



Opinião: Acesso à Justiça e direito à prova nas ações coletivas

O debate acerca da responsabilidade pelo adiantamento do pagamento de honorários decorrentes de perícias requeridas em ações civis públicas não é novo e parece voltar ao cenário com a recente decisão tomada no ARE 1.283.040 (Supremo Tribunal Federal, decisão da lavra do relator ministro Ricardo Lewandowski, [publicada pela ConJur](#)).



A regra, no processo coletivo, é a dispensa do adiantamento

de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas para o ajuizamento da ação pelo legitimado coletivo, isentando-o, ainda, do pagamento de verba sucumbencial (honorários de advogado, custas e despesas processuais), salvo em caso de comprovada má-fé, regra prevista no artigo 18 da Lei da Ação Civil Pública e no artigo 87 do Código de Defesa do Consumidor.

Quem deverá arcar com as despesas de eventual prova pericial requerida exclusivamente pelo autor? Esse é o ponto do debate, já que não é razoável exigir que o perito trabalhe gratuitamente ou na incerteza de receber tão somente ao final do processo e caso haja condenação do réu.

Uma solução possível é a de retirar o dinheiro de um dos fundos de direitos difusos. Há decisão do Superior Tribunal de Justiça neste sentido (RMS 30.812/SP, 2ª Turma, DJe 18/3/2010). Vindo a ser o réu, ao final, condenado, o valor retorna ao fundo. Se demanda for julgada improcedente, o fundo arcará definitivamente com o custo.

A controvérsia gira em torno de qual norma deve ser aplicada à questão, é dizer, se aquela constante no microsistema processual coletivo, específica, ou, a geral, prevista no Código de Processo Civil. Não se trata, vale frisar, de uma escolha ou mera opção do intérprete, ideia que deve ser desde logo afastada. O julgador, seja singularmente ou em colegiado, não dispõe de ilimitada discricionariedade ao interpretar e aplicar as normas, encontrando-se limitado pelo quadro previamente definindo por meio do ordenamento jurídico. Com efeito:

"Não se aplicam ao microsistema as regras do CPC-2015 que afetem este regime. Aqui a aplicação é residual. Aplica-se apenas quando não alterar as normas e a lógica próprias do microsistema" [\[1\]](#).

Por exemplo, são inaplicáveis as regras de antecipação dos honorários do perito e despesas de atos processuais do artigo 91 do CPC. O microsistema do processo coletivo, composto, no seu núcleo, pelo Código de Defesa do Consumidor e pelas Leis da Ação Civil Pública e da Ação Popular, não exclui o diálogo com o CPC/2015, mas sua aplicação somente será possível quando não alterar as normas e a lógica próprias do microsistema coletivo. Assim, a solução para a questão relativa ao adiantamento de



honorários periciais deve ser buscada primeiramente no microsistema processual coletivo. Nessa matéria, a aplicação do código é residual, *"tendo em vista a previsão expressa na norma especial em sentido contrário à norma geral, bem com a contrariedade da regra com as finalidades e princípios próprios à tutela coletiva"* [2], interpretação que privilegia a operatividade do sistema coletivo e a sua finalidade (a tutela do grupo) e que encontra guarida no parágrafo segundo do artigo 1.046 do próprio CPC, ao dispor que *"permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este código"*.

Ponto a ser considerado é que o poder público, sempre que possível, deverá fornecer a perícia por meio de seus diversos órgãos, somente devendo ser acionado perito privado quando não houver outra possibilidade, regra prevista no parágrafo §1º do artigo 91 do CPC, o qual dispõe, em sua primeira parte (nesta parte, aplicável ao microsistema, por não afetar o seu regime), que as perícias requeridas pela Fazenda Pública, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública poderão ser realizadas por entidade pública.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado sob o regime de recursos repetitivos (REsp 1.253.844 / SC, Primeira Seção, DJe 17/10/2013), portanto, vinculante, nos termos do artigo 927, III, do Código de Processo Civil, considerou: a) que o regime de custas e honorários do artigo 18 da Lei da Ação Civil Pública é especial em relação ao Código de Processo Civil; b) que é aplicável, por analogia, o enunciado da Súmula 232/STJ, para determinar que a Fazenda Pública a qual se acha vinculado o Ministério Público arque com as despesas de honorários periciais, em ação civil pública ajuizada pelo *Parquet*. Ou seja, tais verbas não podem ser retiradas do orçamento do Ministério Público. A tese restou assim fixada:

"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 nº 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".

