente possível seja decretada em 2º grau de jurisdição, não implicando esse momento

da inversão em cerceamento de defesa para nenhuma das partes, ainda mais ao se atentar para as peculiaridades do caso concreto, em que se faz necessária a inversão do ônus da prova diante da patente hipossuficiência técnica da consumidora que não possui nem mesmo a documentação referente ao contrato de seguro. Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EDcl no Ag n. 977.795-PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 23.9.2008, DJe 13.10.2008)

Recurso especial. Consumidor. Inversão do ônus da prova. Art. 6º, VIII, do CDC. Regra de julgamento.

- A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é regra de julgamento.

- Ressalva do entendimento do Relator, no sentido de que tal solução não se compatibiliza com o devido processo legal.

(REsp n. 949.000-ES, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 27.3.2008, DJe 23.6.2008)

Recurso especial. Gravidez alegadamente decorrente de consumo de pílulas anticoncepcionais sem princípio ativo ("pílulas de farinha"). Inversão do ônus da prova. Encargo impossível. Ademais, momento processual inadequado. Ausência de nexos causal entre a gravidez e o agir culposo da recorrente.

(...)

5. De outra sorte, é de se ressaltar que a distribuição do ônus da prova, em realidade, determina o agir processual de cada parte, de sorte que nenhuma delas pode ser surpreendida com a inovação de um ônus que, antes de uma decisão judicial fundamentada, não lhe era imputado. Por isso que não poderia o Tribunal *a quo* inverter o ônus da prova, com surpresa para as partes, quando do julgamento da apelação.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido.

(REsp n. 720.930-RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20.10.2009, DJe 9.11.2009)

Processo Civil. Recurso especial. Consumidor. Inversão do ônus da prova. Momento oportuno. Instância de origem que concretizou a inversão, no momento da sentença. Pretendida reforma. Acolhimento. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido.

- A inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como exceção à regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, sempre deve vir acompanhada de decisão devidamente fundamentada, e o momento apropriado para tal reconhecimento se dá antes do término da instrução processual, inadmitida a aplicação da regra só quando da

sentença proferida.

- O recurso deve ser parcialmente acolhido, anulando-se o processo desde o julgado de primeiro grau, a fim de que retornem os autos à origem, para retomada da fase probatória, com o magistrado, se reconhecer que é o caso de inversão do ônus, avalie a necessidade de novas provas e, se for o caso, defira as provas requeridas pelas partes.

- Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido.

(REsp n. 881.651-BA, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, julgado em 10.4.2007, DJ 21.5.2007 p. 592)

Estabelecida a *vexata quaestio*, resta que se tome posição a seu respeito.

Já tive oportunidade de analisar essa delicada questão processual em sede doutrinária (*Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 355-357).

Inicialmente, deve-se estabelecer uma diferenciação entre duas modalidades de inversão do ônus da prova previstas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), podendo ela decorrer da lei (*ope legis*) ou de determinação judicial (*ope judicis*).

Na primeira hipótese, a própria lei – atenta às peculiaridades de determinada relação jurídica – excepciona previamente a regra geral de distribuição do ônus da prova. Constituem exemplos dessa situação as hipóteses previstas pelos enunciados normativos dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, do CDC, atribuindo ao fornecedor o ônus de comprovar, na responsabilidade civil por acidentes de consumo – fato do produto (art. 12) ou fato do serviço (art. 14), a inexistência do defeito, encargo que, segundo a regra geral do art. 333, I, do CPC, seria do consumidor demandante.

Nessas duas hipóteses, não se coloca a questão de estabelecer qual o momento adequado para a inversão do ônus da prova, pois a inversão foi feita pelo próprio legislador (“*ope legis*”) e, naturalmente, as partes, antes mesmo da formação da relação jurídico-processual, já devem conhecer o ônus probatório que lhe foi atribuído por lei.

A segunda hipótese prevista pelo CDC, que é a discutida no presente processo, mostra-se mais tormentosa, pois a inversão resulta da avaliação casuística do magistrado, que a poderá determinar uma vez verificados os requisitos legalmente previstos, como a “verossimilhança” e a “hipossuficiência” a que refere o enunciado normativo do art. 6º, VIII, do CDC.

Nestes casos, de que é exemplo marcante a situação retratada nos autos, relativo à responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC), surge a questão de se estabelecer qual o momento processual mais adequado para que o juiz, verificando a presença dos pressupostos legais, determine a inversão da distribuição do ônus probatório.

A este respeito, embora diante da responsabilidade pelo fato do produto – em que a inversão do ônus da prova, ao meu sentir, advém automaticamente da própria lei (*ope legis*) –, esta Terceira Turma, no REsp n. 422.778-SP, *leading case* do atual entendimento, entendeu possível a utilização, no momento do julgamento, do art. 6º, VIII, do CDC (*ope judicis*):

Recurso especial. Civil e Processual Civil. Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Causa de pedir. Cegueira causada por tampa de refrigerante quando da abertura da garrafa. Procedente. Obrigação subjetiva de indenizar. Súmula n. 7-STJ. Prova de fato negativo. Superação. Possibilidade de prova de afirmativa ou fato contrário. Inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Regra de julgamento. Doutrina e jurisprudência. Arts. 159 do CC/1916, 333, I, do CPC e 6º, VIII, do CDC.

(...)

- Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6º do CDC é regra de julgamento. Vencidos os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, que entenderam que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento da dilação probatória.

Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 422.778-SP, Rel. Ministro Castro Filho, Rel. p/ acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19.6.2007, DJ 27.8.2007 p. 220)

Considerou-se que o ônus da prova, por ser regra de julgamento, poderia – e deveria – ter a sua inversão determinada na sentença, único momento processual em que a distribuição do encargo probatório possuiria sentido e relevância.

Não se desconhece que as normas relativas ao ônus da prova constituem, também, regra de julgamento para se evitar o *non liquet* do Direito Romano, pois as consequências da não-comprovação de fato ou circunstância relevante para o julgamento da causa devem, quando da decisão, ser atribuídas à parte a quem incumbia o ônus da sua prova.

Nada obstante, entendo ser este somente um dos aspectos relevantes da distribuição do ônus da prova. Trata-se do aspecto objetivo, dirigido ao juiz.

Não se pode olvidar, porém, que o aspecto subjetivo da distribuição do ônus da prova mostra-se igualmente relevante.

Pelo aspecto subjetivo ou – na doutrina de Barbosa Moreira (*Temas de direito processual civil: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 74) – formal do ônus da prova, ele se apresenta, conforme destacado por Fredier Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (*Curso de direito processual civil*, vol. 2, 4ª Edição. Editora Juspodivm. Salvador: 2009, p. 74), como uma “regra de conduta para as partes” ou ainda, nos dizeres de Daniel Mitidiero (*Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: 2009, p. 125), como uma “norma de instrução”.

A distribuição do ônus da prova apresenta extrema relevância de ordem prática, norteando, como uma verdadeira bússola, o comportamento processual das partes. Naturalmente, participará da instrução probatória com maior vigor, intensidade e interesse a parte sobre a qual recai o encargo probatório de determinado fato controvertido no processo.

Exatamente isso pode ser verificado no caso dos autos, pois o fornecedor do produto considerado viciado pelo recorrente desistiu da produção das provas testemunhal e pericial que havia requerido, comportamento que certamente não adotaria se soubesse – antes da sentença – que sobre si recairia o ônus probatório.

Influindo a distribuição do encargo probatório decisivamente na conduta processual das partes, devem elas possuir a exata ciência do ônus atribuído a cada uma delas para que possam, com vigor e intensidade, produzir oportunamente as provas que entenderem necessárias.

Do contrário, permitida a distribuição, ou a inversão, do ônus probatório na sentença e inexistindo, com isto, a necessária certeza processual, haverá o risco do julgamento ser proferido sob uma deficiente e desinteressada instrução probatória, na qual ambas as partes tenham atuado com base na confiança de que sobre elas não recairá o encargo da prova de determinado fato.

De outro lado, o argumento de que a simples previsão legal da inversão *ope judicis* já seria suficiente para alertar as partes acerca da possibilidade da sua utilização pelo juiz quando da prolação da sentença desconsidera a distinção inicialmente referida, entre inversão *ope judicis* e *ope legis*.

Expressão dessa tendência de se conferir cada vez mais relevo ao aspecto subjetivo do ônus da prova é o Projeto de Código de Processo Civil, elaborado

pela Comissão presidida pelo eminente Min. Luiz Fux (Projeto n. 166, de 2010, em tramitação no Senado Federal), cujo enunciado normativo do art. 262, § 1º, dispõe que “a dinamização do ônus da prova será sempre seguida de oportunidade para que a parte onerada possa desempenhar adequadamente seu encargo”.

Assim, a inversão *ope judicis* do ônus da prova deve ocorrer preferencialmente no despacho saneador, ocasião em que o juiz “decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento” (art. 331, §§ 2º e 3º, do CPC).

Desse modo, confere-se maior certeza às partes acerca dos seus encargos processuais, evitando-se a insegurança.

Com estas considerações, pedindo vênias aos eminentes Colegas que perfilham orientação contrária, espouse o entendimento sufragado pela Quarta Turma deste Tribunal (*v.g.* REsp n. 881.651-BA e REsp n. 720.930-RS, *Quarta Turma*), votando por negar provimento ao recurso especial para manter o acórdão que desconstituiu a sentença que determinara, nela própria, a inversão do ônus da prova.

Deverão os autos retornar ao juízo de primeiro grau para que, mantido o seu entendimento acerca da necessidade de inversão do ônus da prova, reabra a oportunidade para indicação de provas e realize a fase de instrução do processo.

Em síntese, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

VOTO-VISTA (VENCIDO)

O Sr. Ministro Sidnei Beneti: 1.- Meu voto divergiu da D. Maioria. Ao propor a afetação do julgamento à C. 2ª Seção, visava-se a estabilizar o entendimento deste Tribunal sobre o tema, produzindo a tão necessária firmeza jurisprudencial. Impunha-se a busca de orientação estável, não se ignorando, embora, a dificuldade de sustentação da presente orientação na C. 2ª Seção deste Tribunal, dada a anterior posição unânime dos D. integrantes da E. 4ª Turma (em sentido contrário ao deste voto), e ante a não unanimidade de entendimento entre os integrantes da E. 3ª Turma (no sentido deste voto) – havendo-se ainda mais se fragilizado a presente orientação ante à reconsideração de orientação, antes mantida na E. 3ª Turma, da E. Min. *Nancy Andrigbi*, reconsideração realizada na Sessão de Julgamento da C. 2ª Turma.

Pacificada, de qualquer forma, a orientação da C. 2ª Seção sobre a matéria, meu voto em casos futuros passará a alinhar-se com a orientação vencedora – fazendo-o ante o valor maior, que é a estabilidade na formação de precedentes pelos Tribunais Superiores.

As considerações que seguem significam, portanto, mera justificção de voto vencido, com fundamentos mantidos no âmbito não-judiciário, que passo, contudo, a desconsiderar na orientação jurisdicional de julgamentos futuros.

2.- A determinação do momento processual da decisão de inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII; Projeto CPC Fux, Proj. 166/2010, art. 262, § 1º), é matéria de extrema relevância para as partes e para a própria atividade jurisdicional, registrando-se bons argumentos em ambos os sentidos.

Na jurisprudência deste Tribunal, estabeleceu-se a dissensão, que pode assim ser sintetizada: de um lado, vem prevalecendo na 3ª Turma a orientação de que a inversão pode realizar-se como questão preliminar na sentença de 1º Grau, como regra de julgamento (REsp n. 422.778-SP, Rel. para acórdão Min. *Nancy Andrighi*, com os votos dos Mins. *Ari Pargendler* e *Carlos Alberto Menezes Direito*, vencidos os E. Mins. *Castro Filho* e *Humberto Gomes de Barros*; AgRg nos EDcl no Ag n. 977.795-PR, Rel. Min. *Sidnei Beneti*, com os votos dos E. Mins. *Nancy Andrighi* e *Massami Uyeda*) e, de outro lado, na 4ª Turma predomina a posição de que não pode realizar-se na sentença, mas, sim, que deve ser determinada em decisão interlocutória antecedente, como regra de instrução (REsp n. 720.930-RS, Rel. Min. *Luiz Felipe Salomão*, REsp n. 881.651-BA, Rel. Min. *Hélio Quaglia Barbosa*).

Relevante vertente doutrinária, em que se apresenta com destaque o E. Relator deste processo, em obra de peso, que honra a ciência jurídica e faz orgulho para este Tribunal em tê-lo como seu integrante, sustenta a segunda orientação (PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO, “Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor”, S. Paulo, Saraiva, 3ª ed., 2010).

E grandes nomes que se ajuntam, na doutrina e jurisprudência, nesse mesmo sentido de exigência de prévia inversão do ônus da prova por decisão interlocutória, como regra de procedimento: Luiz Antônio Rizzato Nunes (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor - 3ª Ed. Ver. E atual. - São Paulo: Saraiva, 2007, p. 153), Humberto Theodoro Júnior (Direitos do Consumidor, 5ª Ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2008) e João Batista de Almeida (Manual de Direito do Consumidor - 2ª Ed. - São Paulo: Saraiva, 2006).

Em sentido contrário, contudo, em prol da possibilidade de inversão do ônus da prova na própria sentença, como regra de julgamento: Kazuo Watanabe (GRINOVER, Ada Pellegrini; *et al.* Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 735), Nelson Nery (Código de Processo Civil Comentado - São Paulo: RT, 2006), Sérgio Cavalieri Filho (Programa de Direito do Consumidor - São Paulo: Atlas, 2008), João Batista Lopes (A prova no Direito Processual Civil, 2ª ed., Ed. RT, São Paulo, 2002), Fábio Costa Santos (Acesso do Consumidor à Justiça: Os Fundamentos Constitucionais do Direito à Prova e da Inversão do Ônus da Prova - Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2006).

3.- Ambas as posições coincidem em que a inversão deve dar-se fundamentadamente, com a exposição dos motivos pelos quais o julgador decida pela inversão, porque, como assinalado no precedente de que Relator o E. Min. *Hélio Quaglia Barbosa*, “a inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como exceção à regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, sempre deve vir acompanhada de decisão fundamentada” (REsp n. 881.651-BA, j. 10.4.2007).

A segunda orientação de necessidade de prévia decisão interlocutória, recorrível, determinando a inversão do ônus da prova, tem sido sustentada por fornecedores acionados, em preliminar de apelações e, posteriormente, em Recursos Especiais, quando realizada a inversão na sentença.

A opção por essa segunda orientação retarda significativamente o desfecho dos processos, dada a criação de incidentes e recursos sobre a decisão interlocutória de inversão, para, só depois de julgados todos os recursos, permitir-se a prolação da sentença. Leva, pois, à consequência da provocação de enorme quantidade de incidentes processuais nos processos em andamento em primeiro grau e nos Tribunais. E faz antever a anulação de expressivo número de sentenças e acórdãos já proferidos.

4.- Nada impede, antes, ao contrário, tudo aconselha, que o exame da inversão e a decisão fundamentada a seu respeito dê-se na própria sentença (desencadeando a recorribilidade única, por intermédio da apelação) e não em decisão interlocutória antecedente, para que, somente depois de operada a sua preclusão pelo esgotamento dos recursos interponíveis, se profira a sentença (repita-se: desencadeando-se dupla recorribilidade, a do agravo de instrumento quanto à decisão interlocutória relativa à inversão do ônus da prova e a da apelação, posteriormente, quando da sentença).

O ensejo à inevitável dupla recorribilidade, aliás, abre ensejo a desnecessária hecatombe judiciária, por operar o milagre, pelo avesso, da geração de duas hipóteses recursais no mesmo processo (o agravo contra a decisão interlocutória e a apelação contra a sentença), em vez de uma (a apelação contra a sentença).

A fragmentação do procedimento, um dos principais males que afligem o sistema processual brasileiro na atualidade, cria um momento interlocutório paralisante da fluidez do processo e gera obrigatório e enorme atraso na prolação da sentença, que tem de aguardar a prévia definição a respeito dos recursos relativos à decisão interlocutória de inversão do ônus da prova para, com a subida do agravo a todas as instâncias possíveis, criando para o acionado ensejo a um verdadeiro paraíso procrastinatório à só manifestação recursal impeditiva do prosseguimento do processo.

5.- Ademais, a inversão do ônus da prova em momento que não seja o da sentença de 1º Grau, além de obrigar o Juízo a desvendar prematuramente o pensamento de parte do mérito (ou seja, de a relação jurídica *sub judice* ser, realmente, de consumo) - o que, a rigor, deveria levar a afastamento do julgador do feito, dada a antecipação de apreensão do mérito - a inversão prematura, repita-se, antagoniza-se com o próprio princípio da liberdade na formação da convicção do julgador sentenciante (que poderá ser outro Juiz), pois estará, o Juízo, na sentença, obrigado a julgar com a vontade jurisdicional “engessada” pela inversão, não podendo atender a outros elementos surgidos na prova, posteriormente à decisão interlocutória da inversão.

A apreciação da prova, uma das questões mais diretamente ligadas à intimidade psicológica do julgador, jamais deve ser cerceada antes do momento processual para ela reservado, que é o da sentença, pena de se frustrar a própria liberdade de convicção.

6.- Todo sistema processual efetivo na desejada celeridade, clamada por todos os povos às voltas com a paralisia judiciária prioriza a concentração da causa no momento da sentença, que, na realidade judiciária, significa, efetivamente, o único momento em que o juiz possui realmente condições de realizar aprofundado exame de toda a controvérsia trazida aos autos e, portanto, julgar com segurança, sopesando as posições das partes, os fatos subjacentes e o Direito aplicável.

É irreal imaginar que o magistrado, antes do encerramento da instrução, momento único em que se opera a concentração de todos os elementos dos, ao encerramento da colheita das provas, possa proferir segura decisão antecipatória

da forma pela qual sopesa as provas, para a inversão ou não de seu ônus, condicionando o julgamento do mérito sem que tenha, ainda, chegado o momento processual do julgamento do mérito, o qual, esse momento, sempre tem que ser o momento do último ato que o julgador pratique no processo, ou seja, o da sentença, em que exaure a atividade jurisdicional de sua competência, abrindo ensejo ao recurso, que deve também concentrar tudo o que seja alegável, inclusive a arguição de eventual erro na realização da inversão, ou não, do ônus da prova por aplicação do dispositivo do Cód. de Defesa do Consumidor (CDC, art. 6º, VIII).

7.- Como se vê, a exigência de decisão prévia, fragmentando o procedimento e abrindo ensejo ao recurso de agravo inicial, a alongar-se, depois, em recorribilidade interna e aos Tribunais Superiores, poderá ter o efeito de ferir de morte a regra do art. 6º, VIII, do Cód. de Defesa do Consumidor, logo a ver-se como geradora de cizânia interlocutória infundável, a perenizar os processos e a frustrar o direito das partes a verem o seu fim com brevidade.

Sairá prejudicado o consumidor, ou pela nulificação prática da norma, ou pelo alongamento dos incidentes processuais e seus recursos.

8.- O presente processo dá bem o resultado nocivo da fragmentação processual, diante do plantar-se longa controvérsia interlocutória a respeito da atribuição do ônus da prova.

Este processo, iniciado no ano de 2001, arrastou-se por uma década, recebendo sentença, para, ao final, pelo acórdão do Tribunal de origem, haver sido determinada a anulação, para retorno a prévia decisão interlocutória da eventual inversão do ônus da prova (que abrirá ensejo a futuros recursos aos tribunais, inclusive a este Tribunal) e para, só muito tempo depois, apenas quando superados os recursos a respeito da decisão interlocutória de inversão do ônus da prova, seguir-se a nova sentença, sobre a qual caberão novos recursos, tornando-se infundável o processo.

9.- É evidente que necessário assegurar a preservação do devido processo legal, do direito de defesa e do contraditório ao fornecedor acionado, ante a grave consequência da eventual inversão do ônus da prova. Isso é truísmo que seria acaciano demonstrar, bastando a lembrança da incisiva previsão constitucional (CF, art. 5, LIV e LV).

Não há incompatibilidade entre a inversão do ônus da prova como preliminar na sentença de 1º Grau e a garantia dos princípios do contraditório, do devido processo legal, do direito de defesa e do contraditório (CF, art. 5º,

LVI e LV), que devem ser preservados em prol do fornecedor acionado, e a realização da inversão do ônus da prova na sentença, em capítulo preliminar (p. ex., outras preliminares de relevo, como as relativas à nulidade processual, ao cerceamento de prova, às consequências de não cumprimento de ônus probatório e à de prescrição), como sempre se realiza nos julgamentos, sem que se conclua por nulidade.

No processo em que a petição inicial invoca o Direito do Consumidor, já está posta a questão atinente à inversão do ônus da prova, de maneira que, exercendo o contraditório, o acionado já está alertado para a possibilidade de ocorrer a inversão, quando o Juiz analisa todos os elementos dos autos na sentença. Preservado, pois, automaticamente, o contraditório. O que deve ser exigido é que o Juízo, na sentença, destacada e precisamente, decida a questão de inversão do ônus da prova antes de passar ao julgamento da pretensão de fundo. Não há surpresa para o acionado, nem se prejudica o seu direito ao contraditório e à defesa. A seguir, pode ele, na apelação, alegar contra o fato da inversão, inserindo também um capítulo preliminar no recurso de apelação.

O temor de quebra de direito ao contraditório e à ampla defesa é, como se vê, sustentação teórica e abstrata, desconectada da realidade prática do processo e, em última análise, vem contra a sua efetividade, dada a eternização do caso, ante a interlocutorização incidental de incidente que bem se resolveria em um único momento processual – o da sentença.

10.- Repita-se: as partes é claro que deverão, antes da sentença, debater, contraditoriamente, a respeito da inversão, como o devem fazer a respeito de todas as questões de seu interesse na luta judicial em que se envolvem.

E o Juízo, motivadamente, na sentença, julgará também essa questão, antes de julgar as questões de fundo, condicionadas pelos vetores trazidos pelas provas. Na apelação, depois, as partes submeterão ao crivo do tribunal, o acerto ou desacerto do julgamento da matéria preliminar da inversão do ônus da prova, pondo-o, se o desejarem, como matéria devolvida à cognoscibilidade recursal.

Não se vê, pois, no julgamento na sentença, nenhum prejuízo aos direitos das partes. Não se vê ofensa nenhuma ao devido processo legal, ao direito de defesa e ao contraditório. Apenas se vê um capítulo a mais na sentença, entre tantos que nela podem encaixar-se. O mais é matéria da devolutividade recursal da apelação, inclusive o capítulo relativo à inversão do ônus da prova.

E isso, volte-se a lembrar, sem truncar o processo com relevante decisão interlocutória longamente recorrível, sem gerar mais agravos do que o pródigo

sistema recursal já enseja, sem alongar os processos, sem frustrar direitos das partes à celeridade e à efetividade da Justiça, sem as prejudicar em direitos fundamentais.

11.- O caso *sub judice* patenteia quão precipitada teria sido a decisão incidental interlocutória prévia relativa à inversão dos ônus da prova.

Examinando-se o caso concreto, por outro lado, tem-se que, a rigor, a sentença utilizou-se da inversão do ônus da prova tão-somente de forma secundária e ancilar, em apoio à diretriz que escolheu para o julgamento de procedência da ação.

Leiam-se detidamente os termos da sentença e pondere-se a sua estrutura. Começa ela analisando as provas efetivas e conclui pela culpa da ré. Só depois de concluir pela culpa da ré, a sentença invoca, em evidente acréscimo ou sobejidão, a regra do art. 6º, VIII, do Cód. de Defesa do Consumidor, tão somente para fortalecer a conclusão de procedência, a que já tinha, a sentença, chegado, por intermédio da ponderação normal das provas, sem inversão nenhuma de ônus.

Não precisava, a sentença, invocar essa regra. Se se suprimir, da sentença, a parte relativa à inversão do ônus da prova, sua conclusão será a mesma.

O Tribunal de origem devia, apreciando a apelação da ré, desconsiderar a parte da apelação que questionava a inversão do ônus da prova, retirando-a da consideração recursal, e passando, depois, a julgar os demais argumentos da sentença a respeito da prova, concluindo, então, pela procedência ou improcedência, mantendo ou confirmando a sentença.

Isso é que devia ter sido feito pelo Tribunal de origem neste caso. Ficou-se no exame de tese, que, no caso, era secundária, sem analisar, contudo, os fatos e direito invocados, isto é, não se julgou a controvérsia concreta, efetiva, sobre a qual se digladiam há anos as partes. Como compreensível dado o fascínio das construções jurídico-doutrinárias, prevaleceu a preliminar genérica e não se chegou à imersão no deslinde da razão de ser pela qual as partes estão em Juízo, que é a decisão do caso concreto. Aquele “Caso Concreto”, que, certa vez, permita-se a digressão, um grande Magistrado e Eminente Jurista, RUBENS FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA, disse ser o mais importante jurista-conselheiro entre os grandes juristas, para a orientação do julgamento – principalmente do julgamento de 1º Grau e de Tribunais de Apelação.

12.- Coerentemente com o exposto acima, pelo meu voto dava provimento ao Recurso Especial, anulando o Acórdão ora recorrido – em que pese a excelente

qualidade jurisdicional com que lavrado – devolvendo o caso ao julgamento, sem consideração de inversão do ônus da prova, lateralmente e apenas em reforço realizado pela sentença dando ao caso a melhor solução (lembrando-se que não se poderia, agora, neste Tribunal, julgar de vez a pretensão inicial, dada a vedação de ingresso no exame de matéria de prova nesta Corte).

13.- Pelo exposto, divergindo do bem lançado voto do E. Relator, pelo meu voto dava provimento em parte ao Recurso Especial da autora, anulando Acórdão ora recorrido, para que outro fosse proferido, julgando a apelação à luz das provas produzidas, desconsiderada a questão sobejante de inversão de ônus da prova.

VOTO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS): Pedindo vênia ao eminente Relator, acompanho o voto, que me parece irresponsável, com todos os fundamentos, com a experiência que tenho de atividade jurisdicional, do eminente Ministro Sidnei Beneti.

Acompanho a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Sidnei Beneti, dando parcial provimento ao recurso especial, anulando-se o acórdão recorrido.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Sr. Presidente, pelo que recorde na ocasião, a questão é de inversão do ônus da prova em sede de Tribunal. É o momento da inversão. O 1º Grau inverteu. O problema é o seguinte: se se inverte somente na sentença, a parte oposta fica prejudicada na sua defesa, porque ela não está contando com essa surpresa. A uma certa altura, depois de ultrapassada a fase de cognição, diz-se que a prova agora cabe à outra. Mas ela não se preocupou em fazer, porque não era problema dela produzir-la, se não estava invertido o ônus. Há evidente prejuízo à defesa.

Os fundamentos da divergência são judiciosos, mas peço a máxima vênia ao Ministro Sidnei Beneti e ao Ministro Vasco Della Giustina, para acompanhar o voto do eminente Relator.

Nego provimento ao recurso especial.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Sr. Presidente, ouvi o brilhante voto do Sr. Ministro Sidnei Beneti, mas peço vênia para discordar. Processo, evidentemente, não pode ser uma caixa de surpresas. Aliás, o processo tem sido deturpado nas reformas brasileiras a ponto de não sabermos qual o recurso cabível de determinadas decisões. Um exemplo claro é o dos embargos infringentes, que, agora, passaram a ser um recurso temerário: nem sempre se sabe quando é cabível, quando não, se foi ou não julgado o mérito, circunstância que afeta até a admissibilidade do recurso especial, quando não a do recurso extraordinário.

O processo brasileiro caminha mal, pois, longe de gerar certeza, tem oferecido dúvidas. Por isso, espero muito que a reforma do Código de Processo Civil possa simplificar esse sistema cada vez mais sofisticado, que, ao invés de se propor à realização do direito material, joga-o para o lado, tendo um fim em si mesmo. Basta dizer que o charme hoje, em qualquer voto, em qualquer petição, é enunciar princípios de Direito Processual, pouco sabendo se eles dão ou não efetividade ao direito material.

E é preocupado com o direito material que entendo não ser cabível a inversão do ônus da prova em sede de sentença. Isso é evidente: se temos um Código que estabelece, de forma expressa, a distribuição do ônus da prova, a parte necessita ser advertida de que, naquele caso, será o referido ônus invertido. Para procedermos de forma diversa, primeiramente, temos que mudar a regra. Só seria permitida essa surpresa, se não existisse regra expressa, distributiva do ônus da prova. Noutras palavras, como há norma expressa, para invertê-la, conforme permite a lei, não pode o julgador fazê-lo arbitrariamente. A boa-fé objetiva há de ser também por ele observada. Espera-se dele comportamento de lealdade às partes, e não comportamento que lhes cause surpresa. Cabe a ele, efetivamente, buscar a verdade processual e aproximá-la da verdade real, da verdade dos fatos.

Não me parece, pois, razoável admitir a inversão do ônus da prova em sede de sentença ou em sede de apelação. Transformaria, repito, o processo em uma caixa de surpresas. Não é essa a finalidade do processo. O processo moderno é concebido como autêntico e verdadeiro instrumento de realização do direito material. Cada dia, surgem reformas mais sofisticadas, institutos cada vez mais longe da realidade dos operadores do direito, a propiciar interpretações duvidosas tal como a que estamos discutindo aqui. Poucos países têm um

sistema processual tão intrincado, tão questionado quanto o Brasil, onde nada anda. Se dissermos, por exemplo, na Inglaterra e nos Estados Unidos, que aqui se estuda processo durante três, quatro anos, isso será motivo de riso, pois, naqueles países, o processo não tem tanta importância como tem aqui. Lá se realiza, com afinco, o direito material.

Embora respeite as ponderações do Ministro Sidnei Beneti em seu brilhante voto – com várias citações doutrinárias – e louve a pesquisa e o trabalho por S. Exa. aqui apresentados, peço vênias para adotar o entendimento do eminente Ministro Relator, negando provimento ao recurso especial.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Noticiam os autos que a ora recorrente ajuizou ação (fls. 2-6) objetivando a substituição de veículo automotor novo adquirido junto à ora recorrida, afirmando a existência reiterada de defeitos que não foram sanados, conquanto, por diversas vezes, tenha o automóvel sido encaminhado à concessionária para conserto, o que tornaria o bem imprestável para o uso.

Sobreveio sentença de procedência do pedido (fls. 169-174), condenando a concessionária à substituição do veículo por outro, do ano de fabricação da substituição.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais deu provimento à apelação da concessionária, anulando a sentença, ao fundamento de que a inversão do ônus da prova, deferida apenas no âmbito da prolação da sentença, importou em cerceamento de defesa, máxime se dela não se desincumbiu o fornecedor. O acórdão contém a seguinte ementa (fls. 244-257):

CODECON. Prova. Inversão. Deferimento na sentença. Surpresa configurada. Nulidade.

- O art. 6º, VIII, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor deve ser interpretado dentro dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da mais ampla defesa, em respeito às garantias fundamentais a que se referem as disposições da Constituição Federal.

- Havendo pedido ou sendo caso de inversão do ônus da prova, a critério do juiz, deve haver decisão fundamentada para deferimento da mesma, mesmo que sucinta, para evitar a surpresa para a parte e não cercear o seu direito amplo de defesa.

- A inversão deferida apenas na sentença constitui cerceamento de defesa, se dela não se desincumbiu o fornecedor, salvo se as circunstâncias dos autos demonstram que restou incontroversa a questão, configurando como seu o ônus.

Ana Maria Guimarães Cruz interpôs recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alegando, em suma (fls. 261-269):

a) violação dos arts. 6, VIII, 14, § 4º do CDC e 333, I, do CPC, porquanto a inversão do ônus probatório não teria ocorrido automaticamente, mas antes da instrução do feito, bem assim, trata-se de hipótese de aplicação do Código Consumerista, em que vigora, como regra, a responsabilidade objetiva, mormente em face de a autora, ora recorrente, ter provado os fatos constitutivos de seu direito.

b) afronta ao art. 18, § 1º, I, do CDC, uma vez que os vícios apresentados pelo automóvel restaram devidamente comprovados pela recorrente, bem como a ausência de reparo dos mesmos, o que, por si só, já demonstra o seu direito à substituição do veículo.

c) dissídio jurisprudencial com aresto desta Corte Superior, que entendeu pelo cabimento da inversão do ônus probatório, desde que o juiz venha a se convencer da veracidade das alegações, não restando caracterizado o cerceamento de defesa ante o mero julgamento antecipado da lide.

Foram apresentadas contrarrazões ao recurso (fls. 271-287), em face de óbices quanto à admissibilidade, bem como de inexistência de violação ao art. 6º, VIII, do CDC.

O especial foi admitido pelo Tribunal de origem (fls. 289-290).

O e. Relator negou provimento ao recurso especial, enquanto os Ministros Sidnei Beneti e Vasco Della Giustina davam provimento.

É o relatório.

2. O art. 6º, VIII, do CDC, encarta modificação, cujo escopo precípuo foi o de garantir ao hipossuficiente melhor condição de produzir a prova necessária, sendo facultado ao juiz inverter o ônus da prova inclusive quando esta prova é difícil até mesmo para o fornecedor, parte mais forte da relação.

2.1. Por ocasião do julgamento do REsp n. 720.930, pronunciei-me sobre a matéria discutida nos presentes autos, no seguinte sentido:

Sabe-se que a regra geral acerca da distribuição do ônus da prova é aquela insculpida no art. 333 do Código de Processo Civil, segundo a qual caberá ao autor

a demonstração dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu a demonstração dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor.

Tal comando, em se tratando de relações regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, ganha novos contornos, sendo excepcionado pelo art. 6º, inciso VIII, que assim dispõe:

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 experiências;

O preceito revela-nos, por primeiro, que a inversão do ônus da prova, com base nesse dispositivo, não ocorre *ope legis*, mas *ope iudicis*, vale dizer, é o juiz que, de forma prudente e fundamentada, deve vislumbrar no caso concreto a hipótese excepcional da redistribuição da carga probatória.

A jurisprudência, nesse sentido, é tranqüila: REsp n. 716.386-SP, Rel. Ministro *Aldir Passarinho Junior*, *Quarta Turma*, julgado em 5.8.2008, DJe 15.9.2008; REsp n. 707.451-SP, Rel. Ministro *Jorge Scartezini*, *Quarta Turma*, julgado em 14.11.2006, DJ 11.12.2006 p. 365.

De outra parte, mostra-se incapaz a essa providência, simplesmente estar a relação regida pelo CDC, sendo indispensável a presença da verossimilhança das alegações do consumidor ou sua hipossuficiência.

Nesse passo, para a correta aplicação do dispositivo em voga deve-se indagar acerca de sua teleologia.

A “facilitação da defesa” dos direitos do consumidor, definitivamente, não significa facilitar a procedência do pedido por ele deduzido, tendo em vista - no que concerne à inversão do ônus da prova - tratar-se de dispositivo vocacionado à elucidação dos fatos narrados pelo consumidor, transferindo tal incumbência a quem, em tese, possua melhores condições de fazê-lo. Essa é a finalidade de se inverter o ônus da prova.

Tanto é assim que a inversão do ônus da prova está ancorada na assimetria técnica e informacional existente entre as partes em litígio. Ou seja, somente pelo fato de ser o consumidor vulnerável, constituindo tal circunstância um obstáculo à comprovação dos fatos por ele narrados, e que a parte contrária possui informação e os meios técnicos aptos à produção da prova, é que se excepciona a distribuição ordinária do ônus.

Essa é a lição de abalizada doutrina:

Realmente, nos litígios relativos à relação de consumo é possível que surjam questões de fato cuja solução dependa de elementos que apenas o fornecedor de

produtos ou serviços tenha conhecimento e disponha da respectiva prova. Nesse caso, é adequado que a parte que tem esse conhecimento tenha o ônus da prova, suportando as conseqüências de sua omissão (Araújo Cintra, Antônio Carlos de. *Comentários ao código de processo civil, vol. IV, 2. ed.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 24)

Analogamente, é o magistério de José Geraldo Brito Filomeno, co-autor do anteprojeto do CDC, para quem:

“a razão pela qual assim se dispõe no Código de Defesa do Consumidor consiste na circunstância da vulnerabilidade do consumidor, que, como visto em passo anterior destes comentários, não detém o mesmo grau de informação, inclusive técnica, e outros dados a respeito dos produtos e serviços com que se defronta no mercado, que o respectivo fornecedor detém, por certo” (*Código brasileiro do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.* Ada Pelegrini et al. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 147).

Há diversos exemplos na doutrina em que a inversão do ônus da prova mostra-se absolutamente necessária, diante da possibilidade de o réu produzir menos penosamente eventual prova desconstitutiva do direito do autor.

Confira-se o exemplo de Barbosa Moreira, inclusive citado no acórdão:

Um exemplo: vários consumidores de um remédio apresentam, após certo período de tratamento, os mesmos indesejáveis efeitos colaterais. Um deles propõe ação indenizatória contra o fabricante, sem, entretanto, conseguir demonstrar, inequivocamente, a relação de causalidade entre a ingestão da droga e os danos à sua saúde; prova, contudo, que outros tantos consumidores do medicamento também passaram a apresentar idênticas reações (indício do nexa causal). O juiz raciocinará: “se muitos consumidores desse remédio começaram a padecer dos mesmos males, depois de iniciado o tratamento, e como tal circunstância se acha provada nos autos, (não somente alegada pelo autor), é muito provável que os efeitos colaterais encontrem sua causa, realmente, na administração do produto”.

Nesse exemplo, diante da verossimilhança da alegação do autor, bem como a hipossuficiência técnica em se provar que o produto causa, de fato, os efeitos colaterais alegados, inverte-se o ônus da prova para melhor elucidação dos fatos, possibilitando ao réu produzir prova em sentido contrário, ou seja, de que o medicamento não causa os efeitos alegados pelo autor. Não produzindo o réu a prova que lhe cabia e que lhe era possível produzir, presumem-se verdadeiros os fatos narrados.

Portanto, em uma palavra, inverte-se o ônus da prova com vistas a facilitar a sua produção por quem detém melhores condições de produzi-la, somente presumindo-se verdadeiros aqueles fatos que podendo ser negados pelo réu, não o foram.

(...)

7. Por fim, ainda que não fosse por todos esses fundamentos já expostos, registro também a impropriedade de se inverter o ônus da prova em sede de apelação, cerceando por completo a defesa do réu.

A sentença julgou improcedente o pedido de indenização e o Tribunal *a quo*, entendendo que seria o caso de inversão do ônus da prova, assim o fez em grau recursal e imediatamente, surpreendendo o apelado com ônus que, de início, não lhe cabia.

A distribuição do ônus da prova, em realidade, determina o agir processual de cada parte, de sorte que nenhuma delas pode ser surpreendida com a inovação de um ônus que, antes de uma decisão judicial fundamentada, não lhe era imputado.

Conquanto, em alguma medida, o tema seja um tanto controverso, esta E. Quarta Turma já deu solução adequada ao tema:

Agravo regimental. Súmula n. 283-STF. Reconsideração. Recurso especial. Processo Civil. Inversão do ônus da prova. Requerimento de provas. Preclusão. Inexistência.

(...)

3. Determinada a inversão do *onus probandi* após o momento processual de requerimento das provas, deve o magistrado possibilitar que as partes voltem a requerê-las, agora conhecendo o seu ônus, para que possa melhor se conduzir no processo, sob pena de cerceamento de defesa.

4. Agravo regimental provido para conhecer em parte e prover o recurso especial. (AgRg no REsp n. 1.095.663-RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 4.8.2009, DJe 17.8.2009)

Processo Civil. Recurso especial. Consumidor. Inversão do ônus da prova. Momento oportuno. Instância de origem que concretizou a inversão, no momento da sentença. Pretendida reforma. Acolhimento. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido.

- A inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como exceção à regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, sempre deve vir acompanhada de decisão devidamente fundamentada, e o momento apropriado para tal reconhecimento se dá antes do término da instrução processual, inadmitida a aplicação da regra só quando da sentença proferida.

(...)

- Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido.

(REsp n. 881.651-BA, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, julgado em 10.4.2007, DJ 21.5.2007 p. 592)

2.2. Com efeito, consoante entendimento esposado nos precedentes acima citados, o momento processual adequado à determinação, pelo juiz, da distribuição do ônus probatório - que determina o agir processual de cada parte, é até o saneamento do processo ou, no caso de ser-lhe posterior, abre-se oportunidade para que a parte onerada possa desempenhar adequadamente tal encargo, de modo a evitar seja ela surpreendida com a inovação de um ônus que, antes de uma decisão judicial fundamentada, não lhe era imputado.

Por isso que não poderia o juízo *a quo* inverter o ônus da prova, com surpresa para as partes, quando da prolatação da sentença.

3. No caso, a concessionária, ora recorrida, desistiu da produção de provas testemunhal e pericial que havia requerido, o que denota o seu desconhecimento acerca de que sobre si recairia o referido ônus.

Foi o que restou assentado pelo Tribunal *a quo*, ao anular a sentença, *verbis*:

O fato de a apelante ter requerido a prova testemunhal e pericial (f. 42), repetindo o pedido na especificação de provas (f.67), assumindo o ônus de provar “que o veículo da autora não está inadequado ou impróprio para o uso, muito menos apresenta algum vício capaz de diminuir-lhe o valor”, não tem o condão de, *data venia*, transferir-lhe esse ônus, porque, à fl. 99, voltou atrás e argumentou esse ônus é da autora, desistindo da prova pericial à f. 104.

Cabia assim, à MM Juíza, decidir o impasse, para não causar surpresa à parte, embora tivesse a apelante de início assumido o ônus da prova, modificando porém a conduta processual no decorrer do processo, o que merecia provimento a respeito.

4. Do exposto, rogando vênias à divergência, acompanho o voto do eminente relator para *negar provimento* ao recurso especial.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: Sr. Presidente, entendo, também, que a aplicação da inversão do ônus da prova como técnica de julgamento traz problemas sérios para a parte. Se for aplicada por ocasião da sentença, a inversão do ônus da prova, o réu será prejudicado pois não terá logrado comprovar oportunamente que o promovente da ação não tinha o direito que pleiteou.

Se se nega a inversão e se corrige na Segunda Instância, como aqui aconteceu, a aplicação da inversão do ônus da prova como técnica de julgamento,

vem surpresa para o promovente da ação que não cuidou de comprovar oportunamente o direito que alegava possuir. A surpresa vem para um lado ou para o outro, como aqui aconteceu. O promovente, então, não terá logrado provar aquilo que alegou, se prevalecer a decisão da Segunda Instância. Prevalecendo a decisão de 1º Grau, o promovido não terá logrado desconstituir o que alegou o promovente.

Então, a melhor solução me parece ser mesmo a adotada pelo eminente Sr. Ministro Relator, que determina o retorno dos autos ao Juízo de 1º Grau, para que, mantido o seu entendimento acerca da necessidade de inversão do ônus da prova, reabra oportunidade para indicação de provas e realize a fase de instrução do processo, evitando-se, desse modo, a surpresa para ambas as partes. Cada parte sabe já o que lhe cabe comprovar, e, assim, a justiça no caso fica restabelecida, embora isso traga consequências em inúmeros outros casos relacionados à aplicação do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, conforme já podemos antever em relação a inconformações de fornecedores que tenham sido condenados nessas circunstâncias.

Pedindo vênias a douda divergência, acompanho o eminente Sr. Ministro Relator, negando provimento ao recurso especial.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

Kazuo Watanabe

1. O acórdão da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, proferido no RE n. 802.832-MG, manteve o julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, dando provimento à apelação, desconstituía “a sentença que julgara procedente o pedido da Recorrente relativo à responsabilidade por vício do produto (art. 18 do CDC)”, entendendo “inviável, no momento da sentença, a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC”.

No início do acórdão, o ilustre Relator Ministro PAULO DE TARSO SAMSEVERINO, esclarece que “a controvérsia consiste em definir qual momento processual adequado para que o juiz, na responsabilidade por vício do produto (art. 18 do CDC), determine a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC”.

Após diferenciar duas modalidades de inversão do ônus da prova, a *ope legis* (decorrente da lei) e *ope judicis* (decorrente de determinação judicial), esclarece que somente em relação à segunda “mostra-se mais tormentosa”, pois “surge a questão de se estabelecer qual o momento mais adequado para que o juiz, verificando a presença dos pressupostos legais, determine a inversão da distribuição do ônus probatório”.

Embora reconheça que as regras de distribuição dos ônus da prova constituam “também regra de julgamento para se evitar o *non liquet*”, observa o acórdão que “somente um dos aspectos relevantes da distribuição do ônus da prova”, qual seja o seu **aspecto objetivo** é dirigido ao juiz. Adverte que não se pode olvidar seu **aspecto subjetivo**, no qual estaria contida “regra de conduta para as partes” ou “norma de instrução”, constituindo “uma verdadeira bússola, o comportamento processual das partes”, de “extrema relevância de ordem prática” para as partes, que devem “possuir a exata ciência dos ônus atribuído a cada uma delas para que possam, com vigor e intensidade produzir oportunamente as provas que entenderem necessárias”.

