



Segunda Seção

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

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Relatora para o acórdão: Ministra Maria Isabel Gallotti

Embargante: Spaipa S/A Indústria Brasileira de Bebidas

Advogada: Estefania Ferreira de Souza de Viveiros e outro

Embargado: Francisco Ferraz Caldas Filho

Advogado: Paulo Rangel do Nascimento e outro(s)

Interessado: Companhia Paulista de Seguros

EMENTA

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

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

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

3. A regra de imputação do ônus da prova estabelecida no art. 12 do CDC tem por pressuposto a identificação do responsável pelo produto defeituoso (fabricante, produtor, construtor e importador), encargo do autor da ação, o que não se verificou no caso em exame.

4. Não podendo ser identificado o fabricante, estende-se a responsabilidade objetiva ao comerciante (CDC, art. 13). Tendo o

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

5. Embargos de divergência a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

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

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

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

Lavrará o acórdão o Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Massami Uyeda.

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

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

RELATÓRIO

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

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

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

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

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

Recurso especial não conhecido.

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

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

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

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

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

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

É o relatório.

VOTO

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

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

2. Embargos de divergência conhecidos e providos.

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

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

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

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

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

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

A irresignação merece ser acolhida.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VIII. Recurso especial desprovido.

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

É o voto.

VOTO-VISTA

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

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

Recurso especial. Civil e Processual Civil. Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Causa de pedir. Cegueira causada por tampa de refrigerante quando da abertura da garrafa. Procedente. Obrigação subjetiva de indenizar.

Súmula n. 7-STJ. Prova de fato negativo. Superação. Possibilidade de prova de afirmativa ou fato contrário. Inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Regra de julgamento. Doutrina e jurisprudência.

Arts. 159 do CC/1916, 333, I, do CPC e 6º, VIII, do CDC.

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

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

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

Recurso especial não conhecido.

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

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

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

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

A ementa desse acórdão foi a seguinte:

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

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

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

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

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

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

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

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

VIII. *Recurso especial desprovido.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Anote-se que o eminente Min. Menezes Direito, em seu judicioso voto proferido por ocasião do julgamento do recurso especial, após consignar sua concordância com a posição doutrinária de Carlos Roberto Barbosa Moreira de que o juiz, ao perceber a necessidade de inversão do ônus da prova, deve reabrir

a instrução processual para que o fornecedor possa produzir a prova adequada, observou o seguinte aspecto na presente demanda, *verbis*:

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

E finaliza o seu voto eminente Min. Menezes Direito:

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

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

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

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

É o voto.

VOTO-VOGAL

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

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se de embargos de divergência opostos por Spaipa S/A Indústria Brasileira de Bebidas contra acórdão da 3ª Turma deste Tribunal (fls. 860-905), que considerou a inversão do ônus da prova de que trata o art. 6º, inc. VIII, da Lei n. 8.078/1990 (CDC) como regra de julgamento, que, portanto, pode ser estabelecida no momento em que o juiz proferir a sentença ou até mesmo pelo Tribunal ao apreciar a apelação, como ocorreu no caso em exame.

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

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

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

Observou, ainda, ser irrelevante a identificação do fabricante do produto defeituoso para o julgamento do presente recurso, primeiro, em razão da finalidade dos embargos de divergência de uniformizar a jurisprudência no âmbito do Tribunal e, depois, porque a providência demandaria reexame do conjunto fático-probatório dos autos, provimento vedado pela Súmula n.

7-STJ. Diante disso, não conheceu dos embargos de divergência, no que foi acompanhado pelos Ministros Sidnei Beneti e Nancy Andrichi.

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

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

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

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

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

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

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

A este respeito, embora diante da responsabilidade pelo fato do produto – em que a inversão do ônus da prova, ao meu sentir, advém automaticamente da

própria lei (*ope legis*) –, esta Terceira Turma, no REsp n. 422.778-SP, *leading case* do atual entendimento, entendeu possível a utilização, no momento do julgamento, do art. 6º, VIII, do CDC (*ope judicis*):

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

A distribuição do ônus da prova apresenta extrema relevância de ordem prática, norteando, como uma verdadeira bússola, o comportamento processual

das partes. Naturalmente, participará da instrução probatória com maior vigor, intensidade e interesse a parte sobre a qual recai o encargo probatório de determinado fato controvertido no processo.

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

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

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

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

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

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

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

Considero irretocáveis esses ensinamentos, motivo pelo qual acompanhei o referido voto no julgamento concluído em 13.4.2011. Divirjo, todavia, quanto à solução dada ao caso presente, porque, aqui, não foi comprovado que a ré fabricou (forneceu) o produto defeituoso, de modo a ensejar a incidência das regras de ônus probatório estabelecidas no art. 12 do CDC. Estas têm por pressuposto lógico a identificação do responsável pelo produto defeituoso, encargo do autor da ação, o que não ocorreu no processo em exame. A sentença

julgou improcedente o pedido exatamente porque não comprovado o nexo causal, vale dizer, o autor não comprovou que a fabricante do produto causador do dano foi a antecessora da ré. Não se cogitou de inversão do ônus da prova quanto à identidade do fornecedor na fase de instrução, providência decidida apenas durante o julgamento da apelação. O autor não comprovou que a ré fabricou o produto (nexo causal). A ré teve contra si invertido o ônus de provar que não fabricou o produto na fase de julgamento de apelação, tendo suprimida a chance de fazer a prova negativa que lhe foi atribuída em segundo grau.

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

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

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

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

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

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

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

Como a sistemática adotada é a da responsabilidade objetiva, demonstrado pelo consumidor o dano, o nexo de causalidade entre o dano e o produto com a indicação do responsável, pode este, caso queira - e possa -, desconstituir sua obrigação de indenizar nas hipóteses previstas no § 3º do art. 12.

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

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

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

(...)

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

(Obra citada, p. 259-260).

