

HONORÁRIOS PERICIAIS E MINISTÉRIO PÚBLICO: O QUE DIZEM OS TRIBUNAIS?

SAMUEL ALVARENGA GONÇALVES
Oficial do Ministério Público de Minas Gerais
Especialista em Processo

1. Do acórdão escolhido

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ

RMS 30812 / SP

Ministra ELIANA CALMON (1114)

SEGUNDA TURMA – Data do Julgamento 04/03/2010

DJe 18/03/2010

PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PARCELAMENTO IRREGULAR DE SOLO EM ÁREA DE MATA ATLÂNTICA - DECISÃO JUDICIAL RELATIVA A HONORÁRIOS PERICIAIS – RECORRIBILIDADE – SÚMULA 267/STF.

1. Mandado de segurança impetrado contra decisão judicial proferida em autos de ação civil pública –ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo visando evitar a ocorrência de possíveis danos ambientais decorrentes da realização de parcelamento do solo em área de vegetação de mata atlântica –, mediante a qual se determinou que as despesas com a realização da perícia judicial fossem custeadas com recursos do Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados.

2. “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição” (Súmula 267/STF). Hipótese em que o próprio Ministério Público Estadual interpôs agravo de instrumento, ao qual fora atribuído efeito suspensivo, contra a decisão impugnada.

3. *Inexistência de circunstância capaz de qualificar a decisão impugnada como manifestamente ilegal ou teratológica, pois a Primeira Seção desta Corte, no julgamento dos EREsps 733.456/SP e 981.949/RS, ocorrido na assentada do dia 24 de fevereiro de 2010, decidiu que, conquanto não se possa obrigar o Ministério Público a adiantar os honorários do perito nas ações civis públicas em que figura como parte autora, diante da norma contida no art. 18 da Lei 7.347/85, também não*

se pode impor tal obrigação ao particular, tampouco exigir que o trabalho do perito seja prestado gratuitamente.

4. Diante desse impasse, afigura-se plausível a solução adotada no caso, de se determinar a utilização de recursos do Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados, criado pela Lei Estadual 6.536/89, considerando que a ação civil pública objetiva interromper o parcelamento irregular de solo em área de mata atlântica, ou seja, sua finalidade última é a proteção ao meio ambiente e a busca pela reparação de eventuais danos que tenham sido causados, coincidentemente com a destinação para a qual o Fundo foi criado.

5. Recurso ordinário não provido. (grifo nosso)

2. Comentários

Trata-se de tema polêmico que vem recebendo tratamento desigual em sede da aplicação do direito pelos tribunais em nosso país.

Tem como pano de fundo a dicção legal do art. 18 da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública – LACP), com a redação dada pela Lei nº 8.072/90 (Código de Defesa do Consumidor – CDC), o qual dispõe que: “Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais”.

Como se percebe, a partir de uma simples leitura do dispositivo acima transcrito, a LACP dá um tratamento diferenciado às custas, às despesas e aos honorários sucumbenciais no plano das ações coletivas. A matéria pode ser estudada em dois momentos:

a) No curso do processo – A lei não prevê o adiantamento de quaisquer despesas em geral, incluindo aí a idéia de custas do processo (por exemplo, o recolhimento de valores para a promoção da citação dos demandados) ou despesas processuais, conceito no qual podemos situar a verba pericial para a realização de determinada atividade pelo *expert*.

Merece atenção o fato de que essa disposição é exclusiva apenas aos autores cogitimados para as ações de caráter coletivo. Assim, conforme Mazzilli (2005, p. 503), essa regra não se aplica aos lesados individuais “[...] quando estejam movendo suas ações de execução ainda que baseadas no título constituído no processo coletivo”.

Vale destacar, por outro lado, que esse sistema diferenciado de sucumbência e distribuição das despesas e custas processuais também não se aplica aos demandados, uma vez que estes arcarão com as despesas provisórias dos atos processuais que deram causa na ação civil pública, conforme explica Almeida, G. (2007, p. 191).

b) Ao final do processo – Salvo hipótese de má-fé, a lei especificamente isentou as associações de qualquer condenação nos ônus de sucumbência (custas, despesas ou honorários do advogado). Mas qual é a situação dos demais co-legitimados em

face desses encargos finais oriundos da sucumbência? Mazzilli (2005, p. 505) nos oferece a resposta a essa indagação:

Os legitimados desprovidos de personalidade jurídica (como o Ministério Público e órgãos estatais de defesa dos interesses transindividuais, sem personalidade jurídica própria) responsabilizam a entidade a que pertencem; os demais legitimados (pessoas jurídicas de direito público, autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista) arcam com os encargos de sucumbência, ressalva feita à atuação das associações civis, já examinada acima. De sua parte, os sindicatos e as corporações semelhantes, analogicamente ao que dispõe a lei sobre as associações, merecem o mesmo tratamento que estas.

Nota-se, portanto, um regramento legal diverso daquele genericamente previsto para as ações de caráter individual do art. 20 do Código de Processo Civil – CPC.

A gênese de tal premissa legislativa reside em possibilitar o alargamento do acesso à justiça por meio de mecanismos que estimulem a tutela coletiva, sem criar nenhum embaraço ou medida de cunho restritivo, dada a relevância dos interesses sociais defendidos.

Sem dúvida, lembram Didier Jr. e Zaneti Jr. (2007, p. 314) que, entre os interesses da República está o de ver protegido os bens tutelados pelo direito coletivo; daí, o evidente estímulo para o ajuizamento dessas ações.

Entre outros, é a opinião de Mancuso (2001, p. 349, 350):

[...] o legislador parte da premissa comum de que tais ações, presumivelmente propostas: 1) em prol de um interesse social relevante ou, ao menos, de um interesse coletivo; e 2) por um legitimado ativo que se apresenta como representante idôneo do interesse Objetivado. É por isso que esses dispositivos legais seguem uma linha diferenciada, em contraste com a regra de sucumbência prevista, genericamente no CPC (art. 20); dado o princípio de hermenêutica pelo qual o especial prefere ao geral, aquelas normas especiais, previstas naquelas leis extravagantes, são derogatórias do direito processual comum.

A vocação dessa gratuidade jurídica para as ações coletivas também não foi esquecida nos vários anteprojetos de procuraram sistematizar um Código Brasileiro de Processos Coletivos ou reformar o microsistema coletivo já instaurado no País, conforme se observa do magistério de Didier Jr. e Zaneti Jr. (2007, p. 315-316). No mesmo sentido, posiciona-se favoravelmente a doutrina de Nunes (2005, p. 751) e Leonel (2002, p. 390-391).

Pois bem. O palco de nossos debates reside justamente em apresentar uma resposta razoável à ponderação feita pela Ministra Eliana Calmon no acórdão em comento:

se, por um lado, não se pode obrigar o Ministério Público a adiantar os honorários do perito nas ações civis públicas em que figura como parte autora, diante da norma contida no art. 18 da Lei nº 7.347/85, afigurar-se-ia lícito impor tal obrigação ao particular ou exigir que o trabalho do perito seja prestado gratuitamente?

Imaginemos, pois, que certa sociedade empresarial tenha causado um vultoso dano ambiental em determinada localidade. O enorme passivo ambiental arrastou-se por anos e anos sem que as reais dimensões da degradação tivessem sido satisfatoriamente apuradas. Para tanto, faz-se necessária a realização de uma complexa perícia, inclusive abrangendo mais de uma área de conhecimento. Mais ainda, trata-se de uma perícia sobremaneira dispendiosa (do ponto de vista econômico), dadas as intrincadas questões que se acoplam ao fato.

Nesse exemplo, suponhamos ainda que não haja dúvidas acerca da responsabilidade da infratora (*an debeat*); todavia, diante da escassez de elementos probatórios, não se pode precisar, a contento, um valor adequado a título de indenização pelos danos ambientais causados (*quantum debeat*).

No caso de perícia requerida pelo órgão do Ministério Público, considerando o alto custo para a sua realização e considerando, por fim, a regra inserta no art. 18 da LACP (não adiantamento de custas, despesas e honorários periciais), como deverá o julgador proceder ao determinar a execução da medida pleiteada? Ou, mais especificamente, como fazer para custear a feitura dessa prova na hipótese de o perito negar-se a realizá-la caso não receba previamente os seus honorários? Por fim, como compatibilizar a tão decantada efetividade do processo coletivo (em suas múltiplas dimensões) diante desse aparente entrave de natureza meramente patrimonial (custeio da prova)?

