

SiqueiraCastro*

AÇÃO COLETIVA

Data de Criação: 06/04/2020

Criado por: Biblioteca SP

Os artigos reproduzidos neste clipping de notícias são, tanto no conteúdo quanto na forma, de inteira responsabilidade de seus autores. Não traduzem, por isso mesmo, a opinião legal ou manifestação de integrante da SiqueiraCastro.

Sumário das

Matérias:

<u>Os painéis do CNJ e os dados da efetividade das ações coletivas no Brasil</u>	
Conjur.....	01
<u>Não há prazo determinado para ajuizar ação coletiva de consumo</u>	
Conjur.....	08
<u>Não há prazo determinado para ajuizamento de ação coletiva de consumo, decide STJ</u>	
STJ.....	10
<u>Ônus da prova nas ações coletivas</u>	
Jus Navegandi.....	15
JULGADOS	
<u>Ação civil pública é julgada improcedente por ausência de dano coletivo.</u>	
TRT1.....	44
<u>Não há prazo determinado para ajuizamento de ação coletiva de consumo, decide Terceira Turma</u>	
STJ.....	46
<u>As associações possuem legitimidade para defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, independentemente de autorização expressa dos associados</u>	
STJ.....	49
<u>Os efeitos da sentença nas ações coletivas</u>	
TJFD.....	54
<u>Overruling: STJ reanalisa prazo para ação coletiva de consumo</u>	
STJ.....	55

Os painéis do CNJ e os dados da efetividade das ações coletivas no Brasil

20 de março de 2019, 7h07

Por Hermes Zaneti Jr. e Daniela Bermudes Lino

A mudança de uma visão de mundo antropocêntrica para uma datacêntrica não será meramente uma revolução filosófica. Será uma revolução prática (...) Ideias só mudam o mundo quando mudam o nosso comportamento.”

(Yuval Noah Harari)[\[1\]](#)

A pesquisa empírica é, por definição, aquela que lida com os dados quantitativos e qualitativos[\[2\]](#). Atualmente, as informações quantitativas e qualitativas sobre os processos em trâmite no Poder Judiciário podem ser buscadas através das ferramentas disponibilizadas publicamente pelo Conselho Nacional de Justiça. No relatório *Justiça em Números*, é possível fazer um levantamento por classe e assunto de todos os processos que tramitam e tramitaram no Poder Judiciário brasileiro a partir do ano de 2014[\[3\]](#).

O advento do *Justiça em Números* permitiu à sociedade brasileira acompanhar o desempenho, os custos e os recursos dispendidos com o sistema de Justiça, o que representou uma verdadeira revolução silenciosa de transparência e permitiu o acesso aos dados.

Uma informação ainda pouco explorada na comunidade jurídica refere-se aos números de processos no Judiciário.

Desde 2004, o CNJ publica o relatório *Justiça em Números*[\[4\]](#), que informa e divulga a realidade dos tribunais brasileiros. O que poucos perceberam é que os dados dos processos no Judiciário não se limitam a essa pesquisa anual, mas estão publicados em painel da rede para todos que queiram entender mais sobre o funcionamento da Justiça brasileira.

Esse sistema de dados é fundamental para os casos dos processos coletivos das ações coletivas *lato sensu*[\[5\]](#).

No Brasil, a doutrina comumente reproduziu a afirmação de que “as ações coletivas não deram certo entre nós”. Essa afirmação foi se repetindo em completo desconhecimento sobre os dados das ações coletivas. Não buscamos confirmar as hipóteses acadêmicas a partir de perguntas sobre quantidade, tempo de tramitação ou resultado das demandas coletivas.

Essas respostas podem começar a abrir caminhos mais claros em que a correlação entre as hipóteses acadêmicas e os dados facilitem a discussão sobre estratégias para efetividades das ações coletivas no Brasil. Esse tipo de pesquisa já tem pautado as discussões sobre técnicas coletivas na Europa[\[6\]](#) e no Canadá[\[7\]](#). Inevitavelmente, essa

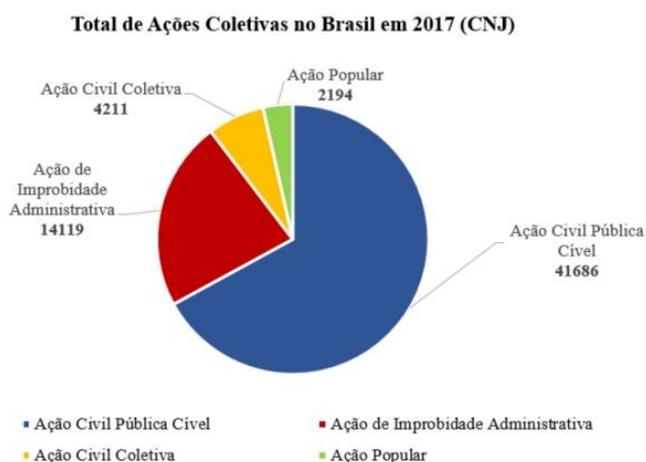
abordagem de dados passará, aos poucos, a ingressar o cotidiano dos debates em torno das ações coletivas.

No painel *Justiça em Números* do CNJ, podemos identificar a quantidade de ações coletivas que ingressam no Poder Judiciário anualmente, inclusive com detalhamento do número de ações coletivas por tribunal.

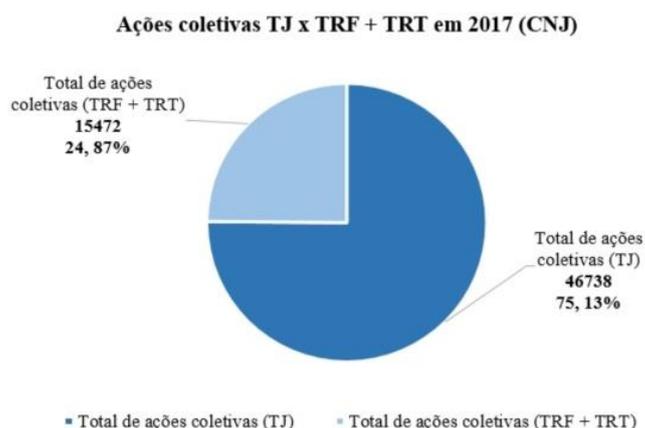
Para demonstrar os números das ações coletivas, é possível utilizar a taxonomia unificada do CNMP/CNJ, a partir dos números das classes: ação civil pública (65), ação popular (66), ação civil coletiva (63) e ação de improbidade administrativa (64). As classificações são artificiais, criadas pela taxonomia, logo não nos cabe, na brevidade deste ensaio, criticar as escolhas feitas pela comissão responsável. O conteúdo das classes pode ser consultado no glossário disponível nos sites do CNJ e do CNMP.

Iremos tratar das ações coletivas que ingressaram no Judiciário em 2017, parâmetro que escolhemos para ser coerente com relatórios como o *Justiça em Números* e *MP: um retrato*, que ainda não divulgaram o relatório anual sobre 2018.

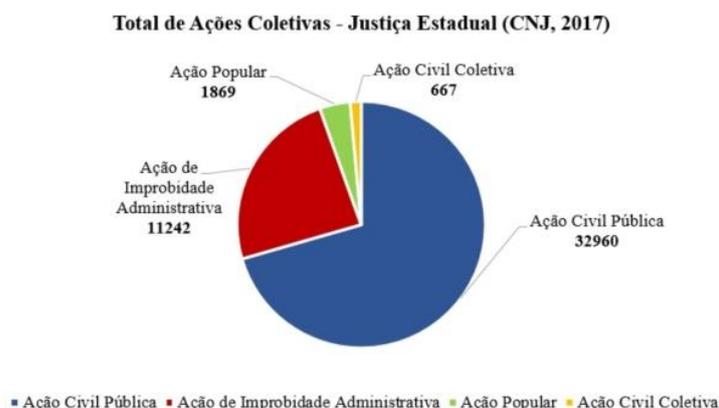
Apenas em 2017, ingressaram no Judiciário 62.210 ações coletivas[8], sendo 41.686 ações civis públicas, 14.119 ações de improbidades administrativa, 4.211 ações civis coletivas e 2.194 ações populares.



Desse total de ações coletivas, 46.738 (75,13%) ingressaram na Justiça estadual (TJs) e 15.472 (24,87%) ingressaram na Justiça Federal e na Justiça do Trabalho (TRFs e TRTs).

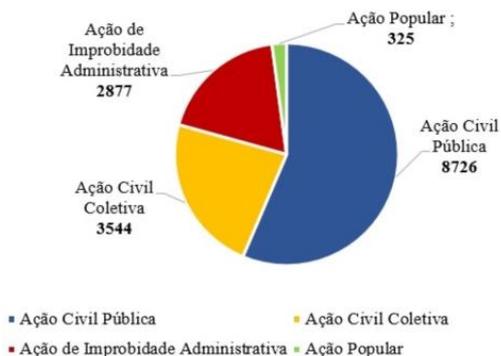


Na Justiça estadual[9], ingressaram, em 2017, 32.960 ações civis públicas, 11.242 ações de improbidade administrativa, 1.869 ações populares e 667 ações civis coletivas. Esses dados ainda podem ser filtrados por estado. Para ficar em um exemplo, no Espírito Santo, que é um estado territorialmente pequeno e de baixa densidade populacional, ingressaram no Judiciário estadual 1.565 ações civis públicas, 201 ações de improbidade administrativa e 63 ações populares.

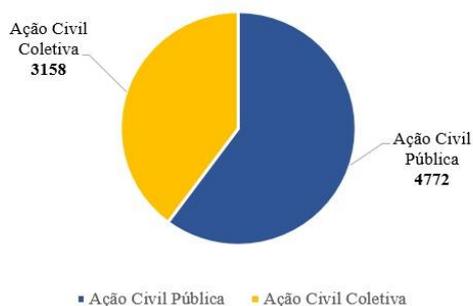


Já na Justiça Federal e Justiça do Trabalho, ingressaram, em 2017, 8.726 ações civis públicas, 2.877 ações de improbidade administrativa, 3.544 ações civis coletivas e 325 ações populares. Desse conjunto numérico, 4.772 ações civis públicas e 3.158 ações civis coletivas nos TRTs e 3.954 ações civis públicas, 2.877 ações de improbidade administrativa, 386 ações civis coletivas e 325 ações populares dos TRFs[10].

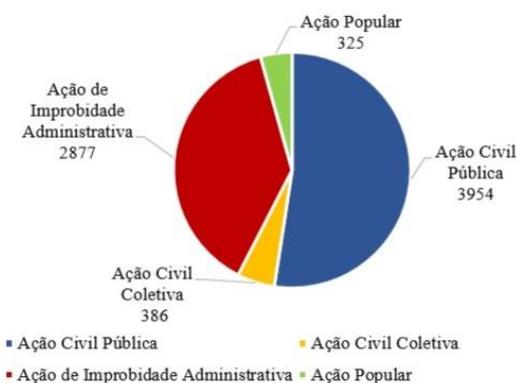
Justiça Federal e Justiça do Trabalho (CNJ, 2017)



Justiça do Trabalho (CNJ, 2017)

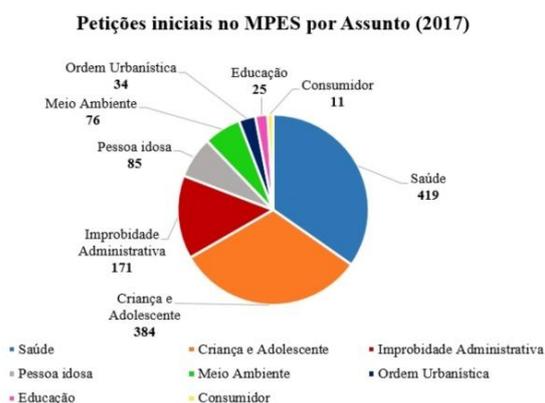


Justiça Federal (CNJ, 2017)



Além do painel do CNJ, é relevante que esses dados sejam oferecidos também nos ministérios públicos. Como exemplo, no painel do Ministério Público do Espírito Santo, é possível cruzar o movimento (ajuizamento de ação – petição inicial), com a classe (procedimento) em que a ação foi ajuizada (inquéritos civis, procedimentos preparatórios, procedimentos administrativos) e, ainda, com o assunto da ação coletiva (saúde, improbidade administrativa, pessoa idosa, meio ambiente, ordem urbanística).

A correlação entre essas informações permite calcular dados sobre ajuizamento de ações coletivas por assunto. No MP-ES, em 2017, foram ajuizadas pelo menos 419 ações civis em saúde, 384 em matéria de direito da criança e do adolescente, 171 em improbidade administrativa, 85 sobre pessoa idosa, 76 de meio ambiente, 34 de ordem urbanística, 25 em educação e 11 em Direito do Consumidor. Não necessariamente essas ações serão coletivas, mas uma filtragem a partir da classe inquérito civil e procedimento preparatório, que são procedimentos voltados para tutela coletiva, permite trazer dados mais confiáveis visto que pela normatização dos procedimentos apenas os procedimentos administrativos poderiam resultar em “ações civis públicas” (*sic*) para tutela de direitos individuais indisponíveis. Além disso, recentemente implementou-se no sistema do MP-ES a necessidade de informar se o procedimento é para tutela de direito individual ou coletivo. Esse novo botão de controle permitirá uma filtragem mais precisa.



O próximo passo para resultados melhores seria buscar a correlação entre dados no CNJ e Ministério Público, mas isso exigiria o aprimoramento dessas plataformas.

Um exemplo pode ser dado a partir do número de ações de improbidade administrativa. Segundo o CNJ, ingressaram, em 2017, no Espírito Santo, 201 ações de improbidade administrativa. Já os dados do MP-ES registraram 171 ações de improbidade administrativa. Essa diferença de 30 ações permitiria trabalhar com três hipóteses: a) problema na pesquisa, como má alimentação (erro humano); b) o eventual ajuizamento de ação de improbidade administrativa sem a instauração de procedimento extrajudicial; ou, ainda, c) o ajuizamento de ações de improbidade pela própria pessoa jurídica interessada, na qual o Ministério Público atuaria apenas como fiscal do ordenamento jurídico. A análise de alguns procedimentos e ações em concreto poderia confirmar ou infirmar essas hipóteses (*sampling method*/ método por amostragem)[11].

Há ainda mais um passo possível no painel do MP-ES: o cruzamento desses resultados — por exemplo, as 171 ações de improbidade — com os resultados das sentenças, identificáveis a partir da seleção de movimentos (sentenças favoráveis, desfavoráveis, parcialmente favoráveis etc). Também a análise por amostragem pode infirmar ou confirmar esses resultados[12].

Sem a pretensão de esgotar as possíveis análises que podem ser feitas a partir dessa pesquisa, a pretensão aqui foi inaugurar o debate e sensibilizar a comunidade jurídica sobre a importância da era dos dados para o Direito. Essa é apenas uma primeira percepção, numérica, sobre a análise das ações coletivas a partir de dados. Esses parâmetros podem ser utilizados para construir os novos rumos para efetividade da tutela coletiva em território brasileiro.

Há muito pela frente. Algumas sugestões podem melhorar a pesquisa de dados dos processos do Judiciário (em especial as ações coletivas) e, da mesma forma, podemos começar a nos preparar para os novos rumos dessa pesquisa:

- a taxonomia das tabelas unificadas CNJ/CNMP é fundamental. Uma boa alimentação dessas informações pelo Judiciário e pelos MPs poderá representar um ganho quantitativo, mas também qualitativo. Com dados poderemos evitar ajuizamento de ações desnecessárias e demonstrar a efetividade das ações ajuizadas;
- a taxonomia pode ser melhorada. Por exemplo, marcar as ações coletivas dentro de uma classe específica, evitando que ações com nome de ação civil pública, mas que são individuais, fossem consideradas para fins de coleta de dados. Embora isso já tenha sido resolvido em parte pelo Ministério Público com a disciplina dos procedimentos administrativos, o problema não foi eliminado e a questão do erro humano acaba sendo potencializada pela confusão terminológica;
- devemos evoluir nas ferramentas de pesquisa a partir do cruzamento de informações. Os painéis do CNJ apresentam algumas dificuldades de leitura, por exemplo, não foi possível, pelo menos até agora, obter um cruzamento dos dados de assunto e classe (ações coletivas por matéria). No MP-ES, esse cruzamento é possível, como foi demonstrado — assunto, movimento e classe podem ser combinados;
- para os novos rumos da pesquisa sobre a efetividade das ações coletivas, agora é importante, para além dos números, buscar dados sobre os resultados das ações coletivas, tempo de tramitação, eventualmente, número de membros do grupo. Claro que algumas dessas questões exigiria mudanças das ferramentas de alimentação de dados e de pesquisa, mas isso seria uma segunda etapa;
- no painel do CNJ, não conseguimos relacionar o movimento da classe (ação civil pública, por exemplo) com o movimento (procedência, improcedência etc.). No painel do MP-ES, esse cruzamento de dados é possível e permite-se a identificação, por assunto, das sentenças favoráveis, desfavoráveis ou parcialmente favoráveis ao MP do Espírito Santo.

Assim, começamos a dar os passos para sair do escuro. Os dados estão aparecendo e essas tabelas podem ser aplicadas rigorosamente a quaisquer movimentações processuais, classes e assuntos previstos na árvore taxonômica do CNJ/CNMP que traduz grande parte do que existe hoje no ordenamento jurídico brasileiro.

A perfeição não é humana, mas os *dados* agora permitem ao homem um pouco mais de clarividência, começamos a sair da caverna. O objetivo: um sistema de Justiça melhor.