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

Por outro lado, compete ao fornecedor a comprovação dos fatos impeditivos do direito do direito do demandante (a culpa exclusiva do consumidor, o fato

exclusivo de terceiro, a força maior, o caso fortuito); dos fatos modificativos (v.g. a culpa concorrente); ou dos fatos extintivos (v.g. a prescrição). Além disso, deve também demonstrar o fornecedor os fatos cujo encargo probatório lhe atribuído pela lei ou pelo juiz. A inversão do ônus da prova pode decorrer diretamente da própria lei (*ope legis*) ou de determinação (*ope judicis*), estando a primeira hipótese prevista no art. 12, § 3º, e 14, § 3º, enquanto a regra do art. 6º, inciso VIII, do CDC contempla a segunda situação (p. 354-355, grifei).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

critério para não se inverter o ônus da prova, há de ser fundamentado pelo juiz, levando-se em conta entre os seus direitos básicos a facilitação da defesa de seus direitos.

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

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

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

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

Embargos de divergência em recurso especial. Processual Civil. Desnecessidade de acórdãos absolutamente idênticos, bastando a similitude entre os julgados para a configuração da divergência. Litisconsórcio. Inexistência de sucumbência de dois dos três litisconsortes. Ausência de interesse para recorrer, no que lhes toca. Inaplicabilidade do art. 191 do CPC. Precedente. Apelação da embargante que se diz manter o litisconsórcio entre embargada e hospital. Inaplicabilidade. Embargos acolhidos, negando-se provimento ao recurso especial.

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

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

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

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

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

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

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

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

É como voto.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

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

VOTO

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

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

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

RECURSO ESPECIAL N. 1.087.153-MG (2008/0197224-0)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Lania Maria Soares

Advogados: Regina Márcia Viegas Peixoto Cabral Gondim e outro(s)

Márcia Izabel Viegas Peixoto Onofre

Guilherme Luiz de Souza Pinho

Recorrido: Fhemig - Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais
Advogado: Alexandre Santiago de Carvalho Rego e outro(s)

EMENTA

Direito Constitucional. Recurso especial. Ação indenizatória proposta por ex-empregado em face do ex-empregador. Ressarcimento do valor gasto a título de honorários contratuais com a propositura de reclamatória trabalhista julgada procedente. “Ações de indenizações por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho” (art. 114, inciso VI, CF/1988). Competência absoluta da Justiça do Trabalho.

1. No caso, cuida-se de *ação indenizatória* das perdas e danos que a autora alega ter experimentado com a contratação de advogado particular, tudo em razão de descumprimento de normas trabalhistas pelo ex-empregador, pelo que a autora foi obrigada a ajuizar ação reclamatória trabalhista, na qual veio a se sagrar vitoriosa.

2. A ação de indenização ajuizada pelo trabalhador em face do ex-empregador, com vistas ao ressarcimento dos honorários advocatícios contratuais despendidos em reclamatória trabalhista outrora manejada, deve ser apreciada pela Justiça do Trabalho, porquanto se subsume ao que dispõe o art. 114, inciso VI, CF/1988: “Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...] as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”.

3. Tratando-se de competência prevista na própria Constituição Federal/1988, nem mesmo o Superior Tribunal de Justiça detém *jurisdição* para prosseguir no julgamento do recurso especial quanto ao mérito, não lhe sendo dado incidir nas mesmas nulidades praticadas pelos demais órgãos da Justiça Comum. No caso concreto, impropriedade da discussão sobre se o STJ pode conhecer de matéria de ordem pública de ofício e independentemente de prequestionamento.

4. Recurso especial conhecido para, aplicando o direito à espécie, reconhecer a incompetência absoluta da Justiça Comum para julgar a causa e declarar a nulidade de todos os atos decisórios praticados no processo (art. 113, § 2º, CPC), com determinação de remessa dos autos à Justiça do Trabalho.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer do recurso especial para reconhecer a incompetência absoluta da Justiça Comum para julgar a causa e declarar a nulidade de todos os atos decisórios praticados no processo, determinando a remessa dos autos a uma das Varas do Trabalho da comarca de Belo Horizonte-MG, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencido o Sr. Ministro Raul Araújo. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Nancy Andrichi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 9 de maio de 2012 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 22.6.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Lânia Maria Soares ajuizou ação de indenização por danos materiais em face de FHEMIG - Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais, noticiando que moveu, junto à 19ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, ação reclusatória trabalhista em face da ré, objetivando recebimento de verbas devidas em razão da relação de trabalho que mantinha com a Fundação.

Argumentou que o não cumprimento de normas trabalhistas pelo ex-empregador exigiu o acionamento da Justiça do Trabalho e a consequente contratação de profissional da advocacia, circunstância que ensejou um decréscimo da verba trabalhista no valor de R\$ 2.906,66, relativo aos honorários contratuais pagos ao causídico, montante corrigido que alcança R\$ 7.505,99.

Sustentou, por outro lado, que a competência para o julgamento do caso é da Justiça Comum, uma vez que não se está a discutir “o contrato de trabalho entre as partes, mas sim um fato - ato ilícito - gerador de imensos prejuízos” (fl. 10).

O Juízo de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Capital-MG julgou improcedente o pedido do autor, sobretudo porque no âmbito da

Justiça do Trabalho o trabalhador é detentor do chamado *jus postulandi*, o qual lhe permite acionar o Judiciário pessoalmente, sem advogado, nos termos do art. 791 da CLT (fls. 248-251).