Para responder a essas perguntas, os tribunais do País vêm apresentando decisões conflitantes entre si, algumas favoráveis ao Ministério Público, outras assumindo posição mais conservadora e outras, sob os auspícios de Salomão, buscando encontrar um ponto de equilíbrio e harmonia entre os valores em jogo, como foi o caso do presente acórdão fruto de nossos comentários.

O problema é que enquanto houver essa séria divergência no âmbito do plano jurisdicional, quem acaba perdendo é a própria sociedade diante do enfraquecimento da tutela coletiva, já que essa “*aparente*” falta de solução ou essa “*real*” existência de soluções díspares representa mais um obstáculo ao direito processual coletivo comum, ao lado de tantas outras causas de esfacelamento a serem superadas, como bem explicou Almeida, G. (2003, p. 586-602).

Procuramos reunir as várias correntes pretorianas sobre a matéria em três grupos, para fins meramente didáticos.

I. Posição legal – Numa interpretação literal da lei, o Ministério Público estaria isento de adiantar os honorários do perito.

II. Posição restritiva – Inicialmente, é forçoso explicarmos a razão de termos denominado esta posição de restritiva. É restritiva porque se trata de uma corrente que restringe, reduz ou vai contra a exegese e o espírito da LACP, em seu art. 18, no sentido de garantir o acesso à justiça mediante a ampla gratuidade dos atos do processo coletivo.

Para os adeptos dessa posição, não há razão para desobrigar o Ministério Público de adiantar as despesas para a realização da prova pericial. Essa posição conta com três subcorrentes, cada uma delas apresentando os seus argumentos e pontos de vista para justificar a sua linha de pensamento.

Assim, a posição restritiva é subdividida em:

II.1 Razões práticas

II.2 Aplicação das regras do CPC

II.3 Aplicação analógica do enunciado 232 da súmula do STJ

III. Posição conciliadora – Por fim, embora reconheça que o Ministério Público esteja obrigado a diligenciar o pagamento das despesas para o custeio da prova pericial, essa corrente busca apresentar alternativas viáveis para que a prova pericial seja impreterivelmente realizada, mas de forma que não implique o adiantamento dos honorários periciais pela Instituição ministerial.

Entre as subcorrentes que compõem a posição conciliadora, destacamos:

III.1 Inversão do ônus da prova

III.2 Criação de um fundo especial

III.3 Poder de requisição do órgão do Ministério Público na fase extrajudicial

III.4 A Fazenda deve arcar com os custos da realização da perícia

III.5 O perito aceita receber os honorários ao final da demanda

III.6 O Ministério Público realiza a perícia por seu corpo técnico de especialistas

Vejamos cada uma delas.

I. Posição legal

I.1 Interpretação literal do art. 18 da LACP – Para os adeptos dessa corrente – que é inclusive favorável ao Ministério Público –, os honorários periciais não poderão ser adiantados quando a perícia for requerida por um dos legitimados ativos na LACP, como é o caso do Ministério Público. Assim, tais despesas somente poderão ser cobradas ao final, recaindo sobre o vencido a responsabilidade de arcar com o seu pagamento.

Nesse sentido, temos ilustrativamente os seguintes precedentes:

TJMG - Número do processo: 1.0231.06.062924-4/001(1)
1ª Câmara Cível
Relator: VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE
Relator do Acórdão: VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE
Data do Julgamento: 04/08/2009
Data da Publicação: 21/08/2009
AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MINISTÉRIO PÚBLICO – HONORÁRIOS PERICIAIS – ADIANTAMENTO – DESNECESSIDADE – ART. 18 DA LEI 7.347/85. É desnecessário o adiantamento das custas do perito quando o autor da ação Civil Pública é o Ministério Público, em conformidade ao disposto no art. 18 da Lei 7.347/85.

TJMG - Número do processo: 1.0024.04.357098-5/004(1)
5ª Câmara Cível
Relator: NEPOMUCENO SILVA
Relator do Acórdão: NEPOMUCENO SILVA
Data do Julgamento: 11/09/2008
Data da Publicação: 19/09/2008
EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – AÇÃO POPULAR – QUESTÃO FÁTICO-AMBIENTAL – COMPLEXIDADE RECONHECIDA – PROVA PERICIAL – IMPRESCINDIBILIDADE – HONORÁRIOS PERICIAIS – ADIANTAMENTO PELOS AUTORES – DESCABIMENTO – IMPOSIÇÃO DESSE ÔNUS FINANCEIRO AO RÉU – INADMISSIBILIDADE – PAGAMENTO AO FINAL. Na ação civil pública e na ação popular, não se exige dos autores o adiantamento dos honorários periciais, devendo, eventual antinomia, resolver-se pelo critério da especialidade (LACP, art. 18) e pelo caráter difuso-constitucional (CF, art. 225). Como, no caso, restou reconhecida a imprescindibilidade da prova técnica, face à complexidade da questão fático-ambiental, tal benefício não traduz a automática transferência desse ônus financeiro ao réu, devendo o adimplemento ocorrer a final.

STJ – REsp 900283 / RS
Relator(a) Ministra ELIANA CALMON (1114)
Relator(a) p/ Acórdão Ministro CASTRO MEIRA (1125)
SEGUNDA TURMA – Data do Julgamento 25/03/2008
DJe 06/02/2009
PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADIANTAMENTO DE CUSTAS, EMOLUMENTOS E HONORÁRIOS PERICIAIS. ART. 18 DA LEI Nº 7.347/85.
1. Nos termos do artigo 18 da Lei nº 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública – ‘Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais’.
2. Não se cogitando de má-fé, descabe condenar-se a parte

autora ao adiantamento de honorários periciais.

3. A vedação ao adiantamento de despesas na Ação Civil Pública tem como escopo facilitar a proteção dos interesses transindividuais, reservando-se o pagamento do perito para o final da ação.

4. Recurso especial provido.

Embora seja uma posição que favorece e potencializa a atuação do Ministério Público – atualmente, um dos mais vocacionados defensores dos direitos coletivos *lato sensu* – a crítica que se faz é que essa corrente simplesmente “*fecha os olhos*” à realidade das coisas.

Não basta a lei dizer que não deverão ser adiantados honorários periciais se não tivermos profissionais e técnicos dispostos a receber a sua contraprestação somente ao final da querela, o que, aliás, pode demorar anos. Como imaginar – tal qual no exemplo dado – que uma perícia de altíssimo valor seja realizada sem caução, adiantamento ou financiamento de seus custos só porque a lei dispõe nesse sentido?

Com efeito, leciona Mazzilli (2005, p. 510): “[...] o perito não está obrigado a arcar, em favor da Fazenda Pública, com as despesas necessárias para a realização da perícia. Se custeasse do seu bolso tais despesas, estaria sujeito a trabalhar de graça e a esperar anos e anos para um eventual, nunca certo reembolso. Isso seria indevido, porque iníquo”.

Inclusive, ao definir tal posição como “*situação de impossibilidade*”, foi essa a linha de argumentação defendida no voto vencido do Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Convocado do TRF 1ª Região), proferido no acórdão do RESP 900283 / RS, do qual destacamos o seguinte trecho:

O SR. MINISTRO CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO):

Sr. Presidente, fazer alguém antecipar o pagamento de uma perícia é situação complexa. O Sr. Ministro Herman Benjamin acaba de dizer que hoje já se está evoluindo para a inversão do ônus da prova. Isso já se conseguiu, por exemplo, na Lei do Direito do Consumidor. O juiz pode, o Código é claro, mas isso é uma hipótese de *lege ferenda*.

Temos a Lei de Ação Civil Pública e temos que dar uma interpretação criativa, que é o que está tentando fazer a eminente Ministra Relatora.

A Fazenda Pública em juízo não tem como antecipar; ela só paga ao final. Se ela requer uma perícia, tem que adiantar, porque senão poderemos cair num impasse. Qual é o perito que vai aguardar o pagamento para o final? Isso é impossível. Temos que evitar situações de impossibilidade.