Este trabalho é fruto das pesquisas realizadas pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Espírito Santo (Ceaf/MPES) e pelo Núcleo de Direito Processual (Nuproc/MPES). O diagnóstico foi proposto como um painel de BI (Business Intelligence) para o Prêmio CNMP 2019 de iniciativas do Ministério Público brasileiro. O Ministério Público do Espírito Santo está focado na atualização das ferramentas de gestão e eficiência da atividade fim. Constituiu a Assessoria de Gestão Estratégica, ligada ao gabinete do procurador-geral de Justiça, para o fomento de inovação na atividade ministerial

[1] HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus. Uma Breve História do Amanhã*. Trad. Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 392.

[2] EPSTEIN, Lee; KING, Gary. The Rules of Inference. *The University of Chicago Law Review*. Volume 69/2002 Number 1, p. 1.

[3] Todos os painéis no link: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/paineis>.

[4] Segundo a plataforma do CNJ: *Justiça em Números* (<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/paineis>).

[5] A classificação da doutrina pode variar. Para um aprofundamento bibliográfico e uma melhor compreensão das questões teóricas ligadas ao tema, sugiro a leitura de DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 13^a ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

[6] HODGES, Christopher; VOET, Stefaan. *Delivering Collective Redress. New Technologies*. Oxford: Hart, 2018.

[7] KALAJDZIC, Jasminka. *Class Actions In Canada. The Promise and Reality of Access to Justice*. Vancouver/Toronto: UBC Press/Law and Society, 2018. Table 1, entre 2007-2016, em Ontario e British Columbia a soma dos casos indica um total de 478 casos novos ajuizados.

[8] A aba Classe e Assunto fornece a quantidade de processos ingressados em cada classe e em cada assunto das tabelas processuais unificadas, por ano — casos novos por instância. BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Manual de Pesquisa: Painéis de Consulta aos dados dos Sistemas Justiça em Números e Módulo de Produtividade Mensal*, 2017, p. 19-23.

[9] O termo “Justiça estadual” corresponde ao volume total de ações ajuizadas em primeiro e segundo grau. Observou-se, até mesmo em razão das regras de competência, que o volume é muito superior em primeiro grau, praticamente todas as ações.

[10] Ver a nota acima. A terminologia considera a estrutura do tribunal, portanto, esses volumes referem-se às ações ajuizadas no âmbito daquele tribunal, ainda que em primeiro grau.

[11] JAIN, R.B.. Sampling Method In Legal Research. In: *Journal of the Indian Law Institute*, vol. 24, n. 2/3, april-september, 1982, p. 678-691.

[12] Este trabalho já está sendo desenvolvido em uma pesquisa específica pelo Ceaf,

Nuproc e CADP (Centro de Apoio Operacional de Defesa do Patrimônio Público) do MP-ES.

Hermes Zaneti Jr. é promotor de Justiça no Espírito Santo e professor adjunto de Direito Processual Civil na Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes). Pós-doutor pela Università degli Studi di Torino (Itália) e doutor em Teoria e Filosofia do Direito pela Università degli Studi di Roma Tre (Itália) e em Direito Processual pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Coordenador do Grupo de Pesquisa Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo, vinculado à Ufes.

Daniela Bermudes Lino é assessora técnica do Ministério Público do Espírito Santo, mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes) e pesquisadora vinculada ao Grupo de Pesquisa Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo, vinculado à Ufes, e ao Laboratório de Processo e Constituição (Laprocon).

Revista **Consultor Jurídico**, 20 de março de 2019, 7h07

<https://www.conjur.com.br/2019-mar-20/opiniao-dados-efetividade-acoes-coletivas-brasil>

Não há prazo determinado para ajuizar ação coletiva de consumo

12 de dezembro de 2019, 10h06

A ação coletiva de consumo não se sujeita ao prazo prescricional de cinco anos fixado na Lei 4.717/1965. Para a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, não há prazo para o exercício do direito subjetivo público e abstrato de agir relacionado ao ajuizamento desse tipo de ação.



Segundo a 3ª Turma do STJ, prazo de cinco anos da Lei de Ação Popular não se aplica às ações coletivas de consumo *Reprodução*

A relatora do caso julgado, ministra Nancy Andrighi, afirmou que o direito público subjetivo e processual de ação deve ser considerado, em si, imprescritível, haja vista ser sempre possível requerer a manifestação do Estado sobre um determinado direito e obter a prestação jurisdicional, mesmo que ausente o direito material.

Nancy Andrighi explicou que, embora a jurisprudência do STJ aplique por analogia o prazo de cinco anos do artigo 21 da Lei da Ação Popular para a ação coletiva de consumo, por não existir na Lei da Ação Civil Pública prazo expresso para o exercício dessa modalidade de direito subjetivo público, o emprego da analogia é indevido, em razão da disparidade de objetos e causas de pedir de cada uma dessas ações.

Para Nancy Andrighi, a Lei 4.717/1965 dispõe expressamente em seu artigo 1º que o objetivo da ação popular é a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público em sentido amplo, constatado a partir dos vícios enumerados no artigo 2º.

Já as ações coletivas de consumo atendem a um espectro de prestações de direito material muito mais amplo, podendo não só anular ou declarar a nulidade de atos, como também determinar outras providências capazes de propiciar a adequada tutela dos consumidores, nos termos do artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor.

"É, assim, necessária a superação (overruling) da atual orientação jurisprudencial desta corte, pois não há razão para se limitar o uso da ação coletiva ou desse especial procedimento coletivo de enfrentamento de interesses individuais homogêneos, coletivos em sentido estrito e difusos, sobretudo porque o escopo desse instrumento processual é o tratamento isonômico e concentrado de lides de massa relacionadas a

questões de direito material que afetem uma coletividade de consumidores, tendo como resultado imediato beneficiar a economia processual", afirmou a relatora.

De acordo com a ministra, "submeter a ação coletiva de consumo a prazo determinado tem como única consequência impor aos consumidores os pesados ônus do ajuizamento de ações individuais, em prejuízo da razoável duração do processo e da primazia do julgamento de mérito, princípios expressamente previstos no atual Código de Processo Civil em seus artigos 4º e 6º, respectivamente, além de prejudicar a isonomia, ante a possibilidade de julgamentos discrepantes". *Com informações da Assessoria de Imprensa do STJ.*

REsp 1.736.091

Revista **Consultor Jurídico**, 12 de dezembro de 2019, 10h06

<https://www.conjur.com.br/2019-dez-12/nao-prazo-determinado-ajuizar-acao-coletiva-consumo>

Não há prazo determinado para ajuizamento de ação coletiva de consumo, decide STJ

| 30/DEZ/2019

Fonte: STJ - Superior Tribunal de Justiça

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu, por unanimidade, que a ação coletiva de consumo não se sujeita ao prazo prescricional de cinco anos fixado na Lei 4.717/1965. Para o colegiado, não há prazo para o exercício do direito subjetivo público e abstrato de agir relacionado ao ajuizamento desse tipo de ação, o que afasta a aplicação analógica do artigo 21 da Lei da Ação Popular.

A relatora do caso julgado, ministra Nancy Andrighi, explicou que o exame da questão demanda a distinção conceitual entre os institutos do direito subjetivo, da pretensão e do direito de ação, esclarecendo que a prescrição se relaciona ao exercício da pretensão, e não ao direito público subjetivo e processual de agir – que, por ser abstrato, não se submete às consequências da inércia e da passagem do tempo nos mesmos moldes da pretensão.

A ministra afirmou que o direito público subjetivo e processual de ação deve ser considerado, em si, imprescritível, haja vista ser sempre possível requerer a manifestação do Estado sobre um determinado direito e obter a prestação jurisdicional, mesmo que ausente o direito material.

Propaganda enganosa

O Ministério Público de Pernambuco ajuizou ação coletiva de consumo para questionar a venda de suplemento alimentar sem registro na Anvisa e a prática de propaganda enganosa, em virtude de o produto ser apresentado ao público consumidor como se possuísse propriedades medicinais.

A sentença, confirmada em segunda instância, condenou o laboratório a não mais ofertar suplementos alimentares sem autorização da Anvisa, não mais realizar publicidade enganosa ou abusiva, compensar danos morais coletivos – no valor de R\$ 100 mil – e reparar os danos morais e materiais experimentados individualmente pelos consumidores, conforme apuração em liquidação de sentença.

No STJ, o recorrente alegou que a denúncia ocorreu em 2003, e a ação coletiva somente foi ajuizada em 2009, mais de cinco anos após a configuração da lesão, o que levaria à prescrição da ação coletiva.

Direito imperecível

A relatora disse que o direito de agir é fruto do monopólio estatal do uso da força legítima e da vedação da autotutela, e representa a provocação ao Estado para que, por meio do Poder Judiciário, saia de sua imobilidade e se manifeste sobre o direito aplicável à relação jurídica deduzida em juízo.

"O direito de obter do Estado uma manifestação jurisdicional é imperecível, de forma que o máximo que pode ocorrer é a impossibilidade da satisfação de uma determinada pretensão por meio de um específico procedimento processual, ante a passagem do

tempo qualificada pela inércia do titular, apta a caracterizar a preclusão, a qual, todavia, por si só, não impossibilita o uso abstrato da específica ação ou procedimento", afirmou.

Jurisprudência

Nancy Andrighi explicou que, embora a jurisprudência do STJ aplique por analogia o prazo de cinco anos do artigo 21 da Lei da Ação Popular para a ação coletiva de consumo, por não existir na Lei da Ação Civil Pública prazo expresso para o exercício dessa modalidade de direito subjetivo público, o emprego da analogia é indevido, em razão da disparidade de objetos e causas de pedir de cada uma dessas ações.

Para Nancy Andrighi, a Lei 4.717/1965 dispõe expressamente em seu artigo 1º que o objetivo da ação popular é a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público em sentido amplo, constatado a partir dos vícios enumerados no artigo 2º.

Já as ações coletivas de consumo atendem a um espectro de prestações de direito material muito mais amplo, podendo não só anular ou declarar a nulidade de atos, como também determinar outras providências capazes de propiciar a adequada tutela dos consumidores, nos termos do artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor.

Economia processual

"É, assim, necessária a superação (overruling) da atual orientação jurisprudencial desta corte, pois não há razão para se limitar o uso da ação coletiva ou desse especial procedimento coletivo de enfrentamento de interesses individuais homogêneos, coletivos em sentido estrito e difusos, sobretudo porque o escopo desse instrumento processual é o tratamento isonômico e concentrado de lides de massa relacionadas a questões de direito material que afetem uma coletividade de consumidores, tendo como resultado imediato beneficiar a economia processual", afirmou a relatora.

De acordo com a ministra, "submeter a ação coletiva de consumo a prazo determinado tem como única consequência impor aos consumidores os pesados ônus do ajuizamento de ações individuais, em prejuízo da razoável duração do processo e da primazia do julgamento de mérito, princípios expressamente previstos no atual Código de Processo Civil em seus artigos 4º e 6º, respectivamente, além de prejudicar a isonomia, ante a possibilidade de julgamentos discrepantes".

Termo inicial

Segundo Nancy Andrighi, mesmo que houvesse previsão legal de prazo para o ajuizamento de ações coletivas de consumo, o direito discutido no caso concreto não teria sido fulminado pela passagem do tempo.

Ela explicou que, pelo viés objetivo da teoria da actio nata, a prescrição começa a ser contada com a violação do direito, assim que a prestação se tornar exigível. Por outro lado, segundo a vertente subjetiva da actio nata, a contagem do prazo prescricional exige a efetiva inércia do titular do direito.

A relatora destacou que a jurisprudência do tribunal entende que a aplicação da actio nata sob a vertente subjetiva é excepcional, cabível apenas nos ilícitos extracontratuais, como no caso em exame.

Ao manter o acórdão do TJPE, a ministra observou que, por se tratar de ilícito extracontratual, o prazo prescricional somente deve ser contado a partir do efetivo conhecimento de todos os elementos da lesão.

Nancy Andrichi destacou que o TJPE concluiu que somente ao final do inquérito civil o Ministério Público se convenceu da natureza enganosa da publicidade, devendo ser esse o marco inicial de contagem do prazo, nos termos da teoria subjetiva da actio nata. Para a ministra, portanto, rever esse posicionamento demandaria o reexame de fatos e provas, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.736.091 - PE (2017/0304773-5)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : SUPLAN LABORATÓRIO DE SUPLEMENTOS ALIMENTARES LTDA

ADVOGADOS : CLOVYS BOHRER JÚNIOR E OUTRO(S) - RS056685

THALITA JULIANE COSTA CARVALHO - PE023150

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

INTERES. : VITAM-NAT PRODUTOS NATURAIS E INTEGRAIS LTDA – ME

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE

DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO

INDICAÇÃO. SÚMULA 284/STF. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. SUJEIÇÃO À

PASSAGEM DO TEMPO. APURAÇÃO CONCEITUAL. DIREITO SUBJETIVO

PRETENSÃO. DIREITO ABSTRATO DE AÇÃO. TEORIA DA ACTIO NATA. VIÉS

SUBJETIVO. ILÍCITO EXTRA CONTRATUAL. EFETIVA POSSIBILIDADE DE

EXERCÍCIO DA PRETENSÃO. CONHECIMENTO DOS ELEMENTOS DA LESÃO E

DO DANO.

1. Ação coletiva de consumo por meio da qual questiona a venda de suplemento alimentar sem registro na ANVISA e a prática de propaganda enganosa, em virtude de o produto ser apresentado ao público consumidor como se possuísse propriedades medicinais.
2. O propósito recursal consiste em determinar se: a) ocorreu negativa de prestação jurisdicional; b) existe prazo para o ajuizamento de ação coletiva de consumo e c) se, na hipótese concreta, o pedido de instauração de inquérito civil representou marco apto a autorizar o início do fluxo de lapso temporal para o exercício do direito processual ou do direito material.
3. Recurso especial interposto em: 09/08/2016; conclusão ao Gabinete em: 11/01/2018; aplicação do CPC/15.
4. A ausência de expressa indicação de obscuridade, omissão ou contradição nas razões recursais enseja o não conhecimento do recurso especial.
5. O direito subjetivo é a extensão prática, concreta e de direito material da previsão genérica do direito objetivo que define a possibilidade de um

indivíduo exigir de outro um certo agir, pressupondo, pois, a intersubjetividade.

7. A pretensão, que também pertence ao direito material, está ligada intimamente à responsabilidade (haftung), se relacionando à exigibilidade da prestação.

8. O direito subjetivo nasce com o estabelecimento da relação jurídica, com a previsão com base no direito objetivo do nascimento dos feixes obrigacionais, ao passo que a pretensão somente surge no momento em que a prestação, decorrente do direito subjetivo, passa a ser exigível, com sua violação.

9. No Estado Democrático de Direito, em virtude do monopólio estatal da violência, há o desdobramento do direito de ação, e a conseqüente a previsão de um direito processual e abstrato de agir de titularidade de qualquer sujeito e que é dirigido ao Estado, para a obtenção da prestação jurisdicional.

10. O direito público subjetivo e processual de ação deve ser considerado, em si, imprescritível, haja vista ser sempre possível requerer a manifestação do Estado sobre um determinado direito e obter a prestação jurisdicional, mesmo que ausente, por absoluto, o direito material.

11. O máximo que pode que ocorrer é a impossibilidade da satisfação de uma determinada pretensão por meio de um específico procedimento processual, ante a passagem do tempo qualificada pela inércia do titular, caracterizadora da preclusão, o que, todavia, não impossibilita, em absoluto, o uso da específica ação ou procedimento.

12. A ação do tempo somada à inércia do titular tem, portanto, em regra, relação unicamente com a pretensão de direito material.

13. Pelo viés objetivo da teoria da actio nata, a prescrição começa a correr com a violação do direito, assim que a prestação se tornar exigível.

14. Por outro lado, segundo a vertente subjetiva da actio nata, a contagem do prazo prescricional exige a efetiva inércia do titular do direito, a qual somente se verifica diante da inexistência de óbices ao exercício da pretensão e a partir do momento em que o titular tem ciência inequívoca do dano, de sua extensão, e da autoria da lesão. 15. Segundo a jurisprudência desta Corte, a aplicação da actio nata sob a vertente subjetiva é excepcional, somente cabível nos ilícitos extracontratuais. Precedentes.

16. Embora o inquérito civil tenha por objetivo apurar indícios para dar sustentação a uma eventual ação coletiva, a fim de que não se ingresse em demanda por denúncia infundada, sua instauração não é obrigatória, podendo o autor coletivo pela presença de elementos suficientes para o imediato exercício do direito de ação. Precedentes. 16. Na hipótese concreta, o Tribunal de origem concluiu que somente ao final do inquérito civil o Ministério Público se convenceu da natureza enganosa da publicidade. Assim, rever esse posicionamento demandaria o reexame de fatos e provas, vedado pela Súmula 7/STJ

17. Ademais, como se trata de ilícito extracontratual, o termo inicial do prazo prescricional somente é contabilizado a partir do efetivo conhecimento de todos os elementos da lesão, por aplicação da teoria da actio nata sob viés subjetivo, da forma como concluiu o Tribunal de origem.

18. Recurso especial parcialmente conhecido e, no ponto, não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nesta parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 14 de maio de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Relatora

Fonte: STJ - Superior Tribunal de Justiça

Ônus da prova nas ações coletivas

[Thomaz Corrêa Farqui](#)

Publicado em 07/2019. Elaborado em 06/2019.

As ações coletivas acompanham, na maior parte das vezes, as regras gerais do ônus da prova, inclusive as divergências a respeito do tema, das quais fazemos um apanhado.