O TJMG manteve a sentença em grau de apelação, nos termos do acórdão assim ementado:

Ementa: ação de indenização. Danos materiais. Honorários contratuais de advogado. Justiça do Trabalho. Jus postulandi. Dever de indenizar afastado. "Se os honorários contratuais decorrem de acordo celebrado livremente ente a parte e o seu patrono, é totalmente alheio à relação de direito material que deu ensejo à ação. Não tendo o autor exercido o seu direito garantido no artigo 791 da CLT e nem se utilizado dos serviços oferecidos pelo sindicato para demandar na Justiça do Trabalho, preferindo contratar advogado particular, não pode agora pretender que o réu arque com os honorários advocatícios contratados para se fazer representar naquela Justiça especializada. Não havendo prova de algum dos elementos essenciais à configuração da responsabilidade civil, não há que se falar em obrigação de indenizar" (TJMG - Ap. n. 1.0024.06.995992-2/001 - Rel. Des. Duarte de Paula). (fl. 271).

Opostos embargos de declaração (fls. 281-286), foram rejeitados (fls. 289-291).

Sobreveio recurso especial apoiado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, no qual se alega, além de dissídio jurisprudencial, ofensa ao art. 535 do CPC e arts. 186, 389, 395 e 404, todos do Código Civil de 2002.

Em síntese, argumenta a recorrente que seu ex-empregador violou normas trabalhistas e o contrato de trabalho, o que lhe causou danos patrimoniais com a contratação de advogado para o ajuizamento da ação trabalhista, na qual se sagrou vitoriosa.

Aduz que os honorários contratuais inserem-se nas perdas e danos a que fazem referência os artigos do Código Civil tidos por violados, circunstância que exige do empregador a integral reparação do dano experimentado pelo trabalhador.

Contra-arrazoado (fls. 354-360), o especial foi admitido (fls. 370-371).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Com o ajuizamento da presente demanda, pretende a recorrente o recebimento de indenização por

danos materiais consistentes nos valores gastos com a contratação de advogado para promoção de ação trabalhista outrora aforada na Justiça do Trabalho, objetivando reconhecimento das verbas decorrentes da rescisão de seu contrato de trabalho com a recorrida.

Sustenta, em síntese, que o descumprimento de normas trabalhistas, pelo empregador, acarretou-lhe perdas e danos, nas quais alega se inserir os honorários contratuais de advogado, nos termos do que preceituam os arts. 389, 395 e 404, todos do Código Civil de 2002, *verbis*:

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e *honorários de advogado*.

Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e *honorários de advogado*.

Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e *honorários de advogado*, sem prejuízo da pena convencional.

Os dispositivos de lei tidos por violados foram prequestionados pelo acórdão impugnado, uma vez que a celeuma orbitou essencialmente em torno do cabimento da indenização dos honorários contratuais pagos pela autora.

Ademais, o dissídio está plenamente demonstrado, razão pela qual o recurso especial deve ser conhecido.

3. Nesse passo, cumpre ressaltar que a controvérsia instalada nos presentes autos não é nova no âmbito desta Corte, tendo as Turmas de Direito Privado se manifestado a respeito, muito embora em sentidos opostos.

Refiro-me ao REsp n. 1.027.897-MG, rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, e REsp n. 915.882-MG, rel. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, ambos da Quarta Turma, julgados, respectivamente, em 16.10.2008 e 4.2.2010.

Em ambos os precedentes, seguiu-se, em síntese, a tese capitaneada pelo Ministro Aldir Passarinho Junior, segundo a qual “o gasto com advogado da parte vencedora, em ação trabalhista, não induz por si só a existência de ilícito gerador de danos materiais e morais por parte do empregador vencido na demanda laboral”.

A Terceira Turma, por sua vez, sufraga entendimento diverso, no sentido de que “os honorários convencionais integram o valor devido a título de perdas e danos, nos termos dos arts. 389, 395 e 404 do CC/2002. [...] O pagamento dos honorários extrajudiciais como parcela integrante das perdas e danos também é devido pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas, diante da incidência dos princípios do acesso à justiça e da restituição integral dos danos e dos arts. 389, 395 e 404 do CC/2002, que podem ser aplicados subsidiariamente no âmbito dos contratos trabalhistas, nos termos do art. 8º, parágrafo único, da CLT” (REsp n. 1.027.797-MG, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 17.2.2011, DJe 23.2.2011).

4. A par dos dois posicionamentos acima mencionados, e refletindo com mais profundidade sobre a questão, ousou propor um terceiro caminho - não atinente ao mérito, em relação ao qual, se fosse analisado, alinhar-me-ia ao entendimento acolhido pela Quarta Turma, em julgamento do qual participei.

A bem da verdade, a causa de pedir e o pedido revelam que a competência para conhecer da matéria não é da Justiça Comum, mas sim da Justiça do Trabalho, sobretudo depois da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, que, como se sabe, ampliou o âmbito de atuação da Justiça Obreira Especializada e colocou uma pá de cal nos questionamentos acerca das ações de reparação de danos morais e materiais decorrentes, ainda que indiretamente, da relação trabalhista.

No caso, cuida-se de *ação indenizatória* de perdas e danos que a autora, ora recorrente, alega ter experimentado com a contratação de advogado particular, em razão de descumprimento de normas trabalhistas pelo ex-empregador, pelo que a autora foi obrigada a ajuizar ação reclamatória trabalhista na qual veio a se sagrar vitoriosa.

As razões apresentadas por ocasião da oposição de embargos declaratórios bem explicitam a causa de pedir da presente demanda:

[...] a ação se funda em ato ilícito do empregador, qual seja, o decumprimento de obrigação, de ordem pública, de pagar os salários de seu empregado, até o 5º dia útil do mês seguinte ao trabalhado [...].

[...] tal ônus de imposição legal resulta, entretanto, da *obrigação de indenizar*, contida no art. 186/CC, porque, retendo os salários devidos e praticando um ato ilícito, inclusive, criminal, o réu há que ressarcir o prejuízo que causar, um deles, a contratação de advogado para a defesa judicial, posto que o trabalhador não dispõe de condições de promovê-la, pessoalmente. (fl. 282).