Por isso, mesmo compreendendo que a questão é complexa e ainda que meu voto, a essas alturas, já não alteraria o resultado pela lei do número, peço vênha para acompanhar o voto da Sra. Ministra Relatora, porque, pelo menos, dá uma

situação de praticidade, porque a outra alternativa temo que leve a um impasse, ainda que compreenda e comungue com as preocupações do Sr. Ministro Herman Benjamin. Como essas entidades que estão legitimadas para a ação civil pública terão uma legitimação subsidiária? Talvez. Não somos legisladores, mas tem que haver um fundo ou alguma coisa. Na realidade, é aquele velho descompasso; temos, às vezes, determinados institutos que são introduzidos no ordenamento positivo sem a sua real forma de se tornarem exeqüíveis. Não por acaso, por exemplo, um grande sistema como o sistema jurídico italiano, no qual vamos sempre nos abeberar, desconhece a ação civil pública, talvez por algumas dificuldades das muitas que elas se põem. Minha preocupação é dizer que vamos também ignorar a existência da ação civil pública, essa grande ação que não é uma ação de cidadania, mas é mais que isso, é prima-irmã da ação de cidadania como a ação popular.

É ainda a opinião da doutrina:

Se em relação às custas é tranqüilo o não-adiantamento, por serem parcelas devidas ao Poder Público, o mesmo não se pode dizer dos honorários periciais, quando a perícia deve ser feita por peritos particulares. Não adiantar, neste caso, seria impor a estes a obrigação de financiamento da perícia, por prazo geralmente longo, sem a garantia de recebimento a final. E isso deles não é viável exigir-se (ALMEIDA, J., 2001, p. 173-174).

II. Posição restritiva

II.1 Razões práticas – O Ministério Público deverá adiantar os honorários periciais, tendo em vista a dificuldade, na prática, de realizar a perícia sem o necessário custeio.

Nessa seara, verifica-se dos seguintes arestos:

TJRS – Agravo Nº 70029321403

10ª Câmara Cível

Relator Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana

Julgado em 09/07/2009

EMENTA: AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. Não apresentado qualquer argumento novo capaz de modificar o *decisum* recorrido, mantém-se a deliberação monocrática que negou seguimento ao Agravo de Instrumento. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. HONORÁRIOS PERICIAIS. Não contando o Ministério Público com isenção ao atendimento de honorários periciais, mesmo quando autor em Ação Civil Pública, correta a decisão que fixa que tal despesa processual restará a cargo deste. Agravo não provido. Unânime.

STJ – REsp 933079 / SC

Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN (1132)
Relator(a) p/ Acórdão Ministra ELIANA CALMON (1114)
SEGUNDA TURMA – Data do Julgamento 12/02/2008
DJe 24/11/2008
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.

Essa posição, a exemplo daquela alinhavada no item 1.1, é igualmente radical, pois se situa na outra extremidade da polêmica. Na prática, dificilmente a instituição do Ministério Público irá adiantar despesas com os honorários periciais, principalmente devido ao fato de não ter um planejamento orçamentário estruturado para tal desiderato.

O que vemos ocorrer, em muitos casos, é o requerimento de perícia formulado pelo *Parquet* ser deferido pelo juiz e, ato contínuo, ir em busca de algum perito que aceite realizar a prova técnica sem o recebimento antecipado dos honorários. E, como sabemos, essa busca pode se transformar em uma penosa e demorada “*via crucis*”.

Assim, forçar o Ministério Público a adiantar honorários periciais é tese que também não reflete a “*realidade das coisas*” e deixa sem amparo jurídico a celeuma em foco.

II.2 Aplicação das regras do CPC – Há um antigo precedente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região determinando que o Ministério Público adiante os honorários periciais com base na aplicação do CPC à espécie, ou seja, aplicação das regras formalmente adequadas não para a tutela coletiva, mas para a tutela individual.

TRF 4 – AG 9004120840
Relator(a) FÁBIO BITTENCOURT DA ROSA
TERCEIRA TURMA – Fonte DJ 23/01/1991 PÁGINA: 667
PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROMOVIDA
PELO ORGÃO DO MINISTERIO PUBLICO FEDERAL.
ONUS DO ADIANTAMENTO DE DESPESAS COM PERICIA.

1. O MINISTERIO PUBLICO FEDERAL, PROMOVENDO AÇÃO CIVIL PUBLICA CONTRA A UNIÃO FEDERAL, NÃO PODE PRETENDER QUE ESTA ADIANTE VERBA PARA CUSTEAR PERICIA REQUERIDA PELO AUTOR. 2. A UNIÃO FEDERAL SOMENTE PODE RESSARCIR DESPESAS JUDICIAIS, DESDE QUE VENCIDA NA CAUSA (LEI-3032-79). 3. A AUTONOMIA DO MINISTERIO PUBLICO, INCLUSIVE FINANCEIRA, DEMANDA DOTAÇÃO ORÇAMENTARIA DA INSTITUIÇÃO PARA VIABILIZAR SUA FUNÇÃO INSTITUCIONAL. 4. APLICAÇÃO DA REGRA DO ART-33 DO CPC. 5. AGRAVO PROVIDO. (grifo nosso)

Desde logo já se pode perceber que tal posição vulnera os princípios do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum e da máxima efetividade do processo coletivo. A aplicação sem ressalvas de uma norma de direito processual individual no bojo de um processo coletivo retira toda a qualidade e presteza que este último visa promover no plano da tutela jurisdicional adequada.

Por isso, somente se pode aplicar subsidiariamente o CPC quando existir compatibilidade formal (inexistência de regras específicas no processo coletivo) e material (ausência de prejuízo ao processo coletivo) ao sistema de tutela coletiva.

Nesse caso, a aplicação da regra estática de distribuição do ônus da prova prevista no CPC para as tutelas individuais não encontra guarida no processo coletivo devido à existência de regras especiais sobre a matéria, regras tais cuja intenção é o de torná-lo mais dinâmico e facilitado. Assim, por haver regras especiais sobre a matéria na LACP, não é possível a aplicação do CPC nesse particular devido à incompatibilidade formal em questão.

Sobre o assunto, Almeida, G. (2003, p. 583) adverte que a filosofia que inspirou a elaboração do CPC é totalmente incompatível com o fenômeno denominado coletivização do processo. E, por isso, ensina-nos o citado doutrinador (2003, p. 583):

[...] tanto a LACP (art. 19), quanto do CDC (art. 90) prevêem a aplicabilidade subsidiária do CPC. Entretanto, para que isso ocorra, deve haver dupla compatibilidade, *formal* (inexistência de disposição legal sobre a matéria no direito processual coletivo) e *material* (a regra do CPC só será aplicável se não ferir o espírito do *direito processual coletivo comum* e, portanto, não colocar em risco a tutela jurisdicional coletiva). Se colocar em risco a efetividade do respectivo direito coletivo tutelado, essa aplicabilidade deverá ser rechaçada pelo operador do direito.

No mesmo sentido, colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Ao propor ação civil pública, o Ministério Público age na defesa de interesses metaindividuais, ou seja, da sociedade. Dispondo o artigo 18 da Lei 7347/85 que 'Nas ações de que trata esta Lei,

não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais', não poderá prevalecer a aplicação do artigo 33 do Código de Processo Civil. *O artigo 18 da supracitada lei, dada a natureza especial da matéria que regula, derroga a norma geral estatuída no Diploma Adjetivo Civil.* (STJ, Recurso Especial nº 508478 / PR, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, j. 07.10.2003, grifo nosso).

II.3 Aplicação analógica do enunciado 232 da súmula do STJ – O Ministério Público deve adiantar os honorários periciais, por aplicação analógica ao que dispõe o verbete 232 da jurisprudência sumulada do STJ.

STJ – AgRg no REsp 1091843 / RJ
Ministro HUMBERTO MARTINS (1130)
SEGUNDA TURMA - Data do Julgamento 12/05/2009
DJe 27/05/2009

PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – HONORÁRIOS PERICIAIS – MINISTÉRIO PÚBLICO – ART. 18 DA LEI N. 7.347/85 – ADIANTAMENTO DAS DESPESAS – CABIMENTO – PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DE DIREITO PÚBLICO DO STJ – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 232/STJ.