RESUMO: O ônus da prova é tema há muito estudado, mas que sofreu grandes alterações com o novo Código de Processo Civil (CPC; Lei federal 13.105, 2015), o que torna ainda mais importante a retomada do assunto. Nas ações coletivas, o ônus probatório segue, em boa parte, o regramento geral introduzido pelo Código de Processo Civil. Justamente por isto, o presente estudo tratou inicialmente do conceito de prova, o que envolve a análise de sua definição propriamente dita, finalidade, objeto e natureza jurídica, para, enfim, e a partir disto, adentrar, ainda antes da análise das especificidades que envolvem a temática posta, ao estudo geral do ônus da prova no processo civil brasileiro. Revelou este estudo inicial que as alterações introduzidas pelo novo diploma, e há muito reclamadas por parte considerável dos processualistas, impactaram profundamente na percepção do ônus probatório, tendo com elas sido ressaltado o aspecto subjetivo em predominância ao objetivo. Sanaram-se, enfim, dúvidas antes existentes, como ocorre com o momento em que deve haver a inversão judicial do ônus probatório, mas remanescem presentes outras dúvidas, em especial no tocante a certas especificidades próprias da ação coletiva, cuja solução possível, longe de se propor, é ora investigada por meio de breve pesquisa doutrinária e jurisprudencial. Percebeu-se, portanto, que diversos pontos ainda são alvo de acirrada discussão, como ocorre com a aplicação do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor a ações coletivas que não tenham por objeto a defesa do consumidor, a possibilidade de inversão do custeio da prova e a existência do dever jurídico de exibição da prova documental. O presente trabalho investigou tais pontos e algumas das correntes deles originada.

PALAVRAS-CHAVE: Prova. Ação coletiva. Aspectos do ônus probatório. Atribuição. Inversão. Custeio. Dever jurídico.

1 INTRODUÇÃO

O estudo do ônus da prova envolve inúmeras controvérsias, renovadas com as alterações legislativas recentemente realizadas e, naturalmente, com a evolução da Ciência do Direito. A própria ideia, aliás, de prova, bem como de seus respectivos objeto, finalidade e natureza jurídica são alvos de acirrada discussão, sem consenso doutrinário.

O estudo do ônus da prova passa, portanto, pela tentativa de compreensão da própria prova, e da posterior diferenciação entre ônus e dever jurídico, ponto a partir do qual já nascerão dúvidas, pois o ônus probatório, ao contrário de outros ônus processuais, não traz ao onerado, caso descumprido, consequências prejudiciais imediatas.

O tema em discussão sofreu profundas alterações com o Código de Processo Civil de 2015, o qual, inspirado pela cooperação, igualdade e adequação, incorporou a teoria da carga dinâmica, tendo dado maior relevância ao aspecto subjetivo do ônus da prova. Longe de serem a fundo abordadas todas as questões que envolvem o ônus da prova, não

resta dúvida de que a compreensão de tal ônus nas ações coletivas envolve um breve exame de tais questões, com destaque às sobreditas alterações legislativas.

Feitos os preliminares estudos, é possível, então, analisar as especificidades do ônus probatório nas ações coletivas. E neste tema, as controvérsias não são menos acirradas, havendo dissenso quanto a diversos pontos, tais como, dentre outros, a aplicação ou não do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor a todas as ações coletivas (independentemente de seu objeto), a possibilidade de inversão do custeio da prova e a presença da verossimilhança nas demandas coletivas propostas por entes públicos.

Busca-se no presente momento analisar as diversas correntes que se formaram a respeito de parte dos pontos em dissenso, com exposição das soluções possíveis, sem que, dados os restritos limites do trabalho, se almeje soterrar as dúvidas existentes.

2 PROVAS: DEFINIÇÃO, FINALIDADE, OBJETO E NATUREZA JURÍDICA

Em sentido jurídico o termo “prova” é, sem dúvida, equívoco, pois como bem lembra Moacyr Amaral Santos (1983, p. 2),

O vocábulo é empregado em várias acepções:

Significa a produção dos atos ou dos meios com os quais as partes ou o juiz entendem afirmar a verdade dos fatos alegados (“actus probandi”; significa ação de provar, de fazer a prova). Nessa acepção se diz: a quem alega cabe fazer a prova do alegado, isto é, cabe fornecer os meios afirmativos da sua alegação.

Significa o meio de prova considerado em si mesmo. Nessa acepção se diz: prova testemunhal, prova documental, prova indiciária, presunção.

Significa o resultado dos atos ou dos meios produzidos na apuração da verdade. Nessa acepção se diz: o autor fez a prova da sua intenção, o réu fez a prova da exceção.

CARNELUTTI (2005, p. 85) definia prova como “o processo de determinação dos fatos controvertidos por parte do juiz”, definição ainda hoje perfeitamente aplicável à luz do sistema processual vigente. Não por outro motivo, SANTOS (1983, p. 02) pondera que provar é o “meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade”[1].

Para DINAMARCO (2017, p. 49), “prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento”.

A prova é instituto de direito processual[2], não apenas por ser dentro do processo que produzirá seus efeitos, mas, sobretudo, porque tem por destinatário o juiz: “a natureza processual da prova é intimamente associada à identificação do juiz como seu destinatário. A produção da prova não é prerrogativa inerente à estrutura dos direitos, mas ao exercício da jurisdição, da ação e da defesa” (DINAMARCO, 2017, p. 51).

A prova busca reconstruir, para o juiz, por meio da percepção ou da representação, os fatos que sustentam as alegações controvertidas e relevantes trazidas ao processo pelas partes. Por isto, “a prova visa, como fim último, incutir no espírito do julgador a convicção da existência do fato perturbador do direito a ser restaurado” (SANTOS, 1983, p. 6).

Embora seja corriqueira a afirmação de que no processo civil não se busca a verdade real e sim a verdade formal (como se fosse possível haver duas verdades), certo é que a imposição constitucional da tutela justa determina que se alcance a maior proximidade possível entre a realidade fenomênica e a determinação dos fatos no processo.

Não há mais espaço, de acordo com a Constituição Federal de 1988, para que se admita ser o fim da prova, no processo civil, a mera determinação formal dos fatos, sem preocupação com a realidade. Se no passado entendia-se, como dizia CARNELUTTI (2005, p. 49), que a coincidência entre a determinação formal e a realidade era “contingente e não necessária diante da ordem jurídica, que prescreve a posição de um fato na sentença, não quando seja verdadeiro, senão quando tenha sido determinado com os meios legais”, hoje a busca por tal coincidência é, repita-se, um imperativo constitucional.

A prova, portanto, serve para a formação de um juízo de certeza[3], ou seja, para a convicção judicial de que há “relação de conformidade entre o nosso pensamento e a realidade palpável e inteligível” (SANTOS, 1983, p. 6). Por evidente não se pretende aqui imaginar seja possível alcançar a verdade absoluta. A reconstrução dos fatos é falha, de modo que “a certeza e a verdade nem sempre coincidem” (SANTOS, 1983, p. 4). Porém, deve-se ter em mira a maior proximidade possível com a realidade.

As provas têm por objeto alegações controvertidas, desde que sejam capazes de influenciar nos julgamentos realizados ao longo do processo e/ou no julgamento final do mérito.

CARNELUTTI (2005, p. 42) já ponderava que as provas recaem sobre os fatos controversos, assim entendidos como sendo aqueles “afirmados tão somente por uma ou alguma das partes, ou seja, fatos afirmados, porém não admitidos, que podem existir ou não”. A lição do mestre de Udine merece ser recebida com certa cautela, pois para Carnelutti estaria o juiz impedido de considerar como não verdadeiro fato afirmado por ambas as partes (incontroverso), de modo que haveria para estas uma autorização para a manipulação da verdade, o que, atualmente, não é mais admissível, dada, sobretudo, a iniciativa probatória do juiz (poder-dever do juiz de produzir provas).

Em síntese, e ainda na esteira dos ensinamentos de DINAMARCO (2017), constitui objeto da prova as alegações controvertidas e que se refiram a fatos relevantes.

Alegações controversas, como já visto, são aquelas alegadas por uma parte, porém contrárias a outra alegação feita nos autos pela parte adversa. A controvérsia pode decorrer da negativa pura e simples (quando, v.g., o réu nega, em ação de cobrança, a existência do débito) ou mesmo de uma versão contraposta (o que ocorre, exemplificativamente, quando, em ação indenizatória fundada em acidente automobilístico, o réu confirma a existência do evento, mas traz dinâmica diversa daquela que fundamenta a inicial).

Há, no entanto, fatos incontroversos, mas que dependem de prova, sendo eles: I- fato a cujo respeito não for admissível a confissão (direitos indisponíveis); II- ato cuja prova demanda documento público; III- fatos lastreados em alegações impossíveis, improváveis ou inverossímeis.

Há, ainda, excepcionalmente, alegações controversas, mas que, em contrapartida, não dependem de prova, aqui se enquadrando: I- aquelas alegações sobre as quais recai presunção legal (em tal hipótese a não ocorrência do fato pode, entretanto, ser objeto de

prova, falando-se, aqui, ordinariamente, em inversão do ônus probatório); II- alegações concernentes a fatos notórios, as quais, entretanto, não prescindem da prova da notoriedade.

Fatos relevantes, por sua vez, são aqueles capazes, por si, de influenciar no julgamento, possuindo, assim, a desejada capacidade constitutiva do direito do autor (ou do réu, em se tratando de pedido reconvenicional ou contraposto) ou, em contrapartida, capacidade modificativa, extintiva ou impeditiva do direito postulado pela parte “ex adversa”.

Os fatos circunstanciais, assim compreendidos como sendo aqueles que não integram a causa de pedir ou o núcleo da defesa, podem ser irrelevantes “a priori” ou assim se tornar após ou ao longo da instrução. Deste modo, se o réu alega, em ação indenizatória movida por seu vizinho, que os danos a este causados, fundamentos do pedido inicial, foram causados por vazamento advindo da unidade do andar imediatamente superior, provando-se, ao longo da instrução, que tais danos não provêm de seu próprio imóvel, mostra-se a partir de então irrelevante saber se a origem está, de fato, no apartamento do andar superior.

3 ÔNUS DA PROVA: DEFINIÇÃO E NATUREZA JURÍDICA

Vitor de Paula Ramos traz definição clara e completa do que se deve entender por ônus:

Ônus pode ser definido da seguinte forma: (a) é uma situação passiva subjetiva, com estado de sujeição “brando”; (b) atribuído por regra jurídica imperativa; (c) que descreve comportamento (positivo ou negativo) “apreciado” pelo Direito, mas não categoricamente exigido; (d) que dá ao sujeito onerado a possibilidade de escolha entre as opções igualmente lícitas, fazendo com que a não adoção do comportamento “desejado” não seja, portanto, ilícita; (e) que não permite que o direito utilize sua força, seja mediante técnicas coercitivas, seja mediante técnicas sub-rogatórias, para forçar o sujeito a adotar o comportamento “desejado”, já que; (f) a consequência jurídica para a adoção ou não da adoção do comportamento estará prevista na própria regra[4].

Percebe-se, portanto, que, não obstante etimologicamente ônus signifique carga, fardo ou peso, não se pode de modo algum confundir ônus com obrigação ou dever jurídico:

no ônus, o sujeito é livre para adotar a conduta prescrita pela norma, não estando juridicamente vinculado ao seu cumprimento em favor de outro, como ocorre na obrigação. O não exercício de um ônus não configura ato ilícito e não é sancionado, enquanto a violação de uma obrigação é ilícita e sancionada. A norma estatuidora de um ônus tutela interesse do próprio onerado, ao passo que a norma portadora de uma obrigação tutela interesse do titular do direito subjetivo correspondente, que pode exigir o seu cumprimento. A obrigação é uma situação jurídica passiva, enquanto o ônus é uma situação jurídica ativa, manifestação do poder no qual se manifesta a liberdade de agir do sujeito onerado (PACÍFICO, 2011, p. 52).

Não se trata de um dever jurídico. Mesmo porque não existe um direito que lhe seja correlato, nem propriamente qualquer sanção pelo seu não-cumprimento. Trata-se apenas de dever no sentido de interesse, necessidade de produzir a prova para formar-se a convicção do juiz a respeito dos fatos alegados (SANTOS, 1983, p. 93).

Ocorre que a inobservância do ônus da prova (ao contrário de outros ônus processuais, como é o caso da arguição da incompetência relativa ou da oposição da suspeição da testemunha) não implica em consequências detrimetosas imediatas, inevitáveis. Por isto, Vitor de Paula Ramos (op. cit., p. 271) pontua que o denominado “ônus da prova” não é na essência um ônus:

não parece adequado considerar o “ônus” da prova como um verdadeiro ônus jurídico, em sentido técnico. Isto justamente porque a escolha da parte, pelo sim ou pelo não (a atividade ou a não atividade probatória), não traz automaticamente qualquer consequência jurídica

Ainda assim, entende-se de forma amplamente predominante pela existência de um “ônus” da prova, mesmo que se trate de um ônus imperfeito, pois, reiterar-se, a consequência detrimetosa à parte omissa é apenas eventual.

Neste ponto, e pelas razões acima, não se pode atualmente acompanhar a lição de Chiovenda que, nas palavras de SANTOS (1983, p. 93), entendia o ônus probatório como sendo uma “condição para a vitória e não um dever jurídico”. Ora, não obstante não se esteja diante de um dever jurídico, como já antes aqui exposto, é, no mínimo, duvidoso ser o ônus da prova uma condição para a vitória, na medida em que, vale repetir, poderá a parte sagrar-se vencedora mesmo tendo descumprido o ônus probatório que, em abstrato, a ela competia.

Afastada a equiparação entre ônus e dever jurídico, é possível partir para a definição de “ônus da prova”. Nas palavras de THEODORO JUNIOR (2016, p. 893), “o ônus da prova refere-se à atividade processual de pesquisa da verdade acerca dos fatos que servirão de base ao julgamento da causa”. DINAMARCO (2017, p. 77), em sentido similar, conceitua ônus da prova como sendo o “encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”. Tais definições bastam diante dos restritos limites do presente trabalho, sendo de maior relevância investigar-se, a partir delas, a natureza jurídica do ônus da prova, matéria já embrionariamente antes vista quando se tratou da natureza jurídica da própria prova.

De fato, bastante controvertida é a natureza jurídica das normas que tratam do ônus da prova. Há quem entenda ser norma mista, pois de um lado volta-se (tem por objeto material de estudo) a fatos jurídicos (direito material) e de outro tem aplicabilidade processual (direito processual). Há, entretanto, quem a limite a norma processual e outros que até mesmo defendem ser questão afeta unicamente ao direito material. A presente controvérsia, que voltará a ser tratada no item 3.3.4, parece acompanhar a divergência a respeito da natureza jurídica da própria prova (tema já abordado de forma breve), pois são os mesmos os argumentos que fundamentam cada qual dos posicionamentos.

Embora prevista no livro do processo de conhecimento e cumprimento de sentença, as regras do ônus da prova aplicam-se aos procedimentos especiais e leis extravagantes, inclusive, se não colidentes com o microsistema, ao processo coletivo.

Costuma-se analisar o ônus da prova por dois enfoques: subjetivo e objetivo. Neste momento, importa analisar, rapidamente e de forma separada, cada um dos enfoques mencionados.

3.1 ASPECTO SUBJETIVO: ÔNUS DA PROVA COMO REGRA DE PROCEDIMENTO

É o ônus da prova, sob o enfoque subjetivo, a faculdade concedida às partes de produzir provas aptas à comprovação dos fatos que alegam e que são suficientes para influenciar no julgamento da demanda a seu favor.

Para DINAMARCO (2017, p. 79), “o princípio do interesse é que leva a lei a distribuir o ônus da prova pelo modo que está nos dois incisos do art. 373 do Código de Processo Civil, porque o reconhecimento dos fatos constitutivos aproveitará ao autor e o dos demais, ao réu”. Ainda para o prelecionado autor (2017, p. 82), “o interesse probatório é sempre daquele que, sem a prova, não obteria o reconhecimento dos pressupostos fáticos de sua pretensão”.

O ônus subjetivo volta-se, assim, à necessidade de as partes produzirem as provas dos fatos relevantes que lhes favorecerão. Ele orientará o comportamento das partes de acordo com as suas expectativas, servindo como estímulo psicológico para a produção das provas que lhes interessam, pois permite “dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato” (CARPES, 2010, p. 52).

O aspecto subjetivo somente é relevante nos processos nos quais prepondera o princípio dispositivo, pois “nos processos dominados pelo princípio inquisitório, dada a necessidade de o próprio órgão judicial aclarar o estado de coisas, não haveria responsabilidade das partes com relação à reunião do material probatório” (PACÍFICO, 2011, p. 160). Justamente por isto, nos processos coletivos há, sem dúvida, forte mitigação do aspecto subjetivo do ônus da prova, pois há neles inequívoco poder-dever do magistrado de produzir as provas que vislumbrar necessárias na busca pela verdade, na medida em que o objeto de tais demandas tem presumida relevância social, sendo indisponível:

“há situações em que as omissões probatórias das partes seriam capazes de comprometer direitos sobre os quais não têm disponibilidade alguma, ou não tem uma disponibilidade plena” [...] “Assim são também as relações de massa, envolvendo comunidades ou grupos mais ou menos amplos, o que também tem por consequência as repercussões “erga omnes” ou ao menos “ultra partes” daquilo que vier a ser julgado – como sucede nas causas relacionadas com o meio ambiente, valores culturais ou históricos, consumidores (CDC, art. 103) etc.”. [...] o mesmo ocorre “**nas ações coletivas, especialmente quando promovidas por associações, as quais nem sempre são patrocinadas adequadamente**” (DINAMARCO, 2017, p. 58, grifo nosso)

Há quem entenda, cabe frisar, pela inexistência da dimensão subjetiva do ônus da prova, pois

“de um lado, no sistema brasileiro, não importa quem trouxe a prova (mas somente que alguém trouxe a prova), e, por outro lado, a atividade probatória não traz qualquer garantia de resultado favorável, como poderia o legislador “prometer” a uma parte que, mediante o exercício de uma atividade probatória, venceria a demanda? Ou, pelo contrário, que sem o exercício, perderia?”[5].