Pondera, a seguir, que permitir a inversão do ônus da prova na sentença, deixará de existir a “necessária certeza processual”, sendo insuficiente a “simples previsão legal da inversão *ope judicis*”.

Com base nesses argumentos, conclui o julgado que a “inversão *ope judicis* do ônus da prova deve ocorrer preferencialmente no despacho saneador”, o que conferirá “maior certeza às partes acerca dos seus encargos processuais, evitando-se a insegurança”.

2. Certamente, como bem anotado no acórdão, toda regra de distribuição do ônus da prova, no *plano subjetivo*, é norma indicativa da atividade probatória que incumbe às partes no processo. Devem as partes se orientar por essas regras estabelecidas em abstrato se pretendem alcançar êxito na demanda.

Porém, é necessário considerar, também, que na concepção moderna de processo, com a ampliação dos poderes do juiz, algumas provas são colhidas por iniciativa do magistrado. Assim, no *plano objetivo*, a eventual necessidade de se recorrer às regras de distribuição dos ônus da prova somente surgirá após o encerramento da fase probatória, no momento do julgamento da causa, e somente na hipótese de *non liquet* em relação aos fatos controvertidos da demanda.

3. O art. 6º, VIII, do CDC prevê duas situações distintas: a) verossimilhança da alegação do consumidor; e b) hipossuficiência do consumidor.

Na *primeira situação*, não há uma verdadeira inversão do ônus da prova. O que ocorre, como bem observa LEO ROSENBERG, é que o magistrado, com a ajuda de máximas de experiência e de regras de vida, considera produzida a prova que incumbe a uma das partes e verossímil a sua alegação. Examinando as condições de fato com base em máximas de experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos, e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou o pressuposto de um outro fato, em caso de existência deste, admite também aquele como existente, a menos que a outra parte demonstre o contrário. Assim, não se trata de uma verdadeira hipótese de inversão do ônus da prova (Tratado de Derecho Procesal Civil, trad. A.M. Vera, EJE, t. II, § 11, III, nº 3, d, p. 227).

Na *segunda situação*, que é a da *hipossuficiência*, poderá ocorrer, tal seja a situação do caso concreto, uma verdadeira inversão do ônus da prova.

O conceito de hipossuficiência leva em conta, como acertadamente pondera CECÍLIA MATOS, a situação de capacidade reduzida do consumidor, “não apenas no aspecto econômico, mas a social, de informações, de educação, de participação, de associação, entre outros” (Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, dissertação de mestrado, p. 195-196).

A situação de fabricante de um produto, por exemplo, é de evidente vantagem, pois ele tem o pleno conhecimento do projeto, da técnica e do processo utilizado na fabricação, e por isso está em melhores condições de demonstrar a inoccorrência do vício de fabricação. A situação do consumidor, ao contrário, é de manifesta vulnerabilidade, independentemente de sua condição econômica. Isto acontece, ordinariamente, nas relações de consumo em que a fornecedor tem o domínio do conhecimento técnico especializado, em mutação e aperfeiçoamentos permanentes, como ocorre no setor de informática. Foi precisamente em razão dessas situações, enquadradas no conceito amplo de *hipossuficiência*, que o legislador estabeleceu a **inversão do ônus da prova para facilitar a tutela jurisdicional do consumidor**.

O Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América explicitou regra nesse sentido, estabelecendo que “*o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração*” (art. 12, § 1º).

4. Nas duas situações acima mencionadas, a de “**verossimilhança da alegação do consumidor**”, que depende de **juízo de valor**, somente no momento do prolação da sentença poderá ocorrer. É manifestamente **regra de juízo**,

e não de procedimento. Não faz sentido exigir que o magistrado, antes do julgamento da causa, informe o juízo de verossimilhança eventualmente firmado em relação às alegações das partes. Aliás, como ficou acima mencionado, não se trata verdadeiramente de hipótese de inversão do ônus da prova.

E quanto à segunda situação, a de *hipossuficiência*, também a regra é de juízo, e não de procedimento (ou “norma de instrução” ou “regra de conduta para as partes”). É necessário deixar bem ressaltado que o **legislador estabelece claramente as hipóteses em que o magistrado poderá proceder à inversão do ônus da prova, não se tratando, portanto, de poder ilimitado do magistrado**. Fala-se em inversão “*ope judicis*”, mas desde que ocorra a hipótese de hipossuficiência, nos termos acima descritos e o propósito foi o de facilitar a defesa do consumidor, **e não um arbítrio ilimitado do juiz**, para proceder à inversão a seu bel prazer. Estão pressupostas nessa regra a dificuldade ou a impossibilidade do consumidor em produzir prova e a maior facilidade do fornecedor em produzi-la, pelo domínio de conhecimentos científicos ou técnicos ou pela detenção de informações específicas sobre os fatos da causa, com maior facilidade em sua demonstração.

Assim, não se pode falar em surpresa da parte. Ela sabe que o juiz poderá proceder à inversão do ônus da prova e as *situações em que isto poderá ocorrer, uma vez que estão previstas em lei*.

5. Para evitar que, mesmo existindo a advertência legal, não ocorra qualquer surpresa às partes, o mais que o magistrado poderá fazer é lembrá-las da possibilidade de aplicação da regra de inversão do ônus da prova contida no inciso VIII do CDC, estabelecendo, se necessário, amplo contraditório entre as partes para a discussão da situação de hipossuficiência do consumidor.

Mesmo no novo Código de Processo Civil, que adotou uma orientação mais assistencial às partes, a definição da distribuição do ônus da prova na decisão de saneamento (art. 357, n. III) é limitada às hipóteses do art. 373, que são as de previsão legal, de impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou de maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. A lei não admite, como mencionado, o puro arbítrio do juiz para proceder à inversão do ônus da prova.

Ao invés da decisão no momento do saneador, o que dará ensejo à interposição de agravo de instrumento, a solução acima alvitrada, que entendemos aplicável hoje no regime do CDC e do CPC em vigor, de amplo contraditório quanto à hipossuficiência do consumidor ou à existência de

peculiaridades e situações que autorizem a inversão do ônus da prova, seria o suficiente para evitar qualquer surpresa das partes.

6. A orientação adotada pelo acórdão, “de necessidade de prévia decisão interlocutória, recorrível, determinando a inversão do ônus da prova, **tem sido sustentada por fornecedores acionados**”, como anota o voto vencido do Ministro SIDNEI BANETI , que acrescenta que essa opção “retarda significativamente o desfecho dos processos, dada a criação de incidentes e recursos sobre a decisão interlocutória de inversão, para, só depois de julgados todos os recursos, permitir-se a prolação da sentença”, o que significa que a orientação adotada no douto acórdão analisado **privilegia mais o fornecedor do que o consumidor.**

O ilustre Ministro BENETI adota, em nosso entender, entendimento mais compatível com a política de proteção do consumidor, de exame da inversão e decisão fundamentada a seu respeito na própria sentença”e

5.3. Legitimação para Agir

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL N. 1.225.925-SP (2010/0211559-1)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Agravante: Bradesco Seguros S/A

Advogados: Luis Felipe Freire Lisboa e outro(s)

Sérgio Bermudes e outro(s)

Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Interessados: Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais e outros

EMENTA

Processual Civil. Agravo regimental no agravo regimental nos embargos de declaração no recurso especial. Ação Civil Pública. Consumidor. Causa de pedir relacionada à alegação da prática de fraude, pela seguradora, na recusa do pagamento da indenização decorrente de sinistros. Ministério Público. Legitimidade. Decisão mantida.

1. O Ministério Público tem legitimidade ativa para a propositura de ação civil pública objetivando a defesa de direitos individuais homogêneos, mormente se evidenciada a relevância social em sua proteção.

2. O Plenário do STF, em 7.8.2014, no julgamento do RE n. 631.111-GO, Relator Ministro *Teori Albino Zavascki*, DJe de 30.10.2014, cuja repercussão geral foi afirmada, relativo ao seguro obrigatório DPVAT, decidiu que, diante do “*interesse social qualificado na tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos* dos seus titulares, alegadamente *lesados de forma semelhante* pela Seguradora no pagamento das correspondentes indenizações” (grifei), o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública contra seguradora, “visando à tutela de direitos de pessoas titulares do seguro”.

3. No caso concreto, embora não cuide especificamente de DPVAT, aplica-se a mesma orientação adotada no precedente do STF, tendo em vista que a ação foi proposta sob a alegação de que a seguradora vem adotando, *sistematicamente*, prática censurável e ilegal, consistente em utilização de meios arditos para justificar a recusa do pagamento da indenização vinculada ao seguro, decorrente de sinistros.

4. Demanda que visa à tutela de interesses coletivos *lato sensu*, uma vez que a discussão transcende a esfera de interesses individuais dos efetivos contratantes, tendo reflexos em uma universalidade de potenciais consumidores que podem ser afetados pela *reiterada* prática apontada como abusiva.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Raul Araújo, dando provimento ao agravo regimental, para dar provimento ao recurso especial, divergindo do relator, e os votos dos Ministros Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão acompanhando o relator, e o voto da Ministra Maria Isabel Gallotti no sentido da divergência, a Quarta Turma, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator. Vencidos os Ministros Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti, que davam provimento ao agravo regimental para dar provimento ao recurso especial. Votaram vencidos os Srs. Ministros Raul Araújo (voto-vista) e Maria Isabel Gallotti.

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 5 de maio de 2015 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão desta relatoria que, no julgamento do agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal, reconsiderou decisões

monocráticas anteriores e negou provimento ao recurso especial (e-STJ fls. 619-623).

Os embargos de declaração opostos pelo recorrente haviam sido acolhidos (e-STJ fl. 614).

No presente recurso (e-STJ fls. 626-642), o agravante insiste em sustentar a ilegitimidade ativa do Ministério Público para a demanda subjacente, ao argumento de que os direitos nela tutelados seriam individuais, divisíveis e disponíveis.

Ao final, requer a reconsideração da decisão monocrática ou sua apreciação pelo Colegiado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): A irresignação não merece prosperar.

O agravante não trouxe nenhum argumento capaz de afastar os termos da decisão agravada, razão pela qual deve ser mantida por seus próprios fundamentos (e-STJ fls. 619-623):

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão desta relatoria que deu provimento ao recurso especial, reconhecendo a ilegitimidade do Ministério Público para a ação de cobrança do seguro DPVAT (e-STJ fls. 598-599).

Os embargos de declaração opostos pelo agravado foram acolhidos (e-STJ fl. 614).

No presente recurso (e-STJ fls. 608-612), o agravante aduz que o direito material em litígio envolve lesão a uma coletividade de consumidores, os quais deixaram de receber a indenização decorrente de sinistros, por conta de suposta conduta fraudulenta da seguradora, ora recorrida. Assim, a matéria posta na demanda originária não diz respeito a interesse meramente individual, mas coletivo, diante da excepcional natureza que o reveste, decorrendo daí a legitimidade do Ministério Público.

Ao final, requer a reconsideração da decisão recorrida ou sua apreciação pelo Colegiado.

É o relatório.

Com razão a agravante.

Esclareça-se inicialmente que, ao contrário do que ficou consignado nas decisões anteriores, a ação originária não versa sobre cobrança do seguro DPVAT. Trata-se, na verdade, de ação civil pública ajuizada em prol de interesses dos consumidores/segurados, cuja causa de pedir está relacionada à alegação de fraude na recusa, pela agravada, do pagamento da indenização decorrente de sinistros.

Em tais circunstâncias, reconsidero as decisões de fls. 598-599 e 614 (art. 259 do RISTJ) e passo ao exame do recurso especial.

O acórdão impugnado reconheceu a legitimidade do Ministério Público para a demanda em questão, nos termos da fundamentação a seguir transcrita (e-STJ fls. 531-533).

No caso em tela, o Ministério Público ajuizou ação visando à defesa das três modalidades de interesses coletivos *latu sensu* e não apenas interesses individuais homogêneos, como quer fazer crer o agravante. Visa o *Parquet* proteger o interesse não apenas daqueles que já contrataram com a agravante, que podem defender o seu direito em ação individual, mas também de todos os novos possíveis contratantes.

A ação foi proposta sob a alegação de que a agravante vem adotando prática abusiva, censurável e ilegal, disseminada no mercado de seguros, consistente em, através de seus funcionários, representantes ou empresas de investigação, negar pagamento de indenizações devidas em razão de furto ou roubo de veículos por ela segurados, com base em documentos, certidões ou declarações da Polícia Rodoviária Federal de Mato Grosso do Sul, da Polícia Nacional de Puerto Suarez na Bolívia, bem como contratos privados celebrados no Paraguai, dentre outros, para sustentar o pretenso e prévio envio do veículo ao exterior, pelo próprio consumidor-contratante, em fraude ao seguro.

Além dos pedidos indenizatórios, a pretensão é a de que a ré seja obrigada a dar ao consumidor o valor equivalente ao capital segurado, devidamente corrigido, em todos os casos em que a suposta ou alegada fraude tenha sido o motivo da recusa e não tenha resultado em inquérito policial; o referido investigatório tenha sido arquivado; ou eventual ação penal não tenha resultado em condenação, sob pena de multa. Pede, também, que a ré seja obrigada a comunicar ao consumidor, por escrito e no prazo de 30 dias, o motivo da recusa à indenização do capital segurado, franqueando-lhe o acesso aos documentos que sustentam a negativa, sob pena de multa, bem como a publicação em jornais de grande circulação da sentença condenatória.

Claro, portanto, que a ação se dirige, também, à proteção de consumidores não identificados e a possíveis consumidores.

Não importam, pelo visto, as características de cada sinistro, porque os que interessam à ação são apenas aqueles em que o pagamento da indenização está sendo recusado pela mencionada fraude, sem prova obtida através de investigação idônea e oficial.

De se ver que, ainda que se entendesse que só há interesses individuais a serem protegidos, não há como negar o seu caráter coletivo e a conseqüente legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação.

Os individuais homogêneos, espécie do gênero coletivo, têm titular identificável e objeto divisível, caracterizando-se por sua origem comum, que nos autos se reflete na similaridade da relação jurídica contratual estabelecida com o agravante. A homogeneidade, por sua vez, verifica-se pela reiteração de uma conduta supostamente lesiva, praticada pelo agravante, em relação a todos os consumidores.

Daí o pleno cabimento da demanda e a indubitosa legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos, já reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça e também por esta Câmara.

Havendo interesses coletivos *latu sensu* a serem protegidos, claro também o interesse processual do Ministério Público para a propositura da ação.

De fato, observa-se que a ação civil pública de que se trata, além da proteção a consumidores lesados pela suposta conduta fraudulenta da recorrida, visa a tutelar interesses de consumidores identificados e de novos possíveis contratantes.

Sendo assim, não há dúvida quanto à legitimidade do Ministério Público, afigurando-se correta, portanto, a conclusão do acórdão recorrido.

Em casos análogos, esta Corte Superior tem afirmado, reiteradamente, a legitimidade do *Parquet* para a tutela de interesses dos consumidores. Dentre os inúmeros precedentes, confirmam-se os seguintes:

Recurso especial. Ação Civil Pública. Serviços de telefonia. Instalação. Autorização expressa. Impossibilidade jurídica do pedido. Ministério Público. Legitimidade. Prova. Cadastro de inadimplentes. Inscrição. Cancelamento. Artigos 43 e 48, do CDC.

Prequestionamento. Súmulas n. 282 e 356-STF. Não provimento.

1. À minguada de obstáculo, em abstrato, no ordenamento jurídico, não há impossibilidade do pedido formulado em ação civil pública no sentido de abster-se a Brasil Telecom S/A de prestar serviço sem a autorização expressa do consumidor.

2. O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação em defesa de direito difuso, de futuras eventuais vítimas, e individuais homogêneos, de pessoas já vitimadas, integrantes do mercado consumidor. Precedentes.

3. Não houve apreciação no acórdão recorrido dos artigos 43 e 48, do CDC, e nem ele foram opostos embargos de declaração a fim de suscitar-lhes a discussão, o que atrai os Verbetes n. 282 e n. 356, da Súmula do STF.

4. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp n. 976.217-RO, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 11.9.2012, DJe 15.10.2012).

Recurso especial. Ação Civil Pública. Negativa de prestação jurisdicional. Ausência de especificação dos vícios do art. 535 do Código de Processo Civil. Súmula n. 284-STF. Legitimidade ativa do Ministério Público. Direitos individuais homogêneos. Relevância social evidenciada. Legitimidade configurada. Precedentes. Inadequação da via eleita. Ausência de interesse de agir. Dispositivos apontados como violados destituídos de comando normativo suficiente para amparar a pretensão da recorrente. Súmula n. 284-STF. *“Factoring”*. Descaracterização. Financiamento para aquisição de veículos automotores. Reexame de cláusulas contratuais. Inviabilidade. Súmula n. 5-STJ. Código de Defesa do Consumidor. Incidência. Precedente da Terceira Turma. Empresa de *“factoring”*. Taxa de juros remuneratórios. Limitação. Repetição em dobro. Art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Ausência de má-fé.

1. Deixando a parte embargante de especificar em que consistiriam os vícios (omissão, contradição ou obscuridade) na decisão embargada, incide o óbice contido na Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal.

2. *O Ministério Público tem legitimidade processual para a propositura de ação civil pública objetivando a defesa de direitos individuais homogêneos, mormente se evidenciada a relevância social na sua proteção.*

3. *No caso em apreço, a discussão transcende a esfera de interesses individuais dos efetivos contratantes, tendo reflexos em uma universalidade de potenciais consumidores que podem ser afetados pela prática apontada como abusiva.*

4. Os artigos 13 e 21 da Lei n. 7.347/1985 não possuem conteúdo normativo suficiente para amparar as teses da recorrente - de inadequação da via eleita e de ausência de interesse de agir.

5. O acórdão recorrido, para concluir pela descaracterização da operação de *“factoring”*, incursionou detalhadamente na apreciação das cláusulas contratuais, de modo que a reforma do julgado demandaria nova interpretação de tais cláusulas, providência inviável no âmbito do recurso especial, a teor da Súmula n. 5 do Superior Tribunal de Justiça.

6. À luz do quadro probatório, nos moldes como delineado pelo Tribunal de origem, é possível identificar pelos menos duas características do negócio que o afastam da atividade de *“factoring”*: o consumidor na

posição de “contratado” e a previsão de cláusula de reserva de domínio em favor da faturizadora.

7. “O contrato de financiamento entre a empresa faturizadora e a adquirente do bem, distinto do contrato de *factoring*, está alcançado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor” (REsp n. 329.935-MG, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 26.8.2002, DJ 25.11.2002, p. 229).

8. As empresas de “*factoring*” não integram o Sistema Financeiro Nacional, estando a taxa de juros remuneratórios limitada a 12% (doze por cento) ao ano.

9. Consoante jurisprudência consolidada desta Corte, a condenação à repetição em dobro do indébito, prevista no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, pressupõe, além da ocorrência de pagamento indevido, a má-fé do credor.

10. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido.

(REsp n. 726.975-RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 20.11.2012, DJe 6.12.2012)

Administrativo e Processual Civil. Energia elétrica. Violação do art. 535 do CPC. Alegação genérica. Súmula n. 284-STJ. Ministério Público. Legitimidade. Ação Civil Pública. Fraude no medidor.

Apuração unilateral. Impossibilidade de corte no fornecimento.

1. A agravante limitou-se a alegar, genericamente, ofensa ao art. 535 do CPC, sem explicitar os pontos em que teria sido omissa o acórdão recorrido. Incidência da Súmula n. 284-STF.

2. Quanto à apontada contrariedade aos dispositivos da Resolução n. 456/2000 da ANEEL, a jurisprudência já é pacífica no sentido da impossibilidade desta análise em sede de recurso especial, uma vez que não se encontra inserida no conceito de lei federal.

3. O Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar em defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores. Precedentes do STJ.

4. É ilegítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais quando o débito decorrer de suposta fraude no medidor de consumo de energia apurada unilateralmente pela concessionária.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.344.098-MT, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 13.11.2012, DJe 20.11.2012)

Processual Civil. Consumidor. Civil. Recurso especial. Ação Civil Pública. Cláusula de contrato de seguro. Perda total ou furto de veículo. Indenização. Valor de mercado referenciado. Inexistência de abusividade. Legalidade. Recurso parcialmente conhecido e provido.

1. Não há violação ao art. 535 do Código de Processo Civil quando o acórdão hostilizado, embora não examine individualmente cada um dos argumentos suscitados pela parte, adota fundamentação suficiente, decidindo integralmente a controvérsia. É indevido conjecturar-se a existência de omissão, contradição ou obscuridade no julgado apenas porque decidido em desconformidade com os interesses da parte.

2. É inviável o exame, na via estreita do recurso especial, de alegada ofensa a dispositivo constitucional.

3. Fica inviabilizado o conhecimento de tema trazido na petição de recurso especial, mas não debatido e decidido nas instâncias ordinárias, tampouco alegado em sede de embargos de declaração, porquanto ausente o indispensável prequestionamento.

4. *O Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública, na defesa de interesses individuais homogêneos, nos termos do art. 81, III, do Código de Defesa do Consumidor.*

5. Não há julgamento extra petita, quanto à anulação de ato normativo da SUSEP, porquanto consta do pedido formulado na exordial da ação civil pública.

6. As seguradoras disponibilizam mais de uma espécie de contrato de seguro de automóvel ao consumidor, cada qual com diferentes preços.

Há contratos que estabelecem que a indenização do sinistro deve ser feita pelo valor do veículo determinado na apólice e há contratos que determinam que essa indenização securitária seja realizada pelo valor de mercado referenciado. Cabe ao consumidor optar pela modalidade que lhe pareça mais favorável.

7. Não é abusiva, por si só, a cláusula dos contratos de seguro que preveja que a seguradora de veículos, nos casos de perda total ou de furto do bem, indenize o segurado pelo valor de mercado na data do sinistro.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp n. 1.189.213-GO, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 22.2.2011, DJe 27.6.2011).

Nessas condições, *reconsidero* a decisão agravada (e-STJ fls. 598-599), com fundamento no art. 259 do RISTJ, para *conhecer* do agravo regimental e *negar provimento* ao recurso especial.

Publique-se e intimem-se.

Consoante ressaltado na decisão recorrida, não há falar em ilegitimidade ativa do Ministério Público para a ação civil pública originária, cuja causa de pedir está relacionada à alegação de fraude na recusa, pela seguradora ora recorrente, ao pagamento da indenização resultante de sinistros.

Dessarte, o interesse tutelado nesta ação, além de sua relevância social, não é meramente individual como sustenta a recorrente, uma vez que transcende a esfera de interesses dos efetivos contratantes, tendo reflexo em uma universalidade de potenciais consumidores que podem, igualmente de forma sistemática e reiterada, ser afetados pela prática apontada como abusiva.

Destaco, ainda, que o Plenário do STF, em 7.8.2014, no julgamento do RE n. 631.111-GO, Relator Ministro *Teori Albino Zavascki*, DJe de 30.10.2014, cuja repercussão geral foi afirmada, relativo ao seguro obrigatório DPVAT, decidiu que, diante do “*interesse social qualificado na tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos* dos seus titulares, alegadamente *lesados de forma semelhante* pela Seguradora no pagamento das correspondentes indenizações” (grifei), o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública contra seguradora, “visando à tutela de direitos de pessoas titulares do seguro”. Eis a integral ementa do acórdão:

Constitucional e Processual Civil. Ação Civil Coletiva. Direitos transindividuais (difusos e coletivos) e direitos individuais homogêneos. Distinções. Legitimação do Ministério Público. Arts. 127 e 129, III, da CF. Lesão a direitos individuais de dimensão ampliada. Comprometimento de interesses sociais qualificados. Seguro DPVAT. Afirmação da legitimidade ativa.

1. Os direitos difusos e coletivos são transindividuais, indivisíveis e sem titular determinado, sendo, por isso mesmo, tutelados em juízo invariavelmente em regime de substituição processual, por iniciativa dos órgãos e entidades indicados pelo sistema normativo, entre os quais o Ministério Público, que tem, nessa legitimação ativa, uma de suas relevantes funções institucionais (CF art. 129, III).

2. Já os direitos individuais homogêneos pertencem à categoria dos direitos subjetivos, são divisíveis, tem titular determinado ou determinável e em geral são de natureza disponível. Sua tutela jurisdicional pode se dar (a) por iniciativa do próprio titular, em regime processual comum, ou (b) pelo procedimento especial da ação civil coletiva, em regime de substituição processual, por iniciativa de qualquer dos órgãos ou entidades para tanto legitimados pelo sistema normativo.

3. Segundo o procedimento estabelecido nos artigos 91 a 100 da Lei n. 8.078/1990, aplicável subsidiariamente aos direitos individuais homogêneos de um modo geral, a tutela coletiva desses direitos se dá em duas distintas fases: uma, a da ação coletiva propriamente dita, destinada a obter sentença

genérica a respeito dos elementos que compõem o núcleo de homogeneidade dos direitos tutelados (*an debeat, quid debeat* e *quis debeat*); e outra, caso procedente o pedido na primeira fase, a da ação de cumprimento da sentença genérica, destinada (a) a complementar a atividade cognitiva mediante juízo específico sobre as situações individuais de cada um dos lesados (= a margem de heterogeneidade dos direitos homogêneos, que compreende o *cui debeat* e o *quantum debeat*), bem como (b) a efetivar os correspondentes atos executórios.

4. O art. 127 da Constituição Federal atribui ao Ministério Público, entre outras, a incumbência de defender “interesses sociais”. Não se pode estabelecer sinonímia entre interesses sociais e interesses de entidades públicas, já que em relação a estes há vedação expressa de patrocínio pelos agentes ministeriais (CF, art. 129, IX). Também não se pode estabelecer sinonímia entre interesse social e interesse coletivo de particulares, ainda que decorrentes de lesão coletiva de direitos homogêneos. Direitos individuais disponíveis, ainda que homogêneos, estão, em princípio, excluídos do âmbito da tutela pelo Ministério Público (CF, art. 127).

5. No entanto, há certos interesses individuais que, quando visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, têm a força de transcender a esfera de interesses puramente particulares, passando a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade. Nessa perspectiva, a lesão desses interesses individuais acaba não apenas atingindo a esfera jurídica dos titulares do direito individualmente considerados, mas também comprometendo bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação é cara a uma comunidade maior de pessoas. Em casos tais, a tutela jurisdicional desses direitos se reveste de interesse social qualificado, o que legitima a propositura da ação pelo Ministério Público com base no art. 127 da Constituição Federal. Mesmo nessa hipótese, todavia, a legitimação ativa do Ministério Público se limita à ação civil coletiva destinada a obter sentença genérica sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos individuais homogêneos.

6. Cumpre ao Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais, identificar situações em que a ofensa a direitos individuais homogêneos compromete também interesses sociais qualificados, sem prejuízo do posterior controle jurisdicional a respeito. Cabe ao Judiciário, com efeito, a palavra final sobre a adequada legitimação para a causa, sendo que, por se tratar de matéria de ordem pública, dela pode o juiz conhecer até mesmo de ofício (CPC, art. 267, VI e § 3º, e art. 301, VIII e § 4º).

7. Considerada a natureza e a finalidade do seguro obrigatório DPVAT – Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre (Lei n. 6.194/1974, alterada pela Lei n. 8.441/1992, Lei n. 11.482/2007 e Lei n. 11.945/2009) -, há interesse social qualificado na tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos dos seus titulares, alegadamente lesados de forma semelhante pela Seguradora no pagamento das correspondentes indenizações. A hipótese guarda semelhança com outros direitos individuais homogêneos em relação aos

quais - e não obstante sua natureza de direitos divisíveis, disponíveis e com titular determinado ou determinável -, o Supremo Tribunal Federal considerou que sua tutela se revestia de interesse social qualificado, autorizando, por isso mesmo, a iniciativa do Ministério Público de, com base no art. 127 da Constituição, defendê-los em juízo mediante ação coletiva (RE n. 163.231-SP, AI n. 637.853 AgR-SP, AI n. 606.235 AgR-DF, RE n. 475.010 AgR-RS, RE n. 328.910 AgR-SP e RE n. 514.023 AgR-RJ).

8. Recurso extraordinário a que se dá provimento.

Tal precedente, sem dúvida, aplica-se ao presente caso, *embora aqui não se trate de seguro DPVAT*. É que, nestes autos, a seguradora reiteradamente tem deixado de pagar o seguro mediante artifícios semelhantes. No julgado do STF, por sua vez, a seguradora respectiva, utilizando outros artifícios e também de forma sistemática, vem pagando valor menor que o devido aos segurados. Para efeito de aferir a legitimidade ativa do Ministério Público, portanto, não se verifica diferença substancial entre esta ação e a que foi objeto do precedente do STF, ambas cuidando de direitos individuais homogêneos sistematicamente violados por seguradora.

Assim, não prosperam as alegações recursais, incapazes de alterar o fundamento da decisão impugnada.

Diante do exposto, *nego provimento* ao agravo regimental.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Raul Araújo: Cuida-se de recurso especial interposto por *Bradesco Seguros S/A*, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, em face de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que guarda a seguinte ementa:

Ação Civil Pública. Seguro de veículo. Legitimidade ativa e interesse processual do Ministério Público para propor ação em que se discutem interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Interesse social caracterizado. Agravo não provido. (fl. 530)

Em decisão singular, o ilustre Relator deu provimento ao recurso especial sob o entendimento de que o Ministério Público não detém legitimidade para postular complementação de valores relativos a seguros DPVAT (Súmula n. 470-STJ) - fls. 598-599.

Foram opostos embargos de declaração por Bradesco Seguros S/A (fls. 603-605) e agravo regimental pelo Ministério Público Federal (fls. 608-612).

Os embargos de declaração foram acolhidos para declarar extinta a demanda originária, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

No julgamento do agravo regimental, foi reconsiderada a decisão de fls. 598-599, para conhecer do agravo regimental e negar provimento ao recurso especial, reconhecendo-se a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento da presente ação.

Veio, então, agravo regimental de Bradesco Seguros S/A, ao qual o ilustre Relator negou provimento, sob o entendimento de que “a ação civil pública de que se trata, além da proteção a consumidores lesados pela suposta conduta fraudulenta da recorrida, visa a tutelar interesses de consumidores identificados e de novos possíveis contratantes”.

Pedi vista dos autos para uma mais próxima capacitação acerca da controvérsia, especialmente no que toca à presença das condições da ação.

No recurso especial, aponta a Bradesco Seguros violação ao art. 81 do Código de Defesa do Consumidor e dissídio jurisprudencial em relação ao REsp n. 858.056-GO, no qual se discute a legitimidade do Ministério Público para discutir a complementação de indenização relativa ao DPVAT. Afirma a recorrente a ilegitimidade ativa do *Parquet* para tutela de direitos individuais identificáveis e disponíveis.

Os fatos que renderam ensejo à propositura da presente ação estão assim descritos na inicial, no que interessa:

Nesse sentido, utilizava ou utiliza (a Seguradora - acréscimo nosso) “documentos” diversos, notadamente certidões ou declarações da Polícia Rodoviária Federal no Estado de Mato Grosso do Sul, da Polícia Nacional de Puerto Suarez na Bolívia, bem como contratos privados celebrados no Paraguai, em Ciudad Del Este, dentre outros, para sustentar o pretense e prévio envio do veículo ao exterior, pelo próprio consumidor-contratante, em fraude do seguro.

Através de tais documentos - e referida alegação - recusava ou recusa o pagamento da devida indenização; com base nesses mesmos documentos, ainda constrangia ou constrange o consumidor a desistir do recebimento do seguro a que tinha ou tem direito, ameaçando-o com futura persecução penal.

(...)

As aludidas certidões ou declarações da Polícia Rodoviária Federal, em geral, afirmam que o veículo segurado fora fiscalizado quando era conduzido rumo a alguma cidade de fronteira, não constante, a apurado, fosse condutor o proprietário. Por fim, esses “documentos” também certificam que o veículo não retornou - ou não teria retornado - ao Brasil.

(...)

Nesse passo, na posse de tais “pseudo-documentos” - isto é, “declarações”, “certidões” ou “contrato provado” paraguaio - *um representante da empresa-ré procurava - ou procura - o consumidor segurado e passava - ou passa - a intimidá-lo, alegando a prática de crime de fraude contra seguro*, porque seu veículo teria sido visto no exterior ou negociado fora do Brasil antes da ocorrência do furto ou do roubo; *assim, o representante da seguradora-ré, ou pessoa de empresa de investigação por ela contratada, intimidava o consumidor-contratante para deste obter “carta de desistência” da indenização do seguro*; caso contrário, acabaria, ele consumidor, preso e processado criminalmente. Aliás, **por diversas vezes, a seguradora requereu a instauração de inquérito policial nesse contexto** (ver relação a fls. 137-142).

(...)

Em resumo, a demandada Bradesco Seguros S/A recusava ou recusa ao segurado o direito à indenização, o constringia ou constringe com ameaça de representação criminal pela prática do delito de estelionato na modalidade de fraude para recebimento de indenização e valor de seguro (Código Penal, art. 171, § 2º, inc. V), *que sabia ou sabe não ter ocorrido e, em diversos ou inúmeros casos, provocava - ou provoca - a instauração de inquérito policial contra aquele (consumidor-contratante), como forma de simular “legitimidade” ou justa causa para recusa do pagamento do seguro devido.*” (fls. 32, 35 e 38)

Confira-se o teor dos pedidos feitos na inicial:

1. Ante o exposto, requer-se, no mérito, seja a presente ação julgada procedente, tornando-se definitiva a medida liminar e proferindo-se sentença em desfavor da ré, a fim de que:

1.1. *seja condenada na obrigação de dar, consistente em indenizar o consumidor no valor equivalente ao capital segurado, devidamente corrigido, em todos os casos em que a suposta ou alegada fraude tenha sido o motivo para recusa e não tenha resultado em inquérito policial; o referido investigatório tenha sido arquivado; ou a eventual ação penal não tenha resultado em condenação, sob pena de multa diária de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por cada descumprimento;*

1.2. *seja a ré condenada na obrigação de fazer, consistente em no prazo de 30 dias, contados da comunicação do sinistro, providenciar, de imediato, o pagamento do capital segurado, ou no mesmo prazo, providenciar a notificação*

por escrito do consumidor, explicando as razões de sua negativa; franqueando-lhe acesso aos documentos que deram motivo à recusa da indenização e, em caso de suspeita de fraude, a comprovação da comunicação à autoridade pública competente, sob pena de multa diária de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por cada descumprimento;

2. seja condenada, genericamente, para posterior liquidação de sentença (CDC, art. 95), a:

2.1. indenizar integralmente pelos danos materiais causados a todos os consumidores segurados, que tiveram o pagamento da indenização do seguro recusado por motivo de “suspeita de fraude”, sem que tenha havido a instauração de inquérito policial; ou este tenha sido arquivado; ou, ainda, a ação penal instaurada não tenha resultado em condenação;

2.2. *ressarcir os danos morais causados a todos os consumidores segurados, que tiveram o pagamento da indenização do seguro recusado por motivo de “fraude”, sem que tenha havido a instauração de inquérito policial; ou este tenha sido arquivado; ou, ainda, a ação penal instaurada não tenha resultado em condenação, fixando-se o valor indenizatório em quantia não inferior ao da indenização a que o consumidor teria direito, atualizada até a data do efetivo pagamento, acrescida de juros de mora e outros consectários;*

3. seja compelida a ré a publicar, após o trânsito em julgado, a r. sentença condenatória, para o conhecimento geral, em jornais de grande circulação, como o “Estado de São Paulo” e a “Folha de São Paulo”; (fls. 59-60)

Como se vê, pelo que consta da inicial, o Ministério Público promove a ação civil pública tendo como causa de pedir a imputação aos representantes da seguradora ré da prática de crimes: a) de calúnia, de ação penal privada, cuja conduta se consubstanciaria na imputação a segurados de fatos definidos como crimes (Código Penal, art. 138); e b) de denúncia caluniosa (Código Penal, art. 339), de ação penal pública, ao darem causa à instauração de investigações policiais contra segurados que os ofensores sabem ser inocentes.

Noutra hipótese, a seguradora ré estaria apenas exercendo regularmente seu direito subjetivo público de, como ofendida ou prejudicada, atuar na conformidade do Código de Processo Penal que estabelece em seus:

Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

I - de ofício;

II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

§ 1º O requerimento a que se refere o n. II conterà sempre que possível:

- a) a narração do fato, com todas as circunstâncias;
- b) a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos de impossibilidade de o fazer;
- c) a nomeação das testemunhas, com indicação de sua profissão e residência.

§ 2º Do despacho que indeferir o requerimento de abertura de inquérito caberá recurso para o chefe de Polícia.

§ 3º *Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.*

§ 4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.

§ 5º *Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.*

Art. 6º Logo que tiver *conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:*

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; (Redação dada pela Lei n. 8.862, de 28.3.1994) (*Vide Lei n. 5.970, de 1973*)

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; (Redação dada pela Lei n. 8.862, de 28.3.1994)

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV - ouvir o ofendido;

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

Sob essa perspectiva, causa estranheza a propositura, pelo órgão titular da *persecutio criminis*, de ação de índole civil para, das duas uma: I) conter supostas práticas criminosas por parte da ré e de seus representantes; ou II) inibir o exercício regular de direito e dever de um ofendido comunicar às autoridades competentes a ocorrência de práticas criminosas, para as devidas e necessárias apurações.

Descartando-se a segunda hipótese acima, chega-se a estranha conclusão: move-se esta ação civil pública para que a ré seja impedida de praticar, ou seguir praticando, atos ilícitos que a lei já proíbe e até qualifica como crimes, ao invés de cogitar-se de propositura de ação penal pública.

Ao transformar uma pretensão que deveria ser de índole nitidamente penal em ação civil pública, os pedidos feitos na inicial partem da premissa de que todas as recusas manifestadas pela seguradora sob a alegação de ocorrências de fraudes são levianas, injustas e irregulares.

Entende a promovente que somente poderia haver negativa de cobertura quando houvesse a instauração de inquérito policial sobre o fato e do inquérito resultasse o ajuizamento de ação penal, fatos que independem do suposto ofendido, pois relacionados, muito mais, com a eficiência dos órgãos de investigação criminal.

Então, mais do que discutir-se acerca da legitimidade do Ministério Público para a propositura desta insólita ação civil pública, supostamente relativa à relação de consumo, a questão perpassa pelas condições da ação, dizendo mais de perto com o interesse e necessidade do Ministério Público para, em caso de crimes, propor ação de natureza civil, buscando repelir condutas criminosas.

Na realidade, caberia ao Ministério Público reprimir as condutas fraudulentas que noticia, cada uma delas, acionando a responsabilidade penal dos implicados, em âmbito penal.

Cabe lembrar que cada recusa é fato individual, não cabendo a presunção de que todas sejam levianas. Se tal ocorre, imperiosa se faz a instauração de inquérito contra a seguradora e seus representantes, que estariam intimidando criminosamente os consumidores.

Apesar de haver a narrativa de que existe um padrão para as recusas ao pagamento do seguro, todas realizadas mediante a mesma fraude praticada pela seguradora a partir de documentos insubsistentes, obtidos de fontes pouco confiáveis, o certo é que as negativas de cobertura advêm de fatos diversos,

pois são feitas a partir da análise de cada caso concreto, de cada contrato, das circunstâncias em que noticiado o sinistro. Assim, não se mostra possível identificar uma mesma situação fática a dar ensejo ao reconhecimento de interesses individuais homogêneos.

Afinal, ou a recusa, em princípio, se consubstancia em exercício regular de direito, ou as condutas da Seguradora e seus agentes devem ser apuradas em âmbito penal.

Noutra ordem de ideias, os interesses perseguidos na presente demanda são nitidamente divisíveis, o que afasta a possibilidade de serem tutelados na qualidade de interesses difusos e coletivos, nos termos do que dispõe o art. 81, parágrafo único, I e II, do Código de Defesa do Consumidor. A soma das lesões individuais não chega a causar impacto social suficiente a ensejar a atuação do Ministério Público.

Transcreve-se, a propósito, trecho do voto do ilustre *Ministro João Otávio de Noronha*, no julgamento do REsp n. 858.056-GO, apontado como paradigma, *verbis*:

Há de se considerar que, não obstante a Carta Magna estabelecer que ao Ministério Público compete a defesa dos direitos individuais indisponíveis, essa regra tem ganhado contornos mais brandos na interpretação doutrinária e jurisprudencial, principalmente após o advento do Código de Defesa do Consumidor. Isso se verifica nas hipóteses em que os interesses lesados tenham natureza divisível e individual, mas caráter de indivisibilidade e indisponibilidade, por tocarem a relevantes interesses sociais, de forma que, se lesados, repercutam negativamente na ordem social. Humberto Theodoro Júnior, cita entre tais direitos, os atinentes à saúde, educação etc. Observa-se, em sua obra "Curso de Direito Processual Civil, vol. III, 38ª edição, p. 543-545, o seguinte:

Todavia, pode haver hipótese em que, num só ato, dois são os interesses lesados: um de natureza divisível, individual, subjetiva, cuja defesa cabe ao próprio lesado; e outro, de caráter indivisível, coletivo e difuso, de interesse social, cuja proteção se impõe ao Ministério Público. São. *v.g.* indivisíveis os interesses atinentes à saúde, à educação, ao transporte coletivo, etc., porque uma vez ignorados geram grandes transtornos para a sociedade. O Ministério Público, então, estaria legitimado não pelo simples fato de haver uma soma de interesses individuais, mas sim pelo fato de a lesão a um direito subjetivo desse tipo causar repercussões prejudiciais a toda coletividade. Seria, então, o interesse social, como direito difuso, que estaria sendo protegido e tutelado pelo Ministério Público, e não apenas os direitos individuais homogêneos dos diversos prejudicados *de per si*.

O doutrinador, contudo, citando o e. Ministro desta Casa, Teori Albino Zavascki, elucida que o critério de relevância social não é quantitativo, mas qualitativo, pois envolve valores basilares da sociedade:

Não é pelo simples fato de serem tratados numa dimensão coletiva, que os direitos individuais assumem relevância social. Alerta Teori Albino Zavascki que os "direitos individuais só devem ser considerados como de interesse social quando sua lesão tiver alcance mais amplo que o da simples soma das lesões individuais, por comprometer também valores comunitários especialmente privilegiados pelo ordenamento jurídico.

Na hipótese verificada nos autos, os direitos defendidos são autônomos e disponíveis, e não vejo neles nenhum tipo de aglutinação que lhes confira caráter de indisponibilidade. O fato de a contratação do seguro ser obrigatória e atingir a população de modo geral não lhe confere tal relevância social a ponto de torná-la defensável via ação coletiva proposta pelo Ministério Público.

Do contrário, poder-se-ia absurdamente considerar que todo interesse que diga respeito à uma parcela da sociedade possa ser classificado como basilar; isso nivelaria tais valores numa superfície indesejável, banalizando os que são radicados como força informadora social.

Conclui o eminente doutrinador citado:

Não se pode admitir, todavia, que o Ministério Público use sua titularidade da ação civil pública (coletiva por natureza) para utilizá-la em ação singular na defesa individual e isolada determinado consumidor. A substituição processual ocorre sempre como exceção aberta pela lei (CPC, art. 6º). A que se dá na ação civil pública é necessariamente coletiva. Pode até existir substituição processual exercitável pelo Ministério Público em relação a indivíduo apartado de qualquer coletividade, mas isto dependerá de previsão em lei especial. Fora dessas situações excepcionais, o Ministério Público é carecedor de ação individual em defesa do consumidor.

O seguro em questão, embora tenha como obrigatória sua contratação, formaliza acordo que vincula apenas a empresa de seguro e o contratado, concebendo uma relação de natureza eminentemente particular, tanto que, na ocorrência de sinistro, o beneficiário pode deixar de requerer a cobertura ou dela dispor como bem entender.

Com essas considerações, e com a devida vênia do ilustre Relator, dou provimento ao agravo regimental, para dar provimento ao recurso especial, reconhecendo a carência de ação do órgão promovente.

É como voto.

VOTO VENCIDO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Sr. Presidente, com a devida vênia, considero que o precedente do STF acerca da legitimidade do Ministério Público em caso de DPVAT não se aplica ao presente caso.

Com efeito, no caso em exame não se cuida de seguro obrigatório de veículos automotores - de nítido caráter social, e, ademais, estritamente disciplinado por legislação de ordem pública -, mas de seguro facultativo.

Penso que a legitimidade ativa do Ministério Público para o ajuizamento de ação coletiva em defesa de interesses individuais disponíveis pressupõe que se trate de direitos individuais homogêneos.

O Ministério Público não tem legitimidade para ajuizar ação em defesa de direitos individuais disponíveis, que se baseiem em episódios individuais de supostos crimes e, portanto, necessariamente heterogêneos.

O Ministério Público alega que a seguradora recusa cobertura constringendo consumidores com a ameaça de persecução criminal em casos que reputa fraudulentos, em que os veículos foram levados para o outro lado da fronteira.