1. O Ministério Público deve se sujeitar à exigência do depósito prévio referente aos honorários do perito nas demandas em que figura como autor, incluídas as ações civis públicas que ajuizar.

2. Precedentes: REsp 933079/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 12.2.2008, DJe 24.11.2008; REsp 981.949/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 8.4.2008, DJe 24.4.2008.

Agravo regimental improvido.

STJ – REsp 981949 / RS
Ministro JOSÉ DELGADO (1105)
PRIMEIRA TURMA - Data do Julgamento 08/04/2008
DJe 24/04/2008

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DO MEIO AMBIENTE. ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ADMISSIBILIDADE. POSICIONAMENTO DA PRIMEIRA TURMA. ART. 18 DA LEI 7.347/85. SÚMULA 232/STJ.

1. A matéria é conhecida desta Corte e encontra divergência de posicionamento no âmbito das Primeira e Segunda Turmas.

2. Na esteira do entendimento firmado pela Primeira Turma, tem-se que 'o Ministério Público, nas demandas em que figura como autor, incluídas as ações civis públicas que ajuizar, fica sujeito à exigência do depósito prévio referente aos honorários

do perito, à guisa do que se aplica à Fazenda Pública, ante a *ratio essendi* da Súmula 232/STJ, 'A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito'. (REsp 733.456/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 22/10/2007). Precedente: REsp 846.529/MS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 07/05/2007.

3. Precedentes da Segunda Turma em sentido diverso: REsp 716.939/RN, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 10/12/2007; REsp 928.397/SP, Rel. Min. Castro Meira, DJ 25/09/2007.

4. Recurso especial não provido.

Como sabemos, existem dispositivos legais que isentam a Fazenda Pública de adiantar despesas nos processos em que atua como parte. É o caso do art. 39 da Lei de Execuções Fiscais e do art. 27 do Código de Processo Civil.

Todavia, como explicam Ferreira Filho e Vieira (2009, p. 399), esses permissivos apenas se aplicam se tais atos forem aqueles custeados pela Justiça, de modo que não impliquem obrigações aos serventuários da justiça ou auxiliares do juízo. Pontua-se, por exemplo, a isenção de que goza o próprio Ministério Público do preparo para a interposição de seus recursos. Nesse caso, por se tratar de custas dentro do processo, o ato não gerará nenhuma despesa aos funcionários atuantes na secretaria da vara.

No caso de perícias, não se pode concebê-las como atos de cartório, como simples custas processuais, tal qual no exemplo do preparo recursal.

Assim, como concluem Ferreira Filho e Vieira (2009, p. 400), a antiga jurisprudência do STJ, em incidente de uniformização que serviu de base ao enunciado nº 190 da Corte:

[...] já havia assentado que as despesas necessárias para a prática de atos fora do cartório deveriam ser antecipadas, pois não se qualificam como custas ou emolumentos, não atraindo, assim, o benefício processual que a lei de executivos fiscais reserva à Fazenda Pública.

A força da Súmula alcança até as perícias requisitadas pelo Ministério Público em ação civil pública, apesar de as regras aplicáveis nesse contexto não serem as do CPC.

O problema dessa corrente é que o referido enunciado diz respeito às lides de natureza individual, razão pela qual sua aplicação em sede de tutela coletiva é igualmente incompatível com o espírito do processo coletivo.

III. Posição conciliadora

III.1 Inversão do ônus da prova – O Ministério Público seria obrigado a adiantar os honorários do perito; todavia, é cabível requerimento de inversão do ônus da prova a fim de obrigar o réu na ação civil pública a custear a produção da prova.

Nesse sentido:

STJ – REsp 1049822 / RS
Ministro FRANCISCO FALCÃO (1116)
PRIMEIRA TURMA – Data do Julgamento 23/04/2009
DJe 18/05/2009

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVA PERICIAL. INVERSÃO DO ÔNUS. ADIANTAMENTO PELO DEMANDADO. DESCABIMENTO. PRECEDENTES.

I - Em autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual visando apurar dano ambiental, foram deferidos, a perícia e o pedido de inversão do ônus e das custas respectivas, tendo a parte interposto agravo de instrumento contra tal decisão.

II - Aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva.

III - Cabível, na hipótese, a inversão do ônus da prova que, em verdade, se dá em prol da sociedade, que detém o direito de ver reparada ou compensada a eventual prática lesiva ao meio ambiente – artigo 6º, VIII, do CDC c/c o artigo 18 da Lei nº 7.347/85.

IV - Recurso improvido.

Inicialmente, a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC é norma de superdireito aplicável a qualquer processo coletivo, não se restringindo apenas ao âmbito da tutela do consumidor. Isso porque vigora o princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum, pelo qual são admitidos todos os meios de prova, ações, procedimentos, medidas, provimentos (inclusive antecipatórios) para propiciar uma correta e efetiva tutela do direito coletivo pleiteado.¹

Por isso, entendemos que tal regra pode ser aplicada em ações civis públicas que possuam os mais variados objetos, como a tutela do meio ambiente, da probidade administrativa, da saúde, dos direitos das crianças e dos adolescentes, dos idosos, dos portadores de necessidades especiais *etc.*

Há divergência sobre o momento adequado no qual o juiz deve determinar a inversão. Basicamente, a celeuma reside em saber se a inversão é técnica/regra de procedimento/atividade ou regra/técnica de julgamento/juízo. Com isso, a doutrina e a jurisprudência apontam diferentes fases do processo nas quais a inversão deve ser determinada, a saber:

- a) no despacho liminar que recebe a inicial;
- b) no despacho saneador, antes de iniciada a instrução processual;

¹ Nesse sentido, consultar Almeida, G. (2003, p. 578) sobre os princípios vigentes e aplicáveis ao processo coletivo comum.

- c) durante o desenvolvimento da instrução processual;
- d) na sentença.²

A doutrina especializada entende ser possível a inversão do ônus da prova quando o Ministério Público é autor na ação civil pública, pois, na verdade, a inversão é operada não em favor do *Parquet*, mas em prol da sociedade em nome da qual ele age na qualidade de substituto processual. Nesse sentido, escreveu Almeida, R. (2002):

Daí ser o Ministério Público um ente intermediário – dentre os muitos existentes – que instrumentaliza a defesa coletiva dos interesses consumeristas.

Nesta esteira, é forçoso admitir a tese segundo a qual é possível a inversão do ônus da prova em razão da hipossuficiência do consumidor em ações civis propostas pelo Ministério Público tendo em vista que, uma vez presumida a hipossuficiência dos consumidores fundamentada em fatores reais existentes – regras ordinárias de experiências, o aforamento de demandas pelo *Parquet* em nada alterará aquela realidade.

Em claras palavras, a aparição do *Parquet* no pólo ativo da relação processual nada mais significa do que um instrumento à disposição do consumidor na defesa dos seus interesses, coletivamente considerados, que deve ser conjugado, frise-se, com a presunção relativa da hipossuficiência dos consumidores, tendo em vista as regras ordinárias da experiência.

Há, contudo, decisões em sentido contrário que não admitem a inversão do ônus da prova quando requerida pelo Ministério Público por entenderem que este não pode ser considerado parte hipossuficiente na relação jurídica litigiosa. Na verdade, tais decisões não levam em conta que a inversão é operada não em prol do Ministério Público, mas da sociedade em geral.

TJMG – Número do processo: 1.0702.04.133275-1/001(1)
2ª Câmara Cível

Relator: BRANDÃO TEIXEIRA

Relator do Acórdão: BRANDÃO TEIXEIRA

Data do Julgamento: 22/11/2005

Data da Publicação: 16/12/2005

EMENTA: PROCESSO CIVIL. PROVA PERICIAL REQUERIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA, PARA DEFESA DO MEIO AMBIENTE. OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 27 DO CPC, C/C ART. 18 DA LEI N. 7347/1985. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ATRIBUIÇÃO AO REQUERIDO DA OBRIGAÇÃO DE PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS DE PERITO. INAPLICABILIDADE DO CODECON, ART. 6º, INC. VIII. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAR O REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

² Como sugestão de leitura sobre o tema, indicamos o seguinte artigo publicado na Revista MPMG Jurídico: GONÇALVES, Samuel Alvarenga. Momento processual adequado de inversão do ônus da prova. *Revista MPMG Jurídico*, Belo Horizonte, Ano III, n. 14, p. 40-43, out./nov./dez. 2008.