O acórdão recorrido, à sua vez, negou provimento ao recurso de apelação, apoiado nos clássicos elementos autorizadores da responsabilidade civil, *verbis*:

[...] em que pese seu inconformismo, entendo que a decisão combatida deve prevalecer, porquanto ausentes os pressupostos ensejadores da *reparação civil subjetiva, quais sejam, o dano, o ato ilícito e o nexo de causalidade*.

[...]

Em suma: não assiste razão à recorrente em pleitear o *ressarcimento dos danos materiais* sofridos em face da contratação de advogado para defendê-la em reclamação trabalhista proposta em face da Fundação-ré [...]. (fls. 273-277).

Nesse passo, como se sabe, como elemento identificador da demanda exsurge a *causa de pedir* (artigo 282, inciso IV, do CPC).

A doutrina distingue entre causa de pedir remota e próxima. Esta, imediata, é a alegada violação do direito que se busca proteger em juízo. Aquela (causa de pedir remota), mediata, é a fundamentação jurídica fática e que autoriza o pleito do autor.

Desse modo, “os fundamentos jurídicos do pedido” a que faz referência o art. 282 do CPC são os fundamentos de fato, ou os fatos constitutivos do direito do autor - aos quais corresponde a causa de pedir remota - e os fundamentos de direito - aos quais correspondem a causa de pedir próxima.

Desenganadamente, portanto, no caso em julgamento a causa de pedir remota é a relação de emprego, ensejadora da ação trabalhista e, por conseguinte, da contratação de advogado para a postulação.

4.1. Com efeito, cuidando-se de ação indenizatória por danos materiais decorrentes do descumprimento do contrato de trabalho, cuja causa de pedir remota é a relação de trabalho, a situação subsume-se ao que dispõe o art. 114, inciso VI, da Constituição Federal:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

[...]

VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

Importante ressaltar que o vínculo jurídico aperfeiçoado entre o cliente e o advogado não é discutido no presente caso, e nem se pretende uma espécie de execução ou cobrança do próprio contrato de honorários advocatícios.

Vale dizer, portanto, a *discussão não se localiza na relação de natureza civil estabelecida entre cliente e patrono*.

A controvérsia cinge-se a saber se o descumprimento de normas trabalhistas - descumprimento reconhecido pela Justiça do Trabalho com a procedência do pleito na reclamatória -, é também capaz de gerar o dever de indenizar o trabalhador pelos valores despendidos com a contratação de advogado.

Por esse ângulo, o dano patrimonial alegado decorre mesmo da própria relação de trabalho, assim também se fosse alegado algum dano moral que possuísse como pano de fundo o vínculo laboral.

Aliás, os próprios fundamentos dos votos que enfrentaram o mérito da questão, no âmbito do STJ, comprovam a assertiva de que a origem do dano alegado é o descumprimento de normas trabalhistas por ocasião do contrato de trabalho.

Colhe-se, por exemplo, do voto proferido pela zelosa Ministra Nancy Andrighi, na relatoria do mencionado REsp n. 1.027.797-MG, que Sua Exa. entendeu que “aquele que deu causa ao ajuizamento da reclamação trabalhista deverá arcar com os honorários contratuais, de modo que o vencedor não suporte o *dano sofrido pelo inadimplemento da obrigação trabalhista*”.

Do voto proferido pelo eminente Ministro Aldir Passarinho Junior, no REsp n. 1.027.897-MG, deduz-se que seus fundamentos também estavam ancorados na não indenizabilidade do dano material decorrente do descumprimento de obrigações patronais, conforme revela o seguinte trecho:

[...] incabível a indenização por danos materiais e morais em razão da necessidade de contratação de advogado para o ajuizamento de reclamatória trabalhista, porque descaracterizado qualquer ato ilícito. Ora, as verbas discutidas na reclamação eram controvertidas e somente se tornaram devidas após o trânsito em julgado da sentença, afastando, assim, qualquer alegação de ilicitude geradora do dever reparatório.

4.2. Nessa linha, é de se ressaltar que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da promulgação da E.C. n. 45/2004, há muito se consolidara o entendimento segundo o qual a fixação da competência da Justiça do Trabalho não depende da norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto, se de natureza civil ou trabalhista, mas *somente da origem da situação litigiosa*. Em sendo decorrente de relação trabalhista, será a Justiça do Trabalho a competente para dirimir o conflito de interesses.

Rememoro, por exemplo, o Conflito de Jurisdição n. 6.959-DF, relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em maio de 1990, no qual se discutia a observância de condições negociais de promessa de compra e venda firmada entre o Banco do Brasil e um funcionário seu, negócio celebrado em decorrência da relação de trabalho.

Na oportunidade, o STF sufragou entendimento segundo o qual “à determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil, mas sim, no caso, que a promessa de contratar, cujo alegado conteúdo é fundamento do pedido, tenha sido feita em razão da relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho” (CJ. n. 6.959-DF, relator p/ acórdão Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 23.5.1990, Tribunal Pleno).

Seguiram daí outros precedentes aplicando o mesmo entendimento para casos diversos, como em hipótese de ações de interdito proibitório ajuizadas por instituições financeiras em face de sindicatos de trabalhadores contra os conhecidos “piquetes” em portas de agências bancárias, por ocasião de movimentos paredistas (*e.g.* RE n. 579.648, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, relator para o acórdão, Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 10.9.2008).

Quanto ao tema, o entendimento capitaneado pelo STF, inclusive, superou jurisprudência deste Sodalício, que considerava ser competente a Justiça Comum para conhecer da matéria, porquanto dizia respeito a direito possessório (*e.g.* CC n. 11.815-SC, Rel. Ministro Barros Monteiro, Segunda Seção, julgado em 8.2.1995; CC n. 92.507-RJ, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Segunda Seção, julgado em 26.3.2008).