Não se pode generalizar a conduta dos segurados, que acionam o seguro e o carro é encontrado no exterior, e nem da seguradora, com a alegação de que presumidamente exerce pressão ilegítima sobre segurados.

Cada episódio de suposta fraude ou constringimento ilegal deve ser objeto de apuração em procedimento próprio, na via criminal e cível. Não se pode generalizar os episódios em que supostamente pode ter havido fraude ou negativa indevida pela seguradora. O meio adequado para tal investigação e as providências cabíveis - contra a seguradora ou contra eventual segurado fraudador - certamente não é a ação civil pública, a qual pressupõe direitos individuais homogêneos.

Parece-me manifesta, data vênia, a carência de ação.

Portanto, *data maxima venia*, acompanho a divergência.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

*Aurélio Virgílio Veiga Rios**

COMENTÁRIOS SOBRE JULGADOS DO STJ A RESPEITO DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEFESA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

As poucas vitórias expressivas que obtive, ao longo de tantos anos atuando como membro do Ministério Público (MP), com a incumbência de propor ações civis públicas e outras medidas em defesa da sociedade, contam-se nos dedos das mãos e dos pés e, na melhor das hipóteses, asseguro, não chegariam a quarenta casos, comparados as centenas que passaram por mim em diferentes momentos da carreira.

Por isso mesmo as boas e decisivas vitórias devem ser celebradas com champanhe ou vistas como pequenas pérolas que se encaixam num colar de prata ou de ouro. Cada uma delas tem um significado muito especial e todas elas juntas me dão a certeza ou a ilusão de que foram importantes para a sociedade e que ajudaram a mudar, para melhor, a vida das inúmeras pessoas atingidas por essas decisões para as quais participaram inúmeros colegas dos mais diferentes níveis da carreira e muitos operadores do direito, em especial juízes e juízas que souberam fazer e, de fato, fizeram a diferença.

Sobre uma dessas pérolas do meu colar, irei comentar em breve, não como uma vitória pessoal ou corporativa do MP, nunca é, já que sempre fomos e seremos instrumentos para a defesa de direitos coletivos ou difusos, especialmente das populações mais vulneráveis, muito além da esfera individual de cada qual. Refiro-me a uma questão processual na sua aparência, mas que tem uma notável dimensão social e pública, cuja repercussão geral já fora reconhecida pelo STF: a legitimidade do Ministério Público para defender direitos individuais homogêneos quando evidente o interesse social comum a todos e a cada um deles. Vamos ao caso e as suas consequências.

Durante muito tempo a jurisprudência do STJ oscilou entre o reconhecimento da legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos homogêneos, mesmo quando esses direitos, indubitavelmente, eram revestidos de grande interesse social para a coletividade.

* Subprocurador Geral da República e Procurador Federal dos Direitos do Cidadão

Em destaque, e muito resumidamente, a divergência se dava entre os juízes e juízas que tinham uma visão mais ampla das hipóteses de legitimidade do Ministério Público em defesa do consumidor, em particular dos interesses individuais homogêneos, e os que limitavam a atribuição do Ministério Público em causas coletivas a partir da interpretação restritiva do STF que vedava ao parquet a defesa de direitos dos contribuintes em questões tributárias¹ e de todas demais que não estivessem expressamente previstas em lei².

Dentre os inúmeros julgados do STJ a respeito do tema, merece destaque positivo o acórdão proferido no RESP nº 797963/GO, da relatoria da Ministra Fátima Nancy Andrighi, que qualifica como relação consumerista aquela decorrente do interesse comum dos beneficiários do seguro obrigatório conhecido como DPVAT (danos Pessoais Causados a Veículos Automotores de Via Terrestre), reafirma que a defesa coletiva do consumidor tem conotação social relevante e, também por isso, legitima o ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério público, em substituição processual extraordinária, na defesa dos interesses individuais homogêneos, em particular das pessoas que sofreram lesão patrimonial em razão da seguradora ter pago a indenização correspondente ao DPVAT em valor inferior ao previsto na lei.

O referido precedente não prevaleceu na Corte e a jurisprudência da segunda sessão do STJ assentou a visão restritiva quanto a legitimação do MP para pleitear, em nome das vítimas de acidentes de carro, a indenização que entendia justa negada pelas seguradas. Exemplo disso foi a publicação da Súmula 470/STJ que convalidou, durante um bom tempo, o entendimento que “o Ministério Público não tem legitimidade para pleitear, em ação civil pública, a indenização decorrente do DPVAT em benefício do segurado”.

Num contexto de divergência de opiniões a respeito da legitimidade do MP para ações coletivas, em especial dos direitos individuais homogêneos, que tanto tem ocupado a doutrina e a jurisprudência, sempre fustigada pelo Ministério Público que nunca deixou de pugnar pela sua legitimação plena para a defesa de tais interesses, surge o RESP nº 855165/GO que veio a provocar, em definitivo, a mudança de paradigma do STJ a respeito do assunto com a uniformização de sua jurisprudência.

¹ Vide STF, RE 195056/PR, DJU de 30.05.2003, Rel. Min. CARLOS VELLOSO e STJ, AgRg no REsp 539399 - ES, julg. em 14.10.2003, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO.

² Vide STJ, Resp 97455, DJU, 10.12.96, Rel. Min. Demócrito Reinaldo

Foram muitos os passos desde o momento do ajuizamento da ação, passando pela decisão da Quarta Turma do STJ que deu provimento ao recurso especial de uma seguradora em desfavor da tese defendida pelo MP até o cancelamento muito recente da referida súmula 470/STJ³ na esteira do julgamento do RE 631111/GO pelo STF, onde foi reconhecida a repercussão geral do tema e pacificada a atual jurisprudência sobre a atribuição plena do Ministério Público para defender direitos individuais homogêneos por meio da ação civil pública quando houver interesse social relevante na demanda.

Como o propósito dessa publicação é comentar julgados importantes do STJ na defesa dos consumidores, coube-me por irregular distribuição, eis que, no momento, não atuo nem perante o tribunal da cidadania e tampouco na defesa, em juízo, dos interesses individuais homogêneos, falar sobre os acórdãos referentes ao Resp Nº 858.056 – GO, julgado pela Segunda Sessão em 27 de maio de 2015, relator Ministro Marco Buzzi e o AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 1225925/SP, julgado pela quarta turma em 5 de maio de 2015, relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, que reconheceram ao Ministério Público a legitimidade ativa para a propositura de ação civil pública objetivando a defesa de direitos individuais homogêneos, mormente se evidenciada a relevância social em sua proteção.

Para tanto, é necessário lembrar a importância do precedente do STF sobre a matéria, que começa com uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Goiás contra Marítima Seguros S/A, visando à tutela de direitos de pessoas titulares do seguro DPVAT – Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Via Terrestre -, cuja indenização foi paga, pela Seguradora, em valor inferior ao previsto no artigo 3º da Lei 6.194/74.

A sentença extinguiu o processo sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, por ilegitimidade ativa do Ministério Público. Contra essa decisão, o MP interpôs apelação, parcialmente provida pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, para o efeito de reconhecer a legitimidade ativa do Ministério Público, ao fundamento de que o objeto da demanda envolve direitos indisponíveis e de interesse social. Opostos embargos de declaração pela seguradora esses foram rejeitados.

³ Resp Nº 858.056 – GO, julgado pela Segunda Sessão em 27 de maio de 2015, relator Ministro Marco Buzzi

Inconformada, Marítima Seguros S/A interpôs recurso especial, que não foi conhecido, por unanimidade, pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça que, acolhendo o Parecer do parquet⁴, assentou a legitimidade extraordinária do MP para, em substituição às vítimas de acidentes de trânsito, pleitear as indenizações devidas pelo DPVAT e pagas a menor pela seguradora.

Na sequência, a Seguradora opôs embargos de divergência, recurso que, surpreendentemente, foi provido por decisão monocrática (art. 557, § 1º-A, do CPC), contra qual o MPF, por este seu representante, interpôs agravo regimental, que não foi provido pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, a consideração de que a jurisprudência do STJ orientava-se no sentido de ser o Ministério Público parte ilegítima para ajuizar ação civil pública com o fim de pleitear, para particulares, o recebimento da complementação de indenização na ocorrência de sinistro, já que, segundo esse entendimento, se trataria de direito de crédito de caráter particular, disponível, cujo titular é plenamente identificável.

No recurso extraordinário, o Ministério Público Federal, novamente por intermédio deste órgão, suscitou a repercussão geral do caso, dado a sua relevância social e jurídica, apontando ofensa aos artigos 127 e 129, III, da Constituição, que, no nosso entender, atribuem legitimidade para ajuizar ações como as da espécie. Invocando, como precedentes, o RE 163.231/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CÔRREA, o RE 424.048 AgR/SC, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE e o AI 438.703 AgR/MG, Rel. Min. ELLEN GRACIE.

Em contrarrazões, Marítima Seguros pediu a manutenção do acórdão recorrido, à consideração básica de que os interesses tutelados seriam individuais, divisíveis e disponíveis, portanto insuscetíveis de tutela judicial por iniciativa do Ministério Público.

Por fim, a Procuradoria Geral da República pugnou pelo provimento do recurso e, na sequência, e o STF reconheceu a repercussão geral do caso, que teve o seguinte desfecho quando do julgamento do seu mérito, como se lê da ementa do acórdão proferido no RE 613111/GO:

1. Os direitos difusos e coletivos são transindividuais, indivisíveis e sem titular determinado, sendo, por isso mesmo, tutelados em juízo invariavelmente em

⁴ Parecer nº 1468/2006/AR/SPGR, de lavra do Subprocurador Geral da República, Aurélio V, Veiga Rios, no RESP nº 855165/GO (2006/0119617-4), relatora Fátima Nancy Andrighi – Terceira Turma)

regime de substituição processual, por iniciativa dos órgãos e entidades indicados pelo sistema normativo, entre os quais o Ministério Público, que tem, nessa legitimação ativa, uma de suas relevantes funções institucionais (CF art. 129, III).

2. Já os direitos individuais homogêneos pertencem à categoria dos direitos subjetivos, são divisíveis, tem titular determinado ou determinável e em geral são de natureza disponível. Sua tutela jurisdicional pode se dar (a) por iniciativa do próprio titular, em regime processual comum, ou (b) pelo procedimento especial da ação civil coletiva, em regime de substituição processual, por iniciativa de qualquer dos órgãos ou entidades para tanto legitimados pelo sistema normativo.

3. Segundo o procedimento estabelecido nos artigos 91 a 100 da Lei 8.078/90, aplicável subsidiariamente aos direitos individuais homogêneos de um modo geral, a tutela coletiva desses direitos se dá em duas distintas fases: uma, a da ação coletiva propriamente dita, destinada a obter *sentença genérica* a respeito dos elementos que compõem o *núcleo de homogeneidade* dos direitos tutelados (*an debeat, quid debeat e quis debeat*); e outra, caso procedente o pedido na primeira fase, a da ação de cumprimento da sentença genérica, destinada (a) a complementar a atividade cognitiva mediante juízo específico sobre as situações individuais de cada um dos lesados (= a *margem de heterogeneidade* dos direitos homogêneos, que compreende o *cui debeat* e o *quantum debeat*), bem como (b) a efetivar os correspondentes atos executórios.

4. O art. 127 da Constituição Federal atribui ao Ministério Público, entre outras, a incumbência de defender "*interesses sociais*". Não se pode estabelecer sinonímia entre interesses sociais e interesses de entidades públicas, já que em relação a estes há vedação expressa de patrocínio pelos agentes ministeriais (CF, art. 129, IX). Também não se pode estabelecer sinonímia entre interesse social e interesse coletivo de particulares, ainda que decorrentes de lesão coletiva de direitos

homogêneos. Direitos individuais disponíveis, ainda que homogêneos, estão, em princípio, excluídos do âmbito da tutela pelo Ministério Público (CF, art. 127).

5. No entanto, há certos interesses individuais que, quando visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, têm a força de transcender a esfera de interesses puramente particulares, passando a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade. Nessa perspectiva, a lesão desses interesses individuais acaba não apenas atingindo a esfera jurídica dos titulares do direito individualmente considerados, mas também comprometendo bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação é cara a uma comunidade maior de pessoas. Em casos tais, a tutela jurisdicional desses direitos se reveste de interesse social qualificado, o que legitima a propositura da ação pelo Ministério Público com base no art. 127 da Constituição Federal. Mesmo nessa hipótese, todavia, a legitimação ativa do Ministério Público se limita à ação civil coletiva destinada a obter sentença genérica sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos individuais homogêneos.

6. Cumpre ao Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais, identificar situações em que a ofensa a direitos individuais homogêneos compromete também interesses sociais qualificados, sem prejuízo do posterior controle jurisdicional a respeito. Cabe ao Judiciário, com efeito, a palavra final sobre a adequada legitimação para a causa, sendo que, por se tratar de matéria de ordem pública, dela pode o juiz conhecer até mesmo de ofício (CPC, art. 267, VI e § 3.º, e art. 301, VIII e § 4.º).

7. Considerada a natureza e a finalidade do seguro obrigatório DPVAT – Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre (Lei 6.194/74, alterada pela Lei 8.441/92, Lei 11.482/07 e Lei 11.945/09) -, há interesse social qualificado na tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos dos seus titulares, alegadamente lesados de forma semelhante pela Seguradora no pagamento das correspondentes indenizações. A hipótese guarda semelhança com outros direitos individuais homogêneos em relação aos quais - e não obstante sua natureza de direitos divisíveis, disponíveis e com titular determinado ou determinável -, o Supremo Tribunal Federal considerou que sua tutela se revestia de interesse social qualificado, autorizando, por isso mesmo, a iniciativa do Ministério Público de, com base no art. 127 da Constituição, defendê-los em juízo mediante ação coletiva (RE 163.231/SP, AI 637.853 AgR/SP, AI 606.235 AgR/DF, RE 475.010 AgR/RS, RE 328.910 AgR/SP e RE 514.023 AgR/RJ).

8. Recurso extraordinário a que se dá provimento.

Do primoroso voto do Ministro Teori Zavascki, destaca-se trechos de enorme significado na solução da controvérsia e para a definição de direitos individuais homogêneos, cuja clareza e precisão, reconhecida e elogiada por todos os demais ministros do STF neste julgamento unânime:

(...)

os *direitos individuais homogêneos* são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de *homogêneos* não altera nem pode desvirtuar essa sua natureza. O qualificativo é destinado a identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de *homogeneidade*, o que propicia, embora não imponha, a defesa coletiva de todos eles. Para fins de tutela jurisdicional *coletiva*, não faz sentido, portanto, sua versão singular (um único direito homogêneo), já que a marca da *homogeneidade* supõe, necessariamente, uma relação de referência com outros direitos individuais assemelhados. Há, é certo, nessa compreensão, uma pluralidade de titulares, como ocorre nos direitos transindividuais; porém, diferentemente destes (que são indivisíveis e seus titulares são indeterminados), a pluralidade, nos direitos individuais homogêneos, não é somente dos sujeitos (que são *indivíduos determinados* ou pelo menos *determináveis*), mas também do objeto material, que é divisível e pode ser decomposto em unidades autônomas, com titularidade própria (e, por isso, suscetíveis também de tutela individual).

(...)

Em outras palavras, os direitos homogêneos “são, por esta via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural (interesses e direitos públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica-base (interesses coletivos *stricto sensu*), mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais” (BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo clássico. In MILARÉ, Édís (coord). Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. SP:RT, 1995, p. 96).

Quando se fala, pois, em “defesa coletiva” ou em “tutela coletiva” de direitos homogêneos, o que se está qualificando como coletivo *não é o direito material tutelado*, mas sim o modo de tutelá-lo, o *instrumento de sua tutela*. É, portanto, para esses efeitos processuais que se consideram homogêneos os *direitos subjetivos pertencentes a titulares diversos* mas oriundos da mesma causa fática ou jurídica, características essas que lhes confere grau de afinidade suficiente para permitir a sua tutela jurisdicional de forma conjunta.”

Após fazer um histórico, de forma didática, sobre as diversas orientações que se formaram no Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria, o Ministro Teori Zavascki descarta as duas posições que considera mais radicais, tanto a que assume, *a priori*, a legitimação plena para toda e qualquer causa onde esteja presente o interesse individual homogêneo quanto aquela tese de que, somente nas hipóteses autorizadas pela lei, o MP estaria legitimado a atuar criando assim excessiva restrição a utilização da ação civil pública pelo *parquet* nessas hipóteses.

Deste modo, o STF harmonizou a sua jurisprudência acolhendo a posição que privilegia a atuação do Ministério Público, “notadamente quando presentes hipóteses concretas, não previstas pelo legislador ordinário, em que a tutela de direitos individuais se mostra indispensável ao resguardo de relevantes interesses da própria sociedade ou de segmentos importantes dela”.

Partindo-se do pressuposto de que o art. 127 da CF é autossuficiente, completo, apto a, desde logo, irradiar todos os efeitos, o Ministro Teori Zavascki afirma que o Ministério Público estaria constitucionalmente legitimado a se utilizar de todos os instrumentos necessários ao adequado desempenho da incumbência, do poder-dever de promover a defesa dos interesses sociais. Isso incluiria, por suposto, sua habilitação para manejar também os instrumentos processuais, se preciso for, de modo a que suas atribuições sejam exauridas às últimas consequências.

Na sequência, pondera o eminente relator que são interesses sociais aqueles cuja preservação e tutela o ordenamento jurídico consagra como importantes e indispensáveis não para pessoas ou entidades individualmente consideradas, mas para a sociedade como um todo, para o seu progresso material, institucional ou moral. Acrescenta que, nesses casos, os interesses particulares, visualizados em seu conjunto, transcendem os limites da pura individualidade e passam a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade como um todo.

Ao concluir seu preciso voto, afirma que o Ministério Público, independentemente de lei específica, pode, no exercício de suas funções institucionais, identificar situações em que a ofensa a direitos homogêneos compromete também interesses sociais. É seu dever, nesses casos, assumir a legitimação ativa e promover as medidas cabíveis para a devida tutela jurisdicional, como no caso concreto, em que se questiona a legitimidade ativa do Ministério Público para defender em juízo direitos e interesses de pessoas titulares do seguro DPVAT – Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre –, cuja indenização teria sido paga, pela Seguradora, em valor inferior ao determinado por lei (artigo 3º da Lei 6.194/74).

Em outras palavras, no caso concreto, a legitimação ativa do Ministério Público se justifica, com base no art. 127 da Constituição, pelo interesse social de que se reveste a tutela do conjunto de segurados que teriam sido lesados pela Seguradora no pagamento a menor da indenização pelo seguro obrigatório DPVAT, a exemplo de outras situações reconhecidas pelo STF, como é o caso dos direitos individuais homogêneos sobre o valor de mensalidades escolares (RE 163.231/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CÔRREA, Tribunal Pleno, julgado em 26/02/97, DJ de 29/06/2001), sobre contratos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação (AI 637.853 AgR/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 17/09/2012), sobre aquisição de imóveis em loteamentos irregulares (RE 328.910 AgR/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 30/09/2011) e sobre diferenças de correção monetária em contas vinculadas ao FGTS (RE 514.023 AgR/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe de 05/02/2010).

Após essa importantíssima decisão do STF, representativa de todas as controvérsias envolvendo a tutela de direitos individuais homogêneos pelo MP, o STJ teve, finalmente, a oportunidade que muitos dos seus integrantes esperavam para mudar o seu posicionamento sobre a legitimidade do MP em

casos tais, procedendo a Segunda Sessão o cancelamento da súmula 470 no acórdão referente ao Resp nº 858056/GO.

A discussão posta naquele recurso especial guardava total similitude com a controvérsia solucionada pelo STF. Naquela hipótese, o Ministério Público do Estado de Goiás também ajuizou ação civil pública, apontando conduta ilícita de uma outra seguradora, consubstanciada no pagamento a menor de indenizações devidas a vítimas de acidentes de trânsito (ou respectivos sucessores) por força do seguro DPVAT, a ensejar condenação reparatória dos danos materiais e morais infligidos.

Como bem relatou o Ministro Marco Buzzi, a Segunda Seção do STJ, em dissonância com a novel jurisprudência do STF, pugnou pela ilegitimidade ativa ad causam do parquet, dando provimento ao recurso especial da seguradora a fim de restabelecer a sentença extintiva do feito com base no artigo 267, inciso VI, do CPC. Desse modo, destacou o relator, afigurava-se impositiva a retratação do referido julgado, mantendo-se o acórdão estadual, que reconhecera a legitimidade ativa ad causam do Ministério Público e determinara o retorno dos autos ao magistrado de primeira instância para apreciação da demanda.

A Segunda Sessão retratou-se, então, do equívoco cometido e cancelou a Súmula 470 do STJ, que veiculava entendimento superado em razão da superveniente orientação jurisprudencial do STF firmada no âmbito de recurso extraordinário representativo da controvérsia na forma do artigo 543-B, § 3º, do CPC.

Assim, em um e outro caso, o STJ manteve o acórdão recorrido que reconhecera a legitimidade ativa do parquet estadual e determinara o retorno dos autos ao magistrado de primeira instância para apreciação da demanda, após anos de uma disputa sobre a legitimidade do Ministério público para defender os interesses das vítimas de acidentes de trânsito que receberam menos do que a lei determinara a título de indenização do seguro DPVAT.

Em outro recente acórdão⁵, a Quarta Turma do STJ aplicou ao caso o precedente do STF firmado no RE 631111/GO em caso similar porém não idêntico àquele, porque ali não se tratava de pagamento a menor do seguro DPVAT e sim do fato de a seguradora reiteradamente ter deixado de pagar o seguro mediante artifícios inidôneos. Para efeito de aferir a legitimidade ativa do

⁵ AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 1225925/SP, julgado pela quarta turma, em 5 de maio de 2015, relator Ministro Antônio Carlos Ferreira

Ministério Público, portanto, não se verificou diferença substancial uma e outra ação, ambas cuidando de direitos individuais homogêneos sistematicamente violados por empresas seguradoras.

Por fim, ao decidir sobre um recurso representativo da controvérsia, a Segunda Sessão do STJ pontuou que “dispositivos legais que visam à facilitação da defesa de direitos individuais homogêneos, propiciada pelos instrumentos de tutela coletiva, inclusive assegurando a execução individual de condenação em Ação Coletiva, não podem ser interpretados em prejuízo da realização material desses direitos e, ainda, em detrimento da própria finalidade da Ação Coletiva, que é prescindir do ajuizamento individual, e contra a confiança na efetividade da Ação Civil Pública, O que levaria ao incentivo à opção pelo ajuizamento individual e pela judicialização multitudinária, que é de rigor Evitar”⁶.

Em conclusão, bons resultados devem ser aguardados com a mudança e consolidação recente da jurisprudência do STF e do STJ a respeito da matéria, estendendo-se a legitimidade do Ministério Público a todos os casos que envolvam direitos individuais homogêneos de relevante interesse social e, enfim, resta a esperança de que, nos casos futuros, a discussão central restrinja-se ao mérito da ação civil pública e não se perca tanto tempo discutindo questões processuais que acabam por macular o direito material posto nas ações coletivas propostas pelo Ministério Público, em substituição processual a centenas ou milhares de pessoas, que serão diretamente beneficiadas por elas.

⁶ Resp 1361800/SP, DJU 21/05/2014, relator p/ o acórdão Min. Sidney Benati

5.4. Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos

RECURSO ESPECIAL N. 1.187.632-DF (2010/0060269-1)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: Dibens Leasing S/A Arrendamento Mercantil

Advogado: Luiz Rodrigues Wambier e outro(s)

Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Tutela coletiva. Direito individual homogêneo. Ausência de habilitação dos beneficiários. Legitimidade do Ministério Público para a liquidação e execução. Contratantes identificados. Liquidação por arbitramento. Cabimento. Laudo que deve considerar cada um dos contratos.

1. Como a decisão recorrida enfrentou as questões debatidas, ainda que em sentido inverso à pretensão do recorrente, não há vício processual ou violação dos artigos 165, 458 e 535 do CPC.

2. O Ministério Público tem legitimidade subsidiária para a liquidação e execução da sentença coletiva, caso não haja habilitação por parte dos beneficiários, nos termos do art. 100 do CDC.

3. Se o título executivo não prevê indenização estimada e possui os critérios para a liquidação e tendo em vista a identificação dos beneficiários, a liquidação deve levar em conta cada um dos contratos. No caso, pode ser realizada por arbitramento, de modo a se atingir a efetividade e celeridade da tutela coletiva, aliadas ao cumprimento do previso no título.

4. A reparação fluída (*fluid recovery*) é utilizada em situações nas quais os beneficiários do dano não são identificáveis, o

prejuízo é individualmente irrelevante e globalmente relevante e, subsidiariamente, caso não haja habilitação dos beneficiários.

5. Recurso parcialmente provido, com base no voto-médio.

ACÓRDÃO

Em renovação de julgamento, após o voto-desempate do Ministro Antonio Carlos Ferreira dando parcial provimento ao recurso, estabelecendo o voto médio e prevalecendo seu voto, a Quarta Turma deu parcial provimento ao recurso especial. Lavrará o acórdão o Ministro Antonio Carlos Ferreira. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Brasília (DF), 5 de junho de 2012 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de recurso especial interposto por *Dibens Leasing S/A Arrendamento Mercantil* contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios nos autos de *ação civil pública* proposta em face de *decisão interlocutória* que determinou a execução por arbitramento e nomeou perito para apurar o *quantum debeatur*, além de determinar o adiantamento dos honorários periciais.

Importa destacar que a liquidação advém de sentença procedente em ação civil pública em que se determinou que a ré, ora agravante, se abstinhasse de incluir em seu contrato de *leasing* cláusula que previasse multa de 10% por atraso de pagamento e multa superior a 2% por inadimplemento ou atraso no pagamento das prestações, bem como restituição em dobro, aos consumidores lesados, dos valores cobrados indevidamente.

O acórdão proferido em sede de agravo de instrumento, interposto contra a decisão monocrática que determinara a liquidação por arbitramento, foi ementado nos seguintes termos:

Processual Civil. Agravo de instrumento. Execução. Sentença coletiva. Direito individual homogêneo disponível. Legitimação ativa do Ministério Público. Liquidação por arbitramento. Exigibilidade pela natureza do objeto da liquidação. Postergação do pagamento dos honorários periciais para o término da execução ou nomeação de perito oficial. Agravo de instrumento parcialmente provido.

O Ministério Público tem legitimação ativa (extraordinária) para promover a liquidação e execução da sentença coletiva, quando não houver execução individual do julgado por número considerável de consumidores prejudicados, eis que se objetiva conferir efetividade à indenização pelo ato abusivo praticado em relação de consumo.

Cabível a liquidação coletiva da sentença por arbitramento, quando a exige a natureza do objeto da liquidação, em que perito contábil estimará o valor do dano; em razão de o fornecedor não ter apresentado os documentos comprobatórios do valor a maior recebido, o qual é objeto da repetição de indébito.

Determinada a realização de perícia para a liquidação da sentença coletiva por arbitramento, deve a nomeação recair sobre perito oficial ou postergar-se o pagamento dos honorários para o término da execução, eis que o exequente não está obrigado a adiantar a verba honorária, nos termos do artigo 18, da Lei n. 7.347/1985, nem o executado, que não requereu a prova técnica. Agravo de Instrumento parcialmente provido (e-STJ, fl. 1.556).

Ao acórdão proferido pelo TJDFT no agravo de instrumento foram opostos embargos de declaração, rejeitados nos seguintes termos:

Processual Civil. Embargos de declaração. Agravo de instrumento. Omissão e obscuridade. Inexistência. Pretensão de reexame da questão decidida pelo acórdão. Erro material. Correção de ofício.

Inexistente omissão ou obscuridade no Acórdão que deu parcial provimento ao Agravo de Instrumento, devem os Embargos de Declaração ser desprovidos. Constatado erro material no Acórdão, pode o Magistrado corrigi-lo de ofício.

Embargos de Declaração desprovidos. Erro material corrigido de ofício.

Sobreveio, então, este recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, no qual alega a recorrente violação dos seguintes dispositivos legais:

a) arts. 165, 458 e 535, II, do Código de Processo Civil, defendendo que o acórdão recorrido foi omissivo no que diz respeito a várias questões, em especial, à definição do critério a ser seguido na liquidação coletiva; os embargos de declaração, todavia, foram rejeitados;

b) art. 82, I, do Código de Defesa do Consumidor, pois, no caso, o Ministério Público não tem legitimidade para dar início à liquidação e execução de sentença que tutela direitos eminentemente individuais e divisíveis;

c) art. 100 do Código de Defesa do Consumidor, visto que não houve comprovação pelo órgão ministerial da não habilitação de interessados em

número compatível com a gravidade do dano, questão que não foi considerada pelo Tribunal local;

d) arts. 1º, 97 e 100 do Código de Defesa do Consumidor em razão da equivocada interpretação que lhes foi dada, pois “a liquidação da sentença coletiva deve ter por objetivo primordial a satisfação de cada um dos titulares dos direitos reconhecidos na sentença, o que é de impossível implementação no presente caso, sendo, ao contrário, causa de evidente tumulto processual e de indevida duplicidade de pagamentos”;

e) art. 46, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que recomenda a limitação do litisconsórcio quando o número de litigantes comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa;

f) arts. 475-C, II, e 475-E do Código de Processo Civil, pois a liquidação deverá ser processada por artigos, já que inúmeros fatores deverão ser considerados na apuração do *quantum* devido; e

g) arts. 19 e 33 do Código de Processo Civil, que impõem o pagamento dos honorários periciais pelo Ministério Público, parte que requereu a liquidação de sentença.

Aponta a parte também a existência de divergência jurisprudencial ao fundamento de que, “tratando-se de execução decorrente de ação coletiva, a falta de individualização dos créditos importa em nulidade da execução, para evitar duplicidade no pagamento da indenização, haja vista que as empresas filiadas não encontram vedação para ajuizar ações individuais sobre o mesmo crédito, sendo curial que várias das empresas já ajuizaram ações em relação aos mesmos valores aqui questionados”.

As contrarrazões foram apresentadas (e-STJ, fls. 1.734-1.755).

Admitido o recurso na origem, ascenderam os autos ao STJ.

É o relatório.

VOTO

Ementa: Direito do Consumidor e Processual Civil. Arts. 165, 458, 535 e 538 do CPC. Recurso especial. Ação civil pública. Execução de sentença. Direito individual homogêneo. Ministério Público. Legitimidade ativa. Liquidação por arbitramento. Princípios

do contraditório e da ampla defesa. Litisconsórcio inexistente. Honorários. Impossibilidade de adiantamento. Falta de interesse recursal.

1. Inexiste violação dos arts. 165, 458 e 535 do CPC no caso em que o acórdão impugnado examina e decide, de forma fundamentada e objetiva, as questões relevantes para o desate da lide.

2. Em se tratando de matéria consumerista, o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, bem como execução de sentença condenatória, na hipótese em que não haja habilitação de consumidores em número compatível com a gravidade do dano.

3. Na liquidação por arbitramento, consideram-se assegurados o contraditório e a ampla defesa quando, nomeado perito judicial para apurar o *quantum debeatur*, possam as partes apresentar impugnação ao laudo e aos critérios adotados, inclusive contra-argumentando a respeito da possibilidade de pagamento em duplicidade.

4. Descabe falar em litisconsórcio quando a hipótese é de liquidação para apurar o *quantum debeatur* que será destinado ao fundo especial do Ministério Público, e não de execução coletiva em proveito de cada um dos consumidores.

5. Inexiste interesse recursal quanto à impossibilidade de adiantamento de honorários periciais quando o acórdão recorrido, em sua fundamentação, é claro ao afastar tal adiantamento.

6. Recurso especial desprovido.

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): Passo, pois, à análise das proposições deduzidas:

I - Violação dos arts. 165, 458 e 535 do Código de Processo Civil (e-STJ, fls. 1.602-1.605)

Inexiste contrariedade a tais artigos do diploma processual, visto que o Juízo *a quo* examinou e decidiu, de forma motivada e suficiente, as questões que delimitaram a controvérsia, não tendo ocorrido, assim, vício que possa nulificar o acórdão ou negativa de prestação jurisdicional.

Diz a recorrente que o acórdão foi omissivo quanto aos critérios de liquidação coletiva da sentença, “que envolve um universo de aproximadamente 24.000 arrendatários” (fl. 1.602).

O acórdão proferido em embargos de declaração bem esclarece que “a execução se fará por arbitramento. O perito demonstrará os critérios para apuração do quantum debeatur no laudo. Não é o judiciário quem dirá como o expert deverá atuar” (fl. 1.585).

Não há, portanto, omissão no julgado, mas mero inconformismo da parte.

No que diz respeito à ausência de fundamentação do aresto recorrido quanto à comprovação da falta de número considerável de consumidores para promover a execução da sentença coletiva, também sem razão a recorrente.

O Tribunal *a quo* definiu que “o Ministério Público, tem legitimação extraordinária para promover a liquidação da sentença proferida em ação coletiva em que se reconheceu o direito de consumidores à repetição de indébito, seja pela previsão do art. 97, c.c. art. 82, I, e art. 100 do CDC, seja pelo que dispõe o art. 1º, c.c. o art. 15 da Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347, de 2.9.1985), caso em que o crédito executado será revertido ao fundo gestor e não aos consumidores lesados, que não promoveram a execução individualmente em número compatível com a gravidade do dano” (fl. 1.560).

Compulsando os autos, constatei que os beneficiados pela sentença de procedência tomaram conhecimento da ação civil pública, ainda que por edital, tendo aguardado o prazo legal para a execução dos valores devidos (e-STJ, fl. 214). Daí por que o colegiado afirmou que os consumidores “não promoveram a execução individualmente em número compatível com a gravidade do dano”. Independentemente do acerto ou não da decisão judicial, a matéria foi satisfatoriamente versada no acórdão recorrido, inexistindo o alegado vício. Ora, não é necessário que o colegiado se ocupe com discussão acerca do que se considera “número compatível com a gravidade do dano”, não sendo razoável considerar nulo todo o julgado porque não rebatidos todos os argumentos trazidos pela parte, como se tratasse de sabatina ao Judiciário.

Ademais, como é cediço, no Superior Tribunal de Justiça, o órgão colegiado deve ater-se aos pontos relevantes e necessários ao deslinde do litígio e adotar fundamentos que se mostrem cabíveis à prolação do julgado, não estando obrigado a analisar todos os argumentos expendidos em sede recursal, sobretudo quando, a pretexto de suposta infringência de normas federais, visa a parte precipuamente à rediscussão de matéria já decidida.

II - Legitimidade do Ministério Público para dar início à liquidação e execução de sentença que tutela direitos individuais e divisíveis

Interesses individuais homogêneos são definidos pelo Código de Defesa do Consumidor como aqueles decorrentes de um mesmo evento, cuja titularidade pertence a determinado ou determinável número de pessoas cujos direitos individuais foram violados por origem comum em razão de práticas a que foram submetidas.

Apesar da divergência doutrinária existente sobre o tema, o entendimento de que o Ministério Público é legitimado para a propositura de ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos ganha força.

Admitindo a ampla legitimidade, o Tribunal de origem bem fundamentou sua decisão quanto à legitimidade do Ministério Público:

O Ministério Público, tem legitimação extraordinária para promover a liquidação da sentença proferida em ação coletiva em que se reconheceu o direito de consumidores à repetição de indébito, seja pela previsão do art. 97, c.c. art. 82, I, e art. 100 do CDC, seja pelo que dispõe o art. 1º, c.c. o art. 15 da Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347, de 2.9.1985), caso em que o crédito executado será revertido ao fundo gestor e não aos consumidores lesados, que não promoveram a execução individualmente em número compatível com a gravidade do dano (fl. 1.560).

Com efeito, eis o que determina o art. 97, c.c. o 82, I, bem como o art. 100, todos do CDC:

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada pela Lei n. 9.008, de 21.3.1995)

I - o Ministério Público,

(...)

Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82.

Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985.

Como se observa, em se tratando de matéria consumerista, o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública e execução de sentença condenatória na hipótese em que não haja habilitação de consumidores em número compatível com a gravidade do dano. A disposição legal é clara: competem tanto aos beneficiários da sentença condenatória quanto ao órgão ministerial a liquidação e a execução da sentença.

Ademais, como afirmado no acórdão recorrido, *a sentença perderia a eficácia, tornar-se-ia letra morta se, após a procedência da ação, a execução somente pudesse ser promovida pelos consumidores lesados. Nesse sentido:*

O Ministério Público tem legitimação ativa (extraordinária) para promover a liquidação e execução da sentença coletiva, quando não houver execução individual do julgado por número considerável de consumidores prejudicados, eis que se objetiva conferir efetividade à indenização pelo ato abusivo praticado em relação de consumo.

Não se pode admitir que a instituição financeira seja condenada por prática violadora dos direitos do consumidor e prossiga sem que haja o ressarcimento do prejuízo causado. Mais uma vez, fazendo remissão ao texto legal, está claro que ao Ministério Público cabe, constitucionalmente, a defesa dos direitos dos consumidores. Para tanto, a lei prevê, como determinado no art. 100 do CDC, que, na impossibilidade de ressarcimento individual ante a ausência de habilitação dos interessados, os valores sejam destinados ao fundo criado pela Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, e revertidos em proveito dos consumidores, seja em campanhas de esclarecimento, seja com qualquer outra destinação que o Juízo da execução determine.

Em resposta à alegação de inviabilidade da execução, considerando o grande número de contratos existentes e a diversidade de situações e valores a serem examinados, ressalto que *consta dos autos a relação dos consumidores lesados pela instituição financeira* (e-STJ, fls. 956-1.024). *Consta ainda intimação direcionada aos consumidores a fim de que propusessem ações individuais, mas permaneceram, em sua grande maioria, inertes* (e-STJ, fl. 214).

A propósito, cito o seguinte precedente desta Corte:

Processo Civil. Legitimidade ativa do Ministério Público. Seguro Obrigatório de Danos Pessoais - DPVAT. Direito individual homogêneo. Legitimidade e interesse processuais configurados.

- O Ministério Público tem legitimidade processual extraordinária para, em substituição às vítimas de acidentes, pleitear o ressarcimento de indenizações devidas pelo sistema do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais - DPVAT, mas pagas a menor.

- A alegada origem comum a violar direitos pertencentes a um número determinado de pessoas, ligadas por esta circunstância de fato, revela o caráter homogêneo dos interesses individuais em jogo.

Inteligência do art. 81, CDC.

- Os interesses individuais homogêneos são considerados relevantes por si mesmos, sendo desnecessária a comprovação desta relevância.

Precedentes.

- Pedido, ademais, cumulado com o de ressarcimento de danos morais coletivos, figura que, em cognição sumária não exauriente, revela a pretensão a tutela de direito difuso em relação à qual o Ministério Público tem notórios interesse e legitimidade processual.

Recurso Especial conhecido e provido. (REsp n. 797.963-GO, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 5.3.2008.)

A doutrina em nada discrepa desse entendimento. Marcos Alaor Diniz assim explana a questão:

Se na propositura da ação coletiva, por substituição processual, não era necessário a nomeação das vítimas atingidas pelo dano, na fase de liquidação e execução da sentença condenatória tal procedimento se torna imperioso pois será praticamente inviável a liquidação ou execução do julgado sem a relação das mesmas devendo ainda, nesta fase, cada interessado comprovar sua perfeita adequação ao caso proposto inicialmente. *Contudo, decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a extensão do dano, poderão os legitimados, no art. 82 do CDC, promover a liquidação e execução da sentença condenatória, sendo certo que o produto da indenização reverterá para o fundo criado pela Lei n. 7.347/1985.* Evidentemente, que essa hipótese somente acontecerá na parte em que a sentença condenatória for passível de liquidação sem a participação necessária das vítimas, em especial no que diz respeito às multas, custas e verbas honorárias. ("Anotações sobre ações coletivas no Código do Consumidor". São Paulo, vol. 82, n. 688, p. 264-267, 1993, citado por James Eduardo Oliveira in "Código de Defesa do Consumidor anotado e comentado - doutrina e jurisprudência", 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 487.)

De acordo com lição de Hugo Nigro Mazzilli, a atuação do Ministério Público será cabível sempre que:

Haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou pelas características do dano, ainda que potencial; seja acentuada a relevância social do bem jurídico a ser defendido; esteja em questão a estabilidade de um sistema social, jurídico ou econômico, cuja preservação aproveite à coletividade como um todo. ("A defesa dos interesses difusos em juízo", 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 91-94.)

No mesmo sentido:

O princípio da obrigatoriedade ilumina não só a propositura como a promoção da ação civil pública pelo Ministério Público, em cada uma de suas etapas. Por isso, não poderá desistir arbitrariamente do pedido, ou deixar de assumir a promoção da ação em caso de desistência infundada de um co-legitimado, ou deixar de recorrer quando identifique violação da lei por parte de uma decisão judicial ou deixar de promover a execução da sentença no momento adequado. (Op. cit., p. 57.)

Com a devida vênia a entendimento contrário, o Ministério Público tem legitimidade para promover a liquidação de sentença ou para executar condenação nas seguintes hipóteses: (a) na ação civil pública por ele proposta; (b) na ação civil pública ou coletiva ajuizada por associação civil que tenha abandonado ou desistido da liquidação ou da execução; (c) na ação civil pública ou coletiva promovida por qualquer dos colegitimados referidos nos arts. 5º da LACP e 82 do CDC que tenha abandonado ou desistido da liquidação ou da execução (até mesmo por imposição legal, art. 15 da LACP).

Em sintonia com tal entendimento, conclui-se pela legitimidade do Ministério Público para promover a liquidação de sentença condenatória em ação civil pública por ele proposta, especialmente na hipótese em que o arbitramento tenha sido considerado como necessário na própria sentença, a fim de apurar-se o *quantum* objeto da futura execução.

A legitimidade do órgão ministerial para a liquidação da sentença no presente caso decorre, primeiro, do dever que lhe é imposto pela própria LACP de zelar pelos interesses da coletividade; segundo, em razão da não habilitação de número significativo de consumidores interessados na restituição dos valores moratórios cobrados a maior pela ora recorrente (fl. 1.748).

III - Da liquidação por arbitramento e não por artigos

Como dito na decisão recorrida, o contraditório e a ampla defesa estão assegurados, uma vez que nomeado perito judicial para apurar o *quantum*

debeatur, podendo as partes apresentar impugnação ao laudo e aos critérios, inclusive contra-argumentando a respeito da possibilidade de pagamento em duplicidade. Veja-se:

O *quantum debeatur* será apurado por arbitramento em razão da natureza do objeto da liquidação, eis que depende de apuração do valor do dano produzido, *sem qualquer prejuízo para o contraditório e ampla defesa*, eis que as partes serão intimadas para se manifestarem sobre o laudo pericial, quando conhecerão o critério do expert para a quantificação do valor para execução. (fls. 1.562) A liquidação também não deverá ser feita por artigos, como requer a recorrente, pois não há fato novo a ser provado. Com efeito, o fato está bem delineado na sentença condenatória, determinando o ressarcimento dos consumidores. Nos termos da letra da lei, inexistindo interesse dos consumidores, o MP tem legitimidade para requerer a execução do julgado em proveito do Fundo Específico de proteção aos consumidores, gerido pelo MP, nos termos da Lei de Ação Civil Pública e CDC.

Importante ressaltar que a liquidação será feita com base nos elementos dos autos, levando-se em conta a relação já existente dos consumidores afetados (e-STJ, fls. 956-1.024), que serão indicados no laudo pericial, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa.

IV - Litisconsórcio

Também não há falar em litisconsórcio, pois como visto, não se trata de execução coletiva em proveito de cada um dos consumidores, e sim de liquidação para apurar o *quantum debeatur* que será destinado ao fundo especial do Ministério Público, revertido, nos termos da lei, em benefício de todos os consumidores. Quanto ao tema, menciono o seguinte precedente desta Corte:

Direito do Consumidor e Processo Civil. Recurso especial. Ação coletiva. Entidade associativa de defesa dos consumidores.

Legitimidade. Possibilidade jurídica do pedido. Direitos individuais homogêneos. Cerceamento de defesa. Concessionárias de veículos e administradora de consórcio. Cobrança a maior dos valores referentes ao frete na venda de veículos novos. Restituição.

- A pertinência subjetiva da entidade associativa de defesa do consumidor para ajuizar ação coletiva bem como a possibilidade jurídica do pedido se manifestam pela natureza dos interesses e direitos tutelados – individuais homogêneos.

- Os direitos individuais homogêneos, por definição legal, referem-se a um número de pessoas ainda não identificadas, mas passível de ser determinado em

um momento posterior, e derivam de uma origem comum, do que decorre a sua homogeneidade.

- A origem comum dos direitos individuais homogêneos versados neste processo consiste na cobrança indevida de valores referentes aos fretes dos veículos novos adquiridos das empresas concessionárias de veículos e administradora de consórcio por inúmeros consumidores.