COMO “HIPOSSUFICIENTE”, NO ASPECTO TÉCNICO.
RECURSO DESPROVIDO.

Prosseguindo, apesar do manifesto intuito benéfico dessa corrente, os seus opositores sustentam que o equívoco de tal proposta reside no fato de que inversão do ônus prova não se confunde com inversão do ônus financeiro para o custeio da prova. Assim, o fato de o juiz inverter o ônus da prova não implica automaticamente a transferência ao demandado do dever de arcar com os custos da sua produção.

Segundo nos ensina Cavalieri Filho (2008, p. 295-296), a jurisprudência antiga do STJ preconizava que a inversão do ônus da prova significava também transferir ao réu o ônus de antecipar as despesas de perícia tida por imprescindível ao julgamento da causa. Todavia, esse entendimento evoluiu e se firmou no sentido de que a *inversão do ônus da prova não se confunde com o custeio da produção da prova*.

Entre os vários precedentes, cita-se:

STJ – REsp 1073688 / MT
Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124)
PRIMEIRA TURMA – Data do Julgamento 12/05/2009
DJe 20/05/2009
PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. COBERTURA PELO FCVS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 6º, VIII, DA LEI 8.078/90. ADIANTAMENTO DAS DESPESAS PROCESSUAIS.
1 'A simples inversão do ônus da prova, no sistema do Código de Defesa do Consumidor, não gera a obrigação de custear as despesas com a perícia, embora sofra a parte ré as conseqüências decorrentes de sua não-produção. [...] O deferimento da inversão do ônus da prova e da assistência judiciária, pelo princípio da ponderação, impõe que seja beneficiado o consumidor, com o que não cabe a orientação jurisprudencial sobre o custeio da prova pericial nos termos da Lei nº 1.060/50' (Resp 639.534, 2ª Seção, Min. Menezes Direito, DJ de 13.02.06). Precedentes das Turmas da 1ª e 2ª Seções.
2. Recurso especial provido.

Mas, como se nota, operada a inversão do ônus da prova em favor do Ministério Público quando age na defesa dos interesses difusos, a parte contrária não fica obrigada a adiantar os honorários do perito; todavia, sofre as conseqüências advindas da sua não produção, especialmente no que diz respeito ao peso das afirmações trazidas pelo autor da ação coletiva. Novamente, vale trazer aqui a orientação de Cavalieri Filho (2008, p. 297):

Se, decidida a inversão, a parte adversa não se dispuser de custear a produção da prova, sofrerá as conseqüências

processuais de sua cômoda resistência, quanto ao peso em que se atribuirá aos fatos verossímeis afirmados pelo consumidor, ainda que carentes de comprovação pelos meios de prova cujo manejo a recusa de produtor ou fornecedor inviabilizou.

Assim, essa nos parece ser uma boa solução para o problema do adiantamento de honorários em sede de ações coletivas ajuizadas pelo Ministério Público. Disso, podemos concluir que:

a) Agindo como substituto processual da sociedade, pode-lhe ser deferida favoravelmente a inversão do ônus da prova.

b) Caso a parte demandada não arque com as despesas para produção da prova pericial – já que não é obrigada a tanto (inversão do ônus da prova não se confunde com inversão do ônus financeiro para o custeio da prova), – a afirmação trazida aos autos pelo Ministério Público tomará um peso mais acentuado diante da inércia do demandado.

c) Como conseqüência, ausente a prova pericial (considerada como imprescindível à solução dos autos) diante da recusa do seu custeio pelo demandado, o julgador pode decidir favoravelmente a questão com base nas afirmações do *Parquet* tidas como verossímeis.

d) a inversão do ônus da prova vale tanto para a perícia necessária para apurar o *an debeatur* (certeza da obrigação) quanto para aquela realizada na fase de liquidação da sentença com fins a determinar o *quantum debeatur* (ou o valor da indenização).

Contudo, vale dizer que existem algumas perícias, auditorias, pesquisas, estudos de viabilidade, laudos técnicos ou vistorias que em nada se relacionam com a questão probatória aqui em debate. São trabalhos técnicos cuja realização decorre da própria natureza da atividade desempenhada. Assim, contra a sua realização, a parte não pode alegar nenhuma escusa, já que lhe é imposta por força de lei como um ônus intrínseco à função que exerce.

Nas atividades potencialmente poluidoras, por exemplo, a elaboração do Estudo Prévio de Impacto Ambiental é decorrência natural para a instalação do empreendimento. Assim, nem se trata da discussão sobre inversão do ônus da prova ou mesmo adiantamento dos honorários do perito; nesse caso, a responsabilidade é principal e recai diretamente sobre o responsável pelo empreendimento.

Por isso, se uma empresa não providenciou o competente EPIA/RIMA para iniciar as suas atividades, o Ministério Público pode, numa ação civil pública, pedir para que ela o providencie de forma imediata, sob pena de suspensão das atividades e, nesse caso, os custos para a sua realização devem sim recair sobre o demandado, sem

nenhuma discussão. O Ministério Público pode até mesmo pedir a realização de nova auditoria para complementar estudo anteriormente realizado, caso seja identificada alguma irregularidade.

Como dissemos, nada disso se refere à celeuma do adiantamento de honorários para custear a instrução probatória, justamente porque não se trata de instrução probatória, mas de questão ligada ao próprio direito material legitimador da atuação lícita do empreendimento.

É o que se extrai do excelente voto (embora vencido) do notável Ministro Herman Benjamin nos autos do REsp 933079/SC, julgado em 24.11.2008 pelo STJ:

Como visto, a elaboração do EPIA/RIMA constitui obrigação de fazer, a cargo de todo aquele que desenvolva atividade potencialmente lesiva ao meio ambiente. Se ao proponente do projeto ou empreendimento cabem as despesas pela elaboração do EPIA/RIMA, também ficam às suas expensas os custos de eventuais estudos complementares. Até o Direito clássico adota a regra de que quem deve o mais (o EPIA/RIMA) deve igualmente o menos (= complementação do EPIA/RIMA).

Numa palavra, compete à empresa (que desenvolve 'atividade potencialmente causadora de significativa degradação ao meio ambiente') custear os estudos que visam a suprir as deficiências do EPIA/RIMA, já que era responsável pela elaboração do próprio estudo originário, considerado incompleto. O fato de já possuir o licenciamento ambiental também não pode ser invocado em favor da empresa, tendo em vista a afirmação do Tribunal a quo de que 'pairam inúmeras evidências no sentido da perpetração do dano ambiental investigado'. A licença ambiental não passa um atestado de perfeição no Estudo Prévio de Impacto Ambiental, nem concede uma carta de alforria ambiental, pretérita e futura, ao empreendedor. Simplesmente reconhece que, como piso – e não como teto –, preenche ele os requisitos mínimos que viabilizam o licenciamento. É a prática do empreendimento, contudo, que demonstrará a correição e inatacabilidade do EPIA/RIMA e da própria licença expedida com base nele.

[...]

Entendo, assim, que a regra prevista no art. 18 da Lei 7.347/85, que veda o adiantamento de honorários pelo autor da ação civil pública, não é óbice à imposição, à empresa-ré, do dever de custear as despesas com a auditoria ambiental em questão, uma vez que, no caso em tela, trata-se de mera decorrência da obrigação de arcar com os custos relativos ao Estudo Prévio de Impacto Ambiental e à própria licença.

[...]

Como visto, na hipótese dos autos a obrigação de suportar as despesas necessárias ao licenciamento e, por decorrência lógica, dos estudos, principais ou complementares, que o

subsidiar, advém do próprio direito material aplicável ao caso (legislação ambiental), e não das normas processuais que tratam da produção de prova. Por essa razão, os diversos precedentes listados não se aplicam ao presente processo.

[...] como vimos, a obrigação de pagar por Estudo Prévio de Impacto Ambiental, na origem ou em complementação, é de Direito Material e não decorre de interpretação, num ou noutro sentido, do art. 18 da Lei da Ação Civil Pública. De toda sorte, em *obiter dictum*, adianto que a proibição de adiantamento de custas na ação civil pública não visa, com a devida vênia, a amparar o réu, mas a prestigiar o autor, estimulando a propositura de ações na defesa do interesse público.