Essa decisão foi confirmada por diversas vezes já no regime do novo Código de Processo Civil: *"(...) Não se sustenta a tese de aplicação das disposições contidas no artigo 91 do Novo CPC, as quais alteraram a responsabilidade pelo adiantamento dos honorários periciais; isto porque a Lei 7.347/1985 dispõe de regime especial de custas e despesas processuais, e, por conta de sua especialidade, a referida norma se aplica à ação civil pública, derogadas, no caso concreto, as normas gerais do Código de Processo Civil"* (STJ, 2ª Turma, RMS 55.476/SP, relator ministro Herman Benjamin, DJ em 21/11/2017, DJe em 19/12/2017; STJ, 2ª Turma, AgInt no RMS 56.454/SP, relator ministro Mauro Campbell Marques, DJ em 12/6/2018, DJ em 20/6/2018).



Na decisão monocrática adotada no ARE 1.283.040/RJ, segundo os fundamentos lá articulados, corroborando decisão monocrática anterior do mesmo relator na ACO 1.560, esta última já impugnada pela PGR, não obstante o entendimento atualmente predominante no Superior Tribunal de Justiça, mencionado acima, há possibilidades interpretativas diversas e que são mais condizentes com a legislação processual atual. Sendo assim, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, a questão deveria ser repensada, especialmente a partir dos parágrafos 1º e 2º do artigo 91 do CPC.

Sendo assim, a disciplina do tema pelo Código de Processo Civil atual — prevendo que o Ministério Público ostenta capacidade orçamentária própria e fixando prazo para o planejamento orçamentário da instituição — provocaria, segundo a decisão monocrática, a necessidade uma releitura do artigo 18 da Lei da Ação Civil Pública, sendo o próprio *Parquet* responsável pelos pagamentos das custas relacionadas às perícias que requeira em ação civil pública, sempre que não seja possível realizá-las por meio de entidades públicas. Perceba-se, ainda, que a vingar esta interpretação estaria alcançada também a Defensoria Pública pela regra do CPC.

Não se pode afirmar que referida decisão represente alteração no entendimento fixado anteriormente pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recuso repetitivo e, portanto, vinculante. Isso porque "*nem toda decisão constituirá um precedente*" [3]. Todavia, devemos nos perguntar se o julgado pode representar o início da superação da matéria (*overruling*). A resposta deve ser negativa. Antes, decisões monocráticas, como estas, se prestam, muito mais, a gerar insegurança jurídica, fomentando a prática jurídica que confunde, equivocadamente, jurisprudência e precedentes vinculantes com decisões isoladas, como se as últimas fossem suficientes para configurar as primeiras.

O problema que se coloca a partir do entendimento adotado no ARE 1.283.040/RJ é o mesmo que já fora levantado quando dos debates anteriores sobre a temática e diz respeito ao enfraquecimento do processo coletivo, por meio da criação de entraves à tutela processual coletiva. O Ministério Público é uma instituição fundamental à Justiça e exerce as ações coletivas em nome dos grupos de pessoas que tutela. Para garantia do acesso à Justiça para essas pessoas e grupos, não atua para defesa de direito próprio, mas de direito alheio, no interesse público. Ademais, o orçamento do órgão é reduzido em relação ao orçamento do Poder Judiciário e da Fazenda Pública e essa exigência resultaria em enfraquecimento da sua atuação na prática.

Além disso, há outra questão não enfrentada na decisão, que se refere à aplicação (ou não) do entendimento a outros coletivos, cujos impactos tendem a ser ainda mais severos. Por exemplo, no caso da Defensoria Pública, que possui orçamento demasiadamente reduzido para arcar com todas as suas funções, na amplitude fixada pelo ordenamento. Teria a instituição responsável pela defesa dos necessitados (segundo o artigo 134 da CF/88) de arcar com as verbas periciais? Ou, neste caso, aplicar-se-ia, por analogia, o disposto no parágrafo 5º do artigo 95 do Código de Processo Civil, que veda a utilização de recursos do fundo de custeio da Defensoria Pública, quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da Justiça.



Como se sabe, a Defensoria Pública, enquanto autora de uma ação civil pública, age em legitimação extraordinária, em nome próprio e em defesa de direito alheio [4]. Não há, portanto, propriamente, parte beneficiária da gratuidade. Por outro lado, não há dúvidas de que pessoas financeiramente carentes, portando, beneficiárias da gratuidade da Justiça, poderão ser atingidas pela decisão coletiva, evitando-se que centenas de ações individuais sejam ajuizadas pela instituição, o que vai ao encontro das finalidades do próprio Código de Processo Civil, que volta-se para o tratamento coletivizado das demandas, como se constata pela própria exposição de motivos dos juristas que trabalharam na redação da lei.