Em sentido paralelo, o STF, no julgamento do RE n. 238.737-SP, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, 17.11.1998, firmou entendimento sintetizado na seguinte ementa:

Justiça do Trabalho: competência: ação de reparação de danos decorrentes da imputação caluniosa irrogada ao trabalhador pelo empregador a pretexto de justa causa para a despedida e, assim, decorrente da relação de trabalho, não importando deva a controvérsia ser dirimida à luz do Direito Civil.

A reformulação jurisprudencial acerca da competência da Justiça do Trabalho, a meu juízo, atingiu o ápice com a modificação do entendimento

quanto aos danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, cuja competência sempre se entendeu ser da Justiça Comum.

Refiro-me ao paradigmático CC n. 7.204-MG, relator Ministro Carlos Britto, julgado em 29.6.2005, mediante o qual se reconheceu a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de ação de danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho.

O STF reconheceu que sempre foi da competência da Justiça Obreira conhecer de matérias desse jaez, tendo a E.C. n. 45/2004 apenas explicitado esse entendimento com a finalidade de afastar a equivocada conclusão antes apregoada pelos Tribunais.

Nesse sentido se manifestou o relator, Ministro Carlos Britto:

Nesse rumo de idéias, renove-se a proposição de que a nova redação do art. 114 da *Lex Maxima* só veio aclarar, expletivamente, a interpretação aqui perfilhada. Pois a Justiça do Trabalho, que já era competente para conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos *entre trabalhadores e empregadores, além de outras controvérsias decorrentes da relação trabalhista*, agora é confirmativamente competente para processar e julgar *as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho*.

E o entendimento foi explicitado na ementa do acórdão:

Numa primeira interpretação do inciso I do art. 109 da Carta de Outubro, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, ainda que movidas pelo empregado contra seu (ex-)empregador, eram da competência da Justiça Comum dos Estados-Membros. 2. Revisando a matéria, porém, o Plenário concluiu que a Lei Republicana de 1988 conferiu tal competência à Justiça do Trabalho. Seja porque o art. 114, já em sua redação originária, assim deixava transparecer, seja porque aquela primeira interpretação do mencionado inciso I do art. 109 estava, em boa verdade, influenciada pela jurisprudência que se firmou na Corte sob a égide das Constituições anteriores.

Também se mostraram profícuas as ponderações realizadas no voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso, quanto à amplitude da competência da Justiça do Trabalho para dirimir questões relativas a todos os danos materiais e morais decorrentes da relação laboral, dos quais os gerados por acidente do trabalho são apenas um exemplo:

É, portanto, dentro desse quadro, que há de interpretar-se a Emenda n. 45, quando, explicitando, no Inc. I do art. 114, o caráter geral da competência da Justiça do Trabalho, nela incluiu todas as ações oriundas da relação de trabalho.

[...]

Essa interpretação acomoda ambas as cláusulas constitucionais, reverencia a especialização e a funcionalidade da Justiça do Trabalho, alivia a Justiça Estadual e sustenta-se na necessária *unidade de convicção*, sem esvaziar o disposto no inc. VI, onde apenas se divisa a positivação, mediante relevo destinado a superar todas as dúvidas, da jurisprudência desta Casa, que, sob a redação original do art. 114, *caput*, entendia - a meu ver, com indiscutível acerto - que, para efeito dessa competência distribuída com apoio em vários princípios, entre os quais o da *unidade de convicção*, era e é irrelevante a província taxonômica das normas aplicáveis ao caso, se direito trabalhista ou civil, e, pois, também a natureza mesma da responsabilidade, se negocial ou aquiliana.

Essa conjugação conduz, portanto, a meu ver, ao seguinte resultado prático: *são, agora, da competência exclusiva da Justiça do Trabalho todas as ações oriundas da relação de trabalho, sem exceção alguma, trata-se de ações acidentárias típicas ou de indenização de outra espécie e de outro título.*

A consagração definitiva desse entendimento veio com a Súmula Vinculante n. 22, que apenas explicita o acidente do trabalho, na perspectiva de dar ênfase à situação mais controvertida, mas que sua principiologia abarca, certamente, todos os danos morais e materiais decorrentes da relação de trabalho, *ex vi* do art. 114, VI, CF/1988.

5. Esta Corte Superior de Justiça, por sua vez, também tem dado manifestações de que a competência da Justiça do Trabalho se faz presente mesmo em casos em que a relação de trabalho consubstancia-se como origem apenas remota da *causa petendi*, relação essa que se une, em alguma medida, apenas de forma circunstancial com a origem do dano alegado pelo trabalhador.

Para citar apenas alguns, relembro os seguintes precedentes:

a) CC n. 110.924-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 14.3.2011: reconheceu-se a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de ação de indenização por danos morais decorrentes de assédio sexual praticado contra empregada doméstica, embora não tenha sido o empregador o causador do dano. Entendeu-se, assim, competir “à Justiça Trabalhista processar e julgar ações de compensação por danos morais decorrentes de assédio sexual praticado contra empregado doméstico em seu

ambiente de trabalho, ainda que por parte de familiar que nesse não residia, mas que praticou o dano somente porque a ele livre acesso possuía”;

b) CC n. 94.165-RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, julgado em 8.9.2010: definiu-se ser da competência da Justiça do Trabalho o julgamento de ação de indenização por danos ocorridos nas tratativas pré-contratuais, muito embora não tenha se concretizado o vínculo laboral. Cuidava-se de uma promessa de emprego não cumprida, tendo a Segunda Seção sufragado o seguinte entendimento: “I - Compete à Justiça do Trabalho julgar ação de indenização por danos materiais e morais decorrentes de promessa de contratação, que não se concretizou. II - Isso porque, com a nova redação dada ao art. 114, VI, da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45/2004, a competência da Justiça do Trabalho foi ampliada para dirimir as controvérsias relativas às ‘ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho’”;

c) CC n. 82.729-SC, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Seção, julgado em 27.11.2007: declarou-se competente a Justiça do Trabalho para julgar ação de indenização decorrente de furto de motocicleta ocorrido no estacionamento do local de trabalho. Entendeu-se, assim, que “se o furto ocorre no local indicado pelo empregador para o estacionamento de veículos de seus empregados, a indenização do dano patrimonial resultante deve ser perseguida na Justiça do Trabalho”.