[...]

Irretocáveis, assim, as conclusões do Tribunal de origem. Para maior clareza, repiso-as (fl. 635):

b) a disposição *supra* [art. 18 da Lei 7.347/85] não veda o adiantamento de verba honorária pela parte ré (precedentes STJ), sobre a qual, consoante exsurge do caderno probatório acostado aos presentes autos, pairam inúmeras evidências no sentido da perpetração do dano ambiental investigado, prevalecendo aqui a necessidade de preservação do meio-ambiente (cuja dúvida no deslinde da *quaestio* lhe favorece, uma vez que a eventual degradação ambiental é irreversível),

c) o EIA/RIMA seria de qualquer forma custeado pela empresa agravante, acaso tivesse sido providenciado prévia e adequadamente como determina a legislação ambiental (inteligência dos arts. 17, § 2º, do Decreto 99.274/90, art. 8º da Resolução CONAMA 001/86 e art. 11 da Resolução CONAMA 237/97,

[...]

f) soma-se a isso a gravidade da questão ambiental sob apreço, qual seja, a poluição do ar resultante da emissão indevida de gases pelas usinas do complexo, as quais são notícia nos jornais de maior circulação no país,

g) em uma ponderação de valores, contraposto o interesse econômico da empresa em questão à integridade ambiental da área ocupada, avulta o atual dano ao meio ambiente e à saúde pública como bens maiores a serem protegidos e enfrentados diante da demora do deslinde da presente controvérsia e;

h) dotada a agravante de comprovada e extraordinária capacidade econômica.

III.2 Criação de um fundo especial – Custeio da prova pericial por um fundo especialmente criado para tal finalidade.

Essa foi a posição adotada no acórdão alvo de nossos comentários. A eminente Ministra Eliana Calmon entende que o Ministério Público não estaria isento de adiantar os honorários do perito quando requeresse a produção da prova técnica. Todavia, a fim de compatibilizar a importância da tutela coletiva no contexto do acesso à justiça, restou sugerido que os valores necessários fossem retirados de um fundo especial que coincidissem com a destinação para o qual fora criado.

No caso desse acórdão, oriundo do Estado de São Paulo, como houve a necessidade de prova pericial, o juiz ordenou que as despesas com a perícia coubessem ao Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados, criado pela Lei estadual nº 6.536/1989.

O acórdão em análise foi divulgado no informativo 425 do STJ:

Informativo 425 do STJ

RMS. ATO JUDICIAL. HONORÁRIOS PERICIAIS.

Trata-se de mandado de segurança (MS) impetrado pelo MP na origem contra decisão judicial proferida em ação civil pública (ACP) cujo objetivo era evitar a ocorrência de danos ambientais pela realização de parcelamento do solo de área de vegetação da Mata Atlântica. No caso, como houve a necessidade de prova pericial, o juiz ordenou que as despesas com a perícia coubessem ao Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados, criado pela Lei estadual n. 6.536/1989. Isso posto, a Min. Relatora, preliminarmente, com lastro na Súm. n. 267-STF, considerou uma demasia a utilização de *mandamus* para corrigir decisão judicial susceptível de agravo de instrumento. Entretanto, na hipótese dos autos, tal entendimento não pode ser aplicado porque, segundo apurado em consulta ao endereço eletrônico do TJ, o próprio impetrante (MP) interpôs agravo de instrumento, ao qual foi atribuído efeito suspensivo. Também considerou não haver circunstância capaz de qualificar a decisão impugnada como manifestamente ilegal ou teratológica, pois a Primeira Seção deste Superior Tribunal já decidiu que, conquanto não se possa obrigar o MP, como parte autora, a adiantar os honorários do perito na ação civil pública, diante do disposto no art. 18 da Lei n. 7.347/1985, também não se pode impor tal obrigação ao particular, tampouco exigir que o trabalho do perito seja prestado gratuitamente. *Logo, nesse impasse, segundo a Min. Relatora, afigura-se plausível a decisão adotada na determinação de utilizar recursos do referido fundo, considerando que a ACP objetiva interromper o parcelamento irregular de solo em área da Mata Atlântica, com a finalidade de proteger o meio ambiente e buscar a reparação de eventuais danos que tenham sido causados, o que coincide com a destinação para qual o fundo foi criado.* Diante do exposto, a Turma negou provimento ao recurso. Precedentes citados: RMS 28.217-DF, DJe 2/9/2009, e AgRg no REsp 1.029.293-PA, DJe 26/3/2009. RMS 30.812-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 4/3/2010. (grifo nosso).

Tal posição foi também veiculada no Informativo 411 do Tribunal da Cidadania:

Informativo 411 do STJ

ACP. ADIANTAMENTO. HONORÁRIOS PERICIAIS.

O MP estadual apontou violação do art. 18 da Lei n. 7.347/1985, sustentando que a dispensa de adiantamento de honorários

periciais é um dos privilégios concedidos ao *Parquet*, com vistas a desonerar sua atuação em juízo. A Min. Eliana Calmon destacou que, em recentes precedentes, a Primeira Turma deste Superior Tribunal vem, com amparo na Súmula n. 232-STJ, estendendo tal obrigação ao MP nas ações civis públicas (ACP), mesmo quando ele ocupa a posição de autor. Entretanto, a Lei n. 7.347/1985, que rege o procedimento da ACP, é lei processual especial que contém regra expressa às associações autoras quanto à isenção de antecipar despesas processuais, pagamentos de honorários de advogado e custas finais, exceto em caso de má-fé. Diante dos termos da lei e da jurisprudência deste Superior Tribunal em matéria de honorários de advogado isentando o *Parquet* da imposição do pagamento quando vencido na ACP, poder-se-ia também aplicar a regra isencional quanto à antecipação dos honorários periciais e de outras despesas. Posteriormente, a Turma voltou atrás, rechaçando o entendimento. Com efeito, no julgamento do REsp 933.079-SC, DJe de 24/11/2008, de relatoria do Min. Herman Benjamin, ficou o Min. Relator vencido depois da emissão de dois votos vista e da divergência inaugurada pela Min. Eliana Calmon. Na oportunidade, o Min. Castro Meira, em voto vista, fez uma retrospectiva do que se passou nos autos, recordou a jurisprudência do STJ e destacou com ênfase precedente da Primeira Turma de relatoria do Min. Teori Albino Zavascki no REsp 846.529-RS, DJ de 7/5/2007, para aderir à tese ali consagrada e acompanhar a divergência inaugurada pela Min. Eliana Calmon. E fez a seguinte ponderação: não se pode impor ao profissional que realiza a prova técnica trabalho gratuito em prol da Justiça, como também não se pode impor ao réu o ônus de uma vultosa prova, de elevado custo, contra ele próprio. *Ademais, se a parte ré não dispuser de recursos para financiar a prova, como fica a demanda? Ao se aplicar o dispositivo da Lei da Ação Civil Pública, dando a ele interpretação literal, por certo ocasionará dificuldade na tramitação dos feitos do gênero, ao tempo em que atrasará a adoção de uma solução que atenda efetivamente aos interesses da Justiça, por exemplo, a utilização do fundo formado com as indenizações impostas nas ações civis públicas, para atender às despesas com a perícia quando requerida a prova técnica pelo MP, como na hipótese.* Diante disso, a Turma negou provimento ao recurso. Precedentes citados: REsp 733.456-SP, DJ 22/10/2007; REsp 981.949-RS, DJe 24/4/2008; REsp 716.939-RN, DJ 10/12/2007, e REsp 928.397-SP, DJ 25/9/2007. REsp 891.743-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 13/10/2009. (grifo nosso).

A longo prazo, trata-se igualmente de uma boa posição conciliadora. Poderiam ser editados atos normativos no sentido de destinar a tais fundos parte das condenações obtidas com o ajuizamento das ações civis públicas. Em algumas áreas, inclusive, isso já acontece no âmbito dos Ministérios Públicos, ainda que carente de alguma regulamentação mais adequada e abrangente.

Outra saída é a celebração de convênios com instituições privadas com atribuições técnicas para a realização de perícias, de modo a auxiliar o Ministério Público quando fosse necessária a produção desse tipo de prova. Ainda não seria a solução definitiva para esse problema, pois a Instituição ministerial dependeria da disponibilidade do ente privado. Mesmo assim, em casos pontuais, pode-se revelar como uma salutar opção.