- Não se abre a via especial se, com base no delineamento fático-probatório do processo constou do acórdão recorrido que não houve demonstração do prejuízo das partes ao não ter sido oportunizada a produção da prova testemunhal requerida, como também ao não ter sido concedido prazo para apresentação de razões finais antes da prolação da sentença, que julgou antecipadamente a lide.

- A pretensão condenatória de serem restituídos valores pagos indevidamente comporta a aplicação do prazo prescricional previsto no art. 205 do CC/2002, ante a incidência da regra de transição do art. 2.028 do CC/2002.

- Se o Tribunal estadual, com base nos fatos e provas apresentados no processo, inclusive laudo pericial, atestou a ocorrência de cobrança indevida de valores pelas concessionárias de veículos e administradora de consórcio, é vedado reexaminar, em sede de recurso especial, o delineamento fático-probatório posto, porque ao STJ só é dado fixar a jurisprudência acerca da interpretação de lei federal.

- Admite-se a repetição simples do indébito, não importando a prova do erro, com o objetivo de vedar o enriquecimento ilícito do fornecedor em detrimento do consumidor.

- *A reversão do produto da indenização para o fundo criado pela Lei n. 7.347/1985 é possível, desde que, decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, tenha a entidade associativa de defesa dos consumidores promovido a liquidação e execução da indenização devida (art. 100 do CDC).*

- Aplicável a regra prevista no § 4º do art. 20 do CPC quando a condenação não evidencia um conteúdo econômico imediato.

- Sendo o pedido genérico, a condenação não se particulariza em valores líquidos, razão pela qual é preciso proceder à sua liquidação e, posteriormente, à sua execução.

Recursos especiais não conhecidos. (REsp n. 761.114-RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ de 14.8.2006.)

V - Adiantamento de honorários

Por último, falta interesse recursal quanto à alegada impossibilidade de adiantamento dos honorários periciais, pois o acórdão recorrido, em

sua fundamentação, afastou, de forma clara, tal adiantamento. Veja-se a determinação do Tribunal *a quo*:

Ante o exposto dou parcial provimento ao agravo de instrumento, tão-somente para desobrigar a agravante do depósito prévio dos honorários do perito (e-STJ, fl. 1.565).

VI - Conclusão

Ante o exposto, *nego provimento ao recurso especial, mantendo integralmente o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*, nos termos da fundamentação retro.

É o voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Cuida-se, na origem, de liquidação e execução de sentença proferida em ação civil pública, sendo autor e exequente o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e réu UNIBANCO Leasing - Arrendamento Mercantil, sucedido por Dibens Leasing S/A Arrendamento Mercantil, a executada.

A sentença (e-stj fls. 244-261) julgou procedentes os pedidos para:

- a) Determinar à requerida que não inclua em seus contratos de *leasing* firmados com os consumidores cláusula que comine multa moratória superior a 2% (dois por cento), sob pena de pagamento de multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) para cada contrato firmado em desacordo com esta decisão, valor a ser revertido ao fundo previsto no art. 13 da Lei n. 7.347/1985;
- b) Determinar à requerida que se abstenha de cobrar dos consumidores arrendatários multa moratória superior a 2% (dois por cento), sob pena de pagamento de multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) para cada cobrança que exceda o percentual previsto no art. 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, valor a ser revertido ao fundo previsto no art. 13 da Lei n. 7.347/1985;
- c) Condenar a requerida, de forma genérica, a restituir, em dobro, aos consumidores lesados, os valores cobrados indevidamente, a título de multa moratória, em percentual superior àquele previsto na Lei n. 8.078/1990, após 1º.8.1996 (data em que a Lei n. 9.298/1996 deu nova redação ao art. 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor), valores esses que deverão ser corrigidos monetariamente desde a data de cada pagamento e acrescidos de juros de mora de 0,5% ao mês, a contar da citação (15.7.1999, fls. 73v).

Consignou-se, ainda, “que, nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/1985, e dos arts. 93, inciso II, e 103, do Código de Defesa do Consumidor, esta sentença tem eficácia *erga omnes* e *em todo o território nacional*”, condenado-se o réu, ainda, nas “custas processuais” e em litigância de má-fé, esta consistente em “multa de 1% sobre o valor da causa, na forma do art. 18, *caput*, do Código de Processo Civil, que deverá ser destinada ao fundo previsto no art. 13 da Lei n. 7.347/1985”.

Não houve reforma da sentença no Tribunal local.

Iniciada a execução pelo Ministério Público, Dibens Leasing S/A Arrendamento Mercantil interpôs agravo de instrumento contra a decisão que deferiu o pedido de *liquidação de sentença por arbitramento*, nomeou perito e determinou ao agravante que adiantasse seus honorários, cujo acórdão, que deu parcial provimento ao recurso “tão somente para desobrigar a Agravante do depósito prévio dos honorários do perito” (e-stj fl. 1.565), tem a seguinte ementa:

Processual Civil. Agravo de instrumento. Execução. Sentença coletiva. Direito individual homogêneo disponível. Legitimação ativa do Ministério Público. Liquidação por arbitramento. Exigibilidade pela natureza do objeto da liquidação. Postergação do pagamento dos honorários periciais para o término da execução ou nomeação de perito oficial. Agravo de instrumento parcialmente provido.

O Ministério Público tem legitimação ativa (extraordinária) para promover a liquidação e execução da sentença coletiva, quando não houver execução individual do julgado por número considerável de consumidores prejudicados, eis que se objetiva conferir efetividade à indenização pelo ato abusivo praticado em relação de consumo.

Cabível a liquidação coletiva da sentença por arbitramento, quando a exige a natureza do objeto da liquidação, em que perito contábil estimará o valor do dano, em razão de o fornecedor não ter apresentado os documentos comprobatórios do valor a maior recebido, o qual é objeto da repetição de indébito.

Determinada a realização de perícia para a liquidação da sentença coletiva por arbitramento, deve a nomeação recair sobre perito oficial ou postergar-se o pagamento dos honorários para o término da execução, eis que o exequente não está obrigado a adiantar a verba honorária, nos termos do artigo 18, da Lei n. 7.347/1985, nem o executado, que não requereu a prova técnica.

Agravo de Instrumento parcialmente provido.

Seguiram-se-lhe embargos de declaração que, embora rejeitados, corrigiram erro material de ofício, cuja ementa é a seguinte (e-stj fl. 1.583):

Processual Civil. Embargos de declaração. Agravo de instrumento. Omissão e obscuridade. Inexistência. Pretensão de reexame da questão decidida pelo acórdão. Erro material. Correção de ofício.

Inexistente omissão ou obscuridade no Acórdão que deu parcial provimento ao Agravo de Instrumento, devem os Embargos de Declaração ser desprovidos.

Constatado erro material no Acórdão, pode o Magistrado corrigi-lo de ofício.

Embargos de Declaração desprovidos. Erro material corrigido de ofício.

Ainda inconformada, a recorrente interpôs recursos especial e extraordinário, ambos admitidos pela decisão de e-stj fls. 1.775-1.779, alegando, naquele, violação aos seguintes dispositivos legais:

“a) artigos 165, 458, inciso II, e 535, incisos I e II, todos do Código de Processo Civil, sustentando que a Turma Julgadora, mesmo instada a tanto, mediante a oposição dos competentes embargos de declaração, não sanou omissões supostamente perpetradas pelo acórdão embargado, o que configurou negativa de prestação jurisdicional;

b) artigo 82, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, reafirmando a ilegitimidade ativa do Ministério Público para dar início à liquidação e execução de sentença que tutela direitos eminentemente individuais e divisíveis;

c) artigo 100, do CDC, em razão da ausência de comprovação pelo Ministério Público da não-habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, utilizada como fundamento para o reconhecimento de sua legitimação;

d) artigos 1º, 97 e 100, todos do CDC, aduzindo que a liquidação da sentença coletiva deve ter por objeto primordial a satisfação de cada um dos titulares do direito reconhecidos, o que seria inviável na presente hipótese, especialmente diante do tumulto processual que poderá advir;

e) artigo 46, parágrafo único, do CPC, que recomenda a limitação do litisconsórcio em caso de comprometimento da rápida solução do litígio, o que ocorrerá na hipótese de ser processada a execução coletiva da sentença;

f) artigo 475-E, do CPC, sustentando que a liquidação deve ser processada por artigos, tendo em vista os inúmeros fatores que deverão ser perquiridos para que seja apurado o *quantum* supostamente devido;

g) artigos 19 e 33, ambos da Lei Adjetiva Civil, defendendo que o ônus do pagamento dos honorários periciais deve ser atribuído ao Ministério Público, porquanto requerente da liquidação de sentença, reputando inaplicável o artigo 18, da Lei n. 7.347/1985.

Associou às apontadas violações a ocorrência de divergência jurisprudencial.

Votou o Ministro João Otávio de Noronha, relator, pelo não provimento do recurso.

Pedi vista o Ministro Luis Felipe Salomão que, embora conhecendo parcialmente do recurso, negou-lhe provimento na extensão conhecida, no que foi acompanhado pelo Ministro Raul Araújo.

Pedi vista para melhor exame das questões suscitadas, as quais passo a examinar.

1) Da Fundamentação do Acórdão.

Violação não há aos artigos 165, 458, inciso II, e 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, sob a alegação de omissão ou obscuridade.

Isso porque, como é sabido, ao Juiz não se obriga decidir sobre todas as questões que lhe são propostas, como se fora órgão consultivo, senão sobre aquelas essenciais à solução da controvérsia.

Não fosse isso, todos os argumentos levantados nos embargos de declaração (pagamento do perito ao final da execução, tipo de liquidação, ausência de número suficiente de lesados individuais a dar início na execução, o que legitimaria o MP para tanto, preclusão quanto à determinação de juntada dos documentos que demonstrem os pagamentos imediatos e, portanto, com multa em percentual superior ao legalmente permitido, e a necessidade de prequestionamento de temas constitucionais e infraconstitucionais) já haviam sido examinados no acórdão embargado ou o foram naquele que apreciou os embargos de declaração. Notadamente, neste último, no que toca à preclusão, leia-se o seguinte excerto (e-stj fl. 1.586):

Introduzida a palavra *não* antes de *impugnou* na linha dezoito da lauda 1.515 dos autos, o período fica assim redigido: “Trata-se, ademais, de *questão preclusa*, porquanto a agravante *não impugnou* a decisão judicial que lhe determinou a juntada da relação de todas as parcelas dos contratos de arrendamento mercantil percebidas com atraso a contar de 15.7.1999, com discriminação do valor principal, atualização monetária e multa moratória.” [destaquei]

Desta feita, certas ou erradas as conclusões do acórdão recorrido, dos vícios de omissão e obscuridade não padece o julgado.

Da Legitimidade Ativa.

Com relação à legitimidade do Ministério Público local para iniciar a liquidação e execução do julgado, a questão, de fato, poderia suscitar maiores discussões, em face do disposto no art. 127, da CF, segundo o qual cabe ao Ministério Público a defesa “dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Ocorre que a sentença no processo de conhecimento transitou em julgado, dando pela legitimidade do Ministério Público. Se aceita, no caso concreto, a premissa de o Ministério Público não ter legitimidade para defender direitos individuais homogêneos disponíveis, não teria o órgão legitimidade para o próprio processo de conhecimento.

Com a devida vênia de entendimento em sentido contrário, não me parece sustentável que o próprio autor da ação não tenha legitimidade para executar a sentença de procedência do pedido.

Assim, incoerente seria admitir-se a atuação do Ministério Público na fase inicial do processo e, não obstante, vedar-lhe a execução, sob pena de o provimento jurisdicional que reconhece os direitos dos consumidores à repetição do indébito se tornar inócuo se não promovidas habilitações individuais em número compatível com a gravidade do dano, afrontando sobremaneira os princípios da economia e utilidade processuais.

Com esses fundamentos, portanto, também acompanho o entendimento do relator.

Da Liquidação de Sentença.

No que toca, de outro lado, à liquidação da sentença, observo que ela (e-stj fls. 244-261) não determinou de qual maneira se procederia à liquidação e, ainda que o fizesse, é da jurisprudência desta Corte Superior que não implica violação à coisa julgada a alteração, por meio de provimentos jurisdicionais posteriores, do ponto, como firmado no Verbete n. 344, da Súmula.

Qualquer modo, a origem do presente recurso é a decisão de e-stj fls. 410-411, que deferiu a liquidação na forma do artigo 475-C, II, do Código de Processo Civil, assim confirmada pelo acórdão recorrido.

O Tribunal de Justiça confirmou a decisão que deferiu o pedido do Ministério Público de liquidação por arbitramento (fl. 405), em detrimento à liquidação por artigos, como pretende a executada, adotando, como razões de decidir, três fundamentos centrais, quais sejam:

- 1) Desnecessária prova de fato novo;
- 2) Garantia do contraditório e da ampla defesa na liquidação por arbitramento, e;
- 3) Não haver ajuizamento de execuções em número compatível com o de consumidores prejudicados.

Leia-se, a propósito, excerto do voto condutor do agravo de instrumento, de e-stj fl. 1.562:

A liquidação da sentença coletiva, neste caso, deve ocorrer por arbitramento, nos termos do artigo 475-C, inciso II, do Código de Processo Civil, e não por artigos, como pretende a Agravante, porquanto desnecessária é a alegação e prova de fato novo. O *quantum debeatur* será apurado por arbitramento em razão da natureza do objeto da liquidação, eis que depende de apuração do valor do dano produzido, sem qualquer prejuízo para o contraditório e ampla defesa, eis que as partes serão intimadas para se manifestarem sobre o laudo pericial, quando conhecerão o critério do *expert* para a quantificação do valor para execução.

A Agravante não fez a prova do valor do indébito, embora detenha as informações para tal mister. Não haverá prejuízo para o consumidor. Transcorridos mais de 7 (sete) anos do trânsito em julgado da sentença condenatória, não houve ajuizamento de execução, muito menos por número considerável de consumidores prejudicados, embora sejam mais de 24.000 (vinte e quatro) mil consumidores prejudicados pelas cláusulas abusivas impostas unilateralmente pela Agravante nos contratos de adesão fustigados.

Como visto, a sentença impôs três obrigações à vencida: (1) não incluir em seus contratos de *leasing* cláusula que comine multa moratória superior a 2%; (2) abster-se de cobrar dos consumidores arrendatários multa moratória superior a 2% (dois por cento), sob pena de pagamento de multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) para cada cobrança que exceda o percentual previsto no art. 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, valor a ser revertido ao fundo previsto no art. 13 da Lei n. 7.347/1985 e (3) condenação, de forma genérica, a restituir, em dobro, aos consumidores lesados, os valores cobrados indevidamente, a título de multa moratória, em percentual superior àquele previsto na Lei n. 8.078/1990, após 1º.8.1996 (data em que a Lei n. 9.298/1996 deu nova redação ao art. 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor), valores esses que deverão ser corrigidos monetariamente desde a data de cada pagamento e acrescidos de juros de mora de 0,5% ao mês, a contar da citação (15.7.1999, fls. 73v).”

O cumprimento da primeira obrigação já foi comprovado pela executada, que juntou aos autos versão de contrato padrão oferecido aos consumidores, com a multa adequada aos termos da sentença.

Quanto à segunda obrigação, não alega o Ministério Público que a executada esteja persistindo na cobrança da multa em percentual superior ao determinado na sentença. Se estiver, caberia ao exequente ou aos consumidores lesados informar especificamente a situação individual.

A questão objeto do recurso especial diz respeito apenas à liquidação da terceira obrigação, a saber, a restituição em dobro, aos consumidores, do valor do indébito. Note-se que a própria sentença afirmou tratar-se de condenação genérica e determinou - como não poderia deixar de ser - que o indébito fosse restituído em dobro a cada consumidor lesado e não ao Fundo previsto na Lei n. 7.347/1985.

A propósito de sentenças condenatórias genéricas, disserta o Ministro Teori Zavascki em sua obra “Processo de Execução”:

Há, em nosso sistema, sentenças condenatórias genéricas em que a indeterminação não se limita ao conteúdo ou ao modo de ser da prestação, podendo atingir outros elementos da norma jurídica individualizada, inclusive o que se refere à titularidade do direito subjetivo. É o caso das previstas no art. 95 da Lei n. 8.078, de 11.09.1990 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor) proferidas nas ações civis coletivas, promovidas por substituto processual, em defesa de direitos individuais homogêneos. Nelas, o juiz fixa “a responsabilidade do réu pelos danos causados”, sendo que a posterior liquidação ganhará contornos especiais, já que se destinará a definir, não apenas (a) o montante do valor a ser pago, mas igualmente (b) a identidade de quem deverá recebê-lo. Sentença com tal configuração desborda dos limites fixados no art. 603 do CPC. E a liquidação de que carece é mais do que ação destinada a definir o valor da prestação: é ação de cumprimento de uma sentença com especial grau de generalidade.

Havendo necessidade de comprovar fatos não acertados pela sentença na fase de conhecimento, a começar pela própria titularidade do direito subjetivo ao ressarcimento em dobro ao consumidores lesados ordenado pela sentença, faz-se imperiosa não apenas a perícia (arbitramento), mas a alegação de fatos novos, assim entendidos aqueles que não foram objeto de cognição no processo, mesmo que anteriores à sentença.

O elevado grau de cognição necessário para o cumprimento de sentença condenatória genérica implica seja seguido o procedimento comum, semelhante ao da liquidação por artigos.

Nesse sentido prossegue o Ministro Teori Zavascki:

Não havendo, na sentença liquidanda, qualquer disposição a respeito, nem convenção entre as partes, e ressalvadas as situações de que tratam o art. 604 e seus parágrafos, a definição sobre o procedimento liquidatório se dá por exclusão: adotar-se-á o procedimento comum da ação de conhecimento, salvo se a liquidação por arbitramento for exigida pela *natureza do objeto da liquidação*. Considerando que a liquidação por arbitramento consiste, basicamente, na prova pericial, há de se entender como *exigência* determinante dessa espécie de procedimento a hipótese em que a perícia seja o meio mais adequado para apurar o valor da obrigação. Ora, ao tratar da prova pericial, o Código a tem como não cabível quando “a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico” (CPC, art. 420, parágrafo único, I). Interpretação *a contrario sensu* deste dispositivo permite afirmar que a perícia - e, portanto, a liquidação por arbitramento - será cabível quando a apuração do valor do *quantum debeatur* exigir conhecimento especial de técnico.

Prova Pericial e prova de fato novo

Nem sempre a apuração do valor da obrigação depende apenas de conhecimento especializado de técnico ou de cientista. Duas outras situações merecem consideração. Primeira: necessidade de haver perícia e, cumulativamente, de se alegarem e de se provarem fatos novos; e segunda: a necessidade de perícia para provar os fatos novos alegados. A questão que nesses casos se põe é a de saber se o procedimento a ser observado é o da liquidação por arbitramento, com base no art. 606, II, ou o da liquidação por artigos como prevê o art. 608.

A partir do critério da exclusão, a que nos referimos, é de se concluir que o procedimento adequado à situação é o da liquidação por artigos. Seria inapropriado que se atribuísse ao perito a incumbência de *alegar e provar* fatos novos. Essa é matéria submetida ao princípio dispositivo, insuscetível de ser usurpada do credor, mesmo pelo juiz, quando mais por um auxiliar da justiça. Proposta a demanda liquidatória, com a alegação dos fatos novos, nada impediria que, no seu âmbito, fossem produzidas as provas periciais requeridas, seja para a comprovação dos fatos novos, seja para a apuração de valores referenciados aos fatos antigos, já postos no processo de conhecimento.

(...)

É singelo o procedimento da liquidação por arbitramento. Conforme se verifica no art. 607 do CPC, ele consiste, basicamente, na produção da prova pericial necessária à apuração do valor da obrigação resultante da sentença liquidanda. “É, em essência, um *meio de prova*”, com a particularidade, não de comprovar fatos novos, mas de proceder à avaliação do *quantum debeatur* de uma obrigação gerada por fatos cuja ocorrência já não está mais em questão.

(...)

O que define o cabimento do rito da liquidação por artigos é a “necessidade de alegar e provar fato novo” (CPC, art. 608).

(...)

O conceito de fato novo não provoca, como se vê, maiores dissensos doutrinários: é o fato relacionado com o valor da obrigação (e não, necessariamente, com a sua existência), que não foi objeto de anterior cognição civil na fase de formação do título. O *novo* diz respeito, não à data da ocorrência do fato, mas sim ao seu aparecimento *no processo*. Independentemente da data em que ocorreu, o fato é novo se ainda não foi suscitado. Saliente-se, contudo, a indispensabilidade da relação entre o fato e o conteúdo da obrigação declarada na sentença. Fato novo, diz PONTES DE MIRANDA, é fato que “não foi alegado na ação, ou o juiz, abusivamente, deixou, de modo explícito, para a execução”, mas “tem de ser ligado à sentença, ao seu conteúdo”. É esse também o alvitre de MATTEIS DE ARRUDA: Todo e qualquer fato, que integre o conteúdo da sentença anterior de condenação genérica típica, implicitamente ou por compreensão virtual, pode ser alegado, discutido e provado no processo de liquidação como fato novo necessário à efetiva e plena liquidação, embora não suscitado e discutido nesse anterior processo condenatório”.

(...)

Há situações em que a liquidação não objetiva apenas apurar o valor do dano, mas igualmente a identidade do titular do direito ao ressarcimento.

Esse fenômeno tem-se mostrado cada vez mais frequente em virtude da proliferação de demandas, disciplinadas em leis extravagantes, promovidas em regime de substituição processual, destinadas a tutelar direitos individuais homogêneos. O substituto processual, autor da ação, busca obter sentença condenatória que estabeleça a obrigação do réu de ressarcir danos. A cognição limita-se, nessa fase, à obrigação do réu de indenizar, cuja sentença de procedência certamente supõe prova cabal da existência do dano. Relega-se à liquidação a apuração do quanto é devido e a favor de quem o pagamento deverá ser feito.

Sentenças dessa espécie são as proferidas em ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos de consumidores (Lei n. 8.078, de 11.9.1990, art. 95), em demandas promovidas pelo Ministério Público para obter ressarcimento de danos causados a titulares de valores mobiliários e investidores do mercado (Lei n. 7.913, 7.12.1989, art. 2º), ou para obter a condenação de ex-administradores de instituições financeiras submetidas a regime de intervenção, liquidação extrajudicial ou falência (Lei n. 6.024, de 13.3.1974, art. 49), em demandas promovidas por entidades associativas e sindicais, para tutela de direitos de seus associados e filiados (CF, art. 5º, XXI, e art. art. 8º, III) e, em certos casos, as proferidas em mandado de segurança coletivo (CF, art. 5º, LXX), quando reconhecer direito a vencimentos e vantagens pecuniárias (Lei n. 5.021, de 9.6.1966, art. 1º).

Em todas essas situações, mais que uma simples ação liquidatória de valor, promove-se, na verdade, ação de cumprimento de sentença com elevado grau de generalidade, cujo procedimento há de seguir o regime comum, semelhante ao da liquidação por artigos.

(ZAVASCKI, Teori Albino. Processo de Execução, parte Geral, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007).

Quanto à terceira obrigação imposta pela sentença, portanto, não há que se falar em desnecessidade de prova de fato novo, pois a sentença não especificou, sequer, os nomes dos titulares do indébito a ser restituído e muito menos os contratos em cuja evolução houve pagamento indevido (e parcelas mensais em que foi cobrada a multa em percentual superior ao limite legal).

Neste ponto, ressalto que a sentença determinou, expressamente, que seus efeitos são “*erga omnes e em todo o território nacional*” (e-stj fl. 261). Na fase de liquidação foi juntada, pela recorrente, lista de 24.000 contratos em que houve pagamento em atraso, a partir de 15.7.1999 (fls. 955-1296), em relação aos quais a perícia deve demonstrar se houve, e em que valor, pagamento de multa superior a 2%.

A relação jurídica entre *cada consumidor* lesado e a recorrente envolveu o pagamento de 36 parcelas mensais, podendo ter havido inadimplemento total ou parcial em cada uma delas, com ou sem o pagamento da multa, além da possibilidade, em tese, de transações individuais já consumadas.

É certo que nenhum consumidor lesado promoveu a liquidação e execução individual da sentença coletiva. Esta premissa de fato é afirmada pelo próprio Ministério Público ao requerer a liquidação de sentença com base no art. 100 do CDC (item 3, à fl. 405) e confirmada na fundamentação do acórdão.

Mas não se tem notícia de quantas ações, que podem ainda tramitar na fase de conhecimento ou de execução, teriam sido ajuizadas individualmente por consumidores contratantes em qualquer das inúmeras comarcas deste País.

Conforme alegado nas razões de recurso especial, além da possibilidade de haver ações individuais com o mesmo objeto, é ainda mais frequente a propositura de ações individuais tendo por escopo a revisão de contratos de *leasing*, com diferentes contestações de cláusulas contratuais, inclusive a referente à multa moratória.

Igualmente é comum a suscitação da mesma questão em razões de embargos à execução opostos por consumidores de tais tipos de contratos.

Lê-se, nas razões de recurso especial, que o perito designado para proceder à liquidação apresentou proposta de honorários no valor de R\$ 160.000,00 tendo em vista a execução do trabalho por arbitramento ou de R\$ 50,00 por contrato caso haja a necessidade de serem periciados os mais de 24.000 contratos (cf. e-STJ fl. 1.603).

*A circunstância de a liquidação estar sendo promovida pelo autor da ação civil pública com base no art. 100 do CDC, em face da ausência, decorridos mais de 8 anos do trânsito em julgado da sentença coletiva, de liquidações individuais, não altera a substância da condenação a ser liquidada e executada por iniciativa do Ministério Público. Mesmo que o produto da condenação venha, ao final, a reverter em benefício do Fundo, a base de cálculo deve ser o indébito pago por cada consumidor lesado. É imprescindível, portanto, o exame das vicissitudes ocorridas ao longo dos 36 meses de duração de cada contrato individual, inclusive ações e execuções a cada um deles relacionadas e possíveis transações e quitações recíprocas. Não se pode perder de vista que a terceira obrigação imposta pela sentença coletiva diz respeito a *direitos patrimoniais divisíveis, disponíveis, inseridos no âmbito de milhares de relações contratuais privadas sinalagmáticas, de trato continuado e dos quais são titulares sujeitos determinados*, cujos nomes não foram definidos na fase do processo de conhecimento, não em decorrência de serem desconhecidos, mas apenas da generalidade inerente a esta etapa do processo coletivo.*

Com efeito, a fase de conhecimento das ações coletivas em prol de consumidores é incompleta. Na etapa de liquidação é que se completa a cognição a respeito dos titulares do direito individual homogêneo lesado e do valor do dano.

A propósito, são elucidativos os seguintes acórdãos:

Processual Civil. Embargos de divergência. Aplicação de tese jurídica diversa daquelas defendidas nos acórdãos embargado e paradigma. Cabimento. Ação civil coletiva. Execução de sentença. Honorários advocatícios. Lei n. 9.494/1997, art. 1º-D. Inaplicabilidade.

1. O exame dos embargos e divergência não se restringe às teses em confronto do acórdão embargado e do acórdão paradigma acerca da questão federal controvertida, podendo ser adotada uma terceira posição, caso prevalente. Precedentes das 1ª e 2ª Seções. 2. *A ação individual destinada à satisfação do direito reconhecido em sentença condenatória genérica, proferida em ação civil coletiva, não é uma ação de execução comum. É ação de elevada carga cognitiva, pois nela se promove, além da individualização e liquidação do valor devido, também juízo sobre*

a titularidade do exequente em relação ao direito material. 3. A regra do art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997 destina-se às execuções típicas do Código de Processo Civil, não se aplicando à peculiar execução da sentença proferida em ação civil coletiva. 4. Embargos de divergência improvidos (STJ - EREsp n. 475.566-PR - rel. Min. Teori Albino Zavascki - j. 25.8.2004). (grifos não constantes do original)

Agravo regimental em recurso especial. Honorários advocatícios. Fazenda Pública. Art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Medida Provisória n. 2.180/2001. Não aplicação. Execução de julgado em sede de ação civil pública.

1. 'Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas **a**, **b**, e **c** do parágrafo anterior.' (art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil). "Não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas." (art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997, com redação dada pelo art. 4º da Medida Provisória n. 2.180-35/2001). 3. *A exceção à regra do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, inserta na norma do art. 4º da Medida Provisória n. 2.180-5, que exclui o pagamento dos honorários advocatícios nas execuções não embargadas, não tem incidência em se cuidando de execuções individuais de julgados em sede de ação civil pública, em que é indispensável a contratação de advogado, na exata razão de que diversamente do que ocorre nas execuções não oriundas de ações coletivas, além de se promover a liquidação do valor a ser pago e a individualização do crédito, faz-se necessária a demonstração da titularidade do direito do exequente.* 4. Agravo regimental provido. (STJ - AgRg no REsp n. 512.044-RS - rel. Min. Hamilton Carvalhido - j. 26.5.2004). (grifos não constantes do original)

Processual Civil e Administrativo. Servidores públicos federais. Adicional de tempo de serviço. Ação coletiva ajuizada por sindicato. Execução. Honorários advocatícios. Cabimento. Sentenças proferidas em sede de ação civil pública e ação de classe. Descabimento.

1. A atual sistemática do processo executivo das sentenças proferidas em sede de ações coletivas é estabelecida pelas disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor, na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Processo Civil, sendo imprescindível o enquadramento do direito pleiteado, em uma das seguintes classes: difusos, coletivos ou individuais homogêneos. 2. É insofismável a natureza individual homogênea do direito dos Servidores Públicos a determinado reajuste de vencimentos, vantagem ou adicional remuneratórios, pois, em regra, este se origina de uma disposição legal, aplicável a todos indistintamente, razão pela qual podem ser tutelados judicialmente de forma global, não obstante a possibilidade de ser pleiteado individualmente. 3. *É pacífico, na doutrina e na jurisprudência, em face da regra contida no art. 95 do CDC, que, nos casos de procedência das ações coletivas de tutela de interesses individuais homogêneos, a*

condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados. 4. A execução de sentença genérica de procedência, proferida em sede de ação coletiva lato sensu - ação civil pública ou ação coletiva ordinária -, demanda uma cognição exauriente e contraditório amplo sobre a existência do direito reconhecido na ação coletiva, a titularidade do credor, a individualização e o montante do débito. Precedentes. 5. A execução da tutela coletiva, ajuizada por Sindicato, na defesa dos interesses dos membros da categoria que representa, não difere da execução de sentença proferida em sede de ação civil pública, quando esteja sendo tutelado direito individual homogêneo, uma vez que as peculiaridades desta execução não estão vinculadas à via processual utilizada, mas sim à natureza individual homogênea do direito tutelado. 6. Conclui-se, portanto, que nas execuções de sentença genéricas, proferidas em sede de ação coletiva lato sensu, ação civil pública ou ação coletiva de classe, promovida por Sindicato, não deve incidir a regra do art. 1º-D da Medida Provisória n. 2.180/35/2001 - que veda a condenação da Fazenda Pública em honorários advocatícios, caso não haja a oposição dos embargos à execução. 7. Recurso especial desprovido. (STJ - REsp n. 673.380-RS - rel. Min. Laurita Vaz - j. 19.5.2005 - DJU 20. 6.2005 - p.360). (grifos não constantes do original)

O processo coletivo é, sem dúvida, avanço significativo na tutela dos direitos individuais homogêneos de consumidores, notadamente quando se cuida de direitos de pequena expressão econômica individual, mas que, em seu conjunto, têm importância para a coletividade, sobretudo em função da boa-fé que deve nortear as relações de consumo.

A economia processual proporcionada na etapa de conhecimento, todavia, não se repete na fase de liquidação e execução, onde devem ser complementadas as fases postulatória, instrutória e decisória, com a demonstração da titularidade do direito subjetivo e da extensão individual do dano.

A abalizada doutrina de Ada Pellegrini Grinover esclarece:

E não há dúvida de que o processo de liquidação da sentença condenatória, que reconheceu o dever de indenizar e nesses termos condenou o réu, oferece peculiaridades com relação ao que normalmente ocorre nas liquidações de sentença. Nestas, não mais se perquire a respeito do *an debeat*, mas somente sobre o *quantum debeat*. Aqui, cada liquidante, no processo de liquidação, deverá provar, em contraditório pleno e com cognição exauriente, a existência do seu dano pessoal e o nexa etiológico com o dano globalmente causado (ou seja, *an*), além de quantificá-lo (ou seja, o *quantum*).

(...)

O veto que incidiu sobre o parágrafo único do art. 97 visava exclusivamente a colher a regra de competência fixada para liquidação da sentença. Levou, contudo,

de roldão - ao menos aparentemente - a disposição atinente à modalidade da liquidação e aos fatos novos a serem provados pelo liquidante. Nesta segunda parte, mesmo com o veto, o conteúdo da disposição permanece íntegro, em face dos princípios do estatuto processual civil.

Com efeito, limitando-se a condenação - genérica, nos termos do disposto no art. 95 - a fixar a responsabilidade do réu pelos danos causados, será agora necessário, a cada prejudicado, demonstrar a existência dos prejuízos sofridos (v. comentário ao art. 95). Havendo, assim, necessidade de alegação e prova de fatos novos, a liquidação deverá necessariamente ser feita por artigos, consoante disposto nos arts. 608 e 609 do CPC.

Os fatos a serem provados não são outros senão os indicados pelo dispositivo vetado: a existência do dano individual, o nexo de causalidade com o dano genérico reconhecido pela sentença, bem como o montante do primeiro. Com veto ou sem veto, a própria natureza das coisas exige que a liquidação se faça por artigos e tenha esse objeto, e nenhum outro.

(...)

Realizada a liquidação da sentença condenatória, nos termos do art. 97, a lei contempla dois tipos de execução, no art. 98: a individual, à qual continua ordinariamente legitimado o prejudicado; e a coletiva, em que os entes e pessoas indicadas no art. 82 agem na qualidade de representantes das vítimas ou sucessores (v. comentário n. 3 ao art. 97).

A execução coletiva é necessariamente individualizada, abrangendo o grupo de vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas na(s) sentença(s) de liquidação. À medida que novas sentenças surgirem, os entes ou pessoas a que a lei atribui a representação das vítimas poderão proceder a outras execuções coletivas.

Aqui, não parece inadequada a legitimação do Ministério Público, porquanto o interesse social se estabelece em função do tratamento coletivo das demandas executórias (v. retro, comentário n. 3 ao art. 97). (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto, Forense Universitária, 9ª edição, fls. 906-913).

Não esclarece o perito - e nem o acórdão recorrido - qual o critério para liquidar por arbitramento a obrigação de devolver em dobro os valores indevidos eventualmente pagos pelos 24.000 consumidores sem apreciar a evolução das 36 parcelas de cada um dos contratos. Trata-se, aqui, liquidação do valor a ser repetido por cada consumidor; direito, portanto, cujos titulares são determinados e que pode ser por eles exercido dentro do prazo geral de prescrição das ações individuais, diverso do prazo de 5 anos de prescrição das ações civis públicas. Os precedentes da 2ª Seção e da 4ª Turma que afirmaram o prazo de prescrição de

5 anos para as ações coletivas expressamente ressaltaram os prazos da lei civil para as pretensões individuais (2ª Seção, REsp n. 1.070.896-SC, rel. Ministro Luis Felipe Salomão e 4ª Turma, REsp n. 1.276.376, rel. Ministro Luis Felipe Salomão).

Assim, a circunstância de não ter havido liquidação e execução individual da sentença coletiva por nenhum consumidor favorecido, por desinteresse ou por desconhecimento de sua prolação (a intimação por edital a que se refere o voto do relator - e-STJ 214 - não foi da sentença, mas do ajuizamento da ACP), não implica *expropriação* dos direitos individuais à repetição, de forma que os consumidores não podem ser prejudicados pela liquidação de seu direito individual e reversão dos valores ao Fundo, continuando titulares, durante todo o prazo de prescrição regido pelo direito material correspondente, do direito ao ajuizamento de ação individual, além da possibilidade de alegação da ilegalidade, para efeito de compensação, em embargos à execução.

Dessa forma, o prazo de 1 ano previsto no art. 100 do CDC para que se possa proceder à eventual apuração da “fluid recovery” não pode ser confundido com o prazo preclusivo para a promoção da ação de conhecimento individual, o qual se determina pelo direito material regente da relação contratual travada entre a recorrente e cada consumidor.

Por este motivo, mesmo admitida, no caso concreto, a legitimidade do Ministério Público para promover a liquidação e execução da sentença coletiva, em face da inércia dos titulares do direito no prazo do art. 100, tal liquidação não pode deixar de individualizar o valor relativo a cada contrato, mesmo que a execução venha, ao final, a rever em proveito do Fundo. Sem esta individualização seria alterada a própria substância da condenação (não mais se trataria da devolução de valores realmente pagos de forma indevida por consumidores determinados no curso de relações contratuais de trato sucessivo) e inviabilizado o direito de quitação em favor do devedor, que continuaria exposto a ações individuais sob o mesmo título durante o prazo de prescrição do direito material (consideradas as possíveis causas individuais de suspensão e interrupção).

Neste ponto, recorro que a fonte de inspiração direta da “fluid recovery” do direito brasileiro são as *class actions* do direito norte-americano” (BENJAMIN, Antônio Herman V. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor”, RT. São Paulo. 2ª Edição, 2006, p. 1.052), e tem como pressuposto “básico a impossibilidade de reunião de todas as vítimas de uma determinada lesão

a direito e indicando ao juiz da causa a possibilidade de controle do que se convencionou denominar ‘representatividade adequada’, assim como da efetiva existência de um interesse comum entre os diversos integrantes” (obra cit. p. 1.052).

Ante a possibilidade, todavia, de “que a falta de habilitação dos consumidores lesados termine por liberar o fornecedor que atuou ilicitamente de suportar a reparação pelos danos causados” é que se introduziu “entre nós o que no direito norte-americano se conhece como *fluid recovery*, ou reparação fluida, pela qual, ao mesmo tempo em que se privilegia a tutela coletiva como instrumento de reparação dos danos causados individualmente para a massa de consumidores, na hipótese destes não a reclamarem na medida do seu prejuízo, permite sua conversão para um Fundo, cujo objetivo final é reverter em favor dos interesses lesados” (obra citada p. 1.109).

Geraldo Magela Alves menciona que “muitas vezes o dano é irrelevante e inidentificável a sua vítima, entendendo o legislador que, em tais situações, o valor arrecadado seja aplicado nos fundos federal ou estaduais, criados especialmente para a reparação dos prejuízos.” (Código do Consumidor na Teoria e na Prática, 1ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. fl. 190).

Como exemplo de hipótese de sentença condenatória em ação coletiva em que é comum a inércia de execução individual pelos consumidores lesados, Ada Grinover menciona danos insignificantes em sua individualidade, mas ponderáveis em seu conjunto, como o caso de venda de produto cujo peso ou quantidade não corresponda aos equivalentes ao preço cobrado.

No caso do exemplo acima, o consumidor lesado, titular do direito à indenização, não pode, em princípio, ser sequer identificado pelo causador do dano. Não tem o fabricante (ou mesmo o comerciante) como identificar os nomes e endereços de todos aqueles que compraram, durante determinado período, um pacote de arroz com quantidade ou qualidade inferior à anunciada na embalagem. Neste caso, a condenação à reparação pelo diminuto prejuízo individual, expressivo, todavia, em seu conjunto, tendo em vista o universo de consumidores lesados, deve reverter ao Fundo, caso não tenha havido habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano (CDC, art. 100, parágrafo único).

Não sendo conhecidos os consumidores lesados, titulares da indenização - e não tendo eles se apresentado, pleiteando a execução da sentença coletiva no prazo legal - nenhum prejuízo haverá para quem quer que seja no cálculo

global do dano causado pela venda da quantidade de produtos viciados que se apurar em liquidação, revertendo os valores da condenação para o Fundo. Tal providência, embora não diretamente ressarcitória aos lesados, virá em proveito da generalidade dos consumidores, na medida em que propiciará recursos para medidas em defesa do sistema de tutela dos consumidores, tendo, por outro lado, caráter inibitório da prática de futuros atos ilegais pelo vencido.

Diversamente, no caso presente, a condenação diz respeito a direitos homogêneos individuais, patrimoniais, disponíveis, de titulares determinados, surgidos no âmbito de milhares de relações contratuais de trato sinalagmático e sucessivo.

A sentença coletiva não procedeu ao accertamento da relação jurídica havida entre cada consumidor e a recorrente, ao longo dos 36 meses de evolução contratual. Cumpre, portanto, seja feita a liquidação por meio de processo de conhecimento (artigos), devendo ser individualizados os titulares e valores pertinentes a cada contrato.

Caberá ao exequente promover, querendo, a liquidação por artigos, observado o limite de dez contratos em cada ação de liquidação, a fim de que não seja comprometido o direito de defesa da executada e a rápida solução de cada incidente de liquidação (CPC, artigo 46, parágrafo único, aplicável por analogia).

Diante da regra do art. 100, do CDC, após liquidada a sentença em relação a cada contrato individual, se não houver habilitação do interessado, o valor da condenação reverterá ao Fundo. Fica ressalvada a possibilidade de cobrança, por cada consumidor, de seu crédito individual, dentro do prazo de prescrição ditado pelo direito material, e de ressarcimento pela empresa recorrente junto ao Fundo de valores que eventualmente venha a ser compelida a pagar sob o mesmo título, em processos individuais, a cada consumidor.

Diante dos termos deste voto, ficam invalidados todos os atos decisórios ocorridos após o requerimento de liquidação formulado pelo Ministério Público, sem obedecer ao rito adequado (artigos), e, portanto, prejudicadas as questões relativas à perícia.

Em face do exposto, com a devida *venia* dos votos precedentes, dou provimento ao recurso especial, para invalidar todos os atos decisórios proferidos na fase de liquidação e ordenar que esta se dê por artigos, limitado cada procedimento de liquidação a dez contratos, de acordo com requerimentos a serem formulados pelo autor/recorrido, caso assim o entenda.

É como voto.

VOTO-DESEMPATE

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Para o fim de desempate na votação, na forma do § 3º do art. 162 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, cabe-me apresentar voto.

A controvérsia gira em torno da liquidação de sentença em ação civil pública que condenou a ré, empresa de arrendamento mercantil, a restituir, em dobro, a seus consumidores, as quantias correspondentes às multas cobradas em percentual superior a 2% (dois por cento), em virtude de inadimplemento dos contratos. A ação envolve cerca de 24.000 (vinte e quatro mil) contratos, em âmbito nacional.

No tópico pertinente a este recurso, a sentença foi assim prolatada (e-STJ fl. 260):

Condenar a requerida, de forma genérica, a restituir, em dobro, aos consumidores lesados, os valores cobrados indevidamente, a título de multa moratória, em percentual superior àquele previsto na Lei n. 8.078/1990, após 1º.8.1996 (data em que a Lei n. 9.298/1996 deu nova redação ao art. 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor), valores esses que deverão ser corrigidos monetariamente desde a data de cada pagamento e acrescidos de juros de mora de 0,5% ao mês, a contar da citação (15.7.1999, fls. 73v).

Contudo - por desinteresse ou desconhecimento - não há notícia da existência de execuções individuais. É o que afirma o Ministério Público, ao dar início à liquidação da sentença com fundamento no art. 100 do CDC (e-STJ fl. 405). Diante de tal circunstância, o TJDFFT permitiu o início da *liquidação por arbitramento*, para apurar, por meio de perícia, o *quantum* devido.

Não consta dos autos, porém, quais seriam os critérios da liquidação, ou seja, como se chegaria ao *quantum* referente à devolução em dobro dos valores indevidamente cobrados. O título executivo e o acórdão recorrido não enfrentaram o tema.

Prova disso é que o perito, ao apresentar sua estimativa de honorários, ofereceu dois critérios distintos, conforme a maneira pela qual a liquidação viesse a ser efetivada: R\$ 160.000,00 (cento e sessenta mil reais) para o caso de arbitramento (*rectius*, estimativa) ou, caso houvesse a necessidade de análise de cada contrato individualmente, R\$ 50,00 (cinquenta reais) por instrumento (e-STJ fl. 1.603).

O eminente relator, Ministro *João Otávio de Noronha*, em seu voto, bem sintetizou os tópicos debatidos neste recurso especial:

- i) violação dos arts. 165, 458 e 535 do CPC (vícios da sentença);
- ii) legitimidade do Ministério Público para a liquidação e execução da sentença;
- iii) liquidação por arbitramento e não por artigos; e
- iv) necessidade de litisconsórcio entre o Ministério Público e os beneficiários.

O eminente Ministro relator negou provimento ao recurso, mantendo, na íntegra, o acórdão recorrido. No mesmo sentido, mas com argumentos distintos, o Ministro *Luis Felipe Salomão*.

A eminente Ministra *Maria Isabel Gallotti*, em voto-vista, discordou apenas em relação à forma de liquidação, concluindo pela necessidade da apuração por artigos, limitada a 10 (dez) contratos por processo, no que foi seguida pelo Ministro *Raul Araújo*.

Assim, em relação aos demais pontos objeto do recurso, acompanho os eminentes pares, aderindo aos seus argumentos e conclusões.