Não obstante, a convivência de ambos os aspectos do ônus da prova não somente é possível e salutar, mas sobretudo é ponto predominante no entendimento doutrinário e jurisprudencial, com as ressalvas da redução do aspecto subjetivo nas demandas coletivas, pelos motivos analisados acima.

3.2 ASPECTO OBJETIVO: ÔNUS DA PROVA COMO REGRA DE JULGAMENTO

O ônus da prova, segundo seu enfoque objetivo, consiste em regra de julgamento e visa evitar o “non liquet” (recusa de julgamento):

As regras do ônus da prova, em sua dimensão objetiva, não são regras de procedimento, não são regras que estruturam o processo. São regras de juízo, isto é, regras de julgamento: conforme se viu, orientam o juiz quando há um non liquet em matéria de fato – vale observar que o sistema não determina quem deve produzir a prova, mas sim quem assume o risco caso ela não se produza (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 129)

Assim, ao julgar, o magistrado, diante de uma insanável incerteza (dúvida) sobre determinado fato controvertido, não deixará de proferir, por isto, sentença de mérito, mas decidirá contra aquele a quem competia o ônus da prova, de modo que aqui tal ônus figura como verdadeira regra de desempate.

O ônus da prova, como regra de julgamento, é eventual, pois somente incidirá quando houver incerteza, sendo, de certo modo, excepcional, já que o magistrado deve, de ofício, no mais das vezes, determinar a produção das provas necessárias a busca da verdade.

PACÍFICO (2011, p. 158) defende que a essência do ônus da prova está justamente em seu aspecto objetivo, ou seja, nessa busca em orientar o juiz diante de uma dúvida insanável, até porque o comportamento das partes (em produzir ou não a prova) não gerará por si consequências jurídicas, pois, como visto, pode ser que, mesmo inerte a parte interessada, a alegação que lhe caberia provar reste, ao final, comprovada, seja em vista de provas trazidas pela própria parte contrária, por terceiro interveniente ou pelo Ministério Público (quando age como fiscal da lei), seja diante da iniciativa probatória do juiz.

Alerta o referido autor, entretanto, que a conclusão por ele trazida não significa que deva ser desconsiderado o aspecto subjetivo, pois “embora a regra de julgamento constitua a essência do fenômeno, os riscos da insuficiência de provas para a formação de convicção judicial projetam-se sobre as partes, estimulando-as à produção” (PACÍFICO, 2011, p. 163).

Também defensor da preponderância do aspecto objetivo, LEONEL (2017, p. 437) pondera que as normas que versam sobre o ônus da prova trazem “regras de julgamento, direcionadas predominantemente ao juiz, estabelecendo parâmetros a serem observados, ao final da instrução, para aferição do material probatório e equacionamento da demanda”.

Há entre os aspectos objetivo e subjetivo, no entanto, conforme transcrita lição de PACÍFICO e como já antes asseverado, uma necessária convivência, de modo que um não exclui o outro.

3.3 DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

A distribuição do ônus da prova pode encontrar expressa previsão legal, ser realizada judicialmente ou, ainda, ser objeto de convenção entre as partes. A primeira, ou seja, a atribuição feita pelo legislador, “é prévia e estática (invariável de acordo com as peculiaridades da causa); a distribuição feita pelo juiz ou pelas partes é considerada dinâmica, porque feita à luz de uma situação concreta” (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2018, p. 126). As duas últimas são verdadeiramente hipóteses de inversão (ou redistribuição) do ônus da prova, justamente porque, como se verá, alteram a distribuição prevista, de acordo com a posição e interesse das partes, de forma prévia e estática pela lei.

Passa-se, neste momento, a analisar as “formas” de atribuição/inversão do ônus da prova, de maneira individualizada para maior e melhor compreensão.

3.3.1 DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA DO ÔNUS DA PROVA

Dispõe o artigo 373 do Código de Processo Civil: “O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

A distribuição estática tem remota origem, já sendo adotada pelo direito romano, para o qual “semper onus probandi ei incumbit qui dicit”. De modo geral, portanto, acompanha-se neste ponto a doutrina clássica, segundo a qual a afirmação ou negação que serve de fundamento para o pedido ou para a exceção deve ser provada por quem a alega.

Considera-se aqui a posição da parte em juízo e a espécie do fato a ser provado. Deste modo, segundo o critério estático (rígido) previsto no CPC, o autor tem o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito e o réu, por sua vez, tem o ônus de trazer prova de sua defesa indireta (consistente em fatos novos que sejam modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor).

O réu tem o ônus de provar, em verdade, a nova situação jurídica trazida na exceção, ou seja, a situação jurídica por ele alegada na contestação e que é diversa daquela que serve de fundamento à inicial. Não cabe ao réu, desta forma, o ônus de provar a simples contrariedade, de modo que se limitada sua defesa à negação dos fatos articulados na inicial, ou à mera alteração da respectiva dinâmica, o ônus da prova continua a ser unicamente do autor.

Aliás, neste ponto cabe lembrar a lição de CHIOVENDA (1969, p. 379), já que, como decorrência do exposto, é forçoso concluir que

a posição do réu é, nesse sentido, até cômoda, dentro do processo, vez que sobre ele só recairá o ônus de provar quando demonstrado o fato constitutivo do direito pelo autor, Sem prova do fato gerador de seu direito, o autor inevitavelmente sucumbe – independentemente de qualquer esforço probatório do réu[6].

O réu, em palavras diversas, somente terá o ônus da prova se assumir a versão fática trazida pelo autor e, em paralelo, acrescentar um fato superveniente que anule ou altere as consequências que normalmente adviriam dos fatos que compõem a causa de pedir que identifica a ação. É justamente o que ocorre quando alegado pelo réu o pagamento do débito objeto da ação de cobrança: admite ele, em tal hipótese, a existência da dívida, mas acrescenta um fato superveniente (quitação do débito), capaz de, por si, anular as consequências pretendidas (condenação ao pagamento de quantia certa).

Observa-se, neste ponto, que o artigo 373 do Código de Processo Civil alude a autor e réu, embora o mais correto seria falar em demandante e demandado, o que incluiria fases distintas do processo, além da fase de conhecimento. Assim, o impugnante, na impugnação ao cumprimento de sentença, tem o ônus de comprovar os fatos que fundamentam sua insurgência à pretensão executória. O liquidante tem, do mesmo modo, o ônus de comprovar a pretendida extensão do “quantum debeatur” e o executado, alegando que a penhora realizada no curso da execução recaiu sobre bem de família, tem o ônus de provar a presença dos requisitos previstos no artigo 1º da lei federal 8.009, de 1990, ou seja, tem o encargo de demonstrar que o imóvel objeto da constrição serve de residência para si e sua família.

De qualquer modo, conforme pondera DINAMARCO (2017, p. 80), aplica-se o dispositivo aqui em comento a todos os sujeitos do processo, observando-se que: o assistente terá o mesmo ônus do assistido; “o Ministério Público, quando atua na condição de fiscal da ordem jurídica, sem portanto ser autor ou assistente, terá o encargo de provar os fatos que houver alegado”.

A lição acima é de especial relevância para o presente trabalho, considerando que o artigo 5º, §1º, da Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal 7.347, de 1985) torna obrigatória a intervenção do Ministério Público em todas as ações civis públicas, havendo a mesma obrigação em relação às ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos por força do artigo 92 do Código de Defesa do Consumidor (Lei federal 8.078, de 1990).

Vale aqui breve ressalva no sentido de que referida intervenção somente ocorrerá se o objeto da ação coletiva for direito indisponível:

Ao legislador ordinário somente é possível criar hipóteses de intervenção do Ministério Público dentro dos limites gizados pelo art. 127 da CF. Em outras palavras, a lei somente poderá impor a atuação do Parquet na defesa de interesses indisponíveis, sob pena de violar os princípios constitucionais citados.

Dessa forma, a interpretação a ser dada ao art. 5º, §1º, da LACP é a de que a intervenção do Ministério Público como fiscal da lei nas ações civis públicas propostas pelos demais legitimados ativos será obrigatória desde que na demanda esteja sendo tutelado um interesse indisponível.

Caso disponível o objeto da ação, ao Ministério Público não é dado nela intervir, em face dos princípios constitucionais que regem a sua atuação (SOUZA, p. 81).

A distribuição estática do ônus da prova, tal como prevista nos incisos I e II do art. 373 do CPC, somente será observada no momento da sentença e, como já dito, desde que remanesça incerteza sobre determinado fato controvertido e relevante. Não é preciso que o juiz indique, no saneador, o ônus de acordo com o critério estático, somente tendo o dever de alertar as partes sobre o ônus probatório se houver inversão da “ordem natural”.

3.3.2 INVERSÃO LEGAL DO ÔNUS DA PROVA:

As inversões do ônus da prova, ou seja, as hipóteses nas quais não se adota a distribuição estática, podem ser legais, judiciais ou convencionais.

A inversão legal consiste em “uma técnica de redimensionamento das regras do ônus da prova, em homenagem ao princípio da adequação” (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2018, p. 133), sendo, desta forma, ainda na esteira dos ensinamentos dos referidos autores, “determinada pela lei, aprioristicamente, isto é, independentemente do caso concreto e da atuação do juiz. A lei determina que, numa dada situação, haverá a distribuição do ônus da prova diferente do regramento comum previsto no art. 373 do CPC” (op. cit. mesma página).

Na medida em que as regras são fixadas, como visto, aprioristicamente, é forçoso concluir não se estar diante, propriamente, de hipótese de inversão do ônus, mas sim de atribuição legal diferenciada: “rigorosamente não há aí qualquer inversão; há tão somente, uma exceção legal à regra genérica do ônus da prova” (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2018, mesma página).

Ainda assim, ordinariamente fala-se em inversão legal do ônus probatório, sempre que, como visto, for abandonado o critério estático. Ocorrerá isto quando se estiver diante de uma presunção legal relativa, sendo o que ocorre, v.g., na hipótese do artigo 324 do Código Civil: “A entrega do título ao devedor firma a presunção do pagamento”.

A prova do pagamento compete, em regra, ao devedor (réu na ação de cobrança), já que constitui o pagamento forma direta de extinção da obrigação e, portanto, fato extintivo do direito do credor (autor da ação de cobrança). No entanto, se o título estiver na posse do devedor, inverte-se o ônus probatório trazido abstratamente em lei, pois, a posse do título, faz presumir o pagamento, de modo que o credor passa a ter o encargo de provar não ter ocorrido a quitação.

Cabe neste momento destacar que a inversão em comento jamais se verificará na presunção absoluta, pois esta concerne com exclusividade ao direito material, sem qualquer relação, portanto, com a temática do ônus da prova. Sendo assim, a vulnerabilidade do consumidor, presumida de forma absoluta pelo Código de Defesa do Consumidor, independente de prova, relacionando-se ao direito material, sem vínculo com as regras que tratam do ônus probatório. A lei cria, na presunção absoluta, uma ficção “intransponível”, o que, assim, afasta o debate acerca do ônus da prova.

Há certa celeuma acerca da existência de verdadeira inversão legal do ônus da prova em alguns preceitos legais, envolvendo a essência da discussão, ao que parece, o fato de não se ter como possível, como já acima antevisto, técnica e rigorosamente falando, uma inversão apriorística legal do ônus probatório, pois esta implicaria em verdadeira atribuição diferenciada do ônus e não propriamente em uma inversão. São exemplos de discussão reiterada os artigos 12, §3º, 14, §3º e 38, todos do Código de Defesa do Consumidor.

Dispõe o artigo 12, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor que “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”. Em sentido similar, dispõe o art. 14, §3º, também do Estatuto Consumerista que “o

fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

Há quem defenda a existência, em ambos os dispositivos, de uma presunção legal relativa, o que implicaria na consequente e inafastável presença de hipótese legal de inversão do ônus da prova: “Examinando-se o disposto no art. 12, parece certo que se presume, tendo em vista o dano, que exista o defeito, invertendo, assim, o CDC o ônus da prova e o impondo aos fornecedores de bens” (MARQUES, BENJAMIN e MIRAGEM, 2013, p. 435).

Também neste sentido há amplo entendimento jurisprudencial, valendo por ora citar exemplificativamente o seguinte julgado:

CONSUMIDOR. VENDA DE MEDICAMENTO DIVERSO DO RECEITADO PARA ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PEDIDOS JULGADOS PARCIALMENTE PROCEDENTES. RECURSOS DE APELAÇÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA. FATO DO PRODUTO (ACIDENTE DE CONSUMO). MORTE DE ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. PRESENÇA DE NEXO DE CAUSALIDADE. A VENDA DE MEDICAMENTO DIVERSO DO RECEITADO IMPLICA NA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO FORNECEDOR ANTE OS DANOS SUPOSTOS PELO CONSUMIDOR. ALÉM DISSO, **A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO ACIDENTE DE CONSUMO (FATO DO PRODUTO OU DO SERVIÇO) É OPE LEGIS E NÃO OPE JUDICIS, CABENDO AO FORNECEDOR A PROVA DA NÃO COLOCAÇÃO DO PRODUTO NO MERCADO, A INEXISTÊNCIA DE DEFEITO OU A CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR OU DE TERCEIRO. INTELIGÊNCIA DO ART. 12 § 3º E ART. 14 § 3º AMBOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.** INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS (R\$5.000,00) MANTIDAS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA REAFIRMADA. AUTOR QUE SUCUMBIU PARCIALMENTE NÃO APENAS QUANTO AOS DANOS MORAIS, MAS TAMBÉM NO TOCANTE AOS DANOS MATERIAIS. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 326 DO STJ. HONORÁRIOS RECURSAIS. MAJORAÇÃO. RECURSOS DO AUTOR E DA RÉ NÃO PROVIDOS. (TJSP; Apelação 1003190-68.2017.8.26.0224; Relator (a): Alfredo Attié; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarulhos - 10ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/09/2018; Data de Registro: 04/09/2018, grifo não original)

Diferentemente, parcela da doutrina e da jurisprudência defende que a lei não traz, em ambos os dispositivos acima transcritos, hipótese de inversão do ônus da prova, mas simplesmente dispensa a culpa como elemento da responsabilidade civil, bem como dispensa, igualmente, a prova do defeito ou do vício pelo consumidor. Justamente por isto, cabe ao fornecedor, desde sempre (independentemente de decisão judicial neste sentido), comprovar que o defeito (ou vício) inexiste, pois, “o Código de Defesa do Consumidor explicitamente **atribui** o ônus da prova aos fornecedores nos arts. 12, 14 e 38” (CARVALHO NETO, 2002, p. 147, grifo nosso).

A hipótese seria, portanto, de atribuição do ônus da prova e não de sua redistribuição (inversão), conforme assim advertem MARINONI, ARENHART e MITIDIERO (2015, p. 271) ao comentarem os dispositivos em exame:

Tais normas afirmam expressamente que o consumidor não precisa provar o defeito do produto ou do serviço, incumbindo ao réu o ônus de provar que esses defeitos não existem. Não há, aí, portanto, inversão ou modificação do ônus da prova. O que há é simples atribuição legal do ônus da prova.

A mesma discussão existe em relação ao parágrafo único do artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”. Para DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA (2018, p. 133), este seria um bom exemplo de inversão “*ope legis*”.

Entretanto, frisa-se também aqui a existência do entendimento segundo o qual a atribuição do ônus da prova, neste ponto, ao fornecedor, é decorrência do disposto no parágrafo único do art. 36 do referido diploma: “o fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem”. Deste modo, o fornecedor, “se acionado, tem o ônus de provar a veracidade da informação” (CARVALHO NETO, 2002, p. 156).

Portanto, assim como o art. 12, §3º e art. 14, §3º, também o art. 38 do CDC traria, segundo esta última corrente, norma que atribui o ônus da prova diretamente ao fornecedor, não havendo aqui hipótese de inversão propriamente dita: “essas três hipóteses, em que pese a maioria dos doutrinadores só relacionar a hipótese do art. 38 como regra, são no nosso entender regras explícitas que **impõem** o ônus da prova ao fornecedor” (CARVALHO NETO, *op cit*, mesma página, grifo nosso).

Além da inversão legal (que, como visto, defende-se não ser propriamente uma inversão), há a inversão judicial do ônus da prova, o que ocorrerá nas presunções criadas pelo juiz em seus julgamentos ou por determinação direta do julgador quando autorizado por lei.

MARINONI, ARENHART e MITIDIERO (2015, p. 265) defendem que a inversão judicial não está adstrita às hipóteses legais, devendo ocorrer sempre que assim determinar o direito material em litígio:

A regra do ônus da prova decorre do direito material, algumas situações específicas exigem o seu tratamento diferenciado. Isso pela simples razão de que as situações de direito material não são uniformes. A suposição de que a inversão do ônus da prova deveria estar expressa na lei está presa à idéia de que essa, ao limitar o poder do juiz, garantiria a liberdade das partes

Dado o limitado alcance deste trabalho, serão analisadas apenas algumas das hipóteses de inversão judicial autorizadas por lei.

3.3.3 DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA: ARTIGO 373, §1º DO CPC

Em determinados casos, a rigidez na partilha do ônus probatório levará a uma solução injusta, distante da verdade. Justamente por isto, o Código de Processo Civil (além de outros diplomas, como o Código de Defesa do Consumidor), previu, para situações específicas, a possibilidade de o juiz distribuir de forma diferenciada o ônus da prova. Neste sentido, dispõe o §1º do art. 373 do CPC, com nossos grifos:

Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade **ou** à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput **ou** à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, **poderá** o juiz

atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

A distribuição dinâmica preserva a igualdade entre as partes, afastando distorções: “a técnica é a consagração do princípio da igualdade e do princípio da adequação. Visa-se o equilíbrio das partes (art. 7º, CPC): o ônus da prova deve ficar com aquele que, no caso concreto, tem condições de suportá-lo” (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2018, p. 143). Também no mesmo sentido:

No processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado due process, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda (STJ, REsp 883656/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, j. 09.03.10, RSTJ vol. 239 p. 1141).