III.3 Poder de requisição órgão do Ministério Público na fase extrajudicial

– Segundo lembra-nos Mazzilli (2005, p. 511-512), o Ministério Público pode, na fase extrajudicial, fazer uso do seu poder de requisição para determinar aos órgãos públicos a realização da perícia, sobretudo no bojo do inquérito civil público. A requisição pode consistir em ordem legal para a realização de diligências ou apresentação de documentos ou informações por parte do destinatário à autoridade requisitante. Como se vê, a realização de perícia técnica está incluída no objeto do poder de requisição ministerial.

Segundo Mazzilli (2005, p. 378):

Constitui objeto das requisições do Ministério Público: a) o fornecimento de documentos, exames, perícias e informações; b) a realização de vistorias, perícias, exames e perícias; c) a instauração de inquérito policial; d) a instauração de sindicância ou procedimento administrativo.

Atuando em sua área de atribuições, o órgão do Ministério Público terá o poder de requisição, não importando seja federal, estadual ou municipal a autoridade, a repartição ou o órgão destinatário da requisição. Importa apenas se quem requisitou tinha atribuições para fazê-lo.

O problema é que às vezes o órgão público também não dispõe de recursos financeiros para realizar a perícia, o que pode tornar ineficaz o poder de requisição do Ministério Público. Com efeito, a comprovada escassez de orçamento de determinado órgão técnico da Administração Pública poderá ser considerada como barreira configuradora de justa causa ao não atendimento da requisição ministerial e, muito provavelmente, o órgão público alegará, em sua defesa, a “*velha conhecida*” tese da reserva do possível diante da impossibilidade material ao cumprimento do pleito.

No caso de a requisição ser dirigida ao ente particular, então a alegação de insuficiência de recursos financeiros terá ainda mais força e peso para justificar o desatamento do pedido.

Sempre abalizadas são as lições de Mazzilli (2005, p. 512):

Sendo público o órgão que deva fazer a perícia, a requisição do membro do Ministério Público ou do magistrado deverá resolver o problema, seja em inquérito civil, seja em ação judicial. Mesmo assim, por falta de verbas públicas – nunca programadas anos a fio – não raro não se consegue superar os óbices decorrentes do alto custo de perícias. Sendo particulares as entidades capazes de fazer a prova técnica, as dificuldades são ainda

maiores, pois, como reconhece a jurisprudência, não tem o menor sentido que os peritos particulares sejam obrigados a fazer perícias gratuitamente. E o problema agrava-se primeiro porque nem sempre há perspectiva de pagamento das despesas processuais ao término da ação, que normalmente é muito demorado: se sobrevier improcedência em ação civil pública ou coletiva movida por associação civil, sequer responderá ela pela sucumbência. E depois, porque de lege lata não é possível desviar as verbas do fundo previsto no art. 13 da LACP para custear perícias.

III.4 A Fazenda deve arcar com os custos da realização da perícia – Mazzilli (2005, p. 510-511) sustenta que se a perícia foi determinada em proveito da defesa dos interesses transindividuais e se a lei dispensou o adiantamento das custas nas ações de caráter coletivo, é porque transferiu o ônus para o Estado. Para o autor, a Fazenda deve viabilizar a perícia com os seus próprios órgãos, ou, em caso contrário, arcar com o seu custo. Sem dúvida, ratifica o ilustre jurista, a responsabilidade deve mesmo recair sobre a Fazenda Pública, sob pena de a garantia democrática do acesso à justiça restar prejudicada.

Pela lucidez de suas palavras, permitimo-nos transcrever a lição de Mazzilli (2005, p. 511-512):

Registre-se que a Súm. n. 232-STJ assevera que “A Fazenda Pública, quando parte no processo fica sujeita à exigência de depósito prévio dos honorários do perito”. A nosso ver, essa súmula não se aplica somente quando a Fazenda compareça como autora na ação civil pública ou coletiva, mas também quando seus órgãos, ainda que sem personalidade jurídica, proponham as ações civis públicas em defesa de interesse da sociedade (como o Ministério Público, os Procons e outros órgãos públicos, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa de interesses transindividuais, inclusive em juízo).
[...]

Esta proposta é boa, e deverá ser a bastante para resolver as hipóteses, quando haja estabelecimento oficial ou repartição administrativa capacitada para fazer a perícia. Não havendo, o Estado deverá arcar com a antecipação do custeio da perícia.
[...]

Ao dispensar o adiantamento de custas nas ações de caráter coletivo, a *mens legis* consiste em facilitar a tutela jurídica dos interesses transindividuais. Mas, se isso efetivamente inviabilizar a tutela, porque os peritos particulares não são obrigados a custear encargos públicos, então a Fazenda Pública deverá arcar com esse custeio. A ressalva que se faz ao teor do acórdão é a de que, se a ação estiver sendo movida pelo Ministério Público, como este é órgão do Estado, quem deve custear as diligências requeridas por ele não

é o próprio Ministério Público, mas sim o respectivo ente público personalizado, ou seja, a União ou o Estado-membro, conforme o caso.

[...] Assim, caberá à Fazenda antecipar as custas, se isso for necessário.

Mas tal qual apontado no item 3.3, a alegação de falta de recursos financeiros pode constituir óbice à efetividade dessa posição. Como exigir do poder público de um pequeno município (com reduzida dotação orçamentária), por exemplo, que custeie uma perícia de elevado valor sem que sejam prejudicadas outras áreas de atuação igualmente prioritárias, como a saúde pública ou a educação?

E mais: para essa posição, existem alguns outros questionamentos sobre os quais não há ainda um entendimento uniforme. Ilustrativamente, arrolamos as seguintes ponderações:

- a) Qual das Fazendas seria a responsável pelo pagamento dos honorários? Seguir-se-ia a mesma regra de divisão de competência prevista no CDC para a ação coletiva, a qual leva em conta a abrangência do dano?
- b) Seria possível a responsabilização solidária de vários entes federativos para a antecipação desses honorários?
- c) Seria possível que uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público federal valha-se de recursos oriundos de um município? Ou, por outro lado, o *Parquet* estadual pode requerer da União o pagamento de determinada perícia?
- d) Essa posição também se aplica ao requerimento de perícia quando formulado pela Defensoria Pública nos autos da ação civil pública por ela ajuizada?
- e) A depender da essencialidade do objeto tutelado na ação coletiva, é possível a aplicação da teoria do mínimo existencial para rechaçar a alegação de falta de recursos?
- f) A postura da Fazenda Pública revela ato de natureza discricionária ou vinculada?
- g) Como exercer um controle meritório adequado para não se admitir a realização de uma perícia requerida manifestamente impertinente? Quem teria o poder de exercer esse controle – somente o Poder Judiciário ou também o Poder Executivo?

Com esses questionamentos, passa-se ao próximo tópico.

III.5 O perito aceita receber os honorários ao final da demanda – O juiz deverá determinar que a perícia seja realizada por profissional que aceite receber seus honorários ao final ou por estabelecimento oficial.

Veja, por exemplo, decisão do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

TJMG – Número do processo: 1.0024.07.761912-0/003(1)

8ª Câmara Cível

Relator: EDGARD PENNA AMORIM

Relator do Acórdão: EDGARD PENNA AMORIM

Data do Julgamento: 19/02/2009

Data da Publicação: 07/04/2009

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO ORDINÁRIA

– AGRAVO DE INSTRUMENTO – PROVA PERICIAL –

REQUERIMENTO DO AUTOR – GRATUIDADE JUDICIÁRIA – ANTECIPAÇÃO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS PELO RÉU – IMPERTINÊNCIA. 1 - O Estado, quando réu, não está obrigado a antecipar os honorários da perícia requerida pela parte autora (CPC, arts. 19 e 33), razão pela qual, se ela estiver amparada pela gratuidade judiciária, *a prova deve ser realizada ou por profissional designado pelo juiz que aceite receber os honorários ao final*, ou por estabelecimento oficial. 2 - Recurso provido. (grifo nosso).

De todas as posições conciliadoras, esta é a mais simples de todas e, na prática, aquela que acaba sendo adotada mais freqüentemente, embora a busca pelo *expert* que aceite tais condições possa levar muito tempo.