Confirmam-se também os seguintes precedentes que reconheceram a competência da Justiça do Trabalho para dirimir questões, em alguma medida, apenas reflexas e circunstancialmente ligadas à relação de trabalho: CC n. 89.953-SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Segunda Seção, julgado em 25.6.2008; CC n. 58.881-SP, Rel. Ministro *Carlos Alberto Menezes Direito*, Segunda Seção, julgado em 9.5.2007.

6. A doutrina também consagra o entendimento de que mesmo os danos oriundos das fases pré-contratual e pós-contratual, sempre que decorrentes da relação do trabalho, devem ser reclamados na Justiça do Trabalho, *verbis*:

Em que pese os argumentos dos citados doutrinadores, entendemos que a razão está com os que pensam ser a Justiça do Trabalho competente para dirimir os danos que eclodem na fase pré-contratual, pois decorrem de um futuro contrato de trabalho. De outro lado, a controvérsia decorre da relação de trabalho e se embasa na culpa *in contrahendo*. O fato de não existir ainda a relação de emprego não é suficiente para afastar a competência da Justiça do Trabalho,

pois só houve o dano em razão de um futuro contrato de trabalho, se não fosse a relação de emprego ou de trabalho, que é o objeto do negócio jurídico, não haveria o dano.

[...]

Quanto à fase pós-contratual, parte da doutrina se pronuncia pela incompetência da Justiça do Trabalho, por já extinta a relação de emprego e pelas partes já não ostentarem mais o *status* de empregado e empregador. Entretanto, pensamos de forma diversa, pois o *status* se os danos eclodiram em razão da antiga existência do contrato de trabalho e com ele estão relacionados, a competência da Justiça do Trabalho se mantém, por força do art. 114, VI da CF, que menciona a competência da Justiça do Trabalho para as ações decorrentes *da relação de trabalho*.

O termo *decorrente* significa que se origina de uma relação de trabalho, vale dizer: que foi em razão desta relação que o dano eclodiu, independentemente se a relação de trabalho ou emprego ainda está vigente ou não, pois a Constituição assim não distinguiu. Se dúvidas podem surgir quanto à competência da Justiça do Trabalho para apreciar o dano decorrente da fase pré-contratual, parece fora de dúvida que a competência para apreciar os danos decorrentes da fase pós-contratual é da Justiça especializada trabalhista, desde que relacionados à relação de trabalho. Por exemplo, se um empregador manda uma carta a uma empresa que pretende contratar seu antigo empregado, contendo informações desabonadoras a respeito da conduta do trabalhador, por fatos ocorridos durante a antiga relação de emprego. Ora, neste caso, a matéria está umbilicalmente atrelada ao antigo contrato de trabalho, restando forçosa a aplicação do art. 114, da CF (SCHIAVI, Mauro. *Competência material da justiça do trabalho brasileira à luz da Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: LTr, 2007, p. 102-104).

7. Com efeito, e retomando o curso do raciocínio para o caso concreto, a ação de indenização ajuizada pelo trabalhador em face do ex-empregador, com vistas ao ressarcimento dos honorários advocatícios contratuais despendidos em reclamatória trabalhista outrora manejada, deve ser apreciada pela Justiça do Trabalho, porquanto decorrente da relação do trabalho (art. 114, inciso VI, CF).

Até porque a Justiça do Trabalho vem apreciando esse tipo de celeuma, conforme demonstram os seguintes, entre muitos outros, precedentes do egrégio Tribunal Superior do Trabalho:

Recurso de revista.

[...]

2. *Honorários advocatícios. Indenização por perdas e danos contratuais.* É inaplicável ao processo do trabalho o disposto no art. 389 do Código Civil, tendo em vista que, em reclamação trabalhista, os pressupostos para o deferimento dos

honorários advocatícios encontram-se previstos no art. 14 da Lei n. 5.584/1970. Recurso de revista conhecido e provido.

(RR – n. 113-55.2011.5.24.0072, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 11.4.2012, 3ª Turma, Data de Publicação: 13.4.2012).

[...]

II) Honorários advocatícios. Súmulas n. 219 e n. 329 do TST. Necessidade de preenchimento dos requisitos relativos à assistência sindical e à insuficiência econômica. Verba indevida. Súmulas n. 219 e n. 329 do TST.

1. A jurisprudência consolidada desta Corte, consubstanciada nas Súmulas n. 219 e n. 329, segue no sentido de que a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre simplesmente da sucumbência, mas condiciona-se ao preenchimento dos requisitos previstos no art. 14 da Lei n. 5.584/1970, referentes à assistência sindical e à insuficiência econômica.

2. Nesse contexto, a condenação ao pagamento de - honorários advocatícios contratuais -, com fundamento no Código Civil (sucumbência e perdas e danos) e com base na tese de que o Reclamante era - livre para contratar advogado - para defender seus interesses, olvidando-se dos requisitos insculpidos no art. 14 da Lei n. 5.584/1970, desatende ao disposto no referido preceito de lei e contraria a jurisprudência desta Corte, estratificada nos verbetes sumulares acima mencionados.

3. Ademais, não é viável o deferimento de ofício de - honorários advocatícios obrigacionais -, consoante sustentou o Regional, visto que a verba honorária constitui direito disponível e seu eventual deferimento pressupõe ser expressamente pleiteado pelo reclamante, sendo certo que entendimento em sentido contrário importa em julgamento fora dos limites da lide. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido.

(RR – n. 1184-23.2010.5.03.0069, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 9.8.2011, 7ª Turma, Data de Publicação: 12.8.2011).