Assim, o juiz (lembre-se que se está diante de uma hipótese de inversão judicial) inverterá[7] o ônus da prova quando a parte que tinha o encargo, a princípio, de provar determinado fato esteja impossibilitada de fazê-lo ou se para ela a atividade probatória for de excessiva dificuldade. Mas inversão só haverá, neste caso, se a parte contrária, que normalmente não teria o ônus da prova, tiver maior facilidade de obtenção daquela específica prova (a inversão implicará na atribuição da carga probatória àquele que tem melhores condições de provar determinado fato)[8]. Por consequência, a inversão ocorrerá, em tal caso, apenas quanto à prova “unilateralmente diabólica, isto é, impossível (ou extremamente difícil) para uma das partes, mas viável para a outra” (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2018, p 135).

Fala-se em distribuição dinâmica, pois não está atrelada a pressupostos prévios e abstratos (estáticos), sendo considerado o dinamismo fático, ou seja, a realidade concreta posta em juízo.

Há aqui uma aproximação clara à doutrina de BENTHAM, para quem, nas palavras de SANTOS (1983, p. 99), “a obrigação da prova, ao menos em um sistema de justiça franco e simples, deve ser imposta, em cada caso, à parte que puder satisfazê-lo com menores inconvenientes, isto é, menor perda de tempo, menores incômodos e menores despesas”[9]. Também há uma adesão parcial ao posicionamento de DEMOGUE, defensor, igualmente, da ideia de que a prova compete a quem está em melhores condições de produzi-la.

Há limites para a distribuição dinâmica, podendo assim ser sinteticamente relacionados: a) limites materiais: o litigante onerado deve estar em situação privilegiada; deve a inversão ocorrer para evitar a prova diabólica e não para suprir a omissão da parte inicialmente onerada; b) limites formais: a inversão deve ser determinada por decisão fundamentada, com prévia ciência às partes.

A distribuição dinâmica, se preenchidos os requisitos legais, é direito da parte e deve ser realizada pelo juiz. Seu fundamento está no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 e, justamente por isto, há quem defenda que já era ela possível ainda na vigência do CPC anterior (Lei 5.869, de 1973), mesmo que este último diploma não trouxesse qualquer disposição legal expressa a respeito.

Existe controvérsia a respeito de exigir a distribuição dinâmica a presença da verossimilhança, ou seja, e em outros termos, discute-se se há necessidade de que a versão fática trazida pela parte a ser favorecida pela inversão seja verossímil. Humberto Theodoro Junior (2016) defende a existência de tal requisito, mas há posicionamento em sentido diverso, justamente porque o legislador não condicionou a inversão, no caso, à verossimilhança, ao contrário do que fez, v.g., no artigo 6º, VIII, do CDC.

A inversão judicial em comento recairá apenas sobre o fato cuja prova for de difícil ou impossível prova à parte que tinha, segundo o critério estático, o ônus probatório. A inversão, portanto, é parcial, vedada, como regra, a inversão da prova em relação a todos os fatos controvertidos.

Em verdade, e como lembra THEODORO JUNIOR (2016), a distribuição dinâmica do ônus probatório, assim como ocorre na inversão prevista no CDC, implicará no encargo do réu de provar sua tese defensiva e não, propriamente, de provar os fatos constitutivos do direito do autor. Assim, v.g., na ação de responsabilidade do fornecedor fundada em vício do produto, o réu deverá provar sua versão defensiva, demonstrando que inexistente o vício e que o problema decorreu, p. ex., de mau uso do produto pelo consumidor (culpa exclusiva da vítima) e não, por certo, comprovar a tese inicial, segundo a qual o produto está acometido de vício ou defeito.

A inversão do ônus da prova poderá ocorrer de ofício (sem provocação) ou a pedido de uma das partes. O juiz a determinará em decisão interlocutória fundamentada (como será oportunamente visto, isto ocorrerá no saneador ou em decisão posterior, mas sempre antes da sentença para evitar surpresa), assegurado o contraditório, de modo que antes de determinar a inversão deve ouvir as partes a seu respeito.

Mostra-se elogiável a adoção da distribuição dinâmica, pois, como relacionada Eduardo Cambi, “i) pressupõe uma visão cooperatária e publicista do processo civil; ii) busca promover a igualdade, em sentido material, das partes; iii) fundamenta-se nos deveres de lealdade e de colaboração das partes no processo civil”. Aliás, ainda na esteira dos ensinamentos do prelecionado autor, “por consolidar uma visão amplamente solidarista do ônus probandi, supera a visão invidualista (e patrimonialista) do processo civil clássico e, destarte, **permite facilitar a tutela judicial dos bens coletivos**” (grifos nossos).

Há, no entanto, quem a critique, já que

a dinamização do ônus da prova, além de causar problemas de segurança jurídica, mormente no aspecto calculabilidade, não apresenta ganhos reais; isso porque as partes, com ou sem dinamização, sem um dever de provas, acabam levando aos autos somente as provas que lhes favorecem. Assim, a dinamização não promove a maior completude do material probatório, não parecendo vantajosa a sua adoção pelo novo CPC (RAMOS)[10].

Não vemos, no entanto, insegurança jurídica, já que o CPC determinou que a inversão ocorra antes da instrução probatória, podendo as partes, assim, calcular os riscos de sua inércia. E no mais, não há dúvida de que ao saber, de forma inequívoca, que a prova compete a si, a parte tenderá a produzi-la.

A distribuição dinâmica é excepcional, pois a regra é a distribuição estática. Assim, não sendo aplicada a distribuição dinâmica, dispensa-se, como já antes dito, decisão acerca da atribuição do ônus probatório.

3.3.4 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CDC:

Outra hipótese recorrente de inversão judicial do ônus da prova é aquela tratada no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Prevê este dispositivo a inversão sempre que as alegações do consumidor forem verossímeis ou for ele hipossuficiente.

Apesar da existência de divergências, por razões já antes analisadas, predomina o entendimento de que o dispositivo mencionado constitui, no mínimo de forma predominante, norma de direito processual, pois, seja visto como regra de procedimento, seja visto como regra de julgamento, o ônus da prova tem repercussões imediatas no processo e serve de norte para a postura das partes, bem como para o julgamento a se realizar ao final. Por isto, aplica-se o mencionado dispositivo legal não apenas às demandas (individuais e coletivas) de consumo, mas a todas as demais ações coletivas (independentemente do respectivo objeto)[11], por força do microsistema que rege tais demandas:

A inversão do ônus da prova não se aplica somente às demandas individuais fundadas em relações de consumo, mas a todas as demandas coletivas, desde que presentes no caso específico os pressupostos que determinam a incidência da regra: verossimilhança da afirmação do autor ou hipossuficiência em decorrência do monopólio da informação (LEONEL, 2017, p. 449)[12];

Como sabemos, o art. 6º, VIII, do CDC permite expressamente a inversão do ônus da prova em favor do consumidor. A norma tem evidente caráter processual, ainda que não inserida no Título III do CDC. Ora, a mens legis consiste em integrar por completo as regras processuais de defesa de interesses transindividuais, fazendo da LACP e do CDC como que um só estatuto. Dessa forma, a inversão pode ser aplicada, analogicamente, à defesa judicial de quaisquer interesses transindividuais (MAZZILLI, 2017, p. 725)[13].

Não é outro o entendimento adotado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, contém comando normativo estritamente processual, o que a põe sob o campo de aplicação do art. 117 do mesmo estatuto, fazendo-a valer, universalmente, em todos os domínios da Ação Civil Pública, e não só nas relações de consumo (RESP 1049822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 18.5.2009).

DINAMARCO (2017, p. 90), no mesmo sentido, defende a extensão da regra a todas as ações coletivas, embora restrinja sua aplicação às associações desprovidas de recursos financeiros:

Essa regra aplica-se tanto às ações individuais dos consumidores quanto às coletivas promovidas por associações legitimadas, quando desprovidas de recursos suficientes para arcar com as despesas da prova (CDC, art. 81, incs I-III). Sendo autor o Ministério Público ou algum outro ente estatal, todavia, por não serem eles hipossuficientes, nesses casos o ônus probatório não deve ser invertido por ato do juiz.

A ressalva feita pelo prelecionado autor, no sentido de ser necessária a hipossuficiência financeira, encontra resistência por parte daqueles que entendem ser a hipossuficiência a que se refere o inciso VIII do art. 6º, do CDC, técnica e não financeira (como logo se verá). Também há forte entendimento no sentido de que a inversão do ônus da prova poderá favorecer não apenas as associações, mas também os demais legitimados, sobretudo o Ministério Público:

CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. LEGALIDADE. ART. 557 DO CPC. POSSIBILIDADE DE AGRAVO INTERNO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. 1. Não há óbice a que seja invertido o ônus da prova em ação coletiva - providência que, em realidade, beneficia a coletividade consumidora -, ainda que se cuide de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público. 2. Deveras, "a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas" - a qual deverá sempre ser facilitada, por exemplo, com a inversão do ônus da prova - "poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo" (art. 81 do CDC). 3. Recurso especial improvido. (STJ, REsp 951785/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe 18/02/2011, RJTJRS vol. 280 p. 64).

No mesmo sentido, entendendo possível a inversão para todo e qualquer legitimado, MAZZILLI (2017, p. 725) justifica que "é o lesado que tem de ser hipossuficiente, não seu substituto processual". Adotando entendimento até mesmo mais abrangente, o Ministro Herman Benjamin firmou o posicionamento, nos autos do REsp 1235467/RS (Dje 17.11.16) segundo o qual "na relação jurídica em que há substituição processual, a hipossuficiência deve ser analisada na perspectiva **do substituto processual ou dos sujeitos-titulares do bem jurídico primário**, qualquer uma das duas hipóteses bastando para legitimar a inversão do ônus da prova" (grifo nosso).

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, em acórdão da lavra do Ministro Gurgel de Faria, foi ainda mais além, asseverando que, proposta a ação pelo Ministério Público, sequer há de se falar em hipossuficiência, sendo esta, portanto, presumida: "Na ação consumerista deflagrada pelo Ministério Público, não se indaga de hipossuficiência do demandante para a inversão do ônus da prova, pois **a presença do Parquet como substituto processual da coletividade assim o justifica**" (AgInt no AREsp 222660/MS, j. 28/09/17, Dje 19/12/17, grifo nosso).

Pela literalidade do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, a inversão far-se-á possível ainda que para o réu a prova seja de difícil produção. MARQUES, BENJAMIN e MIRAGEM (2013, p. 292), neste sentido, asseveram que, além da hipossuficiência e da verossimilhança,

não há qualquer outra exigência no CDC, sendo assim facultado ao juiz inverter o ônus da prova inclusive quando esta prova é difícil mesmo para o fornecedor, parte mais forte e expert na relação, pois o espírito do CDC é justamente de facilitar a defesa dos direitos dos consumidores e não o contrário, impondo provar o que é em verdade o "risco profissional" ao vulnerável e leigo – consumidor.

Em sentido diverso, DINAMARCO entende vedada a inversão que torne impossível ou muito difícil a prova para o fornecedor, justificando para tanto que,

sendo o processo do consumidor um microsistema integrante do sistema regido pelo Código de Processo Civil, as restrições contidas neste aplicam-se também aos processos entre fornecedores e consumidores de bens ou serviços – até porque o contrário implicaria ultraje à garantia constitucional do "due process of law"

De fato, o artigo 6º, VIII, do Estatuto Consumerista não trouxe a ressalva prevista no §2º do art. 373 do Código de Processo Civil ("A decisão prevista no § 10 deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil"). Defensável, por isto, embora se reconheça controverso, o

entendimento de que a inversão seja possível, em qualquer ação coletiva, mesmo que isto implique dificuldades quanto a produção da prova para o réu.

Cabe ressaltar que, presentes os pressupostos legais, é a inversão direito da parte-autora[14], podendo operar-se a pedido do interessado ou mesmo de ofício, por se estar diante de norma de ordem pública. Deste modo, não há na inversão discricionariedade judicial, tratando-se de dever do juiz, uma vez preenchidos os requisitos, determina-la: “a inversão ou não do ônus não fica a critério do juiz, pois estando indicadas nos autos quaisquer das hipóteses, ele terá o dever de assim proceder” (NOGUEIRA, 1998, p. 124).

A discricionariedade existente restringe-se à avaliação da presença dos requisitos legais, pois “a inversão é sempre uma decisão do juiz, que deverá considerar as peculiaridades do caso concreto” (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p 150). Entretanto, concluindo o julgador pela verossimilhança das alegações iniciais ou, ainda, pela hipossuficiência do consumidor, outra via não tem que não a de inverter o ônus probatório, o que deve fazer sempre em favor do consumidor, jamais contra este.

Como visto, são requisitos legais para a inversão do ônus probatório, a verossimilhança ou a hipossuficiência[15]. A verossimilhança “resulta da avaliação do material probatório disponível, das regras de experiência e das presunções simples pelo juiz” (PACÍFICO, p. 188). Utilizando-se das regras de experiência e presunções simples, o juiz conclui que um fato (não provado) é consequência ou pressuposto de outro fato (provado), salvo se a parte adversa lograr comprovar o contrário (THEODORO JUNIOR, 2016). Não se trata, por isto, propriamente, de inversão do ônus da prova, mas sim de regra a conduzir a avaliação judicial das provas produzidas, pois

ao permitir a identificação da verossimilhança da alegação, conforme o que ordinariamente acontece, o legislador propicia a aceitação da probabilidade de que a afirmação seja verdadeira, na esteira das regras de experiência comum, justificando a presunção judicial quanto ao fato afirmado (LEONEL, 2017, p. 440).

A hipossuficiência prevista em lei, segundo entendimento predominante, é técnica (dificuldade concreta de o consumidor/autor coletivo acessar as informações ou conhecimentos técnicos necessários à comprovação do fato alegado)[16]. Reconhece-se, assim, que a hipossuficiência é decorrência do monopólio, pela parte contrária, das informações relevantes à solução da controvérsia. Por consequência, “a inversão deve se operar sobre o fato (ou fatos) a respeito do qual se verifique a assimetria de informação entre o consumidor e o fornecedor” (PACÍFICO, 2011, p. 192), não podendo ir além disto.

Discute-se se os requisitos analisados são alternativos ou cumulativos, predominando o primeiro entendimento, sobretudo porque o legislador empregou, no dispositivo ora comentado, a conjunção alternativa “ou”: “note-se que a partícula “ou” bem esclarece que, a favor do consumidor, pode o juiz inverter o ônus da prova quando apenas uma das duas hipóteses está presente no caso” (MARQUES, BENJAMIN e MIRAGEM, 2013, p. 291).

Aqueles que entendem pela necessidade de cumulação argumentam que a prescindibilidade da verossimilhança poderia implicar na inversão mesmo à luz de alegações do consumidor (ou autor coletivo) absurdas, pouco críveis. Porém, como lembram DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA (2018, p 151), “caso a alegação seja absurda, o magistrado formará a convicção de inexistência da ocorrência do fato, sequer havendo a necessidade de inversão do ônus da prova, que depende de um estado de dúvida”.

Há, ainda, corrente intermediária, segundo a qual “a solução só possa ser encontrada nos casos concretos – nuns bastando a hipossuficiência; noutros, sendo necessária a associação dos dois requisitos” (PACÍFICO, 2011, p. 196).

Não há limites quanto aos pontos controvertidos a serem alcançados pela inversão. Como lembra CARVALHO NETO (2002, p. 171), podem ser objeto da inversão

desde a prova da relação jurídica, que é absolutamente razoável tendo em vista o costume de não se fornecer notas fiscais, cópias de contra e etc., até a existência, o nexa e a extensão do dano, valendo sempre ter em conta a dificuldade da prova por parte do consumidor

O artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor perdeu em grande parte sua inicial importância, considerando a adoção, pelo Novo Código de Processo Civil da teoria das cargas probatórias dinâmicas. Isto porque a maioria dos casos nos quais o autor da ação coletiva ou o consumidor autor da ação individual tem dificuldade na produção da prova, pode ser bem solucionada nos termos do artigo 373, §1º, do CPC.

Entretanto, não houve revogação do art. 6º, VIII, do CDC[17], sobressaindo sua importância, em especial, pela inexistência de exigência de que a prova objeto da inversão seja subjetivamente difícil, de modo que, por meio de tal dispositivo, e a princípio, a inversão ocorrerá mesmo para as provas objetivamente difíceis.

3.3.5 ASPECTOS RELEVANTES DA DECISÃO QUE INVERTE O ÔNUS DA PROVA

Muito se discutiu a respeito do momento em que deveria ocorrer a inversão judicial do ônus probatório autorizada em lei. Considerando a prevalência do aspecto objetivo do ônus da prova, parecia mais razoável entender que isto somente se daria ao final, já na sentença.

Entretanto, o novo Código de Processo Civil dirime a dúvida antes existente, ao pontuar expressamente que a inversão em comento deve ocorrer na decisão saneadora (art. 357, III)[18], enaltecendo, com isto, o aspecto subjetivo do ônus da prova, de modo a entendê-lo predominantemente como regra de procedimento.

Nada obsta, entretanto, que a inversão ocorra em momento posterior, ou até mesmo antes do saneador (o que se dará na produção antecipada de provas), bastando que o juiz disto alerte as partes de forma prévia e clara, conforme expressa ressalva, neste sentido, do §1º do art. 373 do CPC (“...desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”).

O momento fixado no CPC para a inversão do ônus da prova aplica-se a qualquer processo:

sendo essa a regência do momento de inversão judicial do ônus da prova segundo esse Código de aplicação geral ao processo civil brasileiro (CPC, art. 1º), o disposto em seu art. 357, inc III, impõe-se em todos os processos cíveis realizados neste país, seja quando regidos por ele próprio, seja quando por outras leis – como é o caso do Código de defesa do Consumidor” (DINAMARCO, 2017, p. 90).