A legitimidade do Ministério Público para proceder à liquidação da sentença coletiva ainda comporta alguma divergência na doutrina e jurisprudência. Por isso, a presente decisão unânime da Quarta Turma desta Corte Superior, permitindo a liquidação e execução de forma subsidiária, diante da inércia dos interessados (CDC, art. 100), consubstancia um importante precedente na efetivação da tutela coletiva.

Com efeito, o Ministério Público - ou outra associação legitimada para o processo coletivo - não deve ter sua atuação limitada à fase de conhecimento. Se assim fosse, haveria prestação da tutela jurisdicional incompleta, o que não se pode admitir, sob pena de indevida limitação do acesso à Justiça.

Nesse sentido, cumpre lembrar a lição de CAPPELLETTI a propósito das ondas do acesso à justiça, sendo a segunda onda a que se refere ao fim das barreiras que impedem a efetiva tutela dos interesses coletivamente (*Acesso à Justiça*, Porto Alegre: Safe, 1988, p. 49 e ss.).

Por isso, adiro aos votos anteriores para reconhecer a legitimidade do Ministério Público para a liquidação de sentença objeto do presente recurso.

Passo à análise da questão sobre a qual divergem os eminentes Ministros

que integram esta Quarta Turma: a forma de liquidação diante da inércia individual dos consumidores.

Os eminentes Ministros *João Otávio de Noronha* e *Luis Felipe Salomão* concluíram pela possibilidade irrestrita de se proceder, desde logo, à recuperação ou reparação fluída (*fluid recovery*), pelo Ministério Público, por meio de liquidação por arbitramento, mediante a elaboração de laudo pericial que estime o valor referente ao prejuízo ocasionado aos consumidores.

Os Ministros *Maria Isabel Gallotti* e *Raul Araújo*, considerando as especificidades do caso, entenderam não ser possível a liquidação por arbitramento por meio de estimativa. Destacou a Ministra *Maria Isabel Gallotti* que, ao assim proceder, poderia haver prejuízo às partes, haja vista a incorrência de prescrição dos direitos individualmente considerados. Assim, dando provimento ao recurso, a eminente Ministra conclui pela liquidação por artigos, que deverá levar em conta a situação de cada contrato.

A divergência, pois, restringe-se à forma de liquidação: por arbitramento, chegando a um valor estimado, ou a liquidação deve ser por artigos, levando em conta cada um dos contratos.

Não há dúvida de que a primeira solução (por arbitramento e com valor estimado) mostra-se mais simples. Da mesma forma, não se discute que a segunda alternativa (por artigos e por contrato) é mais complexa, mas, também, mais segura, por refletir o título executivo.

Nesse sentido, destaco o seguinte trecho do voto do eminente Ministro *Luis Felipe Salomão* (p. 15):

Outrossim, a reparação fluída, na maioria das vezes, ostenta peculiar natureza punitiva e não meramente ressarcitória, com o escopo precípua de assegurar os interesses da coletividade, de modo a impedir que a sentença seja inócua (...).

Por outro lado, também reporto a excerto do voto da eminente Ministra *Maria Isabel Gallotti* (p. 12):

É imprescindível, portanto, o exame das vicissitudes ocorridas ao longo dos 36 meses de duração de cada contrato individual, inclusive ações e execuções a cada um deles relacionadas e possíveis transações e quitações recíprocas. Não se pode perder de vista que a terceira obrigação imposta pela sentença coletiva diz respeito a direitos patrimoniais divisíveis, disponíveis, inseridos no âmbito de milhares de relações privadas sinalagmáticas, de trato continuado e dos quais são titulares sujeitos determinados (...).

Nesse contexto, diante das peculiaridades do caso em análise - em que há a precisa identificação de todos os beneficiários e a possibilidade de se apurar o efetivo *quantum* devido -, entendo que a indenização não pode ser estimada, mas deve refletir exatamente o fixado na correspondente sentença.

Isso porque a execução, considerando uma série de princípios, dentre os quais o da menor onerosidade (CPC, art. 620), deve buscar o exato (não estimado) adimplemento do previsto na sentença. É a conhecida afirmação de CHIOVENDA de que o processo deve dar tudo aquilo - mas *exatamente* aquilo - que se tem direito de obter:

Il processo deve dar per quanto è possibile praticamente a chi ha um diritto tutto quello e proprio quello che gli há diritto di conseguire. (Saggi di Diritto Processuale Civile. V. 1. Roma, 1930, p. 110).

Conforme exposto, diante da inércia dos consumidores, o TJDFDT deferiu o pedido do Ministério Público para que procedesse à reparação fluída. Contudo, sem fixar critérios para a liquidação. Nesta Corte, o Ministro *Luis Felipe Salomão*, em seu voto, destaca a desnecessidade de se apurar individualmente as características de cada contrato (p. 10 da Ratificação de Voto):

Nessa ordem de idéias, a determinação de que os 24.000 contratos sejam individualmente examinados, ao longo dos 36 meses de sua duração, para apuração dos exatos valores devidos a cada consumidor lesado, e de que cada ação executiva abranja não mais que 10 contratos, mostra-se despicienda no caso concreto e contrária aos princípios da efetividade e da economia processuais, tendendo a dificultar a satisfação do direito reconhecido na sentença.

Porém, com a devida vênia, a liquidação por estimativa não me parece ser a melhor solução para o caso dos autos - ainda que tal forma de liquidação se revele pertinente a outras hipóteses.

É o que se conclui ao analisar os objetivos da reparação fluída (CDC, art. 100). O instituto do *fluid recovery* tem origem no direito norte-americano e, conforme a doutrina, deve ser utilizado especialmente em situações em que há comprovação do dano e de seu causador, mas não a efetiva identificação dos beneficiários - seja porque não foi possível notificá-los ou porque os indivíduos não conseguiram provar sua relação com o evento (cf., nesse sentido, BRAD SELIGMAN e JOCELYN LARKIN, *Fluid Recovery and Cy Pres: A funding source for legal services*, <http://www.impactfund.org/downloads/Resources/CyPres2011.pdf> e CARLOS ALBERTO DE SALLES, *Execução Judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, *passim*).

Como se percebe, em sua origem, cabe a reparação fluída visando ao ressarcimento principalmente quando (i) não se consegue apurar exatamente o prejuízo (muitas vezes porque individualmente irrelevante - mas globalmente expressivo) e (ii) não se consegue identificar quem são os beneficiários. A hipótese dos autos não se insere em nenhuma dessas situações.

Neste processo - no qual os beneficiários estão claramente identificados dentre os contratantes da empresa recorrente - não se vislumbra a típica situação em que a *fluid recovery* se aplica. Mas, caso não haja interessados para o recebimento da quantia (como parece ser a hipótese), a indenização deve ser revertida ao fundo de direitos difusos, de modo que não exista enriquecimento indevido do causador do dano. Portanto, o instituto da reparação fluída se aplica subsidiariamente ao caso.

A típica hipótese da reparação fluída ocorre em situações como, por exemplo, a de um posto de combustível que vende por preço acima do devido (poucos centavos por litro) ou, no exemplo citado por ADA PELLEGRINI GRINOVER (*Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, p. 913), de um fornecedor que vende produtos com peso indevido (alguns gramas a menos do que indica a embalagem).

Nesses casos, em que é impossível apurar, individualmente, os beneficiários e o valor devido a cada um deles, é que se tem a principal aplicação do art. 100 do CDC.

Em tais hipóteses, se poucos ou nenhum dos consumidores conseguirem provar que adquiriram o combustível ou o produto, será cabível a indenização globalmente estimada, não havendo se falar em mensuração individualizada e específica do prejuízo, por impossibilidade material.

Todavia, no processo de que se trata, a condenação imposta pela sentença é passível de plena e efetiva liquidação: os contratantes estão indicados nos autos (e-STJ fls. 955-1.296) e é possível se chegar ao *quantum* devido nos moldes do estipulado no título exequendo.

Como é notório, a liquidação deve refletir o título executivo. No caso, a sentença não impôs uma condenação globalmente considerada (hipótese em que seria admitida a reparação estimada), mas indenização levando em conta os contratantes da recorrente, todos identificáveis - e com os contratos presentes nos autos. Diferente seria, por certo, se não houvesse como identificar os beneficiários da decisão.

Não se trata de desestimular ou dificultar o processo coletivo e a efetividade da tutela jurisdicional. Ao contrário, a liquidação com base em cada um dos contratos prestigia a sentença proferida no processo coletivo, de modo a torná-la efetiva e integralmente observada.

Em tais condições, com a devida vênia do Ministro *Luis Felipe Salomão*, nesse aspecto acompanho a ministra *Maria Isabel Gallotti*, pois não me parece ser a típica hipótese de aplicação da recuperação fluída, com base em liquidação por arbitramento estimada mediante laudo pericial.

Nada obstante, discordo de Sua Excelência, *data maxima venia*, quanto à necessidade de liquidação por artigos, em grupos de 10 (dez) beneficiários por processo. Nesse ponto, acompanho o Ministro *Luis Felipe Salomão*, por entender que a solução proposta poderia dificultar o processo coletivo e, até mesmo, inviabilizar o cumprimento da sentença, haja vista os incidentes processuais que acarretaria.

A relação de beneficiários encontra-se nos autos e os critérios fixados para pagamento dos valores estão expressos na sentença. Por isso, penso ser possível uma única liquidação por arbitramento, mas não por estimativa, pois o laudo pericial, após análise de cada um dos contratos, poderá chegar ao valor devido, em observância ao título executivo. Vale esclarecer que o próprio perito judicial apresentou proposta de honorários, donde se conclui ser viável essa forma de liquidação, ainda que com maior custo.

Em síntese, acompanho os Ministros *Luis Felipe Salomão* e *João Otávio de Noronha* quanto à possibilidade de liquidação por arbitramento (CPC, arts. 475-C, II, e 475-D). Todavia, acompanho os Ministros *Maria Isabel Gallotti* e *Raul Araújo* quanto à necessidade de se apurar efetivamente, e não por estimativa, o *quantum* devido.

Nessas condições, dou *parcial provimento* ao recurso, para que a liquidação por arbitramento considere cada um dos contratos.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Originariamente, cuida-se de ação civil pública julgada procedente, condenada a ora recorrente: a) a se abster da cobrança de multa moratória, em contrato de adesão, superior a 2% ao ano, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) para cada contrato firmado

em desacordo com a decisão; b) de forma genérica, à devolução em dobro do indébito aos consumidores lesados, com correção monetária desde a data de cada pagamento e acrescido de juros de mora de 0,5 % ao mês, a partir da citação.

A sentença transitou em julgado, pois a apelação não foi conhecida. Em seguida, o Ministério Público requereu a intimação da ré para fornecer relação das parcelas de seus contratos de *leasing* recebidos com atraso, a partir de 15.7.1999, o que foi acatado pelo Juízo, mas não cumprido pela ré até que implementada a busca e apreensão dos dados eletrônicos. Para tanto, foi ajuizada ação cautelar que resultou no fornecimento de lista parcial pela instituição financeira. Posteriormente, a recorrente juntou a relação dos consumidores e a respectiva qualificação daqueles que pagaram com atraso, desde 15.7.1999 (fls. 955-1.296).

O Ministério Público pleiteou a liquidação coletiva da sentença - por arbitramento -, e remessa ao fundo federal criado pelo art. 13 da Lei n. 7.347/1985, em razão da inércia dos consumidores (cerca de 24.000 - fls. 400-406), o que foi deferido pelo Juízo (fls. 410), nos seguintes termos:

Defiro a liquidação de sentença com fulcro no art. 475-C, II, do CPC, requerida pelo Ministério Público.

Nomeio o Dr. João Carlos Coelho de Medeiros para funcionar como “expert” do Juízo, devendo apresentar proposta de honorários em 5 dias. O laudo conclusivo será entregue em até 15 dias. Faculto às partes formularem quesitos e indicarem assistente técnico no prazo comum de 5 dias, nos termos do art. 421 do CPC.

Fica desde já o “expert” autorizado a levantar metade dos valores quando do início dos trabalhos e a outra metade quando da entrega do laudo, consoante sistemática adotada por essa Vara.

Ressalto que no caso, deverá a parte ré arcar com o adiantamento dos honorários periciais, eis que deu causa à lide.

Sobreveio agravo de instrumento (fls. 1.460), impugnando: a) a legitimidade do *Parquet* para promover a execução da sentença coletiva que encarta direitos puramente individuais e disponíveis, o que diverge do procedimento previsto pelo CDC; b) o descabimento da liquidação coletiva, que deveria ser efetuada individualmente; c) se admitida a liquidação coletiva, esta deveria ser realizada por artigos, a fim de possibilitar o contraditório e a ampla defesa em relação ao valor devido; d) o depósito dos honorários periciais deveria ser ônus do requerente.

O agravo foi parcialmente provido, apenas para diferir o pagamento dos honorários periciais para o término da execução.

O acórdão foi ementado nos seguintes termos (fls. 1.556):

Processual Civil. Agravo de instrumento. Execução. Sentença coletiva. Direito individual homogêneo disponível. Legitimação ativa do Ministério Público. Liquidação por arbitramento. Exigibilidade pela natureza do objeto da liquidação. Postergação do pagamento dos honorários periciais para o término da execução ou nomeação de perito oficial. Agravo de instrumento parcialmente provido.

O Ministério Público tem legitimação ativa (extraordinária) para promover a liquidação e execução da sentença coletiva, quando não houver execução individual do julgado por número considerável de consumidores prejudicados, eis que se objetiva conferir efetividade à indenização pelo ato abusivo praticado em relação de consumo.

Cabível a liquidação coletiva da sentença por arbitramento, quando a exige a natureza do objeto da liquidação, em que perito contábil estimará o valor do dano, em razão de o fornecedor não ter apresentado os documentos comprobatórios do valor a maior recebido, o qual é objeto da repetição de indébito.

Determinada a realização de perícia para a liquidação da sentença coletiva por arbitramento, deve a nomeação recair sobre perito oficial ou postergar-se o pagamento dos honorários para o término da execução, eis que o exequente não está obrigado a adiantar a verba honorária, nos termos do artigo 18, da Lei n. 7.347/1985, nem o executado, que não requereu a prova técnica.

Agravo de Instrumento parcialmente provido.

A ora recorrente opôs embargos de declaração (fls. 1.571).

Os embargos foram parcialmente providos, apenas para sanar erro material (fls. 1.583).

Foi interposto o presente recurso especial (fls. 1.592), com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alegando violação dos seguintes dispositivos legais:

a) arts. 165, 458, II, e 535, I e II, do CPC, porquanto rejeitados os embargos de declaração sem o saneamento das omissões apontadas, quais sejam: (i) o significado da expressão “perito oficial” e a quem caberia o pagamento de honorários periciais; (ii) a definição dos critérios a serem seguidos na execução coletiva; (iii) as premissas usadas pelo Tribunal para concluir que os arrendatários não teriam promovido a execução individual do julgado e que inexistiriam ações individuais, em âmbito nacional, com o mesmo objeto;

b) art. 82, I, do CDC, uma vez que o *Parquet* não tem legitimidade para proceder à liquidação e execução de sentença que tutela direitos individuais e divisíveis;

c) art. 100 do CPC, haja vista a ausência de comprovação acerca da não habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, e da desconsideração dessa questão pelo Tribunal *a quo*;

d) arts. 1º, 97 e 100 do CDC, em virtude de que a liquidação coletiva “deve ter por objetivo primordial a satisfação de cada um dos titulares dos direitos reconhecidos na sentença, o que seria de impossível implementação no presente caso, sendo, ao contrário, causa de evidente tumulto processual e de indevida duplicidade de pagamentos;

e) art. 46, parágrafo único, do CPC, haja vista a não limitação de litisconsórcio multitudinário, acarretando dificuldades à defesa;

f) art. 475-E e 475-C, II, do CPC, porquanto a liquidação deveria ser processada por artigos, de modo à melhor aferição de numerosos fatores tendentes a influir na segurança da aferição do valor exequendo;

g) arts. 19 e 33 do CPC, devendo os honorários do perito ser adiantados e pagos pelo requerente. Suscitou divergência pretoriana quanto a este ponto, com os REsp n. 733.456-SP e 846.529-MS.

Aventou, outrossim, dissídio jurisprudencial com arestos deste Tribunal Superior que entenderam que a falta de individualização dos créditos, em execução decorrente de ação coletiva, importa a nulidade da execução, haja vista a possibilidade de duplicidade no pagamento das indenizações.

Foram apresentadas contrarrazões ao apelo, pugnano pelo não conhecimento do recurso em razão da aplicação das Súmulas n. 284 do STF e 211 do STJ, da ausência de prequestionamento e da demonstração do dissídio jurisprudencial.

Também houve a interposição de recurso extraordinário admitido na instância originária.

O Ministro João Noronha, Relator, em seu voto, negou provimento ao recurso especial, mantendo integralmente o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

É o relatório.

2. No que tange à alegada violação dos arts. 535, 165, 458, II, do CPC, acompanho o Relator no sentido de que o acórdão recorrido não incorreu em

nenhum dos vícios apontados, tendo se manifestado, ainda que sucintamente e em desfavor da recorrente, acerca das matérias suscitadas nos embargos declaratórios, senão vejamos.

2.1. Alegou a recorrente omissão quanto às premissas utilizadas pelo Tribunal para concluir que os arrendatários não teriam promovido a execução individual do julgado e que inexistiriam ações individuais, em âmbito nacional, com o mesmo objeto.

A esse respeito, o Tribunal manifestou-se no seguinte sentido (fls. 1.559-1.560):

[...] o Magistrado determinou a suspensão do feito pelo prazo de 1 (um) ano, em observância à regra do artigo 100, do Código de Defesa do Consumidor, por despacho datado de 06 de fevereiro de 2002 (fl. 315).

O Ministério Público somente requereu a liquidação da sentença em 10 de setembro de 2008 (fls. 395-400), quando transcorridos mais de 6 (seis) anos da data em que o Juiz da causa suspendeu a tramitação do feito. Nesse ínterim, não foi praticado qualquer ato tendente à satisfação do crédito reconhecido pela sentença.

A certidão de folha 316 foi proferida equivocadamente, mas isso não causou qualquer prejuízo para os consumidores arrendatários, eis que os documentos carreados para os autos, no período da suspensão, tiveram por escopo levantar informações para facilitar a execução, inclusive pelos aludidos consumidores, na parte relativa à repetição do indébito, mas os mutuários prejudicados não a promoveram, por desinformação ou desinteresse.

Assim, a condenação imposta pela sentença na ação coletiva corre o risco de tornar-se inócua, conforme ressaltado pelo Ministério Público na petição em que postulou a liquidação do julgado.

Trata-se, ademais, de questão preclusa, porquanto a Agravante impugnou a decisão judicial que lhe determinou a juntada da relação de todas as parcelas dos contratos de arrendamento mercantil percebidas com atraso a contar de 15.7.1999, com discriminação do valor principal, atualização e multa moratória (fls. 325-329).

Portanto, dessume-se que, com base no contexto fático-probatório, bem como na ausência de impugnação dos aludidos documentos pela recorrente no momento oportuno, acarretando a ocorrência da preclusão temporal, a Corte *a quo* consignou a existência de documentos carreados aos autos que a levaram a assim decidir.

Inexistente, portanto a alegada omissão.

Ressalta-se que o Relator, percucientemente, constatou nos autos que os beneficiários da sentença de procedência do pedido contido na ação civil pública, foram notificados por edital, sendo certo que o Ministério Público solicitou a sua liquidação somente após mais de seis anos do despacho que suspendeu o feito - por um ano -, consoante consignado pelo Tribunal (fls. 1.560).

2.2. Outro ponto indicado como obscuro refere-se à postergação do pagamento do perito e da alusão a “perito oficial”, o que foi abordado pelo acórdão prolatado, tanto em sede de agravo, quanto em embargos de declaração, esclarecendo o Tribunal que a executada não está compelida a adiantar os honorários periciais, porquanto não requereu a referida prova, devendo ser os honorários postergados para a fase final da execução (por isso a menção ao perito oficial, uma vez que o perito estranho aos quadros do Poder Público, em regra, recebe antecipadamente).

Não procede, mais uma vez, a argumentação da recorrente.

2.3. Outrossim, suscitou obscuridade quanto à ausência de critérios para a liquidação de sentença, o que também não ocorreu, haja vista ter o Juízo determinado a liquidação por arbitramento, contra a qual, inclusive, a recorrente vem a insurgir-se no presente recurso especial.

Confira-se o seguinte excerto do voto condutor (fls. 1.585):

A liquidação da sentença coletiva, neste caso, deve ocorrer por arbitramento, nos termos do artigo 475-C, inciso II, do Código de Processo Civil, e não por artigos, como pretende a Agravante, porquanto desnecessária é a alegação e prova de fato novo. O *quantum debeat* será apurado por arbitramento em razão da natureza do objeto da liquidação, eis que depende de apuração do valor do dano produzido, sem qualquer prejuízo para o contraditório e ampla defesa, eis que as partes serão intimadas para se manifestarem sobre o laudo pericial, quando conhecerão o critério do *expert* para a quantificação do valor para execução.

3. No que tange à alegada violação aos arts. 1º, 82, I, 97 e 100 do CDC, não assiste razão à recorrente.

Sustentou que a ação de cumprimento da sentença coletiva deveria se desenvolver pelo procedimento comum e em litisconsórcio ativo, com os titulares do direito sendo nomeados individualmente, bem assim identificadas as respectivas situações jurídicas, de modo que a legitimidade do MP restringir-se-ia às hipóteses em que se tutelam direitos difusos ou direitos coletivos em sentido estrito.

Ao revés, o Tribunal de origem entendeu pela legitimidade extraordinária do *Parquet*, mormente em razão de que o crédito executado será revertido ao “Fundo Gestor” e não aos consumidores lesados, que não promoveram a execução individualmente em número compatível com a gravidade do dano (fls. 1.560).

O nobre Relator, com arrimo nos arts. 82, I, 97 e 100 do CDC, entendeu pela legitimidade do Ministério Público.

Com efeito, também neste ponto, no tocante à conclusão, acompanho o Relator.

3.1. De início, assevera-se incontroversa a legitimidade individual dos consumidores para ajuizarem as respectivas ações executivas, então faz-se mister enfatizar uma importante diferenciação, que materializa o tênue limite entre a legitimidade e a ilegitimidade do *Parquet* para intentar o cumprimento de sentença genérica, qual seja: (i) a execução individual realizada de forma coletiva e; (ii) a execução coletiva propriamente dita, considerando o dano globalmente causado.

Os arts. 97 e 98 do CDC, inseridos topograficamente no capítulo II, que trata “das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos”, estabelecem que:

Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82.

Art. 98. A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções.

§ 1º A execução coletiva far-se-á com base em certidão das sentenças de liquidação, da qual deverá constar a ocorrência ou não do trânsito em julgado.

O art. 100, constante no mesmo capítulo do diploma legal referido, dispõe o seguinte:

Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985.

Os dispositivos legais, portanto, apontam para a possibilidade de os legitimados do art. 82 procederem ao ajuizamento da ação tendente ao cumprimento da sentença coletiva, sendo certa a existência de duas hipóteses distintas de liquidação/execução:

(i) a dos arts. 97 e 98 versa sobre o ressarcimento singular, ou seja, sobre a reparação do dano individual dos lesados, cuja pretensão tem caráter pessoal, considerando-se os entes legitimados pelos arts. 5º da Lei n. 7.347/1985 e 82 do CDC como representantes processuais das vítimas, propondo a demanda executiva em nome alheio, para a defesa de direito alheio;

(ii) a hipótese versada no art. 100 encerra situação em que, por alguma razão, os consumidores lesados desinteressam-se quanto ao cumprimento individual da sentença, ensejando, desta forma, a legitimação dos entes elencados no art. 82, para requerer ao juízo a apuração dos danos globalmente causados e a reversão dos valores apurados para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (art. 13 da LACP), com vistas a que a sentença não se torne inócua, liberando o fornecedor que atuou ilícitamente de arcar com a reparação dos danos causados.

Quanto à primeira hipótese (arts. 97 e 98, ou seja, ressarcimento individual), o Ministério Público não tem legitimidade, mas apenas os demais legitimados, haja vista a própria conformação constitucional deste órgão e o escopo precípua desta forma de execução, qual seja, a defesa de interesses individuais personalizados que, apesar de se encontrarem circunstancialmente agrupados, não perdem a sua natureza disponível.

Consoante lição doutrinária:

À luz da Constituição Federal, o *parquet* não pode defender direitos individuais estritamente disponíveis e é justamente essa a principal característica do direito aqui: a disponibilidade. Tudo que outorgava legitimidade ao MP se perde nesse momento, principalmente a homogeneidade do direito discutido, que volta para o inteiro dispor dos lesados. Não há interesse social que autorize a propositura da execução coletiva pelo MP.

Vale lembrar que qualquer interpretação contrária a essa afrontaria cabalmente o art. 127, *caput*, da Constituição Federal, que impede a defesa de direitos individuais disponíveis pelo MP. (SILVA, Érica Barbosa e. *Op. Cit.*, p. 108)

A ora recorrente parece ter construído suas razões recursais sob essa ótica, olvidando-se de que, no caso em apreço, essa premissa não encontra ressonância, ante a manifesta ausência de similaridade fática e jurídica.

O acórdão tratou de forma clara a controvérsia apresentada, lançando fundamentação jurídica sólida, cuja convicção deu-se mediante exame dos elementos fático-probatórios dos autos. Nota-se, apenas, que não foi ao encontro da pretensão do recorrente, o que está longe de significar negativa de prestação jurisdicional.

Outrossim, em relação ao dissídio jurisprudencial invocado quanto ao tema, é de se destacar a ausência de similitude fática entre os julgados confrontados, uma vez que o Recurso Especial n. 766.134-DF não trata de hipótese em que se discute acerca da liquidação/execução para apuração do prejuízo de forma global, tendo havido mera alusão genérica, em sede de voto vista, relativa à questão ora enfocada.

3.2. Ressoa inequívoco conformar-se o presente caso à hipótese encartada no art. 100 do CDC, em que, diante do desinteresse dos consumidores no cumprimento individual da sentença genérica, abre-se oportunidade à execução coletiva, em que o dano deve ser apurado de forma global, afastando, portanto, a individualização e a disponibilidade dos direitos ou interesses em jogo.

Está-se diante de uma sentença genérica, em que o juiz apenas reconhece a responsabilidade do réu, condenando-o à reparação do dano causado em termos ilíquidos, razão pela qual, após o transcurso *in albis* do prazo de um ano para habilitação dos consumidores lesados, exsurge a legitimação dos entes relacionados no art. 82 para a liquidação da sentença.

É o que a doutrina denomina de reparação fluida - *Fluid Recovery* -, em que se busca a responsabilização do causador do dano e a compensação da sociedade lesada, emprestando a devida efetividade à defesa dos direitos individuais homogêneos.

Doutrina de escol leciona que:

Esta solução é extremamente representativa do espírito do CDC e introduz entre nós o que no direito norte-americano se conhece como *fluid recovery*, ou reparação fluida, pela qual, ao mesmo tempo em que se privilegia a tutela coletiva como instrumento da reparação dos danos causados individualmente para a massa de consumidores, na hipótese destes não a reclamarem, na medida do seu prejuízo, permite sua conversão para um Fundo, cujo objetivo final é reverter em favor dos interesses lesados.

Suas vantagens basicamente são duas. Primeiro, não permitir que a falta de habilitação dos consumidores lesados termine por liberar o fornecedor que atuou ilicitamente de suportar a reparação pelos danos causados, reforçando a função

de desestímulo que a indenização deve possuir. Por outro lado, determina a possibilidade da reparação; não sendo diretamente reclamada pelos lesados, a indenização pode ser utilizada em iniciativas e projetos vinculados aos direitos que a ação coletiva buscou proteger. (BENJAMIN, Antonio Herman. *Op. Cit.*, p. 1.459)

A seu turno, a eminente Professora Ada Pellegrini Grinover elucidada que:

[1] A *Fluid Recovery do Direito Brasileiro* - As ações coletivas que têm por objeto a reparação dos danos causados a pessoas indeterminadas podem carrear consigo algumas dificuldades. É o que tem demonstrado a experiência norte-americana, quando a sentença condena o réu a ressarcir o dano causado a centenas ou milhares de membros da *class*, surgindo então problemas de identificação das referidas pessoas; de distribuição entre elas da arrecadação; do uso do eventual resíduo não reclamado pelos membros da coletividade.

A jurisprudência norte-americana criou então o remédio da *fluid recovery* (uma reparação fluida), a ser eventualmente utilizado para fins diversos dos ressarcitórios, mas conexos com os interesses da coletividade: por exemplo, para fins de tutela dos consumidores ou do ambiente.

A colocação desse tipo de ações coletivas no Código de Defesa do Consumidor é diversa da que ocorre com as *class actions* norte-americanas, em que o juiz desde logo quantifica a indenização pelos danos causados: no sistema criado pelo Código, o bem jurídico objeto de tutela ainda é indivisível e a condenação é genérica, limitando-se a fixar a responsabilidade do réu e a condená-lo a reparar os danos causados. Estes serão apurados e quantificados em liquidação de sentença, movida por cada uma das vítimas para a posterior execução e recebimento da importância correspondente à sua reparação. A condenação faz-se, portanto, pelos danos causados, mas em termos ilíquidos, e o pagamento a cada credor corresponderá exatamente aos danos sofridos.

Todavia, o legislador brasileiro não descartou a hipótese de a sentença condenatória não vir a ser objeto de liquidação pelas vítimas, ou então de os interessados que se habilitarem serem em número incompatível com a gravidade do dano. A hipótese é comum no campo das relações de consumo, quando se trate de danos insignificantes em sua individualidade mas ponderáveis no conjunto: imagine-se, por exemplo, o caso de venda de produto cujo peso ou quantidade não corresponda aos equivalentes ao preço cobrado. O dano globalmente causado pode ser considerável, mas de pouca ou nenhuma importância o prejuízo *sofrido* por cada consumidor lesado. Foi para casos como esses que o *caput* do art. 100 previu a *fluid recovery*.

Observe-se, porém, que a indenização destinada ao Fundo criado pela LACP, nos termos do parágrafo único do art. 100, é residual no sistema brasileiro, só podendo destinar-se ao referido Fundo se não houver habilitantes em número compatível com a gravidade do dano.

[...]

[2] *A Legitimação para a Liquidação e Execução* - Os entes e pessoas legitimados nos termos do art. 82 são, então, legitimados à liquidação e execução da reparação global pelo *caput* do art. 100. Aqui, não mais se trata de substituição processual nem de representação. O que agora se consubstancia é algo mais próximo à legitimação ordinária, pela qual os legitimados agem na persecução de seus próprios objetivos institucionais, sendo - na expressão norte-americana - uma *real party in interest*.

[3] *Modalidade e Objeto da Liquidação* - A liquidação promovida pelos legitimados após o decurso do prazo legal, quando não haja habilitações dos prejudicados ou quando essas não forem em número compatível com a gravidade do dano, terá por objeto a apuração do *prejuízo globalmente causado*.

Assim, o juiz deverá proceder à avaliação e quantificação dos danos causados, e não dos prejuízos sofridos. Avulta, aqui, a sua *defining function* e seus poderes se tornam mais amplos.

É possível, porém, nos termos do próprio art. 100 (que fala em habilitações em número incompatível com a gravidade do dano) que ao mesmo tempo ocorram liquidações pelos danos pessoalmente sofridos, passando então a *fluid recovery* a consistir em um verdadeiro "resíduo não reclamado". Nesse caso, o juiz deverá levar em conta as indenizações pessoais apuradas, para efeito de compensação.

[...]

[4] *Destinação da Fluid Recovery* - O parágrafo único do art. 100 destina o produto da indenização pelo dano globalmente causado ao Fundo criado pela Lei n. 7.347/1985 (lei denominada ação civil pública). Mas a reversão ao Fundo só pode ocorrer residualmente, como já visto.

Exatamente como faz a jurisprudência norte-americana, a indenização é, assim, utilizada para fins diversos dos reparatórios - que não puderam ser atingidos no caso -, mas com eles conexos, por intermédio da proteção aos bens e valores da coletividade lesada. (*Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 913-915)

3.3. Nesse passo, é bem de ver que a amplitude da tutela coletiva no Código Consumerista abarca tanto os direitos coletivos e os direitos difusos, quanto os direitos individuais homogêneos, não lhes impondo diferenciação ou exclusão de proteção, mas estabelecendo-lhes tão somente procedimentos diversos no que tange ao reconhecimento dos direitos e à liquidação e execução da sentença coletiva, sendo certa a inserção de todos no âmbito do mesmo Código.

Assim, tendo em vista a própria natureza das ações coletivas, a legitimação para impulsionar a liquidação e a execução da sentença coletiva é ampla,

admitindo-se que a promovam o próprio titular do direito material, seus sucessores, ou um dos legitimados do art. 82 do CDC.

Não obstante, diversamente do que ocorre com a ação cognitiva coletiva de defesa de direitos individuais homogêneos, cujo objeto é indivisível e, por isso, os legitimados a intentam em nome próprio com vistas à defesa de direito alheio, quando se trata de requerer o ressarcimento do dano, a indivisibilidade do objeto cede lugar à sua individualização, o mesmo ocorrendo com a legitimação, via de regra.

Destarte, na fase de cumprimento da sentença, tem-se como ponto central o dano pessoal sofrido, de modo que surge uma gradação de preferência: a legitimidade individual (ordinária) antecede a legitimidade coletiva, que passa então a ser subsidiária daquela.

Esta é a lição do Ministro Antônio Herman Benjamin:

A legitimação para promover a liquidação e execução da ação coletiva é ampla, e tem em vista as próprias características da ação coletiva. Assim, podem promover a liquidação e execução a própria vítima, seus sucessores, ou os legitimados no art. 82. Considere-se, contudo, que existindo a necessidade de provar a condição de titular do direito lesado, assim como o prejuízo sofrido (ainda que se admita, em certos casos, que este último seja presumido), a legitimação prevista no art. 82 não é automática, somente podendo se dar na hipótese do ar. 100 do CDC, ou seja, se, no prazo de um ano, não houver a habilitação de um número de interessados compatível com a gravidade do dano.

Isso porque se trata de dano a interesse individual, e a própria modalidade de execução não prescinde da prova do interesse e do dano efetivamente sofrido. Nesse caso, não pode substituir-se à própria vítima ou seus sucessores o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público ou os órgãos de defesa do consumidor relacionados no art. 82 do CDC. Para estes, a legitimação é subsidiária, em conformidade com o art. 100, hipóteses em que os valores da condenação reverterão em favor do Fundo Federal de Direitos Difusos, ou de seus equivalentes em nível estadual e/ou municipal. (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1.436-1.437)

Doutrina corrobora essa tese, detalhando a questão:

Essa supremacia da legitimidade individual na efetivação do direito individual homogêneo decorre da natureza do direito defendido, pois é certo que os indivíduos terão melhores condições de defender direito próprio pessoalmente. Nesse momento, há uma busca pela reparação individual ligada ao dano que foi reconhecido na sentença genérica. O ressarcimento devido em caráter

genérico será agora individualizado. Está claro que o próprio lesado terá mais condições de demonstrar o seu dano pessoal. Outrossim, o nexos com o dano globalmente reconhecido e o *quantum debeatur* equivalente a sua parcela serão mais facilmente demonstradas se individualmente.

Por essa razão há quem defenda a total ilegitimidade dos entes estabelecidos pelo art. 82 no cumprimento da sentença antes dos próprios lesados. Essa contudo, não parece a solução acertada [...].

Existe uma posição intermediária sobre o tema, e seus argumentos parecem mais adequados. Essa corrente doutrinária não defende a ilegitimidade, mas a preferência dos indivíduos na defesa de seus interesses pessoais com relação aos legitimados coletivos. (SILVA, Érica Barbosa. *Cumprimento de sentença em ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009, Coleção Atlas de Processo Civil, coordenação Carlos Alberto Carmona, p. 106)

A jurisprudência deste Tribunal Superior reconhece a possibilidade de execução de sentença coletiva relativa a direitos individuais pelos legitimados do art. 82 do CDC, o que se deduz dos seguintes precedentes:

Processual Civil. Conflito negativo de competência. Ação civil pública. Liquidação coletiva de sentença.

1. A controvérsia reside em definir o juízo competente para processar e julgar ação civil pública ajuizada com fundamento nas Leis n. 7.347/1985 (Ação Civil Pública) e 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), em fase de liquidação de sentença promovida pelo Ministério Público.

2. Constatado o caráter coletivo da liquidação nas ações ajuizadas com o fim de preservar direitos difusos e coletivos, o foro competente será o da condenação, observando-se o rito do § 2º do artigo 475-A do CPC, tendo em vista a inexistência de dispositivo legal específico no Código Consumerista.

3. Da mesma forma, diante da ausência de regra acerca da competência para a liquidação coletiva de sentença nos processos em que sejam tutelados direitos individuais homogêneos, deve ser realizada interpretação extensiva da norma prevista no artigo 98, § 2º, inciso II, segundo o qual competirá ao juízo condenatório a execução coletiva da sentença.

4. Assim, independentemente da natureza do direito tutelado pelo Ministério Público Federal - se difuso, coletivo ou individual homogêneo - o juízo competente para a liquidação será o da ação condenatória, já que se trata de liquidação coletiva, ou seja, requerida por um dos legitimados de que trata o artigo 82 do CDC.

5. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 21ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, o suscitado.

(CC n. 113.523-RJ, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 23.2.2011, DJe 4.3.2011)

Processual Civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Ação coletiva. Sindicatos. Legitimidade. Atuação. Substituição processual.

1. Os sindicatos, que atuam na qualidade de substitutos processual, possuem legitimidade para atuar nas fases de conhecimento, liquidação e execução de sentença proferida em ações versando direitos individuais homogêneos, dispensando, inclusive, prévia autorização dos trabalhadores. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag n. 1.391.935-SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19.5.2011, DJe 31.5.2011)

3.4. No que tange à ausência de comprovação pelo Ministério Público da falta de habilitação dos prejudicados em número compatível à gravidade do prejuízo causado, melhor sorte não assiste a recorrente.

Em primeiro lugar, conquanto tenha havido intimação por edital concedendo o prazo de 30 dias para que terceiros interessados intervissem no processo na condição de litisconsortes, certo é que o prazo escoou *in albis* (fls. 214).

Outrossim, assentou o Tribunal de origem, com ampla cognição fático-probatória, que, nos seis anos posteriores à suspensão do feito, “não foi praticado qualquer ato tendente à satisfação do crédito reconhecido pela sentença” (fls. 1.560).

Instado a se manifestar sobre o ponto em sede de embargos de declaração, o Tribunal reiterou que (fls. 1.585):

Não prospera a alegação do embargante de que o acórdão foi obscuro quanto às premissas para concluir que os consumidores prejudicados não promoveram a execução da sentença coletiva.

O acórdão é explícito quanto à falta de iniciativa de considerável quantidade de consumidores para promoverem a execução da sentença coletiva.

Destarte, a ausência de habilitação suficiente de interessados, viabilizadora da execução individual do julgado, implica a legitimidade do Ministério Público para requerer o cumprimento da sentença coletiva, nos moldes do art. 100 do CDC.

Infirmar a decisão primeva implicaria o revolvimento fático-probatório dos autos, o que é defeso a este Tribunal Superior ante o teor da Súmula n. 7 do STJ.

4. Quanto à alegada violação do art. 46, parágrafo único, do CPC, em virtude da ausência de limitação de litisconsórcio multitudinário, acarretando dificuldades à defesa, não conheço do recurso, porquanto a matéria não foi objeto do necessário prequestionamento.

Ademais, trata-se de argumento completamente desassociado da realidade dos autos, uma vez que, conforme exaustivamente explanado anteriormente, não se está em sede de cumprimento individual da sentença coletiva, atraindo a incidência da Súmula n. 284 do STF: “*É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.*”

Nesse passo, divirjo do Relator, que negou provimento ao recurso quanto a esta questão.

5. Outrossim, a recorrente insurgiu-se contra a determinação judicial de que a liquidação se dê por arbitramento (violação dos arts. art. 475-E e 475-C, II, do CPC), ante a possibilidade de duplicidade de pagamentos, uma vez que inúmeros arrendatários já ingressaram e ainda ingressarão com ações revisionais ou liquidações individuais, haja vista a eficácia nacional da sentença liquidanda, daí a necessidade de identificação do credor cuja devolução do indébito já foi feita, bem como sua natureza e valor.

Por isso requereu que a liquidação se dê por artigos.

O Tribunal concluiu que (fls. 1.562):

A liquidação da sentença coletiva, neste caso, deve ocorrer por arbitramento, nos termos do artigo 475-C, inciso II, do Código de Processo Civil, e não por artigos, como pretende a Agravante, porquanto desnecessária é a alegação e prova de fato novo. O *quantum debeatur* será apurado por arbitramento em razão da natureza do objeto da liquidação, eis que depende de apuração do valor do dano produzido, sem qualquer prejuízo para o contraditório e ampla defesa, eis que as partes serão intimadas para se manifestarem sobre o laudo pericial, quando conhecerão o critério do *expert* para a quantificação do valor para execução.

A Agravante não fez a prova do valor do indébito, embora detenha as informações para tal mister. Não haverá prejuízo para o consumidor. Transcorridos mais de 7 (sete) anos do trânsito em julgado da sentença condenatória, não

houve ajuizamento de execução, muito menos por número considerável de consumidores prejudicados, embora sejam mais de 24.000 (vinte e quatro) mil consumidores prejudicados pelas cláusulas abusivas impostas unilateralmente pela Agravante nos contratos de adesão fustigados.

O Ministro Relator, confirmando o acórdão recorrido, aduziu fundamento adicional, qual seja: “a liquidação será feita com base nos elementos dos autos, levando-se em conta a relação já existente dos consumidores afetados (e-STJ, fls. 956-1.024), que serão indicados no laudo pericial, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa.”

5.1. Com efeito, reconhece-se que, anteriormente à arrecadação dos valores ao Fundo, deve haver a compensação de eventual habilitação pleiteada ou liquidação/execução individual, dado o caráter subsidiário da execução coletiva.

Ada Pellegrini Grinover ensina que:

É possível, porém, nos termos do próprio art. 100 (que fala em habilitações em número incompatível com a gravidade do dano) que ao mesmo tempo ocorram liquidações pelos danos pessoalmente sofridos, passando então a *fluid recovery* a consistir em um verdadeiro “resíduo não reclamado”. Nesse caso, o juiz deverá levar em conta as indenizações pessoais apuradas, para efeito de compensação. (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 915)

Entretanto, no caso em tela, há destacar que, entre a data de suspensão do feito pelo prazo de um ano - 6 de fevereiro de 2002 - e a data em que o Ministério Público requereu a liquidação da sentença - 10 de setembro de 2008 -, decorreram seis anos e meio, o que, por si só, já autoriza a afirmação de que não mais serão intentadas ações executivas individuais, uma vez transcorridos os cinco anos *previstos para a execução de ações coletivas*, a cujo microsistema o beneficiário da sentença coletiva deve observância (REsp n. 1.070.896-SC, Segunda Seção, desta relatoria, publicado no DJ 4.8.2010).

Tampouco há possibilidade de ajuizamento de *ações cognitivas individuais* com o mesmo objeto da presente ação coletiva, cujo prazo decadencial é o mesmo da pretensão deduzida, consoante delineado no REsp n. 1.276.376-PR, publicado no DJ de 1º.2.2012, e na Súmula n. 150 do STF: “Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”.

É que, versando o caso concreto relação jurídica material relativa à repetição de indébito civil objeto de uma sentença condenatória genérica, a

obrigação nesta encartada caracteriza-se pela sua iliquidez, razão pela qual é afastado o § 5º, I, do art. 206, do CC, e aplicado o prazo previsto no § 3º, IV, desse mesmo dispositivo:

Art. 206. Prescreve:

[...]

§ 3º Em três anos:

[...]

IV - a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa;

Impende registrar que, à época das cobranças indevidas pela recorrente - ao redor do ano de 1998 (fl. 43 e seguintes) - vigia o Código Civil de 1916, que previa prazo prescricional vintenário para as ações pessoais, sendo certo que, não escoado mais da metade do prazo antigo, nos termos do art. 2.028/CC, incide à espécie a novel legislação.

À guisa de exemplo, cita-se o recente e deveras elucidativo precedente abaixo:

Consumidor e Processual. Ação de repetição de indébito. Cobrança indevida de valores. Incidência das normas relativas à prescrição inculpidas no Código Civil. Prazo especial. Prescrição trienal. Pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa.

1. O diploma civil brasileiro divide os prazos prescricionais em duas espécies. O prazo geral decenal, previsto no art. 205, destina-se às ações de caráter ordinário, quando a lei não houver fixado prazo menor. Os prazos especiais, por sua vez, dirigem-se a direitos expressamente mencionados, podendo ser anuais, bienais, trienais, quadrienais e quinquenais, conforme as disposições contidas nos parágrafos do art. 206.