[...]

Preliminar de nulidade por julgamento extra petita. Honorários advocatícios Aplicação do art. 249, § 2º, do CPC. *Honorários advocatícios contratuais. Processo do trabalho. Incabíveis* A condenação ao pagamento de honorários advocatícios a título de perdas e danos não possui respaldo na seara trabalhista, mormente diante dos requisitos da Lei n. 5.584/1970 e das Súmulas n. 219 e n. 329 do TST.

[...]

(RR – n. 45740-09.2009.5.03.0114, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 15.12.2010, 8ª Turma, Data de Publicação: 17.12.2010).

Honorários advocatícios. Perdas e danos previstos na legislação civil. Infere-se do acórdão recorrido que o Regional condenou as reclamadas ao pagamento de indenização por perdas e danos para suprir as despesas do reclamante com a contratação de advogado, com amparo nos artigos 389, 404 e 944 do Código Civil, embora tenha reconhecido que o autor não se encontrava assistido pelo sindicato da sua categoria profissional. Os honorários advocatícios constituem acessório inseparável do pedido principal de pagamento das perdas e danos, visto que o pagamento da indenização advinda da contratação de advogado não existe por si só, visto que, pressupõe a existência do pedido principal de pagamento das perdas e danos, não se configurando, assim, a hipótese dos artigos 389 e 404 do Código Civil. No mais, no processo trabalhista, ao contrário do que estabelecido no processo civil, não vigora o princípio da sucumbência como único critério para a concessão da verba honorária, que é regulada pelo artigo 14 da Lei n. 5.584/1970, Assim, a sua concessão se encontra condicionada também ao preenchimento dos requisitos indicados na Súmula n. 219, item I, do TST. Esta Corte já se posicionou no sentido de que, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula n. 219 do TST, conforme se infere dos termos da Súmula n. 329 do TST, que ratificou o mencionado precedente. Esse entendimento é igualmente confirmado pela Orientação Jurisprudencial n. 305 da SBDI-1. Extrai-se da decisão recorrida não terem, neste caso, ficado configurados os requisitos exigidos na Justiça Trabalhista para o deferimento da verba honorária, pelo menos no que se refere à assistência sindical. Assim, o Regional, ao deferir o pagamento da verba honorária, agiu em dissonância consonância com as Súmulas n. 219 e n. 329 do TST. Recurso de revista conhecido e provido.

(RR – n. 80000-19.2009.5.02.0057, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 7.3.2012, 2ª Turma, Data de Publicação: 16.3.2012).

[...] *Honorários advocatícios. Perdas e danos.* 1. Acórdão regional consonante com a jurisprudência sedimentada desta Corte, consubstanciada na OJ n. 305/SDI-I/TST (- Na Justiça do Trabalho, o deferimento de honorários advocatícios sujeita-se à constatação da ocorrência concomitante de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência por sindicato -) e na Súmula n. 219-TST (- A condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família -). 2. Havendo previsão expressa na Lei n. 5.584/1970 acerca dos pressupostos ao deferimento dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, não há falar em aplicação subsidiária do Código Civil, no caso, do art. 404 desse Digesto. Revista não conhecida, no tema.

(RR – n. 544-50.2010.5.02.0068, Relator Juiz convocado: Flavio Portinho Sirangelo, Data de Julgamento: 7.3.2012, 3ª Turma, Data de Publicação: 16.3.2012).

[...] *Honorários advocatícios. Perdas e danos.* A contratação de advogado particular para patrocinar a presente demanda decorreu da vontade da reclamante, o qual poderia ter se utilizado da faculdade do - *jus postulandi* -, ou então, se socorrido da assistência sindical gratuita. Se optou pela contratação de profissional particular, sem que este fosse imprescindível à reivindicação judicial dos seus direitos, deve arcar com as despesas daí resultantes. Não se há de falar, portanto, em perdas e danos, decorrentes de conduta da parte contrária. Incólume o artigo 404 do Código Civil. Acórdão proferido em consonância com a Súmula n. 219 do TST. Incidência do óbice previsto no § 5º do art. 896 da CLT. Recurso de revista de que não se conhece.

(RR – n. 186400-91.2007.5.09.0652, Relator Ministro: Pedro Paulo Manus, Data de Julgamento: 8.2.2012, 7ª Turma, Data de Publicação: 24.2.2012).

Deveras, mostra-se de todo conveniente que a Justiça do Trabalho decida, com base na sua especialização constitucionalmente conferida, a questão relativa ao cabimento do ressarcimento de honorários advocatícios contratuais reclamados pelo ex-empregado em face do ex-empregador, sobretudo para saber se o pleito é compatível com as regras peculiares de sucumbência aplicáveis ao processo do trabalho.

E, de fato, o TST tem sinalizado que a pretensão deduzida nos presentes autos é incompatível com o sistema de honorários da Justiça Obreira, não podendo a parte optar por uma espécie de segunda via, na Justiça Comum, visando a conseguir o que lhe é sistematicamente negado na Justiça Especializada, como bem demonstram os precedentes citados.

Na mesma linha, a Orientação Jurisprudencial n. 305 da SDI-I e a Súmula n. 219, ambas do Tribunal Superior do Trabalho, ensaiam com clareza entendimento contrário aos interesses do trabalhador, *verbis*:

OJ 305, SDI-I:

Honorários advocatícios. Requisitos. Justiça do Trabalho (DJ 11.8.2003). Na Justiça do Trabalho, o deferimento de honorários advocatícios sujeita-se à constatação da ocorrência concomitante de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência por sindicato.

Súmula n. 219-TST:

Honorários advocatícios. Hipótese de cabimento (nova redação do item II e inserido o item III à redação) - Res. n. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.5.2011.

I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (Ex-Súmula n. 219 - Res. n. 14/1985, DJ 26.9.1985).