No mesmo sentido entende CAMBI (op cit, p. 546), justificando que o CPC “quer com isso evitar decisões surpresas, que contrariam as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, forçando que o juiz se preocupe com a distribuição da carga probatória a partir da defesa do demandado”.

Modificada a condição fática de uma das partes é possível que o juiz, antes de encerrada a instrução, altere a decisão que distribuiu o ônus da prova. Assim, se a parte que não tinha condições de produzir a prova passar a tê-lo, o juiz a ela imputará o ônus e, diversamente, se a parte a quem foi determinada a prova deixar de ter condições de produzi-la, passando a inexistir, conseqüentemente, a condição de “hipossuficiência probatória” em relação à parte adversa, retoma-se a distribuição estática:

Uma situação que pode ser imaginada é a possibilidade de alteração da situação fática no decorrer do processo provocar uma nova redistribuição dos encargos probatórios. Ou seja, pode ser que, após realizada a dinamização, a parte que, inicialmente, não detinha condições de arcar com o ônus de provar determinado fato venha a adquiri-lo e a situação contrária, em que a outra parte deixa de possuir a hipossuficiência probatória que legitimou a dinamização. Nas duas situações, seria viável uma nova redistribuição dos encargos probatórios, desde que haja decisão motivada e a oportunização da parte se desincumbir desse novo ônus (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2018, p 149).

Contra a decisão que redistribui o ônus da prova cabe o recurso de Agravo de Instrumento, conforme previsto no artigo 1015, XI, do Código de Processo Civil. Apesar de a redação do mencionado inciso fazer crer que somente cabe o agravo de instrumento contra a decisão que defere a redistribuição, razoável entender-se, por simetria, que o recurso também é cabível caso seja negado o pedido de inversão.

3.3.6 INVERSÃO CONVENCIONAL DO ÔNUS DA PROVA

Dispõe o §3º do art. 373 do CPC: “A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”.

Como se vê, as partes podem, consensualmente, prever critérios próprios, diferenciados, de distribuição do ônus da prova, desde que o direito seja disponível e, ainda, desde que a alteração acordada não torne excessivamente difícil o exercício do direito de prova a uma das partes.

A alteração constará em negócio jurídico celebrado por instrumento público ou particular, ou mesmo por petição conjunta, antes ou no curso do processo, respeitados os requisitos gerais do negócio jurídico previstos na legislação civil (objeto lícito, agente capaz e forma não vedada em lei). O juiz deverá reconhecer, de ofício, a ausência dos requisitos mencionados, porém lhe é vedado redistribuir o ônus de forma diversa do que fora acordado.

Embora a lei diga que não é cabível a inversão consensual em direitos indisponíveis, o que, a princípio, obstaría que isto ocorresse em ação coletiva, o art. 51, VI, do CDC veda a inversão do ônus da prova apenas em prejuízo do consumidor. A contrário sensu, é possível a inversão convencional que favoreça o autor da ação coletiva, tanto que o Projeto da nova LACP (PL 5.139/09[19]) prevê expressamente a possibilidade de acordo neste sentido.

3.3.7 INVERSÃO DO CUSTO FINANCEIRO DA PROVA

Por força dos arts. 87 do CDC e 18 da LACP, não se aplica às ações coletivas o disposto no art. 91 do CPC, razão pela qual os autores estão dispensados de adiantar os honorários periciais e outras despesas para a realização da prova.

A dispensa do recolhimento inviabiliza, em muitos casos, a realização da prova, sobretudo a pericial, pois inimaginável que o “expert” se disponha a laborar gratuitamente, nem sendo razoável que isto dele se exija. Diante de tamanho impasse, o Superior Tribunal de Justiça inicialmente abandonou, especificamente quanto aos honorários periciais, a isenção prevista nos artigos 87 do Código de Defesa do Consumidor e 17 da LACP, conforme se percebe, dentre outros, dos julgamentos proferidos nos REsp 933.079/SC, REsp 891.743/SP e REsp 733.456/SP. Confira-se, a propósito, a ementa do primeiro julgamento mencionado:

PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - HONORÁRIOS PERICIAIS - MINISTÉRIO PÚBLICO - ART. 18 DA LEI 7.347/85. 1. Na ação civil pública, a questão do adiantamento dos honorários periciais, como estabelecido nas normas próprias da Lei 7.347/85, com a redação dada ao art. 18 da Lei 8.078/90, foge inteiramente das regras gerais do CPC. 2. Posiciona-se o STJ no sentido de não impor ao Ministério Público condenação em honorários advocatícios, seguindo a regra de que na ação civil pública somente há condenação em honorários quando o autor for considerado litigante de má-fé. 3. Em relação ao adiantamento das despesas com a prova pericial, a isenção inicial do MP não é aceita pela jurisprudência de ambas as turmas, diante da dificuldade gerada pela adoção da tese. 4. **Abandono da interpretação literal para impor ao parquet a obrigação de antecipar honorários de perito, quando figure como autor na ação civil pública.** 5. Recurso especial provido. (Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 24/11/2008, grifo não original).

O entendimento inicial da Corte Superior, no entanto, recebeu fortes críticas doutrinárias e resistência da própria jurisprudência:

Não posso concordar com o “abandono da interpretação” literal dos arts. 87 do CDC e 17 da LACP, pois os honorários periciais constituem uma das principais despesas a serem adiantadas pelas partes, e não tem qualquer sentido lógico ou jurídico a sua exclusão da isenção legal (NEVES, 2014, p. 433)[20].

Solução que se mostra viável e bastante razoável consiste na realização de perícias por órgãos do Estado ou por meio de convênios firmados com Universidades Públicas, conforme sugestão trazida por Daniel Amorim Assumpção Neves (2014, p. 434).

Entretanto, mesmo que adotada a solução proposta, certo é que até o momento inexistem os tais convênios e os órgãos públicos que realizam perícia são escassos em quantidade e recursos. Permanece a dificuldade prática na realização da perícia em ações coletivas. Justamente por isto, formou-se um segundo e aparentemente mais adequado entendimento, no sentido de que, para viabilizar o acesso à tutela coletiva e em se tratando de interesse transindividual, os honorários periciais devem ser adiantados pela Fazenda Pública, vedado o desvio de verbas do fundo previsto no art. 13 da LACP[21]. Assim defende MAZZILLI:

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 de ser da Fazenda, sob pena de a garantia democrática de acesso coletivo à Justiça restar prejudicada[22].

Em relação ao Ministério Público, o Superior Tribunal de Justiça inclusive já decidiu, em sede de recurso repetitivo (Tema 510), que

não é possível se exigir do Ministério Público o adiantamento de honorários periciais em ações civis públicas. Ocorre que a referida isenção conferida ao Ministério Público em relação ao adiantamento dos honorários periciais não pode obrigar que o perito exerça seu ofício gratuitamente, tampouco transferir ao réu o encargo de financiar ações contra ele movidas. Dessa forma, considera-se aplicável, por analogia, a Súmula n. 232 desta Corte Superior ('A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito'), a determinar que a Fazenda Pública ao qual se acha vinculado o Parquet arque com tais despesas (RESP 1.253.844/SC).

As dificuldades práticas quanto ao custeio da prova pericial nas ações coletivas serviram de mais um elemento a aumentar a divergência já antes existente acerca de estar o ônus financeiro da prova atrelado ao próprio ônus da prova.

Para DINAMARCO (2017, p. 87), “alterado o ônus da prova, altera-se também o encargo financeiro de seu custeio”. PACÍFICO (2011, p. 197), no mesmo sentido, afirma que “ao se sustentar que deva a inversão ocorrer antes da sentença (em geral na decisão de saneamento), também parece lógico inverter o ônus financeiro da prova”. Se há inversão do ônus há conseqüente inversão do interesse na produção da prova, o que, na presente visão, implicaria em conseqüente alteração subjetiva do encargo financeiro respectivo.

Neste sentido o entendimento do Desembargador Sérgio Shimura:

PROVA - PERÍCIA GRAFOTÉCNICA - CONSUMIDOR - CUSTEIO – Autora agravante que contesta a assinatura do contrato que alega não ter firmado - Ônus de provar a autenticidade da assinatura que cabe à parte que produziu o documento, no caso, a ré - Inteligência do art. 429, II, do CPC – Relação entre cliente e ré caracterizada como relação de consumo – **Inversão do ônus da prova – Regra de procedimento - O ônus da prova compreende o ônus financeiro e o dever de arcar com o custeio da prova técnica** – Prevalência da norma específica prevista no art. 429, II, CPC e das normas do CDC sobre os arts. 95 e 373 do CPC/2015 - RECURSO PROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2150388-51.2018.8.26.0000; Relator (a): Sérgio Shimura; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Bernardo do Campo - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/09/2018; Data de Registro: 18/09/2018, grifo não original)

Em sentido diverso, MAZZILLI (2017, p. 713) justifica que a inversão do ônus da prova diz respeito apenas indiretamente ao ônus financeiro: “a inversão do ônus da prova faz com que o réu, se não quiser antecipar as despesas da realização de uma prova, arque com as conseqüências de não se ter desincumbido da produção de uma prova que passou a ser ônus seu”.

Observo que há grande resistência jurisprudencial à inversão do ônus financeiro da prova, conforme se percebe das ementas abaixo exemplificativamente transcritas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – HONORÁRIOS PERICIAIS – Prova pericial determinada, de ofício, pela D. Magistrada – Artigo 95 do Código de Processo Civil dispõe sobre a repartição dos honorários periciais quando a prova é determinada de ofício – **Inversão do ônus da prova que não implica no custeio dos honorários periciais - Precedentes desta Câmara** – Decisão reformada - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2081556-63.2018.8.26.0000; Relator (a): Ana Maria Baldy; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sorocaba - 1ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 11/09/2018; Data de Registro: 11/09/2018, grifo não original)

PROCESSUAL CIVIL (CPC/1973). AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. HONORÁRIOS DE PERITO. CUSTEIO TRANSFERIDO PARA A PARTE RÉ. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA. SÚMULA 83/STJ. RAZÕES RECURSAIS INSUFICIENTE PARA A ALTERAÇÃO DA CONCLUSÃO DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (STJ, AgRg no REsp 1378152/SP, REL. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, DJe 09/09/2016).

COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – Ação de rescisão contratual e indenização por vícios construtivos - Prova pericial – Ordem de pagamento das despesas pelo autor – Manutenção – Previsão expressa do art. 33 do CPC – **Inversão do ônus da prova prevista na lei consumerista que não tem condão de carrear ao fornecedor o encargo de custear a produção de prova requerida pelo consumidor ou determinada de ofício, exceto quando presente dificuldade técnica do autor em demonstrar seu direito, aqui não evidenciada** – Recurso desprovido, com observação. (TJSP; Agravo de Instrumento 2045019-39.2016.8.26.0000; Relator (a): Galdino Toledo Júnior; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sumaré - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/04/2016; Data de Registro: 12/04/2016, grifo não original)

O Anteprojeto do CPC expressamente previa que a inversão do ônus não implicava a alteração das regras do encargo financeiro, porém o dispositivo original que assim previa não foi incluído na redação final. Permanece, portanto, a divergência no tema presente, sem solução legislativa.

3.4 EXIBIÇÃO DA PROVA DOCUMENTAL: DEVER JURÍDICO

No tocante à exibição de documentos discutia-se, na vigência do revogado Estatuto Processual (CPC/73), se havia ou não um dever jurídico, ou, ao contrário, se, ainda aqui estar-se-ia diante de um ônus. Prevaleceu o entendimento de que não há, na hipótese, dever jurídico, de modo que não se pode compelir a parte à exibição, conforme assim assentado na súmula 372 do STJ, “na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa Cominatória”.

Ainda assim, foram vários os julgados subsequentes em sentido contrário, de modo que o STJ reafirmou o entendimento sumulado no Resp 1333988/SP (Tema 705), julgado em 09.04.14 sujeito à sistemática dos recursos repetitivos. Foi novamente consagrada a tese de que, na exibição de documento, seja ela autônoma ou incidental, não cabe a cominação de multa para compelir a parte a exibir o pretendido documento.

Entretanto, “o novo CPC expressamente positivou o fim da súmula 372, quando, em seu art. 400, parágrafo único, previu expressamente a possibilidade não só de que o juiz imponha multa para o caso de não exibição de documentos, mas também que utilize outras técnicas, como a busca e apreensão” (RAMOS, op cit, p. 275).

É certo que o art. 379 do CPC em vigor ressalva o direito de a parte não produzir provas contra si mesma, porém tal direito deve encontrar ressonância (previsão) no ordenamento. A Constituição Federal só assegura referido direito em caso de autoincriminação, sendo ele ainda admissível para a tutela de outros direitos fundamentais, como a intimidade e o sigilo profissional.

Ocorre que mesmo na vigência do Novo CPC, persistiu forte resistência ao reconhecimento da exibição de documentos como dever jurídico. Diversos são os julgados do E. Tribunal de Justiça de São Paulo que afastam, por consequência, a imposição de multa na hipótese de descumprida a determinação judicial para a exibição do documento, entendendo pela aplicação da súmula 372 do STJ:

Agravo de Instrumento. Cumprimento de sentença. Determinada a juntada dos documentos faltantes, sob pena de multa diária, ainda que limitada. Inconformismo da ré. Exibição de documentos. Impossibilidade de aplicação da multa. Súmula 372 do STJ. Presunção de veracidade do afirmado em ação principal. Inteligência do caput do art. 400 do CPC. Decisão reformada. Recurso provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2159383-53.2018.8.26.0000; Relator (a): Hélio Nogueira; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Foro de Presidente Prudente - 2ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 12/09/2018; Data de Registro: 12/09/2018)

APELAÇÃO. Ação de obrigação de fazer – Exibição de instrumento contratual de empréstimo bancário – Sentença de procedência – Incidência de multa cominatória – Recurso do banco réu. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS – Falta de interesse de agir verificada – Pretensão cautelar de natureza satisfativa não replicada no atual regramento processual, o que implica a sua impossibilidade por ausente previsão legal – Falta de necessidade a caracterizar o interesse processual, inexistindo comprovação da recusa do réu em fornecer os documentos administrativamente, com recolhimento da referente taxa e conferindo prazo razoável para o cumprimento da solicitação – Desnecessidade concreta da atividade jurisdicional – Réu, ademais, que apresentou os documentos em sede de defesa, sem resistir ao pedido – Impossibilidade de aplicação de multa cominatória em ação de exibição de documentos – Inteligência da Súmula nº 372 do STJ – Extinção do processo sem julgamento do mérito, na forma do art. 485, VI do CPC. Recurso provido. (TJSP; Apelação 1018732-19.2017.8.26.0001; Relator (a): Helio Faria; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional I - Santana - 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/11/2018; Data de Registro: 06/12/2018)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Cautelar de exibição de documentos. Fase de cumprimento de sentença. Determinada a apresentação de documentos, no prazo de quinze dias, sob pena de multa diária. Multa incabível. Incidência do teor da Súmula nº 372, do C. STJ. Advento do Código de Processo Civil que não revogou automaticamente referida Súmula. Possibilidade, ao Magistrado, da adoção de outras medidas coercitivas para a efetividade da decisão judicial, conforme a disciplina do artigo 400, do CPC. Decisão reformada. PREQUESTIONAMENTO. Desnecessidade de menção expressa a todos os dispositivos legais. Recurso provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2076252-83.2018.8.26.0000; Relator (a): Jairo Oliveira Júnior; Órgão Julgador: 15ª Câmara de

Direito Privado; Foro de Barretos - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/11/2018; Data de Registro: 22/11/2018)

Há de se ponderar que, por evidente, o entendimento acima longe está de ser predominante, havendo julgados em sentido oposto, os quais, já adaptados ao Novo Código de Processo Civil, entendem pela revogação da Súmula 372 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

ASTREINTE – Exibição de documentos como medida probatória determinada pelo juiz em liquidação de sentença proferida em ação revisional de contrato bancário – Aplicação da multa pelo descumprimento da ordem de exibição ou de juntada aos autos dos extratos bancários no período a ser considerado pela perita judicial no cálculo do valor devido – Admissibilidade – Tese da impossibilidade de aplicação de astreinte na exibição de documentos (cautelar antecedente ou incidental) ficou superada pela lei nova, estando expressamente autorizada a imposição de multa diária ou qualquer outra medida indutiva, coercitiva, mandamental ou sub-rogação adequada a compelir a parte a colaborar na produção de prova, como a juntada aos autos de documento que se encontre em seu poder - Inteligência do parágrafo único do art. 400 do CPC/2015 – Hipótese em que a exibição é necessária para tornar possível a realização de perícia contábil em liquidação de sentença proferida em ação revisional de contrato – Decisão mantida – Recurso desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2157621-02.2018.8.26.0000; Relator (a): Álvaro Torres Júnior ; Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 41ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/11/2018; Data de Registro: 14/11/2018)

Agravo de Instrumento. Exibição de Documentos. Cumprimento de Sentença. Ato atentatório à dignidade da Justiça. Fixação de multa de 20% sobre o valor da causa. Art. 77, IV c.c. § 2º, CPC. Desobediência ao título exequendo. Recalcitrância da Instituição Financeira, na exibição dos documentos. Art. 400, CPC, bem aplicado. Súmula 372, STJ, que restou revogada pelas novas disposições do CPC, art. 396 e seguintes. Decisão mantida. Recurso não provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2179670-37.2018.8.26.0000; Relator (a): Bonilha Filho; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piracicaba - 2ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 14/11/2018; Data de Registro: 14/11/2018)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de exibição de documento comum às partes. Negócio bancário. Cumprimento de sentença. Estipulação de multa em caso de resistência injustificada. Legitimidade. Proporcionalidade que também é observada, particularmente tendo-se em conta a fortuna da obrigada. RECURSO DENEGADO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2219103-48.2018.8.26.0000; Relator (a): Sebastião Flávio; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/11/2018; Data de Registro: 12/11/2018)

De qualquer modo, a divergência sobre a questão continuou tamanha que o E. STJ resolveu, mais uma vez, reanalisar a matéria, razão pela qual atualmente a questão atinente ao “Cabimento ou não de multa cominatória na exibição, incidental ou autônoma, de documento relativo a direito disponível, na vigência do CPC/2015”, é objeto de novo Recurso Repetitivo (Tema 1000), ainda pendente de julgamento e com determinação de suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a matéria e tramitem no território nacional.