2. A discussão acerca da *cobrança de valores indevidos por parte do fornecedor se insere no âmbito de aplicação do art. 206, § 3º, IV, que prevê a prescrição trienal para a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa*. Havendo regra específica, não há que se falar na aplicação do prazo geral decenal previsto do art. 205 do CDC. Precedente.

3. A incidência da regra de prescrição prevista no art. 27 do CDC tem como requisito essencial a formulação de pedido de reparação de danos causados por fato do produto ou do serviço, o que não ocorreu na espécie.

4. O pedido de repetição de cobrança excessiva que teve início ainda sob a égide do CC/1916 exige um exame de direito intertemporal, a fim de aferir a incidência ou não da regra de transição prevista no art. 2.028 do CC/2002.

5. De acordo com esse dispositivo, dois requisitos cumulativos devem estar presentes para viabilizar a incidência do prazo prescricional do CC/1916: i) o prazo da lei anterior deve ter sido reduzido pelo CC/2002; e ii) mais da metade do prazo estabelecido na lei revogada já deveria ter transcorrido no momento em que o CC/2002 entrou em vigor, em 11 de janeiro de 2003.

6. Considerando que não houve impugnação do dies a quo do prazo prescricional definido pelo Tribunal de Origem - data da colação de grau do recorrente, momento no qual ocorreu o término da prestação de serviço educacional -, e que, na espécie, quando o CC/2002 entrou em vigor não havia transcorrido mais da metade do prazo prescricional previsto na lei antiga, incide o prazo prescricional trienal do CC/2002, motivo pelo qual o acórdão recorrido não merece reforma.

7. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.238.737-SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 8.11.2011, DJe 17.11.2011)

Obviamente, portanto, não há fatos novos a serem considerados.

Impende ressaltar, outrossim, que cabe à executada, ora recorrente, informar a existência de habilitações individuais existentes ou outras liquidações e execuções advindas de ações individuais relacionadas ao objeto desta ação coletiva, uma vez ter maiores condições para esse mister, máxime tendo em vista o dever de cooperação processual e o princípio da boa-fé.

Quanto a ser esse um ônus do causador do prejuízo, o único a ser prejudicado com a sua própria omissão, confira-se o entendimento doutrinário:

Cabe ao réu, nesta ação de liquidação, apontar a existência de liquidações individuais em andamento e o eventual pagamento já realizado a alguns indivíduos, para que o magistrado possa quantificar mais justamente o valor da indenização fluida. (DIDIER, Fred Jr. e ZANETI, Hermes Jr. Curso de Direito Processual Civil, Processo Coletivo. Bahia: Ed. Jus Podivm, 2009, p. 378)

Neste ponto, o Tribunal foi de clareza hialina ao asseverar que a recorrente não fez a prova do valor do indébito, embora detivesse as informações para tal (fls. 1.562).

A natureza da conduta da recorrente pode ser aferida, ainda, com base no fato de que, intimada para fornecer a relação das parcelas dos contratos de *leasing* recebidos com atraso a partir de 15.7.1999, essa lista parcial só foi fornecida mediante ação cautelar de busca e apreensão dos dados eletrônicos. Somente em momento posterior, a instituição financeira juntou a relação dos consumidores e a respectiva qualificação daqueles que pagaram com atraso.

5.2. Sob esse enfoque, a liquidação por arbitramento mostra-se a mais consentânea com a situação fática em apreço, na qual se visa à apuração da indenização devida a título global, em que os dados necessários encontram-se nos autos ou estão em poder da recorrente, afastada definitivamente a possibilidade de surgimento de fatos novos.

Ademais, dada a natureza residual da *fluid recovery* e o fato de que o seu objeto principal é especificamente a apuração do dano global causado (não mensuração do prejuízo individual) e o respectivo cumprimento da sentença genérica, evidencia-se a extrema dificuldade de configuração de pagamento em duplicidade.

Outrossim, a reparação fluida, na maioria das vezes, ostenta peculiar natureza punitiva e não meramente ressarcitória, com o escopo precípuo de assegurar os interesses da coletividade, de modo a impedir que a sentença seja inócua ante a ausência de habilitação dos prejudicados ou em número incompatível com a gravidade do dano ou de não ocorrência da liquidação da sentença genérica.

Por isso que a reversão de valores ao Fundo só tem lugar quando se tornar impossível a reparação específica do bem lesado, sendo certo que o art. 99, parágrafo único, do CDC prevê, inclusive, a suspensão desse procedimento quando houver ação de indenização por dano individual, salvo se o patrimônio do infrator for suficiente para responder pela integralidade da dívida.

Isso demonstra a inviabilidade de pagamento de indenização em duplicidade, máxime tendo em vista a possibilidade de compensação, do que não se cogita na hipótese vertente, haja vista o transcurso de cerca de sete anos do trânsito em julgado da sentença em tela ao pedido de liquidação pelo Ministério Público, denotando a ocorrência da prescrição relativamente à repetição do indébito individual.

Portanto, também nesse ponto, acompanho o Relator.

6. Quanto à violação dos arts. 19 e 33 do CPC e o dissídio jurisprudencial com o REsp n. 733.456-SP, a recorrente assevera que o Ministério Público tem o dever de arcar com os honorários periciais relativamente à prova por ele requerida (fls. 1.692).

Entrementes, tanto o Tribunal quanto o ilustre Relator cingiram sua análise à ausência de obrigação de adiantamento dos honorários periciais -

tanto em relação ao Ministério Público quanto à recorrente -, não adentrando o cerne do ponto controvertido, sendo certo que o Ministro Relator entendeu pela ausência de interesse recursal, o que implica o não conhecimento do recurso neste ponto.

Não obstante, a questão tem maior profundidade, porquanto encerra a determinação daquele que arcará com o referido pagamento ao final - se o *Parquet* ou a recorrente-, não se limitando, assim, ao mero afastamento da antecipação das despesas com os honorários periciais.

6.1. O Código de Processo Civil, no art. 19, impõe como regra o pagamento adiantado das despesas relativas aos atos que a parte praticar ou requerer no processo, sendo o acerto entre elas postergado para o final, em consonância com o resultado da sentença (art. 20).

Em seu art. 27, o CPC prevê exceção à regra acima, no sentido de que as despesas dos atos processuais requeridos pelo Ministério Público ou pela Fazenda Pública serão pagas ao final, pelo sucumbente, não os eximindo, portanto, de eventual pagamento acaso vencidos.

O art. 18 da Lei n. 7.347/1985, constituindo como regra a exceção do CPC, determina que:

Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.

Registro, nessa linha, que há jurisprudência ultrapassada deste Tribunal Superior, que entendeu pela sujeição do Ministério Público à exigência de antecipação dos honorários periciais.

Confira-se, à guisa de exemplo, o precedente abaixo:

Processual Civil. Ação civil pública. Adiantamento das despesas necessárias à produção de prova pericial. Art. 18 da Lei n. 7.347/1985. CPC, art. 19.

1. Não existe, mesmo em se tratando de ação civil pública, qualquer qualquer previsão normativa que imponha ao demandado a obrigação de adiantar recursos necessários para custear a produção de prova requerida pela parte autora. Não se pode confundir inversão do ônus da prova (= ônus processual de demonstrar a existência de um fato), com inversão do ônus financeiro de adiantar as despesas decorrentes da realização de atos processuais.

2. A teor da Súmula n. 232-STJ, “A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito”. O mesmo entendimento deve ser aplicado ao Ministério Público, nas demandas em que figura como autor, inclusive em ações civil públicas.

3. Recurso especial a que se nega provimento. “REsp n. 846.529-MS, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 19.4.2007.

3. Recurso especial desprovido.

(REsp n. 733.456-SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20.9.2007, DJ 22.10.2007 p. 192)

Com efeito, esse posicionamento mostra-se deveras equivocado, visto tratar-se o referido artigo de norma especial, que deve prevalecer em face de norma geral (CPC), sendo esta uma regra básica de hermenêutica jurídica.

Não há dizer que o dispositivo legal teria sido revogado pela Lei n. 9.289/1996, que dispõe sobre as custas devidas à União, na Justiça Federal, cujo art. 10 assim determina:

Art. 10. A remuneração do perito, do intérprete e do tradutor será fixada pelo Juiz em despacho fundamentado, ouvidas as partes e à vista da proposta de honorários apresentada, considerados o local da prestação do serviço, a natureza, a complexidade e o tempo estimado do trabalho a realizar, aplicando-se, *no que couber*, o disposto no art. 33 do Código de Processo Civil. (Grifei)

Contudo, julgados mais recentes apontam o equívoco dessa interpretação, “data venia”, pois o dispositivo acima transcrito não revogou o art. 18 da Lei n. 7.437/1985, norma especial que disciplina expressamente a desnecessidade de adiantamento de honorários periciais pelo autor da ação civil pública.

Nesse caso, a aparente antinomia resolve-se, irrefutavelmente, pelo critério da especialidade e do inequívoco objetivo constitucional e legal de facilitar o acesso coletivo à Justiça.

Exemplo da escorreita aplicação do art. 18 da Lei da Ação Civil Pública, o seguinte precedente:

Ação civil pública. Recurso especial. Antecipação de honorários periciais. Isonomia do Ministério Público. Incidência do artigo 18 da Lei n. 7.347/1985. Inaplicabilidade do artigo 19 do Código de Processo Civil. Prevalência da lei especial sobre a norma geral. Provimento do recurso.

1. Tratam os autos de ação civil pública de improbidade administrativa, com pedido liminar, movida pelo *Ministério Público* contra o Prefeito do Município

de Tenente Portela-RS, postulando que se determine que o réu desfaça, retire e se abstenha de utilizar o slogan “*Avança Portela*” dos atos e documentos administrativos do Município, às suas expensas, bem como seja condenado ao pagamento de multa. Liminar parcialmente deferida para que o “demandado (...) se abstenha de usar o slogan *Avança Portela*. A sentença ordenou a reparação dos danos causados ao erário, bem como o pagamento de multa no valor equivalente a esses prejuízos, quantia a ser apurada em fase de liquidação. A Promoção Ministerial suscitou alteração da competência para executar a sentença, após edição da Lei n. 10.628/2002 que alterou o Código de Processo Penal, e solicitou o envio do processo ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. O juiz de primeiro grau acolheu a promoção ministerial e determinou a remessa dos autos à Corte Estadual. Desses autos, originou-se a Execução de Sentença n. 70006026652, cujo acórdão lavrado firmou, por maioria, a competência do Tribunal Estadual para execução de título judicial oriundo de ação civil pública de improbidade administrativa. Definida a competência, a ilustre Desembargadora-Relatora da Corte Estadual exarou despacho, com lastro na jurisprudência iterativa desta Corte, no sentido de que a aplicação do disposto no art. 18 da Lei n. 7.347/1985 limita-se ao processo de conhecimento, mantendo a decisão anterior que determinou a parte autor proceder o depósito dos honorários periciais. Dessa decisão o órgão ministerial manejou agravo regimental, que restou improvido sob três fundamentos:) incumbe a quem requereu adiantar os honorários do perito por tratar de despesa com profissional cuja atuação foi requisitada em interesse próprio; b) a jurisprudência do STJ pacificou o entendimento de que o disposto no art. 18 da Lei n. 7.347/1985 aplica-se restritamente ao processo de conhecimento, não estendendo à fase de liquidação de sentença; e c) prevalece a regra geral no sentido que “quando não for caso de despesa processual no curso do processo de conhecimento em sentido estrito”. Recurso especial, pela alínea a apontando infringência dos seguintes preceitos legais: arts. 603, 606, 607 e 614 do CPC; arts. 82, 87 e 97 do CDC e 15, 18, 19, 21 da Lei n. 7.347/1985. Sustenta-se que a atuação do *Parquet* possui algumas particularidades: “não é titular do direito que defende em juízo”; atuando na condição de substituto processual, e “defende interesses indisponíveis” (tutela o interesse público), não devendo arcar com os honorários periciais em execução de sentença. Na espécie, ao promover ação de improbidade administrativa, espécie de ação civil pública, contra ato de agente político, há que incidir as normas concernentes à lei federal acima referida, porquanto o que se busca não é a “satisfação de interesses pessoais ou particulares, mas a salvaguarda de interesses difusos e coletivos”. Neste caso, há a prevalência da regra geral quanto à isenção prevista no dispositivo 18 da Lei n. 7.347/1985. Sem contra-razões. O Ministério Público Federal ofereceu parecer opinando pelo provimento do recurso.

2. Ao propor Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa contra agente público em decorrência de conduta irregular, o Ministério Público age indubitavelmente na defesa de interesses metaindividuais, ou seja, não visa

proteger nenhum interesse próprio, mas apenas a sociedade. Dispondo o artigo 18 da Lei n. 7.347/1985, *verbis*: “Nas ações de que trata esta Lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais”, não poderá prevalecer a aplicação da Lei Adjetiva Civil. O dispositivo da Lei da Ação Civil Pública, dada a natureza especial da matéria que regula, derroga a norma geral da Legislação Processual Civil. O *Parquet* encontra-se, portanto, amparado pela norma especial legal em virtude de sua atuação visar resguardar o patrimônio público.

3. Recurso especial conhecido em parte e provido para o efeito de determinar a aplicação do disposto no art. 18 da Lei da Ação Civil Pública, exonerando o Ministério Público da obrigação de proceder ao adiantamento das despesas com honorários periciais.

(REsp n. 822.919-RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 28.11.2006, DJ 14.12.2006, p. 285)

6.2. Não obstante, a insurgência vai mais além, arguindo a quem caberá o pagamento da perícia requerida pelo Ministério Público *ao final*, ainda que do processo de execução.

O referido art. 18, primeira parte, dispensa aos legitimados ativos da antecipação de quaisquer despesas processuais, e posterga o seu pagamento para o final do processo.

Impende salientar que esse dispositivo não é de aplicação exclusiva às ações cognitivas, mas também às cautelares e às executivas, tratando-se de inequívoco estímulo ao ajuizamento das ações coletivas, com vistas à tutela efetiva dos interesses coletivos em sentido lato.

Doutrina abalizada corrobora esse entendimento:

O ajuizamento de uma ação gera, como é sabido, grande quantidade de atos a serem praticados pelo juiz, pelo escrivão, por serventuários da justiça, distribuidores, contadores etc. Sua atividade é normalmente remunerada através de custas. Logicamente, não poderiam essas pessoas aguardar anos e anos a solução do litígio, para então receberem as custas do processo. Por isso a lei processual prevê o sistema de antecipação do pagamento, deixando para o final o acerto entre as partes, conforme o resultado da sentença. O sistema aplica-se ao processo de conhecimento e ao de execução, segundo a lei, mas por interpretação teleológica, há de aplicar-se também ao processo cautelar e aos procedimentos especiais, muito embora não referidos na lei.

[...]

O art. 18, em foco, adota sistema diverso ao afirmar que nas ações previstas na lei não haverá o adiantamento (o mesmo que antecipação) de despesas, tratando como regra geral o sistema que no Código de Processo Civil constitui exceção. Como a lei não fez qualquer indicação específica, tem-se que entender que a regra do não-adiantamento de despesas aplica-se a todos os legitimados para a propositura das ações.

[...]

Repita-se, contudo, o que já dissemos anteriormente. A lei dispensa o *adiantamento* de despesas processuais, mas daí não se segue que tenha dispensado, em qualquer hipótese, seu pagamento ao final da causa. Aliás o sentido é exatamente o oposto: exatamente por dizer que as despesas não serão antecipadas, deverá entender-se que *elas serão devidas*, embora somente pagas quando terminar a demanda. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação Civil Pública, comentários por artigos. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris, 2009, p. 459-460) (grifos no original)

Conquanto o pagamento seja diferido para o final da demanda, é certo que, nos termos da parte final do art. 18, a condenação das associações ao pagamento das custas, despesas processuais e ônus da sucumbência somente ocorrerá no caso em que comprovada a sua má-fé.

O mesmo entendimento é estendido ao Ministério Público, ainda com mais razão, uma vez que, ao intentar a ação civil pública, está desempenhando tão somente a função abstrata de defensor de direitos e interesses metaindividuais.

Precedente do STF aponta para essa direção:

Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público. Defesa e proteção, em juízo, de direitos e interesses metaindividuais. Improcedência da ação civil. Imposição, ao Ministério Público, dos ônus da sucumbência (verba honorária, custas e despesas processuais). Inadmissibilidade, "salvo comprovada má-fé" (Lei n. 7.347/1985, art. 18). Ausência de comprovação, no caso, de conduta abusiva ou maliciosa por parte do representante do Ministério Público. Doutrina. Precedentes.

- O Ministério Público, quando vencido na ação civil pública instrumento de que se utiliza para viabilizar a defesa e proteção, em juízo, de direitos e interesses metaindividuais -, não se sujeita aos ônus da sucumbência (verba honorária, custas e despesas processuais), exceto se resultar comprovado que o representante do "Parquet" incidiu em comportamento malicioso ou abusivo. Doutrina. Precedentes.

(233.585 SP, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 9.9.2009, Data de Publicação: DJe-182 divulg 25.9.2009 public 28.9.2009)

Multifários precedentes desta Corte Superior, oriundos das Turmas integrantes da Primeira Seção, albergam essa mesma posição, aduzindo ainda a necessidade de demonstração da má-fé do *Parquet* para que viabilizada a sua condenação em honorários, custas e despesas processuais.

À guisa de exemplo, confirmam-se os julgados:

Direito Civil e Bancário. Regime de Administração Especial Temporária (RAET). Ação civil de responsabilidade objetiva. Lei n. 6.024/1974, arts. 39 e 40. Decreto-Lei n. 2.321/1987, art. 15. Legitimidade ativa do Ministério Público. Ocorrência em tese. Inexistência de credores insatisfeitos e de passivo a descoberto. Falta de interesse processual. Recurso adesivo. Honorários advocatícios de sucumbência a cargo do Ministério Público. Ausência de má-fé. Não cabimento.

1. O art. 39 da Lei n. 6.024/1974 trata de hipótese de responsabilidade subjetiva dos administradores e conselheiros fiscais de instituição financeira submetida aos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial, falência e administração temporária. Respondem eles somente pelos atos que tiverem praticado ou omissões em que houverem incorrido com culpa ou dolo.

2. O art. 40 também cuida de responsabilidade subjetiva e apenas complementa o dispositivo anterior, estabelecendo a solidariedade entre os administradores culposos e a instituição financeira em relação às obrigações por esta assumidas durante a gestão daqueles, até que sejam cumpridas.

3. A Lei n. 6.024/1974, todavia, autoriza a inversão do ônus da prova, de modo que compete aos administradores da instituição demonstrar que atuaram com o devido zelo, a fim de não serem responsabilizados pelos prejuízos causados.

4. O art. 15 do Decreto-Lei n. 2.321/1987 prevê, uma vez decretado o Regime de Administração Especial Temporária - RAET, a responsabilidade objetiva do controlador, que, solidariamente com os ex-administradores da instituição, responderá pelas obrigações por esta assumidas, até o montante do passivo a descoberto, apurado em balanço que terá por data-base o dia da decretação do RAET.

5. Controlador é a pessoa natural ou jurídica que detém parcela do capital votante que lhe possibilite exercer a administração de fato da companhia, não se confundindo, no caso das empresas estatais, com os agentes políticos que representam a pessoa de direito público titular dessas ações.

6. O Ministério Público é parte legítima para propor ação de responsabilidade contra administradores de instituições financeiras sujeitas ao regime de administração especial temporária. Poderá nela prosseguir, mesmo em caso de levantamento do regime especial, desde que remanesça interesse público a ser tutelado.

7. Falta-lhe, no entanto, interesse processual para propor ou prosseguir em ação de responsabilidade objetiva se comprovada a inexistência de credores não satisfeitos e de passivo a descoberto da instituição, caso em que a discussão a respeito da legitimidade ativa torna-se inócua.

8. O Ministério Público, em ação civil pública e suas subsidiárias, só pode ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios e despesas processuais em caso de comprovada má-fé.

9. Recurso especial desprovido. Recurso especial adesivo não conhecido.

(REsp n. 962.265-SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 14.6.2011, DJe 22.6.2011)

Processual Civil. Ação civil pública. Colegitimados pela Lei n. 7.347/1985. Honorários advocatícios. Não-cabimento. Condenação do vencedor na verba honorária. Inviabilidade. Princípio da causalidade. Ofensa ao art. 535, I, do CPC configurada.

1. Em face do provimento ao Recurso Especial interposto contra acórdão proferido em Ação Civil Pública, a embargante sagrou-se vitoriosa. Desse modo, o Município de Mandaguçu deveria arcar com a verba honorária, de acordo com os princípios da sucumbência e da causalidade.

2. Todavia, é firme a jurisprudência do STJ no sentido de que, em Ação Civil Pública, a condenação do Ministério Público e de outros colegitimados, consoante a Lei n. 7.347/1985, ao pagamento de honorários advocatícios só é admissível na hipótese de inequívoca má-fé, cabalmente motivada na decisão judicial, o que não ocorre no caso concreto.

3. Embargos de Declaração acolhidos para afastar a condenação de ambas as partes ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

(EDcl no REsp n. 1.120.128-PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 10.3.2010, DJe 15.2.2011)

Processual Civil e Administrativo. Ação civil pública. Fundamento inatacado. Súmula n. 182-STJ. Aplicação por analogia. Honorários sucumbenciais e custas processuais. Descabimento. Art. 18 da Lei n. 7.347/1985.

1. Hipótese em que o recorrente não infirma o fundamento utilizado pela instância ordinária, no sentido de que a empresa ora recorrida, bem como outros particulares, não são os proprietários do loteamento objeto da ação civil pública originária, razão pela qual são partes ilegítimas para figurar no pólo passivo da demanda. Incidência, por analogia, da Súmula n. 182-STJ.

2. É pacífica a jurisprudência de que, nas ações civis públicas, não se impõe ao Ministério Público a condenação em honorários advocatícios ou custas, ressalvados os casos em que o autor for considerado litigante de má-fé. Precedentes.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e provido.

(REsp n. 1.065.401-RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 6.8.2009, DJe 21.8.2009)

Processual Civil. Falta de prequestionamento. Súmula n. 211-STJ. Ação civil pública. Improcedência. Honorários advocatícios. Condenação do Estado.

1. Na origem, trata-se de embargos à execução opostos pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo buscando ilidir a pretensão da parte adversa relativa ao pagamento de honorários advocatícios, previamente reconhecidos em sentença transitada em julgado, derivados da improcedência de ação civil pública proposta pelo *Parquet* Estadual.

2. Passando ao largo da existência ou não de má-fé na propositura da ação civil pública, e salientando que a execução funda-se em sentença transitada em julgado, o acórdão combatido focou-se única e exclusivamente no debate sobre a possibilidade do Fisco Estadual responder pela sucumbência do Ministério Público Estadual no bojo de ação civil pública.

3. Torna-se impositivo reconhecer a falta de prequestionamento da tese veiculada com base no art. 18 da Lei n. 7.347/1985 - possibilidade de condenação do autor da ação civil pública em honorários advocatícios somente nos casos em que demonstrada má-fé -, o qual, apesar de tangenciado pela Corte de origem ao realizar a descrição do trâmite processual, não recebeu efetiva carga decisória na instância ordinária. Aplicação da Súmula n. 211-STJ.

4. Dada a especial circunstância em que a sucumbência do Ministério Público Estadual na ação civil pública não pode ser analisada, a eventual condenação ao pagamento de verba honorária à parte adversa deve ser suportada pelo Estado - no caso, o Estado de São Paulo.

Doutrina.

5. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

(REsp n. 1.105.782-SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 5.5.2009, DJe 15.5.2009)

Processual Civil. Ação civil pública. Dano ao meio ambiente. Dispositivos não-prequestionados. Súmula n. 211, do STJ. Ônus de sucumbência. Condenação do Ministério Público. Impossibilidade. Aresto recorrido que entendeu pela não-comprovação da má-fé. Art. 18 da Lei n. 7.347/1985. Súmula n. 7 do STJ. Incidência.

1. A recorrente demonstra mero inconformismo em seu agravo regimental, que não se mostra capaz de alterar os fundamentos da decisão agravada.

2. A ausência de debate dos dispositivos legais tidos por afrontados impede a apreciação por parte desta Corte da matéria impugnada.

Incidência da Súmula n. 211 do STJ.

3. Não merece reforma o aresto recorrido que se encontra em consonância com a jurisprudência assente desta Corte no sentido que não se mostra cabível a condenação do *Parquet* em honorários quando tratar-se de ação civil pública, execução e correlatos embargos, exceto quando houver prova da má-fé do Ministério Público. Precedente: REsp n. 896.679-RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 12.5.2008.

4. No particular, o aresto recorrido entendeu pela inexistência de má-fé na atuação do órgão ministerial. Averiguar tal premissa demandaria adentrar no substrato fático dos autos. Incidência da Súmula n. 7 do STJ.

5. Agravo regimental não-provido.

(AgRg no Ag n. 1.042.206-SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18.11.2008, DJe 15.12.2008)

Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Ação civil pública. Improcedência. Ministério Público. Condenação ao pagamento de honorários advocatícios. Impossibilidade. Ausência de má-fé. Precedentes do STJ. Desprovimento do agravo regimental.

1. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que, nos casos em que a ação civil pública proposta pelo Ministério Público for julgada improcedente, somente haverá condenação ao pagamento de honorários advocatícios quando comprovada a má-fé do órgão ministerial, nos termos do art. 18 da Lei n. 7.347/1985. Tal hipótese não ficou configurada no caso examinado, o que impõe o afastamento da condenação aos ônus sucumbenciais.

2. Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte Superior: REsp n. 764.278-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 28.5.2008; REsp n. 896.679-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 12.5.2008; REsp n. 419.110-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ de 27.11.2007; AgRg no Ag n. 542.821-MT, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 6.12.2006.

3. Desprovimento do agravo regimental.

(AgRg no REsp n. 868.279-MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 16.10.2008, DJe 6.11.2008)

Esse tratamento privilegiado outorgado ao Ministério Público visa prevenir o aviltamento do resultado perseguido quando estiver no desempenho das suas funções institucionais.

O Professor Hugo Negro Mazzili leciona que:

Diz a lei que, exercitando a ação pública, ao Ministério Público cabem os mesmos poderes e ônus que às partes (CPC, art. 81).

Essa assertiva deve ser entendida em termos, pois os membros do Ministério Público não prestam depoimento pessoal; não podem dispor, confessar ou fazer o reconhecimento jurídico do pedido; não adiantam despesas, que serão pagas ao final pelo vencido; [...] E, quando sucumbe, o Ministério Público não se responsabiliza a si próprio, mas sim ao Estado, de que é órgão.

[...]

Qual a razão de receber o Ministério Público um tratamento processual diferenciado?

Isso se explica não só para a melhor defesa do interesse público como, ainda, em razão das peculiaridades da atuação ministerial. (A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 84-85)

6.3. Surge então a questão: quem será o responsável pelo pagamento, *ao final* do processo, dos honorários periciais requeridos pelo Ministério Público na inicial do cumprimento da presente sentença genérica?

Em verdade, a resposta a esta indagação não é simples, consubstanciando objeto de intensa divergência doutrinária e sem análise por esta Corte Superior, cuja manifestação hodierna, em regra, cinge-se a reconhecer a impossibilidade de imputação dos ônus sucumbenciais ao *Parquet* e do adiantamento dos honorários do perito por ele requerido, sendo de extrema relevância ressaltar que toda a jurisprudência versa tão somente sobre a *fase de cognição*.

Com efeito, ultrapassada a jurisprudência que entendera pela possibilidade de sujeição do Ministério Público ao adiantamento da verba pericial, em analogia à Fazenda Pública (REsp n. 733.456-SP), assim posicionou-se a Ministra Eliana Calmon, ao confirmar o acórdão recorrido:

Processual Civil. Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Ação civil pública. Parcelamento irregular de solo em área de Mata Atlântica. Decisão judicial relativa a honorários periciais. Recorribilidade. Súmula 267-STF.

1. Mandado de segurança impetrado contra decisão judicial proferida em autos de ação civil pública – ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo visando evitar a ocorrência de possíveis danos ambientais decorrentes da realização de parcelamento do solo em área de vegetação de Mata Atlântica –, mediante a qual se determinou que as despesas com a realização da perícia judicial fossem custeadas com recursos do Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados.

2. “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição” (Súmula n. 267-STF). Hipótese em que o próprio Ministério Público

Estadual interpôs agravo de instrumento, ao qual fora atribuído efeito suspensivo, contra a decisão impugnada.

3. Inexistência de circunstância capaz de qualificar a decisão impugnada como manifestamente ilegal ou teratológica, pois a Primeira Seção desta Corte, no julgamento dos EREsps n. 733.456-SP e 981.949-RS, ocorrido na assentada do dia 24 de fevereiro de 2010, decidiu que, conquanto não se possa obrigar o Ministério Público a adiantar os honorários do perito nas ações civis públicas em que figura como parte autora, diante da norma contida no art. 18 da Lei n. 7.347/1985, também não se pode impor tal obrigação ao particular, tampouco exigir que o trabalho do perito seja prestado gratuitamente.

4. Diante desse impasse, afigura-se plausível a solução adotada no caso, de se determinar a utilização de recursos do Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados, criado pela *Lei Estadual* n. 6.536/1989, considerando que a ação civil pública objetiva interromper o parcelamento irregular de solo em área de mata atlântica, ou seja, sua finalidade última é a proteção ao meio ambiente e a busca pela reparação de eventuais danos que tenham sido causados, coincidentemente com a destinação para a qual o Fundo foi criado.

5. Recurso ordinário não provido.

(RMS n. 30.812-SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 4.3.2010, DJe 18.3.2010)

Conquanto o precedente acima refira-se à ação de conhecimento, não há cogitar de aplicação analógica à hipótese de perícia realizada em execução da sentença coletiva, uma vez que a tese de imposição dos referidos honorários ao Fundo não parece ser a mais escorreita sob a ótica do caso em apreço.

É que tal medida refoge aos objetivos traçados pela lei federal instituidora do Fundo de Defesa de Direitos Difusos - Lei n. 9.008/1995, em seu art. 1º, § 3º, ao dispor sobre a aplicação dos recursos, estabelece que:

§ 3º Os recursos arrecadados pelo FDD serão aplicados na recuperação de bens, na promoção de eventos educativos, científicos e na edição de material informativo especificamente relacionados com a natureza da infração ou do dano causado, bem como na modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas às áreas mencionadas no § 1º deste artigo.

Constata-se, portanto, que o legislador optou pela destinação específica dos recursos, vinculando-os às despesas elencadas no parágrafo supratranscrito, o que demonstra a ausência de autorização legal para o pagamento de provas periciais necessárias à defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Em outro julgado, também em sede de ação cognitiva, a ilustre Ministra adotou posição diversa, responsabilizando a pessoa jurídica de direito público, à qual pertence o Ministério Público autor da ação, o dever de proceder ao referido pagamento, para o que citou os EREsp n. 981.949-RS, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, acórdão ainda pendente de publicação:

Recurso especial. Processual Civil. Ação civil pública. Honorários periciais. Adiantamento. Prova requerida pelo Ministério Público. Ônus conferido à Fazenda Pública. Precedente.

1. A isenção ao adiantamento dos honorários periciais conferida ao Ministério Público (art. 18 da Lei n. 7.347/1985) 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, de acordo com o entendimento firmado no EREsp n. 981.949-RS, Primeira Seção, Relator o Ministro Herman Benjamin, julgado em 24.2.2010.

2. Sendo o Município de Natal-RN o réu na ação civil pública, deve custear o adiantamento dos honorários periciais.

3. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp n. 1.188.803-RN, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 11.5.2010, DJe 21.5.2010)

Na mesma esteira:

Processual Civil. Ação civil pública. Perícia. Honorários do perito. Despesa processual. Adiantamento pelo autor da ação (Ministério Público). Impossibilidade. Incidência plena do art. 18 da Lei n. 7.347/1985.

1. O art. 18 da Lei n. 7.347/1985 constitui regramento próprio, que impede que o autor da ação civil pública arque com os ônus periciais e sucumbenciais, ficando afastada, portanto, as regras específicas do Código de Processo Civil.

2. Considera-se aplicável, por analogia, a Súmula n. 232 desta Corte Superior, a determinar que a Fazenda Pública à qual se acha vinculada o *Parquet* arque com tais despesas.

3. Essa linha de orientação vem encontrando eco no Supremo Tribunal Federal: RE n. 233.585-SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 28.9.2009 (noticiada no Inf. STF n. 560/09).

4. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp n. 864.314-SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 10.8.2010, DJe 10.9.2010)

Doutrina abalizada comunga esse posicionamento:

Normalmente as despesas do processo deveriam ser adiantadas pelo autor. São grandes os entraves quando se trate de ação civil pública ou coletiva, pois nelas não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas. Entretanto, se necessário, os encargos devem ser antecipados pelo Estado.

[...]

Se a perícia foi determinada em proveito da defesa de interesses transindividuais, e se a lei dispensou o adiantamento de custas nas ações de caráter coletivo, é porque transferiu o ônus para o Estado. Este deverá viabilizar a perícia com seus próprios órgãos, ou, em caso contrário, arcar com seu custo. A responsabilidade tem mesmo que ser da Fazenda, sob pena de a garantia democrática de acesso à Justiça restar prejudicada.

[...]

Ao dispensar o adiantamento de custas nas ações de caráter coletivo, a *mens legis* consiste em facilitar a tutela jurídica dos interesses transindividuais. Mas, se isso efetivamente inviabilizar a tutela, porque os peritos particulares não são obrigados a custear encargos públicos, então a Fazenda Pública deverá arcar com esse custeio. [...] se a ação estiver sendo movida pelo Ministério Público, como este é órgão do Estado, quem deve custear as diligências requeridas por ele não é o próprio Ministério Público, mas sim o respectivo ente público personalizado, ou seja, a União ou o Estado-membro, conforme o caso. (MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 634-636)

Deveras, tratando-se de ação coletiva em fase de conhecimento, na qual se ignora qual das partes será a sucumbente e, portanto, condenada a pagar os honorários advocatícios, as custas, os emolumentos e as demais despesas processuais, parece ser esta a melhor solução, máxime porque não se pode compelir o réu da ação civil pública a adiantar as despesas com prova pericial que não solicitou e que lhe é prejudicial, consoante se colhe, à guisa de exemplo, do seguinte precedente:

Processual Civil. Administrativo. Recursos especiais. Ausência de prequestionamento. Súmulas n. 282-STF e 211-STJ. Violação do art. 535 do CPC. Não-ocorrência. Ação civil pública. Dano ambiental. Monitoramento técnico. Caráter probatório afastado pelo Tribunal de origem. Reversão do entendimento. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Responsabilidade objetiva do causador do dano ambiental (arts. 3º, IV, e 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981). Interpretação do art. 18 da Lei n. 7.347/1985. Precedentes do STJ. Recursos especiais parcialmente conhecidos e, nessa parte, desprovidos.

[...]

7. A regra contida no art. 18 da Lei n. 7.347/1985 (“Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e qualquer outras despesas”) incide, exclusivamente, em relação à parte autora da ação civil pública.

Nesse sentido, os seguintes precedentes: REsp n. 786.550-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 5.12.2005, p. 257; REsp n. 193.815-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 19.9.2005, p. 240; REsp n. 551.418-PR, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 22.3.2004, p. 239; REsp n. 508.478-PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 15.3.2004, p. 161.

8. Recursos especiais parcialmente conhecidos e, nessa parte, desprovidos.

(REsp n. 570.194-RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 4.10.2007, DJ 12.11.2007, p. 155)

6.3. Entrementes, a situação vertente não trata de condenação ao pagamento de despesas processuais na fase de conhecimento de ação civil pública, em que não se sabe, de antemão, qual a parte será a sucumbente e, consecutivamente, obrigada a arcar com as respectivas despesas processuais.

Com efeito, em sede de liquidação e execução de sentença coletiva, que condenou o ora recorrente, de forma genérica, à devolução em dobro aos consumidores lesados dos valores indevidamente cobrados a título de multa moratória em contrato de arrendamento mercantil, ressoa inequívoco que o recorrente é a parte sucumbente que deu azo à instauração do processo, cujo custeio deve ser a ele imputado.

Sob esse enfoque, é lícito dizer que mesmo a antecipação das despesas com a perícia seria factível na hipótese que ora se examina, porquanto a recorrente, e somente ela, é quem deve arcar com as despesas processuais na fase de execução, máxime tendo em vista a absoluta necessidade da prova pericial a ser realizada, sob pena de ver-se frustrado o cumprimento da sentença.

No entanto, em sede de recurso exclusivo da recorrente, é defeso agravar-lhe a situação, sob pena de ocorrência de *reformatio in pejus*, razão pela qual deve ela proceder ao pagamento dos honorários periciais ao final do processo.

O Relator não conheceu do recurso quanto ao ponto ora analisado, uma vez que concluiu pela ausência de interesse recursal, por isso creio haver erro material no dispositivo do voto condutor, no qual consta genericamente a negativa de provimento, haja vista tratar-se de falta de condição para o legítimo exercício do direito de recorrer, pressuposto de admissibilidade do recurso.

7. Ante o exposto, divergindo do Relator no tocante à violação do art. 46 do CPC e à responsabilidade pelos honorários periciais, conheço parcialmente do recurso especial e, na extensão, nego-lhe provimento.

É o voto.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. A Ministra Gallotti, em seu voto-vista, inaugurou a divergência acerca da definição da espécie de liquidação aplicável ao caso concreto, dando provimento ao recurso especial para invalidar todos os atos decisórios proferidos na fase de liquidação, ordenando que tal procedimento fosse feito por artigos, com os seguintes fundamentos: (i) o prazo de um ano previsto no art. 100 do CDC para eventual apuração da “fluid recovery” não pode ser confundido com o prazo preclusivo para a promoção da ação de conhecimento individual, o que configura fato novo tendente a atrair a liquidação por artigos, uma vez que novas ações poderiam ainda ser intentadas; (ii) a necessidade de elevado grau de cognição para o cumprimento da sentença, para a qual seria imprescindível a alegação de fatos novos, uma vez que a decisão não especificou a titularidade do direito à devolução do indébito nem os contratos em que houve a cobrança indevida e em que proporção; (iii) a possibilidade de estarem tramitando ações individuais com o mesmo objeto; (iv) a base de cálculo da condenação deve ser a soma dos indébitos relativos a cada consumidor lesado, razão pela qual seria necessário o exame das vicissitudes ocorridas ao longo dos 36 meses de duração de cada contrato individual, inclusive ações e execuções a cada um deles relacionadas e possíveis transações e quitações recíprocas.

Outrossim, cada procedimento de liquidação foi limitado a no máximo 10 contratos, de modo a facilitar o direito de defesa.

Pedi vista regimental dos autos.

Sem embargo do judicioso voto da eminente Ministra, mantenho o voto anteriormente proferido no sentido da manutenção do acórdão recorrido, inclusive quanto à viabilidade da liquidação por arbitramento, em síntese, pelos seguintes fundamentos: (i) a improbabilidade de superveniência de fatos novos, uma vez operada a prescrição tanto do direito de executar individualmente a sentença condenatória genérica quanto do de intentar ação cognitiva com o mesmo objeto da ação civil pública; (ii) a recorrente tem o ônus de informar ao

Juízo da liquidação a pendência de eventual ação individual com o mesmo objeto - uma vez que, como ré, tem plena ciência da sua existência -, sob pena de arcar com o prejuízo advindo de sua omissão deliberada; (iii) a sentença condenatória genérica executada por legitimados extraordinários com vistas à sua reversão ao Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados dispensa a minuciosa aferição do montante indenizatório individual, sendo oriunda da apuração do dano globalmente causado, haja vista o seu caráter punitivo e não ressarcitório, mormente havendo nos autos os elementos necessários a tal estimativa, como, por exemplo, a listagem de todos os consumidores que pagaram com atraso desde 15.7.1999 (fls. 955-1.296); (iv) a determinação de que os 24.000 contratos sejam individualmente examinados, ao longo dos 36 meses de sua duração, para apuração dos exatos valores devidos a cada consumidor lesado, e de que cada ação executiva abranja não mais que 10 contratos, mostra-se despicienda no caso concreto e, portanto, contrária aos princípios da efetividade e da economia processuais, tendendo a dificultar a satisfação do direito reconhecido na sentença.

A despeito da elucidativa abordagem da questão controvertida no voto-vista, prolatado na sessão de 23.8.2011, alguns pontos merecem redobrado destaque.

2. O primeiro ponto a ser ressaltado diz respeito à improbabilidade de surgimento de fatos novos, tornando factível a liquidação por arbitramento.

A execução coletiva prevista no art. 100 do CDC ostenta nítido caráter subsidiário, somente se ultimando diante do desinteresse dos consumidores no cumprimento individual da sentença genérica, exatamente o que ocorreu no presente caso, em que decorridos mais de 8 anos do trânsito em julgado dessa decisão, como consignado no acórdão recorrido.

É certo que a arrecadação dos valores ao Fundo (art. 100 do CDC) tem natureza residual, uma vez que de forma alguma implica a expropriação dos direitos individuais à repetição, de modo que os titulares da relação jurídica material, durante todo o prazo prescricional regido pelo direito material correspondente, têm a faculdade de ajuizar a ação individual de conhecimento ou a ação executiva individual da sentença coletiva, ensejando a respectiva compensação da eventual habilitação pleiteada ou liquidação/execução individual.

No entanto, reitera-se, o exercício do direito de ação deve observar o seu prazo próprio, sob pena de perecimento.

Cuidando-se de *execução individual de sentença proferida em ação coletiva*, consoante precedente da Segunda Seção (REsp n. 1.070.896-SC, publicado no DJ 4.8.2010), o beneficiário se insere no microsistema do Código de Defesa do Consumidor, cujas regras impõem a observância do *prazo próprio das ações coletivas, que é quinquenal*.

Ao revés, o prazo para o exercício do direito de ação *cognitiva individual* - a partir da qual lhe poderá ser aberta a via da execução - independe do ajuizamento da ação coletiva, e não é por esta prejudicado, regendo-se por *regras próprias e vinculadas ao tipo de cada pretensão deduzida*, consoante delineado no REsp n. 1.276.376-PR, publicado no DJ de 1º.2.2012) e que, *no caso em exame, é trienal* (art. 206, § 3º, IV, do CC).

No caso, tomando como referência a data de suspensão do feito pelo prazo de um ano - 6 de fevereiro de 2002 - e a data em que o Ministério Público requereu a liquidação da sentença - 10 de setembro de 2008 -, já teriam decorrido seis anos e meio, o que, por si só, autoriza a afirmação de que não mais serão intentadas individualmente nem ações executivas nem ações cognitivas, uma vez ultimado o prazo decadencial previsto para ambas, o que foi exaustivamente explicitado no voto anteriormente proferido, ao qual agora faço remissão.

2.1. Outrossim, não se vislumbra a necessidade de elevado grau de cognição para o cumprimento da sentença em decorrência da imprescindibilidade de alegação de fatos novos provenientes da especificação da titularidade do direito à devolução do indébito e dos contratos em que houve a cobrança indevida, uma vez que há nos autos a listagem - juntada pela própria recorrente - de todos os consumidores que pagaram com atraso desde 15.7.1999 (fls. 955-1.296), sendo certo que, como ré em ação individual de repetição porventura proposta com o mesmo objeto, a instituição financeira tem plena ciência de sua existência, cabendo-lhe o ônus de prestar ao Juízo da liquidação as devidas informações (art. 604, § 1º, do CPC), sob pena de arcar com o prejuízo advindo de sua omissão deliberada.

Quanto a ser esse um ônus do causador do prejuízo, o único a ser prejudicado com a sua própria omissão, confira-se o entendimento doutrinário:

Cabe ao réu, nesta ação de liquidação, apontar a existência de liquidações individuais em andamento e o eventual pagamento já realizado a alguns indivíduos, para que o magistrado possa quantificar mais justamente o valor

da indenização fluida. (DIDIER, Fredie Jr. e ZANETI, Hermes Jr. Curso de Direito Processual Civil, Processo Coletivo. Bahia: Ed. Jus Podivm, 2009, p. 378)

O Juízo primevo consignou (fls. 1.562):

A liquidação da sentença coletiva, neste caso, deve ocorrer por arbitramento, nos termos do artigo 475-C, inciso II, do Código de Processo Civil, e não por artigos, como pretende a Agravante, *porquanto desnecessária é a alegação e prova de fato novo*. O **quantum debeatur** será apurado por arbitramento em razão da natureza do objeto da liquidação, eis que depende de apuração do valor do dano produzido, sem qualquer prejuízo para o contraditório e ampla defesa, eis que as partes serão intimadas para se manifestarem sobre o laudo pericial, quando conhecerão o critério do *expert* para a quantificação do valor para execução.

A Agravante não fez a prova do valor do indébito, embora detenha as informações para tal mister. Não haverá prejuízo para o consumidor. Transcorridos mais de 7 (sete) anos do trânsito em julgado da sentença condenatória, não houve ajuizamento de execução, muito menos por número considerável de consumidores prejudicados, embora sejam mais de 24.000 (vinte e quatro) mil consumidores prejudicados pelas cláusulas abusivas impostas unilateralmente pela Agravante nos contratos de adesão fustigados.