II - É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.

III - São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.

Ademais, como bem salientou o eminente Ministro Aldir Passarinho Junior no precedente inicialmente citado, o reconhecimento da competência da Justiça Comum para julgar as causas desse jaez geraria um enorme desajuste no sistema, porquanto, para cada ação tramitando na Justiça do Trabalho, haveria mais uma a tramitar na Justiça Comum.

Por outro lado, no âmbito da Justiça Especializada, o pedido de indenização pode ser feito na própria reclamatória trabalhista, não onerando em nada aquele segmento do Judiciário.

8. Com efeito, a solução para o caso é a anulação de todos os atos decisórios praticados no processo, tendo em vista tratar-se de incompetência absoluta em razão da matéria, definida na Constituição Federal, sobretudo porque a ação foi distribuída em janeiro de 2006, depois da edição da E.C. n. 45/2004, devendo ser os autos remetidos à Justiça do Trabalho.

É bom ressaltar, ademais, que se mostra imprópria qualquer indagação acerca do efeito translativo do recurso especial para tal providência, ou se é cabível a apreciação de matérias de ordem pública de ofício e independentemente de prequestionamento nas instâncias extraordinárias.

Vale dizer, a solução que ora se propõe não encontra óbice no entendimento de ser defeso ao STJ conhecer de ofício de matéria de ordem pública sem o devido prequestionamento.

Isso por uma razão singela: tratando-se de tema previsto na própria Constituição Federal/1988, nem o Superior Tribunal de Justiça detém *jurisdição* para prosseguir no julgamento do recurso especial quanto ao mérito, não lhe

sendo dado incidir nas mesmas nulidades praticadas pelos demais órgãos da Justiça Comum.

Solução bastante semelhante foi adotada no julgamento do REsp n. 861.458-BA, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21.6.2011, no qual debatiam as partes se o foro competente para o julgamento de ação de acidente do trabalho era o do domicílio do autor ou o do local do fato. De ofício, reconheceu-se que a competência era da Justiça do Trabalho, e não se analisou a matéria de fundo, relativa à competência territorial, determinando-se a remessa dos autos à Justiça Especializada.

É que todos os precedentes que afirmam não ser possível ao STJ conhecer de ofício de questões de ordem pública, sem o devido prequestionamento, apoiam-se na premissa necessária de que o STJ é competente para, superada a questão de ordem pública, conhecer das demais presentes no recurso.

Tal situação não ocorre no caso em apreço.

O que está em questão não é a extensão cognitiva do recurso especial, mas a própria jurisdição do STJ.

9. Diante do exposto, aplicando o direito à espécie, reconheço a incompetência absoluta da Justiça Comum para julgar a causa e declaro a nulidade de todos os atos decisórios praticados no processo (art. 113, § 2º, CPC), determinando a remessa dos autos a uma das Varas do Trabalho da comarca de Belo Horizonte.

É como voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Sr. Presidente, entendo que, no caso, a causa de pedir remota é bem mais abrangente: é saber se quem quer que tenha que contratar um advogado para ingressar com uma ação ou para se defender em juízo tem, depois de lograr êxito – seja como autor ou réu, pelo fato de não ter sido condenado, o direito de pedir o ressarcimento de quem deu causa à demanda.

Então, isso não se prende propriamente a uma ação trabalhista ou de qualquer outro gênero; será uma tese a ser firmada para todos os casos em que alguém precisou contratar um advogado para se defender ou para ingressar com uma ação em função de outra pessoa.

Quer dizer, é muito mais amplo, muito mais abrangente. Se se deixar que essas causas corram na Justiça do Trabalho quando o questionamento vier em decorrência de relação de emprego – e, na Justiça Estadual, haverá também ações que terão esse mesmo objetivo –, nunca se terá a oportunidade fazer uma uniformização da jurisprudência a esse respeito.

Sabemos que, hoje, prevalece o entendimento de que os honorários de sucumbência pertencem ao advogado. Talvez eles tenham sido concebidos, originariamente, pelo legislador, para compensar justamente a parte que logrou êxito na ação pelas despesas que teve com a contratação de advogado. Mas isso ficou superado, e hoje se entende que não, que os honorários sucumbenciais são pertencentes ao advogado. E isso é uniforme no País, porque essa questão foi dirimida pela Justiça Estadual.

Se se deixar essa repartição de competência, entre Justiça Comum e Trabalhista, haverá sempre um entendimento prevalecendo no âmbito trabalhista, acerca do tema, e um outro entendimento que poderá ou não ser convergente e que prevalecerá no âmbito da Justiça Comum, seja Federal, seja Estadual, porque, aí, virá para uniformização no STJ.

Então, peço vênias, mas entendo que a competência é mesmo sempre da Justiça Comum, porque essa causa de pedir transcende em muito o âmbito restrito da Justiça do Trabalho.

VOTO-PRELIMINAR

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Sr. Presidente, acompanho inteiramente o voto do eminente Relator, entendendo que, na verdade, o que se está pedindo é uma complementação do pedido de indenização por danos materiais, amoldando-se ao que está previsto na Constituição como competência da Justiça do Trabalho.

Em função disso, acompanho integralmente.

VOTO-PRELIMINAR

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Sr. Presidente, pedindo vênias à divergência, tendo em vista o art. 114 da Constituição Federal e tratando-se

de ação de indenização por honorários advocatícios despendidos pela parte em decorrência de relação de trabalho, subscrevo integralmente o voto do eminente Relator.

VOTO-PRELIMINAR

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Sr. Presidente, com a devida vênia ao eminente Ministro Raul Araújo, acompanho o Sr. Ministro Relator, porque a causa remota é relação de trabalho. Se a pessoa teve que contratar o advogado para buscar o seu direito na Justiça Trabalhista, o consectário lógico é que esses honorários também terão que ser demandados.

Com todo o respeito, penso dessa maneira.