E quanto às associações? Poderão suportar tal ônus? Terão de requerer gratuidade da Justiça, comprovando insuficiência de recursos para pagar as custas e as despesas processuais. Nesse caso, o CPC terá revogado as disposições da Lei da Ação Civil Pública, especialmente no que diz respeito à parte final do seu artigo 18, expressa ao afirmar que não haverá condenação em honorários de advogado, custas e despesas processuais, salvo em caso de má-fé, é dizer, lei geral revogando norma especial, quando, como se sabe, a *lex specialis derogat generali*, de forma que, havendo duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial, prevalece a segunda.

A tese fixada pelo STJ no REsp 1.253.844/SC, embora sob a vigência do CPC/1973, não se altera com o advento do CPC de 2015. A razão do precedente (*ratio decidendi*) baseou-se no artigo 18 da Lei da Ação Civil Pública, o qual prescreve que não haverá qualquer adiantamento de despesas nem a condenação do autor ao pagamento de custas e despesas processuais, o que impede que o autor da ação civil pública arque com os ônus periciais e sucumbenciais e o que continua constituindo regramento próprio do microsistema do processo coletivo, afastando a aplicação das regras gerais do CPC/15.

Por fim, pontua-se que a decisão no ARE 1.283.040/RJ vem em momento no qual encontra-se em trâmite projetos de lei que discutem a alteração da Lei da Ação Civil Pública. Muito embora não se possa comparar a qualidade e profundidade desses, projetos é notório que ambos trazem riscos para a tutela coletiva. Um desses riscos é exatamente a disciplina expressa do artigo 35 do PL 4.778/2020, encaminhado pelo Conselho Nacional de Justiça. No projeto do CNJ aplica-se às ações coletivas as regras relativas às custas e à sucumbência do Código de Processo Civil. Afirma ainda que nas ações "*manifestamente infundadas, por decisão unânime*", sendo sucumbente o Ministério Público ou a Defensoria Pública, os ônus serão suportados com recursos alocados no orçamento do respectivo ente público. Esse dispositivo é de técnica redacional perigosa, contém norma contrária ao acesso à Justiça e abre espaço para o bloqueio das ações coletivas por argumentos econômicos. Já o PL 4.441/2020, apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, é melhor em sua redação, mas pecou por deixar de fora a regulamentação do regime de custas e honorários nas ações coletivas, atraindo a incidência do CPC (artigo 1º, §3º, PL 4.441/2020).

É urgente incluir em um substitutivo nestes projetos a regra que existe hoje no microsistema (artigos 18 LACP e artigo 87 CDC). Somente assim iremos garantir a finalidade pública dessas ações coletivas e a completude do material probatório que é o fim do processo, especialmente em causas que defendem o meio ambiente, os consumidores e a probidade administrativa.

Nesse mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal deve garantir o direito fundamental à prova, quer entendendo ser a matéria de competência do Superior Tribunal de Justiça, pois não há ofensa à Constituição; quer por proteger a finalidade do instrumento processual como meio de buscar as provas relevantes para o julgamento com justiça. Como disse Michele Taruffo o processo é "*injusto na medida em que é estruturado de maneira a obstaculizar ou limitar a descoberta da verdade, dado que, neste caso, o que se obstaculiza ou se limita é a justiça da decisão*"



[5].

P.S.: Este artigo é resultado das atividades do FPCC/Ufes — Grupo de Pesquisa Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo vinculado ao Laprocon — Laboratório Processo e Constituição. O Grupo FPCC é fundador da ProcNet — Rede Internacional de Pesquisa Justiça Civil e Processo Contemporâneo. Para obter informações sobre a atividade do grupo, acesse [o site do Laprocon](#).

[1] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo. Vol. 4. 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 448/449.

[2] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo, 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, v.4, p. 429.

[3] ZANETI JR., Hermes. O Valor Vinculante dos Precedentes. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 452.

[4] GONÇALVES FIHO, Edilson Santana. Defensoria Pública e a tutela coletiva de direitos: teoria e prática. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 73.

[5] TARUFFO, Michele. *Una Semplice Verità*. Roma/Bari: Laterza, 2009, p. 119.

Date Created

15/11/2020