Dessarte, verifica-se que a recorrente hesita quanto ao cumprimento do dever de cooperação processual previsto no art. 604, § 1º, do CPC, uma vez que detém as informações necessárias ao levantamento do valor do indébito, o que, somado aos documentos anexados aos autos, constitui material suficiente à perícia tendente à definição do valor devido, razão pela qual não há falar em liquidação por artigos.

Em verdade, a postergação que essa espécie de liquidação acarretaria ao presente processo equivale a um estímulo àquele que, de forma voluntária, viola o princípio da boa-fé processual, impondo obstáculos à prestação jurisdicional célere e efetiva.

Insta registrar que a definição acerca do tipo de liquidação a ser utilizado deve ser feito casuisticamente, de acordo com as nuances da situação fática e da sentença coletiva prolatada.

Fredie Didier Jr. corrobora esse entendimento, ao comentar sobre a liquidação da sentença genérica proferida em processo em que se discutem direitos individuais homogêneos:

A sentença de procedência na ação coletiva para reparação de danos envolvendo direitos individuais homogêneos costuma ser, em regra, genérica

(art. 95 do CDC); não há possibilidade, diante da lei posta, de os legitimados obterem sentença que contenha condenação cujo *quantum* já esteja definido". Sucede que, como aponta Luiz Rodrigues Wambier, é possível, teoricamente, imaginar uma sentença proferida em tais processos "líquida", cujo valor possa ser apurado por simples cálculo (art. 475-C, CPC):

"Pense-se, por exemplo, em sentença que tenha condenado o Instituto de Previdência a pagar, a cada um dos aposentados, uma quantia específica, atualizada a partir de determinada data. Evidentemente, se a apuração do valor devido depender de mero cálculo, não terá lugar a ação de liquidação anterior à ação de execução, e o direito do credor deverá ser processado de acordo com o art. 475-B do CPC.

Aliás, em situação semelhante poderíamos identificar uma obrigação de fazer, na qual teríamos preponderantemente uma tutela condenatória-mandamental ou mandamental, para implementação de benefício previdenciário, a condenação ao pagamento de quantia teria eficácia imediata. Não se trataria, portanto, de uma ação para reparação de danos nos moldes do art. 91 do CDC".

[...]

A liquidação coletiva tanto pode fazer-se por arbitramento como por artigos. (Curso de Direito Processual Civil: Processo coletivo. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 373-375)

E, em nota de rodapé, o mesmo autor acrescenta:

Pensamos a liquidação de sentença coletiva, em qualquer de suas espécies, pode ser por arbitramento ou por artigos. Na liquidação por arbitramento, também é necessário provar um fato novo (a extensão do dano), mas essa prova pode ser feita por perícia, sem necessidade de produzir outros meios de prova. (*Op. Cit.*, p. 375)

Doutrina especializada discerne o cabimento da liquidação por artigos em sede de sentença genérica:

Vale lembrar ainda que a espécie de liquidação a ser utilizada está intrinsecamente ligada ao estabelecimento de critérios para se chegar ao montante devido. Havendo necessidade de provar fato novo, admitir-se-á a liquidação por artigos. Fato novo, nessa hipótese de análise, é um acontecimento que tem relevância para determinação do *quantum*.

O fato novo não precisa ser posterior à sentença, apenas não foi por ela considerado, sendo imprescindível que se abra nova cognição a fim de proceder à devida averiguação. (SILVA, Érica Barbosa. Cumprimento de sentença em ações coletivas. Coleção Atlas de Processo Civil, Coordenação Carlos Alberto Carmona. São Paulo: 2009, Ed. Atlas, p. 41)

Não parece ser essa a hipótese veiculada no presente caso.

Consoante exaustivamente expandido, os elementos constantes dos autos e as informações de que certamente dispõe a recorrente são dados suficientes a embasar a perícia necessária à liquidação por arbitramento, a qual, assim, mostra-se mais consentânea com a realidade dos autos, afastada definitivamente a possibilidade de surgimento de fatos novos.

3. Outro ponto a ser ressaltado e que se opõe à ideia da necessidade de cognição exauriente na fase de liquidação desta sentença coletiva é o fato de que a execução prevista no art. 100 do CDC não segue as mesmas regras da execução individual estabelecida nos arts. 97 e 98 do mesmo diploma.

No voto proferido na sessão do dia 23.8.2011, ficou registrado que a reparação do dano individual dos lesados (arts. 97 e 98) tem como escopo precípua a defesa de interesses individuais personalizados que, apesar de se encontrarem circunstancialmente agrupados, não perdem a sua natureza disponível.

Por isso que a execução individual da sentença genérica abrange a perscrutação do montante do débito e da titularidade do direito do exequente, demandando cognição exauriente, e que, no caso concreto, em conformidade com o entendimento perfilhado no voto da ilustre Ministra Maria Isabel Gallotti, certamente consistiria no exame da “relação jurídica entre cada consumidor lesado e a recorrente” ao longo de 36 meses de duração dos contratos.

Nesse sentido, os precedentes àquela ocasião citados:

Processual Civil. Embargos de divergência. Aplicação de tese jurídica diversa daquelas defendidas nos acórdãos embargado e paradigma. Cabimento. Ação civil coletiva. Execução de sentença. Honorários advocatícios. Lei n. 9.494/1997, art. 1º-D. Inaplicabilidade.

1. O exame dos embargos de divergência não se restringe às teses em confronto do acórdão embargado e do acórdão paradigma acerca da questão federal controvertida, podendo ser adotada uma terceira posição, caso prevalente. Precedentes das 1ª e 2ª Seções.

2. A **ação individual** destinada à satisfação do direito reconhecido em sentença condenatória genérica, proferida em ação civil coletiva, não é uma ação de execução comum. É ação de elevada carga cognitiva, pois nela se promove, além da individualização e liquidação do valor devido, também juízo sobre a titularidade do exequente em relação ao direito material.

3. A regra do art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997 destina-se às execuções típicas do Código de Processo Civil, não se aplicando à peculiar execução da sentença proferida em ação civil coletiva.

4. Embargos de divergência improvidos.

(REsp n. 475.566-PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 25.8.2004, DJ 13.9.2004, p. 168)

Agravo regimental em recurso especial. Honorários advocatícios. Fazenda Pública. Artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil. Medida Provisória n. 2.180/2001. Não aplicação. Execução de julgado em sede de ação civil pública.

1. "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas **a**, **b** e **c** do parágrafo anterior." (artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil).

2. "Não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas." (artigo 1º-D da Lei n. 9.494/1997, com redação dada pelo artigo 4º da Medida Provisória n. 2.180-35/2001).

3. A exceção à regra do artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil, inserta na norma do artigo 4º da Medida Provisória n. 2.180-35, que exclui o pagamento dos honorários advocatícios nas execuções não embargadas, não tem incidência em se cuidando de **execuções individuais de julgados em sede de ação civil pública**, em que é indispensável a contratação de advogado, na exata razão de que, *diversamente do que ocorre nas execuções não oriundas de ações coletivas, além de se promover a liquidação do valor a ser pago e a individualização do crédito, faz-se necessária a demonstração da titularidade do direito do exequente.*

4. Agravo regimental provido.

(AgRg no REsp n. 512.044-RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 26.5.2004, DJ 2.8.2004, p. 588)

Processual Civil e Administrativo. Servidores públicos federais. Adicional de tempo serviço. Ação coletiva ajuizada por sindicato. Execução. Honorários advocatícios. Cabimento. Sentenças proferidas em sede de ação civil pública e ação de classe. Descabimento.

1. A atual sistemática do processo executivo das sentenças proferidas em sede de ações coletivas é estabelecida pelas disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor, na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Processo Civil, sendo imprescindível o enquadramento do direito pleiteado, em uma das seguintes classes: difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

2. É insofismável a natureza individual homogênea do direito dos Servidores Públicos a determinado reajuste de vencimentos, vantagem ou adicional

remuneratórios, pois, em regra, este se origina de uma disposição legal, aplicável a todos indistintamente, razão pela qual podem ser tutelados judicialmente de forma global, não obstante a possibilidade de ser pleiteado individualmente.

3. É pacífico, na doutrina e na jurisprudência, em face da regra contida no art. 95 do CDC, que, nos casos de *procedência das ações coletivas de tutela de interesses individuais homogêneos, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados*.

4. A execução de sentença genérica de procedência, proferida em sede de ação coletiva *lato sensu* – ação civil pública ou ação coletiva ordinária –, demanda uma cognição exauriente e contraditório amplo sobre a existência do direito reconhecido na ação coletiva, a titularidade do credor, a individualização e o montante do débito Precedentes.

5. A execução da tutela coletiva, ajuizadas por Sindicato, na defesa dos interesses dos membros da categoria que representa, não difere da execução de sentença proferida em sede de ação civil pública, quando esteja sendo tutelado direito individual homogêneo, uma vez que as peculiaridades desta execução não estão vinculadas à via processual utilizada, mas sim à natureza individual homogênea do direito tutelado.

6. Conclui-se, portanto, que nas execuções de sentença genéricas, proferidas em sede de ação coletiva *lato sensu*, ação civil pública ou ação coletiva de classe, promovida por Sindicato, não deve incidir a regra do art. 1º-D da Medida Provisória n. 2.180/35/2001 – que veda a condenação da Fazenda Pública em honorários advocatícios, caso não haja a oposição dos embargos à execução.

7. Recurso especial desprovido.

(REsp n. 673.380-RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.5.2005, DJ 20.6.2005, p. 360)

Neste último precedente, cabe ressaltar que a demanda versou a declaração do direito dos servidores ao cômputo do tempo de serviço prestado sob a égide do regime celetista e para as Forças Armadas, para fins de percepção do adicional de tempo de serviço, bem como ao pagamento das diferenças remuneratórias decorrentes do reconhecimento do direito pleiteado, tendo o Sindicato respectivo proposto a execução da sentença genérica, *nos moldes do art. 97 do CDC*, para o que somente eles e as associações, além dos próprios lesados, estão legitimados, diversamente, portanto, da execução coletiva prevista no art. 100.

A possibilidade de aplicação do instituto da reparação fluida (*fluid recovery*) em sede de direitos individuais homogêneos com a destinação dos recursos apurados ao Fundo é patente, não só em virtude de disposição legal, mas

também consoante entendimento de vasta doutrina, a exemplo da qual se cita o magistério de Hugo Nigro Mazzilli:

“Em regra, o fundo de que cuida o art. 13 da LA CP destina-se apenas a receber receitas decorrentes de lesões à interesses indivisíveis. Esse fundo não receberá: a) indenizações decorrentes de lesões a interesses individuais diferenciados, em hipótese alguma; b) indenizações decorrentes de interesses individuais divisíveis (homogêneos), *salvo apenas, e somente em um único caso. Esta exceção só ocorre se, decorrido o prazo do art. 100 do CDC, os lesados individuais não se habilitarem ao processo coletivo; nessa eventualidade, os colegitimados ativos à ação civil pública ou coletiva promoverão a liquidação e a execução coletivas, e, então, o produto da indenização devida reverterá para o Fundo (CDC, art. 100, parágrafo único). Somente neste caso o fundo poderá receber dinheiro decorrente de indenizações por danos individuais homogêneos e, portanto, divisíveis. (A defesa dos interesses difusos em juízo. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 479)*

À época do proferimento do voto, que ora ratifico, foi consignado, em paralelo, que a hipótese inserta no art. 100 do CDC cuida de execução coletiva, em que o dano deve ser apurado de forma global – diversamente da mensuração do prejuízo individual – e os valores revertidos para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (art. 13 da LACP), afastando, portanto, a individualização e a disponibilidade dos direitos ou interesses em jogo.

Eduardo de Oliveira Cedreira, em artigo nominado “A Execução/Cumprimento de Sentença no Processo Coletivo”, prenuncia o caráter distinto e a diversidade de critérios de apuração das indigitadas indenizações:

[...] é nítida a natureza residual da indenização para o fundo, sendo certo ainda que este, via de regra, será o destinatário de *indenizações de natureza punitiva, considerando-se danos globalmente discutidos.*

[...]

O valor executado será o prejuízo globalmente considerado. O juiz não deverá, em hipótese alguma, mensurar prejuízos individualmente sofridos mas sim danos globalmente causados.

Como já ressaltado neste trabalho, é possível também que ocorra ao mesmo tempo execução individual e execução para o fundo, sendo que nestes casos o juiz deverá utilizar a compensação.

O destino das verbas do fundo é o de reconstituição dos bens lesados, e não de ressarcimento individual. O indivíduo será ressarcido de um modo indireto, como membro da sociedade. (in Revista LTr. São Paulo: Ano 72, N 12, Dezembro de 2008, p. 1.475-1.476).

Em obra específica sobre o tema, foi elucidada a questão relativa à reparação fluida em direitos individuais homogêneos:

Considerando a demora e a diversidade dos objetos existentes nas habilitações individuais, bem como nessa execução coletiva, seria mais um entrave para a reparação fluida aguardar a prescrição da executória individual. É mais plausível que se permita o início do procedimento, com a possibilidade da compensação.

É preciso ressaltar que haverá compensação, mas deverá ser limitada ao montante apurado para o Fundo. Após esse valor, o causador do dano deverá responder diretamente pelos pagamentos.

Apesar de o argumento ser óbvio, é preciso frisar que pode haver incompatibilidade de valores. *A execução em prol do Fundo perseguirá a reparação do dano globalmente causado e certamente não considerará as especificidades dos casos concretos, mas tão-somente os aspectos gerais*, o que poderia gerar uma diferença a menor para o Fundo, diante de provável desproporcionalidade das reclamações individuais.

Dessa forma, a compensação não pode superar o montante destinado ao Fundo, pois é plenamente admissível que as circunstâncias específicas de cada caso causem uma majoração de valores, pois serão considerados os prejuízos (materiais e morais) de cada pessoa. (SILVA, Érica Barbosa. *Op. Cit.*, p. 139-140)

E, enfatizando o dever de o responsável pela lesão proceder às informações ao Juízo com vistas à apuração do *quantum debeatur* - afastando, destarte, a liquidação por artigos no caso concreto, uma vez que tais dados são de ciência da recorrente, a qual terá oportunidade de exercitar o contraditório na fase de liquidação - continua a autora (*Op. Cit.*, p. 140):

É certo que o causador do dano deverá informar o número de habilitações individuais existentes, porquanto terá melhores condições para isso. Nesse sentido, poderá ainda informar outras liquidações e execuções oriundas de ações individuais que estejam relacionadas ao dano objeto da Ação Coletiva, mas que com ela não tenha vínculo direto.

E, quanto à fase liquidatória no tocante à reparação fluida, aduz (*Op. Cit.*, p. 141):

A espécie de liquidação deverá ser fixada de acordo com os critérios estabelecidos pelo CPC, conforme o art. 475-A e seguintes. Assim, será permitida tanto a liquidação por arbitramento quanto por artigos, de acordo com o caso concreto.

[...]

Para essa liquidação, o juiz deverá considerar as questões genéricas do dano geral, estabelecendo um paradigma para a reparação, ou seja, deverá constituir um padrão que permitirá a apuração do quantum total. Com isso, deverão ser excluídas possíveis particularidades, que estariam relacionadas ao caso concreto e poderiam ocasionar grande variação, dificultando a fixação de um modelo.

A partir da fixação desse paradigma, e considerando a extensão do dano, certamente o juiz poderá estabelecer o dano globalmente causado, cumprindo o disposto no art. 100 do CDC.

Ressoa inequívoco, portanto, que o “conhecimento especial de técnico” (art. 420, parágrafo único, I, do CPC) responsável pela elaboração da perícia é meio satisfatório para a aferição do montante a ser destinado ao Fundo.

Insta ressaltar que as execuções ajuizadas com base no art. 97 e no art. 100 do CDC, não obstante refiram-se à mesma sentença condenatória genérica, têm objetivos diversos e, por isso, suas bases de cálculo mostram-se também diferentes, sem que isso importe sua desnaturação, máxime tendo em vista que esse foi o escopo perseguido pelo legislador.

Dessarte, verifica-se que a legislação brasileira denota vanguarda absoluta na defesa dos direitos transindividuais, cuja natureza de ordem pública demonstra inexoravelmente o caráter social do dano coletivo, o qual impõe a justa fixação de reprimenda suficiente para incutir no demandado repreensão e prevenção especial.

Sob esse enfoque é que devem ser interpretadas as normas jurídicas pertinentes, de modo a implementar a efetividade da referida tutela mediante a compensação da sociedade lesada, impedindo, assim, que o agente causador do dano seja beneficiado com a desnaturação dos objetivos legais ante a aplicação tímida da lei, culminando com o seu enriquecimento ilícito.

Nessa ordem de ideias, a determinação de que os 24.000 contratos sejam individualmente examinados, ao longo dos 36 meses de sua duração, para apuração dos exatos valores devidos a cada consumidor lesado, e de que cada ação executiva abranja não mais que 10 contratos, mostra-se despicienda no caso concreto e contrária aos princípios da efetividade e da economia processuais, tendendo a dificultar a satisfação do direito reconhecido na sentença.

4. Ante o exposto, ratificando o voto anteriormente proferido, conheço parcialmente do recurso especial e, nesta extensão, nego-lhe provimento.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Sr. Presidente, no voto da eminente Ministra Isabel Gallotti, destaco aspectos que me levam a acompanhá-la, com a devida vênia. S. Exa. expõe que:

A necessidade de comprovar fatos (...)

(...)

(...) anteriores a sentença.

Mais adiante, S. Exa. diz:

A sentença coletiva (...)

(...)

(...) a cada contrato.

Entendo que, realmente, há uma complexidade envolvida nessas execuções, a demandar maiores critérios, melhores meios de averiguação acerca dos interessados que aparecerem como exequentes.

Desse modo, peço vênia para acompanhar a eminente Ministra Isabel Gallotti em seu judicioso voto.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

*Marco Antonio Zanellato**

1. DESCRIÇÃO SINTÉTICA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORDADAS NO ACÓRDÃO

1.1 A empresa Dibens Leasing S/A Arrendamento Mercantil, em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal e dos



* Doutor e Mestre em Direito Civil pela USP
Procurador de Justiça – MPSP
Professor no MBA da FAAP
Ex-Presidente do MPCCon
Membro do Conselho Científico do Brasilcon

Territórios, foi condenada a: (i) não incluir em seus contratos de *leasing*, a serem celebrados com consumidores, cláusula prevendo a cobrança de multa moratória superior a 2%, sob pena de pagamento de multa (...); (ii) se abster de cobrar, nos contratos celebrados com consumidores, multa moratória superior a 2%, sob pena de pagamento de multa (...); e (iii) genericamente, nos termos do art. 95 do CDC, restituir em dobro aos consumidores lesados os valores cobrados indevidamente, a título de multa moratória.

1.2 A ré recorreu dessa decisão, mas a apelação não foi conhecida, ocorrendo, em decorrência, o trânsito em julgado da sentença.

1.3 Após o decurso de mais de seis anos do trânsito em julgado da decisão, o autor deu início à liquidação e execução da indenização devida (do dano globalmente causado), nos moldes do art. 100, *caput*, do CDC, porque nenhum consumidor lesado promoveu a liquidação e execução individual da sentença coletiva, na forma do art. 97 do mesmo diploma legal. Requereu que a liquidação da sentença fosse feita por arbitramento, o que foi deferido pelo juiz, que nomeou perito para calcular o valor da indenização, bem como determinou à executada que adiantasse os honorários periciais.

1.4 Contra essa decisão, a executada interpôs agravo de instrumento ao TJDFT, que deu provimento parcial ao recurso, apenas para desobrigar a agravante de adiantar os honorários do perito.

1.5 Depois de opor embargos de declaração, que foram rejeitados, a executada interpôs recursos especial e extraordinário, sendo ambos admitidos. No recurso especial, alegou que houve violação aos seguintes dispositivos legais: (i) arts. 165, 458, II, e 535, I e II, do CPC, não havendo o tribunal originário se manifestado sobre eles mesmo depois de instado a fazê-lo mediante a oposição de embargos de declaração; (ii) art. 82, I, do CDC, ao afirmar que o Ministério Público não detém legitimação para proceder à liquidação e execução de sentença que objetiva a tutela de direitos eminentemente individuais e divisíveis; (iii) art. 100 do CDC, porque o MP não teria comprovado a não habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, situação esta por ele utilizada para a demonstração de sua legitimidade para a liquidação e execução coletiva; (iv) arts. 1º, 97 e 100, todos do CDC, sob o argumento de que a liquidação de sentença coletiva deve ter por objeto primordial a satisfação de cada um dos titulares do direito reconhecidos, o que seria inviável na *species facti*, de modo a gerar tumulto processual; (v) art. 46, parágrafo único, do CPC, que recomenda a limitação do litisconsórcio em caso de comprometimento

da rápida solução do litígio, o que ocorrerá na hipótese de ser processada a execução coletiva da sentença; (vi) art. 475-E do CPC, ao fundamento de que a liquidação não deve ser realizada por arbitramento, mas, sim, por artigos, tendo em vista os inúmeros fatores que deverão ser abordados para que seja apurado o valor global da indenização, supostamente devido; (vii) arts. 19 e 33, ambos do CPC, uma vez que o ônus do pagamento dos honorários periciais não deve ser atribuído à recorrente, e sim ao Ministério Público, porque foi quem requereu a liquidação da sentença, reputando inaplicável à espécie o art. 18 da Lei nº 7.347/1985 (LACP).

1.6 A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por *unanimidade*, afastou a alegação de que o Ministério Público não possui legitimação para proceder à liquidação e execução da sentença coletiva. Foram, também, rejeitadas as demais alegações da recorrente, acima apontadas. Apenas a alegação mais relevante, de que a liquidação, no presente caso, deve ser por *artigos*, e não por *arbitramento*, como pretendido pelo MP, foi afastada por *maioria* (apertada) de votos, constituindo-se no aspecto mais importante do acórdão, por gerar discussão acirrada entre os julgadores, que resultou, além do voto do relator, Ministro João Otávio Noronha, na apresentação de dois *votos-vista*, dos Ministros Maria Isabel Gallotti e Luis Felipe Salomão, e um *voto-desempate*, do Ministro Antonio Carlos Ferreira, que foi o relator para o acórdão.

2. FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

2.1 Por unanimidade, a Quarta Turma entendeu que não se verificou a violação aos artigos 165, 458, II, e 535, I e II, do CPC, sob a alegação de omissão ou obscuridade do julgado. O tribunal recorrido, ainda que sucintamente e em desfavor da recorrente, manifestou-se sobre as matérias suscitadas nos embargos declaratórios.

2.1.1 Sobre o primeiro ponto lacunoso ou obscuro, de que os consumidores arrendatários não teriam promovido às liquidações e execuções individuais do julgado e que inexistiriam ações individuais, em âmbito nacional, com o mesmo objeto, não deixou o tribunal recorrido de enfrentar a questão. Com efeito, afirmou que, por determinação do juiz, o processo foi suspenso por um ano, após a notificação por edital dos interessados, havendo o Ministério Público requerido a liquidação e execução coletiva somente após o decurso de seis anos da data em que o feito foi suspenso, sendo que, nesse ínterim, “não foi praticado qualquer ato tendente à satisfação do crédito reconhecido na sentença”.

2.1.2 Sobre outro ponto obscuro, referente à postergação do pagamento dos honorários do perito, o tribunal recorrido não deixou de se manifestar, tanto no agravo quanto nos embargos, ao consignar que a recorrente não está obrigada a adiantar os honorários periciais, por não haver requerido essa prova, ficando, pois, o seu pagamento para o final da execução.

2.1.3 Também não houve obscuridade sobre a ausência de critérios para a liquidação da sentença, visto que o juízo determinou expressamente que a liquidação deverá ser feita por arbitramento, como pleiteado pelo MP, sendo que, contra tal critério, a recorrente se insurgiu no presente recurso especial.

2.2 Já no que se refere à alegada violação dos arts. 1º, 82, I, 97 e 100, todos do CDC, o STJ também entendeu não assistir razão à recorrente, não sendo o caso de a liquidação e execução da sentença serem realizadas pelos titulares dos direitos individuais, nos moldes do art. 97, restringindo-se a legitimidade do MP às hipóteses de tutela de direitos difusos ou coletivos em sentido estrito. É que o art. 97 do CDC trata da liquidação e execução na forma individual (e não coletiva) da sentença genérica, a serem promovidas pela vítima ou seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82. Objetiva o ressarcimento singular, ou seja, a reparação dos danos individuais dos lesados, cuja liquidação e execução devem ser por eles realizadas. Os legitimados do art. 82, à exceção do Ministério Público, também podem promover essa execução, porém na condição de representantes das vítimas (não há substituição processual). O MP não tem legitimação para tal execução porque visa ao ressarcimento de danos causados a titulares de direitos individuais patrimoniais e *disponíveis*. Ele só pode defender direitos individuais indisponíveis, segundo o disposto na parte final do art. 127 da Constituição Federal.

Por outro lado, no que respeita à liquidação e execução de que trata o art. 100, *caput*, do CDC, o tribunal entendeu, com acerto, que o Ministério Público possui legitimação para realizá-las. Fundamento: referido dispositivo legal encerra hipótese de liquidação e execução dos danos *globalmente* causados, a serem desenvolvidas pelos legitimados do art. 82 (entre eles o MP) quando, após o prazo de um ano da intimação realizada a partir do trânsito em julgado da sentença genérica, não houver habilitação de interessados ou o número de interessados habilitados for incompatível com a gravidade do dano, como estabelece a própria disposição legal. No caso, nenhum consumidor lesado habilitou-se antes do início da execução pelo MP, iniciada depois de decorridos mais de seis anos do trânsito em julgado da sentença condenatória. Daí o

cabimento da liquidação e execução da indenização devida, nos moldes da precitada disposição legal, sendo que o valor a ser apurado deverá ser revertido ao Fundo de Reparação de Interesses Difusos Lesados, a que se refere o art. 13 da Lei da Ação Civil Pública, a teor do parágrafo único do art. 100 do CDC.

2.3 Após o reconhecimento da legitimidade do MP para promover a liquidação e execução de que trata o art. 100, *caput*, do CDC, e haver afastado as demais alegações da recorrente, o Superior Tribunal de Justiça, por sua Quarta Turma, estabeleceu que, no caso vertente, a liquidação prevista no art. 100, *caput*, do CDC, deve ser feita por *arbitramento*, nos termos dos arts. 475-C, II, e 475-D, do CPC (e não por *artigos*, como pretendido pela recorrente), devendo a indenização devida (= indenização do dano *globalmente* considerado) ser *efetivamente apurada*, e não simplesmente *estimada*, “diante das peculiaridades do caso – em que há a precisa identificação de todos os beneficiários [consumidores lesados] e a possibilidade de se apurar o efetivo *quantum* devido”-, objeto da futura execução coletiva.

É que, como consta do voto do relator para o acórdão, neste processo, os beneficiários (consumidores lesados com o pagamento de multa moratória superior a 2%) estão claramente identificados entre os contratantes da empresa recorrente, em relação por ela apresentada já na fase de liquidação (resistiu em fazê-lo na fase de conhecimento do processo, sendo necessária até busca e apreensão). São 24.000 consumidores lesados. Isso mostra que não há necessidade de provar fato novo, como exige a liquidação por artigo. Basta que o perito realize o cálculo da indenização devida levando em conta esse acentuado número de consumidores lesados e o valor do prejuízo de cada um deles, os quais, somados, indicarão o valor da indenização devida, a que se refere o art. 100, *caput*, do CDC.

Como bem frisado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, cabe à recorrente cumprir “o dever de cooperação processual previsto no art. 604, § 1º, do CPC, uma vez que detém as informações necessárias ao levantamento do valor do indébito, o que, somado aos documentos anexados aos autos, constitui material suficiente à perícia tendente à definição do valor devido, razão pela qual não há falar em liquidação por artigos”. E acrescenta que “a postergação que essa espécie de liquidação acarretaria ao presente processo equivale a um estímulo àquele que, de forma voluntária, viola o princípio da boa-fé processual, impondo obstáculos à prestação jurisdicional célere e efetiva”.

Esse, em resumo, o fundamento da Corte Superior para definir que, na espécie, a liquidação deverá ser realizada por *arbitramento*, mediante cálculo do perito, com base nos elementos existentes nos autos, e não por *artigos*, a qual, além de ser desnecessária, procrastinaria a definição do *quantum* devido, em detrimento da coletividade de consumidores lesados e da efetividade da tutela coletiva em sede de direitos individuais homogêneos.

Ainda sobre a liquidação e execução coletiva em apreço, cumpre destacar, como um dos fundamentos constantes do *voto-desempate* do relator para o acórdão, Ministro Antonio Carlos Ferreira, uma observação importante, que balizará novos julgamentos pelos tribunais, a saber: como a liquidação da sentença coletiva comporta alguma divergência na doutrina e jurisprudência, “a presente decisão unânime da Quarta Turma desta Corte Superior, permitindo a liquidação e execução de forma subsidiária, diante da inércia dos interessados (CDC, art. 100), consubstancia um importante precedente na efetivação da tutela coletiva”. Reconheceu o que está expressamente previsto no texto legal. Mas esse reconhecimento é importante, porque feito pelo Superior Tribunal de Justiça, órgão judicial máximo de interpretação de dispositivos de leis federais, o que reforçará essa modalidade de execução no futuro.

A decisão sobre o último tópico abordado (espécie de liquidação coletiva) resultou de acirrado debate entre os julgadores, de modo a exigir o chamado voto-desempate, que coube ao Ministro Antonio Carlos Ferreira. Com efeito, foi dado parcial provimento ao recurso, com base no voto-médio do Ministro Antonio Carlos Ferreira, que acompanhou os Ministros Luis Felipe Salomão e João Otávio de Noronha, quanto à possibilidade da liquidação por *arbitramento* (CPC, arts. 475-C, II, e 475-D), e os Ministros Maria Isabel Gallotti e Raul Araújo, quanto à necessidade de se apurar efetivamente (e não por estimativa) o *quantum* devido.

2.4 Eis aí a judiciosa *solução* apresentada pelo Superior Tribunal de Justiça ao caso concreto, versando sobre a modalidade de liquidação a ser adotada para efeito da execução coletiva de que trata o art. 100, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, cujo montante da indenização apurado será revertido ao fundo de que trata a Lei nº 7.347/1985. Como se viu, a escolha da liquidação por arbitramento foi *casuística*, de modo a não se poder afirmar que, em se tratando de liquidação coletiva, nos moldes do precitado art. 100, ela sempre será por arbitramento.

3. ANÁLISE TEÓRICO-DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

3.1 Como descrevemos anteriormente, os fundamentos principais do acórdão em comento dizem respeito (i) à legitimidade do Ministério Público para promover a liquidação e execução coletiva a que se refere o art. 100, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, (ii) ao cabimento, no caso concreto, dessa modalidade de liquidação e execução coletiva, e (iii) principalmente ao critério a ser adotado para concretizar essa liquidação (apuração do dano globalmente causado), para efeito de posterior execução e reversão do *quantum* devido ao Fundo de Interesses Difusos, criado pela Lei nº 7.347/1985 (LACP), questão esta que suscitou a divergência de votos acima referida e a decisão baseada no voto-médio do Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Analisaremos apenas esses três fundamentos, que são a razão de ser do importante e caudaloso acórdão do STJ. E o faremos com base na escassa doutrina sobre o tema, talvez porque ele ainda seja novo nos nossos tribunais, não obstante o decurso de quase vinte e cinco anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor. Esses fundamentos estão umbilicalmente ligados entre si.

3.1.1 A Quarta Turma do STJ acertou ao decidir que a liquidação coletiva de que trata o art. 100, *caput*, do CDC deve ser levada a efeito sempre que, após o decurso de um ano da intimação da sentença que fixou a condenação genérica, nos termos do art. 95 do mesmo código, não ocorrer habilitação de nenhum consumidor lesado ou a habilitação se der em número de consumidores prejudicados incompatível com a gravidade do dano, como consta expressamente daquela regra. Está de acordo com a doutrina existente sobre o tema.

A primeira doutrinadora a tratar do assunto foi a grande processualista Ada Pellegrini Grinover, a qual, na condição de um dos destacados autores do Anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, formulou as disposições que disciplinam as ações coletivas para a defesa de *interesses ou direitos individuais homogêneos* (expressão esta por ela cunhada), previstas nos arts. 91 a 100 do CDC. Com esta última norma, ela introduziu na ordem jurídica brasileira algo parecido com a chamada *reparação ou recuperação fluida* (*fluid recovery*) do direito estadunidense, preocupada que estava em encontrar uma solução para a sentença que, em ação coletiva, condena o réu a ressarcir o dano causado a centenas ou milhares de vítimas (consumidores lesados) que não se habilitam para receber seus créditos, ou por desconhecerem a decisão condenatória ou por mero desinteresse, por ser o dano individual de pouca importância. Foi

para esses casos, em que “o dano globalmente causado pode ser considerável, mas de pouca ou nenhuma importância o prejuízo *sofrido* por cada consumidor lesado, que o art. 100 previu a *fluid recovery*”.¹ Nessa ordem de raciocínio, assim complementa sobre a liquidação e execução de que trata o precitado art. 100:

(...) A liquidação promovida pelos legitimados após o decurso do prazo legal [CDC, art. 100, *caput*], quando não haja habilitações dos prejudicados ou quando essas não forem em número compatível com a gravidade do dano, terá por objeto a apuração do *prejuízo globalmente causado*.

Assim, o juiz deverá proceder à avaliação e quantificação dos danos causados, e não dos prejuízos sofridos (...).

(...) O parágrafo único do art. 100 destina o produto da indenização pelo dano globalmente causado ao Fundo criado pela Lei nº 7.347/85 (a denominada lei da ação civil pública) (...).

Exatamente como faz a jurisprudência norte-americana, a indenização é, assim, utilizada para fins diversos dos reparatórios – que não puderam ser atingidos no caso -, mas com eles conexos, por intermédio da proteção aos bens e valores da coletividade lesada.²

Outros processualistas que se debruçaram sobre o tema em apreço abeberaram-se na doutrina pioneira da citada processualista. Como exemplo, podem ser citados os processualistas Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. Com efeito, tratando da liquidação de sentença condenatória genérica proferida em processo coletivo em que se discutem direitos individuais homogêneos, assim pontificam:

(...) se, decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da sentença coletiva genérica relacionada aos direitos individuais homogêneos (art. 100 do CDC). O produto desta execução reverterá ao FDD [Fundo de Direitos Difusos] e se chama *fluid recovery* (“indenização fluida” ou recuperação fluida – já que se trata dos valores referentes aos titulares de direitos individuais *recuperados* para o FDD para garantir o princípio da tutela integral do bem jurídico coletivo), conforme o parágrafo único do art. 100 do CDC. Trata-se de uma liquidação coletiva proveniente de uma sentença condenatória proferida em ação envolvendo direitos individuais homogêneos.³

¹ *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 913.

² Ob. cit., p. 913-915.

³ *Curso de Direito Processual Civil*. 9.ed. Bahia: Editora Jus Podivm, 2014, vol. 4, p. 354-355.

Ainda a guisa de exemplificação, em sentido semelhante apresenta-se a lição de outro renomado autor, Luis Rodrigues Wambier:

A liquidação coletiva, referida no art. 100 do CDC, tem por finalidade exatamente definir o *quantum* da lesão *globalmente causada*, e não mais o dano individualmente sofrido, por cada um dos lesados, individualmente considerados.

Segundo dispõe o art. 100 do CDC, os legitimados do art. 82 somente poderão propor a liquidação e a execução da sentença condenatória se houver decorrido o prazo de um ano sem que tenha havido qualquer iniciativa dos interessados.⁴

Patente, assim, tal como entendeu a Quarta Câmara do STJ, no acórdão em comento, que, não havendo habilitação de consumidores lesados ou tendo eles se habilitado em número incompatível com a gravidade do dano, qualquer dos legitimados do art. 82 poderá (ou melhor, *deverá*, máxime se o autor da ação coletiva for o MP) promover a liquidação e execução coletiva da sentença condenatória genérica, nos termos do art. 100, *caput*, do CDC. O produto da execução será revertido ao Fundo de Direitos Difusos, como dispõe o parágrafo único do mesmo artigo. Dessa forma, compensa-se a coletividade de consumidores prejudicada e, ao mesmo tempo, evita-se o enriquecimento ilícito da empresa causadora do dano, para quem tal indenização tem certo caráter punitivo e dissuasório, para que não incida em novas práticas danosas, além de servir de exemplo para que outras empresas não venham a cometer práticas lesivas do mesmo tipo.⁵ Neste particular, essa indenização do dano globalmente causado lembra os *punitives damages* (indenizações punitivas) ou *exemplary damages* (indenizações exemplares) do direito anglo-saxão, apenas no seu aspecto punitivo, pois são institutos diferentes, arraigados na tradição do direito anglo-saxônico em matéria de responsabilidade civil.

Essa natureza punitiva da indenização coletiva, para evitar o enriquecimento ilícito do causador do dano a uma coletividade de consumidores, não passou despercebida no voto do Ministro Luis Felipe Salomão:

⁴ *Liquidação da sentença civil: individual e coletiva*. 5.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 326

⁵ Nesse sentido a lição de Antonio Herman Benjamin, para quem o aspecto punitivo da fluid recovery, ou reparação fluida [indenização do art. 100 do CDC] consiste em “não permitir que a falta de habilitação dos consumidores lesados termine por liberar o fornecedor que atuou ilicitamente de suportar a reparação pelos danos causados, reforçando a função de desestímulo que a indenização deve possuir” (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 1719).

(...) a legislação brasileira denota vanguarda absoluta na defesa dos direitos transindividuais, cuja natureza de ordem pública demonstra inexoravelmente o caráter do dano coletivo, o qual impõe a justa fixação de reprimenda suficiente para inculcar no demandado repressão e prevenção especial.

Sob esse enfoque é que devem ser interpretadas as normas jurídicas pertinentes, de modo a implementar a efetividade da referida tutela [tutela coletiva do art. 100 do CDC], mediante a compensação da sociedade lesada, impedindo, assim, que o agente causador do dano seja beneficiado com a desnaturação dos objetivos legais ante a aplicação tímida da lei, cominando com o seu enriquecimento ilícito.

3.1.2 Aceitas no aresto, à unanimidade, a liquidação e a execução coletivas do art. 100, *caput*, do CDC, como descrito linhas atrás, houve intenso debate entre os julgadores sobre a *espécie* de liquidação cabível no caso em exame. A Ministra Maria Isabel Gallotti, em voto bem fundamentado, entendeu que a liquidação deveria ser feita por *artigos*, por reputar necessária a demonstração de fatos novos, tal como pretendido pela recorrente, no que foi seguida pelo Ministro Raul Araújo. Já os Ministros João Otávio de Noronha (Relator) e Luis Felipe Salomão, entenderam que a liquidação deveria ser realizada por *arbitramento*, com base nos elementos existentes nos autos do processo, sendo desnecessária a comprovação de fatos novos. O desempate foi realizado pelo Ministro Antonio Carlos Ferreira, que, acompanhando os dois últimos ministros citados, entendeu que a liquidação deveria ser mesmo por *arbitramento*, porém com a necessidade de se apurar *efetivamente* o *quantum* da indenização devida, e não a estabelecer por *estimativa*, como chegou a sugerir o perito nomeado pelo juiz. A seu ver o perito, após considerar cada um dos contratos juntados aos autos, poderá chegar ao valor devido, em observância ao título executivo.

O Ministro Luis Felipe Salomão deixou bem claro em seu excelente voto que, em sede de liquidação coletiva de sentença condenatória genérica, “o tipo de liquidação a ser utilizado deve ser feito casuisticamente, de acordo com as nuances da situação fática e da sentença coletiva prolatada”, tal como ocorre na *fattispecie*, em que “os elementos constantes dos autos [relação de 24.000 contratantes que pagaram multa moratória superior a 2%] e as informações de certamente dispõe a recorrente são dados suficientes a embasar a perícia necessária à liquidação por arbitramento (...), afastada definitivamente a possibilidade de surgimento de fatos novos”.

Concordamos com esse posicionamento, em virtude das características do caso *sub examine*. Todavia, a nosso ver, a liquidação coletiva do art. 100, *caput*,

do CDC, dada a natureza do objeto da liquidação, deverá, por via de regra, ser feita por *arbitramento*, porque normalmente constam, nos autos do processo no qual foi prolatada a sentença condenatória genérica, os elementos necessários ao cálculo, pelo perito, do valor da indenização coletiva devida, podendo, se necessário, serem complementados por informações ou dados que o autor da liquidação e execução coletivas poderá pedir ao juiz que os requisite da empresa executada, que estará obrigada a fornecê-los, sob pena de busca e apreensão. Com isso se chegará a um valor indenizatório idêntico ou próximo dos danos globalmente causados.

Todavia, podem ocorrer situações (raras) em que esses elementos e dados não se afiguram suficientes para o cálculo do valor da indenização, havendo necessidade de se provar *factos novos*, sob o crivo do contraditório, hipótese em que a liquidação poderá ser por *artigos*. Esta, porém, deve ser evitada, pois sempre postergará a definição do valor indenizatório que será recolhido ao Fundo de Interesses Difusos, em benefício do réu causador do dano.

Melhor será, nesses casos, a apuração dos danos por *estimativa*, pois não se cuida de *danos individualmente sofridos*, que devem ser indenizados em valores precisos, e sim de *danos globalmente causados*, cuja apuração não precisa ser precisa, pois a *ratio essendi* dessa indenização coletiva é *compensar* (e não ressarcir) a coletividade de consumidores contra a qual foi dirigida a conduta lesiva. Com efeito, já que não houve ressarcimento individual dos prejuízos sofridos pelos integrantes dessa coletividade, esta merece uma *compensação* que alivie, ao menos do ponto de vista moral, os efeitos dos prejuízos que sofreu em decorrência da prática desleal desenvolvida pelo fornecedor lesante, de modo a não se locupletar à custa dos consumidores prejudicados.

Alguns autores, como Ricardo de Barros Leonel, dão amparo a esse fundamento, ao sustentarem que, na liquidação coletiva por arbitramento, a apuração do dano coletivo deve ser feita por *estimativa*:

Note-se que não ocorrendo a habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, não haverá execução coletiva dos *danos individualmente sofridos*, mas sim liquidação e execução coletiva para apuração dos *danos globalmente considerados*, por estimativa, para posterior reversão ao Fundo de Interesses Difusos.⁶

⁶ *Manual do processo coletivo*. 3.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 427.

Pelas razões que antes apontamos, pensamos que, na liquidação coletiva em consideração (CDC, art. 100, *caput*), se os elementos existentes nos autos do processo coletivo, aliados a eventual colaboração do fornecedor executado, possibilitar a realização de cálculo (pelo perito) que aproxime ao máximo o valor da indenização devida aos danos globalmente causados, ter-se-á uma espécie de ressarcimento integral do dano, com a diferença de que não será destinado aos prejudicados, mas, sim, ao Fundo de Direitos Difusos, *ex vi legis*. No entanto, se não existirem esses dados informativos, para não prejudicar a tutela coletiva, a indenização devida deverá ser *estimada*, em valor razoável, compatível com a extensão do dano globalmente considerado, de modo a evitar o enriquecimento sem causa do réu, cuja conduta ilícita ocasionou “danosidade social”, na feliz expressão de Benjamin.⁷

Frise-se que o objetivo da execução no âmbito do *fluid recovery* não é o exato ressarcimento dos consumidores lesados e aglutinados, mas, sim, uma reparação de natureza supraindividual, que se estabelece mediante “a fixação de um valor único e geral para as perdas e danos (*lump sum damages*), que toma como referencial o comportamento antecedente do réu e os seus ganhos ilícitos”.⁸ Num universo em que um sem-número de consumidores foi lesado e não são eles identificáveis (diferentemente do que se dá no caso julgado no acórdão *sub examine*, em que os lesados foram quantificados e identificados), impossível ou muito difícil será a comprovação dos ganhos ilícitos do réu, devendo esses ganhos ser *estimados* para efeito de fixação do *lump sum* (importância global) e sua posterior reversão ao fundo.

3.1.3 Resta a análise do cabimento da legitimação do Ministério Público para a liquidação e execução coletiva prevista art. 100, *caput*, do CDC, um dos tópicos discutidos no acordão em exame. Deixamos essa análise por último porque fica mais fácil compreendê-la depois de examinado esse tipo de execução coletiva, que ocorre em sede de tutela de interesses individuais homogêneos. Ricardo de Barros Leonel expõe que:

⁷ Antonio Herman Benjamin, a propósito, faz importante observação: “O juiz, reconhecendo que no Estado democrático os infratores econômicos não podem ser beneficiados pela inoperância, deficiência ou fragilidade do aparelho judicial, encontra meios para, mesmo sem a identificação de cada vítima em particular, retirar os proveitos da ação ilícita e, pela via transversa, beneficiar os membros da classe. Evidente aqui o papel conferido à class action de via assecuratória do interesse público, que deflui da exigência social moderna de combate à danosidade coletiva” (*A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor*. In: Milaré, Édis (Coord.) *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 126).