Geralmente, essa solução somente é posta em prática em perícias que não sejam muito caras ou que não impliquem nenhum gasto para serem realizadas. Por isso, a sua aplicação é muito reduzida no campo do processo coletivo, ficando mais restrita às perícias meramente contábeis consistentes na análise minuciosa de documentos já disponibilizados ao *expert* – o que não quer dizer que tal prova seja de fácil execução, pois, a depender da complexidade da questão, uma perícia contábil pode demandar um trabalho deveras extenuante, requerendo-se alta dose de atenção e conhecimentos não raras vezes englobando mais de uma área científica.

III.6 O Ministério Público realiza a perícia por seu corpo técnico de especialistas – Alguns Ministérios Públicos no País possuem um corpo próprio de peritos nas mais diversas áreas de atuação e do conhecimento científico.

Assim, nada impede que, nas ações civis ou coletivas propostas pelo Ministério Público, em sendo necessária a realização de prova técnica, o seu corpo de servidores especializados desempenhem tal função.

Entretanto, dificilmente a parte contrária irá aceitar a produção de tal prova, sob a alegação de que a ausência de imparcialidade no caso representaria motivo de malferimento ao postulado do devido processo legal.

Por isso, embora haja mais esse caminho viável, na prática, dificilmente ele seria usado na fase jurisdicional. Na fase extrajurisdicional – como, por exemplo, durante a tramitação de um inquérito civil público –, entendemos que não existe nenhum óbice à produção unilateral da prova pericial pelo órgão do Ministério Público, até porque ele deverá posteriormente passar pelo crivo do devido processo legal na ambiência judicial.

3. Conclusão

O nosso objetivo aqui foi o de tão-somente apresentar vários pontos de vista sobre um mesmo assunto, sem, contudo, apontar em definitivo o acerto ou o desacerto desta ou daquela posição.

Certamente, entendemos que o melhor caminho a ser trilhado é aquele que conduza o processo para uma das seis vias apresentadas nas *posições conciliadoras*. No caso concreto, a experiência irá dizer qual delas será considerada como a melhor opção.

Pode ser que, logo *ab initio*, o juízo já consiga um perito que concorde em receber os seus honorários ao final. Pode acontecer que, em determinado Estado, já exista um fundo criado para custear provas técnicas requeridas pelo *Parquet* ou, ainda, que a Fazenda, por uma razão ou outra, decida diligenciar o pagamento da perícia. Caso a outra parte concorde e o Ministério Público disponha de meios para tanto, a perícia poderá ser realizada pelo órgão técnico do *Parquet*. Por fim, a via da inversão do ônus da prova pode ser salutar se nenhuma das medidas anteriormente sugeridas funcionar.

Pode ser, também, que o cotidiano forense ainda revele alguma outra solução que não tivemos a clarividência e o alcance de registrar.

Uma coisa é certa: caso seja necessária, a perícia não pode, sob nenhuma hipótese, deixar de ser produzida. A sua não realização, sem motivo justificável, pode gerar àquele sobre o qual recaia a obrigação responsabilização nas mais diversas esferas jurídicas.

Por exemplo, a simples omissão ou o retardo (sem justa causa) na realização da perícia pode configurar o crime de prevaricação previsto no art. 319 do Código Penal; pode, ainda, representar o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11, II, da Lei nº 8.429/92; por fim, a hipótese pode ainda incidir em responsabilidade civil do infrator no caso de causar danos à parte que seria beneficiada com a perícia, seja o lesado individualmente considerado ou mesmo a sociedade no caso de violação de direitos difusos (dano moral coletivo).

Merece registro o fato de que o art. 14 do Código de Processo Civil reputa como deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, entre outros, cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final (inciso V).

Dessa forma, uma vez determinada a perícia, o auxiliar do juízo ou quaisquer das partes não podem criar óbice à sua efetivação, sob pena de responderem por ato atentatório ao exercício da jurisdição, o chamado *contempt of court* (CPC, art. 14, parágrafo único).

Segundo a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

TRF – 2ª Região
AG 200802010142041
Desembargador Federal LEOPOLDO MUYLEART
SEXTA TURMA ESPECIALIZADA
Fonte DJU – Data: 14/11/2008 - Página: 181
PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO
DE INSTRUMENTO – MILITAR - DESCUMPRIMENTO DE

DECISÃO JUDICIAL – ART. 14, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC – MULTA – POSSIBILIDADE – PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO DO JUÍZO - EXÍGUO - MODIFICAÇÃO. 1 - O descumprimento de ordem judicial, que venha a criar empecilhos à realização dos provimentos judiciais constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, sujeitando-se à sanção inscrita no art. 14, parágrafo único, do Código de Processo Civil. 2 - A norma introduziu no Brasil o instituto do *contempt of court*. Deixar de cumprir os provimentos judiciais ou criar embaraço à sua efetivação, descumprindo o dever estatuído no CPC, 14, V, constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição (*contemp of court*). Essa infração pode ensejar reprimenda nas esferas civil, penal, administrativa e processual, além da multa fixada nos próprios autos onde ocorreu o *contempt*, valorada segundo a gravidade da infração e em montante não superior a vinte por cento do valor da causa. 3 – Não restando demonstrado que seu preposto, não poderia dar cumprimento à decisão judicial, exemplificadamente, por não ter poder legal para tanto ou por ser a medida manifestamente irrazoável, é cabível a aplicação da sanção da norma do art. 14, parágrafo único do CPC, que impõe às partes o dever de cumprir e fazer cumprir todos os provimentos de natureza mandamental, bem como não criar empecilhos para que todos os provimentos judiciais, mandamentais ou não, de natureza provisória ou final sejam efetivados. 4- Sendo o prazo para cumprimento da determinação do juízo exíguo diante das invencíveis dificuldades operacionais e/ou materiais peculiares à Administração Pública, este deve ser modificado. 5- Agravo de instrumento parcialmente provido.

Nessa mesma toada, não é demais lembrar que mesmo o autor da ação coletiva não tem o poder de dispor da perícia quando sua realização for imprescindível à solução da lide. No processo coletivo, os interesses que estão em jogo possuem natureza indisponível, não se admitindo, por isso, nenhuma prática substancial de transação ou desistência que implique redução ou flexibilização do direito coletivo tutelado.

Por isso, a falta de requerimento de produção de perícia gera prejuízo material ao direito coletivo defendido nos autos, vulnerando o princípio da máxima efetividade do processo coletivo, o qual decorre da necessidade da efetividade real, e não meramente formal, impondo-se que sejam realizadas todas as diligências para que se alcance a verdade em virtude do interesse social presente em todas as ações coletivas.

E mais: a *contrario sensu*, o mesmo art. 14, em seu inciso IV, do CPC determina que as partes produzam provas e pratiquem atos necessários à declaração ou defesa do direito. Aqui, podemos incluir o requerimento da perícia como indispensável a esse contexto.

Por isso, mesmo atuando como *custos legis* na ação coletiva, caso o autor co-legitimado não providencie a realização da perícia, o Ministério Público tem o dever de requerê-la, já que possui os mesmos poderes que as partes quando age como fiscal da lei, inclusive para produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade (CPC, arts. 81 e 83, II).

Como dissemos, não há nada em definitivo, principalmente no campo da construção do Direito como ferramenta de acesso à Justiça. A ordem jurídica é diuturnamente reescrita por seus melhores operadores e, nesse legítimo e sublime labor, as idéias se renovam, os antigos dogmas são colocados de lado e o que hoje é uma verdade amanhã pode-se tornar um mito.

4. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ALMEIDA, Renato Franco de. *O Ministério Público, o Codecon e a inversão do ônus da prova*. Navigandi. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2754&p=2>> . Acesso em: 05 abr. 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual: Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivum, 2007.

FERREIRA FILHO, Roberval Rocha; VIEIRA, Albino Carlos Martins. *Súmulas do Superior Tribunal de Justiça organizadas por assunto, anotadas e comentadas*. Salvador: JusPodivum, 2009.

GONÇALVES, Samuel Alvarenga. *Momento processual adequado de inversão do ônus da prova*. In Revista MPMG Jurídico, nº 14, Ano III, out./nov./dez. de 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

MACUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública – em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.