4 CONCLUSÃO

A prova consiste, em termos gerais, no processo (ou conjunto de atividades) de reconstrução dos fatos, tendo o juiz por destinatário e a busca da verdade como objetivo concreto. O encargo de produzir a prova (que não se confunde com dever jurídico, salvo na exibição de documentos), é entendido sob dois aspectos: subjetivo e objetivo. O primeiro constitui elemento de incentivo às partes, norteando-as na atividade de produzir as provas, já o segundo serve como regra de julgamento (verdadeira “regra de desempate”), obstando o “non liquet” e servindo de diretriz ao julgador.

Ordinariamente, a lei atribui o ônus da prova (atribuição estática e prévia), de acordo com o a posição e interesse da parte em sua produção. Há situações, no entanto, nas quais se admite a inversão do ônus probatório, consistente isto no abandono de sobredita regra estática, como forma de se impedir situações de desequilíbrio e injustiça.

Neste sentido, o Novo Código de Processo Civil, fundado no dever de cooperação, incorporou pleito já antigo da doutrina, passando a prever de forma expressa a distribuição dinâmica, sempre que a produção da prova se mostrar impossível ou de extrema dificuldade a uma das partes, mas, em contrapartida, possível à parte adversa. O artigo 373, §1º, do CPC, embora guarde importância solar, não revogou o art. 6º, VIII, do CDC, o qual, conforme entendimento que parece predominante, aplica-se a todas as ações coletivas, independentemente do respectivo objeto, pois constitui norma de direito processual.

Vantajosa é a aplicação deste último dispositivo aos autores da ação coletiva, pois não exige ele que a parte contrária (réu na ação coletiva), tenha melhores condições de produzir a prova, muito embora haja entendimento de que tal exigência é aplicável em todo o caso, por força de interpretação sistemática.

As ações coletivas acompanham, na maior parte, as regras gerais do ônus da prova, inclusive as divergências existentes a respeito do tema. Há, no entanto, especificidades que importam em não menos controvérsias. Ponto aqui sempre lembrado consiste na compreensão e limites dos requisitos trazidos pelo art. 6º, VIII, do Estatuto Consumerista (hipossuficiência e verossimilhança), sendo sua delimitação precisa alvo de intermináveis discussões.

A hipossuficiência, embora pairem controvérsias, é predominantemente entendida como carência técnica, ou seja, falta de conhecimento e informações específicas para a prova de determinado fato, podendo restar tal requisito presente em relação a qualquer um dos autores coletivos.

A verossimilhança, por seu turno, decorre da utilização, pelo juiz, das regras de experiência e presunções simples, por meio das quais conclui pela existência de um fato não provado a partir de outro fato provado, pois aquele é deste consequência ou pressuposto. Não há aqui propriamente inversão, mas sim alteração do critério judicial de avaliação das provas.

Possível é, ainda, a inversão convencional do ônus da prova, porém nas ações coletivas deve isto ocorrer sempre em favor do autor coletivo. Outra possibilidade aventada pela jurisprudência consiste na inversão do custo financeiro da prova, medida que resolveria a isenção deferida pelos artigos 87 do Código de Defesa do Consumidor e 17 da LACP, muito embora neste ponto a divergência seja ainda maior, dada a falta de norte legal.

Percebe-se que o ônus da prova nas ações coletivas, não obstante tenha por base, como dito, as regras gerais que norteiam todo o ônus da prova no processo civil, apresenta importantes peculiaridades, bem como discussões próprias, já que específicas à respectiva temática.

O presente trabalho, longe de solucionar as tantas questões trazidas, buscou expor, de forma resumida (considerando a abrangência restrita do estudo), as correntes existentes e soluções propostas.

REFERÊNCIAS

- CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. 4ª ed. Campinas: Bookseller, 2005
- CARPES, Artur. **Ônus da prova**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010
- CARVALHO NETO, Frederico da Costa. **Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, v 2. São Paulo: Saraiva, 1969.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). **Provas**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de Processo Coletivo**. São Paulo: Atlas, 2010
- DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, vol III.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol II.
- LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. 2ª ed. São Paulo: Método
- NOGUEIRA, Tânia Lis Tizzoni. **A Prova no Direito do Consumidor**, 1ª ed. Curitiba: Juruá, 1998

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da Prova**. 2ª ed. Coleção de Estudos Enrico Tullio Liebman – vol 44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, Vol 1.

SOUZA, Motaury Ciocchetti. **Ação Civil Pública e Inquérito Civil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 57ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, Vol I.

NOTAS

[1] SANTOS (1983, p. 8) conceitua prova a partir de seu sentido objetivo e subjetivo. Para ele, prova, em sentido subjetivo, consiste na “crença da certeza dos fatos alegados em juízo” (convicção da verdade sobre os fatos relevantes e controvertidos) e em sentido objetivo “nos meios admitidos ou impostos pela lei para chegar-se a essa convicção”. Após análise de ambos os aspectos, o autor traz, enfim, um conceito uno de prova: “prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo” (1983, p. 13).

[2] Há divergência a respeito, servindo de argumento a trazer ainda mais celeuma o fato de a prova ser tratada também pelo Código Civil. Neste sentido, SANTOS (1983, p. 42) defende a natureza mista do direito probatório, aduzindo que “na sistemática do direito brasileiro, que no tocante se filia ao sistema do direito francês, belga e italiano, os princípios referentes à prova se incluem no direito material e no direito formal. Entram na esfera do direito civil a determinação das provas e a indicação tanto do seu valor jurídico quanto das condições de sua admissibilidade. Ao direito processual cabe estabelecer o modo de constituir a prova e de produzi-la em juízo”.

[3] e para isto é fundamental a adoção do princípio da liberdade objetiva das provas.

[4] Em: Provas. DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.), 2ª ed, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 271

[5] Provas. DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.), 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 272

[6] A lição tem sido recebida com ressalvas, considerando a possibilidade de o autor sagrar-se vencedor em vista de provas colhidas de ofício pelo juiz.

[7] A teor da discussão já vista, a distribuição dinâmica, para alguns, não é propriamente inversão, “porque só se poderia falar em inversão caso o ônus fosse estabelecido prévia e abstratamente. Não é o que acontece com a técnica da distribuição dinâmica que se dá no caso concreto” (Eduardo Cambi, Provas. Coordenador Fredie Didier Jr, 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 537). No mesmo sentido: “enquanto a primeira (distribuição dinâmica) é uma via de mão dupla, dependente da análise criteriosa das condições fáticas das partes, a segunda (inversão), muito embora dependa do caso concreto, é uma via de mão única, é dizer, a inversão só pode ser feita uma única vez e em um único sentido” (MACEDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi Provas. Coordenador Fredie Didier Jr, 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 598).

[8] Justamente por isto adverte Humberto Theodoro Junior (2016, p. 912) que a inversão ocorrerá somente sobre as provas subjetivamente difíceis (casos em que a dificuldade decorre da condição da parte) e não sobre as provas objetivamente difíceis (quando a dificuldade decorre da natureza da coisa ou do evento).

[9] Moacyr Amaral Santos (1983), entretanto, traz críticas à doutrina de Bentham, pois implicaria ela em uma inexistência de norte à repartição do ônus e, ainda, na supressão do princípio dispositivo.

[10] Vitor de Paula Ramos: Provas. Coordenador Fredie Didier Jr, 2ª ed, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 275

[11] Em sentido contrário ao ora defendido, pontuam DONIZETTI e CERQUEIRA (2010, p. 307): “justamente por pressupor a vulnerabilidade do consumidor, o art. 6º, VIII, do CDC deve ser visto como norma de direito material-processual, devendo ter sua aplicação restrita a causas de consumo (individuais ou coletivas). Assim, salvo no tocante às relações de consumo, não concordamos com o enquadramento do referido dispositivo como norma do microsistema processual coletivo”.

[12] LEONEL, Ricardo de Barros. Manual de Processo Coletivo, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 449.

[13] MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa Dos Interesses Difusos em Juízo, 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 725

[14] O STJ tem entendimento em sentido contrário: “É entendimento pacificado no STJ que a inversão do ônus da prova é **faculdade** conferida ao magistrado, **não um dever**, e fica a critério da autoridade judicial conceder tal inversão quando for verossímil a alegação do consumidor ou quando for ele hipossuficiente” (AgInt no REsp 1569566/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin DJe 27/04/2017, grifo nosso)

[15] O Superior Tribunal de Justiça entende que em matéria ambiental o princípio da precaução implica na inversão do ônus probatório, independentemente dos requisitos do art. 6º, VIII, do CDC (STJ, AgRg no AREsp 183.202/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJe de 13/11/2015; AgInt no AREsp 779250/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/12/2016)

[16] DINAMARCO (2017. P. 90) fala em hipossuficiência organizacional: “esse foi um benefício autorizado pelo estatuto consumerista em **atenção à presumida hipossuficiência organizacional dos consumidores finais de bens ou produtos**, vindo depois a servir de modelo e inspiração para o novo Código de Processo Civil” (grifo não original).

[17] Neste sentido: LEONEL, 2017, p. 450.

[18] “Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: [...] III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373...”

[19] Pende análise do recurso apresentado contra a rejeição do projeto pela CCJ da Câmara dos Deputados

[20] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Processo Coletivo. 2ª ed. São Paulo: Método, 2014.

[21] Pela possibilidade de utilização dos valores do Fundo: STJ, RMS 30.812/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, j. 04.03.2010

[22] P. 728.

Autor

[Thomaz Corrêa Farqui](#)

Juiz de Direito. Mestre em Direito pela PUC/SP

Informações sobre o texto

FARQUI, Thomaz Corrêa. [Ônus da prova nas ações coletivas](#). **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, [ano 24](#), [n. 5894](#), [21 ago. 2019](#). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75616>. Acesso em: 6 abr. 2020.

JULGADOS

Ação civil pública é julgada improcedente por ausência de dano coletivo.

A 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (TRT/RJ) julgou improcedente recurso ordinário do Ministério Público do Trabalho (Procuradoria do Trabalho do Município de Volta Redonda) considerando ausência de dano coletivo. O colegiado seguiu, por unanimidade, o voto da relatora do acórdão, desembargadora Maria das Graças Cabral Viegas Paranhos, que entendeu ser mais adequado o ajuizamento de ações trabalhistas individuais no caso em questão.

O MPT ajuizou, em 27 de novembro de 2018, uma ação civil pública, com pedido de tutela provisória, face à empresa Autobama Transportes LTDA., localizada no município de Barra Mansa (RJ), devido a irregularidades trabalhistas cometidas pela empregadora. De acordo com as afirmações do MPT, que constam na inicial, a instituição recebeu denúncias de que a empresa não assinava Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), submetia seus funcionários a jornadas de trabalho ilegais, não remunerava horas extras, nem trabalho realizado em feriados e domingos. Além disso, segundo as denúncias encaminhadas ao MPT, a transportadora desrespeitava o intervalo interjornada mínimo previsto em lei, não fornecia Equipamentos de Proteção Individual (EPIs), realizava descontos indevidos nos salários dos funcionários, entre outras ilegalidades praticadas.

Ainda de acordo com o MPT, tais denúncias de irregularidades geraram a instauração de um inquérito civil que não teve resultados satisfatórios porque a empresa deixou de apresentar uma série de documentos solicitados. O MPT acrescentou que pediu uma inspeção fiscal à Gerência Regional do Trabalho e Emprego de Volta Redonda (GRTE/VR), que teria comprovado as denúncias de irregularidades trabalhistas. Em seguida, o MPT relatou que a empresa foi convocada para comparecer à audiência administrativa para avaliar a proposta de lavratura de Termo de Ajuste de Conduta (TAC). De acordo com o MPT, a empresa se recusou a assinar o termo, alegando – sem nenhuma comprovação – que já havia corrigido as irregularidades.

A empresa de transporte rodoviário, em sua contestação, negou todas as acusações e ressaltou que seus funcionários não podem trabalhar sem EPIs, pois, sem esses equipamentos, eles não têm acesso aos locais de carga e descarga localizados dentro das indústrias que são clientes da transportadora. Além disso, alegou que não assinou o TAC porque o mesmo continha cláusulas que feriam a convenção coletiva da categoria e a lei.

Em seu voto, a desembargadora Maria das Graças Cabral Viegas Paranhos concluiu que não havia provas suficientes para julgar irregularidades na jornada de trabalho e no fornecimento de EPIs. A relatora observou que a ausência de relatos de acidentes, afastamentos previdenciários e doenças ocupacionais – durante a tramitação do processo – reforçou ainda mais o fato de que as irregularidades poderiam ser discutidas em reclamações trabalhistas individuais.

Com relação ao atraso de salários, a magistrada afirmou que a verificação de apenas um dia de atraso no pagamento do salário de um único empregado não seria suficiente para justificar uma ação civil pública, prejudicando o pedido de dano moral coletivo.

A decisão ratificou a sentença da juíza Adriana Maria dos Remedios Branco de Moraes Cardenas Tarazona, em exercício na 1ª Vara do Trabalho de Barra Mansa.

Nas decisões proferidas pela Justiça do Trabalho, são admissíveis os recursos enumerados no art. 893 da CLT.

(0101486-79.2017.5.01.0551)

Fonte: Tribunal Regional do Trabalho 1ª Região Rio de Janeiro, 03.09.2019

Não há prazo determinado para ajuizamento de ação coletiva de consumo, decide Terceira Turma

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu, por unanimidade, que a ação coletiva de consumo não se sujeita ao prazo prescricional de cinco anos fixado na Lei 4.717/1965. Para o colegiado, não há prazo para o exercício do direito subjetivo público e abstrato de agir relacionado ao ajuizamento desse tipo de ação, o que afasta a aplicação analógica do [artigo 21](#) da Lei da Ação Popular.

A relatora do caso julgado, ministra Nancy Andrighi, explicou que o exame da questão demanda a distinção conceitual entre os institutos do direito subjetivo, da pretensão e do direito de ação, esclarecendo que a prescrição se relaciona ao exercício da pretensão, e não ao direito público subjetivo e processual de agir – que, por ser abstrato, não se submete às consequências da inércia e da passagem do tempo nos mesmos moldes da pretensão.

A ministra afirmou que o direito público subjetivo e processual de ação deve ser considerado, em si, imprescritível, haja vista ser sempre possível requerer a manifestação do Estado sobre um determinado direito e obter a prestação jurisdicional, mesmo que ausente o direito material.

Propaganda enganosa

O Ministério Público de Pernambuco ajuizou ação coletiva de consumo para questionar a venda de suplemento alimentar sem registro na Anvisa e a prática de propaganda enganosa, em virtude de o produto ser apresentado ao público consumidor como se possuísse propriedades medicinais.

A sentença, confirmada em segunda instância, condenou o laboratório a não mais ofertar suplementos alimentares sem autorização da Anvisa, não mais realizar publicidade enganosa ou abusiva, compensar danos morais coletivos – no valor de R\$ 100 mil – e reparar os danos morais e materiais experimentados individualmente pelos consumidores, conforme apuração em liquidação de sentença.

No STJ, o recorrente alegou que a denúncia ocorreu em 2003, e a ação coletiva somente foi ajuizada em 2009, mais de cinco anos após a configuração da lesão, o que levaria à prescrição da ação coletiva.

Direito imperecível

A relatora disse que o direito de agir é fruto do monopólio estatal do uso da força legítima e da vedação da autotutela, e representa a provocação ao Estado para que, por meio do Poder Judiciário, saia de sua imobilidade e se manifeste sobre o direito aplicável à relação jurídica deduzida em juízo.

"O direito de obter do Estado uma manifestação jurisdicional é imperecível, de forma que o máximo que pode ocorrer é a impossibilidade da satisfação de uma determinada pretensão por meio de um específico procedimento processual, ante a passagem do tempo qualificada pela inércia do titular, apta a caracterizar a preclusão, a qual, todavia, por si só, não impossibilita o uso abstrato da específica ação ou procedimento", afirmou.

Jurisprudência

Nancy Andrighi explicou que, embora a jurisprudência do STJ aplique por analogia o prazo de cinco anos do artigo 21 da Lei da Ação Popular para a ação coletiva de consumo, por não existir na [Lei da Ação Civil Pública](#) prazo expresso para o exercício dessa modalidade de direito subjetivo público, o emprego da analogia é indevido, em razão da disparidade de objetos e causas de pedir de cada uma dessas ações.

Para Nancy Andrighi, a Lei 4.717/1965 dispõe expressamente em seu [artigo 1º](#) que o objetivo da ação popular é a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público em sentido amplo, constatado a partir dos vícios enumerados no [artigo 2º](#).

Já as ações coletivas de consumo atendem a um espectro de prestações de direito material muito mais amplo, podendo não só anular ou declarar a nulidade de atos, como também determinar outras providências capazes de propiciar a adequada tutela dos consumidores, nos termos do [artigo 83](#) do Código de Defesa do Consumidor.