⁸ *A insurreição da aldeia global...*, cit., p. 126.

Há intenso debate quanto (a) à possibilidade de execução coletiva em benefício dos indivíduos destinatários da sentença de procedência em interesses individuais homogêneos, e (b) quanto à natureza da legitimação, se admitida a execução coletiva.

O problema é que sendo a sentença condenatória genérica, e versando apenas sobre o aspecto *uniforme e homogêneo* da lesão aos interesses individuais homogêneos, na fase de liquidação prevaleceriam os aspectos *não uniformes e heterogêneos* do conflito, exigindo tratamento individualizado.

Daí as afirmações de que: (a) mesmo que se admita a execução coletiva de direitos individuais homogêneos, não haveria “substituição processual”, mas sim algo semelhante à “representação” dos lesados; (b) não seria verdadeira execução coletiva, mas espécie de execução em litisconsórcio; (c) o MP em hipótese alguma seria legitimado, nessa fase, pois não pode defender interesses individuais meramente patrimoniais (...).⁹

Perfeito o raciocínio do autor. As disposições que tratam de uma falsa execução coletiva (ou não verdadeira), que ele aborda mais adiante em sua obra, são os arts. 97 e 98, ambos do CDC. Com efeito, o art. 97, primeira parte, dispõe sobre a liquidação e execução (ou cumprimento) da sentença condenatória genérica de forma individual, realizadas pelos consumidores lesados ou seus sucessores, visando à indenização dos *danos individuais por eles sofridos*. A segunda parte do mesmo dispositivo legal também diz respeito à liquidação e execução dos danos sofridos pelos indivíduos titulares dos direitos individuais homogêneos, com a particularidade que pode ser promovida por qualquer dos legitimados (exceto o MP, por serem interesses individuais disponíveis) do art. 82, mediante representação. Isso está bem claro nessa disposição legal. Isso se dá nas ações propostas por associações de defesa do consumidor (p. ex., IDEC), visando à tutela de direitos individuais homogêneos de seus associados. Na fase de execução ou cumprimento da sentença, a associação promove a liquidação e execução do julgado em nome de seus associados.

O mesmo raciocínio se aplica ao disposto no art. 98 do CDC, com a particularidade de que os legitimados do art. 82 promovem a execução “coletiva” das indenizações *previamente fixadas em sentença de liquidação*. Embora o texto se refira a indenização coletiva, não há substituição processual e, por conseguinte, legitimação extraordinária, mas apenas representação dos consumidores prejudicados na propositura da execução. A legitimação é ordinária. Tal como ocorre na execução do art. 97, e pelo mesmo motivo que apontamos ao nos

⁹ Ob. cit., p. 419-420.

referirmos àquela disposição, o MP não detém legitimação para essa execução, até porque ela é ordinária, e não *extraordinária*, como se dá nas execuções verdadeiramente coletivas.

Na hipótese do art. 100, *caput*, do CDC, a legitimação para a liquidação e posterior execução coletiva é *extraordinária*, pois os legitimados do art. 82 do mesmo código agem em nome próprio e visando à tutela da coletividade de consumidores atingida pela conduta lesiva do fornecedor condenado genericamente a indenizar os consumidores lesados, no processo coletivo de conhecimento (que se iniciou com uma ação civil pública, inspirada na *class action for damages* americana). Como bem pontifica Ricardo de Barros Leonel, na presente hipótese de execução coletiva “ressurge” o interesse *difuso* ou coletivo, em virtude do desinteresse dos indivíduos na habilitação de seus créditos.¹⁰ Ou, como salienta Antonio Herman Benjamin, exerce-se a “função reparatória supraindividual do mecanismo” [*fluid recovery*].¹¹

Passa-se da tutela de *interesses individuais homogêneos*, concretizada na sentença de condenação genérica do fornecedor, para a tutela de *interesses difusos* (de natureza transindividual) quando iniciada a liquidação coletiva, para posterior execução do valor apurado e destinação ao fundo. É o que Luiz Rodrigues Wambier denomina, com propriedade, de “coletivização” do resultado do processo.¹²

Portanto, o Ministério Público, quando promove a liquidação e execução coletiva do art. 100, *caput*, do CDC, não está a defender interesses individuais, mas, sim, interesses *difusos* (integram, por excelência, o gênero dos chamados interesses transindividuais ou supraindividuais), sendo, pois, manifesta a sua legitimação para esse fim, nos termos do art. 82, I, do CDC, e art. 129, III, da Constituição da República.

Agiu com acerto, assim, o órgão julgador, ao reconhecer a legitimidade do MP para promover a liquidação e execução em apreço.

¹⁰ Ob. cit., p. 420.

¹¹ A insurreição da aldeia global..., cit., p. 118.

¹² Ob. cit., p. 374.

RECURSO ESPECIAL N. 1.293.606-MG (2011/0272086-7)*

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão
Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Recorrido: Plasc - Plano de Assistência Complementar de Saúde da Santa Casa de Misericórdia de Juiz de Fora
Advogado: Marco Moreira Marcolino e outro(s)

EMENTA

Direito Coletivo e Direito do Consumidor. Ação civil pública. Plano de saúde. Cláusula restritiva abusiva. Ação híbrida. Direitos individuais homogêneos, difusos e coletivos. Danos individuais. Condenação. Apuração em liquidação de sentença. Danos morais coletivos. Condenação. Possibilidade, em tese. No caso concreto danos morais coletivos inexistentes.

1. As tutelas pleiteadas em ações civis públicas não são necessariamente puras e estanques. Não é preciso que se peça, de cada vez, uma tutela referente a direito individual homogêneo, em outra ação uma de direitos coletivos em sentido estrito e, em outra, uma de direitos difusos, notadamente em se tratando de ação manejada pelo Ministério Público, que detém legitimidade ampla no processo coletivo. Isso porque embora determinado direito não possa pertencer, a um só tempo, a mais de uma categoria, isso não implica dizer que, no mesmo cenário fático ou jurídico conflituoso, violações simultâneas de direitos de mais de uma espécie não possam ocorrer.

2. No caso concreto, trata-se de ação civil pública de tutela híbrida. Percebe-se que: (a) há direitos individuais homogêneos referentes aos eventuais danos experimentados por aqueles contratantes que tiveram tratamento de saúde embaraçado por força da cláusula restritiva tida por ilegal; (b) há direitos coletivos resultantes da ilegalidade em abstrato da cláusula contratual em foco, a qual atinge igualmente e de forma indivisível o grupo de contratantes atuais do plano de saúde; (c) há direitos difusos, relacionados aos consumidores futuros do plano

de saúde, coletividade essa formada por pessoas indeterminadas e indetermináveis.

3. A violação de direitos individuais homogêneos não pode, ela própria, desencadear um dano que também não seja de índole individual, porque essa separação faz parte do próprio conceito dos institutos. Porém, coisa diversa consiste em reconhecer situações jurídicas das quais decorrem, simultaneamente, violação de direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos. Havendo múltiplos fatos ou múltiplos danos, nada impede que se reconheça, ao lado do dano individual, também aquele de natureza coletiva.

4. Assim, por violação a direitos transindividuais, é cabível, em tese, a condenação por dano moral coletivo como categoria autônoma de dano, a qual não se relaciona necessariamente com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico).

5. Porém, na hipótese em julgamento, não se vislumbram danos coletivos, difusos ou sociais. Da ilegalidade constatada nos contratos de consumo não decorreram consequências lesivas além daquelas experimentadas por quem, concretamente, teve o tratamento embaraçado ou por aquele que desembolsou os valores ilícitamente sonegados pelo plano. Tais prejuízos, todavia, dizem respeito a direitos individuais homogêneos, os quais só rendem ensejo a condenações reversíveis a fundos públicos na hipótese da *fluid recovery*, prevista no art. 100 do CDC. Acórdão mantido por fundamentos distintos.

6. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo (Presidente), Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 2 de setembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou ação civil pública em face de Plasc - Plano de Assistência Complementar de Saúde da Santa Casa de Misericórdia de Juiz de Fora aduzindo que a requerida estaria cobrando por próteses indispensáveis a cirurgias de angioplastia, cujo valor girava em torno de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), no ano de 2001. Instaurado o procedimento administrativo cabível, verificou-se que, de fato, a cláusula n. 3.6 das “Condições Gerais” do contrato padrão excluía da cobertura do plano o implante de próteses cardíacas.

Por entender o Ministério Público mineiro que a referida prática era abusiva, requereu ao final: (a) condenação da ré em obrigação de fazer consistente na reformulação da citada cláusula excludente; (b) pagamento de indenização aos consumidores pelos danos resultantes da negativa de cobertura da prótese cardíaca, cujo montante deveria ser liquidado em procedimento próprio; (c) “no que tange aos direitos difusos e coletivos, a condenação da empresa-ré na quantia de R\$ 100.000,00” (fl. 6), a ser revertida para o Fundo Municipal de Direitos do Consumidor.

O Juízo de Direito da 7ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora julgou procedente o pedido para declarar a nulidade da cláusula limitativa, mas improcedentes os pedidos indenizatórios (fls. 295-302).

Em grau de apelação, a sentença foi parcialmente reformada para que fosse julgado procedente o pedido de indenização pelos danos causados aos consumidores do plano - direitos individuais homogêneos -, a serem liquidados posteriormente. Manteve-se, todavia, a improcedência do pedido quanto à indenização por danos causados a direitos coletivos e difusos, cujo montante da condenação, segundo o que se pleiteou, seria revertido ao fundo municipal próprio.

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

Apelação. Ação civil coletiva. Defesa de direitos individuais homogêneos do consumidor. Ministério Público. Legitimidade. Plano de saúde. Exclusão de cobertura de prótese cardíaca. Abusividade. Aplicação da Lei n. 9.656/1998. Indenização individual a cada um dos consumidores lesados. Viabilidade de comprovação de seus elementos apenas em liquidação de sentença. Indenização por violação de direito coletivo e difuso. Impossibilidade.

- Ocorrendo a hipótese prevista no artigo 81 do CDC, tratando-se, portanto, de ação coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores,

tem legitimidade para o manejo de ação coletiva o Ministério Público, nos termos do diploma consumerista e da própria Constituição Federal, artigo 129, IX.

- Aplicam-se aos contratos anteriores à Lei n. 9.656/1998 as exigências mínimas nela constantes, bem como as diretrizes do plano referência por ela instituído, quando não restar comprovado nos autos pela seguradora que foi disponibilizada ao segurado a opção por um novo plano nos moldes da nova lei.

- Tem-se como abusiva a negativa da seguradora em custear a implantação de prótese cardíaca, porquanto incluído no plano-referência instituído pelo artigo 10, bem como nas exigências mínimas do artigo 12, ambos da Lei n. 9.656/1998.

- Deve ser o fornecedor condenado ao pagamento de indenização aos consumidores lesados pela cláusula contratual aqui tida como abusiva, devendo a prova do dano e do nexo de causalidade ser efetuada em sede de liquidação de sentença, na qual se habilitarão os interessados.

- É inviável a condenação do réu em indenização a ser recolhida ao fundo instituído na LACP quando a ação manejada é a civil coletiva, prevista no CDC para a defesa de direitos individuais homogêneos e não direitos difusos ou coletivos, aludindo, ainda, o artigo 100 do CDC a recolhimento a essa espécie de fundo do montante indenizatório não reclamado por consumidores habilitados em número compatível com a gravidade do dano, e não de ressarcimento próprio (363-364).

Opostos embargos de declaração (fls. 391-394), foram eles rejeitados (fls. 396-400).

Sobreveio recurso especial interposto pelo Ministério Público com amparo na alínea **a** do permissor constitucional, no qual se alegou ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil; violação ao art. 1º, inciso II, da Lei n. 7.347/1985 c.c. arts. 6º, inciso VI e 90 do Código de Defesa do Consumidor.

O recorrente alega que o acórdão recorrido desconsiderou o que dispõem os mencionados dispositivos legais, tendo em vista que seria cabível a condenação a reparar além dos danos morais individuais - decorrentes de ofensa a direitos individuais homogêneos -, também os danos morais coletivos - resultantes de violação a direitos coletivos e difusos.

Sustenta que o “dano moral difuso se assenta exatamente na agressão a bens e a valores jurídicos que são inerentes a toda a coletividade de forma indivisível” (fl. 420).

O recurso especial teve seu seguimento negado (fls. 452-455), tendo os autos ascendido a esta Corte por força de decisão de minha lavra proferida no Ag n. 980.911-MG (fl. 517).

O Ministério Público Federal, mediante parecer ofertado pela Subprocuradora-Geral da República Ana Borges Coêlho Santos, opinou pelo provimento do recurso especial (fls. 530-536).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Rejeito, de saída, a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC. O Tribunal *a quo* dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que o órgão julgador examine uma a uma as alegações e os fundamentos expendidos pelas partes. Basta que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, sem necessidade de que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais. No caso, o julgamento dos embargos de declaração apenas se revelou contrário aos interesses do recorrente, circunstância que não configura omissão, contradição ou obscuridade.

3. Quanto ao mérito, relembro que o MPMG ajuizou ação civil pública com o objetivo de impor a Plasc - Plano de Assistência Complementar de Saúde da Santa Casa de Misericórdia de Juiz de Fora - condenação em obrigação de fazer, consistente na alteração de cláusula contratual tida por abusiva, além de obrigação de indenizar os danos individuais sofridos pelos consumidores, com valores a serem apurados em liquidação. Outrossim, pleiteou também a condenação da ré a ressarcir o dano moral coletivo, em razão da apontada violação a direitos coletivos e difusos.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no que concerne à pretensão indenizatória, julgou procedente o pedido apenas em relação aos danos individuais, negando, porém, a indenização a ser revertida ao Fundo Municipal, no que toca à indicada violação a direitos coletivos e difusos. E assim o fez pelos fundamentos a seguir sintetizados:

Ora, a lide em tela fundamenta-se em direitos individuais homogêneos decorrentes de relação de consumo, para a qual o CDC prevê ação própria, denominada ação civil coletiva, de natureza diversa da ação civil pública contemplada na Lei n. 7.347/1985.

E não obstante sejam as normas dessa lei aplicáveis subsidiariamente à ação civil coletiva prevista no CDC (artigo 90 desse diploma legal), é inviável cogitar-se

de incidência da legislação que rege a ação civil pública no que toca à forma de indenização *sub examen*, haja vista que aqui se está a discutir direitos individuais homogêneos, dos quais não cuida a Lei n. 7.347/1985, inexistindo direito coletivo ou difuso a ser pela presente via reparado.

Em verdade, da conduta da seguradora decorrem apenas os danos pessoais a serem aqui ressarcidos, não havendo se cogitar de qualquer prejuízo sofrido pela coletividade ou pelos indivíduos da sociedade em virtude da existência da cláusula contratual declarada abusiva nesse feito, sendo inviável, lado outro, punir o ofensor que não ocasionou qualquer dano para fins meramente repressivos, qual seja, o de coibir práticas comerciais abusivas, já que a indenização é instituto cuja existência se reconhece apenas se existe dano a ser reparado, sendo irrelevante a mera ocorrência do ilícito se ele não se desdobrou em qualquer espécie de prejuízo.

Ressalte-se, demais disso, ainda que apenas por amor ao debate, que a indenização a ser revertida ao fundo a que alude o artigo 100 do CDC é aquela decorrente de condenação pelos danos individualmente sofridos pelos consumidores, no caso de, em fase de execução da sentença, verificar-se não ter havido habilitação compatível com a gravidade do dano (fls. 385-386)

4. No ponto principal, como asseverei em outra oportunidade, “por força do art. 21 da Lei n. 7.347/1985, é de se considerar, seguramente, que o Capítulo II do Título III do CDC e a Lei das Ações Cíveis Públicas formam, em conjunto, um microsistema próprio do processo coletivo de defesa dos direitos do consumidor, devendo ser, portanto, interpretados sistematicamente” (REsp n. 951.785-RS, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 15.2.2011, DJe 18.2.2011).

Com efeito, por ser certo que “a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo (art. 81 do CDC)”, esse mesmo diploma legal e a Lei n. 7.347/1985 se aplicam reciprocamente, naquilo que lhes é compatível, para as ações que digam respeito a violação de interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos, sempre que a situação subjacente disser respeito a direitos do consumidor.

Nesse sentido, entre muitos outros, confirmam: REsp n. 1.344.700-SC, Rel. Ministro *Og Fernandes*, *Segunda Turma*, julgado em 3.4.2014, DJe 20.5.2014; REsp n. 1.257.196-RS, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Segunda Turma*, julgado em 16.10.2012, DJe 24.10.2012; REsp n. 978.706-RJ, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 20.9.2012, DJe 5.10.2012.

5. Ainda outra observação a ser feita diz respeito à exata natureza jurídica da tutela buscada pelo Ministério Público com o ajuizamento da presente ação, tendo em vista que o acórdão recorrido vislumbrou, no caso, uma específica tutela de direitos individuais homogêneos, tendo sido negada, por isso, a condenação ao pagamento de danos morais coletivos.

O diploma consumerista, como se sabe, expõe as diversas categorias de direitos tuteláveis pela via coletiva:

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

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

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

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

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

Ressalte-se, para logo, que a distinção entre essas categorias de direitos não é de interesse meramente acadêmico. Antes, a própria legislação prevê consequências bem distintas a cada espécie de interesses e direitos levados a juízo, como o alcance da coisa julgada (art. 103 do CDC) e a legitimidade para a propositura da ação ou execução (arts. 82 e 98 do CDC).

Ademais, a controvérsia ora instalada, acerca da possibilidade de condenação em danos morais coletivos, revela a concreta relevância da distinção legal entre as citadas espécies de direitos.

Assim, há de se observar que, no caso concreto, muito embora a eventual negativa indevida do plano de saúde possa gerar danos individuais, concretamente identificáveis em posterior liquidação, antecede a essa recusa uma relação jurídica comum a todos os contratantes, que podem ou não vir a sofrer danos pela prática abusiva identificada na presente ação.

A mencionada “relação jurídica” base consiste exatamente no contrato de prestação de serviços de saúde firmado entre uma coletividade de consumidores e a administradora do plano, razão pela qual, diferentemente do que entendeu

o acórdão recorrido, se vislumbra também claro direito coletivo indicado como violado, e não exclusivamente um direito individual homogêneo.

Vale dizer, portanto, que há uma obrigação nova de indenizar eventuais danos individuais resultantes da recusa indevida em custear tratamentos médicos (direitos individuais homogêneos), mas também há outra, de abstrata ilegalidade da cláusula contratual padrão, e que atinge o grupo de contratantes de forma idêntica e, portanto, indivisível (direitos coletivos em sentido estrito).

Nessa linha, Kazuo Watanabe, por todos, traz como exemplo de direitos e interesses coletivos exatamente a situação dos contratantes de um mesmo tipo de seguro com a mesma instituição:

Nas duas modalidades de interesses ou direitos “coletivos”, o traço que os diferencia dos interesses ou direitos “difusos” é a determinabilidade das pessoas titulares, seja por meio da relação jurídica base que as une (membros de uma associação de classe ou ainda acionistas de uma mesma sociedade), seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária (contribuintes de um mesmo tributo, prestamistas de um mesmo sistema habitacional ou contratantes de um segurador com um mesmo tipo de seguro, estudantes de uma mesma escola, etc.) (WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Ada Pellegrini Grinover [et al.]. 10 ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 75).

Por outra ótica, percebe-se que a condenação imposta à requerida, no sentido de ajustar a cláusula ilegal nos contratos por ela celebrados, tem o condão de alcançar igualmente consumidores futuros do plano de saúde. Por esse ângulo, portanto, cuida-se de pedido referente a interesses de uma coletividade de pessoas indeterminadas e indetermináveis, traço apto a identificar a pretensão manejada pelo *Parquet* também como uma tutela de interesses difusos.

Na verdade, por vezes a confusão entre direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos decorre de fatores e circunstâncias variadas.

De fato, as tutelas pleiteadas em ações civis públicas não são necessariamente puras e estanques - ou seja, não é preciso que se peça, de cada vez, uma tutela referente a direito individual homogêneo, em outra ação uma de direitos coletivos em sentido estrito e, em outra, uma de direitos difusos, notadamente em se tratando de ação manejada pelo Ministério Público, que detém legitimidade ampla no processo coletivo.

Assim, se é verdadeiro que um determinado direito não pertence, a um só tempo, a mais de uma categoria, isso não implica dizer que, no mesmo cenário

fático ou jurídico conflituoso, violações simultâneas de direitos de mais de uma espécie não possam ocorrer.

Nesse sentido, confira-se o lapidar magistério de Hugo Nigro Mazzilli:

Constitui erro comum supor que, em uma ação civil pública ou coletiva, só se possa discutir, por vez, uma só espécie de interesse transindividual (ou somente interesses difusos, ou somente coletivos ou somente individuais homogêneos). Nessas ações, não raro se discutem interesses de mais de uma espécie. Assim, à guisa de exemplo, numa única ação civil pública ou coletiva, é possível combater os aumentos ilegais de mensalidades escolares já aplicados aos alunos atuais, buscar a repetição do indébito e, ainda, pedir a proibição de aumentos futuros; nesse caso, estaremos discutindo, a um só tempo: *a*) interesses coletivos em sentido estrito (a *ilegalidade* em si do aumento, que é compartilhada de forma indivisível por todo o grupo lesado); *b*) interesses individuais homogêneos (a *repetição do indébito*, proveito divisível entre os integrantes do grupo lesado); *c*) interesses difusos (a proibição de imposição de aumentos para os *futuros alunos*, que são um grupo indeterminável).

[...]

Outra confusão recorrente precisa ser desfeita: o *mesmo interesse* não pode ser simultaneamente difuso, coletivo e individual homogêneo, pois se trata de espécies distintas. O que pode ocorrer é que uma combinação de fatos, sob uma mesma relação jurídica, venha a provocar o surgimento de interesses transindividuais de mais de uma espécie, os quais podem ser defendidos num único processo coletivo (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 59-60).

Outra circunstância que enseja perplexidade consiste no fato de que, tanto nos direitos individuais homogêneos quanto nos coletivos, há (ou, no mínimo, pode haver) uma relação jurídica comum subjacente.

Nos direitos coletivos, todavia, a violação do direito do grupo decorre diretamente dessa relação jurídica base, ao passo que nos individuais homogêneos a relação jurídica comum é somente o cenário remoto da violação a direitos, a qual resulta de uma situação fática apenas conexa com a relação jurídica base antes estabelecida.

Confira-se, mais uma vez, a lição de Mazzilli:

Em outras palavras, é óbvio que não apenas os interesses coletivos, em sentido estrito, têm origem numa relação jurídica comum. Também nos interesses difusos e nos individuais homogêneos há uma relação jurídica subjacente que une o respectivo grupo. Contudo, enquanto nos interesses coletivos propriamente ditos

a lesão ao grupo provém diretamente da própria relação jurídica questionada no objeto da ação coletiva, já nos interesses difusos e nos individuais homogêneos, a relação jurídica é questionada apenas como causa de pedir, com vista à reparação de um dano fático ora indivisível (como nos interesses difusos) ora, até mesmo, divisível (como nos interesses individuais homogêneos) (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 57).

No caso concreto, pois, percebe-se claramente que: (a) há direitos individuais homogêneos referentes aos eventuais danos experimentados por aqueles contratantes que tiveram tratamento de saúde embaraçado por força da cláusula restritiva tida por ilegal; (b) há direitos coletivos resultantes da ilegalidade em abstrato da cláusula contratual em foco, a qual atinge igualmente e de forma indivisível o grupo de contratantes atuais do plano de saúde; (c) há direitos difusos, relacionados aos consumidores futuros do plano de saúde, coletividade essa formada por pessoas indeterminadas e indetermináveis.

Aliás, a inicial é clara ao pedir, “no que tange aos direitos difusos e coletivos, a condenação da empresa-ré na quantia de R\$ 100.000,00” (fl. 6).

Portanto, afasta-se o fundamento indicado pelo acórdão recorrido segundo o qual, por se tratar, no caso concreto, de ação vocacionada à tutela de direitos individuais homogêneos, descaberia a condenação por danos morais coletivos.

6. É nesse contexto, afirmando-se que, em tese, é possível reconhecer o dano moral coletivo, mesmo quando a ação coletiva versar - prioritária, mas não exclusivamente - sobre direitos individuais homogêneos, que deve ser analisado cada caso concreto. No ponto, o cabimento da condenação por essa espécie de dano deve partir do real cenário subjacente à causa, o qual revela se tratar de ação de natureza híbrida, direcionada não só à tutela de direitos individuais homogêneos, mas também de direitos coletivos e difusos.

A discussão acerca do cabimento de dano moral coletivo não passou ao largo da jurisprudência da Casa.

Registro que, inicialmente, em julgamento com maioria formada por apenas um voto, houve resistência jurisprudencial ao reconhecimento da categoria de dano moral coletivo, ao fundamento de que o dano moral se vincularia necessariamente à noção de dor, sofrimento psíquico, de caráter individual, portanto, razão pela qual haveria incompatibilidade desse tipo de condenação com a noção de transindividualidade (REsp n. 598.281-MG, Rel. Ministro *Luiz Fux*, Rel. p/ acórdão Ministro *Teori Albino Zavascki*, *Primeira Turma*, julgado em 2.5.2006, DJ 1º.6.2006).

Há também outros precedentes isolados negando a condenação, ora por força de circunstâncias do caso concreto, ora invocando o julgado acima referido: AgRg no REsp n. 1.305.977-MG, Rel. Ministro *Ari Pargendler*, *Primeira Turma*, julgado em 9.4.2013, DJe 16.4.2013; AgRg no REsp n. 1.109.905-PR, Rel. Ministro *Hamilton Carvalhido*, *Primeira Turma*, julgado em 22.6.2010, DJe 3.8.2010.

Todavia, a maioria ampla dos precedentes admite ao menos a possibilidade teórica de condenação por dano moral coletivo, seja em situação de violação de direitos do consumidor ou do idoso, seja em situação de dano ao meio ambiente ou ao patrimônio público.

Confirmam-se, no âmbito do direito privado, os seguintes precedentes:

Recurso especial. Ação civil pública. Empresa de telefonia. Plano de adesão. Lig Mix. Omissão de informações relevantes aos consumidores. Dano moral coletivo. Reconhecimento. Artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor. Precedente da Terceira Turma desta Corte. Ofensa aos direitos econômicos e morais dos consumidores configurada. Determinação de cumprimento do julgado no tocante aos danos materiais e morais individuais mediante reposição direta nas contas telefônicas futuras. Desnecessários processos judiciais de execução individual. Condenação por danos morais difusos, igualmente configurados, mediante depósito no fundo estadual adequado.

1.- *A indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletiva e difusa, tem seu fundamento no artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor.*

2.- *Já realmente firmado que, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie. (REsp n. 1.221.756-RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 2.2.2012, DJe 10.2.2012).*

3.- No presente caso, contudo restou exaustivamente comprovado nos autos que a condenação à composição dos danos morais teve relevância social, de modo que, o julgamento repara a lesão causada pela conduta abusiva da ora Recorrente, ao oferecer plano de telefonia sem, entretanto, alertar os consumidores acerca das limitações ao uso na referida adesão. O Tribunal de origem bem delineou o abalo à integridade psico-física da coletividade na medida em que foram lesados valores fundamentais compartilhados pela sociedade.

4.- Configurada ofensa à dignidade dos consumidores e aos interesses econômicos diante da inexistência de informação acerca do plano com redução

de custo da assinatura básica, ao lado da condenação por danos materiais de rigor moral ou levados a condenação à indenização por danos morais coletivos e difusos.

5.- Determinação de cumprimento da sentença da ação civil pública, no tocante à lesão aos participantes do "LIG-MIX", pelo período de duração dos acréscimos indevidos: a) por danos materiais, individuais por intermédio da devolução dos valores efetivamente cobrados em telefonemas interurbanos e a telefones celulares; b) por danos morais, individuais mediante o desconto de 5% em cada conta, já abatido o valor da devolução dos participantes de aludido plano, por período igual ao da duração da cobrança indevida em cada caso; c) por dano moral difuso mediante prestação ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados do Estado de Santa Catarina; d) realização de levantamento técnico dos consumidores e valores e à operacionalização dos descontos de ambas as naturezas; e) informação dos descontos, a título de indenização por danos materiais e morais, nas contas telefônicas.

6.- Recurso Especial improvido, com determinação (n. 5 supra).

(REsp n. 1.291.213-SC, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 30.8.2012, DJe 25.9.2012)

Recurso especial. Dano moral coletivo. Cabimento. Artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Razoável significância e repulsa social. Ocorrência, na espécie. Consumidores com dificuldade de locomoção. Exigência de subir lances de escadas para atendimento. Medida desproporcional e desgastante. Indenização. Fixação proporcional. Divergência jurisprudencial. Ausência de demonstração. Recurso especial improvido.

I - A dicção do artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente.

II - Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva.

Ocorrência, na espécie.

III - Não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, à situação desgastante de subir lances de escadas, exatos 23 degraus, em agência bancária que possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento a tais consumidores.

IV - Indenização moral coletiva fixada de forma proporcional e razoável ao dano, no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

V - Impõe-se reconhecer que não se admite recurso especial pela alínea c quando ausente a demonstração, pelo recorrente, das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados.

VI - Recurso especial improvido.

(REsp n. 1.221.756-RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 2.2.2012, DJe 10.2.2012)

Registro, ademais, o REsp n. 1.293.074-SP, Rel. Ministro *João Otávio de Noronha*, Terceira Turma, julgado em 18.3.2014, DJe 3.4.2014, no qual a condenação por dano moral coletivo foi mantida, muito embora tenham sido invocadas razões processuais no julgamento do recurso.

No âmbito do direito público, cito os precedentes a seguir, todos vislumbrando o dano moral coletivo como uma categoria autônoma de dano, para cujo reconhecimento não se fazem necessárias indagações acerca da dor psíquica, sofrimento, ou outros atributos próprios do dano individual:

Ambiental, Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Proteção e preservação do meio ambiente. Complexo Parque do Sabiá. Ofensa ao art. 535, II, do CPC não configurada. Cumulação de obrigações de fazer com indenização pecuniária. Art. 3º da Lei n. 7.347/1985. Possibilidade. Danos morais coletivos. Cabimento.

[...]

2. Segundo a jurisprudência do STJ, a logicidade hermenêutica do art. 3º da Lei n. 7.347/1985 permite a cumulação das condenações em obrigações de fazer ou não fazer e indenização pecuniária em sede de ação civil pública, a fim de possibilitar a concreta e cabal reparação do dano ambiental pretérito, já consumado. Microsistema de tutela coletiva.

3. *O dano ao meio ambiente, por ser bem público, gera repercussão geral, impondo conscientização coletiva à sua reparação, a fim de resguardar o direito das futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.*

4. *O dano moral coletivo ambiental atinge direitos de personalidade do grupo massificado, sendo desnecessária a demonstração de que a coletividade sinte a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado.*

5. Recurso especial provido, para reconhecer, em tese, a possibilidade de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer, bem como a condenação em danos morais coletivos, com a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que verifique se, no caso, há dano indenizável e fixação do eventual *quantum debeat*.

(REsp n. 1.269.494-MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 24.9.2013, DJe 1º.10.2013)

Administrativo e Processual Civil. Violação do art. 535 do CPC. Omissão inexistente. Ação civil pública. Dano ambiental. Condenação a dano extrapatrimonial ou dano moral coletivo. Possibilidade. Princípio *in dubio pro natura*.

[...]

2. *A Segunda Turma recentemente pronunciou-se no sentido de que, ainda que de forma reflexa, a degradação ao meio ambiente dá ensejo ao dano moral coletivo.*

3. Haveria *contra sensu* jurídico na admissão de ressarcimento por lesão a dano moral individual sem que se pudesse dar à coletividade o mesmo tratamento, afinal, se a honra de cada um dos indivíduos deste mesmo grupo é afetada, os danos são passíveis de indenização.

[...]

(REsp n. 1.367.923-RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 27.8.2013, DJe 6.9.2013)

Civil e Processual Civil. Ação civil coletiva. Interrupção de fornecimento de energia elétrica. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Legitimidade ativa do Ministério Público. Nexos de causalidade. Súmula n. 7-STJ. Dano moral coletivo. Dever de indenizar.

[...]

3. O Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar em defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores. Precedentes do STJ.

[...]

5. *O dano moral coletivo atinge interesse não patrimonial de classe específica ou não de pessoas, uma afronta ao sentimento geral dos titulares da relação jurídica-base.*

6. O acórdão estabeleceu, à luz da prova dos autos, que a interrupção no fornecimento de energia elétrica, em virtude da precária qualidade da prestação do serviço, tem o condão de afetar o patrimônio moral da comunidade. Fixado o cabimento do dano moral coletivo, a revisão da prova da sua efetivação no caso concreto e da quantificação esbarra na Súmula n. 7-STJ.

[...]

(REsp n. 1.197.654-MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 1º.3.2011, DJe 8.3.2012)

Administrativo. Transporte. Passe livre. Idosos. Dano moral coletivo. Desnecessidade de comprovação da dor e de sofrimento. Aplicação exclusiva ao dano moral individual. Cadastramento de idosos para usufruto de direito.

llegalidade da exigência pela empresa de transporte. Art. 39, § 1º do Estatuto do Idoso. Lei n. 10.741/2003 viação não prequestionado.

1. *O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base.*

2. *O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos.*

3. Na espécie, o dano coletivo apontado foi a submissão dos idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício do passe livre, cujo deslocamento foi custeado pelos interessados, quando o Estatuto do Idoso, art. 39, § 1º exige apenas a apresentação de documento de identidade.

4. Conduta da empresa de viação injurídica se considerado o sistema normativo.

5. Afastada a sanção pecuniária pelo Tribunal que considerou as circunstâncias fáticas e probatórias e restando sem prequestionamento o Estatuto do Idoso, mantém-se a decisão.

5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp n. 1.057.274-RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 26.2.2010)

É que o próprio ordenamento jurídico prevê expressamente ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a bens e direitos de diversas categorias, como meio ambiente, consumidor, patrimônio público, histórico e urbanístico ou honra e dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos (art. 1º da Lei n. 7.347/1985). Por outro lado, constitui direito do consumidor, entre outros, a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos (art. 6º, inciso VI, CDC).

A bem da verdade, a jurisprudência reconhece até o dano moral da pessoa jurídica (Súmula n. 227), sem se apegar minimamente a questões relacionadas a dor ou sofrimento psíquico. Tal reconhecimento, como se pode inferir, constitui solução pragmática à recomposição de danos de ordem material de difícil liquidação – em regra, microdanos – potencialmente resultantes do abalo à honra objetiva da pessoa jurídica (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, Tomo I. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004).

Com efeito, parece muito mais palpável do que o dano moral da pessoa jurídica a existência de dano moral coletivo na hipótese de dano a bens ou direitos pertencentes a uma coletividade de pessoas naturais, embora indeterminadas ou mesmo indetermináveis, notadamente em relação ao meio ambiente ou relacionada a direitos do consumidor.

Nesse sentido, como observa autorizada doutrina, no que concerne ao dano moral coletivo,

[...] sua configuração independe de qualquer afetação ou abalo à integridade psicofísica da coletividade e, ainda, que a categoria não se confunde com a indenização por dano moral decorrente de tutela de direito individual homogêneo. A condenação judicial por dano moral coletivo é sanção pecuniária, com caráter eminentemente punitivo, em face de ofensa a direitos coletivos ou difusos nas mais diversas áreas (consumidor, meio ambiente, ordem urbanística etc.).

A indefinição doutrinária e jurisprudencial concernente à matéria decorre da absoluta impropriedade da denominação dano moral coletivo, a qual traz consigo - indevidamente - discussões relativas à própria concepção do dano moral no seu aspecto individual.

[...]

O objetivo da lei, ao permitir expressamente a imposição de sanção pecuniária pelo Judiciário, a ser revertida a fundos nacional e estadual (art. 13 da Lei n. 7.347/1985), foi basicamente de reprimir a conduta daquele que ofende direitos coletivos e difusos. Como resultado necessário dessa atividade repressiva jurisdicional surgem os efeitos - a função do instituto - almejados pela lei: prevenir a ofensa a direitos transindividuais, considerando seu caráter extrapatrimonial e inerente relevância social.

A compreensão acertada do dano moral coletivo vincula-se naturalmente aos direitos metaindividuais e aos respectivos instrumentos de tutela. Requer, ademais, análise funcional do instituto, o qual é multifacetado, ora se aproximando de elementos e noções de responsabilidade civil nas relações privadas, ora aproveitando-se de perspectiva própria do direito penal.

Assim a referência a tópicos da responsabilidade civil nas relações privadas individuais possui, antes de qualquer outro, o objetivo de demonstrar que nem todos os seus elementos podem legitimamente ser transportados para uma adequada definição do dano moral coletivo. De outro lado, o objetivo preventivo-repressivo do direito penal conforma-se mais com o interesse social que está agregado aos direitos difusos e coletivos (BESSA, Leonardo Roscoe. *Dano moral coletivo*. Revista da EMERJ, vol. 10, n. 40, 2007, p. 247-248).

Quanto à possibilidade de dano moral coletivo decorrente de ofensa a direitos individuais homogêneos, uma observação há de ser feita.

Como afirma com absoluta precisão Mazzilli, “o *mesmo interesse* não pode ser simultaneamente difuso, coletivo e individual homogêneo, pois se trata de espécies distintas” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, p. 60).

Bem por isso que doutrina mais que autorizada afirma categoricamente ser “praticamente impossível que a tutela de direitos individuais homogêneos seja acompanhada da reparação pelo dano moral coletivo. Com efeito, se por definição os direitos individuais homogêneos são direitos subjetivos individuais, que podem ser tratados no processo coletivamente, é certo que o dano - moral e mesmo o material - terá que ser apurado individualmente, enquadrando-se na reparação dos danos pessoais, incluindo os morais” (WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Ada Pellegrini Grinover [et al.]. 10 ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 68).

Vale dizer, a violação de direitos individuais homogêneos não pode, ela própria, desencadear um dano que também não seja de índole individual, porque essa separação faz parte do próprio conceito dos institutos.

Porém, coisa diversa consiste em reconhecer, como antes já afirmado, situações jurídicas das quais decorrem, simultaneamente, violação de direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos. Havendo múltiplos fatos, nada impede que se reconheça, ao lado do dano individual, também aquele de natureza coletiva.

Na mesma linha de raciocínio, é imaginável também que, de danos individuais homogêneos em escala ampliada possam decorrer danos difusos. Tal circunstância ocorre no exemplo doutrinário da poluição de um açude que atinge concretamente diversas pessoas que fizeram uso de sua água (direito individual homogêneo). Contudo, é possível imaginar que, em razão do número de indivíduos contaminados, esse fato pode sobrecarregar o sistema de saúde local, com acréscimo de gastos de recursos estatais e, de resto, um prejuízo difuso à toda coletividade que depende daquele serviço público (direito difuso).

Com os mesmos contornos do exemplo acima citado, são as conhecidas situações de danos ambientais dos quais resultam danos individuais a trabalhadores ou pescadores de determinada localidade. Nesse caso, há na origem um dano ambiental (direito difuso), do qual resulta violação a direitos individuais homogêneos (danos a trabalhadores/pescadores), dos quais,

finalmente, pode resultar impacto no sistema previdenciário ou em fundos públicos.

A propósito, foi aprovado o Enunciado n. 456 nas Jornadas de Direito Civil CJF/STJ, com o seguinte teor: “A expressão ‘dano’ no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas”.

7. Retomando o caso concreto, muito embora possa se afirmar cabível o dano moral coletivo como categoria autônoma de dano, a qual não se relaciona necessariamente com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), na hipótese em julgamento não vislumbro os mencionados danos coletivos, difusos ou sociais, porém, por fundamento distinto daquele invocado pelo acórdão recorrido.

A causa de pedir hospeda-se em uma específica cláusula contratual que restringia, indevidamente, a cobertura de próteses cardíacas, quando, na verdade, o próprio procedimento cirúrgico era coberto pelo plano.

Porém, dessa cláusula ilegal não decorreram outras consequências lesivas além daquelas experimentadas por quem, concretamente, teve o tratamento embaraçado ou por aquele que desembolsou os valores ilicitamente sonegados pelo plano.

Os mencionados prejuízos dizem respeito a direitos individuais homogêneos, os quais só rendem ensejo a condenações reversíveis a fundos públicos na hipótese da *fluid recovery*, prevista no art. 100 do CDC.

Não se vislumbra dano de ordem coletiva - cujas vítimas seriam os atuais contratantes do plano -, tampouco de ordem difusa - os indetermináveis futuros contratantes do plano de saúde.

Na verdade, a cláusula contratual restritiva permanece inoperante até que algum contratante venha a pleitear o serviço por ela excluído. Antes disso, é mera previsão contratual abstrata, incapaz de gerar qualquer efeito fora da idealização normativa avençada.

Aplica-se a antiga - e cotidianamente repetida - ideia segundo a qual a responsabilidade civil requer, de regra, ilegalidade da conduta (salvo exceções de responsabilização por ato lícito), dano e nexos causal.

Se é certo que a cláusula contratual em apreço constitui reconhecida ilegalidade, não é menos certo que nem toda ilegalidade se mostra apta a gerar dano, circunstância essa que se faz presente no caso em exame.

8. Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial, mantendo o acórdão recorrido por fundamentos diversos.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Sr. Presidente, cumprimento o Ministro Relator pelo minucioso voto. Reservo-me para apreciar essa tormentosa questão do dano moral coletivo em outras situações. Penso que merece distinções.

Na situação em concreto, nego provimento ao recurso especial, acompanhando o voto do Ministro Relator.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

Ada Pellegrini Grinover

1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORDADAS NO ACÓRDÃO

Na ação civil pública em tela, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou demanda coletiva visando à condenação de Plano de Assistência Complementar a a) obrigação de fazer, consistente na reformulação de cláusula constante de contrato-padrão excludente da cobertura de implante de prótese cardíaca; b) pagamento de indenização aos consumidores pelos danos resultantes da negativa, a ser apurado em liquidação; c) pagamento da quantia de R\$100.000,00, a título de danos morais coletivos, a ser revertida ao Fundo Municipal de Direitos do Consumidor.

A principal questão jurídica enfrentada pelo Acórdão em comento consistiu em saber se poderiam se cumular, na mesma demanda, os pedidos atinentes à defesa de interesses coletivos e difusos (alíneas a) e c) supra) com os vertentes sobre a defesa de interesses individuais homogêneos (alínea b) supra). Por outro lado, o julgado também examina o cabimento de condenação por dano moral coletivo, como categoria autônoma de dano, que não se relaciona necessariamente.

2. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

O Acórdão distingue corretamente a tutela dos interesses coletivos e difusos da tutela dos interesses individuais homogêneos, nos termos previstos no Código de Defesa do Consumidor, reconhecendo no caso a situação jurídica da qual decorrem, simultaneamente, violação de direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos. E assevera que nada impede que, havendo múltiplos fatos ou múltiplos danos, é de se reconhecer, ao lado do dano individual, também aquele de natureza coletiva. Em relação ao dano moral coletivo, embora reconheça a possibilidade de sua existência, em tese, como categoria autônoma, não relacionada necessariamente com os tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), nega o Acórdão que da cláusula ilegal que restringia indevidamente a cobertura de prótese cardíaca decorressem outras consequências lesivas além daquelas experimentadas individualmente. E, em relação aos interesses individuais homogêneos, afirma só renderem ensejo a condenações reversíveis a fundos públicos na hipótese do *fluid recovery* do art. 100 do CDC.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Acórdão reconhece corretamente que, na mesma demanda, se possam cumular pedidos atinentes à tutela de interesses coletivos e difusos, de um lado, e individuais homogêneos, do outro. E inaugura uma nova terminologia para o fenômeno que, no processo individual, é conhecido como “cumulação de pedidos”, denominando-o criativamente, para o processo coletivo, de “tutela híbrida”.

No entanto, reconduzir o pedido de condenação por dano moral coletivo à hipótese do art.100 do CDC é uma indevida extrapolação. Pelo relatório, verifica-se que não foi este o pedido. O pedido foi de reparação do dano moral coletivo, que o próprio STJ tem reconhecido quando existe relevância social, ou seja quando a transgressão seja de razoável significância e desborde o limite de tolerabilidade (v.g., REsp 1.291.213/SC, Relator Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. em 30/08/2012, DJe 25/09/2012) . A invocação do art. 100 do CDC, como fundamento para a negativa, não correspondeu ao pedido, formulado como reparação de dano moral coletivo. A improcedência deste pedido só poderia ter como fundamento a eventual inexistência de atentado de monta aos interesses dos consumidores, no caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.293.606 – MG (2011/0272086-7), Quarta Turma. Relator: Min. Luís Felipe Salomão, Julgado em 02/09/2014

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.291.213/SC, Relator Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. em 30/08/2012, DJe 25/09/2012