Economia processual

"É, assim, necessária a superação (*overruling*) da atual orientação jurisprudencial desta corte, pois não há razão para se limitar o uso da ação coletiva ou desse especial procedimento coletivo de enfrentamento de interesses individuais homogêneos, coletivos em sentido estrito e difusos, sobretudo porque o escopo desse instrumento processual é o tratamento isonômico e concentrado de lides de massa relacionadas a questões de direito material que afetem uma coletividade de consumidores, tendo como resultado imediato beneficiar a economia processual", afirmou a relatora.

De acordo com a ministra, "submeter a ação coletiva de consumo a prazo determinado tem como única consequência impor aos consumidores os pesados ônus do ajuizamento de ações individuais, em prejuízo da razoável duração do processo e da primazia do julgamento de mérito, princípios expressamente previstos no atual Código de Processo Civil em seus artigos 4º e 6º, respectivamente, além de prejudicar a isonomia, ante a possibilidade de julgamentos discrepantes".

Termo inicial

Segundo Nancy Andrighi, mesmo que houvesse previsão legal de prazo para o ajuizamento de ações coletivas de consumo, o direito discutido no caso concreto não teria sido fulminado pela passagem do tempo.

Ela explicou que, pelo viés objetivo da teoria da *actio nata*, a prescrição começa a ser contada com a violação do direito, assim que a prestação se tornar exigível. Por outro

lado, segundo a vertente subjetiva da *actio nata*, a contagem do prazo prescricional exige a efetiva inércia do titular do direito.

A relatora destacou que a jurisprudência do tribunal entende que a aplicação da *actio nata* sob a vertente subjetiva é excepcional, cabível apenas nos ilícitos extracontratuais, como no caso em exame.

Ao manter o acórdão do TJPE, a ministra observou que, por se tratar de ilícito extracontratual, o prazo prescricional somente deve ser contado a partir do efetivo conhecimento de todos os elementos da lesão.

Nancy Andrighi destacou que o TJPE concluiu que somente ao final do inquérito civil o Ministério Público se convenceu da natureza enganosa da publicidade, devendo ser esse o marco inicial de contagem do prazo, nos termos da teoria subjetiva da *actio nata*. Para a ministra, portanto, rever esse posicionamento demandaria o reexame de fatos e provas, o que é vedado pela **Súmula 7** do STJ.

Leia o **acórdão**.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): [REsp 1736091](#)

<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Nao-ha-prazo-determinado-para-ajuizamento-de-acao-coletiva-de-consumo--decide-Terceira-Turma.aspx>

As associações possuem legitimidade para defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, independentemente de autorização expressa dos associados

Origem: **STJ**

Ementa Oficial

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. ASSOCIAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. EXPRESSA AUTORIZAÇÃO ASSEMBLEAR. PRESCINDIBILIDADE. SUCESSÃO PROCESSUAL NO POLO ATIVO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Não se aplica ao caso vertente o entendimento sedimentado pelo STF no RE n. 573.232/SC e no RE n. 612.043/PR, pois a tese firmada nos referidos precedentes vinculantes não se aplicam às ações coletivas de consumo ou quaisquer outras demandas que versem sobre direitos individuais homogêneos. Ademais, a Suprema Corte acolheu os embargos de declaração no RE n. 612.043/PR para esclarecer que o entendimento nele firmado alcança tão somente as ações coletivas submetidas ao rito ordinário.

2. O microsistema de defesa dos interesses coletivos privilegia o aproveitamento do processo coletivo, possibilitando a sucessão da parte ilegítima pelo Ministério Público ou por algum outro colegitimado, mormente em decorrência da importância dos interesses envolvidos em demandas coletivas.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp 1719820/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/04/2019, DJe 23/04/2019)

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO INDICAÇÃO.

SÚMULA 284/STF. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ.

FUNDAMENTAÇÃO. AUSENTE. DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. INTERESSE DE AGIR. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE DAS ASSOCIAÇÕES. REGIME DE SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. AUTORIZAÇÃO ASSEMBLEAR. DESNECESSIDADE. ESTATUTO. REEXAME DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULA 5/STJ. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. CUMULAÇÃO.

OUTROS ENCARGOS. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PROVA DO ERRO. RELAÇÃO DE CONSUMO. TESES REPETITIVAS.

1. Cuida-se de ação coletiva de consumo, ajuizada por associação civil em favor de todos os consumidores e por meio da qual é questionada a cobrança cumulativa de comissão de permanência com outros encargos, como multa e juros de mora, nos contratos de abertura de crédito em conta corrente. 2. Recurso especial interposto em: 15/09/2016; conclusos ao gabinete em: 30/01/2017;

juízo: CPC/15.

3. O propósito recursal cinge-se a determinar se: a) houve negativa de prestação jurisdicional; b) havia interesse de agir no momento da propositura da presente ação coletiva; c) a associação autora possui legitimidade ativa para propor ação coletiva de consumo que verse sobre os interesses individuais homogêneos de todos os consumidores do Estado do Rio Grande do Sul; d) é válida a cobrança cumulativa de comissão de permanência com outros encargos, como multa e juros de mora; e e) é necessária a prova de erro para a repetição de indébito nas relações de consumo.

4. A ausência de expressa indicação de obscuridade, omissão ou contradição nas razões recursais enseja o não conhecimento do recurso especial.

5. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial.

6. A ausência de fundamentação ou a sua deficiência importa no não conhecimento do recurso quanto ao tema.

7. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível.

8. Por se tratar do regime de substituição processual, a autorização para a defesa do interesse coletivo em sentido amplo é estabelecida na definição dos objetivos institucionais, no próprio ato de criação da associação, sendo desnecessária nova autorização ou deliberação assemblear.

9. As teses de repercussão geral resultadas do julgamento do RE 612.043/PR e do RE 573.232/SC tem seu alcance expressamente restringido às ações coletivas de rito ordinário, as quais tratam de interesses meramente individuais, sem índole coletiva, pois, nessas situações, o autor se limita a representar os titulares do direito controvertido, atuando na defesa de interesses alheios e em nome alheio.

10. Verificar se o estatuto da autora somente previa a possibilidade de defesa de seus associados demandaria a interpretação de cláusulas contratuais, vedada pela Súmula 5/STJ.

11. A comissão de permanência não pode ser cumulada com quaisquer outros encargos remuneratórios ou moratórios. Tese repetitiva.

12. Tratando-se de relação de consumo ou de contrato de adesão, a compensação/repetição simples do indébito independe da prova do erro.

13. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(REsp 1649087/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 04/10/2018)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015 NÃO CONFIGURADA. SERVIDOR PÚBLICO. ASSOCIAÇÃO DE SERVIDORES. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DIREITOS HETEROGÊNEOS. REVISÃO.

SÚMULA 7/STJ. ALÍNEA "C" PREJUDICADA.

1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública ajuizada pela recorrente, na condição de substituta processual, contra o Município de Porto Alegre, buscando o reconhecimento do direito dos servidores substituídos/representados. A sentença julgou extinto o processo sem resolução do mérito, por ilegitimidade ativa, na forma do art. 485, VI, do CPC/2015.

2. Inexiste a alegada ofensa ao art. 1022 do CPC/2015, haja vista que a matéria em questão foi analisada, de forma completa e fundamentada, pelo Tribunal de origem.

3. No que diz respeito à legitimidade ativa da Associação, a jurisprudência do STJ entende que tais entes possuem legitimidade para defesa dos direitos e dos interesses coletivos ou individuais homogêneos, independentemente de autorização expressa dos associados.

4. No caso dos autos, verifica-se que a Corte de origem concluiu pela ilegitimidade da Associação, uma vez que, "tem que pese possa parecer que os direitos pleiteados possuem origem comum, observa-se que, como descrito na inicial, o direito pleiteado (férias - licença prêmio -) dependem da análise do histórico funcional de cada servidor, o que não pode ser interpretado como direito homogêneo, tratando sim de direitos heterogêneos" (fl. 265, e-STJ).

5. Inviável modificar o fundamento adotado pelo Tribunal para afastar o caráter heterogêneo dos direitos defendidos e a consequente ilegitimidade da associação para propor ação coletiva, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

6. A incidência da Súmula 7/STJ impede o exame de dissídio jurisprudencial, na medida em que falta identidade entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão, tendo em vista a situação fática do caso concreto, com base na qual deu solução à causa a Corte de origem.

7. Recurso Especial parcialmente conhecido, com relação à preliminar de violação do art. 1.022 do CPC/2015, e, nessa parte, não provido.

(REsp 1796185/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/03/2019, DJe 29/05/2019)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/73. NÃO OCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVAS INDEFERIDAS. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO.

SÚMULA. Nº 7/STJ. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO. CLÁUSULAS CONTRATUAIS.

SÚMULA Nº 5/STJ. IMPOSSIBILIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO A QUO.

DATA DO DESEMBOLSO. PRECEDENTES. ASSOCIAÇÃO. LEGITIMIDADE PROCESSUAL ATIVA. TUTELA DE INTERESSES DIFUSOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.

AUTORIZAÇÃO EXPRESSA INDIVIDUAL OU ASSEMBLEAR. INAPLICABILIDADE.

SÚMULA Nº 83/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA.

TUTELA COLETIVA. ISENÇÃO LEGAL. FUNDAMENTO INATACADO SUFICIENTE PARA MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO. SÚMULA Nº 283/STF. DECISÃO MANTIDA.4

1. Não há afronta ao art. 535 do CPC/73 quando o Tribunal de origem manifesta-se suficientemente sobre a questão controvertida, apenas adotando fundamento diverso daquele perquirido pela parte.

2. Rever as conclusões do acórdão recorrido, com o intuito de verificar eventual necessidade de provas, somente se processa mediante o reexame do conjunto probatório carreado aos autos, o que encontra óbice na Súmula nº 7/STJ.

3. Verificar se a previsão negocial da taxa de administração é abusiva exige o exame das cláusulas contratuais, o que é vedado pela Súmula nº 5/STJ. 4. As associações de classe atuam como representantes processuais, sendo obrigatória a autorização individual ou assemblear dos associados - STF, RE 573.232. Esse entendimento, todavia, não se aplica na hipótese de a associação buscar em juízo a tutela de interesses ou direitos difusos - art.82, IV, do CDC. Súmula nº 83/STJ.

5. "No tocante ao termo inicial, é devida correção monetária desde o desembolso" (AgRg no Ag 682.404/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 21/08/2008, DJe 11/09/2008).

6. A subsistência de fundamento inatacado apto a manter a conclusão do aresto impugnado impõe o não conhecimento da pretensão recursal.

Súmula nº 283/STF.

7. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1335681/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 06/03/2019)

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **As associações possuem legitimidade para defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, independentemente de autorização expressa dos associados.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/219c507b38ddfc07899fc1f01ff40c44>>. Acesso em: 06/04/2020

<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/219c507b38ddfc07899fc1f01ff40c44>

Overruling: STJ reanalisa prazo para ação coletiva de consumo

Por [Elen Moreira](#) 12/12/2019 as 19:10

[STJ Direito do Consumidor](#)

No julgamento do Recurso Especial interposto contra acórdão que rejeitou o argumento de que a ação coletiva de consumo estava prescrita o Superior Tribunal de Justiça superou o posicionamento anterior firmando entendimento de que essas ações não se submetem ao prazo de prescrição quinquenal previsto no artigo 21 da Lei 4717 que regulamenta a ação popular.

Entenda o caso

A ação coletiva de consumo foi ajuizada pelo órgão ministerial de Pernambuco contra a empresa Suplam asseverando que os produtos não tinham selo da ANVISA e que as propriedades medicinais prometidas configurariam propaganda enganosa.

O juízo de origem prolatou sentença de condenação exigindo que cessem as ofertas do produto e as propagandas, além de fixar pagamento a título de danos morais coletivos e individuais.

O TJPE jugou pela rejeição da apelação refutando a tese de prescrição da ação coletiva de consumo e negando seguimento do recurso.

Decisão do STJ

A ministra Nancy Andri ghi manteve o acórdão do TJPE concluindo pelo overruling da jurisprudência da Corte acerca do prazo para proposição de ação coletiva de consumo.

Diante disso, a ministra considerou o direito subjetivo público imprescritível e consignou que a ação coletiva de consumo não se submete ao prazo de 5 anos de prescrição previsto na Lei que regula a ação popular porque, embora sejam de natureza similar, aquela é mais ampla pela abrangência a diversos direitos materiais.

Ademais, acrescentou que a limitação do prazo para ação coletiva imporia aos consumidores a proposição individual de ações violando os princípios previstos nos artigos 4º e 6º do Código de Processo Civil.

O acórdão deixa claro, ainda, que ações individuais em detrimento da ação coletiva poderiam acarretar decisões divergentes, violando o princípio da isonomia.

Ao mencionar o julgado no Resp 1.774.637/SP, de sua autoria, a ministra concluiu que “em regra, somente as pretensões de direito material ficam submetidas à extinção pela inércia do titular por determinado tempo”.

Número de processo REsp 1736091

<https://direitoreal.com.br/noticias/overruling-stj-reanalisa-prazo-para-acao-coletiva-de-consumo>

O juízo prolator da sentença em ação coletiva tem competência absoluta para a fase de execução?

Resposta: não

“1. Conflito de competência firmado entre juízos fazendários para processamento da execução de sentença coletiva proferida no bojo de ação popular que determinou a devolução de valores recebidos indevidamente por agentes e servidores públicos da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

2. A execução individual de decisão proferida em ação coletiva se submete à livre distribuição, não havendo prevenção do juízo prolator da sentença genérica.”

([Acórdão1179467](#), 07057154920198070000, Relatora: GISLENE PINHEIRO, 1ª Câmara Cível, data de julgamento: 17/06/2019, publicado no DJe: 21/06/2019)

“A execução individual de sentença condenatória genérica, proferida no julgamento de ação popular, não torna prevento o Juízo da demanda principal, devendo o feito executivo ser distribuído de forma aleatória. O artigo 137, § 3º, inciso II, do Provimento Geral da Corregedoria deste Tribunal de Justiça, determina que os pedidos individuais de cumprimento de sentença, quando lastreados em título formado em ação coletiva, devem sofrer nova distribuição. Precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Corte.”

([Acórdão 1175817](#), 07049403420198070000, Relator: ESDRAS NEVES, 2ª Câmara Cível, data de julgamento: 04/06/2019, publicado no PJe: 20/06/2019)

([Acórdão 1175737](#), 07051759820198070000, Relator: JOSÉ DIVINO, 2ª Câmara Cível, data de julgamento: 03/06/2019, publicado no PJe: 17/06/2019;

([Acórdão 1175809](#), 07043003120198070000, Relator: ARNOLDO CAMANHO, 2ª Câmara Cível, data de julgamento: 04/06/2019, publicado no DJe: 10/06/2019;

([Acórdão 1173570](#), 07051975920198070000, Relatora: FÁTIMA RAFAEL, 1ª Câmara Cível, data de julgamento: 27/05/2019, publicado no DJe: 07/06/2019;

([Acórdão 1168710](#), 07045047520198070000, Relator: ALFEU MACHADO, 2ª Câmara Cível, data de julgamento: 07/05/2019, publicado no PJe: 24/05/2019;

([Acórdão 1162012](#), 07209448320188070000, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, 1ª Câmara Cível, data de julgamento: 01/04/2019, publicado no DJe: 09/04/2019.

Julgados em destaque

- TJDF

Ação civil pública julgada na Justiça Federal – execução individual - competência da justiça comum

“1. O art. 98, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor afasta a competência absoluta do juízo da ação civil pública no caso de execução individual, cabendo a distribuição aleatória da demanda.

2. Não se vislumbra a presença no polo passivo de pessoa jurídica, bem ou interesse que atraia a competência da Justiça Federal, porquanto o cumprimento de sentença foi ajuizado apenas contra a sociedade de economia mista, responsável pela atualização monetária do título de crédito adimplido pela recorrente.”

(Acórdão [1133258](#), 07087306020188070000, Relator: LUÍS GUSTAVO B. DE OLIVEIRA, 4ª Turma Cível, data de julgamento: 24/10/2018, publicado no DJe: 31/10/2018)

Ação coletiva – Vara da Infância e da Juventude – execução individual – varas da Fazenda Pública

“1. Nos termos do artigo 516, inciso II, do CPC, a regra geral é de que a competência para executar os títulos judiciais é do juízo que tenha sido o competente para a fase de conhecimento, responsável pela prolação da sentença exequenda. Todavia, o parágrafo único excepciona essa regra, como é o caso da execução individual de sentença condenatória proferida no julgamento de ação civil pública, pois inexistente interesse apto a justificar a prevenção do Juízo que examinou o mérito dessa ação coletiva para o processamento e julgamento das execuções individuais desse título judicial.

2. O art. 137, § 3º, inciso II, do Provimento Geral da Corregedoria, determina que os pedidos individuais de cumprimento de sentença, quando lastreados em título formado em ação coletiva devem sofrer nova distribuição.”

(Acórdão [1125231](#), 07075167720188070018, Relator: JOSAPHA FRANCISCO DOS SANTOS, 5ª Turma Cível, data de julgamento: 19/09/2018, publicado no PJe: 04/10/2018)

- **STJ**

Opção do exequente – juízo prolator da sentença coletiva ou domicílio

“4. Cabe aos exequentes escolher entre o foro em que a Ação Coletiva foi processada e julgada e o foro dos seus domicílios. Portanto, apesar de ser possível, a promoção da execução individual no foro do domicílio do beneficiário não deve ser imposta, uma vez que tal escolha fica a cargo do autor, que veio a optar pelo foro do juízo prolator da sentença coletiva.”

(REsp [1732071/RJ](#), Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 17/05/2018, DJe 21/11/2018)

Observação

Julgamento repetitivo – “A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC).” **(Temas 480, 481)**

Questão criada em 21/8/2019.

<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-em-perguntas/direito-civil-e-processual-civil/tutela-de-direitos-coletivos/as-execucoes-individuais-de-acao-coletiva-devem-ser-processadas-pelo-juizo-prolator-da-sentenca>